

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

**PROCESO ORDINARIO DE MARTHA EUFROSINA RODRÍGUEZ
CALDERÓN CONTRA FONDO NACIONAL DEL AHORRO Y
TEMPORALES UNO A BOGOTÁ S.A.S.**

Bogotá D. C., treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintitrés (2023).

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito, como lo dispone el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reúne la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, para resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandante, contra la sentencia dictada el 27 de octubre de 2022. En ella se ABSOLVIÓ a las demandadas de las pretensiones incoadas, con las cuales se perseguía la declaración de existencia de un contrato de trabajo con el FONDO NACIONAL DEL AHORRO.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, MARTHA EUFROSINA RODRÍGUEZ CALDERÓN presentó demanda contra FONDO NACIONAL DEL AHORRO, para que, mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, se declare la existencia de una *relación laboral* entre el 12 de febrero de 2008 y el 25 de junio de 2015 en calidad de trabajadora oficial. En consecuencia, se condene a la demandada a pagar las vacaciones, primas legales y extralegales, cesantías y sus intereses, prima de vacaciones, estímulo de recreación, bonificación especial de recreación, beneficio para vivienda, beneficio de alimentación, beneficio quinquenal y los demás beneficios a los que tienen derecho los trabajadores conforme a la convención colectiva, con indexación, los aportes

a seguridad social en salud y pensiones dejados de pagar, así como la indemnización moratoria por no pago de salarios.

Como fundamento de lo pedido, afirma que suscribió los contratos que se relacionan a continuación:

No.	Contrato	Modalidad/Vinculación	Fecha Inicio	Fecha Final	Valor Mensual
1	153 de 2008	Prestación de servicios	11/08/2008	10/02/2009	\$2.000.000
2	036 de 2009	Prestación de servicios	11/02/2009	10/08/2009	\$2.200.000
3	440 de 2009	Prestación de servicios	11/08/2009	10/02/2010	\$2.200.000
4	181 de 2010	Prestación de servicios	29/01/2010	28/07/2011	\$2.200.000
5	255 de 2010	Prestación de servicios	03/08/2010	03/02/2011	\$2.200.000
6	Obra o Labor	Temporales UNO-A S.A.	17/02/2011	25/03/2011	\$2.140.000
7	Obra o Labor	Temporales UNO-A S.A.	05/04/2011	13/03/2012	\$2.140.000
8	Obra o Labor	Temporales UNO-A S.A.	14/03/2012	28/11/2012	\$2.140.000
9	380 de 2012	Prestación de servicios	21/12/2012	20/03/2013	\$2.800.000
10	77 de 2013	Prestación de servicios	20/03/2013	19/06/2013	\$3.300.000
11	233 de 2013	Prestación de servicios	26/06/2013	25/06/2014	\$3.300.000
12	103 de 2014	Prestación de servicios	26/06/2014	25/06/2015	\$4.000.000

Precisa que el objeto de los contratos fue apoyar las actividades de la oficina jurídica en coordinación, orientación, supervisión, control y seguimiento de procesos jurídicos y la gestión de los abogados externos en relación con los mismos, labores que desarrolló ininterrumpidamente en las instalaciones de la demandada. Afirma que estuvo bajo subordinación del Jefe de la Oficina Jurídica, ejecutando responsabilidades iguales a las desarrolladas por profesionales de planta. Asegura que cumplió horario de trabajo de 8:00 a.m. a 5:00 p.m. de lunes a viernes (Ver demanda y subsanación páginas 7 a 20 y 182 a 196 archivo 001 trámite de primera instancia del expediente digital).

Notificada la admisión de la demanda y corrido el traslado legal, fue contestada por el FONDO NACIONAL DEL AHORRO mediante apoderado, quien se opuso a todas las pretensiones, afirmando que no existió relación laboral con la demandante. Aduce que se ejecutaron distintos contratos administrativos de prestación de servicios, suscritos de manera voluntaria por la demandante, en los aceptó que no existía vínculo laboral y que la supervisión sería ejercida por el jefe de la oficina jurídica, sin que ello implique subordinación. En su defensa

propuso como excepciones de mérito: *carencia de causa y objeto, inexistencia de la relación laboral, prescripción, genérica y buena fe*. Como excepciones previas propuso las de *falta de competencia, prescripción, y la del numeral 9 y 10 del artículo 100 del C.G.P.* (ver contestación de la demanda y su subsanación, páginas 146 a 171 y 176 a 2012 archivo 001 trámite de primera instancia del expediente digital).

En auto de fecha 14 de junio de 2017 (ver página 213 archivo 01 trámite de primera instancia del expediente digital), se dispuso la integración de la parte demandada con la sociedad TEMPORALES UNO A S.A., a quien se tuvo como notificada por conducta concluyente, y no contestó la demanda.

Terminó la primera instancia con sentencia del 27 de octubre de 2022, en la cual el Juez Primero (1°) Laboral del Circuito de Bogotá ABSOLVIÓ a la FONDO NACIONAL DEL AHORRO y a TEMPORALES UNO A S.A. de todas las pretensiones incoadas en su contra.

Para tomar su decisión, el Juez concluyó que la demandante laboró con independencia y autonomía. Frente al tiempo de vinculación con la Empresa de Servicios Temporales, dijo que, en el lapso del 17 de febrero de 2011 a 28 de noviembre de 2012, el FONDO NACIONAL DE AHORRO suscribió un contrato con TEMPORALES UNO A S.A., en el cual la convocante tuvo un cargo diferente, profesional de apoyo, y que *la aquí demandante ha estado siempre bajo la figura de una prestación de servicios*.

