



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CUNDINAMARCA
SALA DE DECISIÓN LABORAL**

Magistrada Ponente: Martha Ruth Ospina Gaitán

Expediente No. 11001 31 05 023 2020 00034 01

Heber Chaparro García vs. Ismocol S.A.

Bogotá D. C., trece (13) de abril de dos mil veintitrés (2023).

En cumplimiento del Acuerdo PCSJA22-11978 del 29 de julio de 2022 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, en concordancia con el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, resuelve la Sala los recursos de apelación de las partes contra la sentencia condenatoria proferida el 15 de octubre de 2020 por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de la referencia.

Previa deliberación de los Magistrados, y conforme a los términos acordados en la Sala de decisión, se profiere la siguiente,

Sentencia

Antecedentes

1. Demanda. Heber Chaparro García, mediante apoderado judicial, presentó demanda ordinaria laboral contra la sociedad Ismocol S.A., con el fin de que se declare la existencia de varios contratos de trabajo, uno del 23 de marzo de 2012 al 15 de enero de 2013, otro del 16 de enero al 2 de septiembre de 2013, otro del 2 de octubre de 2013 al 2 de enero de 2014, uno más del 29 de enero al 29 de marzo de 2014 y uno más del 4 al 23 de mayo de 2015, así como que se declare ineficaz la terminación de cada uno de estos o, en subsidio, se aplique el parágrafo 1º del artículo 20 de la Ley 789 de 2002 y, en consecuencia, se condene al pago “con el salario realmente pagado” del auxilio de cesantías, intereses sobre las cesantías con su correspondiente sanción, prima de servicios, compensación de vacaciones, cotizaciones a seguridad social en salud, pensiones y riesgos laborales, las indemnizaciones moratorias contenidas en los artículos 99 de la Ley 50 de 1990 y 65 del CST, junto con la “indemnización y/o acreencias laborales (...) producto de la ineficacia de la terminación de cada uno de los contratos de trabajo (...) o, en subsidio del último de ellos, desde el día siguiente a la terminación de esos contratos, o del último de ellos de conformidad con el artículo 29, parágrafo 1 de la Ley 789 de 2002”, lo *ultra y extra petita* y las costas.



Como supuesto fáctico de lo pretendido, manifestó, en síntesis, que prestó servicios personales en el cargo de 'operador camión grúa' para la entidad demandada, en ejecución de 5 contratos de trabajo, en las fechas enunciadas, en virtud de los cuales recibió salarios mensuales promedio conformado por el trabajo de horas extras y recargo nocturno equivalentes las sumas de \$3.584.305, \$5.467.200, \$3.217.590, \$3.237.116 y \$2.443.020, respectivamente, para cada contrato, pero sus aportes a seguridad social, sus prestaciones sociales y los recargos nocturnos fueron liquidados con base en \$3.412.530, \$3.866.640, \$2.459.340, \$2.367.565 y \$1.750.072.

2. La demanda correspondió al Juzgado Segundo Promiscuo del Circuito de Puerto López, Meta, quien por auto proferido el 16 de agosto de 2017, le dio trámite.

3. Contestación de la demanda. Por auto proferido el 6 de diciembre de 2017, el juzgado de conocimiento tuvo por no contestada la demanda.

4. Durante la audiencia pública celebrada el 3 de abril de 2018, se aceptó el desistimiento de las pretensiones condenatorias que derivan del último contrato de trabajo existente entre el 4 y 23 de mayo de 2015, por lo que el objeto del litigio se fijó únicamente alrededor de las acreencias laborales que derivaban de los contratos de trabajo a término fijo que existieron entre el 23 de marzo de 2012 y el 29 de marzo de 2014, es decir, de los 4 primeros vínculos, y no del respecto del último.

5. Durante la audiencia pública celebrada el 25 de noviembre de 2019, el juez declaró de manera oficiosa la falta de competencia territorial.

6. Por auto proferido el 3 de septiembre de 2020, el Juzgado 23 Laboral del Circuito de Bogotá avocó conocimiento del asunto y realizó nuevamente la audiencia pública de conciliación, decisión de excepciones previas, saneamiento, fijación del litigio y decreto de pruebas, a pesar de ser una fase del proceso ya surtida, posteriormente llevó a cabo la audiencia de trámite y juzgamiento.

7. Sentencia de primera instancia.

El Juez 23 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante la sentencia proferida el 15 de octubre de 2020, declaró que entre las partes existieron 5 contratos de trabajo, uno a término fijo del 23 de marzo de 2012 al 15 de enero de 2013, otro por duración de la



obra del 16 de enero al 2 de septiembre de 2013, otro a término fijo del 2 de octubre de 2013 al 2 de enero de 2014, uno más a término fijo del 29 de enero al 29 de marzo de 2014 y otro a término fijo del 4 al 23 de mayo de 2015, en virtud de los cuales el demandante prestó servicios personales como 'operador de camión grúa' y, en consecuencia, condenó a la entidad demandada al pago de las sumas de \$590.634,53 por concepto de diferencias de auxilio de cesantías, \$47.876,40 por concepto de diferencias de intereses sobre las cesantías, \$590.634,53 por concepto de diferencias de prima de servicios, \$312.237,26 por concepto de diferencias de vacaciones, así como al reajuste de las cotizaciones a seguridad social en pensiones del 16 de enero al 2 de septiembre de 2013 con base en unas diferencias de \$472.002,00, \$570,667, \$1.394.671, \$1.312.000, \$2.066.667, \$1.784.000 y \$3.493.667 para los meses de febrero, marzo, abril, mayo, julio, agosto y septiembre de 2013; absolvió de las demás pretensiones incoadas en su contra por la parte demandante, e impuso condena en costas a la parte demandada.

8. Recursos de apelación. Inconformes con la sentencia, las partes presentaron recurso de apelación, y lo sustentaron de la siguiente manera.

8.1. Recurso de apelación de la parte demandante. Fundó su inconformidad en que *"En primer lugar, debo referirme a la negación del juzgado de concederle al pago realizado por la entidad demandada por concepto de bono técnico al demandante durante la vigencia de los contratos de trabajo suscritos entre el 2 de octubre de 2013 y el 2 de enero de 2014, que fue la tercera relación laboral. La cuarta relación laboral que se vio desarrollada entre el 29 de enero de 2014 y el 29 de marzo de 2014, y la quinta relación que se dio dentro del periodo comprendido entre el 4 de mayo de 2015 y el 23 de mayo de 2015. Es para esta apelante desacertado (...) el concepto que da el juzgado a este pago, que se llevó a cabo de manera habitual como consta en todos los desprendibles de nómina que se aportaron con la demanda y tanto por la entidad demandada con la contestación de la demanda dentro de estos periodos de tiempo. Pues, consideramos que esa estipulación que aparece en las cláusulas del contrato que el juzgado hace mención son de manera genérica. Se hicieron de manera genérica. No había una certeza respecto de qué conceptos estaba estipulando que no constituían salario. Pero además su señoría el documento al que hace mención el despacho es un documento, es una mera formalidad. Bien lo indicaron tanto el representante legal como el testigo que escuchamos en la audiencia anterior, que eran simplemente formularios, formas que tenía la entidad demandada para hacer la contratación de cada uno de sus trabajadores; por tanto, no medió en dicho contrato una voluntad de las partes. Ello, entonces, da cuenta de que esto solamente obedeció a formalidades para la contratación, más no a lo que correspondió en la realidad, y los comprobantes de nómina que se aportaron y que obran dentro del expediente, si nos dan cuenta de que en realidad estos pagos fueron de manera habitual, y la habitualidad es uno de los elementos que nos permiten considerar y confirmar que los pagos que se han recibido constituyen salario. Además de ello, estos pagos también de bono técnico, es evidente que remuneraban el servicio que el demandante prestaba a la entidad demandada pues como bien lo mencionó el juez en su fallo correspondían a pagos*



realizados por la entidad demandada al demandante por su desempeño, por su trabajo. Lo cual es indudable que se derivaba precisamente como contraprestación directa del servicio que el demandante prestaba. En consecuencia no se vislumbra razón seria, ni atendible para que no sean considerados como un factor salarial dentro de estos contratos. Ello teniendo en cuenta también (...) hubo pago, bueno, estos pagos los realizó directamente el empleador, estaban encaminados a retribuirle al trabajador precisamente por su servicio, por su buen servicio desempeñado. No hay duda del origen de ese pago, no hay duda de quién lo pagó, no hay duda de por qué razón se pagó, lo cual (...) nos lleva, estos interrogantes a concluir que los pagos que el empleador realizó por bonos técnicos, los realizó él mismo, no los realizó ningún tercero, se los realizó a su trabajador, se pagaron de manera habitual. Luego, reúnen todos los elementos objetivos del salario y, en consecuencia, en modo alguno puede considerarse como no factor salarial. Indistintamente de la denominación que se le dé a un pago, lo cierto es que si se demuestra como en efecto está demostrado dentro del presente, que fueron de manera habitual y como contraprestación del servicio, es evidente que constituyen salario, ello a la luz de lo establecido en el artículo 127 de nuestra normativa. En consecuencia, solicito que el honorable Tribunal revoque la decisión del despacho de no tener como factor salarial esto de concepto de bono técnico pagado al demandante durante la vigencia del tercero, cuarto y quinto contrato, que ya mencioné al inicio de mi intervención; por tanto, consideramos que hay lugar a la reliquidación de las prestaciones durante estos, en vigencia de estos contratos. Nos encontramos también inconformes con la decisión del juzgado en cuanto a no concederle la indemnización del artículo 65 por cuanto es evidente que el actuar de la entidad demandada en modo alguno se puede enmarcar dentro de los parámetros de la buena fe, teniendo en cuenta que precisamente tanto el representante legal como el testigo que se escuchó indicaron que estos pagos se le hacían habitual y que además no constituían salario, pero sí se realizaron de forma periódica, explicaron, indicaron por qué, para qué eran, y quién los pagaba, lo cual su señoría evidentemente es un actuar que transgrede la normatividad laboral en cuanto a que, por regla general, como lo explica el artículo 127 todo lo que el trabajador devenga debe considerarse en salario. Este actuar es simplemente de la entidad demandada, es simplemente una transgresión a la normativa laboral y a la jurisprudencia que en reiteradas ocasiones le ha dado ese factor salarial a las retribuciones, a todo lo que, en principio, el trabajador devengue, y en este sentido, quiero hacer mención a lo expuesto en la sentencia SL959-2020, rad. 75948, de fecha 18 de marzo de 2020, M.P. Jimena Isabel Godoy, en donde nuevamente reitera toda la postura de la sala y de nuestra corte en indicar que, pese a cualquier denominación que se le dé a un pago que se le haga al trabajador de manera habitual, pues el mismo no puede considerarse que no es salario por la denominación que se le dé, en consecuencia, vemos que el actuar de la entidad demandada, en efecto, se enmarca dentro de los parámetros de la mala fe. Está señalado (...) que estas bonificaciones como ya lo he mencionado sí constituyen salario. Por tal razón, consideramos que deben tenerse como factor salarial, tanto los bonos técnicos pagados durante estas vigencias laborales, así como entonces, en consecuencia, proceder con la reliquidación de todas las prestaciones sociales de estas vigencias de estos contratos, y acceder a las indemnizaciones que se pretenden por cuanto a la terminación del contrato de cada uno de estos contratos, la entidad demandada no pagó de manera oportuna, ni suficiente a la terminación de cada contrato la entidad demandada quedó debiéndole al trabajador pagos por sus prestaciones sociales, teniendo en cuenta que no le dio el factor salarial a los pagos que realizó de manera habitual por bonos técnicos y que ya sea expuesto (...) Por tal motivo, solicitamos que se revoque la sentencia en este sentido y se acceda a las pretensiones de la demanda. En estos términos dejo sustentada la apelación”.



8.2. Recurso de apelación de la parte demandada. Reparó lo siguiente: *“Es posible que el despacho no haya tenido una consideración particular respecto de la observación que se hizo de la presunta habitualidad que se encuentra en el segundo contrato de trabajo. Puede haber sido (...) que el despacho hubiese tenido en cuenta que al revisar estos volantes, que encuentra unas cifras que son altas, por ejemplo, digamos quincenales de abril, viáticos, alimentación, 21, otros viáticos, alimentación, en otros meses 6, alimentación, 11, (...) hay que precisar que estos viáticos de alimentación se cuentan respecto de desayunos, almuerzo y cena; es decir, que por un día de viático, por 1 día viajado, se reconocen estos 3 viáticos. Si el trabajador únicamente viajó solo en la mañana, únicamente se reconoce 1. Entonces tal vez la cantidad que se ve en los volantes es la que llama la atención del despacho y lleva a concluir que es posible que exista habitualidad cuando realmente no debe, seguramente se pasó por alto que este viático sumaba, si era desayuno, almuerzo y comida, debía multiplicarse por 3 en 1 solo día. Si miramos, por ejemplo, algunos volantes donde aparece en segunda quincena del mes de agosto, un reembolso de alojamiento de 1, 2 aparece también. En el de julio aparece 8, 6, en el de mayo aparece únicamente 8 y en los anteriores no encontramos, bueno sí en el de marzo, se encuentran, pero no existe regularidad o la regularidad, por lo menos, o la frecuencia que nos vendría a exigir la norma del CST que habla del reconocimiento de los viáticos. Entonces, esta irregularidad o esta baja frecuencia, incluso podríamos decirlo porque en los primeros meses puede observarse que no hay un reembolso de alojamiento. Sí, seguramente el trabajador viajó en la mañana, y se regresó al medio día o de pronto viajó al medio día y se regresó en la tarde, lo que implicaría alimentación, pero esta falta de frecuencia en los viáticos llevarían a concluir que no hay una habitualidad y, por ende, la interpretación que hizo la empresa respecto de si era o no salario, vendría a ser correcta. Entonces, bajo esos términos yo sí respetuosamente quiero formular el recurso de apelación para explorar la posición del Tribunal”.*

9. Alegatos de conclusión. Dentro del término concedido en segunda instancia intervinieron ambas partes, así:

9.1. De la parte demandante. Insistió en que debe condenarse a la entidad demandada al pago de las indemnizaciones moratorias porque avalar la tesis del juzgado sobre su absolución *“conduciría a permitir la desalarización de alguna porción de la remuneración de los trabajadores, bajo el argumento de que si poseen alguna experiencia o título de idoneidad relevantes, por esta razón se diga que una parte de su remuneración no es salario, de manera discriminatoria y sin ningún juicio de racionalidad o de proporcionalidad, por el simple hecho de ser más aptos o por tener más experiencia, cuando precisamente sus servicios se prestan y su vinculación obedeció a ese mayor grado de experiencia o de idoneidad”.* De los viáticos, argumentó que no hay duda de que estos se subsumen en el artículo 130 del CST *“porque además de producirse de manera habitual o permanente, estaban destinados a sufragar la manutención y alojamiento del demandante como trabajador de la demandada”.*

9.2. De la parte demandada. Adujo que la cantidad de viajes del trabajador no alcanzó a ser suficientemente representativa como para considerar que los gastos en que se incurría eran permanentes, por lo que debe tomarse únicamente el criterio



denominado “viático ocas. Alojamiento” que figura en los volantes de nómina “*porque la alimentación, que aparece como ‘viático ocas. alimentación’ no ofrece un parámetro fiable, habida cuenta que (...) la alimentación se contabilizó por raciones en el volante de nómina, es decir, el desayuno, el almuerzo y la cena, cada uno representa una ración, de manera que si el trabajador viajaba a primera hora del día y llegaba de noche, tomaría estas tres raciones durante su viaje – tres ítems de alimentación – pero a fin de cuentas sería solo un día de viaje*”, por lo que si se incorpora cada ración como un día completo de viaje – “*aun así el porcentaje no es considerablemente alto comparado con los días laborados durante todo el contrato*”. En gracia de la discusión se aceptara que los viáticos son permanentes, solicitó no condenar al pago de la indemnización moratoria reclamada por la parte demandante. Respecto del bono técnico, alegó que este no se pagaba regularmente al demandante y sobre él recae un pacto de exclusión salarial a la luz del artículo 128 del CST.

10. Problema (s) jurídico (s) a resolver. De conformidad con el artículo 66A del CPT y de la S.S., corresponde a la Sala resolver los siguientes problemas jurídicos:

1) ¿Desacertó el juez a quo cuando descartó que el ‘bono técnico’ no era constitutivo de salario a la luz del artículo 127 del CST?; **2)** ¿Se equivocó el juez a quo cuando determinó que los viáticos percibidos por el demandante eran habituales y permanentes y, por ende, debían ser considerados como salario a la luz del artículo 130 del CST?; y **3)** ¿Incurrió en error el juez a quo al absolver del pago de la indemnización moratoria por la falta de pago oportuno y completo de prestaciones sociales a la terminación del contrato de trabajo, contenida en el artículo 65 del CST?

11. Resolución a (los) problema (s) jurídicos (s): De antemano la Sala anuncia que la sentencia apelada será **revocada** en cuanto absolvió de la reliquidación de acreencias laborales por inclusión del bono técnico, en lo demás **se confirmará**.

12. Fundamentos normativos y jurisprudenciales: Arts. 65, 127, 128, 130 CST, 61 CPTSS; CSJ, SL., 7 oct. 1994, rad. 7155; CSJ SL., 20 oct. 2005 rad. 25403; CSJ SL, 30 sep. 2008 rad. 31662; CSJ SL., 30 sep. 2008 rad. 33156; CSJ SL, 27 nov. 2012, rad. 42277; CSJ SL562-2013; CSJ SL403-2013, SL10995-2014, SL8216-2016; CSJ SL12220-2017; CSJ SL1798-2018; CSJ SL3272-2018; CSJ SL5159-2018; CSJ SL539-2020; CSJ SL3614-2020; CSJ SL986-2021; CSJ SL4311-2022.

Consideraciones.



En este asunto no se discute que entre las partes existieron **5** contratos de trabajo, así: i) del 23 de marzo de 2012 al 15 de enero de 2013, ii) del 16 de enero al 2 de septiembre de 2013, iii) del 2 de octubre de 2013 al 2 de enero de 2014, iv) del 29 de enero al 29 de marzo de 2014 y v) del 4 al 23 de mayo de 2015, en virtud de los cuales el demandante prestó servicios como 'operador de camión grúa'.

	Fecha inicio	Fecha fin	Modalidad	Cargo
1	23-mar-12	15-ene-13	Término fijo	Operador de camión grúa
2	16-ene-13	2-sept-13	Duración de la obra	Operador de camión grúa
3	2-oct-13	2-ene-14	Término fijo	Operador de camión grúa
4	29-ene-14	29-mar-14	Término fijo	Operador de camión grúa
5	4-may-15	23-may-15	Término fijo	Operador de camión grúa

A continuación, por cuestiones de método esta Sala procede a darle solución a los problemas jurídicos planteados en el siguiente orden:

¿Desacertó el juez a quo cuando descartó que el 'bono técnico' no era constitutivo de salario a la luz del artículo 127 del CST?

Dispone el artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo que constituye **salario**, no solo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte, como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas y comisiones.

Por su parte, el artículo 128 del mismo código preceptúa que no constituye salario las sumas que ocasionalmente y por mera liberalidad recibe el trabajador del empleador, como primas, bonificaciones o gratificaciones ocasionales, participación de utilidades, excedentes de las empresas de economía solidaria y lo que recibe en dinero o en especie no para su beneficio, ni para enriquecer su patrimonio, sino para desempeñar a cabalidad sus funciones, como gastos de representación, medios de transporte, elementos de trabajo y otros semejantes, como tampoco las prestaciones sociales de que tratan los títulos VIII y IX, ni los 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, las primas extralegales, de vacaciones, de servicios o de navidad.



Frente al tema de las denominadas 'cláusulas de exclusión salarial', se destaca que, si bien este último artículo permite que las partes de una relación laboral puedan restarle connotación salarial a un concepto que paga con ocasión de un contrato de trabajo, lo cierto es que si estos retribuyen directamente el servicio prestado por el trabajador y, además, se pagan en forma habitual, no queda otro camino que tenerlos como constitutivos de salario a la luz del artículo 127 ibídem, con independencia de la calificación o denominación que aparezca en la cláusula del contrato, o en un otrosí que se suscriban entre ellos, con aparentes tintes de legalidad (CSJ SL403-2013, SL10995-2014, SL8216-2016). Lo dicho hace indispensable que el acuerdo encaminado a estipular qué beneficios o auxilios extralegales no van a tener incidencia salarial, sea **expreso, claro, preciso y detallado** de los rubros cobijados en él, toda vez que no es posible avalar cláusulas globales o genéricas, como tampoco, por vía de interpretación o lectura extensiva, incorporar pagos que no fueron objeto de convenio, de modo que cuando exista duda al respecto, esta debe resolverse en favor de la regla general, es decir, que para todos los efectos debe ser constitutivo de salario (CSJ SL1798-2018)

Entre los criterios auxiliares en los que es válido apoyarse, se encuentran, entre otros, la habitualidad del pago (CSJ SL1798-2018) o su proporcionalidad respecto del total de los ingresos (CSJ SL, 27 nov. 2012, rad. 42277), sin descartar, desde luego, que podrían existir emolumentos ocasionales o pagos laborales que no representan un porcentaje mayúsculo, sino minúsculo (CSJ SL5159-2018).

La jurisprudencia de nuestro órgano de cierre, en su especialidad laboral, ha considerado que, al ser el salario y la prestación personal del servicio el objeto principal del contrato de trabajo, debe asumirse que cualquier pago que reciba el trabajador por la sola puesta en disposición de su fuerza de trabajo al empleador, sea constitutivo de **salario**, a menos que resulte totalmente claro que su reconocimiento o entrega obedece a una finalidad diferente o que se demuestren las condiciones de ocasionalidad o de mera liberalidad, o mejor, que su causa no es remunerativa de ese servicio prestado, sin que ello implique que sea el trabajador el que le corresponde demostrar que los pagos que reciba tengan causa retributiva, sino, más bien, que sea el empleador, como dueño de la información y quien diseña los planes de beneficios y, por ello, se encuentra en mejor posición probatoria, quien asuma la carga de la prueba para demostrar que lo pagado tiene una causa completamente distinta (CSJ SL12220-2017; CSJ SL3272-2018; CSJ SL4313-2022).



En la práctica puede darse que al trabajador se le paguen conceptos que no retribuyen el servicio, bien sea porque se hacen por mera liberalidad, o porque buscan mejorar su calidad de vida o cubrir ciertas necesidades o desempeñar a cabalidad sus funciones, pero esto tiene que ser probado por la parte demandada,

En el presente caso, las partes no discuten que el bono técnico fue pagado al demandante durante el **tercer** y **cuatro** contrato de trabajo, es decir, en aquellos que tuvieron vigencia del 2 de octubre de 2013 al 2 de enero de 2014 y del 29 de enero al 29 de marzo de 2014 (pp. 34-35 y 47-49, archivo23). De modo que será en estos dos únicos ciclos laborales que se determinará si son o no constitutivos de salario.

De los documentos suscritos el 1º de octubre de 2013 y 28 de enero de 2014, con referencia 'bono técnico' se observa que la entidad demandada *"en forma extralegal y a título de mera liberalidad"* decidió reconocer al demandante un pago no salarial equivalente a \$35.000 diarios, que *"no tiene por finalidad la retribución directa del servicio (...) ni para su beneficio, ni para enriquecer su patrimonio"*, sino más bien como *"reconocimiento a la capacidad operativa y técnica dada la especialidad y conocimientos que (...) ha acreditado y el grado de importancia de estos conocimientos para la ejecución del proyecto en la actividad (...)"*, así como para *"estimular y premiar su buen desempeño en salud ocupacional y medio ambiente, como también el cumplimiento y puesta en práctica de las políticas de aseguramiento de la calidad de la compañía"*, con la advertencia de suprimirlo eventualmente (pp. 40 y 54, archivo23).

De su contenido, se extrae que, aunque las partes no citaron el artículo 128 del CST, sí optaron por acudir a su autorización, para excluir de la base salarial el rubro antes mencionado y dejaron explícito cuál era su finalidad; de ahí que no es cierto como lo pretende hacer ver la parte demandante que este pacto de exclusión salarial no sea detallado, claro y preciso, como para restarle validez por ese aspecto. De hecho, su referencia es notoria y clara porque allí se plasmó la expresión "bono técnico". Entonces no se entiende cómo se refuta que nunca se supo sobre qué recaía.

De los pagos, hay que decir que con los comprobantes de nómina de octubre, noviembre y diciembre de 2013 y enero de 2014 – que corresponden al tercer contrato de trabajo – (pp. 42-45, archivo23), así como los febrero y marzo del mismo año (pp. 56-58, archivo23) – relativos al cuarto contrato de trabajo que existió entre las partes, se demuestra que este estipendio laboral se reconoció en cada uno de esos meses. Por ejemplo, en octubre, noviembre y diciembre de 2013 por 59 días, y enero, febrero y marzo de 2014 por 33 días, como se ilustra a continuación.



Ciclo	Cantidad	Bono técnico
oct-2013	21	\$ 735.000,00
nov-2013	21	\$ 735.000,00
dic-2013	13	\$ 455.000,00
ene-2014	4	\$ 140.000,00

Ciclo	Cantidad	Bono técnico
ene-2014	10	\$ 350.000,00
feb-2014	13	\$ 455.000,00
mar-2014	10	\$ 350.000,00

En cuanto a cuál era la finalidad con la que reconoció este estipendio, obran los siguientes elementos de convicción.

En su interrogatorio, el **representante legal** de la entidad demandada señaló que para los contratos de trabajo que se desarrollaron para el cliente Pacific, la remuneración del demandante estaba conformado por una suma básica y un bono técnico *“que era una suma que la empresa le otorgaba a sus trabajadores en la medida en que ellos cumplieran, bueno hay varios factores, pero uno de ellos y de los más relevantes en que podía haber condicionado ese bono técnico era el cumplimiento de los estándares en seguridad y calidad y en salud y seguridad en el trabajo; es decir, si en algún momento el trabajador llega a cometer una imprudencia o hacer una actividad fuera de los parámetros de lo que corresponde a salud y seguridad en el trabajo, podría verse afectado (...) por esa especial situación que manejan los trabajadores cuando están retirados en estos espacios distantes porque en campo rubiales está retirado de Puerto Gaitán. Entonces la empresa les concede ese tipo de beneficios o reconocimiento por estas situaciones, que claramente se pactó, las partes así lo acordaron, que no constituía salario”*.

A la pregunta de cómo y en dónde había quedado estipulado tal aspecto, el declarante contestó: *“hay varios momentos en el curso de la relación laboral, el primer momento es cuando el trabajador ingresa a laborar a la compañía, se le dice en la inducción (...) su salario va a estar conformado de esta manera, un básico (...) bonificación técnica que usted la va a devengar mientras se cumpla con esta circunstancia. (...) En otro momento cuando se la firma del contrato de trabajo. Al trabajador se le pone de presente una carta donde se le dicen estas son las condiciones de su bonificación técnica, esto no va a constituir salario. Se le entrega un reglamento en donde se le aclara que esta bonificación técnica no va a constituir salario y en el mismo contrato también expresa de manera clara y explícito que la suma que se le paga por bono técnico son sumas adicionales, no son constitutivas de salario”*. A la pregunta del pago habitual, respondió: *“no fueron habituales, ni fueron continuas. Estaban circunscritas al tiempo que el trabajador permanecía en el campamento, siempre y cuando cumpliera con las reglas atinentes a calidad, a seguridad y salud en el trabajo, que permaneciera en el campo. Bajo este marco. Repito, si él llegaba a incurrir en una falta, en alguna conducta, en su estándar por así decirlo, la empresa lo penalizaba quitándole esta bonificación”*.



En su interrogatorio, el **demandante** manifestó que hubo muchas especulaciones sobre el bono técnico, pero inicialmente entendió que hacía parte del salario, y posteriormente se dio cuenta de que no y que se pagaban *“como aminorar la carga social de la empresa (...) Era por nuestras capacidades, por nuestros logros. La esencia de ese bono técnico, si le preguntábamos a los operadores, en sí era por quitar esa carga prestacional a Ismocol (...) Independientemente de cómo era el desempeño de nosotros, el bono técnico siempre llegaba porque era parte de nuestro salario, al cual se eximió para que no tuviera una carga prestacional para la empresa. En mes a mes, sí tienen incidencia para la seguridad social. Pero cuando se fueron a liquidar las prestaciones sociales, ahí no tenían incidencia. De hecho, todos nos confundimos porque tuvo incidencia para la retención en la fuente. Brincamos por eso (...)”*, y a la pregunta de si había firmado el pacto de exclusión salarial, respondió: *“Yo firmé unos documentos”*.

