



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

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Magistrada Ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO LABORAL - **SENTENCIA**
RADICACIÓN: 11001 31 05 **033 2018 00323** 01
DEMANDANTE: ANTONIO JOSÉ ROA LEYVA
DEMANDADAS: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES y la ADMINISTRADORA DE
FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS
PROTECCIÓN SA.

Bogotá DC, veintiocho (28) de febrero de dos mil veintitrés (2023).

En la fecha, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá DC, integrada por los Magistrados MILLER ESQUIVEL GAITÁN, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver los recursos de apelación interpuestos por Protección y Colpensiones y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor esta entidad, respecto de la sentencia proferida el 18 de mayo de 2022, por el Juzgado 33 Laboral del Circuito de Bogotá DC.

I. ANTECEDENTES

Pretende el demandante que se declare que no es válido y es ineficaz el traslado realizado a través del formulario por medio del cual efectuó su afiliación al régimen de ahorro individual administrado por Protección SA, así mismo, que se encuentra válidamente afiliado al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones. En consecuencia, que se condene al fondo privado a trasladar a Colpensiones, los valores consignados en la cuenta de ahorro individual por concepto de aportes y rendimientos realizados al régimen general de pensiones, y a la última entidad, a recibirlos.

Como fundamento relevante de sus pretensiones, expuso que nació el 30 de abril de 1957; que desde el 2 de abril de 1982 hasta la fecha de presentación de la demanda registra 1389 semanas de cotización; que el 1° de febrero de 2001, se afilió al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por Protección SA, entidad que no le suministró información sobre los efectos del acto de traslado, así como tampoco, sobre su situación pensional; y que, elevó reclamo ante las demandadas (págs. 4 a 13 y 49 a 57, arch. 1).

II. TRÁMITE PROCESAL

La demanda fue admitida el 16 de noviembre de 2018, ordenando su notificación y traslado a las demandadas (pág. 58, arch. 1), quienes dieron respuesta en término oportuno.

La **Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones** presentó oposición a lo pretendido. En su defensa propuso como excepciones las de inexistencia de la obligación, error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe y prescripción (págs. 63 a 76, arch. 1).

Protección SA se opuso a las pretensiones. En su defensa propuso como excepciones las de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción y aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones (págs. 101 a 128).

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, guardó silencio (pág. 61, arch. 1).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 33 Laboral del Circuito de Bogotá DC, en sentencia del 18 de mayo de 2022, declaró ineficaz el traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por la AFP Protección SA, y con esto, la afiliación realizada el 8 de febrero de 2001 a Pensiones y Cesantías Santander; y, que el gestor se encuentra afiliado de manera efectiva al Régimen de Prima Media con prestación Definida administrado por Colpensiones. En consecuencia, le ordenó a Protección SA realizar el traslado de los dineros existentes en la cuenta de ahorro individual del actor, junto con los intereses, rendimientos, cuotas de administración y bonos pensionales y a Colpensiones a recibir el traslado de las

sumas anotadas y activar la afiliación del demandante, e integrar en su totalidad la historia laboral, teniendo en cuenta la información contenida en los formatos CLEPS allegados (arch. 8).

Consideró que, debido a que el consentimiento dado por Antonio José Roa Leyva el 8 de febrero de 2001, a Pensiones y Cesantías Santander hoy Protección, no fue informado, le asiste derecho a regresar al RPMPD; y, como quiera que la AFP no demostró haber brindado una información necesaria y transparente al demandante, no quedaba más que declarar la ineficacia del traslado entre regímenes, y en consecuencia, ordenar la devolución de los aportes realizados al RAIS, junto con los efectos que dicha declaratoria tiene.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

La AFP Protección SA, interpuso recurso de apelación parcial en lo atinente a la devolución de los gastos de administración, argumentando que dicho concepto es un descuento legal, que se efectúa en ambos regímenes y se encuentra plenamente sustentado en los rendimientos que generó la cuenta de ahorro individual del demandante y la cobertura de los riesgos de invalidez y de muerte.

Agregó que tales descuentos, por ley tienen una destinación específica y por tanto se depositan en cuentas diferentes a las que tienen como finalidad financiar la mesada pensional, por lo que el monto de la pensión no se ve afectado ni en el RPM ni en el RAIS, con ocasión de los mismos; y que además, si se tiene que la consecuencia de la ineficacia es entender que el demandante siempre ha estado afiliado al RPM, la orden lógica debería ser simplemente el traslado de los aportes, más los rendimientos que se hubieren generado bajo la administración de esa AFP, ya que la rentabilidad del RAIS supera por mucho a la del RPM, de manera que de confirmarse la condena objetada, se estaría incurriendo en un enriquecimiento sin justa causa al trasladarse rendimientos generados por la buena gestión de ese fondo y las cuotas de administración que es la contraprestación a la que tiene derecho el mismo.

Finalmente, solicitó que se aplique la prescripción sobre las cuotas de administración, ya que no tienen la vocación de financiar la mesada y son obligaciones de tracto sucesivo.

La **Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones** apeló la sentencia proferida, tras considerar que el traslado ordenado tiene como consecuencia la afectación del patrimonio de esa entidad, pues a pesar de que se ha sentado una postura sobre el tema por la Corte Suprema de Justicia, debe hacerse un análisis en cada caso particular, de modo que el demandante no puede ser exonerado del deber de ilustrarse frente a la decisión de cambiar de régimen pensional, ya que no se encuentra disminuido en su capacidad para celebrar actos y contratos, teniendo en cuenta que de esa elección dependería su futuro pensional y aquel no hizo uso de los mecanismos legales como el retracto o la rescisión para dejar sin efecto la afiliación al RAIS.

Agregó, que para el efecto se debe tener en cuenta el criterio establecido por la Corte Constitucional en sentencia C-242-09, sobre la sostenibilidad financiera del sistema pensional que se encuentra prevista en el art. 48 de la CN, de ahí que el interés general debe primar sobre el particular a fin de evitar un detrimento del patrimonio público, pues esa entidad con la ineficacia del traslado se vería avocada al reconocimiento de una pensión de vejez a favor de un afiliado que ahorró de manera individual, no financió las demás pensiones del régimen de prima media y lo aportado por aquel no alcanzará para financiar su propia prestación.

V. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Recibidas las diligencias en esta Corporación, mediante auto del 10 de octubre de 2022, se admitió el recurso interpuesto y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones; y, conforme a lo normado en el art. 13 de la Ley 2213 de 2022, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar (arch. 4, C002).

La AFP Protección SA presentó alegaciones reiterando los argumentos expuestos en la alzada (arch. 6, C002).

VI. ACLARACIÓN PREVIA

Resulta necesario aclarar que, la suscrita Magistrada Ponente no comparte las consideraciones reiteradas por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en aquellos asuntos referentes a la nulidad o ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, en sede de tutela y en casación, razón por

la cual, al analizar específicamente los asuntos de esa índole de los que ha conocido, había adoptado decisiones apartándose razonadamente del criterio de la alta Corporación, en particular del vertido en decisiones cuyas consideraciones no contaban con mayoría, analizando lo dispuesto en la normatividad vigente en la fecha de suscripción del acto jurídico de traslado, respecto a la validez de los actos jurídicos en general y del traslado de régimen en particular, así como las cargas probatorias, y los matices relevantes de las decisiones adoptadas hasta el año 2019, todo ello en virtud de la autonomía e independencia judicial, así como las circunstancias fácticas de cada caso, las afirmaciones y condiciones particulares de las partes, y las pruebas allegadas y practicadas en cada proceso, de conformidad con lo dispuesto en los art. 60 y 61 del CPTSS.

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

VII. CONSIDERACIONES

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

Se encuentra acreditado dentro del plenario que el demandante: **i)** nació el 30 de abril de 1957 (Pág. 14, ach. 1); **ii)** cotizó a Cajanal del 2 de abril de 1982

al 30 de abril de 1983, de manera interrumpida del 1° de mayo de 1983 al 19 de enero de 1992 y del 24 de enero de 1992 al 22 de julio de 1992 (Págs. 35 a 40 y 41 a 43, ach. 1); y, **iii)** que el 8 de febrero de 2001 suscribió formulario de traslado al RAIS administrado por Pensiones y Cesantías Santander hoy Protección SA, con fecha de efectividad desde el 9 de febrero de 2001 (Págs. 129 a 131, arch. 1), ente en el que actualmente se encuentra afiliado.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

En esta providencia, también se dijo:

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

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

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

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

En el caso que ocupa la atención de esta Sala, el demandante se vinculó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por Pensiones y Cesantías Santander, hoy **Protección SA**, a partir del 8 de febrero de 2001, AFP a la que se encuentra actualmente afiliado, y si bien en el formulario de vinculación se hace referencia expresa a que la decisión se adoptó de manera libre, espontánea y sin presiones, conforme al mandato del art. 114 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con lo previsto en el art. 11 del Decreto 692 de 1994, esa sola afirmación, no acredita que en efecto se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

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

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

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

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

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

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

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

De otro lado, ha dicho la Sala que como la declaratoria de ineficacia tiene efectos *ex tunc* (desde siempre), las cosas deben retrotraerse a su estado anterior, como si el acto de

afiliación jamás hubiera existido. Por ello, en tratándose de *afiliados*, la Sala ha adoctrinado que tal declaratoria obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones --debidamente indexados-- con cargo a su propio patrimonio, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones; criterio que resulta igualmente aplicable respecto del porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima.

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

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

Por lo antes expuesto, al no acreditarse por parte de la AFP Protección SA, que hubiese suministrado información completa y comprensible en el ofrecimiento de sus productos al momento de la celebración del acto jurídico de traslado de régimen, para establecer la existencia de un consentimiento informado por parte del afiliado para esa época, tal como lo concluyó el *a quo*, la sanción jurídica a ese incumplimiento, es la ineficacia o la exclusión de todo efecto jurídico de la afiliación al régimen de ahorro individual, así como del traslado posterior verificado, y se **confirmará** la decisión de declarar la **INEFICACIA DEL TRASLADO** de régimen pensional realizado por el demandante el 8 de febrero de 2001, con su afiliación a la hoy AFP Protección.

De conformidad con la citada jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, se retrotrae la situación al estado en el que se hallaría si el acto jamás hubiera existido, dejando sin efecto también los traslados posteriores, si los hubo, y las administradoras de fondos de pensiones respectivas deben devolver con destino a Colpensiones, la totalidad de aportes pensionales efectuados con ocasión del traslado, así como los rendimientos financieros, bonos pensionales, primas de seguros previsionales, porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima y gastos de administración, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, discriminados con sus respectivos valores y con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aporte

pagado, y demás conceptos objeto de devolución (CSJ SL1022-2022, CSJ SL1017-2022, CSJ SL1125-2022), puesto que dichos valores pertenecen al Sistema General de Seguridad Social, y resultan necesarios para la financiación de las prestaciones económicas que correspondan en el régimen de prima media, en los términos de la jurisprudencia vigente.

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

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

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

Sin costas en la alzada.

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

¹ CSJ SL1688-2019.

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR el numeral tercero de la sentencia proferida el 18 de mayo de 2022, por el Juzgado 33 Laboral del Circuito de Bogotá DC, en cuanto a que la **Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección SA** deberá devolver también, con destino a Colpensiones, además de los conceptos allí relacionados, los gastos de administración descontados, incluidos los valores pagados por primas de seguros previsionales, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, discriminando la totalidad de los conceptos objeto de devolución, con sus respectivos valores y con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aporte pagado, y demás, según lo expuesto en las consideraciones de esta decisión.

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

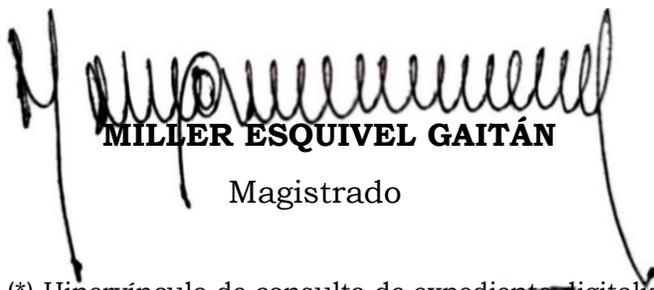
TERCERO: Sin costas en esta instancia, ante su no causación.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Magistrada ponente



MILLER ESQUIVEL GAITÁN
Magistrado



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado

(*) Hipervínculo de consulta de expediente digitalizado:

[\[my.sharepoint.com/:f:/g/personal/des15sltsbta_cendoj_ramajudicial_gov_co/Ej_fY1BXhNBk-dEZtTbfLoBDY8rOodzh-nnO1rPs0QuNg?e=pIEbfD\]\(https://etbcj-my.sharepoint.com/:f:/g/personal/des15sltsbta_cendoj_ramajudicial_gov_co/Ej_fY1BXhNBk-dEZtTbfLoBDY8rOodzh-nnO1rPs0QuNg?e=pIEbfD\)](https://etbcj-</p></div><div data-bbox=)

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

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

Código de verificación: **8725bafb882b84b0f610bee5a301e195c065f0009ea239b84681d1de0be067c1**

Documento generado en 28/02/2023 08:59:54 AM

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



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

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Magistrada Ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 11001 31 05 **029 2017 00220 01**
DEMANDANTE: MARÍA DEL PILAR VARGAS ROCHA
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
– COLPENSIONES
INTERVINIENTE: FRANCISCA TOVAR
AD EXCLUDENDUM

Bogotá DC, veintiocho (28) de febrero de dos mil veintitrés (2023).

En la fecha, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá DC, integrada por los Magistrados MILLER ESQUIVEL GAITÁN, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver el recurso de apelación que fue formulado por la parte demandante y surtir el grado jurisdiccional de consulta a favor de esa entidad demandada respecto de la sentencia proferida el 9 de febrero de 2022, por el Juzgado 29 Laboral del Circuito de Bogotá DC.

I. ANTECEDENTES

Pretende la demandante que se condene a la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones a reconocer y pagar la pensión de sobrevivientes por la muerte de su compañero permanente Juan Carlos Pacheco Donoso, junto con los intereses moratorios previstos en el art. 141 de la Ley 100 de 1993. En subsidio de lo anterior, solicitó que se condene a la demandada al reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes.

Basó sus pretensiones en que Juan Carlos Pacheco Donoso falleció en Bogotá el 5 de marzo de 2012; que en ese momento y desde el año 2005, el causante se encontraba haciendo vida marital en forma permanente y notoria

con ella, en virtud de lo cual adquirieron un inmueble mediante escritura pública n.º 2825 del 11 de septiembre de 2006; que mientras estuvo enfermo el afiliado, ella como compañera permanente lo cuidó y le prestó la ayuda que requirió; que dependía económicamente de su compañero; que las prestaciones reclamadas fueron negadas por la demandada mediante sendos actos administrativos, con fundamento en que el afiliado no reunía el requisito de semanas mínimas y porque existían beneficiarios con igual o mejor derecho (arch. 5).

II. TRÁMITE PROCESAL

La demanda se admitió el 12 de mayo de 2017, por el Juzgado 29 Laboral del Circuito de esta ciudad, ordenándose su notificación y traslado a la demandada (arch. 7), quien la contestó oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones con fundamento en que en este asunto el afiliado no acredita el cumplimiento de 50 semanas cotizadas en los tres años anteriores a su fallecimiento y porque no hay lugar a dar aplicación a la condición más beneficiosa, ya que de acuerdo con lo previsto en el art. 36 de la Ley 100 de 1993, el régimen de transición solo fue previsto para las pensiones de vejez. Formuló las excepciones de mérito de denominó prescripción, inexistencia del derecho y de la obligación (arch. 10).

Al trámite se vinculó a Francisca Tovar en calidad de interviniente Ad Excludendum, quien actuó representada por Curadora Ad Litem.

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, guardó silencio pese a encontrarse notificada (arch. 8).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 29 Laboral del Circuito de Bogotá DC, en sentencia del 9 de febrero de 2022, condenó a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, a reconocer y pagar a la demandante la indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes con ocasión del fallecimiento de su compañero permanente Juan Carlos Pacheco Donoso, conforme a lo normado en el art. 49 de la Ley 100 de 1993.

En lo que interesa a la alzada, la juez de primer grado encontró que el

afiliado falleció el 5 de marzo de 2012, por lo que estimó que la normatividad aplicable para resolver el pedimento de la pensión de sobrevivientes era la Ley 100 de 1993, con las modificaciones establecidas en la Ley 797 de 2003, y con ello, que con las pruebas recolectadas se demostraba en primera medida, que la demandante cumplía los requisitos para ser beneficiaria de ese derecho, teniendo en cuenta las declaraciones rendidas por Aidee Marina González Carballi y Julio Roberto Puentes Vivas, quienes indicaron que la conocían debido a que el causante fue paciente de la primera, por lo que les constaba que convivían desde el 2005, que se veían como una pareja estable y que residían en Suba, así mismo, al verificarse con la escritura pública de compraventa de un inmueble que la promotora del proceso y el afiliado habían declarado que eran compañeros permanentes y encontrarse probado con el certificado de afiliación a la EPS que la gestora además tenía la calidad de beneficiaria en salud del causante desde el 2007.

De otro lado, y en cuanto al requisito de semanas cotizadas adujo que según se extraía de la historia laboral adosada, Juan Carlos Pacheco Donoso no reunía el mínimo requerido en la normatividad reseñada para dejar causado el derecho. A su vez, en cuanto a la aplicación del principio de la condición más beneficiosa, indicó que de acuerdo con el criterio jurisprudencial sentado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia solo se podía recurrir al análisis de la prestación bajo los postulados de la Ley 100 de 1993, en su versión original y según lo dispuesto por la Corte Constitucional para recurrir a lo normado en el Acuerdo 049 de 1990, era necesario acreditar 150 semanas durante los 6 años anterior al fallecimiento o 300 en toda la vida antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pero como el afiliado solo cotizó 4.29 del 5 de marzo de 2011 al 5 de marzo de 2012, y 177,24 semanas con anterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993, no cumplía las condiciones requeridas.

Finalmente, sobre la indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes, dijo que al encontrarse demostrada la calidad de beneficiaria de la demandante era procedente su pago en la cuantía determinada por la ley, ya que el derecho analizado, por ser de naturaleza pensional era imprescriptible.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la absolución dispuesta respecto de la pensión de

sobrevivientes, expuso el apoderado judicial de la parte demandante que la juez de primera instancia olvidó aplicar el inciso “segundo” (sic) del art. 48 de la Ley 100 de 1993, que permite remitirse al régimen anterior, en este caso, el Acuerdo 049 de 1990, que en su art. 25 prevé que para acceder a la prestación se deben acreditar 150 semanas de cotización dentro de los 6 años anteriores al fallecimiento o 300 semanas en toda la vida, condiciones que afirmó se cumplen en este asunto.

V. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Recibidas las diligencias en esta Corporación, mediante auto del 28 de marzo de 2022, se admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante y el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones; y, conforme a lo normado en el art. 15 del Decreto 806 de 2020, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar (arch. 3, C002).

La parte demandada presentó alegatos de conclusión reiterando los argumentos expuestos en el escrito de contradicción (arch. 4, C002).

VI. CONSIDERACIONES

Cumplidos los trámites de segunda instancia, sin causal de nulidad que invalide lo actuado, esta Colegiatura procede a desatar la alzada y surtir el grado jurisdiccional de consulta, de conformidad con lo dispuesto en los art. 66A y 69 del CPTSS, último modificado por el art. 14 de la Ley 1149 de 2007, y el problema jurídico en este asunto consiste en determinar si el afiliado fallecido dejó causada la pensión de sobrevivientes en favor de sus beneficiarios, o en subsidio de ello, la indemnización sustitutiva de la prestación por muerte; y, si la demandante acreditó la condición de beneficiaria del causante, procediendo por ello el pago de una u otra pretensión.

Pensión de sobrevivientes.- Se encuentra acreditado que el causante, Juan Carlos Pacheco Donoso, nació el 9 de marzo de 1962 y falleció el 5 de marzo de 2012 (Pág. 21, archivo 4), por lo que las normas aplicables para resolver la controversia, vigentes para la fecha de la muerte (Pág. 68, arch. 4), son los artículos 12 y 13 de la Ley 797 de 2003, que modificaron los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993.

El citado artículo 12, prevé como requisito para la causación de la pensión de sobrevivientes en el caso de los afiliados, cotizar al sistema un mínimo de 50 semanas dentro de los tres años inmediatamente anteriores a la muerte, situación que no se verifica en este asunto, comoquiera que a la fecha del deceso registraba 4,43 semanas en el interregno indicado en la norma, por lo que bajo el amparo de la mentada regulación no es factible acceder al derecho procurado.

Ahora bien, frente al argumento de laalzada relativo a la aplicación del principio de la condición más beneficiosa, se considera relevante anotar que en lo que refiere a la pensión de sobrevivientes el Órgano de Cierre de esta Jurisdicción, ha admitido que el reconocimiento prestacional, se realice con sustento en las exigencias contempladas en la normativa inmediatamente anterior a la que se encontraba vigente para el momento del deceso, sin que sea válido invocar cualquier disposición que haya regulado el asunto en algún tiempo remoto.

En tal sentido la sentencia CSJ SL 32642, 9 dic. 2008, explicó: *“No es admisible aducir, como parámetro para la aplicación de la condición más beneficiosa, cualquier norma legal que haya regulado el asunto en algún momento pretérito en que se ha desarrollado la vinculación de la persona con el sistema de la seguridad social, sino la norma inmediatamente anterior a la vigente que ordinariamente regularía el caso. Es decir, el juez no puede desplegar un ejercicio histórico, a fin de encontrar alguna otra legislación, más allá de la que haya precedido (...)*”. (Reiterada entre otras sentencias en las CSJ SL2111-2018, CSJ SL020-2018, SL2040-2018 y SL2091-2018).

En este caso, en virtud del principio de la condición más beneficiosa habría lugar a dar aplicación a lo dispuesto en la Ley 100 de 1993 en su versión original, cuya aplicación en virtud del tránsito legislativo surge según lo expuesto por la Corte Suprema de Justicia, dependiendo del escenario en el que se encontrara el afiliado, esto es, según si estaba o no cotizando al momento del cambio normativo, es decir, para el 29 de enero de 2003 cuando entró a regir la Ley 797 y al momento de la muerte. De esta manera, en el caso de estar cotizando al momento del cambio normativo, como sucede en este asunto, de acuerdo con lo precisado por la alta Corporación en la sentencia CSJ SL4650-2017, se exige el cumplimiento de las siguientes condiciones: *“a) Que al 29 de enero de 2003 el afiliado estuviese cotizando; b) Que hubiese aportado 26 semanas en cualquier tiempo, anterior al 29 de enero de 2003; c) Que la muerte se produzca entre el 29*

de enero de 2003 y el 29 de enero de 2006; d) Que al momento de la fallecimiento estuviese cotizando, y; e) Que hubiese cotizado 26 semanas en cualquier tiempo, antes del deceso”.

Conforme a la documental aportada, es claro que no se cumplen las condiciones jurisprudenciales para el reconocimiento de la prestación en aplicación del referido principio, debido a que Juan Carlos Pacheco Donoso falleció el 5 de marzo de 2012, es decir, con posterioridad al 29 de enero de 2006.

Por otra parte, en las sentencias del CSJ SL 42628, 31 ago. 2010, CSJ SL 43218, 25 ene. 2011 y CSJ SL2040-2018, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, sostuvo que lo estipulado en el parágrafo 1º del artículo 12 de la Ley 797 de 2003, que indica que cuando un afiliado haya alcanzado el número mínimo requerido en el régimen de prima para adquirir la pensión de vejez en tiempo anterior a su fallecimiento, sus beneficiarios tendrán derecho a la prestación de sobrevivientes aunque no se hubiese satisfecho las 50 semanas de cotización en los tres años anteriores al fallecimiento, se hace extensible para las personas que en virtud del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, fueron cobijadas por el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, en cumplimiento del requisito de 1000 semanas de aportes en toda la vida laboral o de 500 en los 20 años anteriores a la muerte.

Sin embargo, revisadas las pruebas allegadas se encuentra que el causante no era beneficiario del régimen de transición debido a que al 1º de abril de 1994 tenía 32 años y reportaba 215,85 semanas; a lo que se suma que tampoco sería acreedor de una pensión de vejez de conformidad con la Ley 100 de 1993 o la Ley 797 de 2003, pues dichas normas establecen un mínimo de 1225 semanas de cotización para la fecha de la muerte, no se cumplen en el presente caso.

Finalmente, en torno al argumento relativo a que para desatar la controversia que se pone de presente procede la aplicación del inciso 4º del art. 48 de la Ley 100 de 1993, es preciso mencionar que dicha disposición regula puntualmente lo atinente al monto de la pensión de sobrevivientes y no a los requisitos para la causación del derecho, de modo que no puede recurrirse a ella como lo pretende la parte demandante; así fue establecido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia CSJ SL7142-2015, reiterada en la decisión CSJ SL2040-2018, en la que expuso:

El artículo 48 de la Ley 100 de 1993 simplemente regula los montos de las pensiones de sobrevivientes, en tratándose de afiliados o pensionados, así como la posibilidad especial de optar por un monto pensional equivalente al 65% del ingreso base de liquidación, más elevado que el que se pudiera obtener en condiciones normales, pero, debe entenderse, dirigida a quienes ya tienen debidamente causado ese derecho con arreglo a la normatividad vigente, pues, es necesario insistir, la disposición simplemente regula el monto de la prestación sin establecer condiciones para la causación de la misma. Esto es que, la norma contempla la posibilidad de superar el monto de la pensión en algunas condiciones en las que se cumplen simultáneamente los requisitos de la norma anterior y los de la Ley 100 de 1993, pero no una pensión de sobrevivientes diferente.

Lo contrario implicaría reconocer la existencia expresa de un régimen de transición en materia de pensiones de sobrevivientes que no puede derivarse del contexto integral y sistemático de la Ley 100 de 1993 y de sus modificaciones, así como de la jurisprudencia inveterada de esta Corporación, pues, se repite, el querer del legislador siempre se ha orientado a circunscribir la causación de tal prestación a partir y con fundamento en las normas vigentes en el momento de la muerte.

Bastan entonces las razones expuestas para desestimar los argumentos del recurso y confirmar la sentencia apelada frente a este puntual aspecto.

Indemnización sustitutiva.- Para decidir sobre la indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes peticionada, debe decirse que el artículo 49 de la Ley 100 de 1993 establece que *“Los miembros del grupo familiar del afiliado que al momento de su muerte no hubiese reunido los requisitos exigidos para la pensión de sobrevivientes, tendrán derecho a recibir, en sustitución, una indemnización equivalente a la que le hubiera correspondido en el caso de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez”*.

El artículo 37 *ibídem*, prevé la mentada indemnización frente al riesgo de vejez y dispone que la misma equivaldrá a un salario base de liquidación promedio semanal que será multiplicado por el número de semanas cotizadas, a cuyo resultado deberá aplicársele el promedio ponderado de los porcentajes de cotización sobre los cuales cotizó el afiliado.

Igualmente, se tiene que en lo concerniente a los beneficiarios de la prestación de sobrevivientes el literal a). del artículo 47 de la Ley 100 establece, que estarán dentro de los mismos en forma vitalicia, la compañera permanente que a la fecha de la muerte del causante tenga 30 o más años de edad, tratándose de muerte de afiliado, de manera que le corresponde a esta sala determinar si el demandante acreditó la calidad de compañera permanente del causante, y si la convivencia entre ambos además de encontrarse vigente para el momento de la muerte de aquel, tenía una vocación de permanencia real y efectiva que se tradujera en la intención de conformar una familia.

Lo anterior, conforme a criterio vigente de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, según el cual la convivencia mínima de 5 años para ser beneficiario de la pensión de sobrevivientes en calidad de cónyuge o compañero permanente, es exigible únicamente cuando el causante de la prestación es un pensionado, aserto al que llegó tras analizar lo dispuesto en el literal a) del art. 13 de la Ley 797 de 2003, en armonía con la exposición de motivos de la disposición y los fines de la pensión de sobrevivientes, para fijar así su verdadero alcance, el cual fue acogido de forma mayoritaria, en las sentencias CSJ SL3843-2020, CSJ SL3785-2020, CSJ SL4606-2020, CSJ SL36266-2020, CSJ SL489-2021, CSJ SL1905-2021, CSJ SL2222-2021, y CSJ SL5270-2021, ésta en la que la Alta Corporación reafirmó el referido criterio, apartándose de lo razonado por la Corte Constitucional en la CC SU-149-2021, al considerar que no incurría en una interpretación irrazonable ni desproporcionada del supuesto normativo analizado, ni atentatoria del principio de sostenibilidad financiera del sistema, y estimó que era esa la intelección adecuada del citado precepto normativo, en concordancia con los pronunciamientos efectuados en sede de constitucionalidad, especialmente en la sentencia CC C-194-2003, y los fines y principios del Sistema Pensional.

Descendiendo al caso objeto de estudio, advierte la Sala con las pruebas documentales adosadas que, en escritura pública n.º 2825 del 11 de septiembre de 2006, mediante la cual se celebró la compraventa de una vivienda de interés social, la demandante y el *de cujus* declararon que ambos tenían estado civil “soltero” con unión marital de hecho y constituyeron sobre inmueble afectación de patrimonio de familia inembargable (págs. 3 a 5, arch. 4); y, por otra parte, que María del Pilar Vargas Rocha figuraba en calidad de beneficiaria en salud del afiliado, en la EPS Famisanar Ltda. desde el 29 de marzo de 2008, tal como se hizo constar en certificación del 23 de marzo de 2012 (pág. 24, arch. 4).

A su vez, en cuanto a las versiones de los testigos, Aidee Marina González Carbalí relató que conoció a la promotora del proceso y a Juan Carlos Pacheco Donoso, debido a que es odontóloga de profesión y el último era su paciente; a su vez, dijo que la pareja convivió desde el año 2005 hasta el 2012, que no tuvieron hijos en común, y que, aunque nunca visitó el lugar donde residían, sabía que vivían en Suba; que el causante era una persona alta, delgada y de ojos azules; que aquel falleció con ocasión de un accidente cerebrovascular; que cuando ella lo conoció, para desplazarse, podía hacerlo solo y después dependía de María del

Pilar, pues asistían a las consultas en silla de ruedas; que exactamente un mes antes del fallecimiento la pareja asistió a su consultorio; y que, si ella requería comunicarse con el afiliado, lo hacía siempre por medio de la demandante.

Por su parte, el deponente Julio Roberto Puentes Vivas expuso que conoció a la gestora desde el año 2000, porque tenían una relación comercial, debido a que aquella vendía productos odontológicos; que más o menos en el año 2005, ella le presentó al causante en el consultorio; y que el último empezó a enfermarse y ella lo llevaba en la silla de ruedas para que él le ayudara en su trabajo; que a pesar de que nunca los visitó en su lugar de residencia, los veía en el consultorio odontológico juntos porque además la Dra Aidee los atendía a ambos.

En tal sentido, se considera que las pruebas previamente relacionadas permiten extraer el cumplimiento del requisito de convivencia, en la medida en que dan cuenta de que el vínculo como compañeros permanentes se veía reflejado en su vida pública y en diversos actos en los que declararon tal situación; y, acreditada la calidad de beneficiaria de la señora María del Pilar Vargas Rocha, evidenciado como está que en el presente caso el afiliado al momento de su muerte no reunió los requisitos exigidos para la pensión de sobrevivientes, se hace imperioso confirmar la decisión primigenia frente al reconocimiento al pago de la indemnización sustitutiva de la prestación, dispuesto en primera instancia.

En punto de la prescripción se considera relevante recordar la sentencia CSJ SL3659-2020, en la que la Corporación de Cierre de esta Jurisdicción dejó sentado que *“debe tenerse en cuenta que la indemnización sustitutiva constituye un derecho pensional imprescriptible, pues no se trata de una simple suma de dinero o crédito laboral, sino de una garantía que a través de un ahorro forzoso busca amparar el riesgo de vejez, invalidez o muerte. (SL4559-2019)”*, por lo cual no había lugar a declararla probada.

Ahora bien, frente al monto de la indemnización, debe decirse que el artículo 3º del Decreto 1730 de 2001, dispone que la misma corresponde al salario base de liquidación de la cotización semanal promediado de acuerdo con los factores salariales, actualizado anualmente con el IPC, multiplicado por la suma de semanas cotizadas al subsistema de pensiones y por el promedio ponderado de los porcentajes sobre los cuales el afiliado cotizó a los riesgos IVM.

En este asunto, debido a que no se prueban en su integridad los salarios sobre los que cotizó el afiliado, se adicionará la sentencia de primer grado, para precisar que la indemnización sustitutiva deberá calcularse teniendo en cuenta salario base de liquidación promedio semanal, multiplicado por el número de semanas cotizadas, a cuyo resultado deberá aplicársele el promedio ponderado de los porcentajes de cotización sobre los cuales cotizó el causante, actualizado a la fecha del deceso.

Sin costas en esta instancia, ante su no causación.

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

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR el numeral primero de la sentencia proferida el 9 de febrero de 2022, por el Juzgado 29 Laboral del Circuito de Bogotá DC, en el entendido que la indemnización sustitutiva deberá calcularse teniendo en cuenta salario base de liquidación promedio semanal, multiplicado por el número de semanas cotizadas, a cuyo resultado deberá aplicársele el promedio ponderado de los porcentajes de cotización sobre los cuales cotizó el causante, actualizado a la fecha del deceso, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva.

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Magistrada ponente



MILLER ESQUIVEL GAITÁN
Magistrado



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado

Enlace expediente digital:

https://etbcsj-my.sharepoint.com/:f:/g/personal/des15sltsbta_cendoj_ramajudicial_gov_co/EvvwjoNA4G1KqNe809BPsG8BzUJEhExftz_RUXcvZrQY_g?e=PGbddb

Firmado Por:

Luz Patricia Quintero Calle

Magistrada

Sala Laboral

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

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

Código de verificación: **3a905a9cda916461cb108150f0dcbc247d460f0bd3325c792d7c4fb476ed01db**

Documento generado en 28/02/2023 08:59:53 AM

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

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



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

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Magistrada Ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO LABORAL - **SENTENCIA**
RADICACIÓN: 11001 31 05 **021 2021 00090** 01
DEMANDANTE: JIMENA LEMOINE GARZÓN
DEMANDADAS: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -
COLPENSIONES, COLFONDOS PENSIONES Y
CESANTÍAS SA y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE
FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR SA

Bogotá DC, veintiocho (28) de febrero de dos mil veintitrés (2023).

En la fecha, en cumplimiento de lo dispuesto en el art. 13 de la Ley 2213 de 2022, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá DC, integrada por los Magistrados MILLER ESQUIVEL GAITÁN, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto por Porvenir y Colpensiones y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta última, respecto de la sentencia proferida el 2 de junio de 2022, por el Juzgado 21 Laboral del Circuito de Bogotá DC.

I. ANTECEDENTES

Pretende la demandante que se declare la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad efectuado en marzo de 1998 ante Porvenir SA, por falta de información veraz, completa y coherente; en consecuencia, se condene a las demandadas a realizar todas las gestiones administrativas para anular dicho traslado; se condene a Porvenir SA a trasladar la totalidad de los dineros que se encuentren depositados en su cuenta de ahorro individual, junto con los rendimientos, frutos, intereses y gastos de administración; y se ordene a Colpensiones recibirla sin solución de continuidad, corrija y actualice su historia laboral (págs. 4, 5 archs. 1, 5 C01).

Como fundamento relevante de sus pretensiones, expuso que nació el 7 de noviembre de 1964; cotizó en el RPMPD desde julio de 2000 [sic]; se trasladó al RAIS en marzo de 1998 a través de afiliación efectuada ante Porvenir SA, sin estar precedida de información real y oportuna acerca de las ventajas y desventajas de ambos regímenes pensionales, ni con la proyección pensional pertinente; dicha AFP no le informó acerca de su derecho a reintegrarse al RPMPD dentro del año gracia concedido en los arts. 2º de la Ley 797 y 1º del Decreto 3800 ambos de 2003; Porvenir SA y Colfondos tienen la carga probatoria de acreditar que cumplieron con el deber legal de información; reclamó administrativamente el 11 de febrero de 2020 ante Colpensiones sin recibir respuesta alguna (págs. 5, 6 *idem*).

II. TRÁMITE PROCESAL

Previa subsanación, la demanda se admitió el 29 de septiembre de 2021, ordenando su notificación y traslado a las demandadas (arch. 6 C01), quienes dieron respuesta en término oportuno.

Porvenir SA, para oponerse a las pretensiones excepcionó prescripción, compensación, inexistencia de la obligación y buena fe (págs. 3-29 archs. 13, 19 *idem*)

Colfondos SA, se opuso a lo pretendido y formuló como excepciones de mérito las denominadas inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al RAIS, ratificación de la afiliación a Colfondos SA, prescripción, compensación y pago (págs. 4-15 archs. 14, 19 *idem*).

Colpensiones presentó oposición a lo pretendido. En su defensa propuso como excepciones las de errónea e indebida aplicación del art. 1604 del CC, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al RPMPD, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia del pago de costas en instituciones administradoras de la seguridad social del orden público (págs. 3-41 archs. 17, 19 *idem*).

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, a pesar de haber sido legalmente notificada guardó silencio (arch. 12 *idem*).

III.SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 21 Laboral del Circuito de Bogotá DC, en sentencia del 2 de junio de 2022, declaró la ineficacia del traslado efectuado al RAIS el 10 de marzo de 1998 con fecha de efectividad a partir del 1º de mayo de la misma anualidad por intermedio de Porvenir SA, quedando afectado de igual forma el traslado realizado a Colfondos SA, en consecuencia, la afiliación válida es la del RPMPD; condenó a Porvenir SA a trasladar a Colpensiones los recursos de la cuenta de ahorro individual de la demandante, tales como aportes pensionales, cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos, recursos destinados al fondo de garantía de pensión mínima, gastos de administración, comisiones, seguros previsionales, sumas debidamente indexadas con cargo a sus propios recursos y sin deducción alguna por gastos de traslado, en forma discriminada con los respectivos valores, detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

Condenó a Colfondos SA a trasladar a Colpensiones los dineros que descontó de la cuenta de ahorro individual de la demandante, como gastos de administración, comisiones, recursos destinados al fondo de garantía de pensión mínima, seguros previsionales y gastos de traslado todo debidamente indexado con cargo a sus propios recursos y utilidades; condenó a Colpensiones a activar la afiliación de la demandante en el RPMPD y a actualizar su historia laboral; declaró no probadas las excepciones propuestas y condenó en costas únicamente a Porvenir SA en favor de la demandante.

Consideró que las AFP no cumplieron con la carga de la prueba correspondiente y por tanto, faltaron al deber legal de información al que se ha hecho referencia jurisprudencialmente, pues ni la legislación ni la jurisprudencia ha establecido que se deba contar con una expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado de una AFP por el cumplimiento del deber de información; la manifestación de aceptación voluntaria contenida en el formulario de afiliación inicial no tiene la virtualidad de formar el conocimiento de que realmente se le suministró la información en los términos requeridos; el traslado entre fondos realizado con posterioridad no implica una ratificación o que se pueda desplazar ese deber de información. Finalmente adujo que el derecho a la pensión es imprescriptible (archs. 24, 25 C01).

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

Porvenir SA, argumentó que no hay causal para declarar la ineficacia del traslado porque en el interrogatorio de parte, la demandante que por demás no lo rindió con la integridad del caso, señaló que presentó la demanda debido al no cumplimiento de una mera expectativa pensional y no por la falta al deber legal de asesoría por parte de la AFP en 1998, además para dicha época se encontraban vigentes los arts. 97 del Decreto 663 de 1993 y el 15 del Decreto 656 de 1994, por lo que ese tipo de asesorías se brindaban en forma verbal; así que, los únicos documentos a los cuales se encontraba obligada a entregarle a la demandante eran el formulario y el reglamento del fondo, y así lo cumplió, sin que otro tipo de omisiones sean consideradas como falta al deber legal de información, porque la Ley 1328 de 2009 no regía en ese momento.

Indicó que por esa razón, se encuentra imposibilitada tanto para brindar documentación respecto a la cual, no está en la obligación de hacerlo, como para devolver los dineros distintos a las cotizaciones y rendimientos, porque en el RPMPD también existe un porcentaje de la cotización destinado a financiar estos dineros, sin que le pertenezcan a ningún afiliado de cualquier régimen pensional, dado que la pensión de vejez no se financia con los gastos de administración, los cuales son exclusivos de los fondos privados; agregó que se debe tener en cuenta que Porvenir SA cumplió con la generación de rendimientos de la cuenta de ahorro individual de la demandante al momento de ingresar las cotizaciones y que tampoco es viable devolver primas de seguros previsionales porque la aseguradora en su momento cumplió con el deber de asegurar a la demandante mientras estuvo en el RAIS. Solicitó además se declare la prescripción de todas esas sumas de dinero distintas a los aportes pensionales y sus rendimientos.

Colpensiones, señaló que en este caso no se acreditaron vicios del consentimiento, porque la demandante se trasladó de manera libre, voluntaria y sin presiones conforme a lo dispuesto en el art. 13 de la Ley 100 de 1993, según el consentimiento informado vertido en el formulario de afiliación en donde se encuentra la plena intención de querer pertenecer al RAIS; resulta desproporcional imponer una carga a la entidad dado que se afecta la sostenibilidad financiera del sistema pensional y el pago futuro de las pensiones en favor de las personas que sí cotizaron allí; además transcurrieron más de 2 décadas después del traslado inicial, por tanto se torna imposible probar las

circunstancias que rodearon la suscripción del traslado, dado que no era obligatorio dejar un registro documental del mismo en relación con el deber de información, el cual solo se materializó a través de la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015, y en todo caso, se debería verificar si la afiliada perdería el régimen de transición o si solamente se trata de una situación relacionada con no estar de acuerdo con el monto de la mesada pensional y así obtener un beneficio indebido al no aportar en un sistema durante más de 20 años, lo cual de ninguna manera es objeto de protección a nivel jurisprudencial.

Señaló que en caso de confirmarse la decisión, se debe condicionar el cumplimiento de la sentencia por parte de Colpensiones, a la devolución total y en forma indexada de las sumas respectivas incluyendo cotizaciones, rendimientos financieros, bonos pensionales, gastos de administración y demás dineros a que hubiere lugar; tampoco es viable la condena en costas a su cargo porque no participó en el acto que se presume ineficaz, siendo un tercero a quien se le causa un daño injustificado por un contrato entre 2 partes totalmente ajenas a la entidad.

V. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Recibidas las diligencias en esta Corporación, mediante auto del 10 de octubre de 2022 se admitió el recurso interpuesto y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones; y, conforme a lo normado en el art. 13 de la Ley 2213 de 2022, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar (arch. 04 C02).