La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: “PRIMERO: ABSOLVER a la demandada FONDO NACIONAL DEL AHORRO y también como integrada en este caso mejor llamada a Litisconsorte TEMPORALES UNO S. A de todas y cada una de las suplicas de la demanda impetradas en este caso por la señora MARTA EUFROSINA RODRÍGUEZ CALDERÓN identificada con Cedula de Ciudadanía 28.716.050. conforme a lo expuesto en la parte motiva de la presente decisión. SEGUNDO: CONDENAR en costas a la parte actora la señora MARTHA EUFROSINA

RODRÍGUEZ CALDERÓN identificada con Cedula de Ciudadanía 28.716.050 por haber sido vencida en esta primera instancia. TERCERO: DECLARAR probadas las exenciones previas por el FONDO NACIONAL DEL AHORRO, denominadas de inexistencia de la relación laboral y de buena fe, el Despacho se releva de las demás exenciones propuesta por sustracción de materia. CUARTO: se dispone a CONDENAR en este caso como se indicó anteriormente en costa conforme a indicado. y QUINTO: En caso de no ser apelado la presente decisión, se dispondrá su consulta con el superior de todo lo anteriormente expuesto los apoderados judiciales quedan notificados por estrados.” (Audiencia virtual del 27 de octubre de 2022 archivo 015 Hora 11:14).

RECURSO DE APELACIÓN

En el recurso, la apoderada de la DEMANDANTE pide que se revoque la decisión. Considera probado el servicio al FONDO NACIONAL DE AHORRO por siete (7) años, desarrollando actividades propias de la entidad, mediante la vinculación por medio de contratos de prestación de servicios, siempre bajo subordinación y dependencia de la oficina jurídica (Audiencia virtual del 27 de octubre de 2022 archivo 015 Hora 13:15)¹.

¹ “Gracias Doctor no estoy de acuerdo con la decisión obviamente la respeto, pero en esa medida pues interpongo el recurso de apelación contra la decisión proferida por su despacho en el presente asunto, se está desconociendo la presunción de que dada el artículo 24, cómo se nombró en la demanda en esta en este proceso se dan todos los presupuestos para declarar un contrato en realidad es fueron 7 años que estuvo la doctora Martha Eufrosina Rodríguez en actividades profesionales propias de las funciones que la ley le concede a la entidad Fondo Nacional del ahorro, y que independientemente de que sea una profesional del derecho, estaba subordinada al jefe de la oficina Jurídica que no es el primero ni el único caso de digamos, de este, de esta misma índole que se da en el ámbito de la justicia colombiana, y eso se puede ver en muchas de las sentencias, inclusive de los mismos procesos que se han adelantado contra el Fondo Nacional del ahorro precisamente porque utiliza o utilizaba o utiliza una figura que desdibuja el mismo contrato que realiza, en este caso con la doctora Marta Rodríguez Prestación de servicios cuando en realidad hubo una continuidad en el desarrollo de su contrato laboral serán los presupuestos, como se indicó en la en los alegatos correspondientes, toda vez que efectivamente es un contrato simulado de prestación de servicios porque ella prestó sus servicios de manera personal a órdenes directamente de la Oficina jurídica del Fondo Nacional del ahorro todas sus actividades eran realizadas supervisadas personalmente por su jefe directo quien adicionalmente le entregó todos los elementos, como ya se dijo indiferentemente del tipo de contrato, porque precisamente lo que hacen es dibujarlo como un contrato de prestación de servicios, cuando en realidad es un contrato laboral se da el otro elemento que es la remuneración, pues obviamente en cada contrato tenía un valor y se le pagó a las a la doctora Marta y lo más importante, había la subordinación y la dependencia de todo el tiempo que tuvo la doctora Marta con la Oficina

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

No fue objeto de controversia que la demandante prestó servicios a favor del FNA, y para el efecto suscribió los contratos que se relacionan a continuación:

No.	Contrato	Modalidad/Vinculación	Fecha Inicio	Fecha Final	Valor Mensual
1	153 de 2008	Prestación de servicios	11/08/2008	10/02/2009	\$2.000.000
2	036 de 2009	Prestación de servicios	11/02/2009	10/08/2009	\$2.200.000
3	440 de 2009	Prestación de servicios	11/08/2009	10/02/2010	\$2.200.000
4	181 de 2010	Prestación de servicios	29/01/2010	28/07/2011	\$2.200.000
5	255 de 2010	Prestación de servicios	03/08/2010	03/02/2011	\$2.200.000
6	Obra o Labor	Temporales UNO-A S.A.	17/02/2011	25/03/2011	\$2.140.000
7	Obra o Labor	Temporales UNO-A S.A.	05/04/2011	13/03/2012	\$2.140.000
8	Obra o Labor	Temporales UNO-A S.A.	14/03/2012	28/11/2012	\$2.140.000
9	380 de 2012	Prestación de servicios	21/12/2012	20/03/2013	\$2.800.000
10	77 de 2013	Prestación de servicios	20/03/2013	19/06/2013	\$3.300.000
11	233 de 2013	Prestación de servicios	26/06/2013	25/06/2014	\$3.300.000
12	103 de 2014	Prestación de servicios	26/06/2014	25/06/2015	\$4.000.000

Los hechos anteriores encuentran prueba -además- en los documentos del archivo 001, los contratos aportados de las páginas 24 a 51, y las certificaciones de las páginas 52 a 58 del mismo archivo 01 del trámite de primera instancia del expediente digital.