La declaración de **Fernando Salamanca Rugeles**, quien es el jefe del área de recursos humanos y responsable de los pagos laborales y la nómina de la entidad demandada, es relevante porque cuando se le preguntó por el bono técnico, expresó que *“ese contrato tenía un esquema de trabajo totalmente diferente. (...) Ese bono técnico era un reconocimiento que se le daba a algunos trabajadores que tenían una experticia técnica especial o tenían una calificación especial para el trabajo por el manejo de algunos equipos y por eso razón se les hacía ese reconocimiento adicional a la condición salarial que habían pactado. Además de los cumplimiento de las políticas, especialmente, en el caso de los operadores que son los que hacen las maniobras con los equipos que mueven cargas pesadas, y que generan ciertos riesgos, el reconocimiento para ello en el correcto y adecuado manejo de esos equipos implicaba o se buscaba hacerlo a través de esa bonificación. También por cumplimiento de metas de calidad, de seguridad, de evitar que ocurriesen accidentes de ese estilo. Ese era el incentivo”*. A la pregunta si ese bono se tenía en cuenta para la seguridad social, refirió: *“No, el bono, debía estar documentado por una carta en la cual se establecía plenamente que no tenía una connotación salarial. De pronto, puede ser, no estaría seguro, hay unos casos, hay una ley, Ley 1393, en la que se establece que los conceptos no salariales superan el 40% del valor total de ingreso, ese excedente debe tenerse en cuenta en la liquidación de aportes a seguridad social. Pero solo ese excedente, no la totalidad del bono técnico. Pero en este caso, no se daba porque las bonificaciones no excedían ese 40%”*. A la pregunta de con qué periodicidad se pagaba dicho bono, el deponente explicó: *“esa bonificación se pactaba al inicio del contrato de trabajo en la que se esclarecía cuáles eran las condiciones de pago, era un pago por día trabajado. En el caso de esa bonificación, era un pago para contratos de trabajo que el señor suscribió para la firma Metapetroleum en la cual (...) era jurisdicción, eran trabajos en un campo específico, ellos trabajaban por turno, que eran 14 días de trabajo, por 7 días de descanso, y durante esos 14 días que trabajaban, se les hacía el reconocimiento de la bonificación”* y agregó, a continuación, que, en todo caso, se reflejaba en la nómina.

Analizadas una a una y en su conjunto las pruebas referidas, con fundamento en el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala concluye que, contrario a lo ponderado por el juez a quo, la entidad demandada **no**



logró desvirtuar que el pago del **bono técnico** no tenía la finalidad retribuir el servicio prestado. Ni siquiera está claro que este emolumento se pagara al actor para facilitarle el buen desempeño de sus funciones de ‘operador de camión grúa’ y ‘metalmecánico’, toda vez que no se logró acreditar por la pasiva cuál era ese carácter técnico del cargo.

No se allegó una sola prueba que corroborara cuál era esa supuesta experticia técnica o calificación especial del trabajo que debía desempeñar el demandante, como tampoco el manejo de los equipos a los que hicieron alusión. Por el contrario, cuando el testigo Fernando Salamanca Rugeles señaló que *“en el caso de los operadores que son los que hacen las maniobras con los equipos que mueven cargas pesadas, y que generan ciertos riesgos, el reconocimiento para ello en el correcto y adecuado manejo de esos equipos implicaba o se buscaba hacerlo a través de esa bonificación, también por cumplimiento de metas de calidad, de seguridad”*, claramente se corrobora que el aludido bono técnico se pagaba para remunerar directamente el servicio, aunque quisiera camuflarse como un incentivo al aparente cumplimiento de normas de seguridad y salud en el trabajo.

De hecho, llama la atención de la Sala que el mismo representante legal reconoció que este bono se le pagaba: *“al tiempo que el trabajador permanecía en el campamento, siempre y cuando cumpliera con las reglas atinentes a calidad, a seguridad y salud en el trabajo, que permaneciera en el campo. Bajo este marco. Repito, si él llegaba a incurrir en una falta, en alguna conducta, en su estándar por así decirlo, la empresa lo penalizaba quitándole esta bonificación”*.

A lo anterior se agrega que el mentado rubro se pagó al actor durante cada uno de los meses consecutivos del tercero y cuarto contrato. Incluso, su monto era representativo en relación con lo que devengaba como salario básico. Luego, no es válido afirmar que las partes acudieron legítimamente a la cláusula de exclusión salarial, por ende, no habiendo prueba en contrario, cualquier duda en relación con este punto debe resolverse a favor del trabajador para tener el mencionado **bono técnico** como constitutivo de salario a la luz del artículo 127 del CST.

En consecuencia, desacertó el juez a quo cuando concluyó que el aludido ‘bono técnico’ no era constitutivo de salario.

Determinado lo anterior, procede la reliquidación de las acreencias laborales de los contratos de trabajo del demandante, correspondientes a los periodos comprendidos del 2 de octubre de 2013 y el 2 de enero de 2014 y entre el 29 de enero al 29 de marzo de 2014, así:



Salario base de liquidación.

En la liquidación definitiva del tercer contrato de trabajo (p. 46, archivo23), se estableció como salario base de liquidación **\$81.878,02** diario para un equivalente a **\$2.456.340** mensual, cantidad que, al sumarle el promedio devengado por bono técnico de **\$516.250**, arroja un salario base de liquidación de **\$2.975.590,60**. Entretanto frente al cuarto (p. 61, archivo23), aparece el salario de **\$2.367.566,50**, cantidad que, al adicionarse el promedio del bono técnico de **\$385.000**, arroja la suma de **\$2.752.565,50** como salario base de liquidación de este último periodo.

a. Auxilio de cesantías.

Del tercer contrato – 2 de octubre de 2013 al 2 de enero de 2014, en la liquidación de acreencias laborales (p. 46, archivo23), se reconoció la suma de **\$628.498** por concepto de cesantías, por lo que al incluirle el bono técnico, se obtiene la suma de **\$131.930,71** por concepto de diferencias adeudadas a cargo del empleador.

Concepto laboral	Valor pagado	Valor real	Diferencia
Auxilio de cesantías	\$ 628.498,00	\$ 760.428,71	\$ 131.930,71

Del cuarto contrato – del 29 de enero al 29 de marzo de 2014, en la liquidación de acreencias laborales, se reconoció la suma de **\$361,711** por concepto de cesantías (p. 61, archivo23), pero al incluirle el bono técnico, se obtiene una diferencia equivalente a la suma de **\$58.819,84**.

Concepto laboral	Valor pagado	Valor real	Diferencia
Auxilio de cesantías	\$ 361.711,00	\$ 420.530,84	\$ 58.819,84

b. Intereses sobre las cesantías.

Del tercer contrato – 2 de octubre de 2013 al 2 de enero de 2014, en la liquidación de acreencias laborales (p. 46, archivo23), se reconoció la suma de **\$19.010** por concepto de intereses sobre las cesantías por lo que al incluirle el bono técnico, se obtiene la suma de **\$4.309,81** por concepto de diferencias adeudadas.



Concepto laboral	Valor pagado	Valor real	Diferencia
Intereses sobre cesantías	\$ 19.010,00	\$ 23.319,81	\$ 4.309,81

Del cuarto contrato – del 29 de enero al 29 de marzo de 2014, en la liquidación de acreencias laborales, se reconoció la suma de **\$6.541,00** por concepto de intereses sobre las cesantías (p. 61, archivo23), pero al incluirle el bono técnico, se obtiene una suma de **\$1.168,73** por concepto de diferencias.

Concepto laboral	Valor pagado	Valor real	Diferencia
Intereses sobre cesantías	\$ 6.541,00	\$ 7.709,73	\$ 1.168,73

c. Prima de servicios.

Del tercer contrato – 2 de octubre de 2013 al 2 de enero de 2014, en el comprobante de nómina de diciembre de 2013, se reconoce la suma de **\$606.894** por concepto de prima de servicios del segundo semestre de 2013 y den la liquidación de acreencias laborales, se reconoció la suma de **\$13.663** por concepto de prima de servicios de 2014 (p. 46, archivo23). Efectuado el cálculo aritmético, se obtiene la suma de **\$137.003,65** y **\$2.868,06** por las diferencias de cada periodo y fracción.

Concepto laboral	Valor pagado	Valor real	Diferencia
Prima de servicios 2013	\$ 606.894,00	\$ 743.897,65	\$ 137.003,65
Prima de servicios 2014	\$ 13.663,00	\$ 16.531,06	\$ 2.868,06

Del cuarto contrato – del 29 de enero al 29 de marzo de 2014, en la liquidación de acreencias laborales, se reconoció la suma de **\$361.711** por concepto de prima de servicios (p. 61, archivo23), pero al incluirle el bono técnico se obtiene la suma de **\$58.819,84** por concepto de diferencias adeudadas.

Concepto laboral	Valor pagado	Valor real	Diferencia
Prima de servicios 2014	\$ 361.711,00	\$ 420.530,84	\$ 58.819,84

d. Compensación de vacaciones.

Del tercer contrato – 2 de octubre de 2013 al 2 de enero de 2014, en la liquidación de acreencias laborales se reconoció la suma de **\$309.944** por concepto de compensación de vacaciones (p. 46, archivo23), por lo que, al incluirle el bono técnico, se obtiene una diferencia equivalente a la suma de **\$70.270,35**.



Concepto laboral	Valor pagado	Valor real	Diferencia
Vacaciones	\$ 309.944,00	\$ 380.214,35	\$ 70.270,35

Del cuarto contrato – del 29 de enero al 29 de marzo de 2014, en la liquidación de acreencias laborales, se reconoció la suma de **\$178.378** por concepto de compensación de vacaciones (p. 61, archivo23), pero al incluirle el bono técnico, se obtiene una suma de **\$31.887.42** por concepto de diferencias adeudadas.

e. Del reajuste a las cotizaciones a seguridad social en pensiones.

Como se sabe, las cotizaciones a seguridad social en pensiones son obligatorias durante la vigencia del contrato de trabajo con base en el salario realmente devengado acorde con los artículos 17 y 22 de la Ley 100 de 1993.

Al expediente se allegó el certificado de aportes en línea, donde se observa que para los meses de octubre, noviembre y diciembre de 2013 se reportó un IBC de \$2.303.000, \$2.599.000 y \$2.242.000, respectivamente (pp. 76-86 archivo23). Entretanto, para los ciclos de enero, febrero y marzo de 2014 \$2.168.000, \$2.333.000 y \$1.790.000 respectivamente.

Debido a que el bono técnico no se incluía como base para liquidar los aportes a seguridad social, tal como quedó demostrado y analizado con antelación, se genera el pago del reajuste de la siguiente manera:

Del contrato de trabajo vigente entre el 2 de octubre de 2013 y el 2 de enero de 2014:

Ciclo	Bono técnico
oct-2013	\$ 735.000,00
nov-2013	\$ 735.000,00
dic-2013	\$ 455.000,00
ene-2014	\$ 140.000,00

Del contrato de trabajo vigente entre el 29 de enero de 2014 y el 29 de marzo del mismo año:

Ciclo	Bono técnico
ene-2014	\$ 350.000,00
feb-2014	\$ 455.000,00



mar-2014 | \$ 350.000,00

Por consiguiente, habrá de revocarse parcialmente el numeral cuarto de la sentencia apelada, para declarar que el bono técnico es constitutivo de salario, a la luz del artículo 127 del CST y, en consecuencia, ordenar la reliquidación mencionada.

Por lo demás, en lo que tiene que ver con la inconformidad planteada sobre el último contrato, se le recuerda a la apoderada judicial que durante la audiencia pública celebrada por el Juzgado Segundo Promiscuo del Circuito de Puerto López, Meta, se aceptó el desistimiento presentado sobre la pretensión ligada a este vínculo contractual. Entonces, no es posible ahora querer discutir tal periodo, cuando al tenor de lo previsto en el artículo 314 del Código General del Proceso, los efectos jurídicos de cosa juzgada y absolución se surtieron legalmente, cobrando firmeza ese aspecto.

¿Se equivocó el juez a quo cuando determinó que los viáticos percibidos por el demandante eran habituales y permanentes y, por ende, debían ser considerados como salario a la luz del artículo 130 del CST?

Los viáticos son definidos como aquel emolumento laboral que recibe un trabajador como contraprestación al desempeño temporal de sus actividades en un sitio diferente al que presta habitualmente sus servicios o constituye su base ordinaria de trabajo, sin que dejen de tener este carácter por el simple hecho de que se les quiera denominar de otra manera (CSJ SL., 20 oct. 2005 rad. 25403).

El artículo 130 del CST distingue entre los viáticos permanentes y accidentales. A raíz de la definición de los segundos como aquellos que solo se dan con motivo de un requerimiento extraordinario, no habitual o poco frecuente, pueden ser definidos los primeros como los que se originan en un requerimiento ordinario, habitual o frecuente (CSJ SL., 30 sep. 2008 rad. 33156). Luego, lo ordinario, habitual o frecuente del requerimiento laboral que da origen a los viáticos es lo que permite darles la connotación de permanentes y, por ende, su carácter salarial. No obstante, respecto de estos últimos hay que recordar que solo constituyen salario en aquella parte destinada a proporcionar al trabajador **manutención y alojamiento**, pero no en lo que solo tenga como fin proporcionar los medios de transporte o los gastos de representación, razón por la cual *“siempre que se paguen debe especificarse el valor de cada uno de estos conceptos”*, so pena de tener todo lo que pagado bajo un mismo concepto.



En términos generales, para que los viáticos puedan tener connotación salarial, es indispensable que: **i)** tengan carácter permanente, esto es, que se otorgue de manera ordinaria o regular, por razón de que el trabajador deba trasladarse frecuentemente de su domicilio contractual hacia otros lugares; **ii)** que el desplazamiento obedezca a órdenes del empleador; **iii)** que las actividades encargadas al trabajador estén relacionadas con las funciones propias del cargo; y **iv)** que se otorguen con el fin de cubrir los gastos de manutención y alojamiento, lo cual, en definitiva, obliga al empleador a detallar qué monto de lo otorgado cubre tales gastos y cuánto corresponde a los otros ítems - *medios de transporte o gastos de representación* -, so pena de tener esa suma global como salario (CSJ, SL., 7 oct. 1994, rad. 7155, CSJ SL, 30 sep. 2008 rad. 31662, y CSJ SL562-2013).

El juez a quo encontró demostrado que el demandante recibía viáticos durante el primero y segundo contrato de trabajo, es decir, por los que tuvieron vigencia desde el 23 de marzo de 2012 hasta el 15 de enero de 2013 y desde el 16 de enero hasta el 2 de septiembre del mismo año. Del primer vínculo, descartó su incidencia salarial al solo encontrar su pago en los ciclos de agosto y diciembre de 2012, es decir, les otorgó carácter de accidentales, y respecto del segundo, al evidenciar un reconocimiento monetario por alimentación y alojamiento durante los meses de febrero, marzo, abril, mayo, junio, julio, agosto y septiembre, consideró que sí eran habituales y, por consiguiente, estimó viable la reliquidación deprecada.

Al revisar los comprobantes de nómina de estos meses de 2013 (pp. 25-31, archivo23), se constata que, en efecto, al demandante se le pagaban conceptos como 'VIÁTICO OCAS. AL' y 'VIÁTICO OCAS. MIS' y 'REEMBOLSO ALOJAM'.



Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca
Republica de Colombia

Febrero de 2013		
Concepto	Cantidad	Total
VIÁTICO OCAS. AL	9	\$ 192.000,00
VIÁTICO OCAS. MIS	5	\$ 80.000,00
REEMBOLSO ALOJAM	4	\$ 280.000,00
Marzo de 2013		
Concepto	Cantidad	Total
VIÁTICO OCAS. AL	6	\$ 170.667,00
VIÁTICO OCAS. MIS	6	\$ 96.000,00
REEMBOLSO ALOJAM	5	\$ 400.000,00
Abril de 2013		
Concepto	Cantidad	Total
VIÁTICO OCAS. AL	21	\$ 522.671,00
VIÁTICO OCAS. MIS	15	\$ 240.000,00
REEMBOLSO ALOJAM	11	\$ 872.000,00
Mayo de 2013		
Concepto	Cantidad	Total
VIÁTICO OCAS. AL	9	\$ 460.000,00
VIÁTICO OCAS. MIS	9	\$ 230.000,00
REEMBOLSO ALOJAM	8	\$ 852.000,00
Junio de 2013		
Concepto	Cantidad	Total
VIÁTICO OCAS. AL	6	\$ 192.000,00
VIÁTICO OCAS. MIS	6	\$ 96.000,00
REEMBOLSO ALOJAM	6	\$ 544.000,00
Julio de 2013		
Concepto	Cantidad	Total
VIÁTICO OCAS. AL	11	\$ 404.667,00
VIÁTICO OCAS. MIS	13	\$ 197.000,00
REEMBOLSO ALOJAM	8	\$ 926.000,00
Agosto de 2013		
Concepto	Cantidad	Total
VIÁTICO OCAS. AL	18	\$ 576.000,00
VIÁTICO OCAS. MIS	18	\$ 288.000,00
REEMBOLSO ALOJAM	12	\$ 1.056.000,00
Septiembre de 2013		
Concepto	Cantidad	Total
VIÁTICO OCAS. AL	2	\$ 64.000,00
VIÁTICO OCAS. MIS	2	\$ 32.000,00
REEMBOLSO ALOJAM	1	\$ 88.000,00

En su interrogatorio, el **representante legal** de la entidad demandada afirmó que los viáticos no eran tenidos en cuenta para la base salarial porque “cuando él estuvo trabajando con el contrato con ODL, que son las dos primeras vinculaciones, eventualmente él sí debía viajar. Y estos viajes que él hizo se tuvieron como no frecuentes, como no frecuentes, como esporádicos, y de esa manera entonces la empresa no le reconoció o no le dio alcance de salario a esas sumas que se le pagaron. El tercero y cuarto de los contratos cuando él estuvo vinculado para Pacific, pues allí él no tenía que viajar porque permanecía dentro del campamento, pues ahí no hubo viáticos. Ni tampoco los hubo en el contrato de Ecopetrol porque él estaba a cargo del municipio de Cota. Solo viáticos hubo en los dos primeros contratos y fueron ocasionales”. A la pregunta de si esos viáticos obedecían a alojamiento y manutención, contestó que sí, pero que habría que revisar el volante de pago, a lo que agregó que “si hay un viático que se llama alimentación, que se le pagaba según la jornada del día que él esté por fuera. Si él salió a un viaje a las 5 de la mañana y regresa a las 10 de la mañana, por ejemplo, entonces únicamente se le va a pagar 1 alimentación correspondiente al desayuno. Si salió en la mañana y regresó tarde en la noche, entonces se le reconocerá lo correspondiente a 3 conceptos de alimentación. Eso es la alimentación. El hospedaje, que en este caso la empresa lo reembolsaba al trabajador. Si el trabajador se quedaba por fuera, debía traer una factura, y la empresa le hacía un reembolso del alojamiento. Y los misceláneos, es un ítem que la empresa le reconoce al trabajador, fijo, entiende la empresa que si él está fuera debe hacer un lavado de ropa, hacer una llamada, algo así, entonces la empresa reconoce para esos conceptos, tal vez un desodorante, una cuchilla de afeitar”.

En su interrogatorio, el **demandante** señaló que los viáticos “son una suma que ODL le estableció a Ismocol por un valor, para nuestros gastos de pago del hotel, la alimentación, movilización – si tocaba pagar un taxi, lavar ropa. Dentro de eso ODL le había especificado un valor dependiendo de a qué lugar íbamos. Si íbamos a un lugar pequeño o íbamos a una capital (...) Nos hacían una orden de servicio. Entonces vamos a ir de Puerto Gaitán a Monterrey. 5 días, se hace la suma de 5 días, de cuánto viático se generaba por esos 5 días y nos hacían un cheque. Firmábamos



por viáticos. Cuando volvíamos nos decían que eran gastos representativos. En los desprendibles de pago están como viáticos”. A la pregunta de si se debían presentar soportes, respondió: “cuando volvíamos, como eran gastos representativos, debíamos, del hotel presentar facturas, de lo que se gastara, de comida, debíamos presentar factura, lo que no nos gastábamos, debíamos devolverlo a la empresa. Lo que sobrara (...) tocaba devolver a la empresa” y más adelante precisó: “de dormida, nos daban hasta 90 o 95 mil pesos. De ahí para arriba estaba para gastos de dormida. Si había que pagar hotel, taxi, se pagaba de eso para arriba. \$163.000 para todo. Dentro de la comida y la dormida (...) En el último periodo que estuve miércoles de semana santa hasta el 2 de septiembre que terminé de laborar con ello, todo el tiempo fue viaticando”.

El deponente, **Fernando Salamanca Rugeles** relató que “todos los trabajadores que contratamos suscribieron su contrato de trabajo en el municipio de Puerto Gaitán, y cuando se programaban las actividades, eventualmente dichas actividades podrían ser en una distancia superior (...) y por esa razón había que reconocer unos gastos de alimentación o gastos de misceláneos, o de alojamiento. Eso es lo que hace referencia al tema de viáticos”. Cuando se le interrogó cómo se tenía estipulado cada concepto, contestó que: “esas actividades, partiendo del hecho de que era programadas, dependiendo de dónde se fuera a intervenir el tubo (...) en esa verificación de la actividad, se planeaban cuáles eran los recursos que iban a necesitar, tanto de equipos como de mano de obra como personal técnico especializado. Y dependiendo de esas actividades, se programa la duración (...) cuando era imposible regresar durante la jornada al municipio de Puerto Gaitán, había una planeación de los **gastos de alimentación, alojamiento y misceláneos** en los que fuera a incurrir el personal. Entonces en ese sentido esa planeación permitía que los trabajadores se les adelantara un dinero con el cual ellos iban a suprimir o a subsistir con su alimentación, y posteriormente a la finalización de esa actividad, ellos finalizaban ese dinero que se les anticipaba”. Cuando se le preguntó por algún sobrante, explicó que “siempre se procuraba un dinero mínimo para el desarrollo de las actividades planeadas. difícilmente se podía exceder. Ese dinero que se le anticipaba se le practicaba un descuento”, y cuando se le cuestionó por su periodicidad, aseveró que “no podría decirle cada cuanto, pero sí le puedo decir que eran actividades ocasionales. Porque estaban sometidos a las necesidades y programaciones del cliente”. A la pregunta de en qué consistían los misceláneos, aclaró que “son los que se entienden para el pago de pequeños gastos en los que tienen que incurrir los trabajadores para el desarrollo de su servicio, por ejemplo, lavado de su ropa, llamada telefónica, gasto menor, útiles de aseo”.

Analizadas las pruebas relacionadas con antelación, igualmente con arreglo en el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala concluye que tanto desde el punto de vista nominal como el material, los conceptos de ‘VIÁTICO OCAS. AL’, ‘VIÁTICO OCAS. MIS’ y ‘REEMBOLSO ALOJAM’ sí encuentran dentro de la definición de viáticos permanentes por tratarse de requerimientos del empleador de hacer ejercer al demandante su actividad laboral en un lugar diferente al contratado, con una habitualidad que está representada porque



se dieron en cada uno de los meses que duró la relación laboral – febrero, marzo, abril, mayo, junio, julio, agosto y septiembre de 2013 –, con el fin de proporcionarle manutención y alojamiento, entendidos estos ítems como aquella prestación que incluye condiciones mínimas necesarias para proveerle al trabajador los gastos de alimentación y personales de la vida diaria, así como la posibilidad de conseguir un en el que pueda permanecer temporalmente mientras retorna a su lugar de trabajo.

En lo que tiene que ver con el argumento, según el cual, cuando en los volantes de pago aparecen discriminados como viáticos de alimentación cantidades como 2, 9, 6, 11, 18, 21, debe entenderse que se refieren a 3 alimentaciones por día, es decir, desayuno, almuerzo y comida, por lo que 3 cantidades equivalen en realidad a 1 solo día, hay que decir que ninguna prueba del expediente respalda esa aseveración. Es solo el dicho del apelante el que intenta ilustrar ese esquema de pago. No obstante, y aun si en gracia de la discusión se aceptara que, en realidad, así hubiera podido ser, lo cierto es que, en todo caso, al examinar los 3 conceptos reconocidos, bien puede afirmarse que, al estar estos ligados entre sí, el relacionado con el alojamiento sería el que marca la pauta para determinar habitualidad porque si se revisan los meses de febrero, marzo, abril, mayo, junio, julio, agosto y septiembre de 2013, se constata que al demandante se le reconocieron 4, 5, 11, 8, 6, 8, 12 y 1 días, circunstancia que, al contratar con lo que representa en tiempo de meses consecutivos de toda la relación laboral, permite razonablemente inferir que sí se cumplían requerimientos laborales ordinarios con una frecuencia suficiente.

En ese contexto, la Sala estima no se equivocó el juez a quo cuando determinó que los viáticos percibidos por el demandante eran habituales y permanentes y, por ende, debían ser considerados como salario a la luz del artículo 130 del CST.

¿Incurrió en error el juez a quo al absolver del pago de la indemnización moratoria por la falta de pago oportuno y completo de prestaciones sociales a la terminación del contrato de trabajo, contenida en el artículo 65 del CST?

Dispone el artículo 65 del CST, reformado por el artículo 29 de la Ley 789 de 2002, que si a la terminación del contrato de trabajo, el empleador no paga al trabajador los salarios y prestaciones sociales debidas, salvo los casos de retención autorizados por la ley o convenidos por las partes, debe pagar, a título de indemnización, una suma igual al último salario diario por cada día de retardo.



La jurisprudencia ordinaria laboral enseña que esta indemnización no es una respuesta automática e inexorable por la simple deuda de salarios y prestaciones sociales a cargo del empleador (elemento objetivo), toda vez que en cada asunto en particular corresponde analizar si su comportamiento estuvo respaldado o no, en razones serias y atendibles, con el fin de determinar su actuar de buena o mala fe (elemento subjetivo) (CSJ SL3614-2020; CSJ SL4311-2022).

Cabe recordar que en cada proceso corresponde al empleador demandado demostrar, de manera suficiente y convincente, las razones por las cuales se sustrajo de la obligación de pago de las acreencias laborales, en razón a que como todo contrato de trabajo – sea verbal o escrito – debe ejecutarse de buena fe (artículo 55 CST), cuando no se cumplen las obligaciones que emanan de él, sin duda, con ello se resiente precisamente esa buena fe, al privarlo de los derechos que, por ley o convención le corresponden al trabajador, motivo por el cual es lógico que sea el empleador, en su condición de deudor moroso, quien acredite que, a pesar de haber deshonrado sus deberes, su actuar no estuvo revestida de intención de defraudar los intereses del empleado o tuvo razones poderosas y creíbles para sustraerse o demorarse en su cumplimiento (CSJ SL539-2020).

En el *sub lite*, deben examinarse las particularidades del caso, en especial, lo relacionado con la suscripción sucesiva de contratos de trabajo entre las mismas partes, en total, 5, uno tras de otro, con unos días y meses de diferencia.