Colpensiones presentó alegaciones de instancia reiterando los argumentos expuestos en la contestación a la demanda y su recurso (arch. 05 C02). Las demás partes guardaron silencio.

VI. ACLARACIÓN PREVIA

Resulta necesario aclarar que, la suscrita Magistrada Ponente no comparte las consideraciones reiteradas por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en aquellos asuntos referentes a la nulidad o ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, en sede de tutela y en casación, razón por la cual, al analizar específicamente los asuntos de esa índole de los que ha conocido, había adoptado decisiones apartándose razonadamente del criterio de

la alta Corporación, en particular del vertido en decisiones cuyas consideraciones no contaban con mayoría, analizando lo dispuesto en la normatividad vigente en la fecha de suscripción del acto jurídico de traslado, respecto a la validez de los actos jurídicos en general y del traslado de régimen en particular, así como las cargas probatorias, y los matices relevantes de las decisiones adoptadas hasta el año 2019, todo ello en virtud de la autonomía e independencia judicial, así como las circunstancias fácticas de cada caso, las afirmaciones y condiciones particulares de las partes, y las pruebas allegadas y practicadas en cada proceso, de conformidad con lo dispuesto en los art. 60 y 61 del CPTSS.

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

VII. CONSIDERACIONES

Cumplidos los trámites de segunda instancia, sin causal de nulidad que invalide lo actuado, esta Colegiatura procede a desatar la alzada y el grado jurisdiccional de consulta, y de conformidad con lo previsto en los artículos 66A y 69 del CPTSS, el problema jurídico a resolver consiste en verificar si el traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, surtió plenos efectos jurídicos, o si por el contrario, fue ineficaz por falta de información suficiente por parte de la administradora privada demandada, que le permitiera contar con un consentimiento informado en la celebración del acto jurídico; y en tal caso, cuáles son las consecuencias jurídicas de tal declaratoria, entre ellas si es procedente la devolución de las sumas indicadas por la *a quo*.

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: **i)** la demandante nació el 7 de noviembre de 1964 (pág. 17, arch. 1, págs. 35, 36 arch. 16.1 C01); **ii)** cotizó al extinto ISS entre el 16 de septiembre de 1982 y el 31 de marzo de 1998 un total de 686.29 semanas (págs.. 1-13 arch. 16, págs.. 270-287 arch. 16.1, págs.. 43-46, 318-334 arch. 17); **iii)** el 10 de marzo de 1998 se trasladó al RAIS administrado por la AFP Porvenir SA, con fecha de efectividad desde el 1º de mayo de esa anualidad (págs. 24 arch. 1, págs. 76, 80 arch. 13, págs.. 127 arch. 16.1); **iv)** el 10 de mayo de 2000 se afilió a Colfondos SA (págs. 90, 93 arch. 14 págs. 264 arch. 16.1); **v)** el 27 de febrero de 2004 regresó a Porvenir SA, con efectividad a partir del 1º de abril de 2004 administradora en la que actualmente se encuentra afiliada con un total de 1786 semanas cotizadas a 7 de octubre de 2021, conforme la certificación e historias laborales consolidadas emitidas por la mencionada AFP (págs. 25-30 arch. 1, págs. 76, 79, 81, 87-115 arch. 13, pág. 123, 126, 128, 134-161 arch. 16.1 *ídem*).

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

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

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

El inc. 1º del art. 114 de la Ley 100 de 1993, impuso como exigencia a los trabajadores y servidores públicos, que por primera vez se trasladaran del régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, que deberían entregar una comunicación escrita, donde constara que la selección había sido libre, espontánea y sin presiones, y el inc. 7.º del art. 11 del Decreto 692 de 1994, permitió que la citada manifestación estuviera '*preimpresa*' en el formulario de vinculación, de que la decisión que

está tomando el afiliado es libre, espontánea y sin presiones, norma esta, que se encuentra en plena vigencia y no ha sido materia de derogatoria alguna.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

En esta providencia, también se dijo:

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

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

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

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

En el caso que ocupa la atención de esta Sala, la demandante se vinculó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por **Porvenir SA**, el 10 de marzo de 1998 con efectividad a partir del 1º de mayo de esa anualidad, luego se trasladó a **Colfondos SA** el 10 de mayo de 2000 y finalmente, regresó a **Porvenir SA** el 27 de febrero de 2004 con efectividad a partir del 1º de abril de ese año, AFP a la que se encuentra actualmente afiliada, y si bien en los formularios de vinculación n.º 1014198, 10635069-01992915, 7389235 (págs. 24, 25 arch. 1, págs. 76, 80, 81 arch. 13, págs. 90, 93 arch. 14, págs.. 127, 128, 264 arch. 16.1 C01) se hace referencia expresa a que la decisión se adoptó de manera libre, espontánea y sin presiones, conforme al mandato del art. 114 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con lo previsto en el art. 11 del Decreto 692 de 1994, esa sola afirmación, no acredita que en efecto se le haya suministrado la información oportuna, suficiente y veraz, en los términos dispuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Por lo antes expuesto, al no acreditarse por parte de las AFP Porvenir SA y Colfondos SA, que hubieren suministrado información completa y comprensible en el ofrecimiento de sus productos al momento de la celebración del acto jurídico de traslado de régimen, para establecer la existencia de un consentimiento informado por parte del afiliado para esa época, tal como lo concluyó la *a quo*, la sanción jurídica a ese incumplimiento, es la ineficacia o la exclusión de todo efecto jurídico de la afiliación al régimen de ahorro individual, así como del traslado posterior verificado, por lo que se **confirmará** la decisión de declarar la **INEFICACIA DEL TRASLADO** de régimen pensional realizado por la demandante el 10 de marzo de 1998 con su afiliación a la AFP Porvenir SA, efectiva desde el

1º de mayo de esa anualidad (págs. 24 arch. 1, págs. 76, 80 arch. 13, págs.. 127 arch. 16.1 C01).

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

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

Respecto las costas, cuya condena adujo Colpensiones no es viable, se verifica por la Sala que en primera instancia no se profirió condena alguna en contra de la entidad por ese concepto. Y, finalmente, se advierte que le asiste razón en cuanto solicita que se condicione el cumplimiento de la sentencia por parte de Colpensiones, a la devolución de las sumas ordenadas, toda vez que la activación de la afiliación es una consecuencia de la ineficacia declarada, que se

¹ CSJ SL1688-2019.

materializa de manera efectiva con la referida devolución, y es por ello que, se **adicionará** el numeral cuarto de la sentencia apelada y consultada, en cuanto a que Colpensiones deberá reactivar la afiliación de la demandante y actualizar su historia laboral, una vez se de cumplimiento a lo dispuesto en los numerales segundo y tercero de la decisión; y, se **confirmará** en lo demás.

Sin costas en la alzada.

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

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR el numeral CUARTO de la sentencia proferida el 2 de junio de 2022, por el Juzgado 21 Laboral del Circuito de Bogotá DC, en cuanto a que Colpensiones deberá reactivar la afiliación de la demandante y actualizar su historia laboral, una vez se de cumplimiento a lo dispuesto en los numerales segundo y tercero de la sentencia, según lo expuesto en las consideraciones de anteriores.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada y consultada, acorde con la motivación expuesta.

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Magistrada ponente



MILLER ESQUIVEL GAITÁN
Magistrado



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado

(*) Hipervínculo de consulta de expediente digitalizado:

<https://etbcj->

my.sharepoint.com/:f:/g/personal/des15sltsbta_cendoj_ramajudicial_gov_co/Et-j6MQMQEZGnXk3JOj6wrcBa1fUG3xVSUyN6RidtUj78A?e=KwsuLv

Firmado Por:

Luz Patricia Quintero Calle

Magistrada

Sala Laboral

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

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

Código de verificación: 7e07c91f910d526df916faa0b5a8f325ec29eb05b9e9335b5cc044d21cb249d7

Documento generado en 28/02/2023 08:59:51 AM

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

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



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

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE
Magistrada Ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO LABORAL - **SENTENCIA**
RADICACIÓN: 11001 31 05 **021 2019 00670 01**
DEMANDANTE: CARLOS HERNANDO VELANDIA TORO
DEMANDADO: IATAI ANDINA SAS e IATAI SHARE SERVICE CENTER SAS

Bogotá D.C., veintiocho (28) de febrero de dos mil veintitrés (2023).

En la fecha, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá DC, integrada por los Magistrados MILLER ESQUIVEL GAITÁN, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver los recursos de apelación interpuestos por las partes contra la sentencia proferida el 14 de octubre de 2021, por el Juzgado 21 Laboral del Circuito de Bogotá DC.

I. ANTECEDENTES

Pretende el demandante que se declare la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido del 1° de agosto de 2013 al 27 de junio de 2018, el cual terminó de manera unilateral y sin justa causa; que la remuneración estaba conformada por el salario básico y por las comisiones por venta y/o comercialización de los productos de propiedad de las demandadas; en consecuencia, que se condene al pago de las cesantías correspondientes al año 2015, las cuales debieron consignarse el 14 de febrero de 2016; la sanción por no consignación de las cesantías de 2015; la reliquidación de las prestaciones sociales, vacaciones, demás derechos prestacionales que se demuestre haber recibido, aportes al sistema integral de seguridad social y parafiscales; la indemnización por despido; la indemnización moratoria prevista en el art. 65 del CST; la sanción por no consignación de las cesantías prevista en el art. 99 de la Ley 50 de 1990; el IPC y, los intereses moratorios correspondiente a una y media veces el interés bancario corriente.

Como sustento fáctico relevante de sus pretensiones, el demandante manifestó que suscribió contrato de trabajo con Iatai Andina SAS el 1º de agosto de 2014, para desempeñar el cargo de *Senior Experience Manager – Sales*; que la sociedad mencionada, fue sustituida por Iatai Share Service Center SAS en todas las obligaciones, con quien se estableció que el cargo desempeñado se denominaría *Agencias – Sales*; que el contrato se dio por terminado de manera unilateral y sin justa causa; que desarrolló, entre otras, las actividades relacionadas con la venta de los productos comercializados por las demandadas, correspondientes a asistencia médica para viajeros internacionales, de acuerdo con el presupuesto mensual de ventas fijado a través de la Gerencia Comercial; que la remuneración estaba conformada por un salario básico y las comisiones generadas por la comercialización de productos; que los pagos anotados se consignaban a través de la cuenta de nómina de ahorros n.º 004370734982 del Banco Davivienda, desde las cuentas n.º 0000000830002181 del Banco de Bogotá, 0000000900283026 de Bancolombia, 0000009002830261 del Banco Helm Bank “ITAU” y 0000000901074757 y 0000000901074811 del Banco GNB Sudameris; que las demandadas no incluyeron la totalidad de comisiones para liquidar y pagar los conceptos reclamados; que no han sido consignadas las cesantías del 2015; y que, el 26 de septiembre de 2018, presentó derecho de petición en el que solicitó el reconocimiento y pago de las sumas pretendidas (Págs. 2 a 23, arch. 12).

II. TRÁMITE PROCESAL

La demanda se admitió, luego de ser subsanada, el 9 de julio de 2020, ordenándose la notificación y traslado a la demandada (arch. 13).

Iatai Andina SAS e **Iatai Share Service Center SA** dieron respuesta a la demanda, aceptando los hechos y sin oposición a las pretensiones relativas a la existencia del contrato de trabajo, los extremos temporales, la sustitución de empleadores, la terminación del vínculo sin justa causa y las funciones desempeñadas por el demandante. A los demás pedimentos se oponen, argumentando que la empresa nunca se comprometió a pagar al demandante un salario variable conformado por venta y/o comercialización de productos, así como tampoco, reconoció comisiones por ventas, y adujo que las cesantías del año 2015 fueron consignadas en febrero de 2016, por lo que no se configuró

mora. En su defensa, formularon las excepciones de mérito que denominó improcedencia de reliquidación de prestaciones sociales y pago; improcedencia de la indemnización por falta de pago; prescripción, improcedencia de un fallo extra y ultra petita e improcedencia de costas y agencias en derecho (Págs. 3 a 12, arch. 2019-670, Carp. Medios)

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 21 Laboral del Circuito de Bogotá DC, en sentencia del 14 de octubre de 2021, declaró que entre el demandante y la empresa Iatai Andina Share Services Center SAS existió un contrato de trabajo desde el 1º de agosto de 2013 hasta el 27 de junio de 2018, en virtud de la sustitución patronal que operó con el primer empleador Iatai Andina SAS. Adicionalmente, declaró parcialmente probada la excepción de prescripción y no probados los demás medios exceptivos.

En consecuencia, condenó a Iatai Andina Share Services Center SAS a pagar las diferencias generadas sobre las cesantías (\$6.743.584,57); los intereses a las cesantías (\$344.221,24); la prima de servicios (\$3.590.170,90); la indemnización por despido sin justa causa (\$101.398,82); y, los aportes en pensión al fondo Protección SA o en el que se encuentre afiliado, incluyendo la sanción de que trata el art. 23 de la Ley 100 de 1993. Así mismo, condenó al pago de \$102.016.642 por concepto de sanción por no consignación de las cesantías y \$61.686.528 correspondiente a la indemnización moratoria desde el 28 de junio de 2018 hasta el 28 de junio de 2020, y del 29 de junio en adelante los intereses moratorios que se causen en lo sucesivo sobre las diferencias de las prestaciones sociales, a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Financiera (arch. 62).

Para lo que interesa a la alzada, la juez de primer grado estableció que a pesar de que ante la inasistencia de la demandada a rendir el interrogatorio de parte, se había tenido por cierto el hecho relativo a la no consignación de las cesantías causadas en el año 2015, no se podía perder de vista que con el estado de cuenta adosado se verificaba que las mismas fueron depositadas el 15 de febrero de 2016, por lo que no había lugar a imponer condena.

Sobre el carácter salarial de la suma adicional a la remuneración básica

recibida por el trabajador, dijo que debía tenerse en cuenta en primera medida, que debido a la inasistencia de las demandadas tanto a la audiencia de conciliación, como al interrogatorio de parte, se habían tenido por ciertos los hechos enunciados en los numerales 6.4, 6.5, 6.6, 6.7, 6.8 y 6.9. A su vez, que al remitirse al contrato de trabajo se extraía que las partes habían dejado consignado un pacto de exclusión salarial; y de otro lado, se tenía certificación en la que se consignó que el trabajador percibió bonificaciones por mera liberalidad de acuerdo con el otro sí suscrito entre las partes, correspondientes a ventas una bonificación por mera liberalidad BML, por metas alcanzadas por ventas durante el mes, de acuerdo con el presupuesto mensual entregado previamente y socializado con el gestor, el cual debía ser cumplido al menos en el 70%, ventas por agencias de viajes, correspondiente a una bonificación por mera liberalidad “BML” mensual, de acuerdo con las ventas realizadas a cada agencias de viajes, medido en los porcentajes relacionados en la tabla respectiva.

Con eso, estableció la *a quo*, que dentro en las pruebas aportadas al plenario no se había arrimado el otro sí referenciado en la certificación referida, además no se demostró que existiera un pacto específico de exclusión salarial y tampoco que los pagos realizados estuvieran relacionados con los establecidos en la cláusula octava del contrato de trabajo. Así, recordó que de acuerdo con el criterio sentado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, aun cuando exista un pacto de exclusión salarial, si se efectúa con habitualidad un pago al trabajador que no tiene un fin específico, puede entenderse que el mismo es retributivo del servicio.

Agregó además que, de la versión de Germán Ernesto Rodríguez Romero, quien había sido compañero de trabajo del demandante, se desprende que en la compañía se trabajaba sobre un salario básico, más remuneraciones comerciales, que en el caso del actor, correspondían a comisiones por venta, lo cual dijo saber, porque de forma mensual se reunían para contarse lo que habían percibido, siendo Carlos Velandia el que más comisionaba; que también sabía que el promotor del proceso trabajaba vendiendo todo lo relacionado con el tema de seguros y asistencia de viajes en el extranjero; y así mismo, había referido que aunque no pertenecía al área de seguros de asistencia, estaba enterado de que los trabajadores del canal de agencias percibían comisiones correspondientes a un porcentaje de las ventas realizadas, las cuales se pagaban mes vencido y que era el jefe de área con el que se acordaba el número de ventas,

pues dependiendo de estas se tenía un porcentaje de comisión, y además les pagaban unas bonificaciones.

Con lo anterior, la juez de primera instancia coligió que el demandante percibió comisiones, debido a que las mismas estaban correlacionadas con el cumplimiento de determinadas metas a su cargo, las cuales indiscutiblemente eran remuneratorias del servicio, al estar relacionadas con el desempeño de la actividad del trabajador, de ahí que al amparo de lo normado en el art. 127 del CST constituían salario. De otro lado, señaló que también se había constatado que el trabajador recibió bonificaciones, las cuales, aunque fueron recibidas en algunos años con mayor frecuencia que en otros, dependían directamente del cumplimiento de las necesidades producto de su trabajo, por lo que también tenían connotación salarial.

A su vez, para establecer las diferencias de los conceptos reclamados adujo que era menester recurrir a los valores relacionados en los documentos de folios 691 a 756 y tener en cuenta que como el actor presentó reclamo escrito el 26 de septiembre de 2018, las acreencias que se hicieron exigibles con anterioridad al 26 de septiembre de 2015, estaban prescritas, y particularmente, en el caso de las vacaciones se vieron afectadas las causadas del 1º de agosto de 2013 al 31 de julio de 2014. Sin embargo, dicho fenómeno jurídico no había afectado lo atinente al reajuste de las cesantías y de los aportes al sistema general de pensiones, de acuerdo con el criterio sentado sobre el particular, por la Corte Suprema de Justicia.

Sobre la procedencia de la indemnización moratoria y de la sanción por no consignación de las cesantías, expuso que debido a que las prestaciones sociales fueron pagadas por el empleador de forma deficitaria, al no tener en cuenta para su liquidación las comisiones y bonificaciones, era menester imponer condena, debido a que la demandada no acreditó motivos que eximieran su actuación.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

La **parte demandante** señaló que, como lo adujo en los alegatos de conclusión, por un error involuntario en la demanda, indicó que las cesantías adeudadas correspondían a las del año 2015, a pesar de que las que se consignaron tardíamente fueron las del 2016, tal como quedó demostrado en el

plenario. De ese modo, estimó que no se pueden sacrificar las pretensiones del demandante, por dicha falencia, por lo que solicita que en virtud de las facultades ultra y extra petita se conceda la sanción por no consignación de las cesantías de la anualidad 2016.

La **parte demandada** en la alzada expresó su inconformidad respecto de la reliquidación de salarios, prestaciones y aportes a la seguridad social, con fundamento en que las sumas devengadas por el actor fueron reconocidas por concepto de beneficios de carácter extralegal y no constituyen salario, ya que no tenían como finalidad retribuir directamente el servicio prestado, se pagaron en un acto unilateral, gratuito y por mera liberalidad de las llamadas a juicio y el art. 128 del CST prevé que los beneficios habituales acordados contractualmente, que las partes hayan expresado que no constituyen salario, no lo son.

En cuanto a la condena por concepto de indemnización moratoria, adujo que la conducta de las demandadas siempre ha estado guiada por la buena fe, ya que como se probó, cumplió con las obligaciones a su cargo, realizó la liquidación y pago de las acreencias laborales causadas a la finalización del contrato, y actuó con la certeza de que los montos reconocidos correspondían a lo devengado por el trabajador, para lo cual hizo mención a la sentencia CSJ SL 45068, 11 nov. 2015, relacionada con que la indemnización moratoria no es de aplicación automática. Aludió además a que, debe tenerse en cuenta la presunción constitucional de buena fe, por lo que para que se pueda presumir lo contrario debe existir una norma que expresamente así lo disponga, así mismo, que al no haberse quedado adeudando nada, no se violaron las normas laborales y por ello no hay mala fe, máxime cuando no existió la intención de defraudar al trabajador, razones que aseguró, se acompañan con lo expuesto en la sentencia CSJ SL 41782, 30 ago. 2011.

Argumentos que replicó, respecto de la sanción por no consignación de las cesantías condenada por la juez de primer grado, agregando que tal obligación se cumplió año a año, refiriendo para el efecto, la sentencia CSJ SL 35678, 1º feb, 2011.

V. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Recibidas las diligencias en esta Corporación, mediante auto del 25 de noviembre de 2021, se admitieron los recursos de apelación interpuestos por las partes; y, conforme a lo normado en el art. 15 del Decreto 806 de 2020, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar (arch. 4, C002).

Las partes presentaron alegatos de conclusión reiterando los argumentos expuestos en la alzada (arch. 5, C002).

VI. CONSIDERACIONES

Cumplidos los trámites de segunda instancia, sin causal de nulidad que invalide lo actuado, esta Colegiatura procede a desatar la alzada, y conforme a lo dispuesto en el artículo 66A del CPTSS, el problema jurídico en este asunto consiste en determinar si los pagos efectuados al demandante por concepto de comisiones, bonificaciones e incentivos, constituyen o no factor salarial, y conforme a lo anterior, si había lugar a ordenar la reliquidación de las acreencias laborales, así como las sanciones moratorias deprecadas.

No se discute en este asunto, que entre Carlos Hernando Velandia Toro e Iatai Andina Share Services Center SAS existió un contrato de trabajo a término indefinido del 1º de agosto de 2013 al 27 de junio de 2018, en virtud de la sustitución patronal que operó con el primer empleador Iatai Andina SAS.

Reliquidación de prestaciones sociales.- Para resolver, se tiene que es materia de debate el carácter salarial de las comisiones, bonificaciones e incentivos que recibió el demandante en vigencia del contrato de trabajo. Es así, que el artículo 127 del CST, modificado por el 14 de la Ley 50 de 1990, dispone que 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 adopte”*. De allí se sigue que *«independientemente de la forma, denominación o instrumento jurídico que se utilice, si un pago se dirige a retribuir el trabajo prestado, es salario. No importa, entonces, la figura jurídica o contractual utilizada, si lo percibido es consecuencia directa de la labor desempeñada o la mera disposición de la fuerza de trabajo, tendrá, en virtud del principio de la primacía de la realidad (art. 53 CP), carácter salarial»* (CSJ SL12220-2017).

Se entiende como remuneración o contraprestación directa del servicio, aquella que tiene su fuente próxima o inmediata en el servicio personal prestado por el trabajador, en la labor ejecutada, que origina directamente, la contraprestación económica, en dinero o en especie.

Por su parte, el art. 128 del CST, prevé que no constituyen salario las sumas que ocasionalmente y por mera liberalidad recibe el trabajador del empleador, como bonificaciones o gratificaciones ocasionales, ni aquellos beneficios o auxilios habituales u ocasionales acordados convencional o contractualmente u otorgados en forma extralegal por el empleador, cuando las partes hayan dispuesto expresamente que no constituyen salario en dinero o en especie. No obstante, dicha prerrogativa no autoriza para que se disponga que aquello que por esencia es salario, deje de serlo. Una cláusula contractual de esa naturaleza, indudablemente resulta ineficaz, pues no tiene la entidad suficiente para producir efectos frente a derechos irrenunciables (CSJ SL1798-2018).

Se encuentra acreditado en este asunto que el demandante fue contratado para desempeñarse en el cargo de “*Senior experience manager*”, cuya denominación fue variada a “*agencies-sales*”, en virtud de la sustitución de empleador que tuvo lugar de Iatai Andina SAS a Iatai Andina Share Services Center SAS, así mismo, que desarrolló entre otras actividades la venta de productos comercializados por las demandadas, correspondientes esencialmente a asistencia médica para viajeros internacionales, de acuerdo con el presupuesto mensual de ventas fijado a través de la Gerencia Comercial, pues tales situaciones fueron expresamente admitidas por la demandada, en la respuesta a los hechos 6.1 y 6.3 del libelo inicial.

A su vez, del contrato de trabajo, que fue celebrado inicialmente entre el actor y la sociedad Iatai Andina SAS, se desprende que en la cláusula octava las partes acordaron “(...) *que todo beneficio o auxilio individual, institucional o extralegal, ocasional, permanente o periódico que EL EMPLEADOR llegare a conceder a EL TRABAJADOR, ya sea en dinero o gastos del mismo, parqueadero, medios de comunicación (celular, beeper u otros), pago de seguros por vehículos, medicina prepagada, o de vida, o de año, de diciembre, de navidad, de antigüedad o similares, distintas a las concebidas en la Ley Laboral; cualquiera que sea su denominación: vestuario, alimentación, transporte, alojamiento, bonificaciones por mera liberalidad, participaciones, aportes para ahorro de cualquier clase, si los*

hubiere, no constituyen salario para ningún efecto laboral, ni de liquidación de prestaciones sociales, de conformidad con lo establecido en el artículo 15 de la Ley 50 de 1990” (pág. 14 a 19, arch. 3).

Por su parte, en el acuerdo de voluntades signado entre el gestor e Iatai Share Service Center SAS que data del 1º de diciembre de 2017, en la cláusula octava, se dejaron anotados como no salariales los conceptos a los que refiere el art. 128 del CST y en el párrafo único se fijó *“LAS PARTES acuerdan que la compañía podrá periódicamente reconocer bonificaciones o comisiones excepcionales, que no tendrán el carácter de permanentes, y que podrán ser eliminadas o modificadas en cualquier momento por la compañía, sin que esto implique una desmejora de las condiciones laborales de EL TRABAJADOR”* (págs. 20 a 25, arch. 3).

Adicionalmente, se tiene que la demandada en constancia que data del 27 de agosto de 2021, expedida por el Director Administrativo y Financiero de Iatai SAS, certificó que el actor percibió bonificaciones mensuales por mera liberalidad de acuerdo con el otro sí de su contrato, cuyo pago se realizaría mes vencido, e indicó que se denominaba *“Por ventas”* la correspondiente a las metas alcanzadas por venta total del mes, de acuerdo con el presupuesto mensual entregado previamente y socializado con el empleado, debiendo obtenerse para el efecto un cumplimiento mínimo del 70%, la cual se calculaba sumando al porcentaje de participación el 40% del salario básico, multiplicado por el porcentaje asignado de acuerdo con el cumplimiento; y también, una bonificación por *“Ventas por Agencias de Viajes”* de acuerdo con las ventas realizadas a cada a agencia de viajes, medido en porcentajes que iniciaban en el 3% e iban máximo hasta el 5.5%. Así mismo, se refirió que se había pactado que en el evento de existir devoluciones de los productos vendidos, se descontaría en el período siguiente (págs. 1 a 2, arch. 47).

Por otro parte, al hacer un análisis conjunto de los extractos bancarios que fueron adosados con la demanda (págs. 27 a 99, arch. 5); y, la relación de recibos de pago que fueron entregados por la encartada en respuesta al derecho de petición presentado por el actor el 1º de octubre de 2019 (págs. 15 a 133, arch. 9), se logra verificar que en vigencia de la relación de trabajo la pasiva, adicional a la remuneración ordinaria, giró al trabajador distintas sumas de dinero, que denominó en su momento, incentivos y bonos, así:

	MES	INCENTIVOS	FECHA DE PAGO	PÁGS.	BONOS	FECHA DE PAGO	PÁGS.
2013	OCTUBRE	\$ 188.404,00	16/11/2013	9, arch. 5 y 20, arch 9			
	NOVIEMBRE	\$ 1.417.999,00	19/12/2013	32, arch. 5 y 21, arch 9			
	DICIEMBRE				\$ 3.788.900,00	16/01/2014	34, arch. 5 y 22, arch 19
	TOTAL	\$ 1.606.403,00			\$ 3.788.900,00		
2014	ENERO	\$ 2.766.278,00	18/02/2014	35, arch. 5 y 24, arch 9			
	JUNIO				\$ 4.022.576,00	13/06/2014	39, arch. 5 y 31, arch 9
	JULIO				\$ 3.138.006,00	15/07/2014	40, arch. 5 y 32, arch 9
					\$ 674.708,00	18/07/2014	40, arch. 5 y 33, arch 9
	AGOSTO				\$ 2.143.385,00	15/08/2014	41, arch. 5 y 34, arch 9
	SEPTIEMBRE	\$ 0,00			\$ 0,00		
	OCTUBRE				\$ 1.088.952,00	15/10/2014	44, arch. 5 y 37, arch 9
	NOVIEMBRE	\$ 1.476.560,00	15/12/2014	46, arch. 5 y 43, arch 9	\$ 202.848,00	14/11/2014	45, arch. 5 y 40, arch 9
	DICIEMBRE						
	TOTAL	\$ 4.242.838,00			\$ 11.270.475,00		
2015	ENERO	\$ 3.108.824,00	16/02/2015	49, arch. 5 y 49, arch 9			
	FEBRERO	\$ 3.726.534,00	13/03/2015	50, arch. 5 y 53, arch 9			
	MARZO	\$ 1.095.656,00	14/04/2015	51, arch. 5 y 56, arch 9			
	ABRIL				\$ 1.352.589,00	15/05/2015	52, arch. 5 y 59, arch 9
	MAYO				\$ 774.300,00	12/06/2015	53, arch. 5 y 62, arch 9
	JUNIO				\$ 2.122.651,00	15/07/2015	55, arch. 5 y 69, arch 9
	JULIO				\$ 6.495.763,00	14/08/2015	57, arch. 5 y 74, arch 9
	AGOSTO				\$ 2.922.469,38	15/09/2015	58, arch. 5 y 76, arch 9
	NOVIEMBRE				\$ 2.596.301,00	13/11/2015	61, arch. 5 y 83, arch 9
	DICIEMBRE	\$ 4.928.481,00	22/12/2015	62, arch. 5 y 87, arch 9			
	TOTAL	\$ 17.102.333,00			\$ 27.534.548,38		
	2016	ENERO				\$ 3.443.655,00	20/01/2016
MARZO					\$ 3.397.926,00	18/03/2016	67, arch. 5 y 97, arch 9
ABRIL		\$ 2.584.750,00	20/04/2016	68, arch. 5 y 100, arch 9			
MAYO		\$ 1.070.996,00	20/05/2016	71, arch. 5 y 103, arch 9			

JUNIO	\$ 846.746,00	20/06/2016	72, arch. 5 y 106, arch 9			
	\$ 3.350.045,00	19/07/2016	74, arch. 5 y 110, arch 9			
JULIO	\$ 2.129.822,00	19/08/2016	76, arch. 5 y 113, arch 9			
AGOSTO	\$ 2.515.373,00	20/09/2016	116, arch. 5 y 100, arch 9			
OCTUBRE	\$ 3.219.302,00	23/11/2016	80, arch. 5 y 121, arch 9			
NOVIEMBRE	\$ 2.702.833,00	20/12/2016	82, arch. 5 y 124, arch 9			
TOTAL	\$ 18.419.867,00			\$ 6.841.581,00		

En contraposición a esto, se tiene que en las certificaciones de pagos y prestaciones sociales que se decretaron de oficio en la primera instancia (págs. 13 a 78, arch. 2, carp. MEDIOS, F. 392), la encartada no incluyó los pagos efectuados por los anotados conceptos que corresponden a los meses de octubre y noviembre de 2013, julio de 2014, enero a julio de 2015 y enero de 2016; por otra parte, dejó anotado que los denominados incentivos de noviembre 2014, diciembre de 2015, de abril a noviembre de 2016, eran bonificaciones y los de enero de 2014, habían sido reconocidos como comisiones; y en cuanto a los bonos, hizo constar que los de diciembre de 2013, junio, agosto y octubre de 2014, noviembre de 2015 y marzo de 2016, se habían reconocido a título de bonificaciones. A su vez, certificó valores distintos a los pagados y girados al trabajador, en los meses de julio de 2014 (págs. 62 y 66, arch. 2, carp. MEDIOS, F. 392), noviembre de 2015 (págs. 56, arch. 2, carp. MEDIOS, F. 392) y enero de 2016 (págs. 23, arch. 2, carp. MEDIOS, F. 392); y, refirió a sumas adicionales aparentemente reconocidas a título de comisiones o bonificaciones para los meses de marzo de 2014 (pág. 62, arch. 2, carp. MEDIOS, F. 392), septiembre y octubre de 2014 (pág. 55 y 56, arch. 2, carp. MEDIOS, F. 392) y abril de 2017 (pág. 23, arch. 2, carp. MEDIOS, F. 392); así:

	MES	INCENTIVOS	BONIFICACIONES	COMISIONES
2013	AGOSTO			
	OCTUBRE		\$ 567.015,00	
	NOVIEMBRE	\$ 188.404,00		
	DICIEMBRE	\$ 1.417.999,00		
	TOTAL	\$ 1.606.403,00	\$ 567.015,00	\$ 0,00
2014	ENERO		\$ 3.788.990,00	
	FEBRERO			\$ 2.766.278,00
	MARZO		\$ 2.664.829,00	
	MAYO			\$ 1.944.502,00
	JUNIO		\$ 4.022.576,00	
	JULIO		\$ 5.948.891,00	
	AGOSTO		\$ 2.143.385,00	

	SEPTIEMBRE			
	OCTUBRE		\$ 1.088.952,00	
	NOVIEMBRE		\$ 202.848,00	
	DICIEMBRE		\$ 1.476.560,00	
	TOTAL	\$ 0,00	\$ 21.337.031,00	\$ 4.710.780,00
2015	SEPTIEMBRE			\$ 5.326.335,00
	OCTUBRE		\$ 1.552.674,00	
	NOVIEMBRE		\$ 2.596.301,00	\$ 3.533.737,00
	DICIEMBRE		\$ 4.928.481,00	
	TOTAL	\$ 0,00	\$ 9.077.456,00	\$ 8.860.072,00
2016	ENERO		\$ 6.887.310,00	
	MARZO		\$ 3.979.226,00	
	ABRIL		\$ 2.584.750,00	
	MAYO		\$ 1.070.996,00	
	JUNIO		\$ 1.693.492,00	
	JULIO		\$ 3.350.045,00	
	AGOSTO		\$ 2.129.822,00	
	SEPTIEMBRE		\$ 2.515.373,00	
	NOVIEMBRE		\$ 3.219.302,00	
	DICIEMBRE		\$ 2.702.833,00	
	TOTAL	\$ 0,00	\$ 30.133.149,00	\$ 0,00
2017	ABRIL		\$ 4.327.962,00	
	TOTAL	\$ 0,00	\$ 4.327.962,00	\$ 0,00

Información que tampoco resulta concordante en su integridad con las certificaciones de ingresos anuales que fueron igualmente emitidas por la demandada, pues aunque existe coincidencia con la que fue relacionada frente a los años 2013 (pág. 3, arch. 47), 2014 (pág. 5, arch. 47) y 2015 (pág. 7 arch. 47), no concuerda con la indicada para 2016, ya que se hizo constar que el trabajador recibió \$6.887.310 por concepto de bonificaciones (pág. 9, arch. 47) y \$22.664.539 por concepto de incentivos (pág. 9, arch. 47) y con la registrada frente a 2017 en cuanto se anotó que el actor devengó \$4.327.952 por concepto de incentivos (pág. 13, arch. 47).

En lo que concierne a la prueba testimonial recaudada, se advierte que Abelardo Rubiano Hernández, quien dijo haber sido compañero de trabajo del actor desde el año 2013 hasta enero de 2017, y haber laborado para la pasiva en el área Corporativa de *E-commerce*, narró que el promotor del proceso prestaba sus servicios en el área de agencias atendiendo la parte comercial y ventas de los seguros o las asistencias de viajes, así mismo, que debido a que se reunían con el gestor y a que era amigo de la jefe que aquel tenía, sabía que tanto en la dependencia él como en la que laboraba Carlos Velandia, la empresa les pagaba un salario básico más las comisiones, que se pagaban mes vencido y correspondían a un porcentaje de las ventas realizadas, cuya meta era fijada por cada jefe de área. Agregó que al principio les reconocían por cada venta realizada

un porcentaje como comisión y que después del primer año que trabajaron juntos, tiene entendido que tanto los de *E-commerce* como los comerciales, después de completar el esquema y el tope mínimo para comisionar les reconocían unos bonos adicionales.

Por último, en punto de los conceptos analizados, se tiene que ante la inasistencia de la demandada a la audiencia obligatoria de conciliación y a rendir el interrogatorio de parte, la juez de primera instancia tuvo por ciertos, entre otros, los hechos 6.4, 6.5, 6.6, 6.7 y 6.8, relativos a que el salario del señor Carlos Hernando Velandia Toro, estaba conformado por dos rubros uno, denominado salario básico y otro conformado por las comisiones generadas por la venta y/o comercialización de sus productos; que los pagos por concepto de salario (*básico y comisiones*) se consignaban a través de la cuenta de nómina, ahorros número 004370734982 en el Banco Davivienda, desde las cuentas n.º 0000000830002181 del Banco de Bogotá, 0000000900283026 de Bancolombia, 0000009002830261 del Banco Helm Bank “*ITAU*” y 0000000901074757 y 0000000901074811 del Banco GNB Sudameris; y, que el monto de los salarios y comisiones consignadas correspondía a los relacionados en los extractos bancarios antes mencionados.

Partiendo de las anteriores probanzas, es preciso indicar en primera medida, que indiscutiblemente, las sumas que fueron reconocidas por la demandada bajo el concepto de comisiones, remuneraron directamente el servicio prestado por el trabajador, en la medida en que el art. 127 del CST consagra expresamente que tienen tal carácter, sin que tenga validez alguna lo pactado en contrario por las partes.

De otro lado, en cuanto a los pagos que se denominaron “*bonos*” o “*bonificaciones*” e *incentivos*”, en criterio de la Sala, debe confirmarse la decisión de primer grado, pues se tiene: *i*). Que al contrastar los comprobantes de egreso, con las certificaciones de pagos emanadas de la pasiva, no es identificable cuál era el criterio fijado por la compañía para que estos tuvieran el carácter o no de comisiones, pues como se vio respecto del mes de enero de 2014, en el primer caso se relaciona pagada una suma como incentivo y pero la pasiva hace constar que realmente la misma era una comisión, y a su vez, algunos rubros reconocidos como “*incentivos*” se certifican como bonificaciones, sin que en todos los casos concuerden los valores que se hicieron constar con lo realmente pagado

al trabajador y sin que logre la demandada explicar probatoriamente las divergencias anotadas; *ii*). Que aunque existía una cláusula en el contrato de trabajo en la que se acordó que las bonificaciones eran pagadas por mera liberalidad, y a su vez, se certificó que se suscribió otro sí en el mismo sentido, estableciendo su forma de pago, lo cierto es que de la constancia se desprende que se reconocían de forma habitual, ya que su causación era mensual, y que además debido a la labor desempeñada por el gestor y a la forma en que se calculaban es posible colegir que a pesar de su denominación, retribuían directamente el servicio en la medida en que, su cuantificación surgía del porcentaje de las ventas de asistencia de viajes realizadas en cada mes y dependía exclusivamente del cumplimiento individual de la meta propuesta; *iii*). Que el testigo refirió que después de completar el esquema y el tope mínimo para comisionar les reconocían unos bonos adicionales en un porcentaje, por lo que no es razonable, en aplicación, del principio de la primacía de la realidad sobre las formas, que según lo certificado por la pasiva, en la mayoría de los meses el trabajador devengara bonificaciones sobre ventas, pero no comisiones por las mismas, lo que denota que las primeras tenían la vocación de tener el carácter de las segundas, sobre todo teniendo en cuenta las características antes referidas y la labor encargada a Carlos Hernando Velandia Toro; y, *iv*). Que la demandada, no logró derruir la presunción de tener por ciertos los hechos del escrito inicial antes enunciados, particularmente de la condición de comisiones que ostentaron los pagos que recibió el convocante.

Por lo expuesto, se confirmará la sentencia de primera instancia sobre el punto estudiado.

Indemnización moratoria y Sanción por no consignación de las cesantías.- La primera surge con ocasión de la demora en el pago de las prestaciones sociales y salarios a la finalización del contrato de trabajo y la segunda a partir del incumplimiento del empleador de consignar antes del 15 de febrero el valor pleno de las cesantías causadas hasta el 31 de diciembre del año anterior (CSJ SL403-2013 y SL4260-2020).

En tal sentido, para establecer su procedencia, es menester recordar que la jurisprudencia ordinaria laboral ha definido de antaño, que se debe estudiar, en cada caso particular, la conducta remisa del empleador, para con ello establecer si su obrar al no consignar las cesantías a un fondo en el término

legalmente establecido y de no pagar las prestaciones sociales y salarios a la terminación del contrato de trabajo, está precedido o no de buena fe, por encontrarse justificado en motivos serios que, a pesar de no resultar jurídicamente acertados, sí pueden ser considerados como atendibles (CSJ SL1285-2016 y CSJ SL572-2021).

En ese orden, al estar probado y acreditado que la demandada además de haber pretendido por medio de un acuerdo que carece de validez jurídica restarle connotación salarial a lo que por expresa disposición legal la tiene, como ocurre con las comisiones, por esa misma vía quiso disfrazar bajo la figura de bonificaciones pagadas por mera liberalidad, un pago que evidentemente tenía la vocación de retribuir directamente el servicio prestado por el trabajador, dadas las funciones desempeñadas por aquel, la forma en que se calculaban esos pagos y la habitualidad con que se pagaban, actuaciones que ciertamente no se enmarcan en los postulados de la buena fe. Situación que se predica igualmente frente a la obligación de consignar las cesantías completas a un fondo, pues bajo los mismos argumentos, no existe justificación para que la demandada haya depositado deficitariamente ese concepto.

Ahora bien, en cuanto a los argumentos expuestos en el recurso de apelación formulado por la demandante, se recuerda que en virtud de lo normado en el art. 50 del CPTSS, Las facultades ultra y extra petita son exclusivas de los jueces de única y primera instancia, de modo que en segunda instancia no se puede hacer uso de ellas al no estar contempladas dentro de las competencias y facultades legales de esta Corporación, de manera que no podría resolverse sobre un asunto que no fue planteado desde la demanda ni materia de estudio por la *a quo*, máxime cuando la sanción por no consignación de las cesantías no es un derecho cierto e indiscutible del trabajador.

Cumple advertir que en este caso, en razón al pago incompleto de las cesantías, se impuso condena a la demandada por las del año 2016 que no se consignaron en su integridad el 14 de febrero de 2017, por lo que, de cualquier modo, no habría procedido una doble condena por el mismo concepto.