En consonancia con el recurso, el Tribunal debe definir (artículo 66-A del CPTSS): (i) si entre la demandante y FONDO NACIONAL DEL AHORRO existió un vínculo de trabajo o no; y en dado caso, (ii) si procede el pago de las prestaciones legales y extralegales, (iii) si procede el pago de los aportes

Jurídica del Fondo Nacional del ahorro respeto desde luego, todos los argumentos del señor juez, pero no los comparto porque considero que en este caso, si se da el contrato realidad y se debe aplicar lo que jurisprudencialmente se ha determinado para estos casos y especialmente en la presunción del artículo 24 las todas las normas de la Constitución nacional artículo 53, la ley 1º, la ley de perdón del artículo Primero, la ley sexta del 45, Decreto 2127 y demás normas que señalan en qué casos se debe dar o se da más bien el contrato en realidad indiferentemente de la profesión que esté realizando o que tenga la persona que está realizando este trabajo entonces, por esas razones considero que no le asiste razón al a-quo interponga el recurso de apelación para ante el superior y lo sustentó de esta forma, y lo complemento, obviamente, en la audiencia que corresponda ante el superior. Gracias.”

al sistema de seguridad social, y (iv) si hay lugar a emitir condena a título de indemnización moratoria.

Por el principio de congruencia², el Tribunal no se pronunciará sobre eventuales labores que hayan prestado la demandante a favor del FONDO NACIONAL DEL AHORRO con anterioridad al 11 de agosto de 2008, pues ninguno de los hechos ni de las pretensiones principales de la demanda se encuentran encaminadas a ese efecto (Ver demanda y subsanación páginas 7 a 20 y 182 a 196 archivo 001 trámite de primera instancia del expediente digital).

(i) RELACIÓN LABORAL. Sea lo primero advertir que en el lapso transcurrido entre el 11 de agosto de 2008 al 3 de febrero de 2011 y del 21 de diciembre de 2012 al 25 de junio de 2015, la demandante se vinculó al FONDO NACIONAL DEL AHORRO a través de contratos de prestación de servicio suscritos directamente con esta entidad; y en el interregno transcurrido entre el 17 de febrero de 2011 y el 28 de noviembre de 2011 se vinculó mediante contratos de obra o labor con mediación de TEMPORALES UNO A S.A.S., todos ellos para prestar sus servicios al FONDO NACIONAL DEL AHORRO.

Frente al periodo en el cual la vinculación se hizo mediante contrato de prestación de servicios, el artículo 1° de la ley 6ª de 1945 dispone la existencia de contrato de trabajo entre la administración pública y la persona que presta

² Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral, Sentencia SL2808-2018 Radicación No. 69550, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO: *“Principio de congruencia (...) Conforme dicho principio, los fallos de primera y segunda instancia deben guardar coherencia entre el contenido del fondo de la relación jurídico procesal, de los hechos y las peticiones de la demanda, de su contestación y de las excepciones formuladas, así como de lo alegado por las partes en las oportunidades procesales pertinentes, con lo resuelto por el juzgador. Luego el sentenciador, debe obrar dentro del marco trazado por las partes en conflicto. Es así que esta Sala de la Corte, de antaño ha señalado que es base esencial del debido proceso laboral, que las sentencias se enmarquen dentro de la causa petendi invocada por el promotor del proceso. Si es el fallador de segundo grado quien desborda ese estricto límite y resuelve ex novo -sobre pretensiones que no fueron debatidas en las instancias-, también incurriría en un quebranto de dicho principio y si la transgresión a tal institución es determinante y afecta el derecho de defensa de una de las partes involucradas en el proceso, tal decisión será susceptible de cuestionamiento en el recurso extraordinario de casación, porque a través de la violación medio de la disposición procesal referida, se reconoce un derecho sustancial, mediante el quebranto de los presupuestos constitucionales y legales del debido proceso (SL911-2016)”*.

un servicio personal, bajo continuada dependencia, por oposición –dice la norma- a aquellos se celebran para la ejecución de una labor determinada sin consideración a la persona o personas que hayan de ejecutarla, y sin que éstas se sujeten a horario, reglamentos o control especial del empleador. Así las cosas, la prueba de un servicio personal y subordinado impone al juez declarar la existencia de un contrato de trabajo. Por mandato del artículo 53 Constitucional, en este tipo de relaciones prima la realidad sobre las formas pactadas por las partes.

Con estas premisas normativas y revisado el expediente, el Tribunal encuentra prueba del servicio personal prestado por la demandante con la copia de los contratos administrativos de prestación de servicios que obran en el expediente (ver páginas 24 a 51 archivo 01 trámite de primera instancia del expediente digital), y con la certificación expedida por el FONDO NACIONAL DEL AHORRO y por TEMPORALES UNO A S.A.S. (ver página 52 a 58 archivo 01 trámite de primera instancia del expediente digital). De estos mismos documentos se evidencia que, desde el punto de vista formal, el servicio se prestó en ejecución de contratos administrativos suscritos bajo las reglas del estatuto de contratación pública.

Sobre esta forma de contratación (específicamente el artículo 32 numeral 3° de la ley 80 de 1993) se pronunció la Corte Constitucional en la sentencia C-154 de 1997 para definir la presunción de existencia de relación de carácter autónomo y no laboral, lo que no obsta para que *“si se demuestra la existencia de una relación laboral, que implica una actividad personal subordinada y dependiente, el contrato se torne en laboral en razón a la función desarrollada, lo que da lugar a desvirtuar la presunción consagrada en el precepto acusado y, por consiguiente, al derecho al pago de prestaciones sociales a cargo de la entidad contratante”*.