Sobre el particular, esta Corporación ha considerado que la existencia sucesiva de contratos de trabajo puede en el caso específico, ser un elemento a tener en cuenta para estudiar la buena fe del empleador, porque cuando esta situación ocurre, no se detecta una intención de causar un grave perjuicio al trabajador por la falta de pago completo de prestaciones sociales que legalmente le correspondía porque la vinculación subsiguiente le aseguraron los recursos para su congrua subsistencia. En detalle, en la sentencia proferida el 1º de julio de 2021, dentro del expediente No. 25286 31 03 001 2018 01067, M.P. Eduin De la Rosa Quessep, esta Sala consideró lo siguiente:

Es que la drasticidad de esta sanción tiene su sustento en el carácter vital que reviste el pago de las prestaciones sociales en el momento en que termina el contrato de trabajo, y que parte de la premisa que el trabajador dejará de percibir ingresos para atender sus necesidades y las de su familia, pero si las partes tienen claro que después, en un tiempo relativamente corto, se



*suscribirá un nuevo contrato, y de hecho se suscribe, **es dable considerar que en estos casos su conducta omisiva frente a las prestaciones puede entenderse revestida de buena fe.** Lo contrario sería propiciar un enriquecimiento sin causa para el trabajador, pues resultaría recibiendo inicialmente doble salario durante algunos meses (su salario como trabajadora más la sanción moratoria), y el triple durante otros (porque se superponen dos sanciones moratorias), lo que riñe con los valores de equilibrio social y coordinación económica previstos en el artículo 1 del CST, amén de que termina distorsionando la teleología de la referida indemnización, que es precisamente que el trabajador siga recibiendo los mismos ingresos que recibía cuando el contrato estaba vigente y no el doble o el triple de dicha suma. Ahora bien, lo anterior sería aplicable solamente para las sanciones moratorias por el no pago de las prestaciones sociales de los años 2015 y 2016, pues para el año 2017 no opera, como quiera que no hubo contratación para el año siguiente (2018) sino que la relación terminó definitivamente en aquel año, y no le pagaron las prestaciones sociales que correspondía, sin que se observen otras razones que justifiquen el proceder de buena fe de los demandados en esta omisión, por cuanto las razones alegadas no son de recibo”.*

En ese orden, si para el segundo contrato de trabajo el demandante devengó viáticos permanentes, y para el tercero y cuarto contratos laborales percibió el bono técnico, y al cabo de este, fue vinculado el 4 de mayo de 2015 para prestar sus servicios personales mediante otro contrato de trabajo a término fijo, es claro que el empleador no tuvo intención de defraudar sus derechos laborales y, en esa medida, la conducta empresarial se tiene como plenamente justificada para ser exonerada de la indemnización moratoria bajo estudio.

En consecuencia, habrá de confirmarse la sentencia apelada en este punto.

Costas. Condenar en costas de manera parcial a la parte demandada, teniendo en cuenta lo resuelto en esta instancia. En su liquidación, inclúyase la suma de 1 SMLVM por concepto de agencias en derecho.

En mérito de lo expuesto, la **Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,



Resuelve:

Primero: Revocar parcialmente el numeral cuarto de la sentencia apelada, para **declarar** que el **bono técnico** percibido por el demandante, es constitutivo de salario a la luz del artículo 127 del CST y, en consecuencia, **condenar** a la entidad demandada **Ismocol S.A.**, a pagar a **Heber Chaparro García** las siguientes sumas y conceptos:

Del contrato vigente desde el 2 de octubre de 2013 hasta el 2 de enero de 2014.

- a. **\$131.930,71** por concepto de diferencias de auxilio de cesantías.
- b. **\$ 4.309,81** por concepto de diferencias de intereses sobre las cesantías.
- c. **\$139.871,71** por concepto de diferencias de prima de servicios.
- d. **\$ 70.270,35** por concepto de diferencias de vacaciones.

Del contrato vigente desde el 29 de enero de 2014 hasta el 29 de marzo de 2014.

- e. **\$58.819,84** por concepto de diferencias de auxilio de cesantías.
- f. **\$ 1.168,73** por concepto de diferencias de intereses sobre las cesantías.
- g. **\$58.819,84** por concepto de diferencias de prima de servicios.
- h. **\$ 31.887,42** por concepto de diferencias de vacaciones.

Segundo: Adicionar el numeral tercero de la sentencia apelada, para **condenar** a la entidad demandada **Ismocol S.A.**, a reajustar las cotizaciones pensionales del demandante **Heber Chaparro García** con destino a la entidad de seguridad social en la que se encuentre afiliado, para lo cual deberá pagar las diferencias que se generan con ocasión de los siguientes IBC:

Del contrato de trabajo vigente entre el 2 de octubre de 2013 y el 2 de enero de 2014:

Ciclo	Bono técnico
oct-2013	\$ 735.000,00
nov-2013	\$ 735.000,00
dic-2013	\$ 455.000,00
ene-2014	\$ 140.000,00



Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca
Republica de Colombia

Del contrato de trabajo vigente entre el 29 de enero de 2014 y el 29 de marzo del mismo año:

Ciclo	Bono técnico
ene-2014	\$ 350.000,00
feb-2014	\$ 455.000,00
mar-2014	\$ 350.000,00

Para una mejor ejecución de la sentencia, y como se trata de un reajuste, se concede a la parte demandante un término de 5 días hábiles para que confirme en qué entidad de seguridad social se encuentra afiliado en la actualidad, al cabo del cual la entidad demandada tiene un plazo de 5 días hábiles para elevar solicitud de liquidación de la deuda, y una vez determinado el monto respectivo, cuenta con un plazo máximo de 30 días calendario para efectuar el pago a satisfacción. En caso de que la entidad demandada no eleve solicitud, la parte demandante está habilitada para hacerlo dentro del mismo término, y una vez se obtenga la cantidad líquida de dinero, el empleador tiene 30 días calendario para realizar el pago respectivo.

Tercero: Confirmar en lo demás la sentencia apelada.

Cuarto: Condenar de manera parcial en costas de segunda instancia a la parte demandada. En su liquidación, inclúyase la suma de 1 SMLVM por concepto de agencias en derecho.

Quinto: Devolver el expediente a la Secretaría Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá para su notificación y demás actuaciones subsiguientes conforme lo establece el parágrafo del artículo 2° del Acuerdo PCSJA22-11978 del 29 de julio de 2022. Secretaría proceda de conformidad.

Notifíquese y cúmplase,


MARTHA RUTH OSPINA GAITÁN
 Magistrada


EDUIN DE LA ROSA QUÉSSEP
 Magistrado


JAVIER ANTONIO FERNANDEZ SIERRA
 Magistrado



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CUNDINAMARCA SALA DE DECISIÓN LABORAL

Magistrada Ponente: Martha Ruth Ospina Gaitán

Expediente No. 11001 31 05 024 2019 000135 01

Julio Alberto Mejía González vs. Holguín & CIA Servicios Temporales S.A. y otro.

Bogotá D. C., trece (13) de abril de dos mil veintitrés (2023).

En cumplimiento del Acuerdo PCSJA22-11978 del 29 de julio de 2022 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, en concordancia con el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, resuelve la Sala el recurso de apelación de la parte demandante contra la sentencia proferida el 14 de enero de 2021 por el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de la referencia.

Previa deliberación de los Magistrados, y conforme a los términos acordados en la Sala de decisión, se profiere la siguiente,

Sentencia

Antecedentes

1. Demanda. Julio Alberto Mejía González, mediante apoderada judicial, presentó demanda ordinaria laboral contra Holguín & CIA Servicios Temporales S.A.S. y Pluspetrol Colombia Corporation Sucursal Colombiana, con el fin de que se condene a esta última entidad a que le pague la suma de \$7.652.235 por concepto de la indemnización por despido injusto, *“teniendo en cuenta los extremos laborales, los cuales fueron del 06 de diciembre de 2010 al 08 de mayo de 2017”*, así como 8 días de salario del mes de mayo de 2017, junto con el reajuste *“de prestaciones sociales (...) teniendo en cuenta los extremos laborales, los cuales fueron del 06 de diciembre de 2010 al 08 de mayo de 2017”*, más la reliquidación del auxilio de cesantías, intereses sobre las cesantías, prima de servicios y compensación de vacaciones de 2016 y 2017, al igual que las bonificaciones de estos últimos años *“por el buen desempeño laboral e utilidades de la sociedad que se cancelaban de manera ininterrumpida anualmente”*, lo *ultra y extra petita* y las costas.

Como supuesto fáctico de lo pretendido, manifestó, en síntesis, que el 6 de diciembre de 2010, celebró un contrato de trabajo por duración de la obra o labor contratada



para personal de dirección, confianza o manejo con la entidad Holguín & CIA Servicios Temporales Ltda, para desempeñarse en el cargo de assistant controller como trabajador en misión en las instalaciones de la codemandada Pluspetrol de Colombia Corporation Sucursal Colombiana, a cambio de un salario integral mensual de \$9.300.000, que se mantuvo vigente hasta el 31 de octubre de 2011, cuando se dio por culminada la obra o labor.

Indicó que el 1º de noviembre de 2011 suscribió un contrato de trabajo a término indefinido con la sociedad Pluspetrol Colombia Corporation Sucursal Colombiana, en virtud del cual ejerció directamente el cargo de 'Sr. Accounting Analyst', a cambio de un salario mensual de \$8.200.000, vigente hasta el 8 de mayo de 2017.

Expresó que partir del 1º de mayo de 2013 se le reconoció una bonificación por mera liberalidad equivalente a \$17.812.923, reconocida con una evaluación de su desempeño y de conformidad con las utilidades del año anterior, cuyo monto varió para los años 2014, 2015 y 2016 en las sumas de \$15.804.516 y \$13.373.052.

Señaló que el 12 de mayo de 2017 envió un correo electrónico a Hernán Caride Donovan, en su calidad de gerente de Pluspetrol Colombia, para informarle sobre su estado de salud y su diagnóstico de "hombro congelado", y solicitarle que reconsiderara la terminación de su contrato de trabajo, sin que hubiese obtenido respuesta.

Afirmó que una vez recibió la liquidación de sus acreencias laborales, detectó una inconsistencia en el cálculo de la indemnización por despido injusto reconocida por la suma de \$25.208.167 "basada en la fecha de ingreso del 01 de noviembre de 2011 y la fecha de terminación del 08 de mayo de 2015", sin tener en cuenta que laboraba para la compañía desde el 6 de diciembre de 2010 en forma ininterrumpida, a raíz de la sustitución patronal que operó "ya que (...) siempre laboró para la sociedad Pluspetrol, en su dirección comercial, cumpliendo órdenes del personal directivo de esta y recibiendo su remuneración", por lo que se le adeuda el saldo de \$7.652.235 con un salario de \$9.724.421.

Agregó que el 31 de agosto de 2018 elevó "reclamación administrativa" ante las 2 entidades codemandadas, pero no obtuvo respuesta favorable a sus intereses.

2. Contestación de la demanda.



2.1. Holguín & CIA Servicios Temporales S.A.S. Aceptó la suscripción del contrato de trabajo por duración de la obra celebrado con el demandante que tuvo vigencia del 6 de diciembre de 2010 al 31 de octubre de 2011, así como el cargo de 'Assistant Controller' y el salario integral convenido, pero se opuso a las pretensiones de la demanda, por considerar que durante ese vínculo se le pagaron todos sus derechos laborales, sin lugar a la indemnización por despido injustificado, al haberse culminado la obra o labor para la cual había sido vinculado. Propuso las excepciones de mérito de prescripción, inexistencia de las obligaciones a cargo del demandado, cobro de lo no debido, buena fe, y solicitó declarar probado cualquier otro hecho.

2.2. Pluspetrol Colombia Corporation Sucursal Colombia. Se opuso a las pretensiones de la demanda, tras argumentar que los 2 contratos de trabajo que existieron con el demandante correspondieron a 2 relaciones jurídicas completamente independientes entre sí, toda vez que cuando prestó sus servicios personales como trabajador en misión, tal vínculo no superó el término de 1 año *"dando cumplimiento a lo previsto por la legislación laboral colombiana"*, como tampoco fue en el mismo cargo. Del pago de prestaciones sociales de 2010 a 2011, esbozó que no era viable ese pedimento, porque para ese momento tenía salario integral y, en todo caso, cuando culminó el primer contrato, su empleador le canceló todos los derechos laborales a su favor. De la bonificación referenciada, contestó que esta no hacía parte del salario, porque fue excluida de su base *"pues no era una contraprestación directa del servicio del trabajador"* y era un reconocimiento de mera liberalidad por parte de la empresa e, incluso, su monto era determinado discrecionalmente *"con base a los resultados corporativos obtenidos en el año fiscal"*. Propuso las excepciones de mérito de cobro de lo no debido, pago, buena fe, prescripción, compensación y solicitó declarar probado cualquier otro hecho que configure una.

3. Sentencia de primera instancia.

La Jueza 24 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante la sentencia proferida el 14 de enero de 2021, declaró que el demandante laboró en misión para Holguín & CIA Servicios Temporales S.A. entre el 6 de diciembre de 2010 y el 31 de octubre de 2011, y para Pluspetrol Colombia Corporation Sucursal Colombiana, en ejecución de un contrato de trabajo del 1º de noviembre de 2011 al 8 de mayo de 2017; declaró probadas las excepciones de mérito de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido; absolvió a las entidades codemandadas de todas las pretensiones incoadas en su contra; e impuso condena en costas a la parte demandante.



4. Recurso de apelación de la parte demandante: Inconforme con la sentencia, la parte demandante presentó recurso de apelación, el cual sustentó así: *“Entre la demandada Holguín & CIA Servicios Temporales existió un contrato de trabajo cuya clase fue de término de duración de obra o labor contratada, el cual inició el 06 de diciembre de 2010 y terminó el 31 de octubre de 2011 conforme indica la carta de terminación del contrato y la respectiva liquidación del contrato de fecha 31 octubre del 2017, y no es materia de discusión, cumpliendo con las funciones y órdenes impuestas, ese contrato se llevó a cabo para la prestación del servicio con la empresa Pluspetrol Colombia Corporation sucursal Colombia. Por otra parte, se observa que la sociedad Holguín & CIA Servicios Temporales no le reconoció en la indemnización por despido injusto a mi representado, si no la causa de la terminación del contrato fue por terminación de la obra o labor contratada. Acto seguido, el demandante celebró un contrato individual de trabajo a término indefinido con la sociedad Pluspetrol de Colombia Corporation, sucursal Colombia (...) empresa con la que venía laborando como trabajador en misión desde el 06 de diciembre de 2010 y con la cual firmó contrato a término indefinido a partir del 01 de noviembre de 2011 y finalizó el 8 de mayo de 2017 debido a la **sustitución patronal** que surgió en el favor de un patrocinado. Llamo especial llamado al honorable tribunal para que se revoque la sentencia recurrida, toda vez que observa la suscrita apoderada que no se le dio el valor probatorio a las pruebas que obran dentro del plenario, toda vez que existen certificación laboral donde se manifiesta que mi representado laboró para la empresa Pluspetrol desde el 6 de diciembre del 2010 hasta 8 de mayo de 2017, es decir, que sus funciones y esa relación laboral entre ellos siempre existió desde la fecha de vinculación con la empresa Holguín & CIA Servicios Temporales. Cabe advertir que mi poderdante devengaba un salario promedio mensual para el año 2018 de \$9.724.421, esto de conformidad con el salario mensual base del demandante que correspondía a \$8.610.000 + una suma de \$1.000.114 que correspondía a la bonificación, reconocida en el mes de mayo del año 2016, suma que sale de dividir el valor del anual reconocido, es decir, \$13.000.373 por los 12 meses laborados. Así las cosas, para la suscrita apoderada, la sociedad Pluspetrol Colombia Corporation, sucursal colombiana adeuda a mi representado la suma de \$32.860.402, dinero al cual realizándose un descuento de los \$25.208.167 que le fueron cancelados a mi patrocinado por concepto de indemnización, quedaría un saldo pendiente de \$7.252.235 por concepto de indemnización por despido sin justa causa. Liquidación que debe hacerse con la fecha de ingreso del señor Mejía, porque se están vulnerando sus derechos laborales, toda vez que si bien quedó demostrado dentro del plenario que mi representado laboró desde el 06 de diciembre de 2010 hasta 7 de mayo de 2017, la indemnización que reconoció la empresa Pluspetrol Colombia Corporation solamente fue a partir del 1 de noviembre de 2011 al 8 de mayo de 2017, situación que quedó probada dentro del plenario. Lo anterior tiene fundamento porque, para la suscrita sí existió una sustitución patronal, que realizadas entre las empresas en las que laboró el señor julio Alberto Mejía, es decir, hoy inicia servicios temporales y Pluspetrol Colombia Corporation sucursal Colombia, toda vez que en la primera fue un trabajador en misión de la segunda, es decir, siempre laboró directamente para la sociedad Pluspetrol, siendo esta quien cancelada su salario, trabajando presencialmente desde el 6 de diciembre de 2010 al 8 de mayo de 2017 en las instalaciones de la referida sociedad, cumpliendo órdenes, instrucciones de los directivos de Pluspetrol Colombia Corporation, por lo que aquí se entiende por lo que aquí que lo que ocurrió fue una sustitución patronal, no sin antes hacer una especial claridad, que con el interrogatorio que surtió dentro del presente proceso, se pudo establecer que mi representado siempre cumplió las mismas funciones, las mismas funciones dentro de la referida sociedad Pluspetrol Colombia Corporation. Asimismo, por la*



continuidad laboral del demandante señor Julio Alberto Mejía, el cual no estuvo un solo día desvinculado por parte de estas 2 sociedades, toda vez que desde el 6 de diciembre de 2010 al 8 de mayo de 2017, mi demandante laboró ininterrumpidamente para la sociedad Pluspetrol Colombia Corporation, situación de la que dio fe en el interrogatorio de parte de la sociedad Holguín & CIA Servicios temporales, pues fue esta la sociedad quien lo vinculó como trabajador en misión para la sociedad Pluspetrol Colombia Corporation desde el 6 de diciembre de 2010, fecha de su vinculación. Así las cosas, el demandante le asiste el derecho a que el presente asunto se lo hubiese reconocido y se le diera una correcta aplicación al artículo 64 del CST. Por otra parte, encontramos fundamento a los hechos que se mencionaron en la demanda en la sentencia T 954 en 2012 proferida por la honorable Corte Constitucional, mediante la cual hace claridad en los siguientes conceptos y me permite traer a colación. Sustitución Patronal: para que perfeccione la figura jurídica de la sustitución de empleadores, es necesario, en primer lugar, que opere un cambio de empleador por cualquier causa. En el presente caso, y hago una aclaración en el presente caso, sí hubo un cambio de empleador de Holguín & CIA Servicios Temporales a Pluspetrol Colombia. Segundo, que haya continuidad en la prestación del servicio por parte del trabajador y finalmente que haya continuidad también en las labores desarrolladas en el establecimiento. Se trata entonces de 3 requisitos que se reseñan de la siguiente manera, cambio empleadores, continuidad de la empresa o establecimiento o negocio y la conservación del giro de sus actividades y continuidad del trabajador. Para la suscrita apoderada respetando obviamente los argumentos de hecho y derecho que tuvo la señora juez, me aparto de ellos, porque para para suscrita apoderada, sí se configuran esos esos 3 requisitos que establece la sentencia T-954 de 2011. Por otra parte, la figura de la sustitución patronal fue introducida en el ordenamiento colombiano con el decreto 652 de 1935 en el artículo 27 que lo reglamentó la Ley 10 de 1934. Dicho artículo expresó lo siguiente: 'Para los efectos de la ley que reglamenta, se considera como una misma empresa la que haya conservado en sus líneas generales el mismo giro del negocio u ocupaciones con las variaciones naturales de progreso on disminución, aun cuando hubiere cambio de nombre, patrono o dueño'. Posteriormente se plasmó en el artículo 11 del Decreto 2350 de 1944, la sola sustitución del patrono no extingue el contrato de trabajo, y observa la suscrita que aquí no se tuvo en cuenta la continuidad del trabajador y el ejercicio de la funciones interrumpida que realizó mi representado. Tal precepto fue reproducido en la ley 6a de 1945, en su artículo 8, inciso 3, cuando se estableció que la sustitución del patrono no extingue los contratos de trabajo, y enseguida el Decreto 2127 de 1945 de sus artículos 53 y 54 y la ley 64 en 1946, en el artículo 2, que se limitaron a definir dicha figura expresando que la sola sustitución no modifica de contrato de trabajo y estableciendo la solidaridad entre el empleador sustituto y sustituido. El artículo 53 del Decreto 2127 de 1945, en aquel momento definió la sustitución de patronos de la siguiente manera 'la sola sustitución del patrono no interrumpe, modifica ni extinguen los contratos de trabajo celebrados por el sustituido, entiéndase, por sustitución toda mutación del dominio sobre la empresa o negocio o de su régimen de administración, sea por muerte o primitivo del dueño, por una generación de cualquier título o por transformación de la sociedad empresarial o por contrato de administración delegada o por otras causas análogas'. La sustitución puede ser total y parcial teniéndose como parcial la que se refiere a una porción de negocio o empresa susceptible de ser considerada y manejada como una unidad económica de independiente. Así mismo, de acuerdo con el Decreto 2663 del y 3743 de 1961 adoptados por la ley 141 en 1961, actúa el Código sustantivo del trabajo, habla de la definición de la sustitución de patronos y lo establece así todo cambio de un patrono por otro, cualquier causa siempre que subsista la entidad el establecimiento, es decir, en cuanto éste sufra variaciones en el giro social, es decir, en cuanto éste no sufra variaciones en el giro de sus actividades



o negocios. Así mismo (...) para que se perfeccione la figura jurídica de sustitución de empleadores, es necesario, en primer lugar, que opere un cambio empleador por cualquier causa; segundo que haya continuidad de la prestación del servicio por parte del trabajador y finalmente que haya una continuidad. Quedando clara la postura de la honorable Corte Constitucional frente al tema relacionado con la sustitución patronal, es que para nuestro caso en concreto se evidencia que todos los requisitos se cumplen tal y como se ha venido manifestando, no sin antes resaltar que el trabajador siempre laboró ininterrumpidamente para la misma empresa Pluspetrol. Por ende, tenemos que la sociedad Pluspetrol Colombia Corporation adeuda a mi representado por concepto de indemnización por despido sin justa causa la suma de \$7.152.235 por concepto de indemnización por despido sin justa causa liquidados desde el 6 de diciembre de 2018 al 8 de mayo de 2017, empresa donde laboró desde el comienzo de su relación laboral con Holguín & CIA Servicios Temporales. Por otra parte, resulta improcedente aceptar la negativa el referido fallo que se acaba de surtir en la presente instancia, por cuanto la demandada Pluspetrol debería, conforme a las pruebas obrantes en el plenario, reconocer y pagar a mi prohijado la bonificación del 2016 proporcional a los meses 2017, cuando esas esas bonificaciones fueron canceladas anualmente a los trabajadores. Asimismo, ininterrumpidamente, como voy a explicar a continuación, y también quedó demostrado en el expediente. En el volante de pago del 01 al 31 de mayo de 2013 la sociedad le reconoció a mi representado por bonificación la suma de \$17.812.903. Quedó demostrado dentro del plenario que la forma como liquidaban estas bonificaciones, la empresa demandada Pluspetrol eran, con una evaluación de desempeño al trabajador y a los rendimientos o utilidades que tenía la empresa en el año anterior; es decir, que el desempeño, ese dinero, ese volante de pago, el primero de mayo de 2013, fue por concepto del desempeño de mi patrocinado del año 2012 y las utilidades del mismo. Así mismo ocurrió con el volante de pago del 01 al 31 de mayo de 2014, año inmediatamente siguiente. Se reconoció la suma de \$15.804.516. La misma situación ocurrió en el 2015, por el desempeño realizado en el 2014 y en el 2016, por el desempeño del 2015, quedando pendiente de reconocer por parte de la empresa demandada Pluspetrol la bonificación por desempeño de mi patrocinado por el año laborado del 2016, la cual se pagaba en mayo del 2017 y proporcional a lo laborado en el año 2017. Que mi patrocinado tenía la carga probatoria de allegar al expedientes y efectivamente, la empresa Pluspetrol reconoció en ese año la bonificación a los demás trabajadores resulta improcedente, por la posición dominante que ejerce la empresa y mi representado no tener acceso, ni a las oficinas ni a la empresa, ni a los documentos, la documentación de la de la de la empresa, pues le quedaba totalmente imposible esto, tener conocimiento de dicha información si puede o no reconocida la bonificación a los trabajadores, pero si se hubiera querido demostrar dentro del plenario, si esa situación se había configurado respecto a los otros trabajadores mediante un oficio remitido a la empresa Pluspetrol, se hubiera podido evidenciar si, efectivamente era tan indispensable dicha prueba para probar lo aquí manifestado. O inclusive haberle solicitado a la empresa que diera esa información y no se surtió tampoco. Es tan claro el reconocimiento permanente, periódico e interrumpido del pago de la bonificación, la cual fue cancelada todos los meses de mayo, como se evidenciaban los volantes de pago que reposan dentro del expediente que hace mi representado acreedor de hecho reconocimiento, máxime si cuando siempre, se le cancelan tal y como que acredita como que va acreditado con las pruebas obrantes en el expediente. Hago especial llamado al artículo 127 del CST, el cual nos menciona los elementos integrantes del de salario y menciona: 'constituye salario no solo la remuneración ordinaria fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa de servicio, o sea, cualquiera la forma denominación que se adopte como primas sobresueldos, bonificaciones, primas, sobresueldos a bonificaciones



habituales, valor del trabajo suplementario de las horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentaje sobre las ventas y comisiones'. Asimismo, cabe advertir que existen varios pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, donde en resumidas cuentas nos enseña que las bonificaciones habituales son salario cuando el empleador acostumbra a cancelar o pagar en dinero a sus empleados por premio o su buen resultado, o para compensar una buena gestión, como en el caso que nos ocupa, ocurrió. Por ser una práctica habitual o frecuente, la convierte en una cancelación periódica que le que en caso de un conflicto laboral, el juez lo tendría en cuenta para considerarlo parte del salario, y como tal se ordenaría la reliquidación de todas las prestaciones sociales sobre un nuevo valor como ocurre en el caso que nos ocupa. Por todo lo anterior, solicito muy respetuosamente al Tribunal se revise el material probatorio obrante en el expediente para que en su lugar sea revocada en su totalidad la sentencia (...).

5. Alegatos de conclusión. Dentro del término concedido en segunda instancia intervinieron ambas partes, así:

5.1. De la parte demandante. Insistió en que debe revocarse la sentencia de primera instancia para acceder a las pretensiones de la demanda porque la entidad demandada Pluspetrol Colombia Corporation Sucursal Colombia le adeuda la suma de \$7.652.235 por concepto de indemnización por despido injustificado, por el tiempo laborado desde el 6 de diciembre de 2010 hasta el 8 de mayo de 2017, a raíz de la sustitución patronal con Holguín & CIA Servicios Temporales S.A. *“toda vez que en la primera fue trabajador en misión de la segunda, es decir, siempre laborando directamente para la sociedad PLUSPETROL, siendo esta quien cancelaba su salario, trabajando presencialmente (...) en las instalaciones (...) por lo que aquí se entiende que lo que ocurrió fue una sustitución patronal”.*

5.2. De la parte demandada Holguín & CIA Servicios Temporales S.A. Recabó en que en el expediente quedó demostrado que entre el demandante y esa entidad existió un contrato de trabajo por duración de la obra o labor contratada con vigencia del 6 de diciembre de 2010 al 31 de octubre de 2011 *“de forma legal y conforme a la ley”* y, por ese motivo, es completamente infundado que se pretenda una sustitución patronal porque no se demuestra la continuidad en el servicio.

6. Problema (s) jurídico (s) a resolver. De conformidad con el artículo 66A del CPT y de la S.S., corresponde a la Sala resolver los siguientes problemas jurídicos: **1)** ¿Desacertó la jueza a quo cuando descartó la sustitución patronal entre la vinculación del demandante con Holguín & CIA Servicios Temporales S.A.S. y Pluspetrol Colombia Corporation Sucursal Colombiana?; y **2)** ¿Erró la jueza a quo cuando determinó que la bonificación devengada por el demandante no era constitutiva de salario a la luz del artículo 127 del CST?



7. Resolución a (los) problema (s) jurídicos (s): De antemano la Sala anuncia que la sentencia apelada **se confirmará**.

8. Fundamentos normativos y jurisprudenciales: Arts. 67, 68, 127 y 128 CST; CSJ SL13706-2016; CSJ SL12220-2017; CSJ SL3272-2018; CSJ SL1798-2018; CSJ SL3003-2020; CSJ SL4342-2020; CSJSL359-2021; CSJ SL4409-2021; CSJ SL4866-2020; CSJ SL1399-2022; CSJ2882-2022; CSJ SL4313-2022.

Consideraciones.