Por lo expuesto, se confirmará en su integridad la sentencia apelada. Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida 14 de octubre de 2021, por el Juzgado 21 Laboral del Circuito de Bogotá DC, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

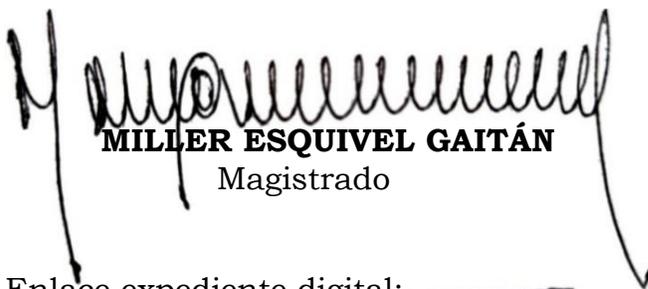
SEGUNDO: Sin costas en esta instancia, ante su no causación.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Magistrada ponente



MILLER ESQUIVEL GAITÁN
Magistrado



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado

Enlace expediente digital:

https://etbcsj-my.sharepoint.com/:f/g/personal/des15sltsbta_cendoj_ramajudicial_gov_co/Es-xEgRc4_tHogkp16N6RjcBNHoSzjs4O5W02JG57AgaKw?e=BIKUqf

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

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

Código de verificación: **569a0278d469dfa09310a6ee6153d5aed457153e02c065ded73dc16824fc38e7**

Documento generado en 28/02/2023 08:59:50 AM

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



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

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Magistrada Ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 11001 31 05 **016 2019 00717 01 (041)**
DEMANDANTE: LOLA CONSTANZA RAMÍREZ GUZMÁN
DEMANDADO: EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ EAAB

Bogotá DC, veintiocho (28) de febrero de dos mil veintitrés (2023).

En la fecha, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá DC, integrada por los Magistrados MILLER ESQUIVEL GAITÁN, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE, quien actúa como ponente, con la finalidad de surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de la parte demandante respecto de la sentencia proferida el 12 de noviembre de 2021, por el Juzgado 41 Laboral del Circuito de Bogotá DC.

I. ANTECEDENTES

Pretende la demandante que se condene a la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá EAAB a pagarle la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez por el tiempo servido del 26 de septiembre de 1989 al 5 de enero de 1994, en aplicación del art. 37 de la Ley 100 de 1993, junto con la indexación y los intereses moratorios previstos en el art. 141 de la misma ley.

Basó sus pretensiones en que nació el 22 de enero de 1960; que laboró al servicio de la demandada en calidad de trabajadora oficial desde el 26 de septiembre de 1988 hasta el 5 de enero de 1994; que durante su vida laboral no se le realizaron aportes a pensiones y los mismos fueron asumidos por la encartada; que no reúne el número de mínimo de semanas requeridas para tener derecho a la pensión de jubilación, por lo que declaró su imposibilidad de seguir cotizando y solicitó el reconocimiento de la indemnización sustitutiva el 5 de

diciembre de 2017; que su pedimento fue negado mediante oficio del 18 de enero de 2017, decisión contra la que se formuló recurso de apelación, negado en auto del 26 de enero de 2018 (arch. 5).

II. TRÁMITE PROCESAL

La demanda se admitió el 13 de febrero de 2020, por el Juzgado 16 Laboral del Circuito de esta ciudad, ordenándose su notificación y traslado a la demandada (arch. 7), quien la contestó oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones con fundamento en que el objeto de esa empresa es la prestación de servicios públicos domiciliarios de acueducto y alcantarillado y no forma parte del sistema general de seguridad social en pensiones, por lo que no está a su cargo reconocer beneficios pensionales como el reclamado. Formuló las excepciones de mérito de denominó cobro de lo no debido, inexistencia del derecho, falta de legitimidad en la causa por pasiva y falta de legitimidad en la causa por activa (arch. “*Contestación 2019-00717*”, Carp. “F. 38”, Carp. “*MEDIOS*”).

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, guardó silencio pese a encontrarse notificada (arch. 13).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 41 Laboral del Circuito de Bogotá DC, en sentencia del 12 de noviembre de 2021, absolvió a la demandada de todas las pretensiones incoadas en su contra.

Consideró el juez de primer grado que para poder acceder al reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, la demandante debía reunir los requisitos relativos a estar afiliada al régimen de prima media con prestación definida del sistema general de seguridad social en pensiones, haber cumplido la edad mínima para obtener la pensión, no haber cotizado el número mínimo de semanas exigidas y declarar la imposibilidad de continuar cotizando para los riesgos de invalidez, vejez y muerte. De ese modo, señaló que debido a que la promotora del proceso procuró el reconocimiento directamente respecto de la empresa demandada, quien fue su empleadora en el período comprendido del 26 de septiembre de 1988 al 5 de enero de 1994, no había lugar a emitir condena, pues de acuerdo con lo previsto en la Ley 100 de

1993, la responsable de su pago es Colpensiones, en la medida en que dicho ente certificó que la demandante cotizó desde el 26 de diciembre de 1995 y la EAAB no cuenta con la facultad legal ni tiene la condición de administradora del régimen de prima media.

IV. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Recibidas las diligencias en esta Corporación, mediante auto del 6 de diciembre de 2021, se admitió el grado jurisdiccional de consulta en favor de la demandante; y, conforme a lo normado en el art. 15 del Decreto 806 de 2020, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar (arch. 4, C002).

Las partes no presentaron alegatos de conclusión (arch. 5, C002).

V. CONSIDERACIONES

Cumplidos los trámites de segunda instancia, sin causal de nulidad que invalide lo actuado, esta Colegiatura procede a surtir el grado jurisdiccional de consulta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del CPTSS, modificado por el 14 de la Ley 1149 de 2007, conforme a lo cual, el problema jurídico en este asunto consiste en determinar si le asiste derecho a la demandante al reconocimiento de la indemnización sustitutiva de la pensión de jubilación a cargo de la empresa demandada, por el tiempo servido del del 26 de septiembre de 1989 al 5 de enero de 1994.

Para resolver, es preciso recordar que la prestación reclamada se encuentra prevista en el art. 37 de la Ley 100 de 1993, que señala que las personas que habiendo cumplido la edad para obtener la pensión de vejez no hayan cotizado el mínimo de semanas exigidas, y declaren su imposibilidad de continuar cotizando, tendrán derecho a recibir, en sustitución, una indemnización equivalente a un salario base de liquidación promedio semanal multiplicado por el número de semanas cotizadas, aplicándosele al resultado así obtenido el promedio ponderado de los porcentajes sobre los cuales haya cotizado el afiliado.

A su vez, el art. 1º del Decreto 1730 de 2001, previó que habrá lugar al reconocimiento de la indemnización sustitutiva aludida, *por parte de las Administradoras del Régimen de Prima Média con Prestación Definida*, a favor de aquellas personas que han cumplido la edad para obtener la pensión de vejez y

no alcanzaron a cotizar el mínimo de semanas exigidas, y declaren su imposibilidad de continuar cotizando; y, el art. 2º de la misma preceptiva, dispuso que cada administradora del régimen de prima media con prestación definida a la que haya cotizado el trabajador deberá efectuar el reconocimiento de la indemnización sustitutiva, respecto al tiempo cotizado.

Finalmente, se tiene que el literal f). del art. 13 de la Ley 100 de 1993, contempla que para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones previstas tanto en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida como en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas con anterioridad a la vigencia esa ley, al Instituto de Seguros Sociales o a cualquier caja, fondo o entidad del sector público o privado, o el tiempo de servicio como servidores públicos, cualquiera sea el número de semanas cotizadas o el tiempo de servicio.

De esa manera, se encuentra acreditado en este asunto, que la demandante laboró al servicio de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, en calidad de trabajadora oficial, del 26 de septiembre de 1988 al 5 de enero de 1994 (págs. 1 a 8, arch. 4), sin que dicho tiempo de servicios hubiere sido cotizado a una caja o fondo; y por otro lado, que aquella se afilió al Régimen de Prima Media con prestación definida administrado por el ISS hoy Colpensiones el 26 de diciembre de 1995, en donde reportó 339 semanas de cotización (arch. 28 a 30), se tiene entonces, que es dicho ente el encargado de reconocerle a la promotora del proceso las prestaciones derivadas del sistema general de seguridad social en pensiones, teniendo en cuenta para el efecto los tiempos de servicio público, de acuerdo con la normatividad reseñada, ya que son las administradoras del régimen de prima media las que, en principio, tienen a su cargo la indemnización sustitutiva cuando el afiliado no alcanza a cumplir los requisitos mínimos para acceder a una pensión.

De esa manera, al no ser la responsable del pago de la indemnización procurada la entidad empleadora, no queda otro camino que confirmar la decisión consultada.

Sin costas en esta instancia, ante su no causación.

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Decisión Laboral del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ DC,**

administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 12 de noviembre de 2021, por el Juzgado 41 Laboral del Circuito de Bogotá DC, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva.

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Magistrada ponente



MILLER ESQUIVEL GAITÁN
Magistrado



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado

Enlace expediente digital:

https://etbcsj-my.sharepoint.com/:f:/g/personal/des15sltsbta_cendoj_ramajudicial_gov_co/E mGqs6r6vFZFtw7CeI1tvIOBgdhd5vs0TTjsEgCfiV1ysw?e=VAGgAg

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

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

Código de verificación: **30160fd41b3314a9e726b58b911b8ed94deefeeadf1a57f7857f247e489dc144**

Documento generado en 28/02/2023 08:59:49 AM

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



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

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Magistrada Ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN. 11001 31 05 **011 2016 00141 02**
DEMANDANTE: MARÍA INÉS ESPINOSA RODRÍGUEZ
DEMANDADO: SERVICIOS Y OUTSOURCING SAS (antes Ltda.),
ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE
FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR SA
INTERVINIENTES JIMMY ALEXANDER y DIANA CAROLINA LEGUIZAMÓN
EXCLUYENTES ESPINOZA

Bogotá DC, veintiocho (28) de febrero de dos mil veintitrés (2023).

En la fecha, en cumplimiento de lo dispuesto en el art. 13 de la Ley 2213 de 2022, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá DC, integrada por los Magistrados MILLER ESQUIVEL GAITÁN, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto por Colpensiones y surtir el grado jurisdiccional de consulta en su favor y de Jimmy Alexander Leguizamón Espinoza, respecto de la sentencia proferida el 19 de octubre de 2021, por el Juzgado 11 Laboral del Circuito de Bogotá DC.

I. ANTECEDENTES

Pretende la demandante que se condene a las demandadas al pago de la pensión de sobrevivientes, junto con la indexación (f.º 3, 4).

Como fundamento relevante de sus pretensiones, manifiesta que convivió bajo unión marital de hecho con Jaime Enrique Leguizamón Ramírez (QEPD) desde el 22 de diciembre de 1968 y de esa unión se procreó a Jimmy Alexander y a Diana Carolina Leguizamón Espinosa; que su compañero permanente falleció el 10 de julio de 2011 por una enfermedad de origen común, data para la cual, él laboraba para Servicios y Outsourcing Ltda. desde febrero de 2010; que en

dicha empresa le informaron que debía tramitar tanto el seguro exequial como la pensión de sobrevivientes ante Porvenir SA, motivo por el cual se dirigió allí, sin embargo le indicaron que si bien se habían recibido por error algunos aportes a nombre del causante durante 17 meses, lo cierto es que los giraron al extinto Instituto de Seguros Sociales, bajo el proceso de *no vinculados*, así que le entregaron copia de las comunicaciones enviadas al ISS.

Señaló que acudió al ISS, donde le informaron que su compañero aparecía como afiliado desde el 12 de febrero de 1980 pero con estado inactivo, así que el 9 de septiembre de 2011 solicitó la pensión de sobrevivientes y el auxilio funerario, petición que fue negada el día 14 del mismo mes y año; que el 5 de enero de 2012 solicitó la verificación de los aportes devueltos por Porvenir SA y el 4 de septiembre de 2013 volvió a solicitar la pensión de sobrevivientes; que el ISS negó el auxilio funerario mediante Resolución n.º CUN-A80790 de 2012, decisión en contra de la cual interpuso recursos de reposición y subsidiario el de apelación. Finalmente dijo que Colpensiones en comunicación del 30 de noviembre de 2013 manifestó haber realizado los procesos de corrección y/o actualización de la historia laboral; y que, mediante Resolución GNR 17497 de 2014 le negó la pensión de sobrevivientes, decisión confirmada a través de la Resolución VPB25073 de 2015 (f.º 2, 3).

II. TRÁMITE PROCESAL

La demanda fue admitida el 19 de abril de 2016, ordenando su notificación y traslado a las demandadas (f.º 116, 116).

Colpensiones se opuso a todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, argumentando que el causante no reunió las 50 semanas de cotización requeridas dentro de los últimos 3 años de vida. Formuló las excepciones denominadas prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, inexistencia del derecho, cobro de lo no debido, buena fe, carencia de causa para demandar, y no configuración del derecho al pago de intereses moratorios, indexación o indemnización moratoria (f.º 121-127, 236, 237).

Servicios y Outsourcing SAS, contestó con oposición bajo el argumento de que por error involuntario, realizó los aportes en forma completa y oportuna al subsistema de seguridad social en pensiones ante Porvenir SA y a favor del causante, desde el inicio de la relación laboral [sic], motivo por el cual el 12 de

agosto de 2011 solicitó a dicha AFP girar al extinto ISS los atinentes a los períodos comprendidos entre el 9 de febrero de 2010 y el 10 de julio de 2011, solicitud que fue atendida con éxito por parte de Porvenir mediante correo electrónico del 17 de agosto de 2011; agregó que el causante fue vinculado mediante un contrato de trabajo por duración de la obra o labor contratada suscrito el 9 de febrero de 2009 para prestar servicios como Latonero. Propuso como excepciones de mérito las denominadas carencia de justa causa y título para pedir, inexistencia de fundamento fáctico que permita aplicar norma de derecho alguna, buena fe, inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido (f.º 145-151, 236, 237).

Porvenir SA, se opuso a lo pretendido porque el causante nunca estuvo afiliado ni vinculado a dicha AFP y a pesar de que su empleador efectuó por error aportes al fondo que administra, cuando se verificó que el causante no estaba afiliado ni vinculado a Porvenir SA, trasladó al extinto ISS los aportes correspondientes a los períodos de febrero de 2010 a julio de 2011, bajo el trámite de *no vinculados*, el cual culminó el 24 de agosto de 2011, tal y como le fue comunicado tanto a la empresa empleadora del causante y a la demandante como al Coordinador de Devolución de Aportes y al Gerente Nacional de Nómina y Beneficios del ISS; el causante siempre ha reportado como afiliado a Colpensiones. Propuso la excepción previa de falta de legitimación en la causa por pasiva que, en audiencia del 19 de septiembre de 2017 (f.º 248-253), fue dejado su estudio para la sentencia junto con las excepciones de fondo que denominó falta de causa para pedir, inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe y prescripción (f.º 184-192, 236, 237).

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, guardó silencio (f.º 120).

Inicialmente el juzgado cognoscente profirió una sentencia de instancia el 30 de mayo de 2018 (f.º 285, 288-299), respecto de la cual se declaró la nulidad por parte de esta Colegiatura el 12 de septiembre de 2018 con la advertencia de que las pruebas practicadas conservarían su validez (f.º 303-305); posteriormente en auto que ordenó obedecer y cumplir lo del superior, el *a quo* ordenó la integración del contradictorio con Jimmy Alexander y Diana Carolina Leguizamón Espinoza (f.º 306), decisión reiterada en proveídos del 10 de septiembre de 2019, 4 de marzo y 22 de octubre de 2020 (f.º 312, 322, 323).

No obstante, Jimmy Alexander y Diana Carolina Leguizamón Espinoza, inicialmente coadyuvaron las pretensiones de la demandante (f.º 307) y ante una de las órdenes dadas por el *a quo* contestaron que no se oponen a tales pedimentos ni propusieron excepciones (f.º 314-316); empero, el juzgado en providencia del 3 de diciembre de 2020 señaló que «(...)atendiendo que los intervinientes no han cumplido el requerimiento del Despacho en los términos expuestos en el auto inmediatamente anterior, se tendrán las excepciones propuestas en el escrito de contestación como las pretensiones frente al derecho en cuestión, a pesar de la carencia de técnica jurídica (...)» y fijó fecha para audiencia del art. 77 del CPTSS (f.º 325).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 11 Laboral del Circuito de Bogotá DC, en sentencia del 19 de octubre de 2021, condenó a Colpensiones a pagarle tanto a la demandante como a la interviniente excluyente la pensión de sobrevivientes con ocasión del fallecimiento de Jaime Enrique Leguizamón Ramírez, a partir del 10 de julio de 2011 en cuantía inicial de \$604.640,65 con los respectivos reajustes anuales y 14 mesadas al año, sumas de dinero que deberá indexar al momento de su pago en un 50% para cada una hasta el 16 [sic] de septiembre de 2013, y a partir del día siguiente, pagará el 100% de la prestación a la demandante; declaró probadas las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de legitimación en la causa por pasiva propuestas por Porvenir SA y Servicios y Outsourcing SAS, en consecuencia las absolvió de todas las pretensiones incoadas en su contra e impuso costas a cargo de Colpensiones.

Consideró que, los aportes a pensión que fueron pagados por error involuntario por parte de la empleadora del causante y en favor de este a Porvenir SA, sí fueron trasladados por dicha AFP a Colpensiones y comunicó la correspondiente novedad; y por ende, esta última entidad debió regularizar las cotizaciones y la información en la historia laboral del causante, resultando responsable en el pago de la prestación pretendida, máxime cuando las cotizaciones no fueron rechazadas ni objetadas por la demandada.

Otorgó la pensión de sobrevivientes de conformidad con la Ley 797 de 2003, respecto de la que encontró acreditados tanto los requisitos de densidad mínima de semanas dentro de los 3 últimos años anteriores al fallecimiento (72.42 semanas), como de la calidad de beneficiarias de la demandante a título de compañera permanente del causante y de su hija, por haber convivido la

primera al menos 5 años inmediatamente anteriores a la fecha del deceso, y la segunda por ser menor de edad para esa data; por ende, señaló que el pago de la prestación debía hacerse en su favor hasta el momento en que cumplió 18 años (26 de septiembre de 2013), momento a partir del cual acrecienta el porcentaje de la señora madre, con la advertencia de que el hijo Jimmy Alexander tenía 22 años al momento del deceso de su padre y no acreditó estudios. Declaró no probada la prescripción dado que se interrumpió con la reclamación elevada el 5 de junio de 2012 sin que se hubieran resuelto los recursos por parte del extinto ISS, y quedó suspendido el fenómeno hasta la presentación de la demanda (f.º 342-346).

IV. RECURSO DE APELACIÓN

Colpensiones apeló, y para tal efecto insiste en que el causante no reunió las 50 semanas de cotización requeridas dentro de los últimos 3 años de vida, dado que solo cuenta con 12.87 semanas en ese interregno, aunado a que no existe evidencia de la historia laboral actualizada del mismo, por ende, no hay certeza de las semanas realmente cotizadas; además, la demandante tampoco acreditó la convivencia necesaria para ser beneficiaria de la prestación. Solicitó que se declare probada la prescripción de los derechos que se causaron en favor de la hija del causante, toda vez que la solicitud se elevó en el transcurso del presente trámite procesal sin haber presentado la reclamación administrativa respectiva conforme el art. 6º del CPTSS, solo se petitionó con base en lo dispuesto por el Tribunal, quien ordenó vincularla al proceso como interviniente excluyente. Finalmente adujo que la condena en costas debe ser revocada toda vez que al momento de la solicitud de la pensión de sobrevivientes el causante no contaba con la densidad mínima de semanas, por ende, negó el derecho porque la entidad no cuenta con la información relacionada con el traslado de recursos que se hizo al extinto ISS por parte de Porvenir SA.

V. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Recibidas las diligencias en esta Corporación, mediante auto del 25 de noviembre de 2021 se admitió el recurso de apelación interpuesto y el grado jurisdiccional de consulta, conforme a lo normado en el entonces vigente art. 15 del Decreto 806 de 2020, se dispuso correr el respectivo traslado para alegar (f.º 349, arch. 8 C02).

Porvenir SA y Colpensiones presentaron alegaciones reiterando los argumentos expuestos en las contestaciones de la demanda y en el recurso (archs. 9-14 C02). Las demás partes guardaron silencio.

VI. CONSIDERACIONES

Cumplidos los trámites de segunda instancia, sin causal de nulidad que invalide lo actuado, esta Colegiatura procede a desatar la alzada, y conforme a lo dispuesto en los arts. 66A y 69 del CPTSS, el problema jurídico en este asunto consiste en determinar si el afiliado Jaime Enrique Leguizamón Ramírez dejó causado el derecho a la pensión de sobrevivientes para sus causahabientes y si la demandante y sus hijos acreditaron la calidad de beneficiarios de tal prestación; de ser así, se estudiará la posibilidad de declarar probada la excepción de prescripción. Finalmente se analizará lo atinente a las costas impuestas en primera instancia.

Está al margen de la discusión que el causante Jaime Enrique Leguizamón Ramírez falleció el 10 de julio de 2011 (f.º 81, 282, 283 exp. adtvo. CD f.º 257), por lo que la norma aplicable para resolver la controversia, es la vigente a la data de la muerte, esto es, los arts. 12 y 13 de la Ley 797 de 2003, que modificaron los arts. 46 y 47 de la Ley 100 de 1993 (CSJ SL17521-2016, SL15873-2017 y SL1362-2019); según los cuales, para el caso, tienen derecho a la pensión de sobrevivientes los miembros del grupo familiar del del afiliado al sistema que fallezca, siempre y cuando éste hubiere cotizado 50 semanas dentro de los 3 últimos años inmediatamente anteriores al fallecimiento, y son beneficiarios de la prestación en forma vitalicia, el(a) cónyuge o compañero(a) permanente que a la fecha del deceso tenga 30 o más años de edad; y, los hijos menores de edad del causante, y los mayores de 18 años que se encuentren incapacitados para trabajar por razón de sus estudios y si dependían económicamente de aquel al momento de su muerte, en ambos casos hasta los 25 años de edad.

Lo anterior, conforme a criterio vigente de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, según el cual la convivencia mínima de 5 años para ser beneficiario de la pensión de sobrevivientes en calidad de cónyuge o compañero permanente, conforme a lo dispuesto en el literal a) del art. 13 de la Ley 797 de 2003, es exigible únicamente cuando el causante de la prestación es un pensionado; aserto al que llegó tras analizar la disposición en armonía con su exposición de motivos y los fines de la pensión de sobrevivientes, para fijar así su

verdadero alcance, el cual fue acogido de forma mayoritaria, en las sentencias CSJ CSJ SL4606-2020, CSJ SL5270-2021, CSJ SL2222-2021, entre otras.

Causación del derecho.- Así las cosas, en cuanto a la causación del derecho pensional, está demostrado que Jaime Enrique Leguizamón Ramírez (QEPD) prestó servicios como Latonero para Limpieza Metropolitana SA ESP – Lime, desde el 9 de febrero de 2010 hasta el 10 de julio de 2011, a través de contrato suscrito con la compañía demandada Servicios & Outsourcing Ltda., labor por la que recibía una remuneración y de la cual le descontaban lo correspondiente para aportes al sistema de seguridad social en salud y pensiones (f.º 15-54, 169).

Dicha compañía demandada efectuó cotizaciones a pensión en favor del causante ante Porvenir SA para los períodos comprendidos entre febrero de 2010 y julio de 2011 (f.º 160-165, 199-201); motivo por el cual el 12 de agosto de 2011 solicitó a dicha AFP tanto la devolución de los aportes al ISS *«debido a que por un error se consignaron en su fondo de pensiones Porvenir (anexo planillas de la fecha 9 de febrero de 2010 al 10 de julio de 2011)»*, como una certificación de que esos pagos fueron girados al ISS (f.º 156, 198).

El 17 de agosto y el 30 de noviembre de 2011, la demandante se dirigió a Porvenir SA, con el fin de solicitar no solo el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes y el auxilio funerario con ocasión del fallecimiento de Jaime Leguizamón, sino las copias de todos los documentos que soportan el manejo de los aportes pensionales efectuados a esa entidad por la empleadora del causante y de las comunicaciones cruzadas entre ambas sociedades (f.º 84-91).

A raíz de estas solicitudes, Porvenir SA trasladó al extinto ISS los aportes correspondientes a los períodos de febrero de 2010 a julio de 2011, bajo el trámite de *no vinculados* tal y como le fue comunicado tanto a la empresa empleadora del causante como a la demandante, en comunicaciones del 17 y 22 de agosto, 13 de diciembre de 2011, debido a que el causante no presentó vinculación válida o afiliación firmada por él ante dicha AFP (f.º 56, 57, 157, 202-205, 259, 260). Según estas comunicaciones y el *«detalle de aportes (rezagos) girados en el proceso no vinculados a otra AFP»*, se verifica que Porvenir SA en cuanto recibía tales aportes mensuales desde el 8 de marzo de 2010 hasta el 8 de agosto de 2011, eran girados al extinto Instituto de Seguros Sociales dentro del mismo mes o en el siguiente, por ende, los giros al ISS se efectuaron continua y

mensualmente entre el 24 de marzo de 2010 y el 24 de agosto de 2011, para un total acumulado para este afiliado de \$3.669.150 (f.º 58, 197, 261).

Adicional a ello, Porvenir acreditó que remitió comunicaciones el 29 de abril, 27 de mayo, 29 de junio, 30 de septiembre, 2 y 29 de diciembre de 2010, 2 de febrero, 8 de marzo, 6 y 18 de abril, 21 de junio, 2 de agosto y 2 de septiembre de 2011, al Coordinador de Devolución de Aportes y al Gerente Nacional de Nómina y Beneficios del ISS, en las que mes a mes informaba las fechas en las que realizó los giros generales correspondientes a los miles de rezagos, que se hacían a través de las consignaciones con sumas de dinero considerables por concepto de *no vinculados*, junto con el detalle de los giros y los comprobantes de transacción ACH exitosa, a las cuentas n.º 200838803 y 200850709 de titularidad del extinto Instituto de Seguros Sociales en el Banco Occidente (f.º 59-76, 206-235, 262-279).

Los documentos relacionados en los dos últimos párrafos, no solo fueron aportados por la demandante, la empleadora y Porvenir SA, sino también por Colpensiones en su contestación a la demanda como integrantes del expediente administrativo del causante aportado en medio óptico a f.º 257.

Así mismo se constata del expediente administrativo de Colpensiones que el 2 de agosto de 2011 la sociedad empleadora solicitó la actualización de datos del causante ante el extinto ISS (f.º 158) y la demandante radicó el 5 de enero y el 23 de julio de 2012 ante la misma entidad, tanto la petición n.º 001806 con el fin de obtener la verificación de las devoluciones efectuadas por Porvenir SA respecto de los aportes del causante, como el formulario n.º 05223 para efectuar la corrección de la historia laboral del causante, precisamente para incluir las semanas trasladadas por Porvenir SA (CD f.º 257).

Adicional a ello, se verifica que con la reclamación administrativa presentada por la demandante ante Colpensiones el 4 de septiembre de 2013 se allegaron todos estos soportes aquí detallados con el fin de obtener el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes; y que el 3 de marzo de 2014 con el recurso interpuesto en contra de la Resolución GNR17497 de 2014 se radicó un formulario de solicitud de correcciones de historia laboral, con los mismos soportes, sin haber obtenido respuesta alguna al respecto.

Es de anotar que, dentro de los expedientes administrativos allegados tanto

por Colpensiones como por Porvenir SA, solo se verifica una afiliación al subsistema de seguridad social en pensiones a nombre del causante, atinente a la realizada ante el extinto Instituto de Seguros Sociales el 12 de febrero de 1980 (f.º 55, exp. adtvo. CD f.º 257), tal y como se registra tanto en el historial de vinculaciones SIAFP arrojado por Asofondos, como en la página web oficial de la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público (f.º 193, 196), sin que se reporte un traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad; por tanto, era viable que Porvenir SA redirigiera al extinto ISS los aportes recibidos erróneamente y sin vinculación o afiliación válida al RAIS, al tenor de lo dispuesto en los entonces vigentes arts. 10º del Decreto 1161 de 1994 y 5º del Decreto 3995 de 2008, hoy compilados en los arts. 2.2.3.1.20 y 2.2.2.4.5 del Decreto Único Reglamentario 1833 de 2016, respectivamente.

De manera que no puede ahora desconocer esta situación Colpensiones, simplemente por el hecho de no haber efectuado el trámite interno de corrección y actualización de la historia laboral del causante, siendo su deber, como se desprende del último reporte de semanas cotizadas en pensiones actualizado a 14 de junio de 2016 donde se registran solamente 15.30 semanas de cotización en toda la vida laboral del causante, y del que incluso se desprenden cotizaciones efectuadas bajo la razón social de la empleadora aquí demandada entre el 1º de mayo y el 31 de diciembre de 2010 con la observación «valor devuelto del régimen de ahorro individual por pago al fondo equivocado – pago aplicado al per» (f.º 143, 144), a pesar de que la efectividad de los fondos trasladados por Porvenir SA hacia hoy Colpensiones, se registra en la consulta del detalle de histórico de pagos del SIAFP arrojado por Asofondos con especificación de los ciclos a los cuales corresponden esos giros (f.º 194, 195) y de que para el 16 de abril de 2012, ya el ISS había cambiado el estado de afiliación del causante de *inactivo* a *activo cotizante*, pues de ninguna manera el administrado puede sufrir los trámites interadministrativos para obtener su pensión (CSJ STL11099-2015, STL2016-2016).

Así las cosas, acertó el *a quo* al contabilizar esos aportes girados por la AFP Porvenir al ISS, como cotizaciones válidas para contabilizarlas dentro de la densidad mínima de semanas exigida por el art. 12 de la Ley 797 de 2003 y por tanto, no queda duda alguna de que Jaime Leguizamón, cotizó dentro de los últimos 3 años anteriores a su fallecimiento un total de 73.22 semanas, suficientes para dejar causado el derecho a la pensión de sobrevivientes.

Beneficiarios.- Ahora, en relación con la calidad de beneficiarios de la prestación de la demandante y sus hijos, se tiene en primer lugar que a f.º 287 y en el CD de f.º 257 reposa la cédula de ciudadanía y el registro civil de nacimiento de la demandante de la cual se constata que nació el 26 de mayo de 1961 y al momento del deceso de Jaime Enrique, contaba con 50 años; y a f.º 82, 83, 280, 281 obran registros civiles de nacimiento de los cuales se observa que el afiliado hoy fallecido y la demandante María Inés son padres de Jimmy Alexander y Diana Carolina Leguizamón Espinosa, quienes nacieron el 7 de abril de 1989 y 26 de septiembre de 1995.

Se aportó una declaración extrajuicio rendida por el causante y la demandante el 2 de noviembre de 2010 ante la Notaría 68 del Círculo de Bogotá, en la que ambos afirmaron convivir en unión libre, bajo el mismo techo y de manera permanente desde hace 21 años; que procrearon 2 hijos que para la época contaban con 15 y 22 años; que tanto los hijos como la demandante a esa data dependían económicamente de Jaime Leguizamón, sin que se encontraran afiliados a alguna caja de compensación familiar (f.º 77).

De manera que, considera la Sala que con estas manifestaciones efectuadas en vida por el causante, estaría acreditada la calidad de compañera permanente de la demandante al tenor de lo dispuesto en la Ley 54 de 1990, máxime cuando además, se recibió el testimonio de Alba Luz Rodríguez Villamil, amiga de la pareja Leguizamón-Espinosa, que conoce a la demandante hace aproximadamente 40 años y por esa razón le consta que el causante tenía un taller de latonería y pintura, trabajó en Lime e inició una relación amorosa desde el año 1988 con la demandante; conoce los 2 hijos que tuvieron; que inicialmente vivían en arriendo y luego se mudaron de barrio a una casa propia ubicada cerca del Portal de Transmilenio Las Américas en Bogotá, donde los frecuentaba cada 15 días o en reuniones especiales, ya que la declarante vive en Castilla cerca a la casa de la mamá de la demandante, lugar en donde también era visitada por la pareja; que nunca se separaron ni tuvieron otras parejas o hijos; que el causante estuvo hospitalizado varias veces en el San José donde lo visitó la última vez que estuvo internado que fueron 8 días; que la demandante junto con la madre y las hermanas de él estuvieron siempre pendientes del causante dado que sufrió de cáncer de estómago y luego falleció, así que asistió a la funeraria y a las exequias celebradas en la Iglesia de Kennedy (f.º 248-253).

En la misma diligencia declaró Marisella Rodríguez Hernández, esposa del hermano de la demandante, a quien conoce hace 25 años, afirmó que la pareja inicio su relación desde el año 1988, y que le consta que vivieron en la casa de los papás de ella cuando tenía 15 años y duraron allí aproximadamente 10 años entre 1998 y el 2008, luego se fueron a vivir en arriendo a una casa cercana, luego vivieron en el barrio Carvajal y por último en el Tintal, en todo caso, siempre se frecuentaban mucho debido a que su esposo y la demandante guardan una muy buena relación de hermanos y Jaime le colaboraba mucho a ellos y a su hija mayor; señaló que su esposo es padrino de Jimmy el hijo de la demandante y del causante; que Jaime tenía un taller de latonería y pintura trabajando como independiente y luego para Lime; que la pareja siempre convivió en el mismo techo y lecho hasta la fecha del deceso de Jaime Enrique, quien falleció de cáncer y estuvo internado en el Hospital San José, donde lo cuidó la demandante, otro hermano de ella y los hijos, además toda la familia fue a visitarlo y posteriormente falleció en el hospital, así que su esposo y ella fueron a acompañar a la demandante y a sus hijos a ayudarles a hacer los trámites posteriores para la funeraria, la capilla y el cementerio.

Estos relatos fueron contestes, espontáneos y al unisonó corroboran lo manifestado por la demandante, René Garcés Virgüez y Tatiana Andrea Vargas Bulla, a través de declaraciones juramentadas rendidas el 25 de junio de 2013 ante la Notaría 63 del Círculo de Bogotá DC (f.º 78-80), en cuanto al tiempo de convivencia hasta la data de fallecimiento de Jaime Leguizamón, sin separaciones ni otras parejas o hijos distintos a Jimmy y a Diana, y a juicio de la Sala, los testigos dieron cuenta de tener una estrecha relación con la pareja, los visitaban frecuentemente en su lugar de habitación, sin que la entidad haya corrido con la carga probatoria respectiva para desacreditar lo que logró probar la demandante. Aunado a lo anterior, la demandante acreditó haber pagado los gastos funerarios ante la Funeraria Capillas de La Fe por un valor de \$1.790.000, (CD f.º 257).

Así que, de acuerdo con el material probatorio recaudado, valorado en su integridad se puede colegir, que en efecto, la demandante no solo acreditó su calidad de compañera permanente del causante, sino que convivió de manera ininterrumpida con él por más de 20 años hasta la fecha de su deceso en el año 2011, teniendo un proyecto de vida como pareja estable, permanente y firme, forjado en un vínculo actuante de apoyo, solidaridad, cuidado y socorro mutuos. De modo que María Inés Espinosa Rodríguez tiene derecho a la pensión de

sobrevivientes, en condición de compañera permanente.

Ahora, en lo que tiene que ver con los hijos de la demandante y del causante, las únicas pruebas allegadas son los registros civiles de nacimiento reseñados de los que se desprende, que Jimmy Alexander Leguizamón Espinosa, nació el 7 de abril de 1989, por tanto a la fecha del deceso de su padre contaba con 22 años de edad, sin que hubiera acreditado que dependía económicamente del causante al momento de su muerte y que estaba incapacitado para trabajar por razón de sus estudios, por lo que no había lugar a ordenar en su favor el reconocimiento alguno, como lo consideró el *a quo*.

Adicional a ello, como la otra hija Diana Carolina Leguizamón Espinosa, tenía 15 años al momento del fallecimiento de su padre causante, al nacer el 26 de septiembre de 1995, le asiste el derecho al 50% del pago de la prestación hasta el momento en que cumplió los 18 años de edad, es decir, hasta el 26 de septiembre de 2013, porque con posterioridad a esa data no acreditó su calidad de estudiante, momento a partir del cual, se acrecienta ese porcentaje en favor de su señora madre aquí demandante, quedando en consecuencia María Inés Espinosa como beneficiaria actual del 100% de la prestación desde el 27 de septiembre de 2013.

En cuanto a la cuantía de la prestación, al tenor de lo dispuesto en el art. 48 de la Ley 100 de 1993, será igual al 45% del ingreso base de liquidación más 2% de dicho ingreso por cada 50 semanas adicionales de cotización a las primeras 500 semanas, sin que exceda el 75% del ingreso base de liquidación; como el causante cotizó 75.71 semanas durante toda su vida laboral, una vez realizadas las operaciones aritméticas de rigor, al aplicarle una tasa de remplazo del 45% al IBL más benéfico según el art 21 *idem*, que es el liquidado con los últimos 10 años cotizados, que arroja la suma de \$1.344.911,82 para el año 2011, frente al de toda la vida laboral (\$1.332.309,62), se obtiene una primera mesada de \$605.210, ligeramente superior a la que encontró el *a quo* (\$604.640,65), motivo por el cual, en virtud del principio de la *non reformatio in pejus* y que en este punto se surte el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, se **confirmará** el monto designado por el juzgado como primera mesada pensional, así como el número de mesadas anuales (14), en atención a que el derecho se causó el 10 de julio de 2011, en los términos del inc. 8º y el Parágrafo Transitorio 6º del Acto Legislativo 01 de 2005.

Se autorizará a Colpensiones a descontar del retroactivo a pagar los aportes en salud en favor de las beneficiarias conforme a lo dispuesto en los arts. 143, 157 y 204 de la Ley 100 de 1993; de manera que, reajustando las mesadas según el art. 14 *idem*, se tiene que para el año 2019 se obtiene una suma inferior al salario mínimo legal mensual vigente para dicha época, en consecuencia, a partir de esa anualidad inclusive, Colpensiones deberá pagar un monto equivalente a este último concepto en concordancia con el art. 48 de la CP.

Prescripción.- Contrario a lo manifestado por la apelante, sí hubo una reclamación administrativa por parte de la demandante en su propio nombre y en representación de su entonces, hija menor Diana Carolina Leguizamón Espinosa, radicada el 9 de septiembre de 2011 ante el extinto Instituto de Seguros Sociales, de la que se desprende en el ítem n.º 5 que solicitó el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes para ambas, en la medida en que su hija a esa data estaba cursando estudios en el grado 11 de bachillerato; para tal efecto, aportó documentos relacionados con los trámites efectuados por Porvenir SA, cédulas de ciudadanía del causante, de ella y de su hijo Jimmy, la tarjeta de identidad de su hija Diana y los registros civiles de nacimiento de ambos hijos, entre otros documentos (f.º 92-95).

De esta petición, no obra respuesta alguna pues la Resolución n.º CUN-A80790 del 5 de septiembre de 2012 proferida por el extinto Instituto de Seguros Sociales, hace referencia a un auxilio funerario que fue solicitado por la demandante el 5 de junio de 2012 bajo el n.º 094039 (f.º 96-99, CD f.º 257).

Y las Resoluciones proferidas por Colpensiones n.º GNR17497 y GNR225598 del 20 de enero y 18 de junio de 2014 y VPB25073 del 16 de marzo de 2015 notificada esta última el día 25 de los mismos mes y año (f.º 105-108, 111-113 – CD f.º 257) hacen referencia a la reclamación administrativa y a los recursos de reposición y subsidiario el de apelación que la demandante elevó únicamente en su propio nombre el 4 de septiembre de 2013 y el 3 de marzo de 2014, respectivamente (f.º 100-102, 109, 110), negando el derecho pensional de María Inés Espinoza. Mientras que en Resolución GNR86174 del 13 de marzo de 2014, Colpensiones negó el auxilio funerario solicitado el 6 de marzo de 2014, sin pronunciarse respecto de la solicitud del 9 de septiembre de 2011 o del derecho que le pudiera asistir a Diana Carolina Leguizamón.

Por lo anterior, como lo concluyó el *a quo*, ninguno de los retroactivos que

ordenó en su decisión están afectados por la prescripción, dado que con la mencionada petición del 9 de septiembre de 2011 se interrumpió oportunamente el término de prescripción, que se mantuvo suspendido (arts. 6 y 151 del CPTSS, CC C-792-2006, CSJ SL17165-2015, CSJ SL13000-2015, CSJ SL14117-2017, CSJ SL3023-2020), porque no obra prueba en el proceso del acto administrativo del extinto ISS o de Colpensiones, que la hubiere resuelto por lo menos hasta la presentación de la demanda (14 de abril de 2016 – f.º 114).

Así las cosas, el retroactivo indexado al momento de su pago a cargo de Colpensiones, a la fecha de esta providencia, en favor de la demandante es de \$115.888.606 y en favor de su hija es de \$9.586.626, discriminado de la siguiente forma sin perjuicio de las mesadas que en adelante se causen en favor de la demandante como beneficiaria actual del 100% de la prestación:

AÑO	%	MESADA INCREMENTADA	SALARIO MÍNIMO LMV
2011	3,17%	\$ 604.641	\$535.600
2012	3,73%	\$627.194	\$566.700
2013	2,44%	\$642.497	\$589.500
2014	1,94%	\$654.962	\$616.000
2015	3,66%	\$678.933	\$644.350
2016	6,77%	\$724.897	\$689.455
2017	5,75%	\$766.579	\$737.717
2018	4,09%	\$797.932	\$781.242
2019	3,18%	\$823.306	\$828.116
2020	3,80%	\$854.592	\$877.803
2021	1,61%	\$868.351	\$908.526
2022	5,62%	\$917.152	\$1.000.000
2023	13,12%	\$1.037.482	\$1.160.000

Retroactivo en 14 mesadas anuales desde el 10 de julio de 2011 hasta el 28 de febrero de 2023				
Año	Monto mesada	Nº mesadas	Diana Carolina (hija)	María Inés (madre y compañera permanente)
2011	\$ 604.641	6,7	\$ 2.025.546	\$ 2.025.546
2012	\$ 627.194	14	\$ 4.390.356	\$ 4.390.356
01-ene a 26-sep- 2013	\$ 642.497	9,87	\$ 3.170.724	\$ 3.170.724
27-sep a 31-dic- 2013	\$ 642.497	4,13	\$00	\$ 2.653.514
2014	\$ 654.962	14	\$00	\$ 9.169.464
2015	\$ 678.933	14	\$00	\$ 9.505.066
2016	\$ 724.897	14	\$00	\$ 10.148.559
2017	\$ 766.579	14	\$00	\$ 10.732.102
2018	\$ 797.932	14	\$00	\$ 11.171.045

2019	\$	828.116	14	\$00	\$	11.593.624
2020	\$	877.803	14	\$00	\$	12.289.242
2021	\$	908.526	14	\$00	\$	12.719.364
2022	\$	1.000.000	14	\$00	\$	14.000.000
2023	\$	1.160.000	2	\$00	\$	2.320.000
Subtotales:				\$ 9.586.626	\$	115.888.606

Acorde con todo lo hasta aquí expuesto, se **confirmará** el reconocimiento pensional a favor de las dos beneficiarias, se **adicionará, modificará y precisará** el numeral **segundo** de la sentencia consultada, según las previsiones del art. 283 del CGP en la medida en que en la sentencia apelada y consultada no se adujo el monto del retroactivo total a cargo de Colpensiones y a favor de las beneficiarias, mismo que se actualiza; además, por un *lapsus calami* se indicó en la parte resolutive una fecha límite del retroactivo en favor de la hija menor del causante (16 de septiembre de 2013) distinta a la reseñada en la parte considerativa de la decisión, y por tanto no acorde con la realidad procesal (26 de septiembre de 2013), siendo esta última la correcta.