Debe precisarse para casos como el presente, que la subordinación, entendida en la ley como una facultad del empleador para impartir órdenes al trabajador sobre el modo, el lugar, y el tiempo de ejecución de las labores, y de imponer reglamentos de trabajo, merece una consideración especial cuando la relación

de servicios personales se ejecuta con quienes ejercen una profesión liberal o desarrollan actividades para las que se requiere una especial formación técnica –como ocurrió con la demandante-. Estas actividades comportan títulos académicos o conocimientos científicos, técnicos e intelectuales de nivel superior que implican, por esencia, libertad de concepción y de ejecución en las funciones que se encomiendan, es decir, *cierto grado* de autonomía técnica y directiva, de la cual no se deriva, necesariamente, la ausencia del elemento *subordinación*.

En las relaciones de trabajo que se ejecutan con estas personas, la subordinación jurídica laboral se expresa más que en la posibilidad del empleador de impartir órdenes sobre el MODO en que se ejecutará el servicio profesional, en la posibilidad de impartir órdenes sobre el LUGAR de prestación del servicio, o sobre la CANTIDAD de labor a realizar por unidad de tiempo, o en la imposición de REGLAMENTOS de trabajo que haya elaborado el empleador, entre ellos, el horario de trabajo.

A estas materias se debe entonces orientar la prueba por el demandante.

Con estas reglas procesales y revisado el expediente el Tribunal encuentra prueba suficiente de que los servicios que presto al demandante en favor del FONDO NACIONAL DE AHORRO como PROFESIONAL ADMINISTRATIVO -DE APOYO- entre el 12 de febrero de 2008 y el 25 de junio de 2015 fueron subordinados.

La evidencia allegada al plenario da cuenta clara de que su labor se realizó con sometimiento a órdenes y a reglamentos de quien la contrató en cuanto al modo, tiempo, lugar y cantidad de servicios.

Ello se evidencia de los informes de actividades realizadas con destino al jefe de la oficina jurídica, del formato de medición de cargas de trabajo, las solicitudes y registro de permiso y planillas de compensación de horas (Ver páginas 59 a 89 archivo 001 trámite de primera instancia del expediente digital); y de los testimonios rendidos en el proceso por MARÍA LILIANA

CAMACHO PRIETO (secretaria del área jurídica) y MANUEL GUILLERMO MILLÁN GUTIÉRREZ (Audiencia virtual del 27 de octubre de 2022 – archivo 14 y 15) quienes afirmaron que no conocían los contratos suscritos por la demandante ni las condiciones concretas dispuestas en los mismos, pero sí pueden dar fe de que la demandante prestaba servicios en el área jurídica del fondo, que era subordinada y recibía ordenes de trabajo de VIRGILIO HERNÁNDEZ jefe jurídico, que debía cumplir un horario al igual que los demás empleados, que hacía uso de la ruta institucional, que debía compensar tiempos en semana santa y en diciembre, que a diario se le entregaba el reparto correspondiente a las labores que debía realizar bajo las instrucciones de su jefe. Verificados sus dichos se advierte coherencia, claridad y veracidad, señalan circunstancias que les constan de manera directa, y hacen la diferencia con aquellas de las que tan sólo pudieron tener un conocimiento mediato, por lo que resulta viable su valoración en los términos de los artículos 58 del CST y 211 del CGP.

No se desvirtúa la conclusión anunciada con el texto de los *contratos de prestación de servicios* suscritos por la actora, instrumentos en los que finca el Fondo su defensa, asegurando que de allí se deriva el fehaciente conocimiento de la actora (profesional del derecho) del tipo de contrato o vínculo que la ataba al FONDO NACIONAL DE AHORRO, pues el artículo 53 de la Constitución Política dispone, para los asuntos del trabajo, la *primacía de la realidad sobre las formas* y prohíbe al trabajador renunciar a los derechos que puedan surgir en su favor. En contra de las conclusiones a las que arribó el juez, los documentos aportados al expediente por la demandada son indiciarias de que sí existía *subordinación*, pues refieren al cumplimiento de metas, lugar de prestación del servicio, cantidades de trabajo, etc.

Tampoco se advierte confesión sobre autonomía, del interrogatorio de parte rendido por la demandante (Audiencia virtual del 27 de octubre de 2022 – archivo 14), pues sus declaraciones se limitaron a señalar que suscribió los contratos de prestación de servicios con el FONDO NACIONAL DE AHORRO y la descripción de las funciones que tenía a cargo.

De otra parte, en los tiempos durante los cuales la vinculación se hizo con mediación de una Empresa de Servicios Temporales, se debe advertir que si bien el Decreto 4369 de 2006 (mediante el cual se reglamentaron los artículos 71 a 94 de la Ley 50 de 1990) permiten la vinculación de trabajadores con intermediación de una Empresa de Servicios Temporales, solo resulta válida esta forma de vinculación para una cualquiera de las siguientes actividades: i) atender labores ocasionales, accidentales o transitorias, a las que se refiere el artículo 6° del Código Sustantivo del Trabajo; ii) reemplazar personal en vacaciones, en uso de licencia, en incapacidad por enfermedad o maternidad; o iii) atender incrementos en la producción, en el transporte, en las ventas de productos o mercancías, o durante los períodos estacionales de cosechas, e incrementos en la prestación de servicios, limitando la procedencia de la vinculación temporal a seis (6) meses, prorrogables por seis (6) meses adicionales, y advirtiendo claramente, en el parágrafo del artículo 6°, que transcurrido el primer año NO se podrá prorrogar el contrato ni celebrar uno nuevo con la misma o con otra empresa de esta naturaleza aunque la causa que originó el servicio subsista en la empresa usuaria.