En este asunto no se discute que el demandante prestó servicios personales como trabajador en misión en el cargo de 'Assistant Controller' para la sociedad **Pluspetrol Colombia Corporation Sucursal Colombiana**, en ejecución de un contrato de trabajo por duración de la obra, con salario integral, suscrito con la sociedad **Holguín & CIA Servicios Temporales Ltda.**, que tuvo vigencia desde el 6 de diciembre de 2010 hasta el 31 de octubre de 2011, y a partir del 1º de noviembre siguiente, fue vinculado directamente por la empresa usuaria referida en el cargo de 'Sr. Accounting Analyst', con contrato de trabajo a término indefinido, a cambio de un salario ordinario mensual de \$8.200.000, hasta el 8 de mayo de 2017 cuando se dio por terminado en forma unilateral y sin justa causa con el pago de indemnización.

A continuación, por cuestiones de método esta Sala procede a darle solución a los problemas jurídicos planteados en el siguiente orden:

¿Desacertó la juez a quo cuando descartó la sustitución patronal entre la vinculación del demandante con Holguín & CIA Servicios Temporales S.A.S. y Pluspetrol Colombia Corporation Sucursal Colombiana?

La parte demandante cuestiona que la jueza a quo no haya declarado la sustitución patronal para obtener la reliquidación de la indemnización por despido injusto por parte de su empleador **Pluspetrol Colombia Corporation Sucursal Colombiana**, teniendo en cuenta el tiempo laborado para la empresa de servicios temporales Holguín & CIA Servicios Temporales S.A.S.

El artículo 67 del CST consagra por sustitución patronal todo cambio de un empleador por otro, por cualquier causa, *"siempre que subsista la identidad del establecimiento, es decir, en cuanto este no sufra variaciones esenciales en el giro de sus actividades o negocios"*.



La jurisprudencia ordinaria laboral ha considerado que para que opere esta figura se requiere que concurren los siguientes requisitos: **i)** el cambio de un empleador por otro por cualquier causa, principalmente por mutación del dominio de la empresa o su administración; **ii)** la continuidad de la empresa y/o establecimiento; y **iii)** la continuidad del servicio del trabajador (CSJ SL3003-2020; CSJ SL4409-2021).

El cambio de un empleador por otro por cualquier causa consiste en el reemplazo de un empleador por otro, bien sea por mutación del dominio de la empresa o de su administración. Por su parte, la continuidad de la empresa se refiere a que subsista una prolongación de lo que el artículo 194 del CST entiende como empresa, es decir, una continuidad de la unidad de explotación económica por transmisión de una persona a otra, lo que, en el fondo, implica que tal unidad ha de pasar del patrimonio de un empleador al de otro, independientemente de la causa, por ejemplo: compraventa, permuta, concesión comodato o con el simple régimen de administración como un arrendamiento, sin que sea necesario que la empresa empleadora original se extinga, se disuelva o sea liquidada. Entretanto, la continuidad del servicio del trabajador implica la continuidad de la relación laboral *“entendida en términos de continuidad material de la prestación del servicio a una misma organización productiva y no de vigencia del contrato de trabajo”* (CSJ SL1399-2022).

Desde el punto de vista meramente formal, el cambio de un empleador por otro está acreditado porque, tal como se dijo con antelación, no es un hecho controvertido que el demandante prestó servicios personales como trabajador en misión en el cargo de ‘Assistant Controller’ para la sociedad **Pluspetrol Colombia Corporation Sucursal Colombiana**, en ejecución de un contrato de trabajo por duración de la obra con salario integral suscrito con la sociedad **Holguín & CIA Servicios Temporales Ltda.**, del 6 de diciembre de 2010 al 31 de octubre de 2011, y a partir del 1º de noviembre siguiente, es decir, sin que mediara solución de continuidad, fue vinculado directamente con la empresa usuaria referida **Pluspetrol** en el cargo de ‘Sr. Accounting Analyst’ con contrato de trabajo a término indefinido, a cambio de un salario ordinario mensual de \$8.200.000, hasta el 8 de mayo de 2017 cuando se dio por terminado en forma unilateral y sin justa causa con el pago de indemnización.

Lo anterior es corroborado con el contrato de trabajo para personal de dirección, confianza y manejo con salario integral celebrado con la empresa de servicios temporales el 26 de octubre de 2010 (pp. 13-16, archivo04 y 1-4, archivo24), con la carta de terminación de este vínculo a partir del 31 de octubre de 2011, acompañado



de la liquidación definitiva de acreencias laborales (pp. 17-18, archivo04 y 7-8, archivo24), con el contrato de trabajo a término indefinido suscrito con la empresa usuaria ese mismo día, pero con fecha de inicio del 1º de noviembre siguiente (pp. 19-23, archivo04 y 1-5 archivo27), acompañado de su liquidación (p. 6, archivo27) y de la carta de despido injustificado a partir del 8 de mayo de 2017 (p. 41, archivo04).

Sin embargo, desde el punto de vista material, tal como se verá a continuación, con los dos requisitos de continuidad de la empresa o establecimiento y del servicio, no es viable predicar la sustitución patronal como se reclama en el recurso.

En lo esencial, no se trata de una identidad de establecimiento o la continuidad de una empresa, entendida como la unidad de explotación económica a la luz del artículo 194 citado, sino, más bien, de 2 entidades completamente independientes entre sí, organizadas como sociedades comerciales autónomas, con patrimonio y personería jurídica propia, sobre quienes, dicho sea de paso, no ha recaído un cambio en el régimen de dominio o administración porque ninguna ha pasado al patrimonio de otra, o es administrada por el mismo personal u órgano de administración o dirección. Es más, ni siquiera comparten el mismo objeto social o se relacionan entre sí, como tampoco son complementarios porque mientras **Holguín & CIA Servicios Temporales S.A.S.** está dedicada a *“contratar la prestación de servicios con terceros beneficiarios para colaborar temporalmente en el desarrollo de sus actividades, mediante la labor desarrollada por personas naturales, contratadas directamente”* (pp. 1-5, archivo04), **Pluspetrol Colombia Corporation Sucursal Colombiana** está encargada de *“explotación y explotación de hidrocarburos”* (pp. 6-10, archivo04).

Lo mismo sucede con el requisito de continuidad del servicio del trabajador porque el demandante fue contratado por la empresa de servicios temporales Holguín & CIA para desempeñarse en el cargo de ‘Assistant Controller’, mientras que para la empresa usuaria que se convirtió posteriormente en su empleador lo fue para el cargo de ‘Sr. Accounting Analyst’ o ‘contador senior’, de los cuales hay que decir que, si bien tienen denominación distinta, no es posible determinar que se traten del mismo cargo con la misma laboral, bajo las mismas condiciones laborales.

En su interrogatorio de parte, la representante legal de la entidad demandada Pluspetrol aceptó que el demandante estuvo vinculado a través de un contrato de trabajo desde el 1º de noviembre de 2011 hasta el 8 de mayo de 2017, después de haber prestado servicios personales como trabajador en misión a raíz de la



contratación con la empresa de servicios temporales, pero aclaró que las contrataciones fueron completamente independientes entre sí porque no ejerció el mismo cargo, fue liquidado en su oportunidad por la empresa temporal y, de hecho, se pactaron condiciones diferentes en cuanto al tipo de salario – integral para la temporal y ordinario para ella –. Después, cuando se le preguntó si el demandante había dejado de prestar sus servicios entre la vinculación laboral con la empresa de servicios temporales y esa entidad, contestó que no, pero insistió en que las contrataciones fueron completamente independientes, regidas por cargos, funciones y condiciones laborales diferentes. Incluso, explicó que el cargo de Assistant controller implicaba que el demandante ejerciera como un asistente de auditoría, mientras que el cargo de ‘Sr Accountant Analyst’ o contador senior tenía que ver con el manejo de la contabilidad de toda la compañía. Enseguida, refirió que entre la empresa de servicios temporales y ella se había celebrado un contrato de prestación de servicios temporales en misión únicamente para el cargo de ‘Assistant Controller’ cuya necesidad se había generado porque *“la empresa (...) necesitaba un auditor y posteriormente a la prestación del servicio se evidenció la necesidad diferente, el cual, por así decirlo, el cargo del señor Mejía cumplía con lo requerido de la empresa, para el cargo de contador senior, y por eso posteriormente se decidió contratarlo con condiciones diferentes”*, que culminó cuando se dio por terminada esa relación comercial el 31 de octubre de 2011.

Pese a que no se allegó el contrato de prestación de servicios entre la empresa de servicios temporales y la empresa usuaria, esto no significa que la decisión pueda variar porque aquí está en discusión únicamente el tema de la sustitución patronal, y no, el cumplimiento efectivo de alguna de las hipótesis contempladas en el artículo 77 de la Ley 50 de 1990 sobre la justificación del trabajo temporal. En todo caso, habría que señalar que correspondía al demandante probar que, por lo menos, se trataba del ejercicio del mismo cargo como para entrar a verificar, si se podía tener o no, por cumplido este siguiente requisito, aunque a esto hay que agregarle que, si así hubiera ocurrido, los otros dos presupuestos no dan lugar a hablar de una sustitución entre empleadores toda vez que el simple hecho de que el trabajador sea vinculado por una empresa usuaria, por cualquier causa, ello no implica que deba responder por las obligaciones de un empleador anterior, si no se cumplen los requisitos legales para la figura en comento, como tampoco que el contrato de trabajo anterior no pueda entenderse extinguido, razón suficiente para descartar la aplicación del artículo 68 del CST que se reclama insistentemente en el recurso.

En su interrogatorio, el demandante manifestó que la empresa de servicios temporales lo contrató para *“reemplazar temporalmente por una ausencia obligada de*



maternidad de la contadora que en ese momento fungía como tal en la sociedad PLUSPETROL. En las entrevistas, todo el proceso de ingreso (...) fue primero con PLUSPETROL y posteriormente me remitieron para hacer la documentación con HOLGUÍN”, y pese a que más adelante narró que las funciones desempeñadas como trabajador en misión y trabajador directo de la empresa usuaria que pasó a ser su empleador eran iguales, consistentes en ejercer como contador “preparar toda la información financiera, coordinador los cierres contables de las diferentes áreas que en ese momento existían en el área contable, reportes, entregar a las entidades de control las informaciones requeridas, principalmente, la superintendencia de sociedades y cámara de comercio”, de lo esgrimido no hay una sola prueba en el expediente que lo respalde.

En este punto, se precisa que, si bien la declaración de parte es un elemento de prueba dentro del catálogo contenido en el artículo 165 del Código General del Proceso, aplicable por remisión de los artículos 55 y 145 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, ello no es suficiente para que se tenga como plena prueba porque para ello es indispensable observar el postulado contemplado en el artículo 61 del este último compendio normativo sobre la libertad en la apreciación de las pruebas para formarse el convencimiento acerca de los hechos en discusión.

De manera que, al no cumplirse las condiciones para pregonar una sustitución patronal, la conclusión a la que llega la Sala es que el demandante prestó servicios personales como trabajador en misión con contrato directo a la empresa de servicios temporales, sin que el simple hecho de que la empresa usuaria lo haya vinculado directamente, sea una camisa de fuerza para asegurar que se trata de un mismo servicio prestado en la secuencia de un mismo contrato de trabajo, si no hay forma de establecer el cambio del empleador por la transmisión del dominio o cambio de administración, y mucho menos la continuidad de la empresa o establecimiento.

En este tópico, conviene aclarar que este proceso se diferencia de varios casos que ha resuelto el Tribunal frente a otras entidades demandadas, en particular, contra la accionada Productos Químicos Panamericanos, en los cuales se ha discutido la existencia de un contrato de trabajo con esa entidad como empresa usuaria y verdadero empleador, por transgresión al artículo 77 de la Ley 50 de 1990 respecto del trabajo temporal; aspecto que en ninguna parte ha sido puesto en tela de juicio en el *sub lite*, porque la demandante solo pretende que, a raíz de la supuesta sustitución patronal entre su primer y segundo empleador, el último sea responsable del pago de la indemnización por despido injustificado desde el año 2010, a la luz del artículo 69 del Código Sustantivo del Trabajo. De hecho, ello no quedó



delimitado en la etapa de fijación del litigio, en la que la jueza de conocimiento, después declarar probados los hechos 1, 2, 3, 27, 28 y 31 respecto de la empresa de servicios temporales y 1, 3, 4, 5, 7, 8, 9, 14, 15 y 25 en relación con la codemandada Pluspetrol, fijó como problema jurídico a resolver la sustitución patronal. Estudiar y resolver la apelación como si se tratara de una indebida utilización del trabajo temporal para predicar una unidad contractual - que no se ha controvertido -, sino únicamente para efectos de la liquidación de la indemnización por despido que solo se reclama del empleador Pluspetrol, sería como sorprender a las entidades demandadas, quienes si bien se defendieron con el tema de la independencia de las dos contrataciones laborales, no lo hicieron respecto de una indebida intermediación o indebida utilización de la empresa de servicio temporal.

De manera que declarar la existencia de un contrato de trabajo entre el 6 de noviembre de 2010 y el 8 de mayo de 2017, ligado al hecho de la justificación del trabajo temporal, sería prácticamente variar el objeto del litigio e, incluso, extralimitarse en la competencia funcional del Tribunal, sobre todo, porque el principio de consonancia delimita su decisión solo a las materias objeto de la apelación. Con todo, y únicamente si en gracia de la discusión, se admitiera lo contrario, lo cierto es que en el expediente no se vislumbra que la vinculación del demandante a través de la empresa de servicios temporales **Holguín & CIA Servicios Temporales Ltda.**, vigente desde el 6 de diciembre de 2010 hasta el 31 de octubre de 2011, hubiere transgredido las limitaciones del trabajo temporal contempladas en el artículo 77 de la Ley 50 de 1990, en particular, porque el demandante aceptó en su interrogatorio que esa entidad lo había contratado temporalmente por una ausencia obligada de maternidad de la contadora de la empresa usuaria y para atender obligaciones transitorias. Quiere decir lo anterior, que se cumplió lo previsto en los numerales 2º y 3º del referido artículo, consistente en la utilización de ese trabajo *“cuando se requiere reemplazar personal en vacaciones, en uso de licencia, en incapacidad por enfermedad o maternidad”* y *“para atender incrementos en la producción, el transporte, las ventas de productos o mercancías, los periodos estacionales de cosechas y en la prestación de servicios, por un término de seis (6) meses prorrogable hasta por seis (6) meses más”*.

En tales circunstancias, habrá de confirmarse la sentencia objeto de apelación en este punto.

Por sustracción de materia, no hay lugar a verificar una reliquidación de la indemnización por despido injustificado, con inclusión del tiempo laborado como



trabajador en misión desde el 6 de diciembre de 2010 para tener un único vínculo laboral.

¿Erró la jueza a quo cuando determinó que la bonificación devengada por el demandante no era constitutiva de salario a la luz del artículo 127 del CST?

Dispone el artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo que constituye **salario** no solo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte, como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas y comisiones.

La jurisprudencia de nuestro órgano de cierre, en su especialidad laboral, ha considerado que, al ser el salario y la prestación personal del servicio el objeto principal del contrato de trabajo, debe asumirse que cualquier pago que reciba el trabajador por la puesta en disposición de su fuerza de trabajo al empleador, sea constitutivo de **salario**, a menos que resulte totalmente claro que su reconocimiento o entrega obedece a una finalidad diferente, o que se demuestren las condiciones de ocasionalidad o de mera liberalidad, o mejor, que su causa no es remunerativa de ese servicio prestado, sin que ello implique sea el trabajador el que le corresponde demostrar que los pagos que reciba tengan causa retributiva, sino, más bien, que sea el empleador, como dueño de la información y quien diseña los planes de beneficios y, por ello, se encuentra en mejor posición probatoria, quien asuma la carga de la prueba para demostrar que lo pagado tiene una causa completamente distinta (CSJ SL12220-2017; CSJ SL3272-2018; CSJ SL4313-2022).

Descendiendo al caso que nos ocupa, se verifica, a continuación, si el demandante demostró que recibió y devengó las bonificaciones *“por el buen desempeño laboral e utilidades de la sociedad que se cancelaban de manera ininterrumpida anualmente”*.

Los volantes de pago de los meses junio, julio, agosto, octubre, noviembre y diciembre de 2016, al igual que los de enero, febrero, marzo y abril de 2017 no tienen registro de pagos diferentes a las acreencias laborales legales (pp. 24-31, archivo04). En contraste, en los comprobantes de pago de nómina del mes de mayo de **2013, 2014, 2015 y 2016** sí revelan que al demandante se le reconoció una



bonificación denominada “*por mera liberalidad*” por las sumas de **\$17.812.923**, **\$15.804.516**, **\$15.804.516** y **\$13.373.052** (pp. 35-38, archivo04).

De esta manera, se evidencia que, al haberse recibido por 4 años consecutivos tal bonificación, el demandante cumplió su carga de la prueba de probar la habitualidad.

Determinado lo anterior, pasa la Sala a determinar si la entidad demandada satisfizo su carga de demostrar que dichos pagos no tenían como finalidad retribuir el servicio.

En la comunicación del 13 de septiembre de 2018 suscrita por el representante legal suplente de la entidad demandada, en respuesta a la reclamación presentada por el demandante, no se admite su naturaleza salarial; por el contrario, se cuestiona que dicho beneficio extralegal “*fue pactado expresamente como no constitutivo de salario (...) era discrecional de la empresa (...) no dependió de sus resultados individuales como trabajador, de forma tal que no era una contraprestación directa del salario*” (p. 53, archivo04).

De la certificación sin fecha de expedición, pero suscrita por el representante legal de la misma entidad demandada se lee el siguiente texto: “*por medio de la presente dejo constancia expresa que las bonificaciones anuales de mera liberalidad que PLUSPETROL COLOMBIA CORPORATION SUCURSAL COLOMBIANA eventualmente reconoció a sus trabajadores, **dependieron de los resultados corporativos de la sociedad** y por ende no eran una contraprestación directa de sus servicios*” (p. 8, archivo27).

En la cláusula cuarta del contrato de trabajo celebrado entre las partes se pactó un salario ordinario equivalente a la suma de \$8.200.000 pagadero mes vencido, y en su párrafo quedó claramente delimitada la exclusión salarial como se lee: “*las partes acuerdan que toda prestación, beneficio o auxilio, bono o prima extralegal, que sea mencionado en este contrato o no, habitual u ocasional, que reciba o llegare a recibir el TRABAJADOR, en dinero o en especie, incluyendo pero sin limitarse a planes de salud, pólizas de seguro de cualquier naturaleza que cubran cualquier tipo de riesgo, incluyendo pero sin limitarse a salud y vida, auxilios o bonos de alimentación que sean otorgados en dinero o en especie, suministro de aparatos de telefonía celular o móvil de cualquier tipo y/o afiliaciones y/o pagos de cuotas mensuales para tener acceso a dicho servicio, vehículos o medios de transporte en general, computadores o herramientas de trabajo o cualquier beneficio diferente de su salario arriba expresa, constituyen un acto de mera liberalidad del EMPLEADOR o son otorgados al TRABAJADOR para que éste pueda desarrollar a cabalidad sus funciones y por lo tanto no serán considerados como salario y en consecuencia tampoco generarán prestaciones sociales, ni serán tenidos en cuenta para calcular el monto de vacaciones, indemnizaciones, cotizaciones a seguridad social o parafiscales o cualquier otra obligación o acreencia de carácter laboral*” (pp. 20-22, archivo04 y 1-5, archivo27).



En su interrogatorio, la representante legal de la entidad demandada Pluspetrol no negó que al demandante se le hubieran reconocido bonificaciones por desempeño; por el contrario, aseveró que *“en algunos años (...) reconoció (...) **bonificaciones por cumplimiento de metas globales de la compañía**, más no eran bonificaciones por cumplimiento, o por desempeño (...) Para el primer año de servicio, incluso, la compañía no reconoció ningún tipo de bonificación y para el último tampoco se reconoció ningún tipo de bonificación porque a la fecha de terminación no hubo lugar al reconocimiento de ese tipo de beneficios. La empresa (...) siempre se reservó el derecho de determinar, dependiendo de los resultados globales de la sucursal, si se reconocía o no se reconocía algún tipo de bonificación a sus trabajadores e, incluso, también era o tenía discrecionalidad en determinar el valor de las mismas”*. Luego, explicó que esos pagos *“eran de mera liberalidad”* e insistió en que *“obedecían al cumplimiento de resultados de la sucursal y no tenían nada que ver con el desempeño del señor Mejía para el año 2016 y 2017”*.

De lo dicho por la representante legal, cuando afirmó que las bonificaciones por mera liberalidad *“obedecían al cumplimiento de resultados de la sucursal”*, bien puede entenderse que estuvieron sujetas a las utilidades, pero no de ello no es dable considerar que hubiere confesado que tenían como causa retributiva el servicio prestado por el demandante.

En su interrogatorio, el demandante adujo que lo único que no se le pagó durante la vigencia del contrato de trabajo, fue la bonificación por el año 2016 y la proporción correspondiente a 2017, sin que expresara algún dato adicional.

La jueza a quo en la sentencia apelada, consideró que en el hecho 10 de la demanda, el accionante confesó que el pago de la mentada bonificación no retribuía el servicio prestado.

La Sala acompaña esta apreciación porque, revisada la redacción del libelo, se logra determinar que la dicha bonificación si estaba ligada a la participación de utilidades. En concreto, tal hecho textualmente es del siguiente tenor:

10. En el volante de pago del 01 de Mayo al 31 de mayo de 2013, el empleador Sociedad **PLUSPETROL COLOMBIA CORPORATION SUCURSAL COLOMBIANA**, reconoce a mi representado el valor de **DIESICIETE MILLONES**

OCHOCIENTOS DOCE MIL NOVECIENTOS VEINTITRES PESOS M/L (\$17.812.923), por concepto de BONIFICACION POR MERA LIBERALIDAD, la cual era reconocida al trabajador de conformidad con una evaluación de desempeño que realizaba su empleador, y de conformidad con las utilidades del año anterior, es decir por el desempeño del año 2012 y las utilidades de ese mismo año, se tomó la base por parte de la sociedad para el reconocimiento de esa bonificación.



Esa manifestación sin duda encuadra en el supuesto normativo del artículo 191 del Código General del Proceso, aplicable a los asuntos laborales y de la seguridad social, toda vez que versa sobre hechos que producen consecuencias jurídicas adversas al demandante y favorecen a la contraparte, en particular, porque claramente admite que ese estipendio era reconocido por el empleador “*de conformidad con una evaluación de desempeño que realizaba su empleador*” y “***de conformidad con las utilidades del año anterior***”

Por ende, esa manifestación constata lo referido por el representante legal de Pluspetrol, quien dejó en claro que “*en algunos años (...) reconoció (...) **bonificaciones por cumplimiento de metas globales de la compañía**, más no eran bonificaciones por cumplimiento, o por desempeño (...) Para el primer año de servicio, incluso, la compañía no reconoció ningún tipo de bonificación y para el último tampoco se reconoció ningún tipo de bonificación porque a la fecha de terminación no hubo lugar al reconocimiento de ese tipo de beneficios. **La empresa (...) siempre se reservó el derecho de determinar, dependiendo de los resultados globales de la sucursal, si se reconocía o no se reconocía algún tipo de bonificación a sus trabajadores e, incluso, también era o tenía discrecionalidad en determinar el valor de las mismas**”. Luego, explicó que esos pagos “*eran de mera liberalidad*” e insistió en que “***obedecían al cumplimiento de resultados de la sucursal y no tenían nada que ver con el desempeño del señor Mejía para el año 2016 y 2017***”.*

Por consiguiente, de acuerdo con el artículo 128 del CST, no constituye **salario** las sumas que ocasionalmente y por mera liberalidad recibe el trabajador del empleador, como primas, bonificaciones o gratificaciones ocasionales, **participación de utilidades**, excedentes de las empresas de economía solidaria y lo que recibe en dinero o en especie no para su beneficio, ni para enriquecer su patrimonio, sino para desempeñar a cabalidad sus funciones, como gastos de representación, medios de transporte, elementos de trabajo y otros semejantes, como tampoco las prestaciones sociales de que tratan los títulos VIII y IX, ni los 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, las primas extralegales, de vacaciones, de servicios o de navidad.

En consecuencia, estas bonificaciones no pueden ser consideradas como salario, si el mismo demandante aceptó que estaban ligadas al tema de las utilidades de la compañía, en cuyo caso, como quedó visto, legalmente no puede hablarse de salario.



Respecto de las bonificaciones que no se pagaron en 2016 y 2017, baste con decir que no hay forma de establecer su monto, porque no se acreditaron los factores para su liquidación o cualquier dato relevante para determinar a cuánto ascienden, sin que pueda asumirse o tenerse la cifra del año anterior, al ser evidente que esta no era fija, sino variable, como se refleja en el siguiente cuadro.

Año	Salario básico	Promedio bonificación
2013	\$ 8.200.000,00	\$ 1.484.410,25
2014	\$ 8.610.000,00	\$ 1.317.043,00
2015	\$ 8.610.000,00	\$ 1.317.043,00
2016	\$ 8.610.000,00	\$ 1.114.421,00

Por lo demás, y en lo que tiene que ver con la imposibilidad de allegar pruebas para demostrar el supuesto fáctico en el que descansa la causación de estas bonificaciones, considera la Sala que el recurso de apelación no es el escenario propicio para cuestionar tal aspecto, si la parte demandante si a bien lo consideraba, tenía la posibilidad, primero, de solicitar que la entidad demandada, al momento de contestar la demanda, allegara las pruebas que se encontraban en su poder, tal como lo consagra el artículo 31 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social. Incluso, pedir como prueba una eventual exhibición de documentos. Sin embargo, ello no ocurrió en la primera instancia, por lo que no puede suplirse esa inactividad en esta instancia, recordando que las decisiones judiciales se toman con las pruebas regular y oportunamente aportadas en las oportunidades procesales para ello, en caso del actor con la demanda o su eventual reforma, por lo que se confirmará sentencia apelada en este punto.

Por sustracción de materia, no hay lugar a emitir pronunciamiento sobre la reliquidación de acreencias laborales, que precisamente dependían de la inclusión de las bonificaciones de utilidades que se pretendían formar parte de la base salarial.

De acuerdo con lo dicho, el camino a seguir es confirmar en su integridad la sentencia apelada.

Costas. Ante la improsperidad del recurso de apelación, se condenará en costas de segunda instancia a la parte demandante, con fundamento en el numeral 1º del artículo 365 del Código General del Proceso. En su liquidación, inclúyase la suma de u salario mínimo mensual por concepto de agencias en derecho.



Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca
Republica de Colombia

En mérito de lo expuesto, la **Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

Resuelve:

Primero: Confirmar la sentencia proferida el 14 de enero de 2021 por el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá, acorde con lo considerado.

Segundo: Condenar en costas de segunda instancia a la parte demandante. En su liquidación, inclúyase la suma de un SMLVM.

Tercero: Devolver el expediente a la Secretaría Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá para su notificación y demás actuaciones subsiguientes conforme lo establece el parágrafo del artículo 2° del Acuerdo PCSJA22-11978 del 29 de julio de 2022. Secretaría proceda de conformidad.

Notifíquese y cúmplase,


MARTHA RUTH OSPINA GAITÁN
Magistrada


EDUIN DE LA ROSA QUESSEP
Magistrado


JAVIER ANTONIO FERNANDEZ SIERRA
Magistrado

TRIBUNAL SUPERIOR
DISTRITO JUDICIAL DE CUNDINAMARCA
SALA LABORAL

Magistrado Ponente: **EDUIN DE LA ROSA QUESSEP**

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR ANA LUCIA CASTRO TORO contra Patrimonio Autónomo de Remanentes-PAR CAPRECOM LIQUIDADO administrado por FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.-FIDUPREVISORA S.A. Radicación No. 11001-31-05-011-**2016-00625**-01.

Bogotá D. C. diecisiete (17) de abril de dos mil veintitrés (2023).

Se conoce este proceso en atención a la medida de descongestión dispuesta por el Consejo Superior de la Judicatura, según Acuerdo PCSJA22-11978 de 2022; se emite la presente sentencia de manera escrita conforme lo preceptúa el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, con el fin de decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra el fallo proferido por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Bogotá el 17 de junio de 2021.

De manera preliminar se reconoce **personería** a la Dra. VANESSA FERNANDA GARRETA JARAMILLO, identificada con C.C. No. 1.085.897.821 y T.P. No. 212.712 del Consejo Superior de la Judicatura como apoderada del Patrimonio Autónomo de Remanentes de Caprecom y a la Dra. MARIA FERNANDA MARTINEZ CARRILLO, identificada con C.C. No. 1.095.831.616 y T.P. No. 345.088 del Consejo Superior de la Judicatura, como apoderada sustituta de esa misma entidad.