En los anteriores términos queda estudiada la apelación y surtido el grado jurisdiccional de consulta.

Sin costas en la instancia ante su no causación. Las de primera se **confirmarán** también, por cuanto al tenor de lo dispuesto en el art. 365 del CGP este rubro es impuesto a cargo de quien resulte vencido en juicio, que en este caso es Colpensiones, sin que sea un atenuante el hecho de que la entidad hubiera concluido que el causante no contaba con la densidad mínima de semanas para dejar causado el derecho a sus causahabientes, porque precisamente ante la negligencia institucional frente a las múltiples peticiones elevadas tanto por la demandante como por la empleadora del causante y Porvenir SA, fue necesario impetrar la presente demanda con el fin de que fuera resuelta la situación relacionada con la corrección de la historia laboral de su compañero permanente fallecido.

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

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR, PRECISAR y MODIFICAR el numeral **segundo** de la sentencia proferida el 19 de octubre de 2021, por el Juzgado 11 Laboral del Circuito de Bogotá DC, en el siguiente sentido:

SEGUNDO: CONDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones a reconocer y pagar a la demandante María Inés Espinosa Rodríguez y a Diana Carolina Leguizamón Espinoza, la pensión de sobrevivientes, con ocasión del deceso de su compañero permanente y padre afiliado Jaime Enrique Leguizamón Ramírez (QEPD), en cuantía inicial de \$ 604.641 a partir del 10 de julio de 2011 reajustada anualmente conforme a la ley, a razón de 14 mesadas anuales y con la autorización de descontar del retroactivo a pagar, los aportes en salud en favor de las beneficiarias, así:

- a) A favor de Diana Carolina Leguizamón Espinoza, en calidad de hija menor, el 50% de la prestación con un retroactivo causado entre el 10 de julio de 2011 y el 26 de septiembre de 2013, en la suma única de \$9.586.626, la cual deberá ser cancelada en forma indexada al momento de su pago.
- b) A favor de María Inés Espinosa Rodríguez, en calidad de compañera permanente, el 50% de la prestación entre el 10 de julio de 2011 y el 26 de septiembre de 2013, y a partir del 27 de septiembre de 2013 el 100% de la pensión, con un retroactivo causado a la fecha de esta providencia que asciende a \$ 115.888.606 sin perjuicio de las mesadas que en adelante se causen en su favor. Sumas adeudadas que deberán ser canceladas en forma indexada al momento de su pago.

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

TERCERO: Sin costas en la instancia ante su no causación. Se **confirman** las de primera.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Magistrada ponente



MILLER ESQUIVEL GAITÁN
Magistrado



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado

(*) Hipervínculo de consulta de expediente digitalizado:

https://etbcsj-my.sharepoint.com/:f:/g/personal/des15sltsbta_cendoj_ramajudicial_gov_co/EkfUU9HFg7hLsezBNPTA3ZkBH5GAZO5ADpbJ3Ebub10nYg?e=PJY8hJ

Firmado Por:

Luz Patricia Quintero Calle

Magistrada

Sala Laboral

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

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

Código de verificación: **06cc003a1e26572929228aeae2205a45a3f2b633d1ff996c56083d9c262d41fe**

Documento generado en 28/02/2023 08:59:45 AM

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

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



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

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Magistrada Ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 11001 31 05 **003 2019 00705 01**
DEMANDANTE: ADRIANA MARÍA SOTO RODRÍGUEZ
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES

Bogotá DC, veintiocho (28) de febrero de dos mil veintitrés (2023).

En la fecha, en cumplimiento de lo dispuesto en el art. 13 de la Ley 2213 de 2022, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá DC, integrada por los Magistrados MILLER ESQUIVEL GAITÁN, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto por Colpensiones y surtir el grado jurisdiccional de consulta en su favor, respecto de la sentencia proferida el 4 de noviembre de 2021, por el Juzgado 3° Laboral del Circuito de Bogotá DC.

I. ANTECEDENTES

Pretendió la demandante que se condene a la demandada al pago de la sustitución pensional, junto con la indexación e intereses moratorios (f.º 6).

Como fundamento relevante de sus pretensiones, manifestó que contrajo matrimonio católico con Guillermo Saldaña el 28 de abril de 1989, el cual fue protocolizado el 25 de mayo siguiente en la Notaría 13 del Círculo de Bogotá; de dicha unión se procrearon 3 hijos llamados Guillermo Arturo, Gisette Andrea y Gustavo Adolfo Saldaña Soto, que nacieron el 5 de noviembre de 1989, el 4 de diciembre de 1991 y el 21 de noviembre de 1996, respectivamente; estuvo afiliada como beneficiaria de su esposo en la EPS Sura desde el 26 de enero de 1996; entre los años 1995 y 1996 su esposo obtuvo un crédito hipotecario en Davivienda, con el fin de comprar una vivienda, por lo que en 1997 decidieron

arrendar dicha casa con el fin de sostener el crédito, pero el arrendador [sic] dejó de pagar, así que tuvo que rematarse la casa dentro de un proceso llevado en un juzgado; su esposo quedó reportado en Datacrédito y entraron en crisis económica, motivo por el cual, con el fin de no ser embargados decidieron liquidar la sociedad conyugal el 2 de julio de 2002, sin embargo, siempre continuaron conviviendo bajo el mismo techo, lecho y mesa, sin dar trámite a la liquidación de la sociedad conyugal.

Informó que el extinto Instituto de Seguros Sociales, le reconoció a su esposo la pensión de vejez a través de la Resolución n.º 033347 del 25 de octubre de 2004; el 26 de abril de 2006 entre ambos crearon la sociedad Gass Asociados S. en C.; desde el 22 de agosto de 2017 su esposo estuvo en manejo paliativo en la unidad de cuidados paliativos con diagnóstico de tumor maligno en la vejiga, por lo que siempre lo acompañó en todo el proceso de su enfermedad hasta que falleció el 21 de junio de 2018 en Bogotá, fecha para la cual la cuantía de su pensión era de \$1.002.750; pagó los gastos funerarios de su esposo ante Jardines de Paz en cuantía de \$10.200.000; el 11 de julio de 2018 solicitó la pensión a Colpensiones, quien la negó mediante Resoluciones n.º SUB226259 y DIR20320, ambas de 2018 (f.º 4-6).

II. TRÁMITE PROCESAL

La demanda fue admitida el 25 de octubre de 2019, ordenando su notificación y traslado a la demandada (f.º 141), quien se opuso a todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, argumentando que la demandante no cumple con los requisitos legales para ser considerada beneficiaria de la prestación reclamada, máxime cuando existe de por medio la liquidación de la sociedad conyugal que tuvo con el causante, según escritura pública n.º 00872 de 2002. Formuló las excepciones denominadas inexistencia del derecho y de la obligación, inexistencia del reconocimiento y pago de los intereses moratorios, buena fe y prescripción (arch. 8.a.2, f.º 144, 145).

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, guardó silencio (f.º 143).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 3º Laboral del Circuito de Bogotá DC, en sentencia del 4 de

noviembre de 2021, condenó a Colpensiones a reconocer y pagar a la demandante la pensión de sobrevivientes en calidad de cónyuge supérstite del pensionado fallecido, a partir del 22 de junio de 2018, junto con los incrementos pensionales, y el retroactivo pensional desde esa fecha y hasta la inclusión en nómina, debidamente indexado, autorizando el descuento del mismo de los aportes en salud; absolvió de las demás pretensiones; declaró no probada la excepción de prescripción, y condenó en costas a la demandada.

Para lo que interesa a la alzada consideró que, la pareja conformada por la demandante y el causante, contrajo matrimonio y a pesar de que existió de por medio una liquidación de la sociedad conyugal, se acreditó que la pareja continuó con la relación hasta el momento del fallecimiento, e incluso la demandante demostró ese vínculo actuante de apoyo incondicional frente a su esposo en momentos de adversidad y fue quien pagó los gastos fúnebres, motivo por el cual se probó la convivencia continua e ininterrumpida desde la data en que se casaron hasta el deceso de Guillermo Saldaña; concluyó que la demandante tiene derecho a la pensión de sobrevivientes a partir de la fecha del fallecimiento de su cónyuge en el mismo monto mensual que venía percibiendo el pensionado. Declaró no probada la excepción de prescripción como quiera que se presentó la demanda dentro del término trienal respectivo (f.º 147-150).

IV. RECURSO DE APELACIÓN

Colpensiones apeló, y para tal efecto manifestó que la demandante no es beneficiaria de la prestación en discusión, toda vez que disolvió la sociedad conyugal que tuvo con el causante, lo cual quedó debidamente acreditado tanto con el expediente administrativo como con los testigos, motivo por el cual la entidad negó en vía administrativa el reconocimiento de la pensión.

V. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Recibidas las diligencias en esta Corporación, mediante auto del 31 de enero de 2022 se admitió el recurso de apelación interpuesto y el grado jurisdiccional de consulta, conforme a lo normado en el entonces vigente art. 15 del Decreto 806 de 2020, se dispuso correr el respectivo traslado para alegar (f.º 153, arch. 3 C02).

La demandante presentó alegaciones reiterando los argumentos expuestos en la demanda (f.º 156, archs. 4, 6 C02). Las demás partes guardaron silencio.

VI. CONSIDERACIONES

Cumplidos los trámites de segunda instancia, sin causal de nulidad que invalide lo actuado, esta Colegiatura procede a desatar la alzada, y conforme a lo dispuesto en los arts. 66A y 69 del CPTSS, el problema jurídico en este asunto consiste en determinar si la demandante acredita las condiciones necesarias para ser beneficiaria de la pensión de sobrevivientes en condición de cónyuge del pensionado fallecido Guillermo Saldaña.

Está al margen de la discusión que: **i)** al causante Guillermo Saldaña le fue reconocida la pensión de vejez desde el 1º de noviembre de 2004 conforme el art. 12 del Acuerdo 049 de 1990 en cuantía de \$549.020 según Resolución n.º 033347 de 2004 expedida por el extinto Instituto del Seguro social (f.º 15, exp. adtvo. arch. 8.a.3 C01); **ii)** falleció el 21 de junio de 2018 (f.º 16, 18, 19, 21 exp. adtvo. arch. 8.a.3 C01); **iii)** Adriana María Soto Rodríguez nació el 30 de mayo de 1972, por lo que a la fecha del deceso del causante, contaba con 46 años de edad (f.º 13, exp. adtvo. arch. 8.a.3 C01); **iv)** y en Resoluciones SUB 226259, SUB 297429 y DIR 20320 de 25 de agosto, 15 de noviembre y 20 de noviembre de 2018, respectivamente, expedidas por Colpensiones, se le negó la pensión de sobrevivientes a la demandante (f.º 127-131, exp. admontivo arch. 8.a.3 C01).

La norma aplicable para resolver la controversia, es la vigente a la data de la muerte del causante, esto es, los arts. 12 y 13 de la Ley 797 de 2003, que modificaron los arts. 46 y 47 de la Ley 100 de 1993 (CSJ SL17521-2016, SL15873-2017 y SL1362-2019), según los cuales, para el caso, tienen derecho a la pensión de sobrevivientes los miembros del grupo familiar del pensionado que fallezca, y son beneficiarios de la prestación en forma vitalicia, cónyuge o compañera permanente que a la fecha de la muerte del causante tenga 30 o más años de edad, acredite que hizo vida marital con el pensionado fallecido hasta el momento de su muerte, y haya convivido con él por los menos 5 años continuos con anterioridad a su deceso.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1399-2018, explicó que según la normatividad citada *«Por convivencia ha entendido la Corte que es aquella «comunidad de vida, forjada en el crisol del amor*

responsable, la ayuda mutua, el afecto entrañable, el apoyo económico, la asistencia solidaria y el acompañamiento espiritual, que refleje el propósito de realizar un proyecto de vida de pareja responsable y estable, a la par de una convivencia real efectiva y afectiva- durante los años anteriores al fallecimiento del afiliado o del pensionado» (CSJ SL, 2 mar. 1999, rad. 11245 y CSJ SL, 14 jun. 2011, rad. 31605).» y que «debe ser evaluada de acuerdo con las peculiaridades de cada caso, dado que pueden existir eventos en los que los cónyuges o compañeros no cohabiten bajo el mismo techo, en razón de circunstancias especiales de salud, trabajo, fuerza mayor o similares, lo cual no conduce de manera inexorable a que desaparezca la comunidad de vida de la pareja si notoriamente subsisten los lazos afectivos, sentimentales y de apoyo, solidaridad, acompañamiento espiritual y ayuda mutua, rasgos esenciales y distintivos de la convivencia entre una pareja y que supera su concepción meramente física y carnal de compartir el mismo domicilio».

Además, también dejó sentado la Alta Corporación que, mientras los compañeros permanentes deben demostrar el cumplimiento del requisito expresamente establecido en la norma, a favor del cónyuge separado de hecho, con vínculo matrimonial vigente, se acepta que los cinco años mínimos de convivencia puedan ser en cualquier tiempo, sin que sea necesario probar que durante ese lapso se conservó entre estos un vínculo afectivo, pues los deberes de la pareja subsisten, al margen de si se allanaron a ellos o no (CSJ SL4346-2015, SL6990-2016, SL1399 y SL1880 ambas de 2018, SL359-2021).

Así las cosas, está demostrado que la demandante contrajo matrimonio con Guillermo Saldaña por el rito católico el 28 de abril de 1989 y de común acuerdo resolvieron disolver y liquidar la sociedad conyugal el 2 de julio de 2002, según Escritura Pública n.º 0872 otorgada ante la Notaría 72 del Círculo de Bogotá DC, como consta en la nota marginal inscrita en la partida de matrimonio y en la copia del documento protocolizado (f.º 24, 25, 36-45 exp. adtvo. arch. 8.a.3 C01). De dicha unión se procrearon 3 hijos: Guillermo Arturo, Gustavo Adolfo y Gisette Andrea Saldaña Soto, nacidos el 5 de noviembre de 1989, el 21 de noviembre de 1996 y el 4 de diciembre de 1991 respectivamente (f.º 27-29).

Colpensiones se opuso a la prosperidad de las pretensiones y para ello insistió tanto en las Resoluciones SUB 226259, SUB 297429 y DIR 20320 todas de 2018, (f.º 127-131, exp. adtvo. arch. 8.a.3 C01), como en la contestación a la demanda y el recurso de apelación, que la demandante no es beneficiaria de la

prestación en discusión, toda vez que disolvió la sociedad conyugal que tuvo con el causante; sin embargo, al dar lectura a los mencionados actos administrativos y al revisar el expediente surtido en vía administrativa, se observa que la entidad no ejecutó una investigación previa con el fin de tomar la decisión de negar el reconocimiento pensional aquí perseguido.

Por el contrario, para refutar esta situación, la demandante corrió con la carga probatoria establecida en los arts. 164 y 167 del CGP, para demostrar su calidad de beneficiaria, pues aportó certificaciones expedidas el 2 de junio de 2004, el 11 de julio de 2018 y el 8 de julio de 2019 por EPS Sura (antes Susalud), en la que figuran como beneficiaria de los servicios de salud de Guillermo Saldaña, en calidad de cónyuge, desde el 26 de enero de 1996 y este último como cotizante *cabeza de grupo familiar* (f.º 31-34, exp. adtvo. arch. 8.a.3 C01).

Anexó los estatutos sociales de la compañía Gass Asociados S. en C. S., constituida el 26 de abril de 2006 por el causante y la demandante como socios gestores y los 3 hijos de la pareja, como socios comanditarios (f.º 47-50); sociedad que, según la certificaciones expedidas el 10 de julio de 2019 por la Asociación de Copropietarios de las residencias BCH II Sector ubicado en la Calle 26 nº 31 A - 06, Barrio Acevedo Tejada de Bogotá DC, adquirió el apartamento H 3-1 en abril de 2010, el cual desde esa fecha *«fue ocupado por el señor Guillermo Saldaña (...) y su familia. Dicho apartamento, en el mes de julio de 2017, permutado por el apartamento J3-4, de esta misma copropiedad y en él continúa residiendo la familia Saldaña Soto. Durante todo este tiempo hasta su fallecimiento, el señor Guillermo Saldaña fue responsable de cancelar cumplidamente las cuotas de administración, obligación que ha continuado cumpliendo su esposa, la señora Adriana Soto»* (f.º 123-124).

De folio 65 a 116 y en el expediente administrativo del causante en Colpensiones (arch. 8.a.3 C01), obra el reporte de historia clínica general, una certificación del 8 de febrero de 2019 y un *diploma de cuidadores* expedidos por la Unidad de Cuidados Paliativos Presentes SAS; en la certificación consta que el causante estuvo en manejo paliativo bajo el diagnóstico de tumor maligno en la vejiga urinaria desde el 22 de agosto de 2017, motivo por el que la demandante, en calidad de esposa, lo acompañó durante todo el proceso de la enfermedad hasta su fallecimiento.

En efecto, la historia clínica de dicho instituto acredita la fecha del primer ingreso del causante, sus múltiples diagnósticos provenientes de la enfermedad oncológica que padeció (carcinoma urotelial papilar de alto grado); las citas que tuvo en la institución en las que siempre estaba acompañado de su *pareja - esposa* Adriana Soto, como cuidadora principal y en algunas ocasiones se realizaron reuniones entre el paciente, su esposa y sus 3 hijos, junto con los distintos especialistas, hasta cuando se le aplicó la sedación paliativa previa al fallecimiento en la institución, momento en el que el causante estuvo acompañado de su esposa, la enfermera y sus 3 hijos; además, se logra concluir que el causante estuvo hospitalizado en forma continua por lo menos desde el 15 de junio de 2018.

Al cabo del fallecimiento, se le entregó a la demandante una carta de condolencias y un diploma en el que se le dio un agradecimiento *«por haber sido una cuidadora amorosa, luchadora, dedicada, interesada e integral. El equipo se encuentra orgulloso de la gran labor que desempeñó en el proceso de la enfermedad de su familiar al asumir el rol de una forma admirable»* (f.º 65-116).

De la misma forma, obra a f.º 118 una constancia del médico internista, hematólogo y oncólogo adscrito a Hemato Oncólogos Asociados, suscrita el 7 de febrero de 2019, de donde se desprende que la demandante como acompañante, siempre asistía a consulta con Guillermo Saldaña desde el 23 de abril de 2014 hasta el 29 de mayo de 2018 durante el transcurso de su enfermedad.

Así mismo, dentro del trámite procesal en la audiencia del 4 de noviembre de 2021 (f.º 147-150) se recaudó el testimonio de William Jorge Cifuentes Arango, Contador Público y padrino del hijo mayor de la demandante, manifestó que conoció a Guillermo Saldaña en el año 1982, cuando él era Gerente del Círculo de Periodistas de Bogotá y trabajaban juntos, por ese motivo conoció a Adriana cuando se casaron aproximadamente en el año 1987. Debido a que frecuentaba mucho la familia conformada por el causante, supo que Guillermo padeció de cáncer, causa de su fallecimiento; que nunca se separaron de hecho, sino que por unos problemas económicos tuvieron que hacer separación de bienes para que a Adriana le otorgaran un crédito, no obstante, siguieron siendo esposos con una vida y convivencia normales compartiendo lecho, techo y mesa desde el momento del matrimonio hasta el momento del deceso de Guillermo.

El testigo Jairo Salguero Ávila, también Contador Público, dijo que conoció a Guillermo Saldaña, más de 30 años atrás cuando era soltero y luego conoció a

la demandante; vivió con la pareja en la Calle 23 durante un año aproximadamente, a inicios de su vida matrimonial; le consta que la pareja convivió en varios sitios en Bogotá donde los visitó; que la demandante siempre estuvo pendiente de la enfermedad de Guillermo todo el tiempo en la casa y en la clínica, junto con sus hijos; debido a su cercanía los frecuentaba en las reuniones familiares y otras ocasiones, por lo que le consta que Guillermo tuvo problemas de cadera, unas operaciones y al final de sus días tuvo un problema intestinal que le ocasionó su deceso, previa hospitalización durante varios días, pero como estaba tan delicado de salud, no le permitían muchas visitas; indicó que la pareja tuvo problemas económicos, por lo que tuvieron que levantar un documento sin que se hubieran divorciado; que la demandante siempre se dedicó al hogar, más aún por la salud de Guillermo en los últimos años.

Ambos testigos asistieron al matrimonio de la pareja, conocieron a los 3 hijos de ellos y el último lugar en donde habitó la demandante con el causante en la calle 26, abajo de la carrera 30; les consta que nunca se separaron, sino que mantuvieron su vida de novios, pareja y matrimonio alrededor de unos 30 años; asistieron a las honras fúnebres junto con la demandante y los hijos.

Por otra parte, rindió su declaración Rodrigo Cardozo Grajales, estudiante de Contaduría Pública, quien conoció a la pareja Saldaña – Soto desde aproximadamente en el 2010 por reuniones de amigos, tiempo para el cual vivían con los 3 hijos en la calle 26, abajo de la carrera 30, donde los visitaba cuando lo invitaban a reuniones familiares; le consta que la pareja hizo una separación por temas económicos y que les quedaba mucho más fácil organizar todo en una sociedad, sin embargo nunca se separaron como pareja, siempre estuvieron juntos y la demandante acompañó siempre a su esposo ayudándole en su enfermedad terminal, debido a que es enfermera; y además, que asistió al velorio.

La testigo Adriana Peña, es sobrina del causante, quien fue hermano de su señora madre, dijo que por este motivo tenía contacto constante y así le consta que la pareja Saldaña – Soto nunca se separó; los visitó muy frecuentemente en la última casa de habitación no solo por saber cómo estaba su tío de salud, sino por distintas razones y visitar a sus primos; su tío padeció de cáncer, y el tratamiento a través de diferentes medios paliativos o científicos no dio resultados por lo que falleció en la clínica, sin embargo, Adriana siempre lo acompañó y estuvo pendiente de su enfermedad tanto en la casa como cuando lo daban de

alta en la clínica, porque convivieron en forma continua, ininterrumpida y permanente hasta el momento del deceso de su tío.

Estos relatos fueron contestes, espontáneos y al unisonó corroboran lo manifestado tanto por Margarita Rodríguez de Montilla y José Eduardo Montilla Saavedra en las declaraciones extrajuicio rendidas el 9 de julio y el 5 de septiembre de 2018 en la Notaría 1ª del Círculo de Bogotá DC (f.º 147-150, exp admontivo arch. 8.a.3 C01), como por la demandante en su declaración con fines extraprocesales rendida el 9 de julio de 2018 ante la Notaría 51 del mismo círculo, y en su interrogatorio de parte absuelto en el juzgado cognoscente (f.º exp admontivo arch. 8.a.3 C01), en cuanto al tiempo de convivencia continua e ininterrumpida desde el matrimonio hasta la data de fallecimiento de Guillermo Saldaña, y la última casa que habitó junto con su esposo en el Barrio Acevedo Tejada de Bogotá DC, que es en la que hoy vive y en la que según las comunicaciones dirigidas por Colpensiones al causante y obrantes en el expediente administrativo aportado por la entidad (n.º BZ2018_8108156-2066429, BZ2018_8499287-2167444, BZ2018_14415552-3282773), era la última dirección que Guillermo Saldaña registró como su residencia en la *Calle 26 n° 31 A – 6 J3-4 piso* (arch. 8.a.3 C01).

De igual forma, los mencionados declarantes y las documentales reseñadas confirmaron el dicho de Adriana en cuanto a la causa del fallecimiento de su esposo y el acompañamiento permanente y constante que le dio hasta su último aliento, debido a la enfermedad terminal que padeció. Y, al ser indagada la demandante acerca de la nota marginal que obra en el registro civil de matrimonio, indicó que ello se dio porque junto con su esposo perdieron una casa y querían volver a surgir económicamente sin afectar a sus hijos ni a ella, porque se encontraban cruzados de brazos ante el reporte en las centrales de riesgo de su esposo, quien era Contador Público independiente para esa época, así que con base en dicha liquidación, lograron sacar un préstamo para poder comprar otra vivienda; pero nunca ocurrió una separación de cuerpos y como continuaron su vida de pareja en forma normal en calidad de esposos, siguieron viviendo juntos hasta el día del fallecimiento de Guillermo.

Informó finalmente que solventó los gastos funerarios, lo que también se corrobora con los recibos a nombre de la demandante por \$136.400 y \$10.260.000 a título de gastos fúnebres de su esposo ante Coorserpark y Jardines de Paz, respectivamente (f.º 120, 121, exp. advto. arch. 8.a.3 C01), y con la

Resolución n.º SUB 209448 del 6 de agosto de 2018, mediante la cual Colpensiones le reconoció el pago del auxilio funerario por \$3.906.210 (exp. admontivo *idem*).

De acuerdo con el material probatorio recaudado, valorado en su integridad se puede colegir, contrario a lo indicado en la apelación, que en efecto, la demandante convivió de manera ininterrumpida con el causante por casi 30 años, desde cuando contrajeron nupcias hasta la fecha de su deceso en el año 2018, de manera que, a pesar de la nota marginal de liquidación de la sociedad conyugal que se registró para el año 2002 en el registro civil de matrimonio, Adriana María y el pensionado tenían y continuaron un proyecto de vida como pareja estable, permanente y firme, forjado en un vínculo actuante de apoyo, solidaridad, cuidado y socorro mutuos, desarrollado en forma continua y sin solución de continuidad.

Concluye entonces la Sala, como lo hizo el *a quo*, que Adriana María Soto Rodríguez, en calidad de cónyuge convivió con el causante pensionado durante un término muy superior a cinco años con anterioridad a su deceso, lo que la hace beneficiaria de la pensión de sobrevivientes, en los términos del art. 47 de la Ley 100 de 1993, por tanto, se **confirmará** la decisión.

En cuanto a la cuantía de la prestación, al tenor de lo dispuesto en el art. 48 de la Ley 100 de 1993, Colpensiones deberá reconocer el 100% de la pensión que el causante disfrutaba, así como el mismo número de mesadas que recibía, con la autorización del descuento de los aportes en salud en favor de la beneficiaria conforme a lo dispuesto en los art. 143, 157 y 204 de la Ley 100 de 1993; de manera que, reajustando la mesada que percibía el causante en el año 2004 (\$549.020 - Resolución n.º 033347 de 2004) según el art. 14 *idem*, como se constata en la liquidación de la Resolución SUB 209448 de 2018, mediante la cual Colpensiones le reconoció el pago del auxilio funerario a la demandante al tenor de lo dispuesto en el art. 51 *idem*, se tiene que a la fecha de retiro de nómina, el pensionado estaba percibiendo un monto mensual de \$1.002.750 en el año 2018. Por tanto, el retroactivo a cargo de Colpensiones y a favor de la demandante, a la fecha asciende a la suma de \$71.229.066, el cual deberá ser cancelado en forma indexada al momento de su pago y sin perjuicio de las mesadas que en adelante se continúen causando, así que en estos términos se **adicionará** el numeral **segundo** de la sentencia consultada, acorde con lo dispuesto en el art. 283 del CGP:

Retroactivo en 14 mesadas anuales desde el 21 de junio de 2018 hasta el 28 de febrero de 2023			
Año	Monto mesada	Nº mesadas	Valor mesadas al año
2018	\$ 1.002.750	7,67	\$ 7.687.753
2019	\$ 1.034.638	14	\$ 14.484.930
2020	\$ 1.073.954	14	\$ 15.035.357
2021	\$ 1.091.245	14	\$ 15.277.427
2022	\$ 1.152.573	14	\$ 16.136.018
2023	\$ 1.303.790	2	\$ 2.607.581
Gran Total:			\$ 71.229.066

Ninguna mesada se encuentra prescrita, en razón a que entre la fecha de causación del derecho y la presentación de la demanda (10 de octubre de 2019 – f.º 1), no transcurrió el término trienal de que trata el art. 151 del CPTSS.

En los anteriores términos queda estudiada la apelación y surtido el grado jurisdiccional de consulta. Sin costas en la instancia ante su no causación.

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

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR el numeral **segundo** de la sentencia proferida el 4 de noviembre de 2021, por el Juzgado 3º Laboral del Circuito de Bogotá DC, en el sentido de indicar que la primera mesada a que tiene derecho la demandante es de \$ 1.002.750 en el año 2018, por tanto, el retroactivo a cargo de Colpensiones y a favor de Adriana María Soto Rodríguez, liquidado entre el 21 de junio de 2018 y el 28 de febrero de 2022, a razón de 14 mesadas anuales, sin perjuicio de las mesadas pensionales que se causen en adelante, asciende a la suma de \$71.229.066, del que se autoriza el descuento de los aportes en salud en favor de la beneficiaria, conforme las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

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

TERCERO: Sin costas en la instancia ante su no causación.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Magistrada ponente



MILLER ESQUIVEL GAITÁN
Magistrado



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Magistrado

(*) Hipervínculo de consulta de expediente digitalizado:

https://etbcj-my.sharepoint.com/:f:/g/personal/des15sltsbta_cendoj_ramajudicial_gov_co/EkSpjfFPsKZKgptK1icG87cBFdcFCDbVNscwVvSytPT5Xg?e=tTeOuR

Firmado Por:

Luz Patricia Quintero Calle

Magistrada

Sala Laboral

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

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

Código de verificación: **d941692aa233477e501416d64fc22cc13d92d0f9d11bf02ef3997fc7207a42c1**

Documento generado en 28/02/2023 08:59:44 AM

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



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

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE
Magistrada Ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO LABORAL - **SENTENCIA**
RADICACIÓN: 11001 31 05 **036 2018 00491 01**
DEMANDANTE: MARÍA ANTONIA CUPAJITA TORRES
DEMANDADOS: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -
COLPENSIONES y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE
FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR SA

Bogotá DC, veintiocho (28) de febrero de dos mil veintitrés (2023).

En la fecha, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá DC, integrada por los Magistrados MILLER ESQUIVEL GAITÁN, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver los recursos de apelación interpuestos por Porvenir y Colpensiones, y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de la última entidad, respecto de la sentencia proferida el 13 de junio de 2022, por el Juzgado 36 Laboral del Circuito de Bogotá DC.

I. ANTECEDENTES

Pretende la demandante que se declare que el traslado y la afiliación efectuados a Porvenir SA son nulos, por estar viciado el consentimiento por error y dolo; en consecuencia, que su afiliación a Colpensiones se mantuvo vigente sin solución de continuidad y el primer ente debe devolver al segundo los saldos a su nombre.

Como fundamento relevante de sus pretensiones, expuso que nació el 20 de diciembre de 1957; que estuvo afiliada al RPM administrado por el ISS desde el 28 de septiembre de 1984, donde cotizó 963 semanas; que el 27 de

junio de 2001, fue contactada por un asesor de Porvenir de nombre Oscar Giovanni Linares Cruz y se trasladó del RPM al RAIS; que en esa oportunidad dicha persona le indicó que al celebrar ese acto podría pensionarse a la edad que quisiera, a diferencia de lo que ocurría en el ISS, sin explicarle como acceder a ello, así mismo, que podría hacerlo con el monto que quisiera, que podía pedir la devolución de sus aportes y retornar al ISS, y que el fondo público se iba a quebrar sin que existiera una entidad que respondiera por sus aportes; y que, elevó reclamo ante las demandadas (págs. 2 a 16, arch. 1, carp. 1).

II. TRÁMITE PROCESAL

La demanda fue admitida el 8 de noviembre de 2018, ordenándose su notificación y traslado a las demandadas (págs. 54 a 55, arch. 1, carp. 1).

Porvenir SA contestó oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones, e invocó en su defensa las excepciones de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de la obligación, ausencia de responsabilidad, compensación y buena fe (págs. 84 a 97, arch. 1, carp. 1).

Colpensiones se opuso a todas y cada una de las pretensiones, e invocó en su defensa las excepciones mérito que denominó inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones en casos de Ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad *sui generis* de las entidades de seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema, buena fe de Colpensiones, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado y prescripción (págs. 1 a 28, arch. 2, carp. 4).

La **Agencia Nacional de Defensa Jurídica el Estado**, guardó silencio (carp. 2).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 36 Laboral del Circuito de Bogotá DC, en sentencia del 13

de junio de 2022, declaró la ineficacia del traslado efectuado por la demandante del RPM al RAIS el 27 de junio de 2001, a través de Porvenir SA; en consecuencia, le ordenó a esa AFP normalizar la afiliación de la demandante en el Sistema de Información de los Afiliados a los Fondos de Pensión SIAFP y trasladar a la Administradora Colombiana De Pensiones – Colpensiones, la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual de la demandante, incluidos los rendimientos y bonos pensionales, lo recaudado por concepto de gastos de administración y comisiones, los costos de las primas de los seguros previsionales y los aportes realizados al fondo de garantía de pensión mínima, sumas que deberán ser debidamente indexadas. Y finalmente, le ordenó a Colpensiones recibir e imputar, una vez recibidos los aportes a la historia laboral de la demandante.

En síntesis, la juez de primer grado estableció que el fondo de pensiones Porvenir, no aportó ningún elemento de juicio que permitiera entrever que a la demandante se le suministró la información necesaria, clara y objetiva, para que la decisión de afiliarse a dicha entidad realmente fuera transparente, pues más allá del formulario de vinculación, no obraba prueba de que la gestora conociera cuáles eran las características del RAIS y sus diferencias con el RPM, de manera que aquella pudiera tomar una decisión consciente, en atención a todas las opciones que existían en el mercado.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

Colpensiones inconforme con la decisión, manifestó que en este asunto no se probó la ineficacia del traslado efectuado por la demandante al RAIS en el año 2001, debido a que aquella efectuó la afiliación de manera libre, consciente y voluntaria. Agregó, que para la época del tránsito de régimen, no era imperativo que las administradoras realizaran simulaciones o proyecciones pensionales, comoquiera que las mismas varían según los aportes que hagan los afiliados de acuerdo con el ingreso base de cotización, si tienen beneficiarios y la clase de rendimientos percibidos. De manera que, ni Porvenir ni Colpensiones han ejercido acciones u omisiones que tiendan a afectar los derechos prestacionales de la demandante, más aún cuando en el proceso no se alegó la existencia de un derecho adquirido o de una expectativa, ya que aquella no era beneficiaria del régimen de transición.

Refirió que debe aplicarse la prohibición legal que limita la libertad de escogencia del régimen, en los términos de la Ley 797 de 2003, ya que por razones de sostenibilidad financiera se impide a los afiliados retornar cuando les hace falta menos de 10 años para alcanzar la edad de pensión; y a su vez, porque la promotora del proceso, no se encuentra inmersa en las causales establecidas por la Corte Constitucional en las sentencias SU062-20 y SU789-02.

Adicionalmente expuso, que de acuerdo con el criterio de la Corte Constitucional, quien alega la configuración de un error debe acreditarlo, sin que sea posible invertir la carga de la prueba, más aún, cuando es notorio que la afiliada faltó al deber que le asiste como consumidora financiera, de acuerdo con el Decreto 2241 de 2010, de asesorarse de manera oportuna y autónoma, a fin de definir su situación pensional y optó por permanecer en el RAIS por más de 20 años, aceptando las condiciones del mismo, tanto que elevó solicitud de reconocimiento pensional y se efectuaron operaciones como la redención del bono pensional.

Porvenir SA en la alzada argumentó que la juez de primera instancia no valoró adecuadamente el formulario de afiliación, en el que no sólo se dejó constancia de que la demandante se trasladó de manera libre, espontánea y sin presiones, sino que además conocía y había recibido asesoría frente a las principales características del RAIS y puntualmente del régimen de transición; así como tampoco, se tuvo en cuenta que en el interrogatorio de parte la gestora aceptó que sabía que en Colpensiones para pensionarse necesitaba acreditar unos requisitos de edad y semanas cotizadas, y aceptó en ese momento y en la demanda, que recibió información sobre las características del RAIS y la posibilidad de pensionarse de manera anticipada y con el monto escogido, luego, conocía las diferencias entre uno y otro sistema.

De otro lado, solicitó que se revoque la condena emitida por concepto de devolución de gastos de administración, debido a que tales descuentos se encuentran autorizados legalmente, además, también se habrían causado de permanecer la demandante en el RPM y fueron los que permitieron que esa AFP realizara operaciones en el mercado de valores que generaron los rendimientos, frente a los que también se dispuso su devolución, último concepto que supera exponencialmente los dineros que fueron deducidos por

el rubro referido. Añadió que las primas de seguros previsionales se pagaron por disposición legal, con el fin de garantizar la cobertura en caso de invalidez o muerte, por lo que tampoco sería procedente su devolución, ya que cumplieron con su finalidad. Finalmente, aludió que tampoco compartía la orden relativa al traslado de los recursos indexados.

V. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Recibidas las diligencias en esta Corporación, mediante auto del 10 de octubre de 2022 se admitieron los recursos de apelación interpuestos por las demandadas y el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, y conforme a lo normado en el art. 13 de la Ley 2213 de 2022, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar (arch. 4, C002).

Colpensiones presentó las alegaciones reiterando los argumentos expuestos en la alzada (arch. 5, C002)

VI. ACLARACIÓN PREVIA

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

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

VII. CONSIDERACIONES

Cumplidos los trámites de segunda instancia, sin causal de nulidad que invalide lo actuado, esta Colegiatura procede a desatar la alzada y el grado jurisdiccional de consulta, y de conformidad con lo previsto en los artículos 66A y 69 del CPTSS, el problema jurídico a resolver, consiste en verificar si el traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, surtió plenos efectos jurídicos, o si por el contrario, fue ineficaz por falta de información suficiente por parte de la administradora del RAIS demandada, que le permitiera contar con un consentimiento informado en la celebración del acto jurídico; y en tal caso, cuáles son las consecuencias jurídicas de tal declaratoria.

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: **i)** La demandante nació el 20 de diciembre de 1957 (pág. 20, arch. 1, carp. 1); **ii)** cotizó a través del Instituto de Seguros Sociales hoy Colpensiones desde el 28 de septiembre de 1984 al 31 de julio de 2001 un total de 847,43 semanas (carp. 3, carp. 4); y, **iii)** se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP Porvenir, el 27 de junio de 2001 (págs. 47 y 104 arch. 1, carp. 1), y allí se encuentra afiliada en la actualidad.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

En esta providencia, también se dijo:

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

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

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

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

En el caso que ocupa la atención de esta Sala, la demandante se vinculó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP Porvenir, efectivo desde el 27 de junio de 2001, AFP en la que se encuentra actualmente afiliada, y si bien en el formulario de vinculación se hace referencia expresa a que la decisión se adoptó de manera libre, espontánea y sin presiones, conforme al mandato del art. 114 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con lo previsto en el art. 11 del Decreto 692 de 1994, esa sola

afirmación, no acredita que en efecto se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Por lo antes expuesto, al no acreditarse por parte de la AFP Porvenir, que hubiese suministrado información completa y comprensible en el ofrecimiento de sus productos al momento de la celebración del acto jurídico de traslado de régimen, para establecer la existencia de un consentimiento informado por parte de la afiliada para esa época, tal como lo concluyó el *a quo*, la sanción jurídica a ese incumplimiento, es la ineficacia o la exclusión de todo efecto jurídico de la afiliación al régimen de ahorro individual, y se **confirmará** la decisión de declarar la **INEFICACIA DEL TRASLADO** de régimen pensional realizado por la demandante el 27 de junio de 2001, con su afiliación a la AFP Porvenir.

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

correspondan en el régimen de prima media, en los términos de la jurisprudencia vigente, y en este sentido se **confirmará** la decisión de primera instancia.

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

Sin costas en la alzada.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 13 de junio de 2022, por el Juzgado 36 Laboral del Circuito de Bogotá DC, según lo expuesto en las consideraciones de esta decisión.

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

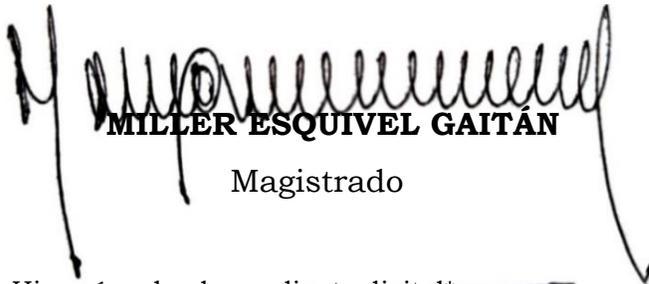
TERCERO: Esta sentencia deberá ser notificada a través de **EDICTO**, atendiéndose los términos previstos en el artículo 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

¹ CSJ SL1688-2019.

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Magistrada ponente



MILLER ESQUIVEL GAITÁN
Magistrado



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado

Hipervínculo al expediente digital*

<https://etbcsj->

[my.sharepoint.com/:f:/g/personal/des15sltsbta_cendoj_ramajudicial_gov_co/EjrMqnjVriBErCiklGMlaIoB2yVnZJXowopGdUNhSUTLCw?e=9IvVXy](https://etbcsj-my.sharepoint.com/:f:/g/personal/des15sltsbta_cendoj_ramajudicial_gov_co/EjrMqnjVriBErCiklGMlaIoB2yVnZJXowopGdUNhSUTLCw?e=9IvVXy)

Firmado Por:

Luz Patricia Quintero Calle

Magistrada

Sala Laboral

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

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

Código de verificación: **edf8ff723774bc75775fd8ebc920052216d0ba4bbb3fc9f1d0a995f64d492a6a**

Documento generado en 28/02/2023 10:40:19 AM

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

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



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

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE
Magistrada Ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO LABORAL - **SENTENCIA**
RADICACIÓN: 11001 31 05 **023 2021 00584 01**
DEMANDANTE: LEONOR TEUTA RÍOS
DEMANDADOS: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -
COLPENSIONES y COLFONDOS SA PENSIONES Y
CESANTÍAS

Bogotá DC, veintiocho (28) de febrero de dos mil veintitrés (2023).

En la fecha, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá DC, integrada por los Magistrados MILLER ESQUIVEL GAITÁN, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto por Colpensiones y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de esa entidad, respecto de la sentencia proferida el 23 de mayo de 2022, por el Juzgado 23 Laboral del Circuito de Bogotá DC.