Tales requisitos no se demostraron cumplidos, y por ello la EST se debe entender como un *simple intermediario* en la relación de trabajo que -en realidad- se desarrolló entre la demandante y el FNA aparente empresa usuaria.

Nótese que la relación de trabajo a través de TEMPORALES UNO A BOGOTÁ S.A.S. se desarrolló por 1 año y 9 meses, y en total permaneció –incluido el tiempo de vinculación por contratos administrativos de prestación de servicios- durante casi 7 años; además se demostró la continuidad de las labores y de los contratos laborales celebrados con la actora cuyo objeto era el “*apoyo a la labor jurídica*”, y no se allegaron al plenario los contratos suscritos entre el FNA y TEMPORALES UNO A S.A., de los cuales se pudiera advertir con mayor claridad el objeto de los mismos. Se debe recordar que la sentencia C-330 de 1995 definió la legalidad de la relación a través de Empresas de Servicios

Temporales, por seis meses y *"hasta seis (6) meses más"*, advirtiendo claramente que *"(...) Si la empresa quiere incrementar su producción permanentemente, no podrá seguir este camino"*.

Por todo lo dicho el Tribunal revocará la sentencia de primera instancia y dictará las condenas que corresponden. Se demostró la existencia de un contrato de trabajo continuo con EL FONDO NACIONAL DEL AHORRO.

(ii) ACREENCIAS LEGALES Y EXTRALEGALES. Pretende la demandante el reconocimiento de vacaciones, primas de servicios, cesantías y sus intereses, prima extraordinaria de diciembre, prima de vacaciones, prima de servicios legal, estímulo de recreación, bonificación especial de recreación, beneficio para vivienda, beneficio de alimentación y prima quinquenal.

Previo a definir cuales derechos se demostraron causados, se debe advertir que los artículos 488 del CST y 151 de CPTSS disponen un término de tres años para la prescripción de la acción judicial que busca el reconocimiento de un derecho laboral. El término corre *"desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible"*, y *"el simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el empleador, acerca de un derecho debidamente determinado, interrumpe la prescripción por una sola vez"*, caso en el cual se extenderá por tiempo igual, de 3 años.

Frente a la prescripción del auxilio de cesantía y dado que por disposición expresa del artículo 40 del Decreto 1045 de 1978 para el reconocimiento y pago de esta prestación a los trabajadores oficiales se estará a lo dispuesto en las normas legales vigentes sobre la materia, en este caso la Ley 50 de 1990 que impuso la liquidación anual de este auxilio, la Sala precisa que, una es la obligación de consignar los valores liquidados en el año anterior, y otra la obligación de pagar el auxilio autorizando al trabajador el retiro de las sumas consignadas o pagando los valores correspondientes cuando no se han efectuado las consignaciones oportunamente. Por ello, independientemente del régimen de liquidación que se aplique, el derecho se causa *en favor* del trabajador cuando termina el contrato de trabajo y solo a partir de ese momento

lo puede *exigir* al empleador mediante las acciones judiciales pertinentes, según lo dispone expresamente el artículo 249 del CST.

Respecto de las vacaciones, el empleador las puede conceder dentro del año siguiente a aquel en que se causan (artículo 12 Decreto 1045 de 1978), entendiendo que al terminar el contrato de trabajo la pretensión se dirige a obtener la compensación en dinero. En consecuencia, para la suma de dinero que resulta por compensación de vacaciones de cada año, el término de prescripción es -en la práctica- de 4 años (tres de prescripción, más uno que tenía el empleador para conceder el disfrute del descanso).

Con estas premisas normativas en el presente asunto no operó la prescripción del auxilio de cesantía, pues la demandante se retiró el 25 de junio de 2015 y presentó la reclamación administrativa el 11 de marzo de 2016 (página 90 archivo 01), con lo cual interrumpió el término prescriptivo. Frente a las vacaciones se declarará probada parcialmente dicha excepción respecto de las causadas con anterioridad al 11 de marzo de 2012. Sobre las primas de navidad operó la excepción de prescripción respecto de las causadas con anterioridad al 11 de marzo de 2013.

La Sala liquidará estos conceptos con los datos que se observan de los contratos de prestación de servicios y de la certificación laboral expedida por TEMPORALES UNO A S.A, precisando que para efectos aritméticos se promediaron los salarios, así:

Año	Fecha Inicio	Fecha Final	Días	Salarios
2008	11/08/2008	31/12/2008	140	\$ 2.000.000
2009	1/01/2009	31/12/2009	360	\$ 2.133.334
2010	1/01/2010	31/12/2010	360	\$ 2.200.000
2011	1/01/2011	31/12/2011	360	\$ 2.160.000
2012	1/01/2012	31/12/2012	360	\$ 2.140.000
2013	1/01/2013	31/12/2013	360	\$ 3.050.000
2014	1/01/2014	31/12/2014	360	\$ 3.650.000
2015	1/01/2015	25/06/2015	174	\$ 4.000.000