Previa deliberación de los magistrados que integran esta Sala y conforme los términos acordados, se procede a proferir la siguiente

SENTENCIA

1. La demandante instauró demanda ordinaria laboral contra CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL DE COMUNICACIONES CAPRECOM EICE EN LIQUIDACIÓN con el fin que se declare que fue trabajadora de dicha entidad y es pensionada de la misma. Así mismo, que la demandada incumplió los acuerdos convencionales de *“NO LIQUIDACIÓN DE LA MISMA ENTIDAD contemplados en los años 2003 y 2013 según acuerdos colectivos extra-convencionales al acuerdo convencional que se anexaron en la demanda”*. Como consecuencia de lo anterior, solicita que se declare que los derechos convencionales dejados de percibir durante los años 2003 a 2015 y 2016 por suspensión extraconvencional deberán ser otorgados en virtud

del incumplimiento por parte de CAPRECOM de no liquidar la misma. Se ordene a la demandada al pago de “*EL PLAN DE ATENCIÓN COMPLEMENTARIO ACTUALIZADO EN SU CONSERVACIÓN Y DESARROLLO DE DERECHOS EN SALUD*” reconocido en el artículo 28, Literal A de la Convención Colectiva de Trabajo “*derecho adquirido para trabajadores vinculados al momento de la expedición de la ley 314 de 1996 y su respectivo grupo familiar, que se encuentren afiliados a CAPRECOM servicio médico, antes del 2003 y que se encuentran vinculados a la fecha durante el período comprendido del 12 de Junio de 2003 y hasta el 28 de Diciembre de 2015*”, debidamente indexada, junto con lo que resulte de la aplicación de las facultades ultra y extra petita.

2. Como sustento de sus pretensiones, manifiesta la demandante que CAPRECOM fue transformada en Empresa Industrial y Comercial del Estado mediante la ley 314 de 1996. Que mediante Resolución No. 1537 del 5 de agosto de 2010, la demandada le reconoció una pensión de jubilación; que la demandada siempre se vio sometida a una serie de factores que le determinaron un estado de posible y anunciada liquidación desde el año 2003, razón por la cual la Junta Directiva de la entidad y el Sindicato de base SINTRACAPRECOM aprobaron mediante ACUERDO EXTRA CONVENCIONAL suscrito en el año 2003 y ratificado en el 2013, “*la suspensión de una serie de derechos convencional y laborales vigentes a esa fecha, que bajo el principio de la corresponsabilidad, quedaban condicionados al cumplimiento contractual de la empresa, que en caso contrario y si la entidad y/o el gobierno nacional incumplían, de inmediato se desactivaría dicho acuerdo extra convencional, para que los derechos suspendidos cobraran la integridad de su aplicación. El acuerdo suscrito por un período de diez (10) años inicialmente se hizo para garantizar la estabilidad financiera y el punto de equilibrio requerido para evitar la liquidación de CAPRECOM-EICE*”. Allí mismo se acordó que “*en caso de no viabilización de la entidad en los términos señalados en el citado acuerdo y se determine por parte del Gobierno su fusión y liquidación, la Convención Colectiva conservará su vigencia y el Acuerdo extra convencional quedará sin aplicación*”. Manifiesta que en el año 2013 se amplió la prórroga de suspensión por 5 años, sin embargo, mediante decreto 2519 de 2015, se dispuso la supresión y liquidación, por lo cual las acreencias laborales convencionales que se encontraban suspendidas por efecto de los acuerdos extraconvencionales cobraron su integral vigencia “*debiéndose aplicar automáticamente, como si los acuerdos extra convencionales nunca hubieran existido, es decir a partir de la fecha de la suspensión: Junio 12 de 2003; toda vez que el incumplimiento fue parte del gobierno nacional y la ruptura de dicho acuerdo extra convencional fue unilateral, desconociendo que este obedecía en su origen al carácter bilateral, vinculante y obligatorio de la negociación colectiva entre partes, CAPRECOM-EICE y SINTRACAPRECOM*”. Indica que el 14 de marzo de 2016 presentó reclamación administrativa frente a los planes complementarios; la cual fue resulta de forma negativa por la demandada. (PDF 04).

3. La demanda se presentó el 5 de diciembre de 2016 (pág. 141 PDF 05), siendo inadmitida el 19 de diciembre del mismo año; una vez subsanada, se admitió por auto del 14 de marzo de 2017, ordenando notificar a la demandada (PDF 08), diligencia que se llevó a cabo el 23 de marzo de 2017 (PDF 09).
4. El Patrimonio Autónomo de Remanentes-PAR CAPRECOM LIQUIDADO administrado por FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.-FIDUPREVISORA S.A. contestó el 17 de abril de 2017, oponiéndose a las pretensiones. Frente a los hechos manifestó que no le constan por estar relacionados con una entidad extinta y distinta de la Fiduciaria la Previsora S.A., quien en calidad única y exclusivamente de administradora y vocera del PAR CAPRECOM LIQUIDADO no se encuentra en la obligación de emitir pronunciamiento alguno, pero que *“es de anotar que de los pronunciamientos expuestos por el demandante y de los documentos aportados a la misma se infiere que es cierto que se suscribió un Acuerdo Extracontractual suspendiendo una serie de derechos convencionales, por un periodo de 10 años, el cual fue prorrogado por otros 5 años”*. Así mismo adujo que la demandante ya no hacía parte de los acuerdos convencionales, por cuanto ya se encontraba pensionada. Propuso las excepciones de mérito de inexistencia de las obligaciones reclamadas, cobro de lo no debido, prescripción, incongruencia de las pretensiones frente a la aparente reclamación administrativa, cosa juzgada, retroactividad de la norma laboral.
5. El Juez Once Laboral del Circuito de Bogotá, con auto del 30 de junio de 2017, resolvió tener por contestada la demanda y señaló como fecha para la celebración de la audiencia de que trata el artículo 77 del CPTSS, el 7 de mayo de 2018 (PDF 24), diligencia que no se hizo por solicitud de la parte actora, programándose para el 6 de febrero de 2018 (según registro consulta de procesos), realizada en esa fecha y se requirió a la demandada para que aportara complementación del expediente administrativo de la demandante en un término de 5 días, vencido el cual se fijaría fecha para la continuación del trámite (PDF 41).
6. Por auto de 10 de julio de 2019 se negó solicitud de acumulación de procesos y se señaló el 26 de septiembre de 2019, para reanudar la audiencia de que trata el artículo 80 del CPTYSS. (PDF 46), diligencia que se realizó y se fijó el 5 de diciembre de 2019 para su continuación (PDF 49), la cual no se hizo, programándose el 17 de junio de 2021 (PDF 52).
7. El Juez Once Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 17 de junio de 2021 resolvió: **“PRIMERO: DECLARAR** que entre la ciudadana ANA MARÍA CASTRO TORO y CAPRECOM, empresa industrial y comercial del Estado, representada en este juicio por la FIDUCIARIA DE LA PREVISORA, existió relación laboral, cuyos extremos, fueron los comprendidos entre el 05 de junio de 1978 y el 13 de octubre de 1997, de conformidad a lo expuesto

en la parte motiva de esta sentencia. **SEGUNDO: ABSOLVER** a la demandada FIDUCIARIA LA PREVISORA, en su condición de vocera y administradora de PARCAPRECOM, de las demás pretensiones incoadas en su contra por la ciudadana ANA LUCÍA CASTRO TORO, de conformidad a los argumentos esbozados en la parte motiva de este proveído. **TERCERO: DECLARAR** probados los hechos sustento de las excepciones de inexistencia de obligaciones demandadas y cobro de lo no debido, propuestas por la pasiva y de acuerdo a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. **CUARTA: CONDENAR** en costas a la demandante, liquídense por secretaría e inclúyase en ellas la suma de \$300.000, valor en la que se estiman las agencias en derecho (PDF 54).

- 8.** Inconforme con lo decidido, la parte demandante apeló así: “Sea lo primero manifestar respecto de los planes complementarios de salud, que la caja de previsión de comunicaciones CAPRECOM a la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, debido a la transformación en Empresa Industrial y Comercial del estado mediante la Ley 314 del 20 de agosto de 1996, continuó administrando, además de las pensiones del sector de las comunicaciones, los servicios de salud y debió reacomodarse a fin de satisfacer las necesidades del sector. Dado que todas las entidades como Telecom, Audiovisuales, Adpostal, Inravisión, entre otros, habían pactado en sus convenciones colectivas la prestación de los planes complementarios de la salud, estos planes eran para los trabajadores y para los beneficiarios, así como quedó estipulado en la mencionada ley, incluyendo por supuesto a los pensionados. CAPRECOM adecuó su esquema prestacional de los servicios de salud para poder brindar un plan acorde con las exigencias convencionales y fue así como creó el plan que denominó plan zafiro, el cual fue vendido a todas las entidades del sector. Igual sucedió con los trabajadores de CAPRECOM, por supuesto, así como con los pensionados que desde la primera convención suscrita con los trabajadores a través de SINTRACAPRECOM se pactó dicho plan complementario, teniendo como base el plan zafiro que le prestaba a Telecom en la suma mensual de \$102.500 desde la fecha de su creación. Con fundamento en lo anterior, lo primero que se tiene que mencionar es que el reconocimiento del plan complementario de salud, más allá de ser un reconocimiento convencional se trata realmente de un reconocimiento de carácter legal, el cual claramente estaba contemplado en la ley 314 de 1996, donde de manera totalmente expresa se afirmaba que los pensionados serían beneficiarios de un plan complementario de salud, el cual se encontraba contemplado en la ley 314 del año 1996, por lo cual más allá reitero de ser un reconocimiento de orden convencional se trataba en realidad de un reconocimiento del carácter legal, tal como lo expresó incluso el Juzgado Décimo Laboral del Circuito en el proceso de Cecilia Guzmán de Arévalo contra Caprecom, hoy el PAR CAPRECOM LIQUIDADO, representado por la Fiduprevisora, sentencia esta que todavía no se encuentra en firme por cuanto se está a la espera de resolver la admisión de un recurso de casación dentro de dicho trámite. Es, en virtud de lo anterior, que respecto de la cuantificación y respecto de la tasación de lo que se denomina el plan complementario de salud, se tiene que el fundamento es el plan ZAFIRO, el cual se encuentra claramente estipulado en el acervo probatorio en lo que tiene que ver con la reclamación administrativa, así como los diferentes recursos contra los diferentes actos administrativos proferidos por la extinta CAPRECOM, actos administrativos que no fueron objeto de tacha ni objeto de ningún tipo de contrariedad por parte de la demandada en el trámite de la contestación de la demanda. Es, en virtud de lo anterior, señor juez, que respetuosamente considera este suscrito que si bien es cierto, no se aportaron las diferentes convenciones colectivas de trabajo, incluso la del 97 o la del 2014, lo cierto era que el reconocimiento y pago de este plan complementario de salud tiene

su fundamento legal en la mencionada ley tantas veces descrita. Es por lo anterior que nos apartamos de los argumentos presentados por el despacho, máximo cuando se presenta también el grupo de beneficiarios, el grupo de los que serían las personas que recibirían este plan, que sería la señora Ana Lucía Castro Toro, en calidad de pensionado, así como el señor Rojas, en calidad de esposo de la señora pensionada. Respecto de la cuantificación o de la tasación, de manera inicial se tiene que incluso en el primer acto procesal, esto es la reclamación administrativa presentada a la entidad CAPRECOM la misma se tasó en la suma aproximada de \$60.000.000, es decir que teniendo como fundamento lo anterior, sí existe forma para cuantificar o tasar a los planes complementarios de salud, y no es que se entregara directamente a la trabajadora, sino que teniendo en cuenta precisamente, la suspensión de este beneficio, denominado plan complementario de salud, es que se puede establecer una determinada cuantificación para lograr de esta manera poder otorgarle el beneficio deprecado en la demanda que nos atañe en este momento. Con fundamento en lo anterior, señor juez, que muy respetuosamente respetando su postura, pero apartándome de la misma, me permito presentar el recurso de apelación contra la decisión proferida por su despacho en lo que tiene que ver con negar las súplicas de la demanda de la señora Ana Lucía Castro Toro en lo que tiene que ver específicamente con la aclaratoria de las excepciones propuestas por la entidad demandada”.

9. Recibido el expediente digital por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, se admitió el recurso de apelación, mediante auto del 24 de septiembre de 2021; luego, con auto del 19 de agosto de 2022, se dispuso el envío del expediente a esta Corporación en cumplimiento de lo ordenado en el Acuerdo PCSJA22-11978 de 2022, y se ordenó correr traslado a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión, dentro del cual, ambas guardaron silencio.

CONSIDERACIONES

Se estudian exclusivamente los puntos materia de inconformidad planteados por el recurrente en el momento de interponer y sustentar el recurso ante el juez de primera instancia, pues el fallo del Tribunal tiene que estar en consonancia con estas materias, como lo preceptúa el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, sin que pueda extender su análisis a cuestiones diferentes de esas.

Sea lo primero resaltar que en el presente asunto no existe discusión acerca de que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido desde el 5 de junio de 1978 al 13 de octubre de 1997. Tampoco que mediante Resolución 1537 de 2010, CAPRECOM le reconoció a la demandante una pensión de jubilación.

Ahora, frente a la intervención del apoderado de la demandante en el recurso de apelación, se advierte que plantea una situación que en principio resulta diferente a lo señalado en el escrito de demanda, pues el libelo introductorio fue

orientado a señalar que la demandada incumplió los acuerdos convencionales de “NO LIQUIDACIÓN DE LA MISMA ENTIDAD contemplados en los años 2003 y 2013” y que en virtud de ello, le deben reconocer los derechos convencionales, en específico “EL PLAN DE ATENCIÓN COMPLEMENTARIO ACTUALIZADO EN SU CONSERVACIÓN Y DESARROLLO DE DERECHOS EN SALUD” reconocido en el artículo 28, Literal A de la Convención Colectiva de Trabajo dejados de percibir durante los años 2003 a 2015 y 2016 por suspensión extraconvencional. En consonancia con ello, el litigio se fijó en el sentido de “determinar si a la demandante le asiste derecho al reconocimiento del beneficio convencional del plan de atención complementario actualizado en su conservación y desarrollo de derechos en salud correspondiente al período comprendido entre el 2003 y el 2016, para lo cual se determinarían las consecuencias del presunto incumplimiento de la demandada frente a los compromisos adquiridos en los acuerdos extra convencionales que fueron suscritos.”

Ahora, el a quo para resolver el litigio, señaló: “Es así que bajo las anteriores consideraciones se tiene que, en efecto, dentro del presente asunto, no se pudo determinar si en efecto la aquí promotora de la acción, Castro Toro, es beneficiaria o no en la Convención Colectiva de Trabajo, suscrita entre CAPRECOM y SINTRACAPRECOM, pues dentro del plenario no obra una copia de la Convención Colectiva de los años 1996 -1998 y que da sustento probatorio al derecho deprecado. No obstante, lo anterior y como se indicó pues se va a emitir pronunciamiento de fondo, lo que da cuenta del plan de atención complementario de salud, la suspensión de los beneficios convencionales con ocasión a los acuerdos extra convencionales suscritos entre Caprecom y la organización sindical, en aras de propender por si esta empresa salía a flote financiera y económicamente y se lograra así salvar los empleos que tenía. Es así que el despacho considera importante resaltar que dentro del plenario obra únicamente el acta del acuerdo convencional del año 2013, folios 343 medio magnético, por lo que no se logra ni siquiera entrar a analizar las disposiciones del acuerdo del año 2003, más aún cuando en el acta de 2013 se observa únicamente la propuesta de prórroga, suspensiones, adiciones o reactivación de beneficios para dicho momento, esto es en el año 2013, del cual no se logra dilucidar, principalmente que los beneficios de planes complementarios de salud hubieran sido suspendidos, situación que de plano en otro escenario no hubiera permitido esclarecer los hechos, sustento de las pretensiones incoadas por la parte demandante.”

Se advierte entonces que el a quo estudió el caso con base en los fundamentos convencionales, sin que el recurrente manifestara inconformidad respecto a que la parte actora no acreditó la calidad de beneficiaria de la Convención Colectiva de Trabajo y con ello del artículo 28 de dicho acuerdo pretendido en la demanda, y lo que se busca ahora es que se haga el estudio conforme lo contemplado en la Ley 314 de 1996; frente a lo cual, no se puede perder de vista que en virtud del principio *iura novit curia* las partes no tienen la carga de probar el derecho, y el juez es el que debe determinar el derecho aplicable al caso. Por tanto, la Sala puede entrar a verificar si la demandante tiene derecho al reconocimiento del Plan Complementario de Salud en virtud de lo contemplado en la Ley 314 de 1996, más aún cuando en los hechos de la demanda, específicamente en el

hecho 35, se hizo referencia a la Ley 314 de 1996 como “*como una situación jurídica y fáctica relevante que se consagra en el articulado de la citada ley que sirven como fundamento para la exaltación de algunas pretensiones reclamadas en su correspondiente acápite*”.

De acuerdo con lo anterior, los problemas jurídicos a dilucidar consisten en i) verificar si en la Ley 314 de 1996, está contemplado el “*EL PLAN DE ATENCIÓN COMPLEMENTARIO ACTUALIZADO EN SU CONSERVACIÓN Y DESARROLLO DE DERECHOS EN SALUD*”, en ese evento, ii) si se acreditaron los requisitos para que la demandante y su grupo familiar sea beneficiaria de los mismos.

Para resolver el primer problema, se debe tener en cuenta que mediante la Ley 314 de 1996 CAPRECOM transforma su naturaleza jurídica en una empresa industrial y comercial del Estado, definiendo su objeto de la siguiente manera: “*ARTÍCULO 2 Objeto: (...) operará en el campo de la salud como Entidad Promotora de Salud (EPS) y como Institución Prestadora de Salud (IPS), acorde con lo establecido en la Ley 100 de 1993 y su decretos reglamentarios, de tal forma que podrá ofrecer a sus afiliados el plan obligatorio de salud (POS) en los regímenes contributivo y subsidiado y planes complementarios de salud (PCS) en el régimen contributivo*”. En su artículo 8, señala: “*La Caja de Previsión Social de Comunicaciones, Caprecom, continuará prestando los servicios integrales de salud a los empleados públicos, trabajadores oficiales y pensionales (sic) y a su respectivo grupo familiar que estaban afiliados a ella, a la fecha de expedición de la Ley 100 de 1993, tal como la venía haciendo, sin perjuicio de la libertad de afiliación que prevé la mencionada ley*”. **PARÁGRAFO 1º.** *Los planes complementarios de salud que resulten de la diferencia entre el Plan Integral de Salud que venía prestando Caprecom hasta la Ley 100 de 1993, como resultado de Convenciones Colectivas vigentes o que las modifiquen de las entidades vinculadas al Ministerio de Comunicaciones, sus trabajadores y el POS, estarán a cargo del empleador.*”

En el caso concreto, a la entrada en vigor de la Ley 314 de 1996, la demandante era trabajadora de CAPRECOM, pues su vínculo laboral estuvo vigente desde el 5 de junio de 1978 al 13 de octubre de 1997; así mismo, la referida Ley hace referencia a los planes complementarios en salud, los cuales tienen una denominación diferente a la indicada en la demanda, “*PLAN DE ATENCIÓN COMPLEMENTARIO ACTUALIZADO EN SU CONSERVACIÓN Y DESARROLLO DE DERECHOS EN SALUD*”; pero evitando caer en formalismos, se entiende que es el mismo beneficio, pues incluso la testigo Sandra Otero Acevedo; quien trabajó en CAPRECOM desde el año 1980, señaló que los derechos de la demandante quedaron contemplados en la Ley 314 de 1996 y que los pensionados fueron incluidos en los acuerdos extraconvencionales, pero que era claro que ellos estaban cobijados bajo la Ley 314 de 1996 respecto de los planes complementarios; manifestación que confirma que lo estipulado en la Ley 314 de 1996 son Planes Complementarios en Salud de los cuales era beneficiaria la actora.

Ahora, pese al fundamento legal de los planes complementarios de salud, no se puede desconocer que la misma ley condicionó su aplicación a que estuviera consagrado en la Convención Colectiva de Trabajo, al indicar que *“Los planes complementarios de salud que resulten de la diferencia entre el Plan Integral de Salud que venía prestando Caprecom hasta la Ley 100 de 1993, como resultado de Convenciones Colectivas vigente”* entendiéndose con ello, que no se puede desligar el beneficio solicitado bajo el amparo de la ley, de lo consagrado de forma convencional, y ante tal situación, resulta necesario que la parte actora acredite que era beneficiaria de las Convenciones Colectivas de Trabajo suscritas por su empleador, donde contemplaba el auxilio solicitado, situación que conforme lo señalado por el a quo, no se probó; sin que la Sala pueda entrar a revisar al respecto, pues conforme lo dicho en el recurso, la demandante no mostró desacuerdo con dicha conclusión, incluso adujo *“considera este suscrito que si bien es cierto, no se aportaron las diferentes convenciones colectivas de trabajo, incluso la del 97 o la del 2014, lo cierto era que el reconocimiento y pago de este plan complementario de salud tiene su fundamento legal en la mencionada ley tantas veces descrita”*, por tanto, al no ser un punto debatido, la Sala no puede entrar a estudiar al respecto, pues no se puede perder de vista que en virtud del principio de consonancia, se deben estudiar *“exclusivamente los puntos materia de inconformidad planteados por el recurrente en el momento de interponer y sustentar el recurso ante el juez de primera instancia”*. Así las cosas, al no quedar acreditados los supuestos para concluir que la demandante es beneficiaria del plan complementario de salud, se deberá confirmar la sentencia apelada.

Así queda resuelto el recurso apelación interpuesto por el apoderado de la demandante.

Costas en esta instancia a cargo de la parte demandante, en la medida que no prosperó el recurso. Se fijan como agencias en derecho la suma del 50% de un SMLMV.

Por lo expuesto, la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de 17 de junio de 2021 proferida por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de LUCÍA CASTRO TORO contra FIDUCIARIA LA PREVISORA, en su condición de vocera y administradora de PARCAPRECOM, por las razones antes expuestas.

SEGUNDO: Costas en esta instancia a cargo de la parte demandante. Se fijan

como agencias en derecho la suma del 50% de un SMLMV.

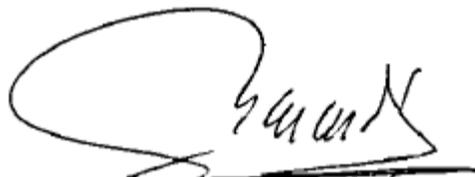
TERCERO: DEVOLVER el expediente digital “*al despacho de origen para su notificación y demás actuaciones subsiguientes*”, conforme lo dispone el parágrafo 1º del artículo 2º del Acuerdo PCSJA22-11978 del 29 de julio de 2022.

LAS PARTES SE NOTIFICAN EN EDICTO Y CÚMPLASE,



EDUIN DE LA ROSA QUESSEP

Magistrado



JAVIER ANTONIO FERNÁNDEZ SIERRA

Magistrado



MARTHA RUTH OSPINA GAITÁN

Magistrada



LEIDY MARCELA SIERRA MORA

Secretaria



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CUNDINAMARCA SALA DE DECISIÓN LABORAL

Magistrada Ponente: Martha Ruth Ospina Gaitán

Expediente No. 11001 31 05 023 2019 00210 01

Freddy Augusto Bayona Gómez vs. Estudios Técnicos S.A.S y otro.

Bogotá D. C., trece (13) de abril de dos mil veintitrés (2023).

En cumplimiento del Acuerdo PCSJA22-11978 del 29 de julio de 2022 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, en concordancia con el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, resuelve la Sala el recurso de apelación de la parte demandante contra la sentencia proferida el 26 de noviembre de 2020 por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de la referencia.

Previa deliberación de los Magistrados, y conforme a los términos acordados en la Sala de decisión, se profiere la siguiente,

Sentencia

Antecedentes

1. Demanda. Freddy Augusto Bayona Gómez, mediante apoderado judicial, presentó demanda ordinaria laboral contra Estudios Técnicos S.A.S. y SGS Colombia S.A.S., con el fin de que se declare la existencia de un contrato de trabajo por duración de la obra o labor, con vigencia desde el 29 de octubre de 2015 hasta el 15 de febrero de 2016, al igual que entre las 2 entidades demandadas existió unidad de empresa *“toda vez que la empresa empleadora ESTUDIOS TÉCNICOS S.A.S., como subsidiaria y subordinada, es una filial de la casa matriz S.G.S. Colombia S.A., como controlante económicamente”* y, en consecuencia, se condene solidariamente al pago de las sumas de \$109.863.333 por concepto de la indemnización por despido injustificado, \$6.389 por concepto del auxilio de cesantías, \$190 por concepto de intereses sobre las cesantías, \$6.389 por concepto de la prima de servicios, \$3.169 por concepto de la compensación de vacaciones, \$76.667 por concepto del salario del 15 de febrero de 2016, junto con el pago de la cotización a seguridad social en salud y pensiones por este mismo día, así como de la indemnización por el perjuicio moral tasado en la suma de \$68.945.500, más la indemnización moratoria contenida en el artículo 65 del CST, a razón de \$76.667 diarios por cada día de retardo, lo ultra y extra petita y las costas.



Como supuesto fáctico de lo pretendido, manifestó, en síntesis, que el 29 de octubre de 2015 suscribió un contrato de trabajo con Estudios Técnicos S.A.S., en virtud del cual se desempeñó en el cargo de ‘Profesional Base – Profesional I – Profesional Judicial’, en el municipio de Buga, Valle del Cauca, *“por el periodo del proyecto 7Q Zona Occidente”*, a cambio de un salario básico equivalente a \$2.300.000, cuya duración estuvo prevista para el plazo de 55 meses contados a partir del 8 de julio de 2015, fecha de la suscripción del acta de inicio del contrato de prestación de servicios celebrado con la Empresa de Energía de Bogotá S.A. ESP identificado con el No. 100591 del 22 de junio de ese mismo año, por lo que *“generaba estabilidad relativa hasta la terminación del proyecto como estaba planeado”*, pero este último contrato fue terminado unilateralmente *“por violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades de la contratación estatal, conforme se aprecia en la comunicación EEB-01174-2016S de fecha 5 de febrero de 2016”*, por haber incurrido el representante legal de la entidad contratista en una causal gravísima de tener vinculada a una persona con quien tenía un grado de parentesco.

Adujo que Estudios Técnicos S.A.S. es una filial de la casa matriz SGS Colombia S.A. *“que para todos los efectos legales hace uso de la sigla membretada de SGS ETSA ESTUDIOS TÉCNICOS”*, entidad a la que prestó sus servicios personales hasta el 15 de febrero de 2016 cuando se le exigió la entrega del cargo, sin haberle reconocido previamente la indemnización por despido injustificado, ni haberle pagado los salarios, prestaciones sociales y demás conceptos laborales por el trabajo durante ese último día.

Señaló que el 22 de mayo de 2018 elevó reclamación a las entidades codemandadas para obtener el pago de los conceptos laborales adeudado.

Agregó que el 17 de abril de 2017 el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida dentro del expediente radicado 2016-00497, correspondiente al proceso ordinario laboral promovido por Elvira Isabel Castiblanco Contreras, declaró la unidad de empresa entre las 2 entidades aquí demandadas.

2. La demanda correspondió al Juzgado 23 Laboral del Circuito de Bogotá, quien mediante auto proferido el 23 de abril de 2019, le dio trámite legal.