I. ANTECEDENTES

Pretende la demandante que se declare la ineficacia del traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad realizado a través de la afiliación a Colfondos SA y que para todos los efectos legales siempre ha permanecido vinculada en el RPM; en consecuencia, se ordene a la AFP Colfondos devolver a Colpensiones todas las sumas de dinero, bonos pensionales, cotizaciones, sumas adicionales, rendimientos financieros y gastos de administración, y a la última, reactivar la afiliación en el RPM y recibir los rubros trasladados por el fondo privado.

Como fundamento relevante de sus pretensiones, expuso que nació el 13 de abril de 1966; que estuvo afiliada al RPM administrado por el ISS hasta 1995; que el 15 de agosto de 1995, se trasladó del RPM al RAIS administrado por la AFP Colfondos, sin que se le hubiera suministrado información concreta y veraz de las reales consecuencias que conllevaba dicho acto (págs. 5 a 19, carp. 1).

II. TRÁMITE PROCESAL

La demanda fue admitida, después de ser subsanada, el 6 de diciembre de 2021, ordenándose su notificación y traslado a las demandadas (carp. 3).

Colfondos SA contestó oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones, e invocó en su defensa las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, 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 SA, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago (págs. 1 a 15, carp. 5).

Colpensiones se opuso a todas y cada una de las pretensiones, e invocó en su defensa las excepciones mérito que denominó inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones en casos de Ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad *sui generis* de las entidades de seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema, buena fe de Colpensiones, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado y prescripción (págs. 1 a 17, carp. 6).

La **Agencia Nacional de Defensa Jurídica el Estado**, guardó silencio (págs. 3 a 4, carp. 4).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 23 Laboral del Circuito de Bogotá DC, en sentencia del 23 de mayo de 2022, declaró la ineficacia de la afiliación o traslado efectuado por el demandante a Colfondos SA; en consecuencia, condenó a ese fondo a trasladar a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de Leonor Teuta Ríos, con los rendimientos que se hubieren causado, sin la posibilidad de efectuar descuento alguno, ni por gastos de administración ni por cualquier otro concepto, indexados desde su causación hasta la fecha de pago. Finalmente, declaró que la convocante se encuentra afiliada al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones.

En síntesis, el juez de primer grado estableció que el fondo de pensiones Colfondos, no probó que para llevar a cabo el traslado al RAIS de la demandante, le hubiese suministrado la información suficiente, completa, necesaria y relevante atinente a las consecuencias del acto celebrado, resultando insuficiente para acreditar los supuestos debatidos el formulario de afiliación que fue firmado por la gestora, de modo que de acuerdo con el criterio jurisprudencial imperante de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, había lugar a acceder a los pedimentos de la demanda.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

Colpensiones inconforme con la decisión, manifestó que en este asunto no se evidenciaba la configuración de vicios del consentimiento, pues la demandante no tenía una expectativa legítima, ya que para el momento del traslado contaba con menos de 750 semanas, porque había cotizado un total de 400 semanas con el ISS y le faltaban más de 20 años para acceder a la pensión. Agregó que la activa, se encuentra inmersa en la prohibición de traslado señalada en la Ley 797 de 2003, que modificó la Ley 100 de 1993 y no es beneficiaria del régimen de transición, por lo que no le es aplicable el criterio expuesto por la Corte Constitucional en sentencias SU130-2013 y SU062-2010. Finalmente, expuso que la simple manifestación de inconformidad sobre el valor de la mesada, no constituye una prueba de que cuando se realizó el traslado se hubiera hecho por un engaño o por una equivocada información por parte del Fondo, máxime cuando para la fecha de la afiliación a Colfondos las AFP solo tenían la obligación de informar sobre las condiciones en el momento de la celebración del acto, verificándose en este

caso, el desinterés o descuido de la afiliada, quien decidió continuar en el RAIS de manera voluntaria por más de 20 años, sin expresar inconformidad alguna.

V. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Recibidas las diligencias en esta Corporación, mediante auto del 10 de octubre de 2022 se admitió el recurso de apelación interpuesto por la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones y el grado jurisdiccional de consulta en su favor, y conforme a lo normado en el art. 13 de la Ley 2213 de 2022, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar (arch. 4, C002).

La parte demandante presentó las alegaciones solicitando que se confirme la decisión de primera instancia (arch. 5, C002)

VI. ACLARACIÓN PREVIA

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

Empero, con ocasión de las decisiones emitidas por la Sala de Casación Laboral, entre otras, en la providencia CSJ STL3201-2020, en las que no solo se dejaron sin efecto las sentencias proferidas en segunda instancia, sino que

se exhortó a la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a acatar el precedente, y a cumplir de manera rigurosa el deber de transparencia y carga argumentativa suficiente al apartarse del precedente judicial emanado de esa Corporación en los asuntos de ineficacia de traslado de régimen, pese a que en todos ellos efectivamente se había cumplido con esa carga, bajo el mandato contenido en el referido exhorto, que fue varias veces reiterado, se acata el criterio del órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral.

VII. CONSIDERACIONES

Cumplidos los trámites de segunda instancia, sin causal de nulidad que invalide lo actuado, esta Colegiatura procede a desatar la alzada y el grado jurisdiccional de consulta, y de conformidad con lo previsto en los artículos 66A y 69 del CPTSS, el problema jurídico a resolver, consiste en verificar si el traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, surtió plenos efectos jurídicos, o si por el contrario, fue ineficaz por falta de información suficiente por parte de la administradora del RAIS demandada, que le permitiera contar con un consentimiento informado en la celebración del acto jurídico; y en tal caso, cuáles son las consecuencias jurídicas de tal declaratoria y si se debe revocar la condena en costas impuesta a la AFP Colfondos.

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: **i)** La demandante nació el 13 de abril de 1966 (pág. 20, carp. 1); **ii)** cotizó a través del Instituto de Seguros Sociales hoy Colpensiones desde el 12 de abril de 1985 un total de 80,43 semanas (págs. 94 a 98, arch. 6); y, **iii)** se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP Colfondos, el 15 de agosto de 1995, con fecha de efectividad de 1º de septiembre de 1995 (págs. 17 y 18, carp. 5), y allí se encuentra afiliada en la actualidad.

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

El artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en su literal b) estableció que la selección de uno cualquiera de los regímenes del sistema general de

pensiones, será libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado.

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

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

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

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

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

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

Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de

salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

En consecuencia, si se arguye que a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato

de aseguramiento. En ese sentido, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo.

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

En esta providencia, también se dijo:

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

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

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

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

En el caso que ocupa la atención de esta Sala, la demandante se vinculó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP Colfondos, efectivo desde el 1º de septiembre de 1995, AFP en la que se encuentra actualmente afiliada, y si bien en el formulario de vinculación se hace referencia expresa a que la decisión se adoptó de manera libre, espontánea y sin presiones, conforme al mandato del art. 114 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con lo previsto en el art. 11 del Decreto 692 de 1994, esa sola afirmación, no acredita que en efecto se le haya suministrado la

información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

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

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

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

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

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

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

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

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

Por otra parte, respecto a los traslados posteriores y los actos de relacionamiento, se advierte que la alta corporación, en sentencias CSJ SL, 9

sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL2877-2020, CSJ SL1942-2021, CSJ SL1949-2021 y CSJ SL5686-2021 precisó que una vez acreditada la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual, el acto no se convalida por los tránsitos que los afiliados hagan entre administradoras del régimen de ahorro individual. Así lo expuso en la primera decisión citada:

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

Por lo antes expuesto, al no acreditarse por parte de la AFP Colfondos, que hubiese suministrado información completa y comprensible en el ofrecimiento de sus productos al momento de la celebración del acto jurídico de traslado de régimen, para establecer la existencia de un consentimiento informado por parte de la afiliada para esa época, tal como lo concluyó el *a quo*, la sanción jurídica a ese incumplimiento, es la ineficacia o la exclusión de todo efecto jurídico de la afiliación al régimen de ahorro individual, y se **confirmará** la decisión de declarar la **INEFICACIA DEL TRASLADO** de régimen pensional realizado por la demandante el 15 de agosto de 1995, con su afiliación a la AFP Colfondos.

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

instancia, para ordenar a la AFP Colfondos efectuar la devolución de la totalidad de los conceptos mencionados, debidamente indexados, y a efectuar la discriminación y detalle de los valores devueltos.

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

Sin costas en la alzada.

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

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR el numeral segundo de la sentencia proferida el 23 de mayo de 2022, por el Juzgado 23 Laboral del Circuito de Bogotá DC, en cuanto a que la Colfondos SA Pensiones y Cesantías deberá devolver también, con destino a Colpensiones, además de los conceptos allí relacionados, los bonos pensionales, primas de seguros previsionales y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, discriminando la totalidad de los conceptos objeto de devolución, con sus respectivos valores y con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aporte pagado, y demás, según lo expuesto en las consideraciones de esta decisión.

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

¹ CSJ SL1688-2019.

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Magistrada ponente



MILLER ESQUIVEL GAITÁN
Magistrado



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Magistrado

Hipervínculo al expediente digital*

<https://etbcsj->

[my.sharepoint.com/:f:/g/personal/des15sltsbta_cendoj_ramajudicial_gov_co/EkXvggwzb5NDtbVWks6je38BXud7lwg55WbPzutLZ9TmuA?e=te3rji](https://etbcsj-my.sharepoint.com/:f:/g/personal/des15sltsbta_cendoj_ramajudicial_gov_co/EkXvggwzb5NDtbVWks6je38BXud7lwg55WbPzutLZ9TmuA?e=te3rji)

Firmado Por:

Luz Patricia Quintero Calle

Magistrada

Sala Laboral

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

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

Código de verificación: 0505b8fbccc3e00efa568dd58b52fa0b67801f0db9da658c3ac26d6936673030

Documento generado en 28/02/2023 10:40:11 AM

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



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

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Magistrada Ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO LABORAL - **SENTENCIA**
RADICACIÓN: 11001 31 05 **014 2020 00373** 01
DEMANDANTE: GLORIA AMPARO TARAZONA JÉREZ
DEMANDADAS: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -
COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE
PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN SA y
SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE
PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR SA

Bogotá DC, veintiocho (28) de febrero de dos mil veintitrés (2023).

En la fecha, en cumplimiento de lo dispuesto en el art. 13 de la Ley 2213 de 2022, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá DC, integrada por los Magistrados MILLER ESQUIVEL GAITÁN, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver los recursos de apelación interpuestos por las demandadas y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, respecto de la sentencia proferida el 17 de mayo de 2022, por el Juzgado 14 Laboral del Circuito de Bogotá DC.

I. ANTECEDENTES

Pretende la demandante que se declare la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad efectuado el 1° de diciembre de 1998 por insuficiencia en la información e ilustración por parte de Protección SA, así como el efectuado a Porvenir SA el 18 de julio de 2000; en consecuencia, se condene a estos fondos trasladar la totalidad de los dineros depositados en su cuenta de ahorro individual a Colpensiones, quien deberá recibirla sin solución de continuidad, corregir y actualizar su historia laboral, declarándose que la única filiación válida es la realizada el 1° de enero de 1981 al régimen de prima media con prestación definida administrado en su momento por el extinto ISS (págs. 1, 2 arch. 8.1 C01).

Como fundamento relevante de sus pretensiones, expuso que nació el 7 de enero de 1963; cotizó en el RPMPD desde el 1º de enero de 1981 un total de 504 semanas; se trasladó al RAIS 1º de diciembre de 1998 a través de afiliación efectuada ante Protección SA, sin estar precedida de información suficiente, real, clara, comprensible y oportuna acerca de las características, condiciones, acceso, riesgos, consecuencias, ventajas y desventajas de ambos regímenes pensionales; se trasladó el 18 de julio de 2000 a Porvenir SA, por tanto a 30 de septiembre de 2020 completó 1044 semanas en el RAIS, para un total de 1549 en toda su vida laboral; Porvenir SA no le informó de la oportunidad que tenía de trasladarse al RPMPD antes del 28 de enero de 2004 o antes de que le faltaran 10 años para cumplir la edad mínima pensional conforme el Decreto 3800 de 2003.

Indicó que Porvenir SA le informó que el valor de su mesada pensional para el año 2020 sería de \$877.803 a pesar de que el promedio de los últimos 10 años le arroja un IBL de \$1.726.839 y que al aplicársele una tasa de reemplazo del 72.01% obtendría una mesada de \$1.243.497 en el RPMPD; el 19 de octubre de 2020 solicitó la ineficacia del traslado de régimen pensional a todas las demandadas (págs. 2-4 *idem*).

II. TRÁMITE PROCESAL

Previa subsanación, la demanda se admitió el 30 de agosto de 2021, ordenando su notificación y traslado a las demandadas (arch. 9 C01), quienes dieron respuesta en término oportuno.

Protección SA, se opuso a lo pretendido y formuló como excepciones de mérito las denominadas inexistencia de la obligación, falta de legitimación de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional o la comisión de administración cuando se declara la ineficacia de la afiliación, afectación de derechos de terceros de buena fe, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP, traslado de aportes a Porvenir SA (págs. 1-23 archs. 13, 22 *idem*).

Colpensiones presentó oposición a lo pretendido. En su defensa propuso como excepciones las de inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, responsabilidad *sui generis* de las entidades de la seguridad social,

sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema, buena fe, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, inexistencia del derecho reclamado, prescripción e improcedencia del traslado de régimen del pensionado (archs. 14, 22 *idem*).

Porvenir SA, para oponerse a las pretensiones excepcionó prescripción, compensación, inexistencia de la obligación y buena fe (págs. 1-28 archs. 21, 22 *idem*).

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, a pesar de haber sido legalmente notificada guardó silencio (págs. 1-3 arch. 11 *idem*).

III.SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 14 Laboral del Circuito de Bogotá DC, en audiencia concentrada celebrada el 17 de mayo de 2022, profirió sentencia en la que declaró la ineficacia del traslado efectuado por la demandante, a través de la AFP Protección SA a quien le ordenó trasladar las cuotas de administración a Colpensiones con ocasión de esa afiliación; ordenó a Porvenir SA trasladar los recursos de la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con los rendimientos financieros a Colpensiones, sin descontar suma alguna por concepto de gastos de administración; declaró no probadas las excepciones propuestas e impuso condena en costas a las demandadas.

Consideró que conforme a precedente jurisprudencial vinculante y obligatorio de nuestro Máximo Órgano de Cierre de la especialidad ordinaria laboral, las AFP desde su creación estaban obligadas a dar información a la afiliada previo a los traslados, para que tomara una decisión consciente; que el deber de información no se suple con la declaración preimpresa contenida en el formulario, pues solo demuestra el consentimiento pero no que fue debidamente informado, carga de la prueba que corresponde a las AFP, sin que hubieran cumplido con la carga de la prueba del deber de información. Finalmente adujo que este tipo de reclamos es imprescriptible y puede solicitarse en cualquier tiempo (archs. 32, 33 C01).

IV.RECURSOS DE APELACIÓN

Porvenir SA, argumentó que la demandante se encuentra en la prohibición contemplada en la Ley 797 de 2003 para regresar al RPMPD, sin que se pueda desconocer el formulario de afiliación firmado por ella tanto en Protección SA como en Porvenir SA, lo que significa que sí tenía un verdadero conocimiento del RAIS y quería pertenecer a ese régimen durante más de 20 años sin presentar inconformidad alguna frente a la administración de sus recursos lo que generó rendimientos favoreciendo el capital de la demandante, de ahí que tampoco sea procedente la devolución de los gastos de administración que no financian la pensión de vejez. Solicitó además se declare la prescripción de esas sumas de dinero.

Protección SA adujo que no es posible la devolución de rendimientos ni de los gastos de administración, comisiones o seguros previsionales, porque se causaron como consecuencia de la buena gestión de administración que realizó el fondo de la cuenta de ahorro individual de la demandante, lo cual es legalmente permitido, aunado a que se estaría constituyendo un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones y de ninguna manera van a financiar la pensión que eventualmente reciba la demandante, porque nunca hizo parte de la cuenta de ahorro individual de su titularidad en el RAIS y en todo caso, de haberse quedado en el RPMPD, jamás se hubieran ocasionado, por lo que esta es la esencia de las restituciones mutuas y no hay norma que exija la devolución de tales dineros a Colpensiones como consecuencia de la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional. Agregó de las primas de seguros previsionales, fueron giradas a una aseguradora para una eventual novedad importante de la demandante; en consecuencia no es posible efectuar el recaudo de tales valores para remitirlos a Colpensiones, máxime cuando Protección es un tercero de buena fe. Solicitó además se declare la prescripción de esas sumas de dinero.

Colpensiones, señaló que en este caso no se acreditaron vicios del consentimiento, porque la demandante se trasladó de manera libre, voluntaria y sin presiones; la jurisprudencia traída a colación no es aplicable al caso en concreto y quiebra la lógica de las cargas probatorias en este tipo de procesos; se deben tener en cuenta los deberes legales impuestos a los consumidores financieros. Es necesario el traslado de todos los aportes por parte de los fondos en donde estuvo afiliada la demandante, pues se afectaría gravemente el equilibrio financiero y presupuestal de la entidad.

V. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Recibidas las diligencias en esta Corporación, mediante auto del 10 de octubre de 2022 se admitieron los recursos interpuestos y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones; y, conforme a lo normado en el art. 13 de la Ley 2213 de 2022, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar (arch. 04 C02).

La demandante, Porvenir SA y Colpensiones presentaron alegaciones de instancia reiterando los argumentos expuestos en la demanda, sus contestaciones y los recursos (archs. 5, 6 C02). Protección SA guardó silencio.

VI. ACLARACIÓN PREVIA

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

Empero, con ocasión de las decisiones emitidas por la Sala de Casación Laboral, entre otras, en la providencia CSJ STL3201-2020, en las que no solo se dejaron sin efecto las sentencias proferidas en segunda instancia, sino que se exhortó a la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá DC a acatar el precedente, y a cumplir de manera rigurosa el deber de transparencia y carga argumentativa suficiente al apartarse del precedente judicial emanado de esa Corporación en los asuntos de ineficacia de traslado de régimen, pese a que en todos ellos efectivamente se había cumplido con esa

carga, bajo el mandato contenido en el referido exhorto, que fue varias veces reiterado, se acata el criterio del órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral.

VII. CONSIDERACIONES

Cumplidos los trámites de segunda instancia, sin causal de nulidad que invalide lo actuado, esta Colegiatura procede a desatar la alzada y el grado jurisdiccional de consulta, y de conformidad con lo previsto en los arts. 66A y 69 del CPTSS, el problema jurídico a resolver consiste en verificar si el traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, surtió plenos efectos jurídicos, o si por el contrario, fue ineficaz por falta de información suficiente por parte de las administradoras privadas demandadas, que le permitiera contar con un consentimiento informado en la celebración del acto jurídico; y en tal caso, cuáles son las consecuencias jurídicas de tal declaratoria, entre ellas si es procedente la devolución de las sumas indicadas por la *a quo*.

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: **i)** la demandante nació el 7 de enero de 1963 (pág. 65, arch. 3 C01); **ii)** cotizó al extinto ISS entre el 1º de enero de 1981 y el 30 de noviembre de 1998 un total de 504.43 semanas (págs. 66-68 arch. 3); **iii)** el 17 de noviembre de 1998 se trasladó al RAIS administrado por la AFP Protección SA, con fecha de efectividad desde el 1º de enero de 1999 (págs. 32, 34 arch. 13); **iv)** el 18 de julio de 2000 se afilió a Porvenir SA, con efectividad a partir del 1º de septiembre de 2000 administradora en la que actualmente se encuentra afiliada con un total de 1565 semanas cotizadas a 3 de diciembre de 2021, conforme la certificación e historias laborales consolidadas emitidas por la mencionada AFP, así como la constancia de traslado de aportes emitida por Protección SA el 20 de septiembre de 2021 (págs. 72-86 arch. 3, págs. 36-38 arch. 13, págs. 76,77, 81, 139-141, 151 arch. 21 *idem*).

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

El art. 13 de la Ley 100 de 1993, en su lit. b) estableció que la selección de uno cualquiera de los regímenes del sistema general de pensiones, será libre y

voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado.

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

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

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

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

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

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

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

Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del

mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(…) no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada – cuando no imposible – o de desventaja, el

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

En esta providencia, también se dijo:

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

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

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

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

En el caso que ocupa la atención de esta Sala, la demandante se vinculó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por **Protección SA**, el 17 de noviembre de 1998 con efectividad a partir del 1º de enero de 1999, luego se trasladó a **Porvenir SA** el 18 de julio de 2000 con efectividad a partir del 1º de septiembre de 2000, AFP a la que se encuentra actualmente afiliada, y si bien en los formularios de vinculación n.º 9870682 y 01416155 (págs. 32 arch. 13, págs. 77, 139-141, 151 arch. 21 C01) se hace referencia expresa a que la decisión se adoptó de manera libre, espontánea y sin presiones, conforme al mandato del art. 114 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con lo previsto en el art. 11 del Decreto 692 de 1994, esa sola afirmación, no acredita que en efecto se le haya suministrado la información oportuna, suficiente y veraz, en los términos dispuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Por lo antes expuesto, al no acreditarse por parte de las AFP Porvenir SA y Protección SA, que hubieren suministrado información completa y comprensible en el ofrecimiento de sus productos al momento de la celebración del acto jurídico de traslado de régimen, para establecer la existencia de un consentimiento informado por parte del afiliado para esa época, tal como lo concluyó la *a quo*, la sanción jurídica a ese incumplimiento, es la ineficacia o la exclusión de todo efecto jurídico de la afiliación al régimen de ahorro individual, así como del traslado posterior verificado, por lo que se **confirmará** la decisión de declarar la **INEFICACIA DEL TRASLADO** de régimen pensional realizado por la demandante el 17 de noviembre de 1998 con su afiliación a la AFP Protección SA, efectiva desde el 1º de enero de 1999 (págs. 32, 34 arch. 13 C01).

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

Respecto de la excepción de prescripción, el órgano de cierre de esta jurisdicción ha precisado de manera reiterada que la acción de ineficacia de traslado pensional es imprescriptible, «(...) pues, recuérdese, *«la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera*

*satisfacción»*¹, por lo que resulta acertada la decisión de la jueza de primera instancia, y ello se hace extensivo a la totalidad de conceptos que son objeto de devolución, como consecuencia de la declaración de ineficacia del traslado de régimen.

Por lo expuesto, se **modificará** y **adicionará** el numeral **segundo** de la sentencia apelada y consultada, para ordenar a tanto a la AFP Protección SA como a Porvenir SA, la devolución de la totalidad de los conceptos mencionados por la *a quo*, junto con los bonos pensionales, las primas de seguros previsionales, porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima y comisiones debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, y a ambas AFP efectuar la discriminación y detalle de los valores a devolver.

Sin costas en la alzada.

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

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR y **ADICIONAR** el numeral **segundo** de la sentencia proferida el 17 de mayo de 2022, por el Juzgado 14 Laboral del Circuito de Bogotá DC, en cuanto a que tanto la **Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir SA** como la **Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección SA**, deberán devolver también, con destino a Colpensiones, además de los conceptos allí relacionados con ocasión de la vinculación de la demandante a cada una de esas AFP, los bonos pensionales, las primas de seguros previsionales, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima y las comisiones, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, discriminando la totalidad de los conceptos objeto de devolución, con sus respectivos valores y con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC y aportes pagados, según lo expuesto en las consideraciones de esta decisión.

¹ CSJ SL1688-2019.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada y consultada, acorde con la motivación expuesta.

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Magistrada ponente



MILLER ESQUIVEL GAITÁN
Magistrado



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado

(*) Hipervínculo de consulta de expediente digitalizado:

<https://etbcj->

my.sharepoint.com/:f:/g/personal/des15sltsbta_cendoj_ramajudicial_gov_co/EldhkPTgEmNFpB3Ly1DFe-UBvlfblfu_Qrqbvtw2dpVQ?e=caynfW

Firmado Por:

Luz Patricia Quintero Calle

Magistrada

Sala Laboral

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

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

Código de verificación: **d5e59e7b7081369396a557e9e9cd27ec456be4baa7b93f58352f13f129b0efb0**

Documento generado en 28/02/2023 10:40:09 AM

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



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

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE
Magistrada Ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO LABORAL - **SENTENCIA**
RADICACIÓN: 11001 31 05 **012 2013 00418 01**
DEMANDANTE: OSCAR JAVIER BÁEZ URBANO
DEMANDADO: COMPAX INTERNATIONAL 93 COLOMBIA LTD. Y
ECOPETROL SA
LLAMADO EN LIBERTY SEGUROS SA
GARANTÍA:

Bogotá DC, veintiocho (28) de febrero de dos mil veintitrés (2023).

En la fecha, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá DC, integrada por los Magistrados MILLER ESQUIVEL GAITÁN, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver los recursos de apelación interpuestos por las partes contra la sentencia proferida el 9 de diciembre de 2021, por el Juzgado 12 Laboral del Circuito de Bogotá DC.

I. ANTECEDENTES

Pretende el demandante que se declare que existió un contrato de trabajo a término indefinido con la sociedad Compax International 93 Colombia Ltd. y que el mismo feneció por causa imputable al empleador; en consecuencia, que se condene a la reliquidación de los salarios y prestaciones sociales conforme a la tabla de remuneración legal o convencional establecida por Ecopetrol SA para el cargo de profesional junior, así como, el salario causado del 1° de agosto al 24 de agosto de 2011; las vacaciones, cesantías e intereses a las cesantías del año 2011; la indemnización moratoria prevista en el art. 65 del CST; y, la indemnización prevista en el art. 64 del CST. Finalmente, pidió que se declare que existe solidaridad entre las demandadas.

Como sustento fáctico relevante de sus pretensiones, el demandante expuso que suscribió contrato de trabajo a término indefinido con Compax International 93 Colombia Ltd. el 19 de abril de 2010; que el cargo desempeñado era el de ingeniero de aplicaciones, con dedicación exclusiva en la ejecución de los contratos suscritos entre el empleador y Ecopetrol SA; que las funciones y responsabilidades que tenía a su cargo, consistían en gestionar el cumplimiento de los objetivos, controlar los recursos, gestionar las restricciones de costos, cronogramas, alcance, calidad de seguimiento, gestión y resolución de problemáticas del proyecto de optimización de la infraestructura para la operación de estaciones GOT SCADA CRUDOS DE ECOPETROL SA y de vigilancia; que las codemandadas suscribieron los contratos n.º 520423571 y 5204207, para ingeniería básica (EPC) para la integración a la plataforma SCADA y de optimización de infraestructura para la operación centralizada de estaciones GOT SCADA CRUDOS vigentes de 2008 a 2011; que las labores de ingeniería, obra civil y vigilancia ejecutadas entre las llamadas a juicio, tiene un régimen salarial y prestacional de naturaleza convencional por ser actividades propias de la industria del petróleo; que las actividades similares y/o conexas ejecutadas por él se relacionan con la denominación del cargo de profesional junior establecido por Ecopetrol SA, quien tiene un remuneración de \$4.263.840; que el último salario mensual devengado ascendió a \$1.500.000; que el empleador constituyó una garantía a través de una fiducia en el Banco de Bogotá, para realizar los pagos y atender las obligaciones dinerarias pendientes derivadas de la ejecución de los contratos suscritos con Ecopetrol SA; que el 2 de septiembre de 2011, en reunión con el representante legal de la sociedad empleadora, se informó la decisión de la compañía de prescindir de los servicios de la totalidad del personal contratado, con fundamento en el desequilibrio económico derivado del contrato ejecutado con Ecopetrol SA; que la demandada en solidaridad, suscribió con un grupo de 13 de trabajadores conciliaciones ante el Ministerio del Trabajo, ordenando a la fiduciaria, como garantía, que desembolsara los dineros para cubrir las acreencias laborales adeudadas; y que, las demandadas adeudan las sumas reclamadas (arch. 3).

II. TRÁMITE PROCESAL

La demanda se admitió mediante auto del 8 de noviembre de 2013, ordenándose la notificación y traslado a las demandadas (arch. 6).

Ecopetrol SA dio respuesta con oposición a todas las pretensiones, argumentando, respecto de la solidaridad pretendida, que en este caso no se cumplen los presupuestos del art. 34 del CST, en la medida en que el objeto social de Compax International 93 Colombia Ltd. es distinto al de esa sociedad y el objeto del contrato que fue suscrito con la compañía en mención no se encuentra dentro de las actividades normales de Ecopetrol, las cuales fueron previstas en el Decreto Legislativo 284 de 1957, la Resolución 0644 de 1959 y el Decreto Reglamentario 3164 de 2003. Adicionalmente, sostuvo que en el caso del demandante no se estableció que su vinculación se haya hecho con dedicación exclusiva, y que de otro lado, Ecopetrol aprobó el equipo mínimo de trabajadores enviado por Compax dentro de los cuales no se encuentra el promotor del proceso. Propuso como excepciones de mérito las de prescripción, inexistencia de las obligaciones demandadas, inexistencia de la solidaridad, falta de causa y título para pedir, cobro de lo no debido y buena fe (arch. 11).

Adicionalmente, llamó en garantía a **Liberty Seguros SA** con sustento en las pólizas n.º 249794 del 12 de diciembre de 2008 y 1371496 del 11 de diciembre de 2008.

Liberty Seguros SA se opuso a las pretensiones de la demanda y del llamamiento en garantía, aduciendo que con la Póliza Única de Seguro de Cumplimiento a favor de entidades estatales n.º 1371496 en la que el tomador y afianzado fue Compax International 93 Colombia Ltd. y el asegurado y beneficiario Ecopetrol SA, no hay amparo alguno por concepto de salarios, prestaciones y/o indemnizaciones derivadas del contrato de trabajo, al ser evidente que Ecopetrol SA no ostentó la calidad de empleadora del actor y tampoco tiene una responsabilidad solidaria ante una eventual condena, en los términos del art. 34 del CST.

Sobre la póliza de responsabilidad civil n.º 249794, expuso que los amparos ahí contenidos se refieren al pago de los perjuicios patrimoniales causados al tercero afectado, con ocasión de determinada responsabilidad civil extracontractual en que incurra, de acuerdo con la ley, según el objeto específico de la póliza y de acuerdo con las condiciones generales existentes, las cuales contienen una serie de exclusiones, entre ellas, las obligaciones laborales del asegurado, en virtud de los contratos, leyes o disposiciones

oficiales, a menos de que hubiera sido asegurado mediante acuerdo especial, que no fue lo que ocurrió en este asunto. En su defensa, formuló las excepciones de fondo que denominó prioridad en la afectación de la Fiducia Mercantil de Retención en Garantía – Aplicación preferente de pago; inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido (restricción de la póliza); límite del valor asegurado: extinción de la acción generada por el contrato de seguro y prescripción del mismo; prescripción laboral y compensación (arch. 48).

Compax International 93 Colombia Ltd. dio respuesta a través de Curador Ad Litem, quien se opuso a las pretensiones y propuso como excepciones las de prescripción e inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido (arch. 76).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 12 Laboral del Circuito de Bogotá DC, en sentencia del 9 de diciembre de 2021, declaró que entre Compax International 93 Colombia Ltd. como empleadora y el demandante como trabajador, existió un contrato de trabajo a término indefinido desde el 19 de abril de 2010 hasta el 24 de agosto de 2011; y condenó a esa demandada, a pagar \$1.200.000 por concepto de salarios; \$875.000 por compensación de vacaciones; \$975.000 por cesantías; \$76.050 por intereses a las cesantías; \$225.000 por prima de servicios; \$1.847.222 por indemnización por terminación unilateral del contrato de trabajo sin justa causa; \$36.000.000, por concepto de indemnización moratoria causada del 25 de agosto de 2011 al 24 de agosto de 2013, y a partir del 25 de agosto de 2013, intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Financiera, sobre las sumas adeudadas por concepto de salarios, prima de servicios y cesantías, y hasta la fecha en que el demandado cumpla la obligación. Adicionalmente, declaró solidariamente responsable a Ecopetrol SA de las obligaciones impuestas a Compax International 93 Colombia Ltd. y absolvió de los demás pedimentos a las demandadas y a la llamada en garantía.

El juez de primer grado señaló, en cuanto a las prestaciones sociales y vacaciones reclamados, que era carga de la demandada demostrar su pago, y que en este caso, las sumas adeudadas se verificaban en la liquidación del

contrato de trabajo obrante a folio 37, por lo que al no haberse acreditado que Compax International 93 Colombia Ltd., cumplió con las obligaciones a su cargo, era menester impartir condena en su contra. Situación similar, que estimó se presentaba respecto de la indemnización por despido, pues con la carta de terminación del vínculo, encontró que la demandada dio paso a su fenecimiento sin alegar justa causa e incluyó el concepto referido en la liquidación final, sin que existiera evidencia de su pago al trabajador.

Sobre la indemnización moratoria, refirió que ésta opera como una sanción al empleador incumplido en el pago de prestaciones y salarios al momento de vencer el contrato de trabajo y bajo la presunción de mala fe patronal, estando entonces en cabeza del empleador demostrar que su comportamiento se ciñó a los estándares de lealtad, honestidad y compromiso que le imponen ejecutar la relación contractual de buena fe. De ese modo, señaló que debido a que Compax International 93 Colombia Ltd. compareció al proceso representada por Curador Ad Litem, no se verificaba en el plenario circunstancia alguna que pudiera exonerarla del pago del rubro estudiado.

Para decidir sobre la solidaridad reclamada frente a Ecopetrol SA, se remitió a lo previsto en el art. 34 del CST e indicó que en este caso estaba probado que el contrato n.º 5203571, que fue celebrado entre las demandadas tuvo como objeto principal la ingeniería básica y detallada, compras, construcción y configuración del sistema de vigilancia y medición para los sistemas de marcación de combustible de la vicepresidencia de transporte de Ecopetrol SA; así mismo, que el contrato n.º 5204207 del 26 de diciembre de 2008, tenía como objeto principal la ingeniería procura y construcción para la automatización de las estaciones de los Grupos 1 y 2, asociado al proyecto optimización de infraestructura para la operación centralizada de estaciones GOD y SCADA crudos de Ecopetrol vigencia 2008 y 2011.

Con eso estableció, que debido a que los objetos contractuales estaban destinados a automatizar y mejorar el control frente al transporte de crudo en los oleoductos, tales operaciones se relacionaban con el objeto social de Ecopetrol SA, debido a que dentro de este se encuentra el transporte de crudo y todas las actividades relacionadas con el mismo. A su vez, mencionó que a pesar de que el demandante admitió en el interrogatorio de parte, que no hacía parte del grupo mínimo de trabajo de demandada en solidaridad, ello no

restringía la posibilidad que tenía la empleadora de contratar más personal para efectos de ejecutar las obligaciones pactadas con Ecopetrol.

A su vez, en torno a la prueba del nexo que existió entre las labores de ingeniería desarrolladas por el actor, con el objeto social de Ecopetrol, dijo que de las mismas había dado cuenta el testigo José Jesús Mancipe Soto, quien además había referido que las estaciones en las que el gestor prestaba sus servicios correspondían a las mismas relacionadas en el interrogatorio de parte, así mismo, sostuvo que aquel realizaba visitas a campo para levantamiento de información de diferentes estaciones que eran de Ecopetrol, y que para el ingreso, requerían autorización de esa empresa. Con lo cual, coligió que el demandante prestó sus servicios como ingeniero de aplicaciones, en virtud del contrato n.º 5204207, que fue celebrado entre Ecopetrol SA y su empleador; y dijo, que aunque Liberty Seguros SA arrimó como prueba un contrato celebrado entre Compax International 93 Colombia Ltd. y la Empresa de Acueducto y Alcantarillado SA, lo cierto es que el mismo inició el 23 de marzo de 2011 y tuvo una duración de 2 meses y que no se probó que el actor hubiera prestado el servicio para la ejecución de ese acuerdo.

Sobre el reajuste salarial pretendido, expresó que era carga del actor demostrar cuáles eran sus funciones, horarios y la carga laboral, así como que, era la misma del personal de Ecopetrol SA que ocupaba el cargo de profesional junior, sin embargo, tales situaciones no se derivaban de la tabla de niveles de carrera técnica y administrativa de dicha sociedad, ya que las mismas únicamente establecen los requisitos para ocupar cargos y el monto de la remuneración, pero no describen las funciones a desempeñar, de modo que no era viable equiparar uno y otro cargo.

Finalmente, en torno al llamamiento en garantía señaló, que debido a que las pólizas adosadas, garantizan las obligaciones derivadas del contrato n.º 5203571, que fue celebrado entre Compax International 93 Colombia Ltd. y Ecopetrol SA, y en este caso, se encontró que la prestación personal de los servicios del convocante se dio en virtud del acuerdo de voluntades n.º 5204207, no era viable hacer extensiva la cobertura asegurada.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

La **parte demandante** expresó inconformidad respecto de la pretensión de liquidación basada en las tablas salariales establecidas por Ecopetrol SA, para los trabajadores contratados por Compax International 93 Colombia Ltd. para el desarrollo del objeto principal de los acuerdos suscritos con la demandada en solidaridad.

En tal sentido, adujo que dada la naturaleza jurídica de Ecopetrol SA, el contrato suscrito con Compax International 93 Colombia Ltd., implicó previamente, que se hiciera una licitación pública en la que se acordaron unas obligaciones especiales, dentro de las que se incluyen, que a las personas que fueran vinculadas mediante relación laboral debía pagárseles una remuneración, de acuerdo con la normativa interna de la Ecopetrol SA, empresa que en materia de salarios, suscribió Convención Colectiva de Trabajo con la Unión Sindical Obrera, la cual cobija a los empleados de los contratistas.

Compax International 93 Colombia Ltd. por medio del Curador Ad Litem, adujo que con el acervo probatorio recaudado no se logró demostrar la omisión en el pago de las acreencias laborales reconocidas por al *a quo*, sin que baste, para acreditar esa situación, la sola afirmación realizada por el demandante en ese sentido. Agregó que la liquidación efectuada por esa sociedad se encuentra ceñida al salario y prestaciones sociales que refirió el actor en la demanda y que se debe exonerar del pago de la indemnización moratoria prevista en el art. 65 del CST, en la medida en que la empresa actuó bajo la conciencia de estar obrando legítimamente y con ánimo exento de fraude, para lo cual, hizo referencia a la sentencia con radicado CSJ SL 23987, 16 mar. 2005.

Ecopetrol SA en la alzada alegó que esa empresa no es solidariamente responsable del pago de las obligaciones impuestas a la sociedad Compax International 93 Colombia Ltd. pues el *a quo* no tuvo por probado, estándolo, que dicha sociedad reportó un personal o equipo mínimo con dedicación exclusiva para ejecutar las actividades de los contratos n.º 5203571 y 5204207, dentro del que no se encontraba el demandante; así como que, el cargo de ingeniero, que fue desarrollado por el actor, no era necesario para la ejecución o cumplimiento de las obligaciones contenidas en los referidos acuerdos de voluntades; y, que el objeto social de esa sociedad es totalmente distinto al de la codemandada, debido a que las actividades desarrolladas por la última no

hacen parte del giro ordinario de la primera, ni de las actividades conexas, razón por la que no existen los elementos mínimos previstos en el art. 34 del CST, punto que respaldó en el criterio jurisprudencial sentado en las decisiones CSJ SL17526-2016 Y CSJ SL7789 del 2016.

Finalmente, aludió que el juez de primer grado no declaró que la demandada principal constituyó a su favor las pólizas n.º 1371496 y 249794, expedidas por Liberty Seguros SA, las cuales, tienen por objeto garantizar todos aquellos pagos que se deriven por concepto de salarios, prestaciones sociales, indemnizaciones de los trabajadores del asegurado y que no hubiesen sido asumidos por este respecto de los contratos n.º 5203571 y 5204207.

V. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Recibidas las diligencias en esta Corporación, mediante auto del 17 de febrero de 2022, se admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante; y, conforme a lo normado en el art. 15 del Decreto 806 de 2020, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar (arch. 4, C002).

El Curador Ad Litem de Compax International 93 Colombia Ltd. y el apoderado de Liberty Seguros SA presentaron alegatos de conclusión, el primero reiterando los argumentos de la alzada y el segundo indicando que la sentencia de primera instancia goza de plena firmeza, respecto de la absolución dispuesta a favor de su representada, en la medida en que los argumentos expuestos por el juez de primer grado no fueron rebatidos en el recurso de apelación (arch. 6, C002).

VI. CONSIDERACIONES

Cumplidos los trámites de segunda instancia, sin causal de nulidad que invalide lo actuado, esta Colegiatura procede a desatar la alzada, y conforme a lo dispuesto en el artículo 66A del CPTSS, así como acorde con lo pretendido, el problema jurídico en este asunto consiste en determinar *i)* si resultaba procedente la condena por concepto de prestaciones sociales, vacaciones y salarios y de la indemnización moratoria consagrada en el art. 65 del CST; *ii)* si Ecopetrol SA es solidariamente responsable del pago de dichos conceptos; y, *iii)*

si era procedente el llamamiento en garantía efectuado a Liberty Seguros de Vida SA.

No es materia de debate en la alzada que entre el demandante y la empresa Compax International 93 Colombia Ltd. existió un contrato de trabajo a término indefinido desde el 19 de abril de 2010 hasta el 24 de agosto de 2011, desempeñando el cargo de ingeniero de aplicaciones.

Prestaciones sociales, salarios e indemnización por despido.- Se pretendió en la demanda el pago del salario causado del 1º de agosto al 24 de agosto de 2011; las vacaciones, cesantías e intereses a las cesantías del año 2011 y la indemnización prevista en el art. 64 del CST, con fundamento en que tales conceptos no fueron cancelados por la sociedad empleadora a la finalización del vínculo laboral. Al respecto, se argumenta en el recurso que el demandante no demostró la omisión endilgada a Compax International 93 Colombia Ltd. y a su vez, que para resolver sobre el particular no se tuvo en cuenta la liquidación final de prestaciones que se aportó con la demanda.

Teniendo en cuenta lo anterior, es menester recordar que de acuerdo con lo previsto en el art. 167 del CGP, las “*negaciones indefinidas no requieren prueba*”, de manera que, contrario a lo sostenido por el Curador Ad Litem de la demandada, ante la afirmación referente a la ausencia de pago de los citados conceptos (Hechos 23 al 27 de la demanda), a quien le correspondía acreditar que ello no era cierto era la empleadora, por estar el actor imposibilitado materialmente para demostrar los supuestos fácticos en los que fundó tales pedimentos.

Adicionalmente, al pasar al análisis de las pruebas recaudadas se encuentra que ninguna de ellas rebata las conclusiones a las que arribó el juez de primer grado para proferir condena, en la medida en que sobre este punto, únicamente reposa la liquidación final del contrato de trabajo en la que se relacionan los conceptos debidos, sin embargo, esa instrumental por sí sola no constituye una constancia de pago, máxime cuando cuenta con una nota marginal en la que el trabajador expresó que estaba de acuerdo con las sumas cuantificadas, pero que la sociedad llamada a juicio no había cancelado las mismas y quedaba a la espera de esa situación.