Año	Fecha Inicio	Fecha Final	Días	Salario	Vacaciones	Cesantías	Intereses a las cesantías	Prima de servicios
2008	11/08/2008	31/12/2008	140	\$ 2.000.000		\$ 777.778		
2009	1/01/2009	31/12/2009	360	\$ 2.133.334		\$ 2.133.334,00		
2010	1/01/2010	31/12/2010	360	\$ 2.200.000		\$ 2.200.000,00		
2011	1/01/2011	31/12/2011	360	\$ 2.160.000		\$ 2.160.000,00		
2012	1/01/2012	31/12/2012	360	\$ 2.140.000	\$ 861.944,44	\$ 2.140.000,00		
2013	1/01/2013	31/12/2013	290	\$ 3.050.000	\$ 1.525.000,00	\$ 3.050.000,00	\$ 294.833,33	\$ 2.456.944,44
2014	1/01/2014	31/12/2014	360	\$ 3.650.000	\$ 1.825.000,00	\$ 3.650.000,00	\$ 438.000,00	\$ 3.650.000,00
2015	1/01/2015	25/06/2015	174	\$ 4.000.000	\$ 966.666,67	\$ 1.933.333,33	\$ 112.133,33	\$ 1.933.333,33
Total					\$ 5.178.611	\$ 18.044.445	\$ 844.967	\$ 8.040.278

En la parte resolutive se impartirá condenas por las anteriores sumas.

DERECHOS CONVENCIONALES. Frente a los derechos convencionales, acreditada la existencia de la relación de trabajo surge la condición de trabajadora oficial en la demandante, además y acorde con lo previsto en el artículo 471 del C.S.T., es beneficiaria de la convención colectiva suscrita por el FONDO NACIONAL DEL AHORRO y el sindicato SINDEFONAHORRO que tuvo vigencia entre el 1° de enero de 2012 y el 31 de marzo de 2014, cuyo texto fue allegado al expediente con la respectiva constancia de depósito (ver páginas 101 a 103 del archivo 01 del trámite de primera instancia del expediente digital), pues el artículo tercero (3) señala que la convención rige para los trabajadores oficiales que laboraban al servicio de la entidad sin distinción entre afiliados y no afiliados al sindicato.

Previo a la liquidación, se debe tener en cuenta que en la reclamación elevada el 11 de marzo de 2016 (página 90 archivo 01) no se solicitó el pago de los derechos derivados de la convención colectiva, razón por la cual, se declarará probada la excepción de prescripción de las acreencias convencionales causadas con anterioridad al 25 de mayo de 2013, esto es, tres (3) años antes de la presentación de la demanda -25 de mayo de 2016- (ver página 92 archivo 01 trámite de primera instancia del expediente digital).

De esta manera, procede la Sala a liquidar la prima extraordinaria de diciembre³, prima de vacaciones⁴, prima de servicios⁵, estímulo de recreación⁶, bonificación especial de recreación⁷, y la prima quinquenal⁸, así:

Año	Salario	Prima extraordinaria de diciembre	Prima de vacaciones	Prima de servicios	Estímulo de recreación	Bonificación especial de recreación	Prima quinquenal
2008	\$ 2.000.000						
2009	\$ 2.133.334						
2010	\$ 2.200.000						
2011	\$ 2.160.000						
2012	\$ 2.140.000						
2013	\$ 3.050.000	\$ 1.525.000	\$ 1.525.000,00	\$ 1.525.000	\$ 1.016.666,67	\$ 305.000,00	\$ 610.000,00
2014	\$ 3.650.000	\$ 1.825.000	\$ 1.825.000,00	\$ 1.825.000	\$ 1.216.666,67	\$ 365.000,00	
2015	\$ 4.000.000	\$ 2.000.000	\$ 2.000.000,00	\$ 2.000.000	\$ 1.333.333,33	\$ 400.000,00	
Total		\$ 5.350.000	\$ 5.350.000	\$ 5.350.000	\$ 3.566.667	\$ 1.070.000	\$ 610.000

En la parte resolutive se impartirá condenas por las anteriores sumas.

³ PRIMA EXTRAORDINARIA DE DICIEMBRE: conforme el artículo 25 en literal E, el FNA reconoce a sus trabajadores en el mes de diciembre de cada año una prima de servicios que corresponde a quince (15) días de salario, por el periodo laborado del 1 de julio al 30 de diciembre de cada año, equivalente a seis doceavas partes del salario.

⁴ PRIMA DE VACACIONES: conforme el artículo 25 en literal F, el FNA reconoce a sus trabajadores cinco (5) días hábiles anteriores a la fecha de iniciación de las vacaciones, una prima de servicios que corresponde a quince (15) días de salario.

⁵ PRIMA DE SERVICIOS: conforme el artículo 25 en literal D, el FNA reconoce a sus trabajadores en la primera quincena de junio de cada año una prima de servicios que corresponde a quince (15) días de salario, por el periodo laborado del 1 de enero al 30 de junio de cada año, equivalente a seis doceavas partes del salario.

⁶ ESTÍMULO DE RECREACIÓN: conforme el artículo 25 en literal G, el FNA reconoce a sus trabajadores un estímulo de recreación que corresponde a diez (10) días de salario, en la fecha en que se liquiden y paguen sus vacaciones.

⁷ BONIFICACIÓN ESPECIAL DE RECREACIÓN: conforme el artículo 25 en literal J, el FNA reconoce a sus trabajadores cinco (5) días hábiles anteriores a la fecha de iniciación de las vacaciones, una bonificación especial de recreación que corresponde a tres (3) días de salario, en la fecha en que se liquiden y paguen sus vacaciones.