3. Contestación de la demanda.

3.1. Estudios Técnicos S.A.S. contestó que entre las partes no existió un contrato de trabajo por duración de la obra, sino uno a término indefinido desde el 29 de



octubre de 2015, en virtud del cual el demandante se desempeñó en el cargo de ‘Profesional Base (Profesional I – Profesional Judicial I), *“mientras subsistan las causas que le dieron origen y la materia del trabajo”*, cuya razón de ser fue el desarrollo del proyecto 7Q, que se ejecutaba en virtud del contrato comercial marco No. 100591 firmado con la Empresa de Energía de Bogotá, el cual finalizó el 12 de febrero de 2016, como consecuencia de la terminación de este último contrato a partir del 5 de febrero de ese año, *“razón por la cual el objeto y la razón de ser del contrato laboral desapareció y dejó sin fundamento su existencia, situación que permite concluir que se estructuró una causal legal de terminación del contrato de trabajo”*. Aclaró que no es una filial de SGS Colombia S.A.S., sino una sociedad subsidiaria y que si bien esta última ejerce control societario, no ejecuta su misma actividad, ni similar, ni conexa o complementaria, motivo por el cual no existe unidad de empresa. Negó que el demandante haya laborado hasta el 15 de febrero de 2016 y precisó que, en todo caso, a su retiro, se le pagaron todos los salarios y prestaciones sociales adeudadas sin que hubiera presentado algún tipo de reclamación. Propuso las excepciones de mérito de inexistencia de las obligaciones reclamadas y cobro de lo no debido, falta de título y causa en el demandante, enriquecimiento sin causa por parte del demandante, prescripción, buena fe, compensación y solicitó declarar probada cualquier otra excepción que resulte probada acorde con el artículo 281 del CGP.

3.2. SGS Colombia S.A.S. señaló que no le constan los hechos relacionados con el contrato de trabajo alegado, por involucrar a otra entidad, con quien no existe unidad de empresa, porque no se cumplen los requisitos previstos en el artículo 194 del CST, al no ejecutar actividades similares, conexas o complementarias, según los objetos sociales registrados en sus certificados de existencia y representación legal. Propuso las excepciones de mérito de inexistencia de las obligaciones reclamadas y cobro de lo no debido, prescripción, compensación, enriquecimiento sin causa del demandante, y solicitó declarar probada cualquier otra excepción.

4. Sentencia de primera instancia.

El Juez 23 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante la sentencia proferida el 26 de noviembre de 2020, absolvió a las entidades demandadas de todas las pretensiones incoadas en su contra, e impuso condena en costas a la parte demandante.

5. Recurso de apelación del demandante. Inconforme con la sentencia, la parte demandante presentó recurso de apelación, y lo sustentó de la siguiente manera: *“me permito interponer recurso de apelación toda vez que el despacho profirió una sentencia contraria a*



las peticiones de mi representado. En este proceso, fueron allegados los documentos, las pruebas documentales que reflejaban, como lo concluyó el despacho, el contrato llamado “a término indefinido” fue una mezcla ambigua de normas frente a la duración de la obra. Lo que olvida el despacho, o deja de apreciar es el documento al cual hice referencia que, en primer lugar, y que mencionó tangencialmente el despacho que es el de la terminación del contrato comercial por parte de la Empresa de Energía de Bogotá a Estudios Técnicos motivado en una causal de nulidad del contrato comercial que se había suscrito entre las partes por el término de 55 meses. Ahora bien, ese contrato se aportó y no fue, ese documento visible a folios 45 a 47 se aportó y no fue objeto de tacha alguna. Sin embargo, allí en la parte final del mismo documento, como puede apreciarse la presidente de la Empresa de Energía ordenaba la apertura de investigación administrativa y si era del caso, de orden penal, toda vez que se violó el régimen de contratación oficial que vinculaba a las partes. Esa decisión, pues, tenía unas connotaciones y consecuencias absolutamente nocivas frente a mi representado cuando el despacho da también por sentado que el contrato comercial terminó por mutuo acuerdo y no observó que la fecha de esa acta es de noviembre 2 de 2016, esto es, 8 meses después de haberle dicho al demandante que su contrato quedaba terminado. No podemos entrar a darle efectos futuristas a una decisión que afectó negativamente al demandante, en este caso, máxime que el vínculo que los unió era un contrato por esa duración de la obra, en el entendido que el proyecto no había terminado, y así lo manifestó el demandante en su interrogatorio. De igual manera, esta acta de terminación y este documento también fue aportado en otro proceso que su despacho atendió y resolvió favorablemente frente al tema de la indemnización por despido en el caso del proceso 2017 754 de Javier Barón. En este caso, el despacho concluyó que sí se había generado una terminación injusta y reconoció el pago de una indemnización, lo cual, se esperaba que tomara una línea de consideraciones y de conclusiones similares, por lo menos, frente a una indemnización por despido que en ese caso lo fue a favor del demandante. Y que el honorable Tribunal de Bogotá, en Sala Laboral, confirmó esa sentencia frente a ese tema de la indemnización por despido. Solo que aún no ha completado la demandada a pagar al otro demandante. Es de resaltar, reitero, que los documentos, son los mismos que se aportaron, por cuanto los hechos eran los mismos, en esas relaciones laborales. De tal suerte pues que invoco a la Sala Laboral del honorable Tribunal (...) para efectos de que revoque su determinación en cuanto respecta a la terminación del contrato de trabajo que en nuestro concepto se tornó injusta toda vez que una decisión voluntaria entre las partes contratantes de orden comercial no puede afectar negativamente al trabajador como ocurre en este caso, y que lo confirmó además otro juez de la república en otro proceso, en donde también condenó por este motivo de indemnización por despido. De tal suerte dejo así planteado el recurso de apelación a efectos de obtener una modificación de la sentencia en cuanto al tema de la indemnización por despido, gracias señoría”.

6. Alegatos de conclusión. Dentro del término concedido en segunda instancia intervino únicamente la parte demandada. La parte demandante guardó silencio.

6.1. De SGS Colombia S.A.S. Alegó que entre ella y el demandante nunca existió una relación laboral, como tampoco puede declararse una unidad de empresa con la codemandada Estudios Técnicos S.A.S., toda vez que no se cumplen los requisitos exigidos por el artículo 194 del CST, en la medida en que su objeto social está ligado



a la *“inspección, certificación, auditoría, evaluación, análisis, control, muestreo, medición, programación, de todo tipo de productos del suelo, minerales, industriales, agrícolas, de consumo, orgánicos y/o ecológicos, y de toda clase de maquinaria, equipos e instalaciones petroleras, eléctricas y de gas”*, mientras que el objeto social de la codemandada Estudios Técnicos S.A.S. corresponde a la *“prestación de servicios de consultoría: estudios técnicos y ambientales, e ingeniería independiente, ingenierías, interventorías (técnica, legal, administrativa, financiera, HSE, socia, etc.) Pre- y comisionamiento, maduración y gerencia de proyectos, asistencia técnica, gestión social, HSE y predial, para todos los sectores productivos de la economía”*.

6.2. De Estudios Técnicos S.A.S. Reiteró que el contrato de trabajo que existió entre las partes finalizó porque desaparecieron las causas que le dieron origen *“toda vez que desde la suscripción del acuerdo de voluntades se dejó expresa constancia que la duración estaría supeditada al contrato comercial No. 100591 de 2015, suscrito (...) con la Empresa de Energía de Bogotá S.A. ESP”*; y respecto de la unidad de empresa, argumentó que, en todo caso, tampoco se configuran las exigencias previstas en el artículo 194 del CST, en particular, porque los objetos sociales de las demandadas son diferentes y tampoco corresponden a actividades similares, conexas o complementarias.

7. Problema (s) jurídico (s) a resolver. De conformidad con el artículo 66A del CPT y de la S.S., corresponde a la Sala resolver si el juez a quo desacertó cuando descartó la indemnización por despido injustificado por considerar que la obra o labor para la cual había sido contratado el demandante había finalizado.

8. Resolución a (los) problema (s) jurídicos (s): De antemano la Sala anuncia que la sentencia apelada será **confirmada**.

9. Fundamentos normativos y jurisprudenciales: Arts. 61 CST y 61 CPTSS; CSJ SL816-2022.

Consideraciones.

Sea lo primero precisar que, aunque el apelante inicia su intervención con que el contrato de trabajo que lo vinculó con **Estudios Técnicos S.A.S.** *“llamado “a término indefinido” fue una mezcla ambigua de normas frente a la duración de la obra”*, lo cierto es que en el recurso en ningún momento cuestiona la conclusión a la que llegó el juez a quo sobre que la modalidad contractual que rigió esa relación jurídica fue por duración de la obra que estuvo vigente desde el 29 de octubre de 2015 hasta el 14 de febrero de 2016, aspecto que guarda relación con la pretensión primera declarativa de la



demanda. Incluso, da la impresión que el apelante acepta cuando en la sustentación refiere que no se le puede dar efectos “futuristas” al documento que contiene una terminación del contrato comercial por mutuo acuerdo y que lo afectó negativamente “*máxime que el vínculo los unió era un contrato por esa duración de la obra*”.

Elucidado lo anterior, procede la Sala a resolver el problema jurídico planteado de la siguiente manera:

¿Desacertó el juez a quo cuando descartó la indemnización por despido injustificado por considerar que la obra o labor para la cual había sido contratado el demandante había finalizado?

La jurisprudencia ordinaria laboral, en reiteradas oportunidades y de manera pacífica, ha adoctrinado que cuando se reclama el pago de la indemnización por despido injustificado, corresponde al trabajador demostrar que el contrato de trabajo culminó a instancia y/o iniciativa de su empleador, correspondiéndole a este último, entonces demostrar la justeza o legalidad de su determinación (SL816-2022).

Frente a la terminación unilateral del contrato, la parte demandante allegó la comunicación del **12 de febrero de 2016**, con la cual cumplió con la carga de la prueba, en la que textualmente se lee lo siguiente: “*por medio de la presente comunicación, la compañía le comunica que su contrato de trabajo terminará al momento de la entrega del presente documento, esto es, el 12 de febrero de 2016, como consecuencia de la terminación de la obra o labor para la que fue contratado, lo anterior en virtud de lo estipulado en el literal d) del numeral 1º del artículo 61 del C.S.T. norma subrogada por el artículo 5º de la Ley 50 de 1990... La finalización de la obra o labor contratada es consecuencia de la terminación del proyecto 7Q-E.E.B. ZONA SUROCCIDENTE para el cual fue contratado*” (p. 30, archivo04 y 37, archivo24).

A continuación, se verifica entonces si la entidad demandada demostró o no que el contrato de trabajo culminó por la terminación de la obra o labor contratada.

En la cláusula séptima del contrato de trabajo celebrado entre el demandante y Estudios Técnicos S.A.S. el 29 de octubre de 2015, se estipuló que lo que le daba origen a ese vínculo, era precisamente el contrato comercial suscrito entre esta entidad y la Empresa de Energía de Bogotá con el ‘**proyecto 7Q ZONA SUR OCCIDENTE**’, cuyo objeto se circunscribió en la “CONSULTORÍA PARA LA INTEGRACIÓN, ORGANIZACIÓN Y COORDINACIÓN DE LOS GRUPOS QUE GESTIONEN LOS PROYECTOS ADJUDICADOS A LA EMPRESA Y PARA DESARROLLAR LOS PROCESOS DE INICIACIÓN, PLANEACIÓN, EJECUCIÓN, SEGUIMIENTO, CONTROL Y CIERRE DE LOS PROYECTOS ASIGNADOS, DE



ACUERDO CON LAS MEJORES PRÁCTICAS INTERNACIONALES EN LA GESTIÓN DE PROYECTOS, INCLUYENDO EL ASEGURAMIENTO DEL CUMPLIMIENTO DE LAS ESPECIFICACIONES TÉCNICAS Y EL ASEGURAMIENTO DE CALIDAD DE LOS BIENES, OBRAS Y SERVICIOS CONTRATADOS PARA DICHOS PROYECTOS DE ACUERDO CON EL ALCANCE Y REQUISITOS ESTABLECIDOS EN LA SECCIÓN II – DEL DOCUMENTO DE SOLICITUD ESPECIAL DE OFERTAS No. 300000001235 DE 2015” (pp. 20-26, archivo 04 y 1-7, archivo24).

En su declaración, el representante legal de **Estudios Técnicos S.A.S.** manifestó que las funciones del demandante estaban ligadas al proyecto que se contrató con la Empresa de Energía de Bogotá conocido como **7Q**, el cual finalizó en el mes de febrero de 2016, fecha en que también culminó el contrato comercial macro. Del plazo de 55 meses, explicó que ese era un periodo tentativo de servicios, pero no implicaba que la duración del contrato de trabajo del demandante fuera ese, menos cuando el proyecto referido *“era parte del desarrollo de las órdenes de servicio dentro de las cuales se ejecutaba ese contrato (...)”*. A la pregunta de por qué se suscribió un acta de terminación de mutuo acuerdo en noviembre de 2016 si el contrato comercial había culminado desde febrero de ese año, respondió que *“si bien el 5 de febrero de 2016 existió una notificación de terminación del contrato comercial, es importante señalar que con posterioridad a esa comunicación, las partes (...) realizaron análisis y reuniones asociadas a ese contrato comercial y (...) las partes determinaron que la forma de finalización del contrato comercial fuera una terminación de mutuo acuerdo (...) que quedó en un acta suscrita por los representantes de las partes, y en esa acta ratifica que los servicios o las actividades asociadas con este contrato comercial única y exclusivamente se desarrollaron hasta el 5 de febrero de 2016”*, a lo que agregó que, en todo caso, en ese interregno no se había ejecutado una sola actividad a su cargo.

El demandante, en su interrogatorio, aceptó que había sido contratado para ejercer una labor jurídica consistente en el estudio de títulos dentro del proyecto **7Q** y lo hizo desde el 29 de octubre de 2015 hasta el 12 de febrero de 2016, fecha en que le comunicaron que no había más contrato. Negó saber si, después de su finiquito, el proyecto continuó con su ejecución, pero corroboró que estaba contratado con la Empresa de Energía de Bogotá. Luego, admitió que siempre estuvo consciente de que la duración del contrato estaba supeditada a la vigencia del proyecto referenciado.

La testigo **Carolina Guarnizo García**, quien sostuvo una relación laboral con Estudios Técnicos S.A.S. hasta el 15 de febrero de 2016, dijo que, al igual que el demandante, le informaron que *“había una nulidad y acabaron el contrato sin decir más explicaciones”*. A la pregunta de cómo había sido ese trámite de desvinculación, refirió que *“el 12 de febrero nos citaron a todos a una reunión de audio y nos dijeron que hubo una nulidad*



alrededor del contrato y nos dijeron que no iba a haber más contrato, que se iba a terminar todo, que al otro día vinieran a recoger las cosas”, y cuando se le interrogó por las actividades del promotor del litigio, comentó que, al igual que ella, estaban relacionadas con el proyecto 7Q del contrato que existió entre Estudios Técnicos S.A.S., SGS Colombia y la Empresa de Energía de Bogotá “para una línea eléctrica en el suroccidente del país”.

La testigo **Sandra Milena Araque Gómez**, quien dijo ser la jefe de talento humano de SGS Colombia, manifestó que en el contrato de trabajo del demandante estaba expreso que estaba sujeto al contrato comercial que se tenía con la Empresa de Energía de Bogotá “porque fueron las causas que dieron origen al contrato”. A la pregunta de cuáles habían sido los motivos de terminación del referido contrato de trabajo, contestó que “se terminó en virtud de que el contrato que tenía Estudios Técnicos en ese momento con la Empresa de Energía de Bogotá **terminó bajo la modalidad de mutuo acuerdo entre esas partes**, y siendo lo que había motivado la contratación de esas personas, pues nosotros procedimos a la terminación del contrato”. Posteriormente, y aunque dijo no conocer en qué consistía el proyecto 7Q, aclaró: “nosotros fuimos notificados en el área de la necesidad de terminar los contratos de trabajo e inmediatamente suscribimos las cartas de terminación e informamos a todos los trabajadores de la terminación del contrato”. Después, a la pregunta de cuáles eran las causas que habían dado origen a la vinculación del demandante, narró que “las causas (..) eran en virtud del contrato comercial que suscribieron Estudios Técnicos con la Empresa de Energía”, respuesta que más adelante explicó con que “no se tenía más contrato vigente con la Empresa de Energía de Bogotá”, que terminó el **12 de febrero de 2016**, fecha después de la cual no siguieron servicios de ninguna categoría.

La declaración de **Andrés Castillo Gámez**, quien señaló que es empleado de SGS Colombia y desempeñarse en el cargo de ‘Coordinador de Proyectos’, es relevante porque también corroboró que la vinculación del demandante estaba sujeta al proyecto 7Q para procesos entre Estudios Técnicos S.A.S. y la Empresa de Energía de Bogotá, al igual que la razón de su desvinculación consistió en que “las causas que dieron origen desaparecieron ligada a la terminación del contrato comercial suscrito entre Estudios Técnicos y la Empresa de Energía de Bogotá”, durante el mes de febrero de 2016 y “de ahí no se ejecutó ninguna actividad”, a lo que agregó que “se tenía un contrato marco establecido, pero el mismo contrato establecía labores por órdenes de servicio y cada orden de servicio tenía órdenes diferentes”.

Al expediente se aportó precisamente el contrato comercial No. 100591 celebrado el 22 de junio de 2015 entre Estudios Técnicos S.A.S. y la Empresa de Energía de Bogotá S.A. ESP, con el cual se acredita que se suscribió con el fin de “prestar servicios de consultoría para la integración, organización y coordinación de los grupos que gestionen los



proyectos adjudicados a LA EMPRESA y para desarrollar los procesos de iniciación, planeación, ejecución, seguimiento, control y cierre de los proyectos asignados, de acuerdo con las mejores prácticas internacionales en la gestión de proyectos, incluyendo el aseguramiento del cumplimiento de las especificaciones técnicas y el aseguramiento de calidad de los bienes, obras y servicios contratados para dichos proyectos de acuerdo con el alcance y requisitos establecidos en la sección II – del documento de Solicitud Especial de Oferta No. 300000001235 de 2015” con un plazo de ejecución de 55 meses “contados a partir de la fecha en la cual LA EMPRESA imparte la orden escrita de iniciación y una vigencia igual al plazo de ejecución y tres (03) meses más”. En la cláusula décima se plasmó que la empresa se obligaría a emitir las órdenes de trabajo “las cuales contendrán las condiciones específicas de cada uno de los proyectos, que le serán asignados al CONTRATISTA” (pp. 31-54, archivo04 y 8-31, archivo24).

De la orden de inicio del contrato No. 100591 de 2015 suscrita por Jhon Jairo Velásquez García, en su calidad de gerente PMO – interventor contrato, se extrae que el plazo contractual comenzó el 8 de julio de ese mismo año y allí solicita “iniciar las actividades relacionadas con el desarrollo del contrato número 100591 del 22 de junio de 2015 cuyo objeto es prestar los servicios de consultoría para la integración, organización y coordinación de los grupos que gestionen los PROYECTOS de expansión del Sistema de Transmisión Nacional (STN) adjudicados a la EMPRESA y para desarrollar los procesos de iniciación, planeación, ejecución, seguimiento, control y cierre de los PROYECTOS ASIGNADOS, de acuerdo con las mejores prácticas internacionales en la gestión de proyectos” (p. 55, archivo04).

De la comunicación firmada el 5 de febrero de 2016 por Astrid Álvarez Hernández, en calidad de presidente de la Empresa de Energía de Bogotá, con asunto: ‘Terminación del Contrato No. 100591 de 2015’, se desprende que la entidad contratante decidió dar por terminado ese convenio comercial, con sustento en que la demandada **Estudios Técnicos S.A.S.** “estaba impedida e inhabilitada para presentar oferta a EEB S.A. ESP teniendo en cuenta que el representante legal de esta firma (...) es hermano (...) de Nancy Rocío Márquez Molina, asesora de la Gerencia del Sistema Integrado de Gestión de la Vicepresidencia Administrativa de EEB S.A. ESP, quien se vinculó a la Empresa el 20 de abril de 2015, fecha anterior a la presentación de la oferta (...) situación que configura las causales de inhabilidad e incompatibilidad establecidas en el numeral 2 y literal d) del numeral 13 del Artículo 15 del Estado de Contratación de la empresa, el cual hace parte del Régimen Jurídico del proceso” (pp. 56-58, archivo04).

Del acta de terminación anticipada por mutuo acuerdo suscrita sobre el contrato No. 100591 de 2015 el 2 de noviembre de 2016 refleja que, aunque se firmó casi aproximadamente 9 de meses después de la comunicación anterior, sí deja claridad que la entidad contratista – **Estudios Técnicos S.A.S.** – prestó sus servicios hasta el **5 de febrero** de ese mismo año; es decir, culminó la obra hasta ese momento, por lo que tenía derecho al pago de las sumas de dinero en proporción (pp. 34-36,



archivo24).

Analizadas cada una de las pruebas relacionadas con antelación, con fundamento en el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala concluye que la culminación del contrato comercial suscrito entre Estudios Técnicos S.A.S. y la Empresa de Energía de Bogotá S.A. ESP conllevó que se terminaran cada uno de los proyectos que se iniciaron con ocasión de las órdenes de servicios realizadas, incluido el proyecto 7Q, al cual pertenecía el demandante, razón por la cual operó, tal como lo estimó el juez a quo, una causal objetiva y legal contemplada en el literal d) del artículo 61 del CST, reformado por el artículo 5º de la Ley 50 de 1990, que no da lugar al pago de la indemnización por despido reclamada.

En este punto, se precisa que, si bien obra un acta de terminación de mutuo acuerdo del contrato comercial con fecha del 2 de noviembre de 2016, ello no significa que dicha relación jurídica se haya prolongado hasta esa data si, como se vio, de las pruebas practicadas, se extrae que fue una forma de liquidarlo para efectuar el pago de lo que fue ejecutado hasta el momento en que la Empresa de Energía de Bogotá decidió darlo por terminado el 5 de febrero de ese año por una presunta incompatibilidad e inhabilidad detectada con el régimen de contratación interna.

A lo dicho, se agrega que tampoco puede sostenerse que entre el 12 de febrero y el 2 de noviembre de 2016 el contrato comercial continuó vigente y, por ende, las actividades del proyecto **7Q** sobre el cual dependía el contrato de trabajo del demandante también se mantuvieron, si tal como lo refirieron los testigos, después del 5 de febrero de esa misma anualidad no hubo ejecución de ninguna actividad tendiente a cumplir su objeto, razón por la cual este documento es la muestra clara e inequívoca de una formalización para efectos de la retribución por su ejecución parcial, en el cual, dicho sea de paso, se ratifica la última fecha de prestación del servicio – 5 de febrero de 2016 –. Pero si esto no es suficiente, hay que advertir que la literalidad de la cláusula de duración del contrato de trabajo no deja espacio para razonar de esa manera, puesto que es evidente que allí se acordó que su vigencia estaría supeditado al proyecto 7Q del contrato marco suscrito con la Empresa de Energía de Bogotá, sin ningún tipo de condicionamiento adicional, es decir, de si se terminaba objetivamente o de manera anticipada.

Por lo demás, en cuanto al cuestionamiento que hace el apoderado judicial de la parte demandante sobre una decisión favorable que se obtuvo dentro del expediente



Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca
Republica de Colombia

No. 11001310502320170075400 correspondiente al proceso ordinario laboral promovido por Javier Orlando Barón Castro contra las entidades aquí demandadas, baste con señalar que no tiene la Sala forma de comparar las sentencias emitidas. De hecho, al revisar el Sistema de Consulta de la Rama Judicial, se encuentra que contra la decisión de primera instancia no se presentó recurso de apelación. Luego, no es cierto que la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá haya confirmado alguna condena. Lo que se encontró en el micrositio web de esa Corporación fue el auto proferido el 29 de octubre de 2021 mediante el cual se declaró inadmisibile un recurso de apelación presentado contra el auto que libró mandamiento de pago a favor del demandante por la suma de \$5.000.000 por concepto de indemnización por despido injustificado derivado de un contrato de trabajo a término indefinido, es decir, de una categoría completamente distinta.

En consecuencia, y como la parte demandante no tiene razón en sus argumentos y el juez a quo consideró inviable la indemnización por despido injustificado por haberse demostrado la culminación de la obra contratada – proyecto 7Q – en el marco de un contrato comercial marco suscrito entre el empleador y la Empresa de Energía de Bogotá, habrá de confirmarse la sentencia apelada.

Costas. Ante la improsperidad del recurso, se condenará en costas de segunda instancia a la parte demandante, al tenor de lo previsto en el numeral 1º del artículo 365 del Código General del Proceso. En su liquidación, inclúyase la suma de un SMLVM por concepto de agencias en derecho a su cargo y a favor de la contraparte.

En mérito de lo expuesto, la **Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

Resuelve:

Primero: Confirmar la sentencia proferida el 26 de noviembre de 2020 por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá D.C.

Segundo: Condenar en costas de segunda instancia a la parte demandante. En su liquidación, inclúyase la suma de un SMLVM.



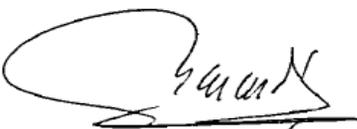
Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca
Republica de Colombia

Tercero: Devolver el expediente a la Secretaría Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá para su notificación y demás actuaciones subsiguientes conforme lo establece el parágrafo del artículo 2° del Acuerdo PCSJA22-11978 del 29 de julio de 2022. Secretaría proceda de conformidad.

Notifíquese y cúmplase,


MARTHA RUTH OSPINA GAITÁN
Magistrada


EDUIN DE LA ROSA QUESSEP
Magistrado


JAVIER ANTONIO FERNÁNDEZ SIERRA
Magistrado



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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO
Proceso: 110013105007202100259-01

En Bogotá D.C., hoy treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintitrés (2023), fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública en asocio de los Dres. Diego Fernando Guerrero Osejo y Luis Carlos González Velásquez,

TEMA: Seguridad Social - Ineficacia de traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad – afiliación en régimen de prima media

Procede la sala, a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados judiciales de Colpensiones, Colfondos S.A. y Porvenir S.A., en contra de la sentencia de primera instancia proferida el un (1) de septiembre de 2022 por el Juzgado Séptimo (07) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **MARGARITA CARMIÑA DE JESÚS QUIROGA BONILLA** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES**, la **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS** y **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

Asimismo, se estudiará el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones frente a los aspectos no apelados, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., en tanto la decisión adoptada en primer grado fue adversa a sus intereses.

ANTECEDENTES

Margarita Carmiña de Jesús Quiroga Bonilla, instauró demanda ordinaria laboral en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES**, **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS** y

SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., para que se declare la nulidad y/o ineficacia de la afiliación que realizó la demandante del RPM administrado por el ISS hoy COLPENSIONES al RAIS administrado por AFP COLFONDOS S.A. el 6 de diciembre de 1995 y posteriormente a AFP PORVENIR S.A. el 2 de mayo de 2003, libertad de la demandante de afiliarse al RPM, en consecuencia, se condene a COLPENSIONES a recibir a la demandante como afiliada cotizante, se condene a COLFONDOS y PORVENIR devolver todos los recursos, cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses, con los rendimientos que se hubieren causado, trasladándolos a COLPENSIONES, se condene a las demandadas a las costas procesales, a lo extra y ultra petita.

Los hechos con relevancia jurídica a que se contrae el informativo son los siguientes:

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señaló que nació el 25 de diciembre de 1960, que empezó su vida laboral el 30 de octubre de 1989 con el Hospital Pablo VI Bosa I Nivel, que se afilio al RPM administrado por la Caja de Previsión y luego al ISS hoy COLPENSIONES hasta el 6 de diciembre de 1995 fecha en la que se trasladó a la AFP COLFONDOS y finalmente a PORVENIR S.A. el 2 de mayo de 2003 en donde actualmente se encuentra efectuando los aportes en seguridad social correspondientes, que en el momento del traslado le ofrecieron beneficios como pensionarse con anterioridad al cumplimiento de la edad, un monto pensional más alto, sin que se otorgara toda la información necesaria, que radicó solicitud de reclamación administrativa y/o traslado de régimen pensional ante COLPENSIONES el 16 de diciembre de 2020 la cual fue rechazada, también se solicitó la nulidad ante COLFONDOS y PORVENIR quienes negaron. (Archivo 01Demanda.pdf)

Contestación de la demanda

Notificadas en legal forma las demandadas COLPENSIONES, Colfondos S.A. y Porvenir S.A., dieron contestación en término oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, frente a los hechos en su mayoría manifestaron no constarle o no ser ciertos, salvo los relacionados con edad, afiliación, traslados y solicitudes elevadas.

La demandada **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS**, propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por COLFONDOS S.A., prescripción de la acción

para solicita la nulidad del traslado, compensación y pago. (Archivo 15ContestacionDemandaColfondos.pdf, fls. 16 a 18).