En consecuencia, se **confirmará** la decisión primigenia sobre este tópico.

Solidaridad.- Es relevante señalar que tal como lo ha explicado la Corporación de Cierre de esta Jurisdicción, la solidaridad prevista en el artículo 34 del CST, entre el contratista y quien se beneficia de su labor, se presenta cuando aquellas actividades prestadas son normales o corrientes a la desarrolladas por quien encargó su ejecución, es decir, que cubren una necesidad esencial, inherente e indispensable, ligada directamente con su objeto social o actividad económica y con la ordinaria explotación o cumplimiento del negocio (CSJ SL611-2018, CSJ SL14692-2017, CSJ SL4400-2014 y CSJ SL 34893, 21 sep. 2010).

Igualmente se ha referido que para determinarla, resulta imperioso analizar no solo el objeto social del beneficiario del trabajo o dueño de la obra y del contratista independiente, sino además las labores desarrolladas por el trabajador. Esto se predica, igualmente, de la relación que surge entre el beneficiario del trabajo o el dueño de la obra, respecto de las obligaciones de los subcontratistas frente a sus trabajadores, aun en el caso de que los contratistas no estén autorizados para contratar los servicios de los subcontratistas.

Siguiendo los parámetros citados, para dirimir la controversia planteada se deben evaluar tres aspectos, que son *i)*. El contrato de trabajo entre Compax International 93 Colombia Ltd. y el trabajador; *ii)*. La existencia y naturaleza de los contratos celebrados entre las demandadas; y, *iii)*. Si la labor del demandante fue ejecutada a favor de Ecopetrol SA y pertenece o no a las actividades normales o corrientes de quienes encargaron su ejecución.

En este asunto, se encuentra probado que el demandante fue contratado por entre Compax International 93 Colombia Ltd., como ingeniero de aplicaciones, cargo en el que se le asignaron como funciones participar en el desarrollo de ingeniería básica y detallada, que se realiza tanto en Bogotá como en campo; realizar las labores técnicas correspondientes al desarrollo de la ingeniería básica y detallada, que se realiza tanto en Bogotá como en campo; asegurar la calidad en el desarrollo de la ingeniería, siguiendo los lineamientos del plan de calidad del proyecto; tomar las decisiones requeridas para el correcto desarrollo de la ingeniería básica y detallada basada en la mejor

práctica y las normas establecidas y programar las actividades que se realizan durante la ejecución de la obra (págs. 48 a 49, arch. 4).

A su vez, sobre la forma en que se ejecutaron las referidas funciones, dio cuenta el testigo José Jesús Mancipe Soto, quien sostuvo que laboró al servicio de Compax International 93 Colombia Ltd. en el mismo cargo que ocupó el demandante, desde agosto de 2009 hasta agosto 2011; que tanto él como el actor se encontraban en el proyecto que se ejecutaba a favor de Ecopetrol SA, consistente en el desarrollo de varias estaciones de esa empresa, particularmente, la actualización del sistema de control, la instrumentación y el desarrollo de ingeniería, situación que afirma era de su conocimiento, debido a que la información y documentación que se desarrollaba se relacionaba con ese cliente, las visitas de campo se hacían en las instalaciones del mismo y tenían reuniones directamente con su personal. Agregó, que prestaban sus servicios en las instalaciones del patrono aproximadamente en la Calle 127 con 7ª, pero que también tenían funciones de visitas en campo para hacer el levantamiento de información, en el caso del actor, en las estaciones de El Retiro y Cicuco, sobre lo que manifestó que aunque no habían estado juntos en visitas de campo, sabía esa situación debido a que en virtud del trabajo era conocido a donde se asignaba el recurso humano. Finalmente, refirió que sabía que Compax International 93 Colombia Ltd. había celebrado dos contratos con Ecopetrol SA, uno relacionado con sistemas de seguridad y otro con la actualización de las estaciones, y que tanto él como el actor habían prestado sus servicios en virtud del segundo.

Afirmaciones a las que se le imprime plena credibilidad, pues a pesar de la tacha de sospecha formulada por las demandadas con fundamento en que el deponente inició proceso ordinario por hechos similares a los aquí discutidos, lo cierto es que aquel tiene conocimiento directo de las situaciones que fueron indagadas; ello, sumado a que resulta consistente con el interrogatorio de parte practicado al gestor, quien a su vez, admitió que no hacía parte del personal mínimo del contrato celebrado entre las demandadas, que la mayor parte del tiempo desarrolló las labores relacionadas con optimizar las estaciones de bombeo de crudo en las instalaciones de la empleadora y al final fue enviado durante una semana a hacer trabajo en campo en las estaciones de El Retiro y Cicuco y que sus funciones se ejecutaron solo para uno de los dos contratos a los que se hace mención en la demanda.

Además, se acreditó que entre Compax International 93 Colombia Ltd. y Ecopetrol SA, se celebraron dos contratos, el primero bajo el n.º 5203571 que se ejecutó del 15 de diciembre de 2008 al 24 de octubre de 2011 (págs.), cuyo objeto era *“INGENIERÍA BÁSICA Y DETALLADA, COMPRAS, CONSTRUCCIÓN, CONFIGURACIÓN Y PUESTA EN OPERACIÓN DEL SISTEMA DE VIGILANCIA Y MEDICIÓN PARA LOS SISTEMAS DE MARCACIÓN DE COMBUSTIBLE DE LA VICEPRESIDENCIA DE TRANSPORTE DE ECOPETROL SA”* (págs. 55 a 75, arch. 4); y el segundo, bajo el n.º 5204207 celebrado el 26 de diciembre de 2008, cuyo objeto era *“INGENIERÍA, PROCURA Y CONSTRUCCIÓN (EPC) PARA LA AUTOMATIZACIÓN DE LAS ESTACIONES DEL GRUPO 1 y GRUPO 2 ASOCIADAS AL PROYECTO “OPTIMIZACIÓN DE INFRAESTRUCTURA PARA LA OPERACIÓN CENTRALIZADA DE ESTACIONES GOT-SCADA CRUDOS”, DE ECOPETROL, EN VIGENCIA 2008-2011”* (págs. 78 a 81, arch. 4)

Por otro lado, advierte la Sala que el objeto social de Compax International 93 Colombia Ltd. consiste en presentar ante compañías públicas y privadas tanto en Colombia como en la región, asesoría, administración, y ejecución de proyectos, relacionados con los objetivos principales de la Corporación y específicamente en asuntos de ingeniería mecánica, industrial, hidráulica, eléctrica, electrónica, civil, sanitaria, gas y petróleo; así mismo, la formulación, planeación, estudios, diseños, coordinación, control de calidad, suministro, ejecución, control, implementación, supervisión, mejoramiento, rehabilitación, instalación, gestión comercial, administración de planes, programas, proyectos, obras y concesiones en todas las ramas de la ingeniería y ciencias afines, entre otros, en el desarrollo de tecnologías, soluciones y aplicaciones tecnológicas y generación, transmisión, distribución y comercialización de petróleo y gas, etc. (Págs. 1 a 6, arch. 4).

En el caso de Ecopetrol SA se estableció que su objeto social consiste en el desarrollo de *“ACTIVIDADES COMERCIALES O INDUSTRIALES CORRESPONDIENTES O RELACIONADAS CON LA EXPLORACIÓN, EXPLOTACIÓN, REFINACIÓN, TRANSPORTE, ALMACENAMIENTO, DISTRIBUCIÓN Y COMERCIALIZACIÓN DE HIDROCARBUROS”*, además de *“REALIZAR CUALQUIER ACTIVIDAD COMPLEMENTARIA, CONEXA O ÚTIL PARA EL DESARROLLO DE LAS ANTERIORES”* y, entre otras, que *“LA SOCIEDAD PODRÁ CELEBRAR TODOS LOS ACTOS, CONTRATOS Y NEGOCIOS JURÍDICOS*

Y ACTIVIDADES QUE SEAN REQUERIDAS PARA EL ADECUADO CUMPLIMIENTO DE SU OBJETO". (Págs. 7 a 47, arch. 4).

Y, de acuerdo con lo normado en el art. 1º del Decreto 2719 de 1993 modificado por el art. 1º del Decreto 3164 de 2003, constituyen labores propias y esenciales de la industria del petróleo, entre otras, la construcción, control, operación y mantenimiento técnico de los equipos y unidades de procesos propias de la refinación del petróleo y la construcción, operación y mantenimiento técnico de las tuberías, tanques y bombas para transporte de petróleo crudo, productos intermedios y finales de las refinerías.

Conforme a lo expuesto, encuentra la Sala, en este caso, como lo hizo el *a quo*, que era menester declarar la solidaridad procurada, en la medida en que se probó que: *i*). La prestación de los servicios del actor como ingeniero de aplicaciones de la sociedad Compax International 93 Colombia Ltd. se ejecutó a favor del proyecto de Ecopetrol SA, sin que exista evidencia que permita dilucidar que sus actividades se verificaron para un cliente distinto de la empleadora; *ii*). Dichas labores tuvieron lugar, con ocasión del contrato n.º 5204207 celebrado el 26 de diciembre de 2008, en la medida en que este era el que estaba relacionado con el desarrollo de ingeniería de varias estaciones; y, *iv*). Que las labores desempeñadas por el trabajador, no eran extrañas al giro ordinario de los negocios de Ecopetrol SA, pues se relacionaron con la optimización de infraestructura y el desarrollo de ingeniería de estaciones de crudo, es decir, que eran conexas al objeto social de la demandada en solidaridad.

Finalmente, en torno al argumento de Ecopetrol SA relativo a que el actor no hacía parte del personal mínimo que fue establecido en la contratación celebrada con Compax International 93 Colombia Ltd. y que por ello su labor no era indispensable para su ejecución, es preciso anotar, que del numeral 23 de la cláusula quinta del contrato n.º 5204207, expresamente se extrae que el contratista era libre de establecer el número de personas a utilizar en la ejecución del contrato, de acuerdo con el enfoque de organización que le diera al mismo, sin embargo, durante la ejecución debía contar como mínimo con un equipo de trabajo conformado por un director de obra, un coordinador de calidad, tres ingenieros residentes, seis técnicos, tres profesionales HSE, etc.; de manera que ese punto del acuerdo de voluntades, no desvirtúa la solidaridad

previamente analizada, ya que ese mínimo de trabajadores en modo alguno excluía la contratación de más personal requerido para cumplir el objeto pactado.

Nivelación salarial.- El actor pretendió la reliquidación de los salarios y prestaciones sociales, con fundamento en que las labores de ingeniería, obra civil y vigilancia ejecutadas entre las llamadas a juicio, tienen un régimen salarial y prestacional de naturaleza convencional por ser actividades propias de la industria del petróleo, sin embargo, no se aplicó en su caso la tabla de remuneración prevista para el efecto, a pesar de que las actividades ejecutadas por él se relacionan con las del cargo de profesional junior.

Al respecto, se tiene que el art. 1º del Decreto 284 de 1957, previó que *“Cuando una persona natural o jurídica dedicada a los ramos de exploración, explotación, transporte o refinación de petróleos realice las labores esenciales y propias de su negocio o de su objeto social mediante el empleo de contratista independiente, los trabajadores de éstos gozarán de los mismos salarios y prestaciones a que tengan derecho los de la empresa beneficiaria en la respectiva zona de trabajo, de acuerdo con lo establecido en las leyes, pactos, convenciones colectivas y fallos arbitrales”.*

Normatividad sobre la que se pronunció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia CSJ SL17526-2016, en la que coligió:

Desde este punto de vista, la aplicación de la norma requiere de la concurrencia de los siguientes elementos:

- (i) La existencia de un contrato celebrado entre la empresa beneficiaria y el contratista independiente, en virtud del cual este último le presta servicios relacionados con la exploración, explotación, transporte y refinación del petróleo y, en general, esenciales y propios de la industria petrolera.
- (ii) Que el contratista independiente tenga empleados vinculados al desarrollo de esas actividades propias del sector petrolero.
- (iii) Que, a su vez, los trabajadores de ese contratista independiente se encuentren ubicados en la misma zona de trabajo de los empleados de la empresa beneficiaria.

En este caso, se encuentra que como sustento de su pedimento el demandante arrió la tabla de niveles salariales de carrera técnica y administrativa para actividades contratadas elaborada por Ecopetrol SA el 16 de enero de 2012, en la que se señaló que el cargo de profesional junior para el 31 de diciembre de 2011, recibía un salario básico diario de \$142.128 (pág. 104, arch. 4), sin embargo, y como se advirtió en la sentencia apelada, dicha

documental no prueba la afirmación referente a que las actividades desarrolladas por el promotor del proceso eran similares a las de un profesional junior, en la medida en que en la misma no se refiere a las funciones o requisitos del cargo; y de otro lado, tampoco permite dilucidar el último de los requisitos a los que se hace mención en la normatividad y jurisprudencia reseñadas. Por lo que, la decisión de primera instancia se mantendrá incólume.

Indemnización moratoria art. 65 CST.- Para establecer la procedencia de la indemnización materia de debate, es menester recordar que la jurisprudencia ordinaria laboral ha definido de antaño, que se debe estudiar, en cada caso particular, la conducta remisa del empleador, para con ello establecer si su obrar al abstenerse de pagar en forma oportuna y completa los salarios y prestaciones sociales a la finalización del nexo contractual, está precedido o no de buena fe, por encontrarse justificado en motivos serios que, a pesar de no resultar jurídicamente acertados, sí pueden ser considerados como atendibles (CSJ SL1285-2016 y CSJ SL572-2021).

En ese orden, debido a que no se probó por la demandada que a la terminación del vínculo hubiera efectuado el pago de los salarios y prestaciones sociales debidos al trabajador, que fueron materia de condena en la primera instancia, así como tampoco reposa alguna evidencia que justifique tal omisión y mucho menos que explique razonadamente la causa de la mora, se tornaba procedente disponer el pago de la indemnización analizada, pues como se vio la simple elaboración de la liquidación final del contrato de trabajo, en modo alguno exime a la empleadora de la falta de pago de las prestaciones sociales y salarios, que tenía la obligación de reconocer al trabajador a la terminación del vínculo, como lo dispone el art. 65 del CST.

Llamamiento en garantía.- Frente al llamamiento en garantía, es necesario aclarar en primer término que éste procede cuando entre el llamado y el llamante existe una relación de garantía de orden real o personal, de la que surge la obligación, de resarcir un perjuicio o de efectuar un pago por parte del llamado, con ocasión a la ocurrencia de un siniestro, tal como lo dispone el art. 64 del CGP.

Observa la Sala que Liberty Seguros SA fue llamada en garantía, en virtud de las pólizas de seguros n.º 249794 del 12 de diciembre de 2008 y

1371496 del 11 de diciembre de 2008, ambas constituidas por Compax International 93 Colombia Ltd. como tomador y asegurado y en favor de Ecopetrol SA como beneficiaria, la primera con el objeto de amparar la responsabilidad civil extracontractual en que incurra el asegurado en el desarrollo del contrato n.º 5203571 (pág. 61, arch. 14) y la segunda para garantizar el cumplimiento general de las obligaciones emanadas del contrato n.º 5203571, pago de la cláusula penal de apremio y de la cláusula penal pecuniaria, pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones laborales al personal vinculado, etc. (pág. 63, arch. 14)

De esa manera, al haberse estar probado en el caso bajo examen que las labores desarrolladas por el demandante, lo fueron en virtud del contrato n.º 5204207 celebrado entre Compax International 93 Colombia Ltd. y Ecopetrol SA y no del n.º 5203571, que fue cobijado por las pólizas en las que se sustentó el llamamiento en garantía, las pretensiones incoadas en contra de Liberty Seguros SA estaban llamadas al fracaso.

En consecuencia, se confirmará en su integridad la decisión apelada.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida 9 de diciembre de 2021, por el Juzgado 12 Laboral del Circuito de Bogotá DC, pero de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Magistrada ponente



MILLER ESQUIVEL GAITÁN
Magistrado



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado

Enlace expediente digital:

<https://etbcsi=>

[my.sharepoint.com/:f:/g/personal/des15sltsbta_cendoj_ramajudicial_gov_co/EsY28yQC2i9Lr6pmRPu_8SUBgF5vCiS7hFH_4AdEjXNeng?e=0hgbf](https://etbcsi=my.sharepoint.com/:f:/g/personal/des15sltsbta_cendoj_ramajudicial_gov_co/EsY28yQC2i9Lr6pmRPu_8SUBgF5vCiS7hFH_4AdEjXNeng?e=0hgbf)

Firmado Por:

Luz Patricia Quintero Calle

Magistrada

Sala Laboral

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

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

Código de verificación: **cf23cb2934289a514502521ae0d1b1b6debdd562e5ef2853263570ca5e7703ca**

Documento generado en 28/02/2023 10:40:06 AM

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

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



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

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Magistrada Ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO LABORAL - **SENTENCIA**
RADICACIÓN: 11001 31 05 **006 2018 00325 01**
DEMANDANTE: LUIS ANTONIO CAVIEDES DÍAZ
DEMANDADAS: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, UNIDAD ADMINISTRATIVA DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP y FIDUCIARIA DE DESARROLLO AGROPECUARIO SA – FIDUAGRARIA SA en calidad de vocera y administradora del PAR ISS LIQUIDADO

Bogotá DC, veintiocho (28) de febrero de dos mil veintitrés (2023).

En la fecha, en cumplimiento de lo dispuesto en el art. 13 de la Ley 2213 de 2022, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá DC, integrada por los Magistrados MILLER ESQUIVEL GAITÁN, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto por el demandante contra la sentencia proferida el 3 de febrero de 2022, por el Juzgado 6° Laboral del Circuito de Bogotá DC.

I. ANTECEDENTES

Pretendió el demandante que se reliquide o se reajuste la pensión convencional que le fue reconocida por la ESE Luis Carlos Galán Sarmiento teniendo en cuenta el promedio mensual de lo percibido en los 3 últimos años de servicio de acuerdo con lo dispuesto en el art. 98 de la CCT vigente entre los años 2001-2004 suscrita por el ISS; en consecuencia, se condene a la UGPP a pagar dicha prestación en cuantía de \$1.327.652 o en la suma superior que encuentre probada el juzgado a partir del 1° de agosto de 2006, en forma indexada y con los respectivos reajustes *«por su valor real a efectos de que la pensión concedida por la Administradora Colombiana de Pensiones reajuste dicha prestación, con base en el nuevo IBL»*, por lo tanto, deberá pagar el retroactivo del reajuste

pensional convencional causado entre agosto de 2006 y febrero de 2017, más las diferencias causadas a partir de febrero de 2017 respecto del mayor valor de la pensión convencional que realmente debía disfrutar frente a la que paga Colpensiones, a razón de 14 mesadas anuales junto con los intereses moratorios o en forma subsidiaria la indexación; y se condene a Colpensiones a reajustar la pensión legal en cuantía de \$1.610.075,35 o en la suma superior que se pruebe en forma indexada (f.º 13-14 vto).

Como fundamento relevante de sus pretensiones, expuso que laboró al servicio del extinto ISS y de la ESE Luis Carlos Galán Sarmiento desde el 17 de octubre de 1980 hasta el 30 de junio de 2006 [sic] sin solución de continuidad, en calidad de Celador Grado 13, por tanto es beneficiario de los derechos convencionales del ISS al haber sido trabajador oficial; la ESE LCGS le reconoció la pensión de jubilación mediante Resolución n.º 450 del 28 de julio de 2006 a partir de que se acredite el retiro del servicio en cuantía inicial de \$1.039.133; dijo que en dicho acto administrativo se manifestó que era beneficiario de la CCT suscrita por el ISS en octubre de 2001, y por ende, fue pensionado con base en el art. 10º de dicha norma convencional con una tasa de reemplazo del 75% del promedio de todo lo percibido en el último año de servicios por concepto de todos los factores de remuneración que constituyen salario; sin embargo, el num. 2º del art. 98 de la normativa establece que quienes como él, se jubilaran entre el 1º de enero de 2007 y el 31 de diciembre de 2016 tienen derecho al 100% del promedio mensual de lo percibido en los 3 últimos años de servicio, más la bonificación del art. 103, retroactividad, intereses moratorios e indexación, por ende, debe aplicarse este artículo con base en el principio de favorabilidad porque tiene vigencia pensional hasta el 2017.

A pesar de lo anterior, más adelante manifestó que en la citada resolución se adujo que era beneficiario del régimen de transición del art. 36 de la Ley 100 de 1993 y por tanto fue pensionado con base en el Decreto 1653 de 1977 con una tasa del 75% por haber laborado más de 20 años en distintas entidades de derecho público y tener 55 años de edad; el 5 y el 12 de diciembre de 2016 solicitó ante Colpensiones, la Fiduciaria y la UGPP, reliquidaciones pensionales legal y convencional y el reconocimiento de la pensión convencional; el PAR ISS negó la solicitud a través de comunicados del 16 y 19 de diciembre del mismo año; Colpensiones le reconoció la pensión legal de vejez mediante Resolución n.º GNR 487567 del 14 de febrero de 2017 en cuantía de \$1.759.246 pagaderos a partir de abril de 2017 con compartibilidad en el mayor valor, en contra de la cual

interpuso recursos de reposición y subsidiario el de apelación; la UGPP inicialmente negó lo pretendido a través de actos administrativos con radicados RDP 024078 de 2016 y ADP 02992 de 2017, pero posteriormente mediante Resolución n° RDP 018878 del 8 de mayo de 2017 se modificó la mesada *por portabilidad y se ordena el pago de un mayor valor* en cuantía de \$1.344.973 a partir del año 2010 (f.º 5-6 vto).

II. TRÁMITE PROCESAL

La demanda fue admitida el 27 de julio de 2018, ordenándose su notificación y traslado a las demandadas (f.º 132).

Colpensiones contestó con oposición a lo pretendido bajo el argumento de que conforme con los arts. 27 y 28 del Decreto 2013 de 2012 la UGPP asumió la administración de los derechos pensionales legalmente reconocidos por el extinto ISS en calidad de empleador. Propuso como excepción previa la de falta de legitimación en la causa por pasiva, respecto de la cual en audiencia del art. 77 del CPTSS se difirió su estudio para la sentencia junto con las excepciones de mérito denominadas inexistencia del derecho y de la obligación, buena fe, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas y no procedencia del pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público (f.º 137-150, 212, 213).

La UGPP se opuso a la totalidad de las pretensiones para lo cual argumentó que Colpensiones le reconoció al demandante una mesada mayor por pensión de vejez, que la que venía percibiendo por parte del ISS empleador, aunado a que se verificó el cobro de mayores valores de mesadas pensionales por parte del demandante, con ocasión de la compartibilidad pensional a partir del 1º de marzo de 2017 sin tener derecho a ellas ni presentar oposición a dicho pago, por tanto el demandante debe reintegrar los mayores valores pagados en suma de \$4.945.010, respecto de la que solo ha efectuado algunos abonos. Excepcionó la inexistencia de la obligación y prescripción (f. 157-164, 226 y vto).

La Fidagraria SA en calidad de vocera y administradora del PAR ISS liquidado, indicó que no goza de legitimación para referirse respecto de las pretensiones debido a que la ESE LCGS donde prestó los servicios el demandante se escindió del extinto ISS a partir del 26 de junio de 2003 y en todo caso, la UGPP administra los derechos pensionales asumidos por el extinto ISS en calidad de empleador.

Propuso la excepción previa de falta de legitimación en la causa por pasiva, respecto de la cual en audiencia del art. 77 del CPTSS se difirió su estudio para la sentencia junto con las excepciones de fondo que denominó ausencia de nexo causal, prescripción, cobro de lo no debido, inexistencia de la obligación y buena fe (f.º 165-177, 212, 213).

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, guardó silencio (f.º 134).

III.SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 6º Laboral del Circuito de Bogotá DC, en sentencia del 3 de febrero de 2022, absolvió a las demandadas de las pretensiones incoadas en su contra e impuso costas a cargo del actor tras considerar que al él no se le otorgó en la Resolución 450 de 2006 la pensión de jubilación convencional solicitada el *7 de septiembre de 2005 en su condición de empleado público*, por no haber acreditado los requisitos exigidos en la CCT, y en su lugar, se concedió la prestación pero de naturaleza legal regulada por el Decreto 1653 de 1977 por virtud del régimen de transición del art. 36 de la Ley 100 de 1993, como funcionario de la seguridad social incorporado automáticamente a la planta de personal de la ESE LCGS, por ende no hay lugar a reliquidar la pensión en los términos solicitados con base en la CCT vigente para el período 2001-2004 suscrita por el extinto ISS, dado que el último empleador fue la mencionada ESE, aunado a que no se aportó el texto convencional (f.º 235, 236).

IV.RECURSO DE APELACIÓN

El demandante argumentó que era trabajador oficial del ISS y luego frente a la ESE LCGS continuó con la misma calidad de servidor público en la parte de mantenimiento porque fungió como Celador, por ende, para la liquidación de su pensión le es aplicable el art. 98 de la CCT suscrita con el extinto ISS vigente hasta el 2016 *aportada al proceso con su constancia de depósito*, dado que no le hicieron firmar un nuevo contrato y continuó prestando sus servicios sin variación de funciones ni solución de continuidad bajo un único contrato de trabajo, para lo cual solicita se tenga en cuenta la jurisprudencia relacionada en sus alegatos de conclusión expuestos ante el *a quo*.

V. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Recibidas las diligencias en esta Corporación, mediante auto del 28 de marzo de 2022 se admitió el recurso interpuesto; y, conforme a lo normado en el entonces vigente art. 15 del Decreto Legislativo 806 de 2022, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar (arch. 4 C02).

El demandante y las demandadas Colpensiones y la UGPP presentaron alegaciones de instancia reiterando los argumentos expuestos en la demanda, sus contestaciones y en el recurso (archs. 5-10, 21 C02).

VI. CONSIDERACIONES

Cumplidos los trámites de segunda instancia, sin causal de nulidad que invalide lo actuado, esta Colegiatura procede a desatar la alzada, y conforme a lo dispuesto en el art. 66A del CPTSS, el problema jurídico a resolver, consiste en verificar si resulta viable la reliquidación de la pensión de jubilación otorgada al demandante por su empleadora ESE LCGS con base en la CCT vigente para los años 2001-2004 en el extinto ISS, en los términos solicitados en la demanda.

Para resolver, se considera importante recordar que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en múltiples providencias, ha explicado que la Convención Colectiva tiene el carácter de acto solemne, por lo que su prueba está sujeta a que se acredite que se cumplieron los requisitos exigidos por la ley para que se constituya en un acto jurídico válido, con poder vinculante; de modo que, si tal documento no se aporta al proceso, o se acompaña de manera incompleta, no podrá el juez del trabajo concluir que se acreditó la existencia del mismo y consecuentemente le está vedado reconocer eventuales derechos acordados a través del trámite de la negociación colectiva (CSJ SL, 24 abr. 2013 rad. 43043, CSJ SL8718-2014 y CSJ SL378-2018).

Adicional a ello, el depósito oportuno de la Convención Colectiva según lo normado en el art. 469 del CST es una exigencia de la ley para su validez, indistintamente de si se aporta al trámite autenticado o en copia simple, se requiere la constancia de depósito de la misma, sin el cual no produce efecto alguno; frente a lo cual se advierte que el art. 54A del CPTSS, no derogó la exigencia de los requisitos que deben tener ciertos instrumentos para producir efectos probatorios.

De esta manera, al encontrarse que el texto en el que se fundan las pretensiones no fue allegado, es dable concluir que no se probó en debida forma su existencia legal, pues no es cierto como lo afirma el apelante que el texto convencional se aportó con la debida constancia de depósito, porque en primer lugar, en la parte atinente al decreto de pruebas efectuado por la *a quo* en audiencia del 3 de febrero de 2022 (f.º 235, 236), indicó que se tenían como tales en favor del demandante las documentales las aportadas con la demanda, empero al verificar los 19 *ítems* relacionados en el respectivo capítulo de pruebas del libelo introductor (f.º 14 vto, 15), ninguno hace referencia a alguna convención colectiva; y en segundo lugar, al revisar la totalidad del material probatorio allegado tanto en físico y en medio óptico por las partes, como a través del link compartido el 7 de marzo de 2022 por el juzgado de origen (arch. 02 C002), brilla por su ausencia el texto sobre el cual el actor basa sus pedimentos.

Tampoco obra certificación de la que se desprenda que el demandante en calidad de trabajador oficial se encontraba afiliado a algún sindicato en vigencia del vínculo laboral que tuvo en forma continua y sin solución de continuidad por virtud de la escisión dispuesta en el Decreto 1750 de 2003 tanto con el extinto Instituto de Seguros Sociales (desde el 17 de octubre de 1980 hasta el 25 de junio de 2003 con el cargo de Portero Grado 09) como con la ESE Luis Carlos Galán Sarmiento (entre el 26 de junio de 2003 y el 30 de agosto de 2006 en el cargo de Celador Grado 13 de Servicios Generales – f.º 120, 121, CD f.º 207 archs. 5, 6, 16); y, contrario a lo manifestado en algunos de los hechos de la demanda, no se desprende del caudaloso material probatorio que en algún documento se haya certificado o admitido que era beneficiario de las convenciones colectivas que en su oportunidad pudo haber suscrito el ISS con alguna organización sindical, mucho menos de los actos administrativos de reconocimiento pensional y reliquidación proferidos por la ESE LCGS, la UGPP y Colpensiones, como lo son en su orden, las Resoluciones n.º 450 del 28 de julio de 2006, RDP 018878 del 8 de mayo de 2017 y GNR 48567 del 14 de febrero de 2017 (f.º 18-23, 57-63, 113, 114, CDS f.º 156, 207).

Así las cosas, concluye la Sala que en efecto, las pretensiones de la demanda no están llamadas a prosperar, pues la *a quo* no podía partir de la existencia de la norma sustancial, sin que sea válido invocar la aplicación de principios constitucionales de prevalencia del derecho sustantivo, o de la situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales del derecho, mucho menos tratar de culpar

al mismo juzgado por no haberle avisado antes de la admisión de la demanda, que la convención colectiva no había sido aportada con la demanda, ni se le puede endilgar responsabilidad alguna a las entidades demandadas por no haber acompañado el mencionado convenio colectivo con las contestaciones a la demanda, por cuanto el actor no solicitó pruebas en poder de las demandadas; aunado a que tuvo la posibilidad de observar y subsanar tal impase o yerro con una eventual reforma a la demanda, pero no hizo uso de ese derecho.

Al no encontrarse la convención colectiva de trabajo en el expediente, no es válido entrar a verificar la procedencia de los beneficios extralegales reclamados; y en gracia de la discusión, tampoco resulta viable acudir en este instante a lo dispuesto en el art. 83 del CPTSS, porque solo de manera excepcional la norma permite que el Tribunal, previo a resolver la apelación, disponga la práctica oficiosa de los medios que estime conducentes para definir el asunto, sin embargo, ello en modo alguno puede conducir a que se supla la inactividad de las partes, sino por el contrario a que se subsanen deficiencias que no les sean atribuibles y que permitan definir el asunto (CSJ SL1002-2015 y CSJ SL13657-2015), lo que aquí no ocurre en torno a la documental que el apelante adujo.

Lo anterior, trae como consecuencia, la **confirmación** de la sentencia apelada. Sin costas en la alzada, ante su no causación.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 3 de febrero de 2022, por el Juzgado 6º Laboral del Circuito de Bogotá DC, por las razones expuestas en las consideraciones de esta decisión.

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Magistrada ponente



MILLER ESQUIVEL GAITÁN
Magistrado



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado

(*) Hipervínculo de consulta de expediente digitalizado:

<https://etbcsj->

my.sharepoint.com/:f:/g/personal/des15sltsbta_cendoj_ramajudicial_gov_co/E15UKiofz7xCrgaYYjXb6uAB-AZ1wJtqs_Kt4i2JkyyADg?e=Xrlsgl

Firmado Por:

Luz Patricia Quintero Calle

Magistrada

Sala Laboral

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

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

Código de verificación: **b1870b7da46358627b80924eaa4fe793733e045f6cdce3c6d232f75a192c9793**

Documento generado en 28/02/2023 10:40:05 AM

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

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



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

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE
Magistrada Ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO LABORAL - **SENTENCIA**
RADICACIÓN: 11001 31 05 **001 2019 01245 01**
DEMANDANTE: JUAN PABLO BARRAZA LORA
DEMANDADO: BANCO DAVIVIENDA SA

Bogotá D.C., veintiocho (28) de febrero de dos mil veintitrés (2023).

En la fecha, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá DC, integrada por los Magistrados MILLER ESQUIVEL GAITÁN, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver los recursos de apelación interpuestos por las partes contra la sentencia proferida el 22 de noviembre de 2021, por el Juzgado 1º Laboral del Circuito de Bogotá DC.

I. ANTECEDENTES

Pretende el demandante que se declare que con la demandada existió un contrato de trabajo vigente del 5 de agosto de 2003 al 25 de abril de 2019 o las fechas que se demuestren en el proceso y que la terminación del mismo sin justa causa tuvo lugar con desconocimiento del fuero de paternidad que ostentaba. En consecuencia, solicita que se deje sin valor efecto la terminación del contrato de trabajo; que se ordene el reintegro al cargo de Director de Oficina en la ciudad de Barranquilla o en otro de iguales o superiores condiciones a las que tenía en el cargo desempeñado; que se condene al pago de salarios, aumentos legales, contractuales y convencionales, vacaciones legales, primas de vacaciones, primas de servicios legales y extralegales, cesantías y aportes al sistema de seguridad social en salud y pensiones. Subsidiariamente, pretendió que se ordene la reliquidación de la indemnización por despido injusto, la indemnización de perjuicios morales

causados por la terminación del vínculo y la indexación de las sumas reclamadas.

Como sustento fáctico relevante de sus pretensiones, el demandante manifestó que prestó sus servicios mediante contrato de trabajo para el Banco Superior como trabajador en misión de la temporal Adecco desde el 5 de agosto de 2003; que el cargo inicial desempeñado fue el de asesor de tarjetas de crédito; que el 8 de agosto de 2005, fue vinculado directamente al Banco Superior, a través de contrato de trabajo a término indefinido en el cargo de ejecutivo empresarial; que en abril de 2006, se fusionó el Banco Superior con el Banco Davivienda, configurándose la sustitución patronal; que el 18 de febrero de 2019, nació su tercer hijo, situación que informó a la Coordinación de Talento Humano de la Sucursal Barranquilla, con el propósito de disfrutar de la licencia de paternidad; que el Banco conocía que su cónyuge era independiente y no tenía recursos para su manutención y cuidado, por tanto ella como sus tres hijos dependían de él, ya que él suministraba el 90% de los recursos del hogar; que el 25 de abril de 2019, el Banco le notificó la terminación del contrato de trabajo sin justa causa; que en ese momento tenía a su cargo obligaciones hipotecarias que fueron adquiridas con la demandada; que el despido lo puso en una situación de indefensión, con grave afectación psicológica, debido a la carga económica que asumía; que el último salario devengado ascendió a \$5.090.700; y que, el último cargo fue el de Director de Oficina (arch. 4).

II. TRÁMITE PROCESAL

La demanda se admitió el 11 de agosto de 2020, ordenándose la notificación y traslado a la demandada (arch. 6).

Banco Davivienda SA se opuso a las pretensiones de la demanda argumentando que con el demandante existió un contrato de trabajo a término indefinido desde el 8 de agosto de 2005 hasta el 1º de mayo de 2019, fecha en la que el vínculo culminó en virtud de la facultad consagrada en el art. 64 del CST; que antes de la fecha de inicio mencionada, el actor no fue trabajador de Banco Superior hoy Banco Davivienda, por lo que no es responsable de los períodos en los que no tuvo la calidad de empleador; y que, el demandante tenía un salario variable. Agregó que no existe norma que consagre el fuero de

maternidad extendido, y que en todo caso, no se cumplen los presupuestos previstos jurisprudencialmente por la Corte Constitucional, debido a que la cónyuge del promotor del proceso no dependía económicamente de este, de ahí que no era posible que se le reportara a esa sociedad tal situación, pues con la consulta efectuada en el Fosyga se pudo establecer que Gina Meyer se encontraba afiliada al sistema en calidad de cotizante en la EPS Sanitas desde el 5 de octubre de 2004 y no como beneficiaria de su esposo; a lo que se suma, que en la acción de tutela iniciada por el gestor en su contra bajo el radicado 2019-00023 y que fue conocida por el Juzgado 14 de Pequeñas Causas y Competencia Múltiple de Barranquilla, quien negó el amparo, siendo confirmada esa decisión en segunda instancia, se encontraron probadas las mismas situaciones, pues fue el demandante quien confesó expresamente que su esposa trabajaba y cotizaba como independiente y que además contribuía con las obligaciones del hogar.

En su defensa invocó las excepciones que denominó inexistencia de la obligación, prescripción y compensación (arch. 14).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 1º Laboral del Circuito de Bogotá DC, en sentencia del 22 de noviembre de 2021, declaró probada la excepción denominada inexistencia de la obligación y absolvió a la demandada de todas las pretensiones incoadas en su contra.

Para lo que interesa a la alzada, en cuanto a la intermediación ilegal aducida en la demanda y los extremos temporales del vínculo que estuvo vigente con la llamada a juicio, señaló que en este caso únicamente se habían arrojado los contratos de trabajo celebrados con Adecco de los que se desprendía que habían iniciado el 5 de agosto de 2003 en el cargo de asesor comercial externo y el 21 de julio de 2015 en el cargo de asesor comercial externo Diners, no obstante, se verificaba una contradicción con lo expuesto en el interrogatorio de parte por el demandante respecto a las fechas de inicio de tales relaciones de trabajo, ya que dijo que estuvo vinculado con la EST de 5 de agosto de 2003 a julio de 2004 y de julio de 2004 a agosto de 2005 y por otro lado tampoco se alegó en la demanda que la empresa usuaria hubiera impartido órdenes que no correspondían al objeto de los contratos; de ahí que,

al no poderse establecer los extremos temporales y con ello demostrar la transgresión de los límites previstos en el art. 77 de la Ley 50 de 1990, no había lugar a acceder a ese pedimento.

Sobre la solicitud de reintegro, señaló que era menester recurrir a lo dispuesto en el art. 239 del CST, cuya exequibilidad fue condicionada por la Corte Constitucional en sentencia C-005-17, y luego de hacer un recuento de las probanzas recaudadas, coligió que no se probó que para el 1º de mayo de 2019, la cónyuge del demandante se encontrara carente de vínculo laboral o que fuera beneficiaria en salud, pues por el contrario se había establecido que tenía la condición de cotizante al sistema de seguridad social, que era abogada, que ejercía su profesión de manera independiente y que tenía contratos de prestación de servicios con entidades como la Alcaldía de Barranquilla que se ejecutaban usualmente de febrero a diciembre de cada año, en consecuencia no había lugar a declarar ineficaz el despido.

Finalmente, en cuanto a los perjuicios morales sostuvo que no obraba medio de convicción que los acreditara, y menos el nexo causal entre estos y el actuar del empleador con el ánimo de ocasionar tal daño.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

La **parte demandante** en la alzada solicitó que se revoque en su integridad la sentencia de primera instancia y expuso que con las pruebas allegadas al plenario, contrario a lo sostenido por el *a quo*, se logró demostrar que el actor fue trabajador en misión del Banco Superior desde el 2003 hasta el 2005, lapso que superó la duración máxima permitida para ese tipo de vinculaciones. Así mismo, que la demandada descontó de las prestaciones sociales el valor de la póliza de salud que tenía con Seguros Bolívar, pero la misma fue cancelada a la terminación del contrato, con lo que no solo desprotegió a la familia de trabajador en materia de salud, sino en los ingresos percibidos ante la desvinculación laboral.

Agregó, que el convocante estaba cobijado por el fuero de maternidad, al depender su cónyuge de aquel, ya que la misma era trabajadora independiente, sin ingresos fijos, por lo que resulta contrario a los artículos 11, 13, 42, 43, 44, 48 y 53 de Constitución Política y a la ley, que a pesar de

que la demandada estaba notificada del nacimiento de su hijo, lo hubiera despedido, a pesar de que existía la prohibición de hacerlo, tal como fue establecido por la Corte Constitucional en la sentencia C-005-07, en la que se declaró la exequibilidad condicionada del numeral 1º del art. 240 del CST.

V. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Recibidas las diligencias en esta Corporación, mediante auto del 17 de febrero de 2022, se admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante; y, conforme a lo normado en el art. 15 del Decreto 806 de 2020, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar (arch. 4, C002).

La parte demandada presentó alegatos de conclusión reiterando los argumentos expuestos en el escrito de contradicción (arch. 6, C002).

VI. CONSIDERACIONES

Cumplidos los trámites de segunda instancia, sin causal de nulidad que invalide lo actuado, esta Colegiatura procede a desatar la alzada, y conforme a lo dispuesto en el artículo 66A del CPTSS, el problema jurídico en este asunto consiste en determinar: *i)* Si Banco Davivienda SA fungió o no como verdadero empleador del demandante desde 5 de agosto de 2003 y la empresa de servicios temporales actuó como simple intermediaria o como verdadera empleadora; *ii)* Si para la época del despido el demandante gozaba de fuero de estabilidad laboral en virtud de lo normado en el art. 239 del CST, y si como consecuencia de ello, había lugar a disponer el reintegro, con el consecuencial pago de las acreencias laborales reclamadas; *iii)* Si se probó la causación de perjuicios morales atribuibles a la demandada, con ocasión del despido; y, *iv)* De manera subsidiaria al reintegro, si hay lugar a reajustar la indemnización por despido, que fue pagada al trabajador a la terminación del contrato de trabajo.

Para resolver el primer problema jurídico planteado, es necesario remitirse a la Ley 50 de 1990 en sus arts. 71 y siguientes, que regulan la existencia de las empresas de servicios temporales, así como las condiciones de contratación y envío de trabajadores en misión a las empresas usuarias.

En ese sentido, en el art. 77 de la normativa citada, se previeron los casos en los que las usuarias podían contratar con las empresas de servicios temporales, para colaborar «*en forma temporal*» con el desarrollo de sus actividades, conforme las siguientes situaciones generales: *i)* para ejecutar con el trabajador en misión labores ocasionales, accidentales o transitorias distintas de las actividades del empleador; *ii)* para reemplazar personal en vacaciones, en uso de licencia, en incapacidad por enfermedad o en licencia de maternidad; y *iii)* para atender incrementos en la producción, el transporte, las ventas de productos o mercancías, los períodos estacionales de cosecha, y en la prestación de servicios por un término de 6 meses que puede prorrogarse por otros 6 meses más.