⁸ PRIMA QUINQUENAL: El FNA reconocerá a los trabajadores que cumplan quinquenios, en tiempos de descanso o su equivalente en dinero de asignación básica mensual, a opción del trabajador, lo siguientes días: Quienes cumplan los primeros cinco (5) años de servicio continuo en el FNA, seis (6) días. (...)

No se ordenará el pago del beneficio para vivienda previsto en el artículo 15 de la C.C.T., toda vez que la demandante no acreditó tener un crédito de vivienda con su empleador. Según la norma, éste se reconoce a los trabajadores oficiales de la entidad que tengan crédito de vivienda a partir de la vigencia del acuerdo, un beneficio para vivienda equivalente al 15% del SMMLV, pagaderos mensualmente,

En igual sentido, el beneficio de alimentación previsto en el artículo 18 de la CCT como un subsidio mensual de medio SMMLV para los cargos que, a 31 de diciembre de 2001, tenían una asignación básica mensual de \$730.702, no resulta aplicable a la demandante pues no fue vinculada en el límite temporal referido.

(iii) APORTES A SEGURIDAD SOCIAL EN PENSIÓN: Para resolver esta parte de la controversia, el artículo 17 de la Ley 100 de 1993 dispone para el empleador la obligación de efectuar las cotizaciones al Sistema de Seguridad Social *“durante la vigencia de la relación laboral y del contrato de prestación de servicios, (...) a los regímenes del sistema general de pensiones, por parte de los afiliados, los empleadores y contratistas con base en el salario o ingresos por prestación de servicios que ellos devenguen”*.

Cuando el empleador omite el cumplimiento de sus obligaciones por no haber *afiliado* al trabajador al Sistema Pensional, la normatividad dispone el pago, mediante cálculo actuarial, del valor de los aportes que corresponderían por los tiempos del servicio prestados (inciso 1°, parágrafo 1° del artículo 33 de la Ley 100 de 1993)

En el caso presente, según lo probado, se incurrió en una omisión de *afiliación* de la demandante durante el periodo comprendido entre el 11 de agosto de 2008 al 3 de febrero de 2011 y del 21 de diciembre de 2012 al 25 de junio de 2015, y procede por ello el pago, mediante cálculo actuarial, de los aportes a pensión causados en ese interregno. Para este pago, la administradora de pensiones a la que se encuentre afiliado la actora efectuará las operaciones

pertinentes en los términos que establece el artículo 3° del Decreto 1887 de 1994, tomando al efecto los salarios antes señalados.

En el periodo transcurrido entre el 17 de febrero de 2011 y el 28 de noviembre de 2012, TEMPORALES UNO A S.A. aportó en el archivo 10, el certificado de aportes para este periodo expedido por Aportes en Línea, razón por la cual, respecto de este lapso no se impone condena.

(iii) INDEMNIZACIÓN MORATORIA. El artículo 1° del Decreto 797 de 1949, que modificó el 52 del Decreto 2127 de 1945, establece la continuidad de las obligaciones del empleador oficial, cuando han transcurrido 90 días desde la terminación del contrato de trabajo sin que haya pagado los salarios, las prestaciones o las indemnizaciones causadas en favor del trabajador. Ello implica en la práctica -y así lo ha entendido la jurisprudencia- el pago de un día de salario por cada día de retardo transcurrido desde el día 90 de terminación del contrato.

Sin embargo, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha señalado que esta sanción no se puede imponer de forma inexorable y automática frente a la falta de pago, pues bien puede el empleador haber obrado con buena fe, y ésta se deriva: i) del entendimiento plausible –es decir con razón válidas- de no estar obligada a pagar los valores que se deducen en su contra en un proceso judicial; o (ii) de la imposibilidad que tenía de efectuar dichos pagos al momento de terminar el contrato de trabajo, por fuerza mayor, caso fortuito, o por otras razones que con similares características hicieran imposible hacer los pagos.

Con este referente normativo, resulta pertinente señalar que la vinculación formal de la demandante con la entidad pública se hizo bajo las reglas y principios del estatuto de contratación pública, que dispone expresamente para el contrato de prestación de servicios la ausencia de *relación laboral* y que “*en ningún caso*” causará el pago de prestaciones sociales. Dada esa prohibición, y la presunción de legalidad del contrato celebrado (presunción

sobre la cual se pronunció la sentencia C-154 de 1997), no podía el nominador ni el pagador de la entidad pública reconocer prestaciones sociales o indemnizaciones en favor de la demandante, mientras el contrato administrativo celebrado estuviera vigente.

Solo desde la fecha en que una sentencia judicial hubiera declarado su ineficacia podía la entidad proceder con los pagos correspondientes, y ello que ocurre en esta sentencia.

No sobra recordar que el estatuto de contratación pública estableció en favor de entidades como la demandada prerrogativas o beneficios de los que no gozan los particulares, específicamente y en lo que interesa al proceso, *la presunción de legalidad* de sus contratos, que hacía jurídicamente imposible para la entidad, efectuar los pagos antes de que una sentencia declarase la ineficacia del contrato administrativo –insiste la Sala-. La acción para ese efecto bien se pudo incoar por el particular, en cualquier momento, desde la *suscripción* del contrato administrativo.