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, propuso las excepciones de fondo; prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe. (Archivo 14ContestacionDemandaPorvenir.pdf, fls. 33 a 36).

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES**, propuso las excepciones de mérito que denomino; errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, innominada o genérica. (Archivo 11ContestacionDemandaColpensiones.pdf, fls. 24 a 41)

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia proferida el un (1) de septiembre de 2022 por el Juzgado Séptimo (07) Laboral del Circuito de Bogotá, declaró la ineficacia de la afiliación y traslado realizado por la demandante con AFP COLFONDOS el 6 de diciembre de 1995 y con AFP PORVENIR el 2 de mayo de 2003, ordeno a PORVENIR S.A. trasladar la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual de la que es titular la demandante, junto con los rendimientos que se hubieren generado haciendo efectivo el traslado al RPM administrado por COLPENSIONES, así mismo, devolver a COLPENSIONES el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, prima de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, contando para ello con un término de 30 días a partir del auto de obedécese y cúmplase, presentando el informe discriminado de los valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes, descuentos objeto de devolución, su indexación y demás relevante que los justifique, ordeno a COLPENSIONES recibir sin solución de continuidad como afiliado al RPM desde la afiliación inicial al ISS, declaro no probadas las excepciones presentadas por COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A, condena en costas a los demandados en favor de la parte demandante.

De los recursos de apelación

Inconformes con la decisión de primera instancia, las apoderadas de las demandadas COLPENSIONES y Porvenir S.A., presentaron recursos de apelación, en los siguientes términos:

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia solicitó que se revoque de manera integral y en su lugar se absuelva Porvenir S.A., argumentó que no hay lugar a la declaratoria de ineficacia, ya que el traslado de la demandante a PORVENIR S.A. fue horizontal, lo cual se realizó bajo los requisitos de ley, cumpliéndose con la debida asesoría, en cuanto a los gastos de administración y demás conceptos indexados, recalco que los efectos jurídicos de la ineficacia es que las cosas vuelven a su estado anterior es decir, es como si el acto jurídico nunca hubiera existido, por lo que dicha devolución no es consonante con la devolución de rendimientos, de no acceder a esa tesis debiera autorizarse descontar las restituciones mutuas, dado que se dieron gastos en favor de la demandante, para generar rendimientos de sus aportes, así como el aseguramiento a los seguros previsionales de invalidez y muerte, habiendo entonces lugar a compensaciones, de lo contrario se generaría un enriquecimiento sin justa causa. Por último, la indexación sería una doble condena, si se tiene en cuenta la ordene de volver los rendimientos financieros de los aportes, pues así se dijo en pronunciamiento emitido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca.

La **ADMINISTRADORA COLOMBIA DE PENSIONES COLPENSIONES**, presentó recurso de apelación para que se revoque en su totalidad la sentencia, manifestó que; no obra prueba alguna que se este frente a un vicio del consentimiento, nótese que el traslado es totalmente valido, dado que no se encontraba afiliada al ISS para el año 1994, sino para una Caja de Previsión Social, en cuanto a la carga procesal esta corresponde a la demandante, máxime cuando en cabeza de ella esta el deber de consumidora financiera, viéndose obligada a indagar por el producto adquirido, tenían entonces un deber mínimo que no puede ser desconocido, sin embargo, durante todo el tiempo afiliada al RAIS guardo silencio. Aunado a lo anterior, se ven afectados los principios de descapitalización y sostenibilidad financiera de COLPENSIONES quien es un tercero de buena fe.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Una vez corrido el traslado correspondiente COLPENSIONES a través de su apoderada reitero la solicitud de revocatoria. Para lo cual argumento; la prohibición legal para efectos de un traslado, la no acreditación de vicios del consentimiento, en cuanto a la carga de la prueba debe recaer en cabeza de

la demandante, en cuanto al deber de información que si bien esta en cabeza de la AFP no exoneraba a la demandante y la descapitalización del sistema y la no condena en costas, dado que la entidad no participo en el traslado de la demandante, por su parte, PORVENIR S.A. solicita la revocatoria de la sentencia proferida en primera instancia, dijo que la demandante fue atraída por los beneficios y que para el momento en que se brindo información a la demandante se cumplía con la norma vigente, sin exigencia alguna más allá de la establecida en la ley, que la demandante confeso recibir permanentemente los extractos de su ahorro hasta obtener simulación pensional, que además conoce y maneja los temas de seguridad social, por último que la indexación es excluyente de los frutos e intereses obtenidos por los aportes pensionales. De otro lado, la demandada COLFONDOS S.A. y la demandante guardaron silencio.

CONSIDERACIONES

Revisado el expediente se encuentra que en la presente causa se cumplieron con todos los presupuestos tanto de la acción como de la demanda y del proceso, por lo que no existe causal de nulidad que invalide lo actuado, y faculta a esta Sala continuar con el trámite respectivo.

Problema Jurídico:

De acuerdo con lo previsto la sala estudiará lo pretendido, en particular **i)** lo relacionado con el deber de información al momento del traslado del régimen y si se cumplió con la carga de la prueba, por parte de quien la soportaba, respecto a la información brindada, **ii)** si Porvenir S.A. está obligada a la devolución de los gastos de administración y demás sumas recibidas por causa de la afiliación realizada de forma indexada y **iii)** si COLPENSIONES debe sufragar gastos por costas y agencias en derecho. Lo anterior en virtud del principio de limitación y congruencia (artículo 66A del CPL y SS).

Asimismo, se estudiará el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones frente a los aspectos no apelados, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., en tanto la decisión adoptada en primer grado fue adversa a sus intereses.

RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA – ART. 6° DEL CPTSS

Se encuentra suplido este requisito con la solicitud radicada ante Colpensiones el 16 de diciembre de 2020 y su respuesta de esa misma fecha, donde le fue negado el traslado por no registrar información de afiliación. (Archivo 02Anexos.pdf, fls. 5 a 8)

DE LA INEFICACIA DEL TRASLADO AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD

La Seguridad Social es un servicio público y un derecho irrenunciable, que encuentra fundamento en el artículo 48 de la Constitución Política de Colombia, de donde se desprende la protección del derecho que tiene toda persona a la seguridad social.

Ahora bien, el Legislador en la Ley 100 de 1993, estableció dos regímenes de pensiones, estos son, el régimen de prima media con prestación definida y el régimen de ahorro individual con solidaridad, y aunque la afiliación a uno de estos dos regímenes es obligatoria, la selección de uno de los dos sistemas es libre, siendo que una vez hecha la selección el afiliado tiene la posibilidad de poder trasladarse de un régimen pensional a otro, siempre y cuando se cumplan las condiciones establecidas en el literal e) del artículo 13 de la norma en cita.

A su vez, el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, establece como requisito para el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad, **la presentación de comunicación escrita en la que conste que la selección de dicho régimen ha sido tomada de manera libre, espontánea y sin presiones.** Comunicación cuyas características han sido objeto de toda una línea jurisprudencial en la que se ha decantado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que es dable declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional cuando se ha verificado la falta de información al afiliado al momento de realizar dicho traslado, sentencias entre las que vale la pena traer a colación por ejemplo el expediente No. 31989 del 9 de septiembre de 2008, en la que al respecto indicó:

*“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, pues la elección del régimen pensional, depende del simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, **entonces la administradora tiene el deber de un 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 aun a llegar, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, si ese fuera el caso**”.* (Negrilla fuera de texto)

Allí también, se dijo que los traslados de administradoras en el régimen de ahorro individual con solidaridad, no convalidan, ni ratifican la decisión del traslado del RPM al RAIS.

Criterio ratificado en la sentencia con radicado 33083 del 22 de noviembre de 2011, en las que se establece de manera clara la obligación de las administradoras de fondos de pensiones al momento de la afiliación consistente en el deber de proporcionar información completa, adecuada, suficiente, cierta y comprensible al ciudadano de todas las etapas de dicho proceso, desde la afiliación hasta el disfrute de la pensión, incluso derivaciones o que se genere con posterioridad al disfrute del mismo como es el caso de sus eventuales beneficiarios.

De ahí que, se falta al deber de información cuando la entidad guarda silencio, esto es, omite indicar al posible afiliado los aspectos benéficos, sus condiciones particulares sobre cada sistema, situaciones que deben influir en la toma de decisión del cambio de régimen de prima media al régimen de ahorro individual, precisamente, en razón a la naturaleza de las administradoras pensionales en cuanto a su carácter profesional, ello de conformidad a lo previsto en el Decreto 656 de 1994 y el artículo 97 de la Ley 100 de 1993, ordenamiento legal que se encontraba vigente al momento de la afiliación de la demandante.

Sobre el particular, en sentencia del 3 de septiembre de 2014, con radicado N.º 46292, puntualizó:

*“En perspectiva del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, es imperativo para el Juez que deba resolver sobre la viabilidad o no de la aplicación del régimen de transición, ante la existencia del traslado, **no simplemente verificar los requisitos atrás descritos, sino además dar cuenta sobre si el mismo se realizó bajo los parámetros de libertad informada.***

Una inoportuna o insuficiente asesoría sobre los puntos de tránsito de régimen son indicativos de que la decisión no estuvo precedida de la comprensión suficiente, y menos del real consentimiento para adoptarla.

*En ese orden se clarifica con esta decisión que cuando lo que se discuta sea el traslado de regímenes, que conlleve a la pérdida de la transición, al juzgador no solo le corresponde determinar si aquella se respeta por contar con los 15 años de servicio a la entrada de vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es el 1º de abril de 1994, sino que será menester determinar, previamente, por tratarse de un presupuesto de eficacia, **si en todo caso aquel estuvo ajustado a los principios que gobiernan el Estatuto de Seguridad Social, y a las reglas de libertad de escogencia del sistema, la cual estará sujeta a la comprobación de que existió una decisión documentada, precedida de las explicaciones sobre los efectos del traslado, en todas sus dimensiones legales.*** (Negrilla fuera de texto).

Mas adelante en providencia No. SL1688-2019 el máximo órgano de cierre de la jurisdicción laboral ordinaria, estudio **desde cuando existe el deber de información y asesoría a cargo de las administradoras de fondos de pensiones**, concluyendo que es un deber exigible desde la creación del sistema de seguridad social de nuevos actores de carácter privado, encargados de la gestión fiduciaria de los ahorros de los afiliados en el RAIS, los cuales se encuentran sujetos a restricciones y deberes por la naturaleza de sus actividades, determinando ciertos grados de exigencia en el deber de información y como a través de diferentes postulados normativos ha evolucionado así;

<i>Etapa acumulativa</i>	<i>Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información</i>	<i>Contenido mínimo y alcance del deber de información</i>
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1° del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
<i>Deber de información, asesoría y buen consejo</i>	<i>Artículo 3°, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010</i>	<i>Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle</i>
<i>Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.</i>	<i>Ley 1748 de 2014 Artículo 3° del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa N° 016 de 2016</i>	<i>Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.</i>

Por lo expresado en el precedente jurisprudencial hasta aquí reseñado, el cual se acoge en su integridad, es posible concluir que cuando se solicite la ineficacia del traslado de régimen pensional por motivo de la deficiente

información brindada, es presupuesto determinar cuál fue la asesoría que tuvo el afiliado en el régimen de ahorro individual con solidaridad en cuanto a los elementos exigidos, ya que, son precisamente esos los aspectos que deben demostrarse dentro del proceso, sin que necesariamente deba acreditarse un vicio específico del consentimiento, principalmente porque el desconocimiento por parte del afiliado de las consecuencias no permiten que su decisión sea concreta y real.

En cuanto a **la carga de la prueba** le corresponde al fondo demandado, en atención al deber de información profesional, pues debe tener la iniciativa de proporcionar todos los elementos que resulten relevantes para la toma de decisión, es decir, mostrar su gestión de acuerdo al objeto de su prestación, criterio que debe sumarse al principio de la carga dinámica de la prueba en la medida que el fondo de pensiones se encuentra en mejor posición de probar los hechos que se han puesto en consideración, toda vez que, evidentemente cuenta con las bases de datos y con la tecnología de punta suficiente para no solo archivar documentos de acuerdo a las disposiciones legales que sobre la materia se rigen, sino para documentar las situaciones que se presentaron respecto de los hechos que ha puesto de presente no solo la parte demandante, sino la propia demandada en cuanto a su gestión.

Dicho lo anterior, se advierte que se encuentra acreditado dentro del plenario que: i) la demandante nació el veinticinco (25) de diciembre de 1960 (archivo 02Anexos.pdf, fl. 4), ii) cotizó al Régimen de Prima Media un total de 322 semanas copia de documento expedido por AFP PORVENIR allegado por la parte demandante (Archivo 02Anexos.pdf, fl. 123), iii) que el seis (6) de diciembre de 1995 se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la A.F.P. Colfondos S.A. con fecha de efectividad desde el 01 de enero de 1996 (Archivos 15ContestacionDemandaColfondos.pdf, fl. 116 y 14ContestacionDemandaPorvenir.pdf, fl. 236). vi) que el dos (2) de mayo de 2003 se trasladó de A.F.P. Porvenir S.A., con fecha de efectividad desde el 01 de julio de 2003 (Archivo 14ContestacionDemandaPorvenir.pdf, fls. 38, 112 y 236), según la historia laboral aportada por AFP PORVENIR cuenta con 1.603 semanas (Archivo 14ContestacionDemandaPorvenir.pdf, fl. 40).

Del interrogatorio de parte practicado a la demandante en ningún momento acepto algún hecho que le fuera adverso o que favoreciera a algún fondo de pensiones, pues de su dicho se puede extraer que previo al momento de la vinculación no recibió la información debida, ya que es evidente de lo manifestado que no conoce todas y cada una de las características de los regímenes pensionales, situaciones concretas y que ampliamente fueron indagadas una a una por el Despacho y las apoderados de las partes, por el contrario refiere que la asesoría se dio en los siguientes términos: que fue abordada en su puesto de trabajo por un asesor de COLFONDOS por 5 o 10 minutos, quien le indico algunas ventajas, beneficios y garantías, como;

el ISS se iba a acabar por lo que los aportes estaban en riesgo, que podía pensionarse con una mesada en cuantía alto o antes de cumplir la edad para ello y que de no quererse pensionar podía solicitar la devolución de los aportes, además que sus aportes eran heredables, situaciones que fueron reiteradas por el asesor de PORVENIR en el año 2003, solo que era un grupo que tenía mejor solidez financieramente, por lo que obtendría más rendimientos o lo que es mejor una mejor pensión, también menciono que sus aportes de manera inicial fueron a una Caja de Previsión Distrital y al Seguro Social, que su profesión es de medico veterinaria y que se encuentra laborando en la dependencia de riesgos laborales y seguridad social en Subred Sur Occidente. Así las cosas, su profesión no la hace experta en las situaciones específicas de cada uno de los regímenes pensionales, ni tampoco excluye de la obligación del deber de información con el que debe cumplir las accionadas, en cuanto a la afiliación o cotizaciones realizadas a una Caja de Previsión Social estas han sido catalogadas como administradoras del régimen solidario de prima media con prestación definida, por lo que independientemente de que la demandante no haya estado vinculada al ISS hoy COLPENSIONES, lo cierto es que si estaba vinculada al RPM el cual hoy en día es administrado exclusivamente por COLPENSIONES.

Del material probatorio puede colegir la Sala que de ninguna manera se le informó a la demandante de una forma expedita, aun cuando Colfondos S.A. y Porvenir S.A. estaban obligados a demostrar dentro del proceso que la información que se le había proporcionado a la afiliada era suficiente en los términos previamente indicados, esto es, el fondo no logro demostrar en el curso de esta actuación haberle suministrado a la señora Margarita Carmiña de Jesús Quiroga Bonilla asesoría suficiente en cuanto a; las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, así como la eventual pérdida de beneficios pensionales. Todo lo anterior en contravía del artículo 128 de la Ley 100 de 1993 que prevé que la afiliación implica la aceptación de las condiciones al régimen al cual se ha afiliado el ciudadano, con lo cual puede colegirse que en tal afiliación no se le brindó una asesoría especializada, completa, adecuada, suficiente, cierta y comprobable, por lo que resultaría ineficaz esta afiliación, máxime cuando el actuar comprende una conducta omisiva del fondo en el desconocimiento del principio de confianza legítima. Ineficacia que valga la pena recordar, en los términos del artículo 1746 del C.C. da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo.

Ahora, tratándose del formulario de afiliación diligenciado por la parte demandante de manera libre y voluntaria, ha de decirse que el mismo resultaría insuficiente para efectos de acreditar la información suministrada, pues recuérdese que *“la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos*

formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado.”, tal como reiteradamente se ha sostenido por la H. CSJ para lo cual, si se quiere, se pueden consultar entre otras las sentencias CSJ SL12136-2014, CSJ SL17595-2017, CSJ SL19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL3464-2019 y CSJ SL4360-2019 y CSJ SL 4426 de 2019, en las que ha adocinado que desde que se implementó el sistema integral de seguridad social en pensiones y se concibió la existencia de las administradoras de pensiones, se estableció también en cabeza de estas entidades el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados, en forma clara, precisa y oportuna, de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas.

Tampoco es óbice para que se declare la ineficacia, que la demandante se encontrare o no en el régimen de transición para el momento en que solicito la ineficacia del traslado, lo cierto es que la misma jurisprudencia laboral ha determinado que cuando se configura la ineficacia del traslado de régimen por incumplimiento del deber de información, como aquí sucede, no se requiere contar “...*con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP...*”, pues lo que realmente interesa en estos asuntos es que las administradoras de fondos de pensiones suministren “...*al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional (...) 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...*” (Sentencia CST SL1452 de 2019), tal como se indicó de forma antecedente.

Resulta pertinente traer a colación la providencia No. SL4334-2021, en la cual se expuso; que no se puede abordar la ineficacia del traslado de régimen, bajo los postulados de las nulidades sustanciales, siendo improcedente exigir al afiliado demuestre vicios del consentimiento, como lo son; error, fuerza o dolo, dado que existe norma concreta en materia laboral y de seguridad social, cuando se ha visto afectado el consentimiento del afiliado por falta de información, conforme se estableció en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993.

En relación con la imposibilidad de la parte demandante de retornar al RPMPD con el argumento de estar incurso en la prohibición contemplada en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por artículo 2 de la Ley 797 de 2003, así como en los parámetros fijados por la jurisprudencia de la H. Corte Constitucional, debe desestimarse en la medida que no estamos en presencia de un traslado de régimen válidamente realizado, el cual es el que sí permitiría admitir dicho argumento.

Continuando con lo que es tema de apelación, en cuanto a la condena por la devolución de gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de la pensión mínima, debidamente indexados, es procedente dado que la principal consecuencia de la declaratoria de la ineficacia del traslado se contrae a negarle efecto al mismo, bajo la ficción de que nunca ocurrió, esto es, entendiendo que nunca se produjo el cambio al sistema privado de pensiones, lo que comporta que además del traslado de los dineros y rendimientos a Colpensiones se deben devolver los gastos de administración, comisiones con cargo a sus propias utilidades y demás como quiera que el surgimiento del acto ineficaz, dichos recursos habrían ingresado al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones. En tal sentido conveniente resulta traer a colación lo decidido por la Honorable Corte Suprema de Justicia en sentencia con radicado 78667 del 29 de julio de 2020 Magistrado ponente Dra. Clara Cecilia Dueñas de Quevedo en la que frente a las consecuencias de las restituciones mutuas suplidas con ocasión de la declaratoria de ineficacia de traslado señala:

“Conforme lo anterior, la Corte debe dilucidar si el Tribunal incurrió en un error al asentar que las administradoras de pensiones privadas, además de devolver a Colpensiones la totalidad de las cotizaciones depositadas en la cuenta de ahorro individual del accionante, también deben retornar los valores que cobraron por concepto de cuotas de administración y comisiones, así como los aportes que aquel realizó al fondo de garantía de pensión mínima.

(...)

De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las restituciones mutuas contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.

En el sub lite, la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Ello incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella

entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional.

Ahora, los efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional cobija a todas las entidades a las cuales estuvo vinculado el accionante en el RAIS, aun cuando, como es lógico, no todas participaron en el acto de afiliación inicial, porque las consecuencias de tal declaratoria implica dejar sin efectos jurídicos el acto de vinculación a tal régimen; en otros términos, es la inscripción en ese esquema pensional la que se cuestiona como una sola, lo que involucra a las demás AFP, así ellas no hayan intervenido, se reitera, en la primera admisión. Por ello, es que todas las cotizaciones efectuadas por el promotor del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, tal como asentó el Tribunal.

(...)

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

En cuanto a los aportes para financiar la garantía de pensión mínima, es oportuno señalar que el artículo 14 de la Ley 797 de 2003 estableció aportes adicionales sobre el ingreso base de cotización con destino al fondo de solidaridad pensional para financiar la garantía de pensión mínima, para quienes devengaran entre 4 y 16 a 20 salarios mínimos legales mensuales, así como un fondo para el manejo de los mismos –artículo 14 *ibídem*–.

Pues bien, dicho artículo fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional, a través de sentencia C-797-2004, pero quedaron vigentes los aportes adicionales, de modo que dichos recursos los manejan las administradoras de pensiones privadas, en una subcuenta separada hasta que se cree de nuevo un fondo similar que se encargue de su administración; de hecho, de la subcuenta de cada AFP se financian aquellas prestaciones. Así lo regula el artículo 8.º del Decreto 510 de 2003, hoy compilado en el artículo 2.2.5.3.4 del Decreto 1833 de 2016. Además, el artículo 7.º del Decreto 3995 de 2008 contempla que cuando se efectúe un traslado de recursos del RAIS al régimen de prima media con prestación

definida, debe incluirse la cotización correspondiente para la garantía de pensión mínima.

Así, es claro que no le asiste razón al recurrente cuando refiere que «las sumas depositadas en el fondo de garantía mínima no están en su poder», debido a que el recaudo y manejo de las sumas destinadas al fondo de garantía mínima en el RAIS, en la actualidad, está a cargo de las administradoras de pensiones.

Conforme lo anterior, el Tribunal acertó en cuanto estableció que los fondos privados accionados deben retornar a Colpensiones la totalidad de los valores recibidos por concepto de «aportes, frutos, rendimientos financieros y bonos pensionales que se encuentran en la cuenta de ahorro individual», sin descontar valor alguno por «cuotas de administración, comisiones y aportes al fondo de garantía de pensión mínima».

(...)

Asimismo, la decisión que se controvierte en casación tampoco lesiona el principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones, puesto que los recursos que deben reintegrar los fondos privados accionados a Colpensiones serán utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas.”

Por último, respecto a la condena de indexar los conceptos que se ordenan devolver, está dirigida, entre otros objetivos, a actualizar los dineros con el índice de precios al consumidor certificado por el DANE, para así aminorar los efectos negativos que le causa la inflación económica al valor nominal en el transcurso del tiempo, dicha condena no se revocará, en tanto se encuentra ajustada a derecho, si bien no se solicitó por la parte demandante, lo cierto es que el Juez laboral cuenta con la facultad extra petita, otorgando a la parte demandante derechos por fuera de lo pedido, siempre que se encuentre probado, es así como no solo los efectos de nulidad aplicables a la ineficacia dan lugar a ello, sino del material probatorio al realizarse el correspondiente interrogatorio de parte a la demandante, se establece que la misma no conocía de las características del RAIS, pues los rendimientos financieros de los aportes, que en tesis de la demandada Porvenir S.A. equiparan las deducciones realizadas, no pueden ser tenidos en cuenta así, dado que nunca aportó pruebas documentales en las que conste los aportes de la demandante, con las correspondientes deducciones en comparación con los supuestos rendimientos, con el fin de verificar si se conservaban los aportes que hubiera hecho la demandante en el régimen de prima media con prestación definida, máxime, cuando los rendimientos están sujetos a las variaciones del mercado y sus riesgos, ya que los mismos

se encuentran clasificados, los cuales pueden ser altos, moderados o conservadores, resultando totalmente superfluo. Aunado a lo anterior, el máximo órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria a través de varios pronunciamientos judiciales ha ordenado la indexación de los dineros que se deben trasladar al RMP administrado por COLPENSIONES en casos en los cuales se estudia la ineficacia del traslado de régimen.

Atendiendo el precedente jurisprudencial expuesto y lo considerado por la Sala, dado que también se conoce en el grado jurisdiccional de consulta se ADICIONA la sentencia proferida en primera instancia, en donde se condena al Fondo de Pensiones y Cesantías COLFONDOS S.A. a devolver a COLPENSIONES el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, prima de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, contando para ello con un término de 30 días a partir del auto de obedézcase y cúmplase, presentando el informe discriminado de los valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes, descuentos objeto de devolución, su indexación y demás relevante que los justifique, por el tiempo que la demandante estuvo vinculada en dicho fondo en los mismos términos expuestos en primera instancia.

En conclusión, como en este asunto se incumplió con el deber de información cuando la demandada Colfondos S.A. enseñó de manera incompleta las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, sin ni siquiera enseñar las características de cada uno de los regímenes, brilla por su ausencia algún estudio, debiendo hacerlo, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, indudablemente la afiliación realizada por la demandante a la AFP Colfondos S.A. el seis (6) de diciembre de 1995 con efectividad el 1 de enero de 1996 se torna ineficaz, por la falta de información de la entidad pensional, debiéndose por tanto confirmar la sentencia de primera instancia.

Del fenómeno de la prescripción

Los fundamentos normativos que consagran la extinción de las acciones en al ámbito del derecho del trabajo y de la seguridad social son los artículos 488 C.S.T. y 151 del C.P.T. y de la S.S., en donde se establece un término de 3 años, contabilizado desde el momento en que se hace exigible la obligación, sin embargo, dicha normatividad es inaplicable a la presente controversia, ya que la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen y sus consecuencias ostentan un carácter declarativo, además porque lo peticionado tiene un nexo causal con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, acorde con lo establecido en el art. 48 de la Constitución Nacional, tal como se indicó en la providencia No. SL1421-2019.

De la imposición en costas

El artículo 365 del CGP, aplicable al presente asunto por expreso reenvío del artículo 145 del CPT, en lo pertinente dispone:

“CONDENA EN COSTAS. *En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:*

1. *Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código.*

(...)

2. *La condena se hará en sentencia o auto que resuelva la actuación que dio lugar a aquella.*

3. *En la providencia del superior que confirme en todas sus partes la de primera instancia se condenará al recurrente en las costas de la segunda. (...)* (Resaltado propio de la Sala fuera del texto original)

Por lo tanto, como quiera que las costas se imponen a las partes vencidas en el proceso, al tenor de lo dispuesto en el artículo 365 del CGP, es por lo que evidencia la Sala que los argumentos en los que fincó su inconformidad la censura, no encuentran soporte legal y fáctico para que se acceda a su revocatoria y posterior absolución.

De tal suerte, las costas procesales responden a un criterio objetivo tanto para su imposición como para su determinación, al constituirse como los gastos que se deben sufragar en el proceso, cuyo pago corresponde a quien sale vencido en el juicio, esto es, son la carga económica que debe afrontar quien no tenía la razón, motivo por el que obtuvo decisión desfavorable, comprendiendo, a más de las expensas erogadas por la otra parte, las agencias en derecho, o sea el pago de los honorarios de abogado que la parte gananciosa efectuó, y a la que le deben ser reintegradas.

Al tema oportuno resulta recordar lo dicho por la CSJ, SCL en sentencia del 24 de febrero de 2021 SL1309, Radicación No. 68091, M.P Dr. Gerardo Botero Zuluaga, en la que, en un caso de características similares a las aquí debatidas también sobre la nulidad del traslado de régimen, puntualizó:

“Por último, en lo que si le asiste razón a la parte demandante, es en cuanto a la no imposición de costas por parte del juzgado, puesto que las mismas tienen lugar frente a la parte vencida en el litigio, que en

este caso los fueron las demandadas, quienes hicieron oposición a las reclamaciones del actor (art. 365 del CGP), sin que se observen causales para eximirlos de dicho rubro.”

Es claro entonces que se deberá condenar en costas a la parte vencida en el proceso, situación que se evidenció en la sentencia de primera instancia con relación a Colpensiones, COLFONDOS S.A y Porvenir S.A., quienes se opusieron a la prosperidad de todas y cada una de las pretensiones, por lo que no se revocará dicha condena, tal como se solicitó en los alegatos de conclusión por COLPENSIONES.