Vencido el plazo máximo previsto en la citada norma, si la empresa usuaria requiere continuar con los servicios del trabajador en misión, debe contratarlos directamente sin que sea dable prorrogar el contrato ni celebrar uno nuevo con la misma o con diferente Empresa de Servicios Temporales, para la prestación de dicho servicio (arts. 6º del Decreto 4369 de 2006 y 2.2.6.5.6 del Decreto Único Reglamentario 1072 de 2015), por lo que se tiene que, de contrariar dichas disposiciones, se desvirtúa el servicio temporal, la empresa usuaria tendría la calidad de verdadera empleadora y la EST, la de una simple intermediaria (CSJ SL2797-2020 y CSJ SL3520-2018).

Las empresas de servicios temporales fungen como verdaderas empleadoras, con las respectivas obligaciones patronales que la ley les impone, esto es, pago de salarios, prestaciones sociales, afiliación al sistema de seguridad social en pensiones, salud y riesgos profesionales, así como la afiliación a cajas de compensación familiar. No obstante, las empresas usuarias ejercen la subordinación jurídica obrando como representante directo del patrono.

En el presente caso, se advierte que para probar sus pedimentos la parte demandante arrimó como pruebas los contratos de trabajo que fueron celebrados entre él y Adecco Colombia SA para trabajar en misión con Bansuperior hoy Banco Davivienda SA, por el término que durara la realización de la obra, labor o servicio contratado, cuya fecha de inicio tuvo lugar, en el primer caso el 5 de agosto de 2003 (págs. 5 a 7, arch. 3), en el cargo de asesor comercial externo y en el segundo caso, el 21 de julio de 2005, en el cargo de asesor comercial externo Dineros (págs. 8 a 10, arch. 3).

Adicionalmente, se arrimó el contrato de trabajo, en virtud del cual, el gestor ingresó a laborar al servicio de Bancosuperior desde el 8 de agosto de 2005, en el cargo de ejecutivo de clubes y colegios (págs. 11 a 3, arch. 3), así como, el acuerdo de cesión celebrado entre Bansuperior, el actor y Banco Davivienda, que da cuenta de la sustitución de empleadores que tuvo lugar a partir del 1º de mayo de 2006 (págs. 13 a 14, arch. 3) y la carta de terminación del contrato que da cuenta de su finalización sin justa causa desde el 25 de abril de 2019 (pág. 15, arch. 3), situaciones que no son materia de debate en este asunto.

Con esto, es preciso anotar que resultan insuficientes los medios de convicción que reposan en el plenario para acoger la teoría del caso que fue planteada en la demanda y en la alzada, pues ciertamente de ninguno de ellos se derivan con exactitud los extremos temporales en los que se ejecutaron los contratos de trabajo que el actor celebró con Adecco SA, particularmente su fecha de finalización, así como tampoco las condiciones de su ejecución, como para colegir que se desconocieron los límites de tiempo máximos previstos en la normatividad aplicable, y de allí derivar que desde la celebración del primer acuerdo de voluntades, esto es, el 5 de agosto de 2003, y sin que mediara solución de continuidad, respecto del vínculo laboral que existió con la demandada, el gestor prestó sus servicios para aquella, resultando con ello ser la Empresa de Servicios Temporales una simple intermediaria, en los términos del art. 35 del CST.

En consecuencia, se **confirmará** la decisión apelada sobre este tópico.

Reintegro – Fuero de paternidad.- Ahora bien, el demandante indica que para el momento del despido su cónyuge se encontraba en el período de lactancia y dependía económicamente de él, y con fundamento en ello, solicita el reintegro.

Los artículos 239, 240 y 241 CST establecen una estabilidad laboral reforzada de acuerdo con la cual ninguna trabajadora podrá ser despedida por motivo de embarazo o lactancia sin la autorización previa del Ministerio de Trabajo que avale una justa causa. Y el despido efectuado durante estos períodos no producirá efecto alguno.

La intelección que la Corte Suprema de Justicia le ha dado a estas disposiciones normativas, entre otras, en sentencia CSJ SL3733-2018 consiste

en que *“existe una presunción de que el despido ocurrido dentro del período de embarazo o dentro de los tres meses posteriores al parto, ha tenido como origen el estado de embarazo de la trabajadora, en cuyo caso, le corresponde al empleador desvirtuarla y acreditar que ello tuvo como razón en una de las justas causas establecidas en los artículos 62 y 63 CST”*. Y en sentencia CSJ SL7270-2015 reiterada en sentencia CSJ SL351-2021, precisó que dicha protección, a menos de que se trate de un hecho notorio, se contrae al ciclo comprendido entre la notificación del estado de gestación, la licencia de maternidad y los períodos legales de descanso.

Ahora bien, la Corte Constitucional, mediante sentencia C-005-17, declaró la exequibilidad condicionada del artículo 239 CST y del numeral 1º del artículo 240 de la misma norma, en el entendido que la prohibición de despido y la exigencia de permiso para llevarla a cabo, se extienden al trabajador que tenga la condición de cónyuge, compañero permanente o pareja de la mujer en período de embarazo o lactancia, que sea beneficiaria de aquel(la) e indicó:

“Cabe recordar que esta Corporación ha admitido, con fundamento en el principio democrático, que cuando se encuentra ante una omisión legislativa relativa “es competente para incorporar un significado ajustado a los mandatos constitucionales por medio de una sentencia integradora en la que se declare la exequibilidad condicionada del precepto acusado, en el entendido de que éste debe además comprender aquellos supuestos que fueron indebidamente excluidos por el Legislador”[80].

En consecuencia, para remediar la inconstitucionalidad advertida la Corte declarará la exequibilidad condicionada del numeral primero del artículo 239 del Código Sustantivo del Trabajo y del numeral primero del artículo 240 del mismo estatuto, en el entendido que la prohibición de despido y la exigencia de permiso para llevarlo a cabo, se extienden al(la) trabajador(a) que tenga la condición de cónyuge, compañero permanente o pareja de la mujer en período de embarazo o lactancia, que sea beneficiaria de aquel(la).

Acogiendo una sugerencia de algunos de los intervinientes, la protección se concederá teniendo en cuenta la condición de beneficiaria de la mujer gestante o lactante, del sistema de seguridad social al que se encuentre afiliado el trabajador o trabajadora a la cual se extiende la protección laboral reforzada. Ello, con el propósito de ajustar la protección a los fundamentos constitucionales que le proveen sustento jurídico, esto es, la protección de la unidad familiar, la atención y asistencia al estado de maternidad y el interés prevalente de los niños y niñas”.

Bajo estos presupuestos, y como se indicó en precedencia, se estableció con la carta de terminación que el Banco Davivienda SA decidió terminar el contrato de trabajo que lo ataba al demandante, de manera unilateral y sin justa causa con el pago de la indemnización respectiva a partir del 25 de abril de 2019 (pág. 15, arch. 3). A su vez, se probó la calidad de cónyuge del demandante de Gina Rocío Meyer Arévalo (pág. 19, arch. 3) y que el 18 de febrero de 2019, nació Daniel José Barraza Meyer, hijo de la pareja (pág. 22, arch. 3).

A pesar de lo anterior, debe advertir la Sala que aunque con los hechos admitidos en el interrogatorio de parte practicado al representante legal de la demandada, la declaración del testigo Enrique Henríquez Fernández quien labora para la pasiva como especialista de Talento Humano de la Regional Caribe, el volante de nómina de marzo de 2019 (pág. 9, arch. 16) y la captura de imagen de las “*incapacidades*” y “*permisos-licencias-suspensión de Contrato*” (pág. 17, arch. 3), se puede constatar que la empleadora reconoció licencia de paternidad legal y extralegal al trabajador desde el 18 de febrero hasta el 1º de marzo de 2019, no se puede perder de vista, que la Corte Constitucional extendió la protección al cónyuge de la mujer en estado de embarazo o que se encuentre en época de lactancia, que sea beneficiaria de aquel en el sistema de seguridad social. Y en este asunto, con lo admitido por el gestor en el interrogatorio de parte y con la consulta de información de afiliados en la Base de Datos Única de Afiliados al Sistema de Seguridad Social en Salud correspondiente a Gina Rocío Meyer Arévalo (pág. 16, arch. 16), se constata que desde el 5 de octubre de 2004, aquella cuenta con afiliación efectiva al régimen contributivo como cotizante en la EPS Sanitas, que esa situación persistía para la época de finalización del contrato de trabajo, y que por eso, ella no tenía la condición de beneficiaria en el sistema general de seguridad social.

De esa manera, y teniendo en cuenta que está plenamente desvirtuado el requisito al que se condicionó la exequibilidad de la normatividad aplicable a este asunto, no queda otro camino que confirmar lo resuelto sobre este tópico por el juez de primer grado.

Reajuste indemnización por despido.- Teniendo en cuenta que dicho pedimento estaba atado a la declaración de la existencia del contrato de trabajo desde el 5 de agosto de 2003, súplica que no prosperó, tampoco hay lugar a emitir condena por ese concepto.

Perjuicios morales.- Para resolver, se tiene que el órgano de cierre de esta especialidad ha adoctrinado que, la indemnización por despido injusto prevista en el artículo 64 del CST, contempla el lucro cesante y el daño emergente; no obstante, cuando se trate de una actitud del empleador que tiene como fin

generar daño en el trabajador, es procedente el resarcimiento del daño moral; al respecto, en la sentencia CSJ SL4510-2018, precisó:

Esa posición del ad quem tiene fundamento en la jurisprudencia de esta sala que, sobre el punto, ha dicho que la indemnización del artículo 64 del CST contempla el lucro cesante y el daño emergente por el simple despido sin justificación, lo que no impide que se pueda resarcir el daño moral cuando provenga una conducta reprochable del empleador que causa daño al trabajador.

En la sentencia CSJ SL14618-2014, se asentó:

Aun cuando el Código Sustantivo del Trabajo prevé una indemnización ante la terminación unilateral del contrato sin justa causa, la misma únicamente comprende, en los términos de su artículo 64, el lucro cesante y el daño emergente. Esto significa que es posible que se resarza el daño moral cuando quiera que se pruebe que este se configuró ante una actuación reprochable del empleador, que tenía por objeto lesionarlo, o que le originó un grave detrimento no patrimonial.

Ello ha sido aceptado por esta Sala, inclusive en reciente sentencia CSJ SL1715/2014, en la que se consideró:

En el plano jurídico, esta Sala es del criterio de que el daño moral siempre debe ser resarcido; por ejemplo, en la sentencia CSJ SL, 12 de Mar 2010, Rad. 35795 se discurrió:

Pese a que encontró que la jurisprudencia civil ha reconocido la posibilidad de que se causen perjuicios morales por el incumplimiento de un contrato, seguidamente el Tribunal aseveró que en materia laboral la única indemnización reconocida es la que surge de la terminación del contrato de trabajo y que la acción pertinente, en este caso, no pertenecía al derecho laboral, dado que los perjuicios invocados no provienen directa ni indirectamente de un contrato de trabajo.

Para la Sala, al discurrir de esa manera, incurrió el Tribunal en los quebrantos normativos que se le imputan porque, en primer lugar, es claro que la obligación de indemnizar perjuicios morales en materia laboral no se contrae exclusivamente a la terminación del contrato de trabajo, ya que, como lo ha reconocido de tiempo atrás la jurisprudencia, acudiendo a principios generales del derecho, el daño moral siempre debe ser resarcido, independientemente de la fuente de su origen. Aparte de ello, en el Código Sustantivo del Trabajo hay normas de las que se desprende que, al lado de la extinción del vínculo jurídico, existen otros hechos que pueden dar origen a un daño moral que debe ser indemnizado. Tal el caso del artículo 216 del Código Sustantivo del Trabajo.

Es que la indemnización tarifada ante la terminación del contrato, como se dijo, solo cubre el daño patrimonial y deja por fuera que en excepcionales eventos, el trabajador puede demostrar que el despido realizado de manera injusta y arbitraria trajo consigo el menoscabo de aspectos emocionales de su vida tanto en lo íntimo, como en lo familiar o social.

En este orden, el actor como sustento de la pretensión relacionada con el perjuicio moral, alegó que la demandada lo despidió a pesar de conocer que sus hijos y su esposa dependían económicamente de él, que le canceló la póliza de salud por lo que su hijo menor no pudo ser atendido el 12 de mayo de 2019 cuando presentó un fuerte dolor abdominal, y, que la demandada lo puso en una situación de indefensión total, causándole una grave afectación psicológica y de angustia, debido al despido y a que debía asumir la manutención de sus tres hijos menos y de su esposa, así como la carga económica de la hipoteca adquirida.

En tal sentido, encuentra la Sala que los supuestos relacionados con las responsabilidades pecuniarias que debía asumir el actor y que pretende sustentar en las documentales relativas a las certificaciones de estudios de sus hijos, los requerimientos por mora en el crédito hipotecario, la de la póliza de seguro en salud y con las versiones de los testigos Raúl Ignacio Certain de la Espriella y Margarita Meyer Arévalo, no dan paso a la indemnización de perjuicios reclamada, comoquiera que refieren puntualmente al detrimento patrimonial que resarce la indemnización por despido que fue pagada a la finalización del vínculo; y a su vez, en cuanto a la afectación psicológica, se advierte que de ninguno de los elementos de convicción se extrae la prueba de esa situación.

Por lo expuesto, se confirmará en su integridad la sentencia apelada. Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida 22 de noviembre de 2021, por el Juzgado 1º Laboral del Circuito de Bogotá DC, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Magistrada ponente



MILLER ESQUIVEL GAITÁN
Magistrado



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado

Enlace expediente digital:

https://etbesj-my.sharepoint.com/:f:/r/personal/des15sltsbta_cendoj_ramajudicial_gov_co/Documents/ANA_QUEL/REPARTO%20GENERAL/Juzg.%2001%20Lab.%20Cto%20Bt%C3%A1/11001310500120190124501?csf=1&web=1&e=nqaxkS

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

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

Código de verificación: **81ad71a7523f304e02a582bf027d053adce44a72441e11fdd271f17e8578abe7**
Documento generado en 28/02/2023 10:39:59 AM

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



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

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Magistrada Ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO LABORAL - **SENTENCIA**
RADICACIÓN: 11001 31 05 **013 2020 00038** 01
DEMANDANTE: MARÍA ELENA PEDRAZA
DEMANDADAS: SODEXO SA

Bogotá DC, veintiocho (28) de febrero de dos mil veintitrés (2023).

En la fecha, en cumplimiento de lo dispuesto en el art. 13 de la Ley 2213 de 2022, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá DC, integrada por los Magistrados MILLER ESQUIVEL GAITÁN, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandada contra la sentencia proferida el 17 de noviembre de 2021, por el Juzgado 13 Laboral del Circuito de Bogotá DC.

I. ANTECEDENTES

Pretendió la demandante que se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo a término fijo entre el 11 de diciembre de 2013 y el 28 de abril de 2017, el cual fue renovado en varias ocasiones y terminó por causas imputables al empleador y que durante la vigencia de la relación laboral, no le fueron pagados 2 períodos de vacaciones y le deben cesantías, primas proporcionales y demás prestaciones sociales; en consecuencia, se condene a la demandada a reajustar las cesantías y los intereses a las cesantías teniendo en cuenta el salario en especie y «*el valor de la indemnización de perjuicios por dominicales y festivos laborados y sin compensatorio*», más las vacaciones de los años 2016 y 2017, el reajuste de la prima proporcional teniendo en cuenta los salarios compensados por dominicales y festivos y el pago de las indemnizaciones de que tratan los arts. 65 y 64 del CST, última liquidada entre el 28 de abril y el 11 de diciembre de 2017 (f.º 3, 4).

Como fundamento relevante de sus pretensiones, expuso que se vinculó a la demandada través de un contrato a término fijo desde el 11 de diciembre de 2013, con el fin de prestar sus servicios como Auxiliar de Servicios Generales, en calidad de trabajadora en misión para Bavaria SA en los municipios de Duitama y Sogamoso, Boyacá; afirmó que era perseguida laboralmente por su jefe inmediata en Duitama, Xiomara Pérez, lo cual puso en conocimiento de su superior en Bogotá, Maritza Cano Cuenca; sin embargo, la Jefe de Administración del Recurso Humano en Bogotá, la *desahució* porque desde el 28 de abril de 2018 [sic] le anunció que su contrato no sería renovado y por tanto terminaría el 10 de diciembre de 2017, lo que le causó desmotivación laboral y moral, pues tenía la necesidad de buscar trabajo en otra compañía, a pesar de que Bavaria SA y la demandada renovaron el contrato de suministro de personal para los años 2017 y 2018; que debido al trato discriminatorio, despectivo, inequitativo y de entorpecimiento laboral por parte de la Coordinadora de Planta de la empleadora en Bavaria, Xiomara Pérez, presentó renuncia motivada el 28 de abril de 2017; le pagaron las prestaciones sociales el 15 de mayo de 2017, pero no la desvincularon de las afiliaciones a seguridad social, por lo que en el mes de noviembre del mismo año, tuvo que solicitar su desvinculación, dado que ello le estaba ocasionando inconvenientes para conseguir un nuevo empleo (f.º 4-6).

II. TRÁMITE PROCESAL

La demanda fue admitida 30 de enero de 2020, ordenando su notificación y traslado a la demandada (f.º 42) quien contestó con oposición a lo pretendido argumentando que la compañía no es ninguna empresa de servicios temporales, sino que dentro de su objeto social se encuentra la prestación de servicios por outsourcing relacionados con aseo, limpieza industrial, etc., por tanto, la demandante no fue trabajadora en misión, solo fue designada a una de las operaciones aducidas en el contrato comercial suscrito con Bavaria SA; a la demandante se le notificó la no renovación del contrato de trabajo, el 28 de abril de 2017, es decir, dentro del plazo establecido legalmente para ello; la demandante presentó renuncia voluntaria sin que se presentaran vicios en el consentimiento y en todo caso, la compañía nunca incumplió con sus obligaciones como empleadora frente a la demandante, a quien siempre le otorgó los permisos por ella requeridos *«siempre que no entorpecieran la prestación del servicio al cliente»*, le dio un trato digno y respetuoso y jamás sufrió de persecución

alguna, sin que la trabajadora pusiera en evidencia un presunto mal trato o acoso laboral. Propuso como excepciones las de prescripción, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido y buena fe (f.º 48, 49, 53, 55-66).

III.SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 13 Laboral del Circuito de Bogotá DC, en sentencia del 17 de noviembre de 2021, declaró que entre las partes existió un contrato laboral, que terminó el 28 de abril de 2017 por renuncia motivada probada, por razones imputables al empleador; en consecuencia condenó a la demandada a pagar \$5.495.607, por concepto de indemnización regulada en el art. 64 del CST, correspondientes al tiempo que faltare para cumplir el plazo de terminación del contrato (del 29 de abril al 10 de diciembre de 2017, más las costas procesales y declaró parcialmente probadas las excepciones denominadas inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, por lo que la absolvió de las demás pretensiones incoadas en su contra.

Para lo que interesa a la alzada advirtió que el proceso no versa sobre un presunto acoso laboral como se señaló desde la fijación del litigio y en ese sentido, señaló que, a pesar de la tacha por sospecha de algunos testigos, no encontró afectada la credibilidad ni la imparcialidad de los mismos respecto de los hechos relatados, en especial lo manifestado por Sonia Yadira Patiño Medina y Flor Ángela Torres, quienes afirmaron haber presenciado los tratos hostiles, denigrantes y descalificativos ejercidos por Xiomara Pérez, como Jefe Directa de la demandante, en presencia de otros operarios de planta y que les constó que la actora comunicó tal situación a Astrid Susana Fonseca, como Consultora de Recursos Humanos de la empleadora, aunado a que respecto de ello, también tuvo conocimiento Elva Patricia Rodríguez Pulido, como Jefe de Procesos Laborales y representante legal de la demandada, sin que hubiera acreditado por la compañía el interés puesto en la situación descrita, ni las capacitaciones aducidas en relación con la debida información de los trabajadores frente a los mecanismos de solución de conflictos. Otorgó la indemnización de que trata el art. 64 del CST, por cuanto entre la fecha de la causación y la presentación de la demanda no transcurrió el término trienal respectivo (f.º 74, 75).

IV.RECURSO DE APELACIÓN

La demandada argumentó que se demostró que la demandante en ningún momento utilizó los medios correspondientes para dar a conocer a su empleadora el maltrato por ella aducido durante el vínculo laboral y para ello se debe tener en cuenta la manifestación realizada por la testigo Astrid Fonseca, quien tuvo charlas con la demandante relacionadas con su situación laboral; la demandante nunca radicó escrito a la empresa en la cual informara la situación por la que estaba atravesando tal y como lo indicó en el interrogatorio de parte y algunos testigos, tampoco lo informó en las capacitaciones hechas por la compañía para el bienestar de los trabajadores, por ende, la compañía no tenía conocimiento de los padecimientos que pudo haber sufrido la demandante, como para iniciar un proceso disciplinario o investigativo y corregir las situaciones que consideraba graves la trabajadora.

Agregó que se demostró que el cambio de administrador obedeció a que quien fungió como primero en el cargo, Fabián, era una persona demasiado permisiva, por ende no cumplía sus funciones ni las hacía cumplir frente a los 100 trabajadores que tenía a su cargo, así que Bavaria solicitó a Sodexo SAS un cambio inmediato de administrador, de ahí que se despidiera a Fabián y se nombrara a Xiomara, quien llegó como nueva líder con más exigencias para que los trabajadores cumplieran a cabalidad sus funciones, sin que se tipificara un maltrato hacia la demandante.

V. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Recibidas las diligencias en esta Corporación, mediante auto del 3 de febrero de 2022 se admitió el recurso interpuesto; y, conforme a lo normado en el entonces vigente art. 15 del Decreto Legislativo 806 de 2022, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar (f.º 78, arch. 3 C02).

Las partes presentaron alegaciones de instancia reiterando los argumentos expuestos en la demanda, su contestación y en el recurso (f.º 79-90, archs. 4-8 C02).

VI. CONSIDERACIONES

Cumplidos los trámites de segunda instancia, sin causal de nulidad que invalide lo actuado, esta Colegiatura procede a desatar la alzada, y conforme a lo dispuesto en el art. 66A del CPTSS, el problema jurídico a resolver, consiste en

verificar si se configuró un despido indirecto ante la renuncia presentada por la demandante.

No existe discusión en cuanto a que las partes suscribieron el 11 de diciembre de 2013 un contrato a término fijo de un año, para que la demandante se desempeñara como Auxiliar de Servicios Generales, el cual se extendió hasta el 28 de abril de 2017, tal y como da cuenta el contrato de trabajo, las certificaciones expedidas por Recursos Humanos de Sodexo SAS el 7 de abril de 2016, el 15 de diciembre de 2017 y el 17 de enero de 2018, la renuncia presentada por la demandante y la liquidación final de prestaciones sociales, de la que también se desprende que esta prestación de servicios era dirigida al centro de costo denominado Bavaria Limpieza Tibasosa (f.º 30-34, 36 CD f.º 65 archs. 2, 9).

En relación con la indemnización por terminación del contrato como consecuencia de un eventual despido indirecto o renuncia motivada, es necesario precisar que es la parte actora quien debe demostrar conforme el art. 167 del CGP, no solo que la motivación de la decisión de dar por terminado el contrato de trabajo en forma unilateral le fue comunicada al empleador con claridad y precisión, sino que tal determinación estuvo sustentada en hechos que, primero, ocurrieron, y segundo, pueden subsumirse en alguna o algunas de las causales previstas en el lit. b) del art. 7º del Decreto 2351 de 1965, que reformó el art. 62 del CST (CSJ SL 9 ago. 2011 rad. 41490, SL2412, SL18344 y SL14877 todas de 2016), es decir, que la causa de su renuncia fue atribuible al empleador, misma que debe aducirse a la terminación (par. art. 62 del CST- CSJ STL4852-2014).

Si el trabajador acredita lo anterior, el empleador debe asumir las consecuencias pertinentes, empero si aquel no logra probar tal incumplimiento, necesariamente la conclusión será que la terminación del contrato de trabajo obedeció a una dejación libre y espontánea (CSJ SL 26 jun. 2012 rad. 44155, SL1514-2018).

En este caso, la renuncia de la demandante fue presentada en su sentir, por causas imputables a la empresa en los términos expuestos en el comunicado del 28 de abril de 2017 dirigido a Xiomara Pérez en calidad de Coordinadora de Bavaria Tibasosa – Sodexo y recibida por Astrid Fonseca el mismo día, en donde hizo alusión a incidentes con la Coordinadora de Planta, con quien según su dicho, no tuvo una buena comunicación laboral desde el inicio, lo que se reflejó

en la negación de permisos y la prohibición de informar inquietudes o de hacerle comentarios, eludiendo a toda costa su presencia y tildando toda actividad realizada de su parte como ineficiente; de igual forma, manifestó en el escrito su inconformismo con la decisión que se tomó en la última reunión llevaba a cabo con la Jefe de Talento Humano de Bogotá, pues ya se había establecido un seguimiento diario a su desempeño desde esa ciudad, sin que se tuviera en cuenta la antigüedad que llevaba en la empresa, pues sostuvo que desde esa fecha, se venía ejerciendo presión y persecución laboral, afectando su buen ambiente laboral (f.º 36).

Frente a estas situaciones Astrid Susana Fonseca González, Psicóloga especialista en Gerencia de Talento Humano, quien trabaja para la demandada desde agosto de 2009 en calidad de Consultora de Gestión Humana, informó que Xiomara Pérez ingresó a laborar como Coordinadora en enero de 2017, lo cual recuerda porque además de apoyar a la compañía en el proceso de inducción de los trabajadores nuevos, fue una época en la que se estuvieron haciendo varios cambios en la operación a raíz de varias visitas que ella realizó entre otros, al contrato suscrito entre Sodexo y Bavaria, por ende, era necesario cambiar el coordinador que se encontraba anteriormente para que se logaran hacer ajustes en las tareas y un mayor seguimiento en las rutinas y en el desarrollo completo de las mismas debido a las múltiples quejas que presentó el cliente Bavaria frente a la laxitud del anterior coordinador y el no cumplimiento del servicio.

Manifestó que algunas de sus tareas como Consultora son: efectuar capacitaciones en temas asociados con habilidades blanda, actividades de bienestar, hacer celebraciones de fechas especiales, garantizar que la operación se gestione con el apoyo de quien esté liderando determinado contrato, evaluar el clima laboral cada vez que realiza las visitas a las distintas operaciones de la compañía, acercarse al personal para poder escuchar novedades e inquietudes y demás temas de relacionamiento como pagos, vacaciones, dotaciones, entrega de desprendibles de nómina y de elementos de protección personal, hacer reuniones con los distintos equipos de trabajo, entre otras; sin embargo, adujo que a pesar de que varios trabajadores e incluso la demandante se acercaron a ella para comentarle que no estaban de acuerdo con el cambio de actividad, el seguimiento de tareas o la distribución de las distintas áreas que implementó la nueva coordinadora Xiomara, o con la asignación de las fechas de vacaciones, es decir, temas asociados al proceso de adaptación en el manejo de la operación debido al cambio del estilo de liderazgo que se podían solucionar en forma inmediata,

nunca María Elena ni ningún otro trabajador se acercó a decirle algo relacionado con alguna situación de mal trato, falta de respeto, acoso o conflicto interior de ambiente laboral que se estuviera sorteando en la operación frente al comportamiento de Xiomara Pérez, como para generar una alerta o que ameritara la intervención en escala de los Comités de Ética y de Convivencia o desde Relaciones Laborales, o que incluso fuera necesario una conversación entre ella como Consultora, la demandante y Xiomara.

Informó que teniendo en cuenta que también apoya en toda la gestión de inducción de los trabajadores nuevos, tiene conocimiento de que absolutamente todos tienen una inducción organizacional en la que se les informa los canales de comunicación y contacto que tiene la compañía para que los trabajadores canalicen las novedades respectivas, dentro de los que se encuentran los Comités y Ética y de Convivencia, los jefes de la operación, así como los procesos de acercamiento con Gestión Humana a través de las visitas que ella realiza; información esta que sostuvo, aparece registrada en las carteleras de la compañía en donde se indican links y teléfonos del personal de Relaciones Laborales, también reiterada a los trabajadores mediante reuniones de refuerzo efectuadas en las visitas que ella hace una o dos veces por mes a las distintas operaciones. No obstante, afirmó que, en ninguna de las líneas de la operación, se informó a la compañía de alguna novedad efectuada por la demandante.

Estas manifestaciones reafirman lo dicho por la representante legal de la demandada, Alba Patricia Rodríguez Pulido, en su interrogatorio de parte, al señalar que en su calidad de Jefe de Procesos Laborales, presta sus servicios en el área de Recursos Humanos, por ende afirmó que la empresa nunca había tenido conocimiento de los malos tratos que aparentemente recibía la demandante, por parte de su nueva jefe Xiomara. Informó que los trabajadores tienen conocimiento de que la compañía tiene constituido el Comité de Convivencia Laboral hace varios años, porque ellos mismos eligen a sus representantes; dicho Comité interviene cuando un trabajador tiene una situación especial que se tipifique como acoso laboral, así como cuando existen otro tipo de diferencias entre los trabajadores y entre estos y sus jefes, pero que sean reportadas como tal y por escrito ante dicho comité, o cuando los Consultores de Gestión Humana realizan las visitas respectivas a los puntos, en todo caso, los consultores normalmente están disponibles en los sitios de trabajo para que los trabajadores se acerquen o viceversa, para orientarlos y aclararles los canales de comunicación para efectos de poner en conocimiento un presunto

acoso laboral, siempre por escrito y aportando las pruebas del caso, para que el Comité revise la situación; dijo que también existe otra herramienta en cada sitio de trabajo denominada conversando con Sodexo, en la que los trabajadores pueden hablar individual o grupalmente con este mismo funcionario, con el fin de que se generen los planes de acción correspondiente ante este tipo de situaciones, por tanto hay capacitaciones constantes de trabajo en equipo, salud mental, etc., dictadas por dicho funcionario y el administrador de determinado contrato en todos los programas de bienestar a través de varios canales de comunicación. Agregó que cuando no son temas de presunto acoso laboral, sino simplemente inconvenientes cotidianos entre los trabajadores, es el Consultor de Gestión Humana el que interviene para tratar de arreglar la situación entre las personas afectadas y mediar para establecer acuerdos para aclarar, dialogar, resolver y mejorar el entorno.

Dijo que el Comité está integrado por 4 representantes de la empresa, y 4 de los trabajadores incluida ella y Astrid Fonseca y se hacen reuniones trimestrales entre ellos para revisar las quejas que alleguen los trabajadores por presunto acoso laboral; que Astrid Fonseca, es la Consultora de Gestión Humana, quien visita a las distintas empresas que son clientes de Sodexo, hace las capacitaciones de bienestar laboral, revisa todo el entorno y el clima laboral que hay en cada contrato con los trabajadores y sus jefes así como las dificultades que se presenten en este tipo de relaciones, sin que ella hubiere reportado alguna situación o queja presentada por parte de la demandante, relacionada con un aparente mal trato; ello solo acaeció con posterioridad al momento en el que el 28 de abril de 2017 le fue entregado el comunicado en el que se le informó a la demandante la no renovación de su contrato que vencería el 10 de diciembre de 2017, así que ese mismo día del preaviso María Elena presentó su carta de renuncia. Finalmente señaló que le fue entregado el preaviso a la demandante, porque ya se tenía conocimiento de que la licitación con Bavaria no iba a salir adelante.

El preaviso señalado por la representante legal, obra a f.º 35; en efecto, se trata de una comunicación de la Jefe de Administración de Recursos Humanos dirigida el 28 de abril de 2017 a la demandante, en donde se le comunicó que el contrato de trabajo que había celebrado con la compañía, vence el 10 de diciembre de 2017, y que el mismo no sería renovado.

Aunado a ello, la demandada allegó otrosí al contrato de prestación de servicios n.º F13-00198 suscrito el 27 de julio de 2012 con 5 empresas, entre ellas Bavaria SA, para que Sodexo prestara entre otros servicios técnicos, los de limpieza rutinaria, aseo de las áreas operativas y técnicas de elaboración, producción, ingeniería, servicios y embotellados de las distintas plantas, en el que se desprende que la cuarta prórroga iría hasta el 31 de enero de 2017 (CD f.º 65 arch. 16); no obstante, según certificación del 11 de diciembre de 2018 adosada en el mismo medio óptico pero en el archivo n.º 17, en la que se verifica que el mencionado contrato estuvo vigente hasta el 31 de agosto de 2017, y que con posterioridad, el 1º de marzo de 2018 Sodexo suscribió otro contrato un tanto similar, pero con 7 empresas entre ellas Bavaria SA, el cual terminó el 31 de agosto de 2018.

Ahora, la demandante en el interrogatorio de parte señaló que presentó su renuncia por voluntad propia, pero el motivo fue el acoso y trato discriminatorio y humillante que todo el tiempo recibió por parte de Xiomara Pérez, desde que empezó a ser su jefe directa en el cargo de Jefe Coordinadora de la operación Bavaria Tibasosa, en donde se encontraba laborando, dado que en los recorridos que ella hacía, no le parecía que estuviera ejecutando las labores en forma correcta, ya que no aceptada nada, siempre le decía que todo estaba mal y de mala manera con gritos, palabras desobligantes y manoteos o pataleos en frente de todo el mundo, la mandaba a repetir las o le decía que determinada área estaba sucia, que no le servía así porque estaba mal hecho el aseo que había acabado de hacer, entonces que se fuera, así que gastaba tiempo de su turno repitiendo el aseo y aun así, Xiomara volvía a llamarle la atención porque se iba a acabar el turno y las áreas no las había podido terminar de limpiar.

Afirmó que Astrid Fonseca, representante de Recursos Humanos siempre estuvo al tanto de esa situación e incluso se hizo una intervención desde esa área en Bogotá, a través de una video llamada con Xiomara en reunión con Astrid Fonseca y una señorita de apellido Cuenca, también de Recursos Humanos, con el fin de ver si podía mejorar la situación entre ambas, a pesar de ser visitada la planta en 2 o 3 ocasiones por Astrid Fonseca, pero nunca se logró, todo siguió igual o peor que antes, ya que la empresa siempre le creía a Xiomara, quien decía que no cumplía a cabalidad sus funciones, por ende, la empresa solo le decía que debía atender única y exclusivamente las órdenes de Xiomara porque era su jefe y que para eso ella estaba ahí, así que por estas razones, consideró que había una persecución continua en su contra y renunció, porque Xiomara siempre

estaba detrás de las paredes o columnas supervisando la forma de hacer su trabajo.

Al ser interrogada acerca del tiempo en el que aparentemente recibió estos malos tratos por parte de Xiomara Pérez, informó que ello ocurrió durante 8 meses aproximadamente desde mediados del año 2016 hasta el fin de su relación laboral. Admitió que nunca informó por escrito a la empleadora esas situaciones, porque no sabía que podía hacerlo, así que lo hizo siempre en forma verbal ante Astrid Fonseca y Xiomara Pérez. Agregó que Sonia Yadira Patiño, Carmen Stela Vega y Flor Ángela Torres eran sus compañeras de trabajo pero en ocasiones no estaban en el mismo turno porque las rotaban muchas veces en los distintos horarios, por tanto, era muy incierto que se encontraran porque Xiomara Pérez como Coordinadora de Planta era quien los asignaba y la coordinadora siempre estaba presente excepto en el turno de las 12 a. m. a las 8 a. m.

La testigo Sonia Yadira Patiño Medina, manifestó haber sido compañera de trabajo de la demandante en Sodexo, en donde laboró hasta el 31 de agosto de 2017 como auxiliar de servicios en la cervecería de Boyacá, por ende compartió algunos turnos con la demandante y le consta que a Xiomara Pérez, nunca le gustaba el trabajo efectuado por las trabajadoras y por ende, ante el personal directo de Bavaria y de los compañeros de Sodexo, empezaba a gritarlas y a decirle ineptas que no servían para nada, sin prestarles atención; informó que Xiomara Pérez ingresó como Coordinadora en marzo o abril de 2017 y estaba siempre poniéndole cuidado a la demandante en las áreas y la interrumpía o le gritaba, la insultaba o le manoteaba, aunque esto lo dijo porque lo veía de lejos dado que por área solo pueden estar 2 personas, por ende veía los gestos que hacía Xiomara, cuando no le gustaba algo; indicó que una vez entregando turno antes de las 8 a. m. en el mes de abril de 2017 (sin precisar día) y encontró que Xiomara le estaba diciendo a la demandante que no le servía el trabajo que ella hacía y que no la quería ver tomando agua, en contraste con el trato que les daba el anterior Jefe Coordinador, Fabián Beltrán.

Sostuvo que la demandante sí reportó esos incidentes a Recursos Humanos, pero al ser preguntada acerca del motivo por el cual le consta, dijo que eran un grupo grande de trabajo, unido, que no tenían conflicto con ninguna persona, hacían sus labores cumplidamente y siempre se comentaban entre sí lo relacionado con el mal trato de la Coordinadora Nacional en mención, a quien le tenían miedo, María Elena comentaba sus situaciones llorando, pero no puede

asegurar lo que la demandante hablara en privado con Xiomara, ni que hubiera puesto en conocimiento de la empresa por escrito tales sucesos, tal vez solo de manera verbal; sabe que llamaron a la demandante 2 veces por parte de Recursos Humanos, pero no escuchó las conversaciones; en todo caso, afirmó que ella (la testigo) también tuvo muchos inconvenientes con la coordinadora, quien la despidió sin justa causa, en horas laborales y antes de que se le terminara el contrato. Finalmente adujo que la demandante renunció porque no se quiso seguir aguantando más el acoso laboral de parte de Xiomara, sin que se le hubiera dado el trámite respectivo y sostuvo que no tenía conocimiento del procedimiento que se debía seguir en casos de conflicto o de acoso laboral, ni de la existencia del Comité de Convivencia y que nunca hacía reuniones de convivencia, por ende, nadie interponía reclamos porque no tenían respaldo alguno.

Adicional a lo anterior, la declarante Flor Ángela Torres, fue compañera de trabajo de la demandante porque ingresó a trabajar en Bavaria – Sodexo antes que María Helena, en el 2013 y duró trabajando allí 5 años hasta el 2018, es decir, hasta después de que renunció la demandante, según su dicho, por las injusticias, persecución y acoso laboral que cometía Xiomara Pérez, porque siempre estaba detrás de la demandante la discriminaba y la hacía llorar en las áreas, a pesar de que María Elena era muy buena trabajadora en cumplimiento, lo sabe porque no siempre estaban en el mismo área, ni ingresaban en el mismo turno, pero María Elena siempre se iba llorando a donde el resto de trabajadores se encontraban, a contarles que nada de lo que hacía le gustaba a Xiomara, por eso renunció María Elena, porque se sentía muy mal.

Afirmó que cuando se fue la jefe Zorani Infante, ingresó Xiomara y fue cuando empezaron los problemas con todas las trabajadoras, porque Xiomara empezó a acosarlas a las 6 trabajadoras porque nunca le servía lo que hacían, las regañaba y les decía que nunca servían para nada pero les tocaba quedarse calladas; señaló que siempre insultaba a María Elena delante de los operarios o de cualquier persona. Informó sin indicar nombres de quien lo hacía, que llamaban a Astrid de Recursos Humanos para contarle lo que estaba pasando con María Helena y Xiomara, así que Astrid hacía las visitas, pero nunca le preguntaba nada a María Elena; que cuando se reunían a almorzar, la demandante les contaba que iba a decir lo que estaba pasando porque se deprimía mucho, entonces que ella le decía directamente a Xiomara que por favor no la insultara.

No obstante, más adelante dijo que no sabía si la demandante le comentó alguna vez esa situación a Astrid o a Diana, que eran quienes estaban pendientes de las trabajadoras; señaló que la empresa demandada no le dio ningún trámite al caso, porque si hubieran estado atentos no hubiera pasado eso; que entre compañeros nunca existió conflicto alguno, todo surgió a raíz de que Xiomara Pérez ingresó; señaló que las trabajadoras sí sabían que en caso de conflicto, debían acudir a Astrid de Recursos Humanos en Bogotá, pero ella nunca ponía atención y además solo visitaba la sede cada 4 o 6 meses, no obstante, señaló que no tuvo conocimiento de qué procedimiento pudo haber llevado a cabo la empresa frente a esta situación, porque ella (la testigo) estaba era pendiente únicamente de hacer su trabajo.

Estas últimas 2 testigos fueron tachadas por sospechas por la parte demandada por tener procesos en contra de la empresa, y si bien, considera la Sala que este hecho por sí solo no es contundente para desechar de tajo una prueba testimonial, lo cierto es que las manifestaciones que hicieron deben ser valoradas rigurosamente, conforme las reglas de la sana crítica de la prueba, para lograr establecer si en efecto, existen circunstancias que afecten su credibilidad o imparcialidad. Y frente a este punto, observa la Sala que las testigos Sonia Yadira y Flor Ángela, no solo incurrieron en bastantes contradicciones frente a las situaciones afirmadas por la demandante en el interrogatorio de parte, sino que la mayoría de sus relatos los dijeron porque la demandante llegaba a contárselos en las reuniones que las trabajadoras de la planta realizaban, más no porque les constara en forma directa lo manifestado.

Nótese cómo la misma demandante sostuvo que con sus compañeras de trabajo no siempre estaban en el mismo turno, debido a la rotación que hacía Xiomara Pérez, por tanto, era muy incierto que se encontraran y que además la Coordinadora nunca estaba presente en el turno de las 12 a. m. a las 8 a. m., no obstante, Sonia Yadira, sostuvo que presenció una vez que Xiomara estaba llamándole la atención a la demandante justamente en este turno; ahora, también en cuanto al ingreso de Xiomara Pérez como Coordinadora de la operación Bavaria - Sodexo, no coincidieron con lo dicho por la demandante, quien sostuvo que Xiomara ingresó a trabajar aproximadamente a mediados de 2016 y desde allí empezaron los malos tratos, no obstante las testigos señalaron que la mencionada coordinadora ingresó en marzo o abril de 2017, mientras que Astrid la Consultora de Gestión Humana, dijo que justamente por los cambios

que ella consideró necesarios, Xiomara fue ingresada a trabajar en enero de 2017. Flor Ángela además, señaló que Xiomara reemplazó a la anterior jefe Zorani Infante, empero tanto la demandante, como la representante legal y las testigos Sonia y Astrid, sostuvieron que a quien reemplazó, fue a Fabian Beltrán.