Resultan suficientes los anteriores argumentos para confirmar la sentencia apelada. Costas en esta instancia a cargo de las recurrentes COLPENSIONES y PORVENIR S.A. por haberle sido desfavorable la alzada, las de primera instancia se confirman dadas las resultas del proceso.

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, D.C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia proferida el un (1) de septiembre de 2022 por el Juzgado Séptimo (07) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de primera instancia, promovido por **MARGARITA CARMIÑA DE JESÚS QUIROGA BONILLA** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, la **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, para en su lugar, **CONDENAR** al Fondo de Pensiones y Cesantías COLFONDOS S.A. a devolver a COLPENSIONES el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, prima de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, contando para ello con un término de 30 días a partir del auto de obedécese y cúmplase, presentando el informe discriminado de los valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes, descuentos objeto de devolución, su indexación y demás relevante que los justifique, **por el tiempo que la demandante estuvo vinculada en dicho fondo** en los mismos términos expuestos en primera instancia.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia proferida el un (1) de septiembre de 2022 por el Juzgado Séptimo (07) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de primera instancia, promovido por **MARGARITA CARMIÑA DE JESÚS QUIROGA BONILLA** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –**

COLPENSIONES, la COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS y la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

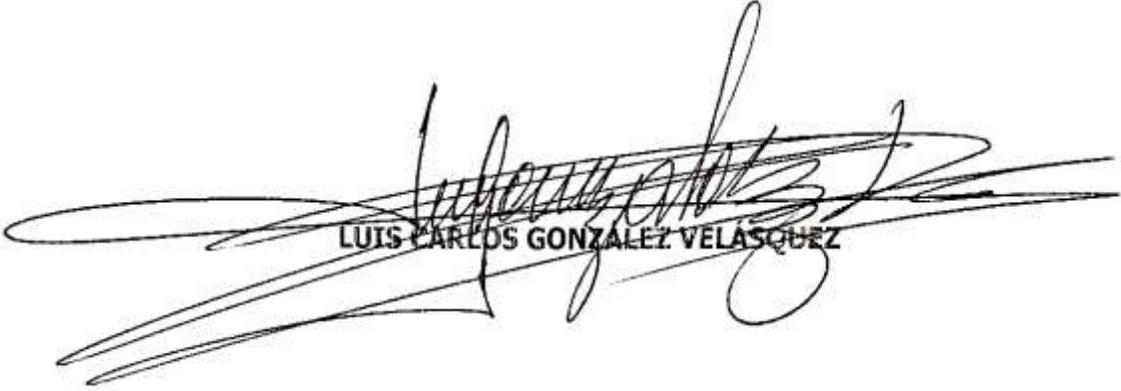
TERCERO: CONDENAR en COSTAS a las demandadas Colpensiones, y Porvenir S.A., teniendo cada una a cargo la suma de \$1.160.000.00 pesos, en favor de la parte demandante. Las de primera instancia se confirman, dadas las resultas del proceso.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

En uso de permiso
DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ



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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Proceso: 110013105027202000224-01

En Bogotá D.C., hoy treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintitrés (2023), fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública en asocio de los Dres. Diego Fernando Guerrero Osejo y Luis Carlos González Velásquez,

TEMA: Seguridad Social - Ineficacia de traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad – afiliación en régimen de prima media

Procede la sala, a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada judicial de Colpensiones, en contra de la sentencia de primera instancia proferida el treinta y un (31) de agosto de 2022 por el Juzgado veintisiete (27) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **BERNARDO LOAIZA BERRIO** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

Asimismo, se estudiará el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones frente a los aspectos no apelados, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., en tanto la decisión adoptada en primer grado fue adversa a sus intereses.

ANTECEDENTES

Bernardo Loaiza Berrio, instauró demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS

PORVENIR S.A., para que se declare la ineficacia de la afiliación efectuada por el demandante en agosto de 1994 del ISS a AFP PORVENIR S.A. por falta de información, de forma subsidiaria la nulidad de la afiliación antes mencionada, que el demandante se encuentra válidamente afiliado al ISS hoy COLPENSIONES, en consecuencia, se condene a PORVENIR S.A. a trasladar los aportes, cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, junto con sus frutos e intereses y rendimientos, que COLPENSIONES acepte el traslado y actualice la historia laboral, costas y agencias en derecho, a lo extra y ultra petita.

Los hechos con relevancia jurídica a que se contrae el informativo son los siguientes:

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señaló que nació el 8 de agosto de 1961, que actualmente trabaja como técnico instrumentalista en STROK TECHNICAL SERVICES, que estuvo cotizando al ISS hoy COLPENSIONES desde el 12 de julio de 1988 hasta agosto de 1994, que cotizó un total de 270 semanas, que un asesor de AFP PORVENIR lo abordó, persuadiéndolo que se cambiara de régimen sin que le suministrara la información debida, que ha cotizado en PORVENIR S.A. 1.044 semanas, para un total de 1.467 semanas a corte de 9 de julio de 2020, que el 11 de junio de 2020 radico en PORVENIR S.A. derecho de petición solicitando se realizara trámite correspondiente para el retorno al RPM, que el 23 de junio se dio respuesta negativa dado que había transcurrido el termino para el traslado, que en COLPENSIONES se radico derecho de petición el 17 de junio de 2020 solicitando el regreso al RPM, que se dio respuesta el día 25 del mismo mes y año negado lo pretendido. (Archivo 01Demanda.pdf, folios 2 al 5)

Contestación de la demanda

Notificadas en legal forma las demandadas COLPENSIONES y Porvenir S.A., dieron contestación en término oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, frente a los hechos en su mayoría manifestaron no constarle o no ser ciertos, salvo los relacionados con edad, afiliación, traslados y solicitudes elevadas.

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, propuso las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y genérica. (Archivo 09ContestacionPorvenir.pdf, fls. 19 a 21).

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES**, propuso las excepciones de mérito que denomino; errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema

pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, innominada o genérica. (Archivo 12ContestacionColpensiones.pdf, fls. 18 a 34).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia proferida el treinta y un (31) de agosto de 2022 por el Juzgado veintisiete (27) Laboral del Circuito de Bogotá, declaró la ineficacia del traslado del demandante del RPM administrado por COLPENSIONES al de ahorro individual con solidaridad administrado por PORVENIR S.A., condenar a PORVENIR S.A. a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante como cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos, frutos e intereses generados en la cuenta de ahorro individual, sin descontar valor alguno por cuotas de administración, comisiones, aportes al fondo de garantía de la pensión mínima, ni primas de seguros previsionales, ordenar a COLPENSIONES afiliarse nuevamente al demandante al RPM y recibir las cotizaciones de PORVENIR, declarar no probadas las excepciones de prescripción, errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del código civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, caducidad, inexistencia de causal de nulidad y saneamiento de la nulidad alegada, formuladas por COLPENSIONES y las de prescripción, inexistencia de la obligación y buena fe, formuladas por PORVENIR S.A. y condeno en costas a PORVENIR S.A.

De los recursos de apelación

Inconformes con la decisión de primera instancia, la apoderada de la demandada COLPENSIONES, presento recurso de apelación, en los siguientes términos: dijo que no existen vicios del consentimiento, ni ningún tipo de coerción, en cuanto al deber de información, si bien la AFP debía cumplir con ello, lo cierto, es que el demandante era capaz y podía indagar frente al mismo, que los pronunciamientos de la Corte Constitucional a través de las sentencias C-1024 de 2004 y SU-062 de 2010, indican que nadie puede estar subsidiado o beneficiado de los recursos del sistema general de seguridad social en pensiones, por lo que, se afecta la estabilidad financiera y se descapitaliza a COLPENSIONES, concluyendo entonces que debe revocarse la sentencia y no es aplicable dar curso a lo pretendido de forma favorable. Además, indica que se requiera a la AFP PORVENIR para que traslade aportes, junto con los rendimientos, así como lo correspondiente a gastos de administración, seguros previsionales de

invalidez y muerte, lo referente al concepto de garantía de pensión mínima, de forma indexada.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Una vez corrido el traslado correspondiente las demandadas COLPENSIONES y AFP PORVENIR S.A. presentaron alegatos así; Porvenir S.A. solicitó se revoque la sentencia proferida en primera instancia, para lo cual precisa que ninguno de los presupuestos legales se encuentran demostrados, que existía voluntad del afiliado en el traslado, por lo que, en consecuencia debe absolverse, por su parte, PORVENIR S.A. también solicitó la revocatoria del fallo proferido por el Juez primigenio, considerando que existe prohibición legal, que no se acreditan vicios del consentimiento, en cuanto a la carga de la prueba solo debe exigirse lo establecido por la ley al momento del traslado en lo que corresponde al deber de información, que el demandante cuenta con calidades profesionales y que no existe prueba de que se haya causado un perjuicio irremediable. De otro lado, la parte demandante guardó silencio.

CONSIDERACIONES

Revisado el expediente se encuentra que en la presente causa se cumplieron con todos los presupuestos tanto de la acción como de la demanda y del proceso, por lo que no existe causal de nulidad que invalide lo actuado, y faculta a esta Sala continuar con el trámite respectivo.

Problema Jurídico:

De acuerdo con lo previsto la sala estudiará lo pretendido, en particular **i)** lo relacionado con el deber de información al momento del traslado del régimen y si se cumplió con la carga de la prueba, por parte de quien la soportaba, respecto a la información brindada, y **ii)** si Porvenir S.A. está obligada a la devolución de los gastos de administración y demás sumas recibidas por causa de la afiliación realizada, debidamente indexadas. Lo anterior en virtud del principio de limitación y congruencia (artículo 66A del CPL y SS).

Asimismo, se estudiará el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones frente a los aspectos no apelados, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., en tanto la decisión adoptada en primer grado fue adversa a sus intereses.

RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA – ART. 6° DEL CPTSS

Se encuentra suplido este requisito con la solicitud radicada ante Colpensiones el 17 de junio de 2020 y su respuesta del 25 de junio del mismo año, donde le fue negado el traslado al RPMPD. (Archivo 01Demanda.pdf, fls. 21 al 27)

DE LA INEFICACIA DEL TRASLADO AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD

La Seguridad Social es un servicio público y un derecho irrenunciable, que encuentra fundamento en el artículo 48 de la Constitución Política de Colombia, de donde se desprende la protección del derecho que tiene toda persona a la seguridad social.

Ahora bien, el Legislador en la Ley 100 de 1993, estableció dos regímenes de pensiones, estos son, el régimen de prima media con prestación definida y el régimen de ahorro individual con solidaridad, y aunque la afiliación a uno de estos dos regímenes es obligatoria, la selección de uno de los dos sistemas es libre, siendo que una vez hecha la selección el afiliado tiene la posibilidad de poder trasladarse de un régimen pensional a otro, siempre y cuando se cumplan las condiciones establecidas en el literal e) del artículo 13 de la norma en cita.

A su vez, el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, establece como requisito para el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad, **la presentación de comunicación escrita en la que conste que la selección de dicho régimen ha sido tomada de manera libre, espontánea y sin presiones.** Comunicación cuyas características han sido objeto de toda una línea jurisprudencial en la que se ha decantado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que es dable declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional cuando se ha verificado la falta de información al afiliado al momento de realizar dicho traslado, sentencias entre las que vale la pena traer a colación por ejemplo el expediente No. 31989 del 9 de septiembre de 2008, en la que al respecto indicó:

*“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, pues la elección del régimen pensional, depende del simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, **entonces la administradora tiene el deber de un 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 aun a llegar, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, si ese fuera el caso”. (Negrilla fuera de texto)

Criterio ratificado en la sentencia con radicado 33083 del 22 de noviembre de 2011, en las que se establece de manera clara la obligación de las administradoras de fondos de pensiones al momento de la afiliación consistente en el deber de proporcionar información completa, adecuada, suficiente, cierta y comprensible al ciudadano de todas las etapas de dicho proceso, desde la afiliación hasta el disfrute de la pensión, incluso derivaciones o que se genere con posterioridad al disfrute del mismo como es el caso de sus eventuales beneficiarios.

De ahí que, se falta al deber de información cuando la entidad guarda silencio, esto es, omite indicar al posible afiliado los aspectos benéficos, sus condiciones particulares sobre cada sistema, situaciones que deben influir en la toma de decisión del cambio de régimen de prima media al régimen de ahorro individual, precisamente, en razón a la naturaleza de las administradoras pensionales en cuanto a su carácter profesional, ello de conformidad a lo previsto en el Decreto 656 de 1994 y el artículo 97 de la Ley 100 de 1993, ordenamiento legal que se encontraba vigente al momento de la afiliación de la demandante.

Sobre el particular, en sentencia del 3 de septiembre de 2014, con radicado N.º 46292, puntualizó:

*“En perspectiva del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, es imperativo para el Juez que deba resolver sobre la viabilidad o no de la aplicación del régimen de transición, ante la existencia del traslado, **no simplemente verificar los requisitos atrás descritos, sino además dar cuenta sobre si el mismo se realizó bajo los parámetros de libertad informada.***

Una inoportuna o insuficiente asesoría sobre los puntos de tránsito de régimen son indicativos de que la decisión no estuvo precedida de la comprensión suficiente, y menos del real consentimiento para adoptarla.

*En ese orden se clarifica con esta decisión que cuando lo que se discuta sea el traslado de regímenes, que conlleve a la pérdida de la transición, al juzgador no solo le corresponde determinar si aquella se respeta por contar con los 15 años de servicio a la entrada de vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es el 1º de abril de 1994, sino que será menester determinar, previamente, por tratarse de un presupuesto de eficacia, **si en todo caso aquel estuvo ajustado a los principios que gobiernan el Estatuto de Seguridad Social, y a las reglas de libertad de***

escogencia del sistema, la cual estará sujeta a la comprobación de que existió una decisión documentada, precedida de las explicaciones sobre los efectos del traslado, en todas sus dimensiones legales.” (Negrilla fuera de texto).

Mas adelante en providencia No. SL1688-2019 el máximo órgano de cierre de la jurisdicción laboral ordinaria, estudio **desde cuando existe el deber de información y asesoría a cargo de las administradoras de fondos de pensiones**, concluyendo que es un deber exigible desde la creación del sistema de seguridad social de nuevos actores de carácter privado, encargados de la gestión fiduciaria de los ahorros de los afiliados en el RAIS, los cuales se encuentran sujetos a restricciones y deberes por la naturaleza de sus actividades, determinando ciertos grados de exigencia en el deber de información y como a través de diferentes postulados normativos ha evolucionado así;

<i>Etapa acumulativa</i>	<i>Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información</i>	<i>Contenido mínimo y alcance del deber de información</i>
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1° del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
<i>Deber de información, asesoría y buen consejo</i>	<i>Artículo 3°, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010</i>	<i>Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo</i>
<i>Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.</i>	<i>Ley 1748 de 2014 Artículo 3° del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa N° 016 de 2016</i>	<i>Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.</i>

Por lo expresado en el precedente jurisprudencial hasta aquí reseñado, el cual se acoge en su integridad, es posible concluir que cuando se solicite la ineficacia del traslado de régimen pensional por motivo de la deficiente información brindada, es presupuesto determinar cuál fue la asesoría que tuvo el afiliado en el régimen de ahorro individual con solidaridad en cuanto a los elementos exigidos, ya que, son precisamente esos los aspectos que deben demostrarse dentro del proceso, sin que necesariamente deba

acreditarse un vicio específico del consentimiento, principalmente porque el desconocimiento por parte del afiliado de las consecuencias no permiten que su decisión sea concreta y real.

En cuanto a **la carga de la prueba** le corresponde al fondo demandado, en atención al deber de información profesional, pues debe tener la iniciativa de proporcionar todos los elementos que resulten relevantes para la toma de decisión, es decir, mostrar su gestión de acuerdo al objeto de su prestación, criterio que debe sumarse al principio de la carga dinámica de la prueba en la medida que el fondo de pensiones se encuentra en mejor posición de probar los hechos que se han puesto en consideración, toda vez que, evidentemente cuenta con las bases de datos y con la tecnología de punta suficiente para no solo archivar documentos de acuerdo a las disposiciones legales que sobre la materia se rigen, sino para documentar las situaciones que se presentaron respecto de los hechos que ha puesto de presente no solo la parte demandante, sino la propia demandada en cuanto a su gestión.

Dicho lo anterior, se advierte que se encuentra acreditado dentro del plenario que: i) el demandante nació el ocho (8) de agosto de 1961 (archivo 01Demanda.pdf, fl. 16), ii) cotizó al extinto Instituto de Seguros Sociales hoy COLPENSIONES entre 12 de julio de 1988 al 31 de octubre de 2008 un total de 443.71 semanas (Archivo 12ContestacionColpensiones.pdf, fl. 80 a 81), iii) que el veintidós (22) de septiembre de 1998 se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la A.F.P. Porvenir S.A. con fecha de efectividad desde el 01 de noviembre de 1998 (Archivo 09ContestacionPorvenir.pdf, fl. 135), según la historia laboral aportada por dicha AFP con 1.497 semanas (Archivo 09ContestacionPorvenir.pdf, fl. 79).

Ahora, tratándose del formulario de afiliación diligenciado por la parte demandante de manera libre y voluntaria, ha de decirse que el mismo resultaría insuficiente para efectos de acreditar la información suministrada, pues recuérdese que *“la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado.”*, tal como reiteradamente se ha sostenido por la H. CSJ para lo cual, si se quiere, se pueden consultar entre otras las sentencias CSJ SL12136-2014, CSJ SL17595-2017, CSJ SL19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL3464-2019 y CSJ SL4360-2019 y CSJ SL 4426 de 2019, en las que ha adoctrinado que desde que se implementó el sistema integral de seguridad social en pensiones y se concibió la existencia de las administradoras de pensiones, se estableció también en cabeza de estas entidades el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados, en forma clara, precisa y oportuna, de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas.

Del material probatorio puede colegir la Sala que de ninguna manera se le informó al demandante de una forma expedita, aun cuando Porvenir S.A. estaba obligado en demostrar dentro del proceso que la información que se le había proporcionado al afiliado era suficiente en los términos previamente indicados, esto es, el fondo no logro demostrar en el curso de esta actuación haberle suministrado al señor Bernardo Loaiza Berrio asesoría suficiente en cuanto a; las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, así como la eventual pérdida de beneficios pensionales. Todo lo anterior en contravía del artículo 128 de la Ley 100 de 1993 que prevé que la afiliación implica la aceptación de las condiciones al régimen al cual se ha afiliado el ciudadano, con lo cual puede colegirse que en tal afiliación no se le brindó una asesoría especializada, completa, adecuada, suficiente, cierta y comprobable, por lo que resultaría ineficaz esta afiliación, máxime cuando el actuar comprende una conducta omisiva del fondo en el desconocimiento del principio de confianza legítima. Ineficacia que valga la pena recordar, en los términos del artículo 1746 del C.C. da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo.

Tampoco es óbice para que se declare la ineficacia, que la demandante se encontrare o no en el régimen de transición para el momento en que solicito la ineficacia del traslado, lo cierto es que la misma jurisprudencia laboral ha determinado que cuando se configura la ineficacia del traslado de régimen por incumplimiento del deber de información, como aquí sucede, no se requiere contar “...*con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP...*”, pues lo que realmente interesa en estos asuntos es que las administradoras de fondos de pensiones suministren “...*al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional (...) 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...*” (Sentencia CST SL1452 de 2019), tal como se indicó de forma antecedente.

Resulta pertinente traer a colación la providencia No. SL4334-2021, en la cual se expuso; que no se puede abordar la ineficacia del traslado de régimen, bajo los postulados de las nulidades sustanciales, siendo improcedente exigir al afiliado demuestre vicios del consentimiento, como lo son; error, fuerza o dolo, dado que existe norma concreta en materia laboral y de seguridad social, cuando se ha visto afectado el consentimiento del afiliado por falta de información, conforme se estableció en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993.

En relación con la imposibilidad de la parte demandante de retornar al

RPMPD con el argumento de estar incurso en la prohibición contemplada en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por artículo 2 de la Ley 797 de 2003, así como en los parámetros fijados por la jurisprudencia de la H. Corte Constitucional, debe desestimarse en la medida que no estamos en presencia de un traslado de régimen válidamente realizado, el cual es el que sí permitiría admitir dicho argumento.

En cuanto a la condena por la devolución de gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de la pensión mínima, debidamente indexados, es procedente dado que la principal consecuencia de la declaratoria de la ineficacia del traslado se contrae a negarle efecto al mismo, bajo la ficción de que nunca ocurrió, esto es, entendiendo que nunca se produjo el cambio al sistema privado de pensiones, lo que comporta que además del traslado de los dineros y rendimientos a Colpensiones se deben devolver los gastos de administración, comisiones con cargo a sus propias utilidades y demás como quiera que el surgimiento del acto ineficaz, dichos recursos habrían ingresado al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones. En tal sentido conveniente resulta traer a colación lo decidido por la Honorable Corte Suprema de Justicia en sentencia con radicado 78667 del 29 de julio de 2020 Magistrado ponente Dra. Clara Cecilia Dueñas de Quevedo en la que frente a las consecuencias de las restituciones mutuas suplidas con ocasión de la declaratoria de ineficacia de traslado señala:

“Conforme lo anterior, la Corte debe dilucidar si el Tribunal incurrió en un yerro al asentar que las administradoras de pensiones privadas, además de devolver a Colpensiones la totalidad de las cotizaciones depositadas en la cuenta de ahorro individual del accionante, también deben retornar los valores que cobraron por concepto de cuotas de administración y comisiones, así como los aportes que aquel realizó al fondo de garantía de pensión mínima.

(...)

De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las restituciones mutuas contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.

En el sub lite, la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la

financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida.

Ello incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional.

Ahora, los efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional cobija a todas las entidades a las cuales estuvo vinculado el accionante en el RAIS, aun cuando, como es lógico, no todas participaron en el acto de afiliación inicial, porque las consecuencias de tal declaratoria implica dejar sin efectos jurídicos el acto de vinculación a tal régimen; en otros términos, es la inscripción en ese esquema pensional la que se cuestiona como una sola, lo que involucra a las demás AFP, así ellas no hayan intervenido, se reitera, en la primera admisión. Por ello, es que todas las cotizaciones efectuadas por el promotor del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, tal como asentó el Tribunal.

(...)

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

En cuanto a los aportes para financiar la garantía de pensión mínima, es oportuno señalar que el artículo 14 de la Ley 797 de 2003 estableció aportes adicionales sobre el ingreso base de cotización con destino al fondo de solidaridad pensional para financiar la garantía de pensión mínima, para quienes devengaran entre 4 y 16 a 20 salarios mínimos legales mensuales, así como un fondo para el manejo de los mismos –artículo 14 ibídem-.

Pues bien, dicho artículo fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional, a través de sentencia C-797-2004, pero quedaron vigentes los aportes adicionales, de modo que dichos recursos los manejan las administradoras de pensiones privadas, en una subcuenta separada hasta que se cree de nuevo un fondo similar que se encargue de su administración; de hecho, de la subcuenta de cada AFP se financian

aquellas prestaciones. Así lo regula el artículo 8.º del Decreto 510 de 2003, hoy compilado en el artículo 2.2.5.3.4 del Decreto 1833 de 2016. Además, el artículo 7.º del Decreto 3995 de 2008 contempla que cuando se efectúe un traslado de recursos del RAIS al régimen de prima media con prestación definida, debe incluirse la cotización correspondiente para la garantía de pensión mínima.

Así, es claro que no le asiste razón al recurrente cuando refiere que «las sumas depositadas en el fondo de garantía mínima no están en su poder», debido a que el recaudo y manejo de las sumas destinadas al fondo de garantía mínima en el RAIS, en la actualidad, está a cargo de las administradoras de pensiones.

*Conforme lo anterior, **el Tribunal acertó en cuanto estableció que los fondos privados accionados deben retornar a Colpensiones la totalidad de los valores recibidos por concepto de «aportes, frutos, rendimientos financieros y bonos pensionales que se encuentran en la cuenta de ahorro individual», sin descontar valor alguno por «cuotas de administración, comisiones y aportes al fondo de garantía de pensión mínima».***

(...)

Asimismo, la decisión que se controvierte en casación tampoco lesiona el principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones, puesto que los recursos que deben reintegrar los fondos privados accionados a Colpensiones serán utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas.”

Se procederá en esta instancia por la Sala a ordenar la indexación de los conceptos que se ordenan devolver, ya que está dirigida, entre otros objetivos, a actualizar los dineros con el índice de precios al consumidor certificado por el DANE, para así aminorar los efectos negativos que le causa la inflación económica al valor nominal en el transcurso del tiempo.

En conclusión, como en este asunto se incumplió con el deber de información cuando la demandada Porvenir S.A. enseñó de manera incompleta las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, sin ni siquiera enseñar las características de cada uno de los regímenes, brilla por su ausencia algún estudio, debiendo hacerlo, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, indudablemente la afiliación realizada por la demandante a la AFP Porvenir S.A. el veintidós (22) de septiembre de 1998 con efectividad el 1 de noviembre de ese mismo año se torna ineficaz, por la falta de información de la entidad pensional, debiéndose por tanto confirmar la sentencia de primera instancia.

Del fenómeno de la prescripción

Los fundamentos normativos que consagran la extinción de las acciones en el ámbito del derecho del trabajo y de la seguridad social son los artículos 488 C.S.T. y 151 del C.P.T. y de la S.S., en donde se establece un término de 3 años, contabilizado desde el momento en que se hace exigible la obligación, sin embargo, dicha normatividad es inaplicable a la presente controversia, ya que la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen y sus consecuencias ostentan un carácter declarativo, además porque lo peticionado tiene un nexo causal con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, acorde con lo establecido en el art. 48 de la Constitución Nacional, tal como se indicó en la providencia No. SL1421-2019.

Resultan suficientes los anteriores argumentos para confirmar la sentencia apelada. Costas en esta instancia a cargo de la recurrente por haberle sido desfavorable la alzada, las de primera instancia se confirman dadas las resultas del proceso.

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, D.C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR el ordinal segundo de la sentencia proferida el treinta y un (31) de agosto de 2022 por el Juzgado veintisiete (27) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de primera instancia, promovido por **Bernardo Loaiza Berrio** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, para que la entidad demandada PORVENIR S.A. proceda a devolver todos y cada uno de los conceptos de forma indexada.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia proferida el treinta y un (31) de agosto de 2022 por el Juzgado veintisiete (27) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de primera instancia, promovido por **Bernardo Loaiza Berrio** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

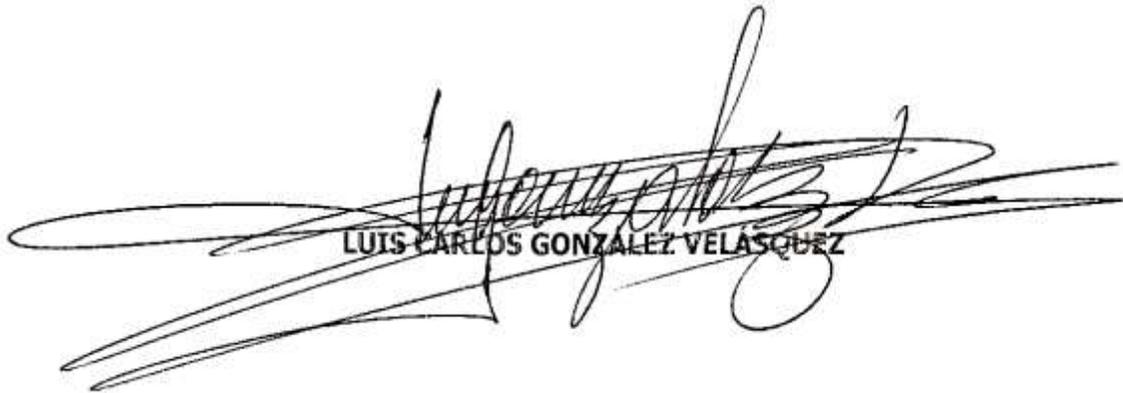
TERCERO: CONDENAR en COSTAS a la demandada Colpensiones, teniendo a cargo la suma de \$1.160.000.00 pesos, en favor de la parte demandante. Las de primera instancia se confirman, dadas las resultas del proceso.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

En uso de permiso
DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