De manera que, las testigos Sonia y Flor Ángela, incurrieron en bastantes contradicciones en sus manifestaciones y también, frente a lo indicado por la demandante, que no permiten concluir que sus declaraciones se efectuaron de manera espontánea e imparcial, en los términos establecidos por los arts. 211 y 221 del CGP, máxime que ambas manifestaron que también tuvieron inconvenientes con Xiomara Pérez porque les terminó el contrato de trabajo que tenían con Sodexo; aunado a que a pesar de las preguntas formuladas, no supieron indicar de una forma clara, precisa, transparente y contundente las razones de la ciencia de sus dichos, ni dieron el detalle de las circunstancias de tiempo, modo y lugar, por las que les constaba directamente cómo ocurrió cada hecho relatado, solo lo indicaron de forma muy genérica y señalaron que la manera en que llegaron a su conocimiento estas situaciones, fue porque la demandante les contaba cuando se hacían las reuniones grupales de las trabajadoras o cuando compartían las horas del almuerzo.

Aunado a ello, no se puede pasar por alto que en medio de la audiencia celebrada el 4 de noviembre de 2021, se presencié afán y animadversión de la testigo Flor Ángela frente a la forma de preguntar de la apoderada de la demandada, luego de habersele indagado acerca de la demanda que impetró en contra de Sodexo, respecto de la cual no quiso brindar respuesta alguna; empero verificada la página web de la Consulta de Procesos Nacional Unificada, se constata que tanto Flor Ángela como Sonia interpusieron sendas demandas en contra de Sodexo con los radicados 11001310502620190005900 y 11001310501120180052800, las cuales ya tienen pronunciamiento de segunda instancia.

Como si fuera poco, las testigos Sonia y Flor Ángela relataron que la demandante sí puso en conocimiento los incidentes acaecidos con Xiomara Pérez, pero al ser preguntadas por el motivo por el cual les consta tal situación, dijeron que la demandante se los había dicho; sin embargo, la demandante en su interrogatorio de parte, admitió que nunca informó por escrito a la empleadora acerca del mal trato recibido por Xiomara Pérez, porque no sabía que podía hacerlo o cuál era el procedimiento a seguir, y frente a este último aspecto, la

testigo Sonia sostuvo que tampoco sabía el trámite que se debía surtir en casos de conflicto o acoso laboral, mientras que Flor Ángela, señaló que las trabajadoras sí tenían conocimiento del procedimiento a surtir en caso de conflicto. Por ende, ante tantas irregularidades encontradas en las declaraciones de Sonia y Flor Ángela, resulta forzada la Sala a desconocerlas probatoriamente en cuanto a la acreditación de un presunto acoso, persecución o mal ambiente laboral entre la demandante y su Jefe Coordinadora Xiomara Pérez.

En este punto, debe advertir la Sala que la demandada, sí demostró la existencia de un Comité de Convivencia con el cual los trabajadores podían tramitar las situaciones que consideraran un acoso laboral, no solo con la declaración de Astrid Fonseca, quien manifestó que en la inducción que recibe todo trabajador al inicio de su vinculación, se les informa acerca de la existencia de este y otro Comité, así como de las líneas de comunicación o contacto que pueden tener los trabajadores con la empresa, y allegó las actas de nombramiento de los representantes principales y suplentes de los trabajadores y de la empresa en el Comité de Convivencia, elegidos el 24 de marzo y 30 de abril de 2015, así como las cláusulas de confidencialidad firmadas por los integrantes del Comité, las actas de instalación del Comité con vigencia para los períodos 2015-2017 y 2017-2019, y las actas de reuniones ordinarias y extraordinarias de dicho órgano llevadas a cabo el 31 de mayo, 28 de julio, 10 de agosto, 28 de septiembre, 5, 12 y 26 de octubre, y 16 de noviembre de 2017, documentos estos de los que se desprende el estudio de los casos de otros trabajadores que reportaron en aquella época presuntos acosos laborales, entre otras situaciones que afectaron el clima laboral (CD F.º 65 archs. 11-15); luego, desvirtúan lo dicho tanto por la demandante como por la testigo Sonia, en relación con la inexistencia de un Comité a través del cual pudieran acudir en casos de acoso laboral, sin que se desprenda del contenido de estos documentos, alusión alguna al caso específico de la demandante.

Así las cosas, de las pruebas reseñadas se desprende que la situación que se pudo presentar entre la demandante y la Coordinadora Xiomara Pérez, no fue informada a la compañía con la anticipación debida, ante el área en la que se deben presentar por escrito y en forma directa los reclamos por cuestiones de mala convivencia o ambiente laboral, y tampoco verbalmente ante la Consultora de Gestión Humana, para que redirigiera la queja al área competente; sino que por el contrario, se logra colegir que esta situación la ventiló María Elena solamente al presentarle la renuncia directamente a Xiomara Pérez (f.º 36), el

mismo día y momentos después de haber recibido el preaviso de la no renovación de su contrato de trabajo que le fue entregado por la Jefe de Administración de Recursos Humanos Maritza Cano Cuenca (f.º 35), lo que también se deduce del *«inconformismo con la decisión que se tomó en la última reunión llevaba a cabo con la Jefe de Bogotá DC, perteneciente a Talento Humano, ya que se había establecido que se llevaría un seguimiento diario a mi desempeño desde Bogotá DC, sin tenerse en cuenta el tiempo y la antigüedad que llevo en la empresa»* expresado en la carta de renuncia (f.º 36). Por tanto, no se pudo surtir el trámite correspondiente ante el Comité de Convivencia de la empresa demandada, con el fin de investigar y corregir a tiempo las posibles conductas de acoso laboral que la Coordinadora Xiomara Pérez hubiera ejercido en cabeza de la demandante, quien en lugar de conservar su empleo hasta el 10 de diciembre de 2017, fecha de vencimiento de su contrato de trabajo, decidió de manera unilateral y voluntaria, dejar su cargo a partir del mismo día en que le fue entregado el preaviso (28 de abril de 2017).

Adicional a ello, si bien la Sala considera que la tolerancia del trabajador frente a los abusos del empleador no puede considerarse como consentimiento o condonación del mal trato recibido (CSJ SL3028-2017, SL11253-2015), lo cierto es que aún cuando la demandante sostuvo que tales malos tratos los estaba recibiendo desde mediados del año 2016, para esa época Xiomara Pérez no estaba vinculada a la compañía, pues sus labores comenzaron en el año 2017 y en todo caso, a pesar de que Astrid Fonseca sostuvo que la vinculación de Xiomara se dio en enero de ese año, las testigos Sonia y Flor Ángela dijeron que los malos tratos de los que ellas tuvieron conocimiento ocurrieron en marzo o abril de 2017; sin embargo, se itera, no se corrió con la carga probatoria establecida en los arts. 164 y 167 del CGP, para acreditar que la situación por la que pudo haber pasado la demandante hubiera sido puesta en conocimiento de la empleadora para darle la oportunidad de tomar los correctivos del caso.

Ahora, para finalizar, es de precisar, que según las manifestaciones efectuadas por la Consultora de Gestión Humana, las eventuales quejas que interpusieron tanto la demandante como las demás trabajadoras de la operación Bavaria – Sodexo, estuvieron relacionadas con la inconformidad en cuanto al cambio del líder Fabián Beltrán, que era un Coordinador demasiado laxo en cuanto a la supervisión de las labores a realizar, por Xiomara Pérez, que fue contratada con el fin de que efectuara un mayor seguimiento en el desarrollo completo de las rutinas que debían hacer las trabajadoras y así poner fin a las quejas presentadas por el cliente Bavaria en cuanto a la prestación del servicio,

lo cual descarta que tal cambio, hubiera obedecido a un acoso laboral en un intento de provocar la renuncia de la trabajadora aquí demandante, o de causar una intimidación tal que altere el desarrollo normal de su trabajo desde los estadios de rendimiento, capacidad volitiva, alteración de las funciones desarrolladas y salud mental de la trabajadora, sino que se trata es de la simple facultad subordinante que tiene el empleador de modificar unilateralmente la condiciones en cuanto al modo, lugar o tiempo de ejecución establecidas inicialmente en el contrato de trabajo y de verificar que las instrucciones impartidas en cuanto a la prestación del servicio sean cumplidas a cabalidad.

Bajo esta perspectiva, ante la orfandad probatoria acerca del despido indirecto esgrimido por la demandante, el camino a seguir era absolver a la demandada de la pretensión relacionada con la indemnización regulada en el art. 64 del CST, dado que como se expresó, no se acreditaron las causas que motivaron la renuncia como justas causas de terminación imputables a la demandada.

Son estas las razones que llevan a **revocar** el numeral **segundo** de la sentencia apelada, para en su lugar **absolver** a la demandada de este pedimento. Sin costas en la alzada. Las de primera serán a cargo de la demandante por haber resultado vencida en juicio.

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

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR el numeral **segundo** de la sentencia proferida el 17 de noviembre de 2021, por el Juzgado 13 Laboral del Circuito de Bogotá DC, para en su lugar, absolver a Sodexo SAS de la pretensión incoada por María Elena Pedraza, relacionada con la indemnización regulada en el art. 64 del CST, por las razones expuestas en las consideraciones de esta decisión.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia, ante su no causación. Las de primera serán a cargo de la demandante.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Magistrada ponente



MILLER ESQUIVEL GAITÁN
Magistrado



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado

(*) Hipervínculo de consulta de expediente digitalizado:

<https://etbcj->

my.sharepoint.com/:f:/g/person/des15sltsbta_cendoj_ramajudicial_gov_co/Emx7x2INT4FAi2TD7xSuWccBdLhp4n5H55K37BnlaYYkdw?e=17fq4j

Firmado Por:

Luz Patricia Quintero Calle

Magistrada

Sala Laboral

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

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

Código de verificación: c1f888eb8286c96b19635d89b7add2d5d344e5ccd4b55d32c52e4851588a5d6

Documento generado en 28/02/2023 02:11:41 PM

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

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



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

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Magistrada Ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO LABORAL - **SENTENCIA**
RADICACIÓN: 11001 31 05 **041 (024 2018 00691) 01**
DEMANDANTE: CARLOS JULIO PARRA CALDERÓN
DEMANDADO: GMOVIL SAS

Bogotá DC, veintiocho (28) de febrero de dos mil veintitrés (2023).

En la fecha, en cumplimiento de lo dispuesto en el art. 13 de la Ley 2213 de 2022, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá DC, integrada por los Magistrados MILLER ESQUIVEL GAITÁN, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia proferida el 22 de octubre de 2021, por el Juzgado 41 Laboral del Circuito de Bogotá DC.

I. ANTECEDENTES

Pretende el demandante, en forma principal que se declare que existió un contrato de trabajo a término indefinido, vigente entre las partes desde el 26 de septiembre de 2013 hasta el 13 de junio de 2016, el cual terminó sin justa causa por parte del empleador sin el cumplimiento de las solemnidades del caso, por encontrarse con fuero de estabilidad laboral reforzada y encontrarse próximo a pensionarse; en consecuencia, solicita se condene a la demandada al reintegro al cargo que desarrollaba, con el respectivo pago indexado de sus acreencias salariales y prestaciones (promedio de prima de servicios legal de mitad de año, compensación de vacaciones en dinero, primas de vacaciones, auxilio de cesantías, intereses a las cesantías, aportes a seguridad social) hasta la fecha del reintegro y sin solución de continuidad, junto con el pago de los perjuicios de orden constitucional en cuantía de 30 SMLMV, por terminar el contrato de trabajo sin contar con la debida autorización ministerial.

De manera subsidiaria al reintegro, solicita se condene a la demandada al pago de la indemnización por despido calculado sobre la vigencia del contrato de trabajo a término indefinido y con el salario básico de \$1.104.602 teniendo en cuenta todos los emolumentos salariales, entre estos el auxilio de \$254.662 reconocido mensualmente desde el 1º de febrero de 2015, más el pago de los perjuicios de orden constitucional en cuantía de 30 SMLMV y la indemnización de 180 días de salario, por terminar el contrato de trabajo sin contar con la debida autorización ministerial; el pago de los *«conceptos prestacionales adeudados correspondientes al lapso de tiempo en que la señora demandante, hubiera seguido brindando sus servicios, contratada y ejerciendo las funciones, dentro de las cuales se cuentan: promedio de prima de servicios legal de mitad de año, compensación de vacaciones en dinero, primas de vacaciones, cesantías e intereses a las cesantías»*; la indemnización moratoria calculada a razón de \$36.820 diarios, y la indexación de las sumas debidas (f.º 2-4 vto).

Como sustento fáctico relevante de sus pretensiones, señala que nació el 1º de marzo de 1957; prestó servicios como operador de microbús entre el 26 de septiembre de 2013 y el 13 de junio de 2016, a través de un contrato de trabajo a término indefinido; devengó \$795.820 más un auxilio de \$254.663; que el 16 de julio de 2014 fue sometido a una reconstrucción del tendón de Aquiles, como consecuencia de un desgarro derivado del accidente de trabajo acaecido el 15 de julio de 2014; que el 12 de agosto de 2014 fue reportado al departamento médico el resultado de la resonancia magnética simple del cuello del pie izquierdo; el 2 de marzo de 2015 se emitió un certificado médico de condiciones generales de salud, mediante el cual se le realizó el examen médico periódico y se le aconsejó valoración por la EPS para manejo, reasignación de funciones, reubicación, hacer un análisis del puesto de trabajo por presentar secuelas del accidente de trabajo, ingresar al sistema de vigilancia epidemiológico auditiva y control auditivo anual, no levantar cargas, no subir ni bajar escaleras, y hacer una valoración por ortopedia y otorrinolaringología, con restricción para manejar, por ello a partir de ahí desempeñó labores administrativas.

Manifiesta que el 6 de julio de 2015 por parte de la Dirección Nacional del Beneficio ARL Bolívar, le fue diagnosticado una disminución del 13.80% consistente con la ruptura del tendón aquiliano izquierdo; que la ARL conceptualizó el 24 de agosto de 2015, que podía desempeñarse en su actividad habitual cumpliendo con las recomendaciones propias del programa de salud ocupacional de la empresa; el 3 de marzo de 2016 solicitó a la empleadora su reubicación como operador zonal para no conducir, dado que para la época se

encontraba en tratamiento de rehabilitación y seguimiento, con controles de ortopedia; el 25 de mayo de 2016 la Junta Regional de Calificación de Invalidez, le diagnosticó una PCL del 14.90%, debido a la ruptura del tendón aquiliano izquierdo, como consecuencia del accidente de trabajo, y una incapacidad permanente parcial.

Señala que la empleadora dio por terminado el contrato de trabajo sin justa causa el 13 de junio de 2016 y sin autorización del Ministerio de Trabajo, no obstante, siempre obedeció las instrucciones del empleador, sin que hubiera tenido queja por mal comportamiento, y siempre recibió felicitaciones debido a su excelente gestión en el cargo desempeñado; que a través de la liquidación realizada el 17 de junio de 2016 se le canceló una serie de “*emolumentos y adehalas*”, de acuerdo a lo que la empleadora entendería que debía cancelar por diferencia salariales y prestaciones; que a la fecha de terminación del contrato de trabajo contaba con 1.291.27 semanas, 59 años de edad y gozaba de estabilidad laboral reforzada debido a su afectación de audiometría y las secuelas de la ruptura del tendón de Aquiles, por tanto conocía de las enfermedades de origen laboral que padece y que era una persona próxima a pensionarse (f.º 1-2 vto, 59).

II. TRÁMITE PROCESAL

Previa subsanación, la demanda se admitió el 8 de julio de 2019, ordenándose su notificación y traslado a la demandada (f.º 65), quien contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones incoadas por el demandante. Adujo, que el demandante devengó como último salario \$759.820 y el auxilio de alimentación se pactó de común acuerdo que no tendría incidencia prestacional, por tanto, el salario devengado fue tenido en cuenta al momento de liquidar la indemnización por despido del art. 64 del CST; el demandante nunca informó a la compañía el número de semanas cotizadas o su presunta condición de prepensionado, pues su historia laboral goza de reserva legal; tampoco fue informada acerca de la intervención quirúrgica mencionada ni los hallazgos o diagnósticos que se mencionan relacionados con su salud; sin embargo, aceptó que el demandante sufrió el mencionado accidente de trabajo, el cual fue reportado debidamente ante la ARL, pero al 24 de agosto de 2015 no contaba con restricción laboral alguna. Formuló como excepciones de mérito las de cobro de lo no debido, compensación, inexistencia de las obligaciones, buena fe y prescripción (f.º 77-97, 116).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 41 Laboral del Circuito de Bogotá DC, en sentencia del 22 de octubre de 2021, declaró la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre las partes vigente entre el 26 de septiembre de 2013 y el 13 de junio de 2016, en el que el demandante se desempeñó como Operador de microbús, el cual fue terminado sin justa causa; absolvió a la demandada de todas las pretensiones de la demanda; declaró no probadas las excepciones propuestas y condenó al actor al pago de las costas procesales.

Explicó que al demandante le faltaban menos de 3 años para cumplir la edad pensional (62) y 8.43 semanas de cotización para obtener las 1300 establecidas en el régimen de prima media con prestación definida; sin embargo, no probó que la finalización de la relación laboral significaría una afectación a sus derechos fundamentales a la seguridad social y al mínimo vital propio y familiar o que le generara algún perjuicio económico, material o moral, no logró demostrar que el salario devengado en su momento era el único elemento de sustento que tenía para su núcleo familiar, ni informó el hecho de estar próximo a pensionarse, es decir, que le faltaban menos de 3 años para cumplir con la densidad de las semanas cotizadas conforme al protocolo de la demandada para la recepción de los documentos.

En consecuencia, concluyó que el demandante, al momento de la terminación del vínculo laboral, no gozaba de estabilidad laboral reforzada por su condición de pensionado. Agregó que el auxilio de alimentación que recibía el demandante a través de una tarjeta débito, solo podía ser utilizado para la compra de alimentos y las partes acordaron que no constituía factor salarial, de ahí que no era necesario incluirlo dentro de la liquidación de la indemnización por despido, sin que exista prueba alguna que acredite que dicho auxilio debía percibirse en forma mensual. Por las resultas del proceso se relevó del estudio de las excepciones propuestas por la demandada. Guardó silencio en cuando al fuero de estabilidad laboral reforzada por cuestiones de salud. (f.º 186-188).

IV. RECURSO DE APELACIÓN

El demandante apeló, insistiendo en que ostenta la calidad de prepreensionado y se debe tener en cuenta lo dispuesto en la sentencia T-357-

2016 cuando su desvinculación suponga la afectación de su mínimo vital, pues su salario y su eventual pensión son las fuentes de sustento económico, por ende, el hecho de desconocer el número de semanas cotizadas que tenía al momento del despido no exime a la empleadora de la responsabilidad por esa omisión, a sabiendas de que él le manifestó a la empresa su calidad de pensionado y le entregó su historia laboral a la Subdirectora de Gestión Humana. Por tal motivo considera que se debe reconocer por parte de la demandada la calidad de pensionado o próximo a pensionarse y pagar el tiempo que dejó de laborar con todas las prestaciones de ley desde su despido hasta el momento en que le fue reconocida su primera mesada pensional con el reintegro a sus labores, además porque el despido le ocasionó problemas psicológicos y depresivos

Agregó que al momento de ser despedido contaba con 59 años de edad y una discapacidad producto de un accidente laboral, aunado a que se encontraba incapacitado por su tendón de aquiles, siendo de conocimiento de la demandada su enfermedad. Señaló que no existe documento alguno del que se desprenda que el auxilio de alimentos dejaría de reconocerse frente a algunas situaciones, motivo por el cual la demandada debe pagarle ese bono desde el 15 de julio de 2014 hasta el despido sin justa causa, ocurrido el 13 de junio de 2016, bajo las facultades ultra y extra petita, aunado a que se debe calcular la indemnización del art. 64 del CST incluyendo tal rubro.

V. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Recibidas las diligencias en esta Corporación, mediante auto del 29 de noviembre de 2021 se admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante y, conforme a lo normado en el entonces vigente art. 15 del Decreto 806 de 2020, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar (f.º 191).

Ambas partes presentaron alegaciones reiterando los argumentos expuestos en la demanda, su contestación y el recurso interpuesto (f.º 194-200).

VI. CONSIDERACIONES

Cumplidos los trámites de segunda instancia, sin causal de nulidad que invalide lo actuado, esta Colegiatura procede a desatar la alzada, y conforme a lo dispuesto en el artículo 66A del CPTSS, corresponde a la Sala determinar *i)* si

para el momento de la terminación del contrato de trabajo el demandante tiene la calidad de prepensionado o estaba cobijado por el fuero de estabilidad laboral reforzada por razones de su salud; *ii*) si resulta viable incluir dentro de la liquidación de indemnización por despido el monto devengado por el demandante a título de auxilio de alimentación; y *iii*) si resulta factible pagarle al demandante dicho auxilio entre el 15 de julio de 2014 y el 13 de junio de 2016 en uso de las facultades *ultra y extra petita*.

Reintegro Laboral.- Para que un despido pueda ser catalogado como ilegal o ineficaz, es preciso que las disposiciones que rigen las relaciones de trabajo, ya sean de orden legal, extra o supralegal, presupuesten taxativamente algún tipo de estabilidad reforzada en el empleo, como por ejemplo, a través de la consagración de un fuero especial de protección atendiendo a las condiciones particulares del trabajador o de la previsión que se haga en tal sentido, en la convención colectiva, el reglamento interno de trabajo, entre otros. Y, por regla general el empleador, bajo los estamentos de los art. 62, 63 y 64 del CST, cuenta con la potestad de finalizar el vínculo laboral, alegando o no justa causa o modo legal de terminación, mediando el pago de la indemnización respectiva si es del caso, todo ello sin que converja la ineficacia del despido.

En ese orden, se encuentra que la Legislación Nacional, define casos específicos en los que se restringe la potestad que ostenta el empleador de terminar el vínculo laboral sin causa justificada, como son, el fuero de salud establecido en la Ley 361 de 1997, el fuero circunstancial contemplado en el art. 25 del Decreto 2351 de 1965, el fuero sindical previsto en el art. 405 del CST, el de maternidad estatuido en el art. 239 *ibídem* y el que protege a los trabajadores víctimas de conductas de acoso laboral, señalado en el art. 11 de la Ley 1010 de 2006; empero, no existe desarrollo legal del que se desprenda la prohibición de despido sin justa causa o cierto tipo de permanencia en el empleo, para los trabajadores del sector privado, que alegan la calidad de **pre-pensionados**, como ocurre en este asunto.

Por otra parte, si bien se consagró esa estabilidad laboral reforzada para entidades del sector público, tanto respecto de empleados públicos como de trabajadores oficiales, en el art. 12 de la Ley 790 de 2002 *“Por la cual se expiden disposiciones para adelantar el programa de renovación de la administración pública y se otorgan unas facultades extraordinarias al Presidente de la República”*, esta solo es aplicable en el servicio público, que tiene normas propias y una regulación laboral distinta a las

relaciones de trabajo entre particulares, que se rigen por la legislación laboral, sin que unas se hagan extensivas a las otras.

Lo anterior, sin desconocer que tal fuero de estabilidad laboral reforzada se ha introducido jurisprudencialmente por la Corte Constitucional, al considerar «*“prepensionables” las personas vinculadas laboralmente al sector público o privado, que están próximas (dentro de los 3 años siguientes) a acreditar los dos requisitos necesarios para obtener la pensión de vejez (la edad y el número de semanas -o tiempo de servicio- requerido en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida o el capital necesario en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad) y consolidar así su derecho a la pensión*», advirtiendo que dicha garantía no se hace extensible a los eventos en los que el único requisito faltante para acceder a la pensión de vejez es el de la edad (CC SU-003-2018 y T-357-2016), justificado en que esa exigencia puede ser cumplida de manera posterior, con o sin vinculación laboral vigente, pues la «*prepensión*» protege la expectativa del trabajador de obtener su pensión de vejez, ante su posible frustración como consecuencia de una pérdida intempestiva del empleo (CC SU-003-2018).

En todo caso, en el asunto bajo examen, se verifica que a pesar de que el demandante para la fecha de la terminación del vínculo, que tuvo lugar el 13 de junio de 2016 (f.º 16, 101), acumulaba un total de 1291,57 semanas (f.º 18-26), siendo 1300 las requeridas para acceder a la prestación de vejez en el régimen de prima media con prestación definida en el que se encontraba inscrito (f.º 18-26) y contaba con 59 años de edad, al haber nacido el 1º de marzo de 1957, no se puede perder de vista que no acreditó, teniendo la carga probatoria de hacerlo, que esa condición especial o el hecho de faltarle esa irrisoria suma de semanas, la había puesto en conocimiento de su empleador con anticipación o incluso al momento en que ocurrió el despido, como para impedirle a este último proceder a la terminación del vínculo o mantenerlo vigente hasta que completara la densidad mínima de semanas junto con los aportes del empleador, pues a pesar de que en el interrogatorio de parte, el demandante sostuvo que sí comunicó tal hecho al personal de la compañía, no allegó ningún medio probatorio para demostrar de qué forma lo hizo ni cuándo.

Por el contrario, los testigos Jorge Yesid Larramendi Rativa, Director de operaciones de la compañía demandada desde el 16 de enero del 2012, y Eduardo Briceño Alvarado, Director de Gestión Humana de la empresa, desde el 1º de abril del 2011, afirmaron al unísono que el demandante no informó su calidad de prepensionado y nunca les entregó su historia laboral ni a ellos, ni al

departamento de Recursos Humanos o algún otro funcionario de la empresa, de la cual se pudiera desprender la densidad de semanas cotizadas en pensiones por parte del trabajador, lo cual tampoco es exigido a los trabajadores para ingresar a laborar ni es un requisito que deba ser suplido por los operadores en el transcurso de la vigencia del nexo contractual.

Eduardo Briceño agregó que, lo único que verdaderamente sí es necesario al momento del reclutamiento y selección de personal y es exigido por Transmilenio para poder entregar el código de operador de un trabajador, es la entrega de la hoja de vida, contar con la licencia de conducción, las certificaciones laborales de donde se ha trabajado para verificar la experiencia en la operación de los vehículos, constancia de no tener comparendos pendientes o de haber suscrito el acuerdo de pago con la Secretaría de Movilidad. Señaló que todos los trabajadores tienen la posibilidad de radicar derechos de petición y documentos relacionados con incapacidades o situaciones especiales, en la oficina que queda ubicada en el Patio Troncal, o incluso a través de los jefes inmediatos para que estos a su vez, remitan la documental a Gestión Humana. Informó que ni él en su cargo, ni otros funcionarios tienen la posibilidad de consultar la historia laboral de los trabajadores, porque son archivos privados de los operadores e independientes a los que maneja en forma directa la compañía.

Declaraciones que para la Sala tienen plena validez, al indicar de manera clara y coherente los motivos por los cuales les consta lo relatado, y con ellas, se descarta lo afirmado y no probado por la parte actora, relacionada con la aparente información que dio de su condición especial, a la empleadora.

Ahora, tampoco se puede pasar por alto, que acaeció un hecho sobreviniente, respecto del cual, debido a que el mismo demandante efectuó a su favor aportes al sistema entre enero y marzo de 2019, completó un poco más de las cotizaciones que necesitaba para tal fin (1302 semanas), solicitó el reconocimiento pensional el 13 de abril de 2019, y Colpensiones mediante la Resolución n° SUB171445 del 29 de junio de 2019 le reconoció la pensión de vejez regulada en el art. 9° de la Ley 797 de 2003 en cuantía de 1 smlmv a partir del 1° de abril de 2019 (f.º 178-181); de ahí que, partiendo del propósito perseguido con el fuero de estabilidad desarrollado por la Corte Constitucional para extender sus efectos a otros sectores, resultaría inane aplicar esta protección al demandante, porque la terminación de su contrato de trabajo no

impidió que posteriormente adquiriera su estatus de pensionado, como aquí ocurrió.

De este modo, aún por vía jurisprudencial, únicamente sería dable analizar la eventual vulneración del derecho fundamental al mínimo vital y móvil, una vez constatadas las citadas condiciones, esto es, que el trabajador que está próximo a pensionarse no haya completado la densidad de semanas requeridas para acceder a la prestación pensional, por lo que la sola alegación de la amenaza a la prerrogativa referida, que en este caso no se comprueba y por el contrario se desvirtúa con el reconocimiento oportuno de la prestación, no basta ni siquiera bajo los parámetros expuestos por el Tribunal Constitucional para dar paso al fuero de estabilidad pretendido, como equivocadamente parece entenderlo el recurrente, quien tampoco acreditó que con el despido indemnizado (f.º 17, 100, 152 y 171) hubiera surgido la vulneración a su mínimo vital.

Y frente a este último punto resalta la Sala que, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia tiene definido que, es necesario acreditar la existencia de los perjuicios para que proceda su pago, sin que le sea permitido al juez su presunción o deducción a partir de conjeturas o suposiciones (CSJ SL572-2018, CSJ SL4510-2018), lo que aquí el demandante no acreditó.

En consecuencia, frente a este aspecto se **confirma** lo decidido en primera instancia.

Ahora, en lo que tiene que ver con la condición de salud del actor al momento de la terminación del contrato de trabajo, en la que sustentó también lo pretendido, la Ley 361 de 1997 en su art. 26 prevé la estabilidad laboral reforzada por el estado de salud, conforme a la cual, ninguna persona en situación de discapacidad podría ser despedida o su contrato terminado por razón de su discapacidad, salvo que medie autorización del Ministerio del Trabajo; y, en caso de que ello llegase a ocurrir sin el cumplimiento previo de dicho requisito, el trabajador tendría derecho a una indemnización equivalente a 180 días de salario. Disposición que fue declarada exequible por la Corte Constitucional en la sentencia C-531-2000, bajo el entendido de que, en concordancia con los principios de respeto a la dignidad humana, solidaridad e igualdad (arts. 2º y 13 de la Constitución Política), así como de especial protección constitucional en favor de los disminuidos físicos, sensoriales y

síquicos (arts. 47 y 54 *ídem*), también «carecerá de todo efecto jurídico el despido o la terminación del contrato de una persona por razón de su limitación», entendiéndose por tal, su estado o situación de discapacidad.

Tal protección se dirige a salvaguardar la estabilidad del trabajador frente a comportamientos discriminatorios que lo excluyan del empleo por razón de su deficiencia física, sensorial o mental; no obstante, las decisiones motivadas en un principio de razón objetiva son legítimas para dar por terminada la relación de trabajo, por lo que, si se invoca una justa causa legal para la terminación, ello descarta en principio que la disolución del vínculo laboral tenga como fundamento la discapacidad del trabajador, y en ese caso, no resulta obligatorio acudir al inspector del trabajo, por cuanto se debilita la presunción discriminatoria, por una razón objetiva (CSJ SL1360-2018, SL3772-2018, CSJ SL1236-2021).

Igualmente, para que proceda la protección, es necesario que el trabajador, para el momento del despido, se encuentre en una situación de limitación, discapacidad o pérdida de la capacidad laboral en un grado significativo, independientemente de su origen, y que su empleador tenga conocimiento de dicho estado, razón por la cual el beneficio no opera para quienes tengan afecciones de salud o simples incapacidades médicas, pues no cualquier situación o padecimiento físico o sensorial significa *per se* la aplicación de la garantía otorgada por el legislador en materia de estabilidad laboral reforzada (CSJ SL4632, SL3846 y SL711 todas de 2021).

En igual sentido, resulta indispensable mencionar que la Corte Suprema de Justicia en jurisprudencia reiterada y pacífica ha enseñado que para «la concesión de la protección de estabilidad laboral reforzada en comento no es suficiente que al momento del despido el trabajador sufriera quebrantos de salud, estuviera en tratamiento médico o se le hubieran concedido incapacidades médicas, sino que debe acreditarse que al menos tuviera una limitación física, psíquica o sensorial con el carácter de moderada, esto es, que implique un porcentaje de pérdida de capacidad laboral igual o superior al 15% (CSJ SL, 28 ago. 2012, rad. 39207, reiterada en las decisiones CSJ SL14134-2015, SL10538-2016, SL5163 y SL11411 ambas de 2017, SL4609-2020 y SL1236-2021).

En el presente caso, no se discutió que el demandante sufrió un accidente de trabajo el 15 de julio de 2014, tal y como lo manifestaron las partes en la demanda y la contestación (hecho n.º 11), y así se verifica con el informe de accidente de trabajo n.º 332580 con formato de la ARL Seguros Bolívar que

reposa en el f.º 36, del que se desprende que aquel día sufrió una torcedura en su pie izquierdo mientras se bajaba del vehículo asignado que conducía.

Según la historia clínica allegada en forma parcial por el demandante, dicho suceso relacionado con el traumatismo - desgarró del cuello del pie izquierdo (tendón de Aquiles), desencadenó en una cirugía para la reconstrucción con prescripción de inmovilización con férula, medicamentos y muletas, lo que le ocasionó una incapacidad por 20 días comprendidos entre el 15 de julio y el 3 de agosto de 2014; tuvo control o seguimiento por ortopedia y traumatología el 21 de julio y dentro de los 10 primeros días del mes de agosto de esa anualidad (f.º 29-35); seguidamente tuvo una resonancia magnética simple el 12 de agosto siguiente (f.º 37).

El 2 de marzo de 2015, le fue realizado al demandante un examen médico ocupacional periódico en Cendiatra con resultado satisfactorio y recomendaciones a nivel general para no levantar cargas, ni subir o bajar escaleras, recomendaciones nutricionales en cuanto a cambios en su estilo de vida y aumento en la actividad física y le sugirieron reasignación de funciones, así como valoración por ortopedia, otorrinolaringología y optometría (f.º 38-46). El 6 de julio de 2015 fue dictaminada por parte de la ARL Seguros Bolívar una disminución de la capacidad laboral del demandante en un 13.80% con incapacidad permanente parcial, debido a la ruptura del tendón aquiliano izquierdo de origen laboral por accidente de trabajo. El dictamen fue puesto en conocimiento tanto del demandante, como de la empleadora aquí demandada, de la EPS Cruz Blanca y de Colpensiones (f.º 47-51). Y, según comunicación dirigida por parte de las áreas de Rehabilitación Integral y Comité Médico Laboral de la ARL Seguros Bolívar, a la empresa demandada el 24 de agosto de 2015 se indicó que *«[d]e la consulta médica realizada por la especialidad de fisioterapia el día 27/05/2015, así como el estado actual del trabajador se encuentra que el señor Carlos Julio Parra Calderón no tiene ninguna restricción laboral, por lo tanto puede desempeñarse en su actividad habitual cumpliendo con las recomendaciones propias del programa de salud ocupacional de la empresa»* (f.º 52).

Posteriormente, el 25 de mayo de 2016 el demandante fue remitido por parte de la ARL Seguros Bolívar a la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca, entidad que dictaminó una pérdida de capacidad laboral del trabajador de un 14.90% con incapacidad permanente parcial originada en un accidente laboral con fecha de estructuración al 15 de julio de 2014, tras valorar las resonancias magnéticas practicadas el 12 de agosto de

2014 y el 14 de abril de 2016 (f.º 54-56). No obra constancia de haber sido puesto en conocimiento este dictamen al empleador.

Lo anterior significa que si bien el mencionado accidente de trabajo le ocasionó una serie de dificultades físicas al demandante, que inicialmente le produjo una incapacidad de 20 días y unas recomendaciones, lo cierto es que, tal y como lo advirtieron las áreas de Rehabilitación Integral y Comité Médico Laboral de la ARL Seguros Bolívar, para el 24 de agosto de 2015 el trabajador se encontraba con un estado de salud respecto del cual no tenía restricción laboral o recomendación médica alguna, tanto es así que podía desempeñarse en su actividad habitual sin inconvenientes; además, no estaba gozando el trabajador de incapacidad médica al momento de la terminación del vínculo laboral, pues la única incapacidad que se aportó al plenario finalizó el 3 de agosto de 2014 es decir, casi 2 años atrás de haberse puesto fin al contrato el 13 de junio de 2016 (f.º 16, 10).

Adicionalmente, la pérdida de la capacidad laboral que el demandante tenía para el 25 de mayo de 2016, no era significativa teniendo en cuenta el porcentaje otorgado por la Junta Regional de Calificación de Invalidez, respecto del cual no hubo reparo alguno por parte del interesado; sin que se acreditara en forma alguna que para la data de la terminación del vínculo, tuviera alguna afección física, sensorial o psíquica, por lo menos moderada o que el diagnóstico por el cual fue calificado, le afectara, dificultara o impidiera de manera sustancial el desempeño de sus labores en condiciones regulares.

De donde se concluye que, pese a que el despido se dio sin justa causa, no se verifica que dicha ruptura haya sido discriminatoria, por lo que no había lugar a exigir autorización del Ministerio de Trabajo para proceder de tal forma, porque el demandante no ostentaba una estabilidad laboral reforzada por razones de su salud para la data en la que se puso fin al nexo contractual, lo que da al traste con el reintegro pretendido con base en esta clase de fuero.

Bonificación por mera liberalidad, auxilio de alimentación, educación y salud. Dispone el art. 127 del CST, modificado por el art. 14 de la Ley 50 de 1990, que 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 adopte”*. De allí se sigue que *«independientemente de la forma, denominación o instrumento jurídico que se utilice, si un pago se dirige a retribuir el trabajo*

prestado, es salario. No importa, entonces, la figura jurídica o contractual utilizada, si lo percibido es consecuencia directa de la labor desempeñada o la mera disposición de la fuerza de trabajo, tendrá, en virtud del principio de la primacía de la realidad (art. 53 CP), carácter salarial» (CSJ SL12220-2017).

Por su parte, el art. 128 del CST, prevé que no constituyen salario las sumas que ocasionalmente y por mera liberalidad recibe el trabajador del empleador, como bonificaciones o gratificaciones ocasionales, ni aquellos beneficios o auxilios habituales u ocasionales acordados convencional o contractualmente u otorgados en forma extralegal por el empleador, cuando las partes hayan dispuesto expresamente que no constituyen salario en dinero o en especie, tales como la alimentación, habitación o vestuario.

En el presente caso, existe prueba del pacto expreso de exclusión salarial fijado por las partes, pues se verifica que en el par. 2º de la cláusula 7ª del contrato de trabajo suscrito entre las partes el 26 de septiembre de 2013 (f.º 11-14, 98, 99), se estableció que *«a partir de la fecha se acuerda que el empleador por su mera liberalidad podrá reconocer a favor del trabajador bonificaciones, premios, auxilios o similares, bien sea por el cumplimiento de obligaciones, buen desempeño, cumplimiento de objetivos o tareas etc., y que las sumas que se reciban por tales conceptos no tendrán el carácter de salario y en consecuencia tampoco serán tenidas como factor prestacional para ningún efecto, ni liquidación de acreencias laborales, todo de acuerdo con lo establecido en el Código Sustantivo del Trabajo».*

Así que efectuando una valoración conjunta al tenor de lo dispuesto en el art. 61 del CPTSS, de este documento con las declaraciones de terceros rendidas en el trámite, se llega a la conclusión de que los pagos que recibía el demandante a título de auxilio de alimentación, no tenían connotación salarial, toda vez que el demandante en su interrogatorio de parte admitió que tal auxilio le era pagado a través de una tarjeta canasta del Banco Davivienda, que podía usarla para mercados. Y los testigos Jorge Yesid Larramendi y Eduardo Briceño Alvarado, quienes informaron las razones de sus dicho con las circunstancias de modo, tiempo y lugar en la que les consta lo narrado, conforme el art. 221 del CGP, de manera clara, detallada y contundente, afirmaron que dicho auxilio le es pagado mensualmente a todos los funcionarios de la empresa por mera liberalidad sin que haga parte del salario ni genere carga prestacional; que siempre se ha girado a través de un convenio regulado y exclusivo con la mencionada entidad financiera, quien inicialmente entregaba una tarjeta Davivienda Maestro, después una tarjeta BigPass durante un año y posteriormente entregó la tarjeta

Davivienda Mastercard; que la empleadora reporta al banco las cédulas a las que hay que atribuir el valor del auxilio de alimentación y la entidad financiera procede a hacer el cargue a final de mes a quienes se han hecho merecedores de ese auxilio.

Así mismo, informaron que se trata de una tarjeta de alimentación de uso exclusivo para consumir en determinados establecimientos que vendan alimentos preparados o para preparar, y así cubrir esa necesidad de alimentación al trabajador y a su familia; por ende, no sirve en ningún otro establecimiento, ni en cajeros para convertir ese auxilio en dinero en efectivo.

Advierte la Sala que el hecho de que esté probado que el mentado auxilio era cancelado al actor en algunos meses y en montos variables, excepto en los meses febrero y noviembre de 2014, enero y febrero de 2015 (f.º 148-153, 167-172), no obsta para que tales pagos sean considerados no salariales, por cuanto existió un acuerdo expreso de las partes de excluirlos como factor salarial, desde la suscripción del contrato de trabajo, sin que se estableciera en forma alguna, en este asunto, que se trataba de una retribución directa del servicio, para efectos de restarle eficacia a la estipulación concreta y al pacto establecido al respecto, sino que por el contrario, podía ser utilizado únicamente en almacenes específicos para compra de productos de canasta familiar preparados o para preparar; de ahí que no pueda accederse a la pretensión subsidiaria con el fin de que este auxilio sea contabilizado dentro de la indemnización por despido que en el interrogatorio de parte el demandante aceptó haber recibido dentro del pago dentro de la liquidación final de prestaciones sociales visible a f.º 17 y 100, con el reporte de nómina acumulada que obra a f.º 152 y 171.

Por último, cumple indicar que no se estudiará el punto de apelación relacionado con el pago del auxilio de alimentación causado entre el 15 de julio de 2014 y el 13 de junio de 2016, ya que ese aspecto constituye una pretensión nueva, frente a la cual la Sala no está habilitada para emitir pronunciamiento alguno, en la medida en que las facultades ultra y extra petita no le están permitidas conforme lo establece el art. 50 CPTSS, pues carece de competencia funcional para decidir sobre conceptos o supuestos que no fueron pretendidos, menos aún discutidos en la primera instancia (CSJ SL8716-2014).

En estos términos queda estudiada la apelación de la parte actora. Sin costas en la alzada.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia absolutoria proferida el 22 de octubre de 2021, por el Juzgado 41 Laboral del Circuito de Bogotá DC, acorde con lo expuesto en las consideraciones de esta decisión.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Magistrada ponente



MILLER ESQUIVEL GAITÁN
Magistrado



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado

(*) Hipervínculo de consulta de expediente digitalizado:

<https://etbcsj->

my.sharepoint.com/:f:/g/personal/des15sltsbta_cendoj_ramajudicial_gov_co/Ek4S1BwsVRZGv0KWSS1d9zQBO18EGa1hlqVdmO2IN6UDtA?e=025uwY

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

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

Código de verificación: **e41c4f020a959daa6a5c1eed312a3e1e3f0f5391bd396454c02340d84edc2a84**

Documento generado en 28/02/2023 02:11:43 PM

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