Sobre el pago de sanción moratoria, ha dicho la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia: *“la sanción moratoria prevista en el artículo 1 del Decreto 797 de 1949 no es de aplicación automática e inexorable, ya que el juez tiene el deber de estudiar las pruebas incorporadas al proceso a fin de establecer si la conducta del empleador estuvo o no justificada, al punto que el examen fáctico permitirá establecer si la omisión o pago tardío de acreencias laborales, estuvo o no asistido de la buena fe, pues de estar justificados en razones serias y atendibles, debidamente acreditadas en el proceso, que indiquen, sin lugar a dudas, que no hubo intención de defraudar al trabajador y que se obró con buena fe. (...) También se ha dicho que razones válidas, no necesariamente son las que jurídicamente acoja el juez en su sentencia, o que sean las que finalmente defina la jurisprudencia o la doctrina, sino que solo basta con que ellas tengan fundamento en unos argumentos sólidos y*

factibles, que den un grado de certeza tal que permita llevar a la creencia fundada que se está actuando correctamente o conforme a la ley".⁹.

Por estas razones se dictará la condena al pago de la sanción moratoria a razón de un día de salario por cada día que transcurra, entre la fecha de notificación de esta sentencia que encuentra ineficaz el contrato administrativo, hasta la fecha de pago de los derechos que aquí se reconocen.

Ante la pérdida de poder adquisitivo de los montos objeto de condena por el paso del tiempo, hasta la fecha de esta sentencia, se abre paso la indexación de las acreencias adeudadas¹⁰, de acuerdo con la siguiente fórmula¹¹:

$$VA = VH \times \frac{IPC \text{ Final}}{IPC \text{ Inicial}}$$

De donde:

VA = Valor actualizado

VH = Valor histórico

IPC Final = Índice de Precios al Consumidor vigente a la fecha de esta sentencia.

IPC Inicial = Índice de Precios al Consumidor vigente a la fecha de terminación del vínculo.

COSTAS de primera instancia a cargo de las demandadas. Sin condena en COSTAS de segunda instancia.

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

⁹ Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral, Sentencia SL4076-2017:

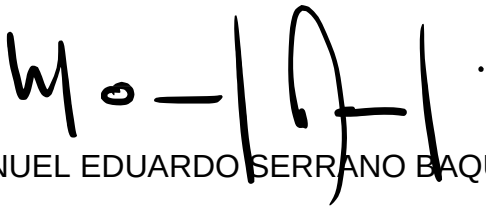
¹⁰ Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral – Sentencia SL3028Rad. 40813 del 1 de febrero de 2017.

¹¹ Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral – Sentencia SL1628Rad. 44057 del 16 de mayo de 2018.

RESUELVE

1. **REVOCAR** la sentencia apelada.
2. **DECLARAR** la existencia de un contrato de trabajo entre la demandante y la demandada FONDO NACIONAL DEL AHORRO, vigente del 11 de agosto de 2008 al 25 de junio de 2015.
3. **CONDENAR** al FONDO NACIONAL DEL AHORRO. al pago de: a) cesantías por \$18.044.445; b) intereses sobre las cesantías por \$844.967; c) primas de servicios por \$8.040.278; d) compensación en dinero de las vacaciones por \$5.178.611; e) prima extraordinaria de diciembre por \$5.350.000, f) prima de vacaciones por \$5.350.000, g) prima de servicios legal por \$5.350.000, h) estímulo de recreación por \$3.566.667, i) bonificación especial de recreación por \$1.070.000, y j) prima quinquenal por \$610.000, sumas todas estas que deberán ser indexadas al momento del pago, con la fórmula definida en la parte motiva de esta sentencia.
4. **CONDENAR** a la demandada al pago del cálculo actuarial de los aportes a seguridad social en pensiones de la trabajadora por el periodo transcurrido entre el 11 de agosto de 2008 al 3 de febrero de 2011 y del 21 de diciembre de 2012 al 25 de junio de 2015, con destino al fondo al que éste se encuentre afiliada, de conformidad con los salarios señalados en la parte motiva de esta decisión.
5. **CONDENAR** a la demandada a pagar en favor de MARÍA EUFROSINA RODRÍGUEZ CALDERÓN, la suma de \$133.334 por cada día que transcurra desde la fecha de notificación de esta sentencia hasta el momento en que pague los derechos laborales causados, a título de sanción moratoria.
6. **ABSOLVER** a la parte demandada de las demás pretensiones incoadas en su contra.
7. **COSTAS** de primera instancia a cargo del FONDO NACIONAL DEL AHORRO.
8. **SIN COSTAS** en la apelación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado



LORENZO TORRES RUSSY

Magistrado

Aclaro voto



MARLENY RUEDA OLARTE

Magistrada

Salvo voto parcialmente

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO.

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE MANUEL ALBERTO MEDINA CADENA, GUILLERMO ALBERTO ÁVILA NIETO, FEDERICO GUILLERMO LONDOÑO MORELLI Y CARLOS EDUARDO CAYCEDO BALLESTEROS CONTRA AEROVÍAS DEL CONTINENTE AMERICANO SA AVIANCA Y CAJA DE AUXILIOS Y PRESTACIONES DE LA ASOCIACIÓN COLOMBIANA DE AVIADORES CIVILES ACDAC-CAXDAC

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintitrés (2023)

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito como lo dispone el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reúne la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, para resolver el recurso de apelación interpuesto por los demandantes, contra la sentencia dictada el 23 de noviembre de 2022 por el Juzgado Primero (1º) Laboral del Circuito de Bogotá. En ella se ABSOLVIÓ a las demandadas de las pretensiones incoadas, mediante las cuales se perseguía incluir sumas recibidas como viáticos por alojamiento como factor salarial, y la consecuente reliquidación de las pensiones de jubilación.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, MANUEL ALBERTO MEDINA CADENA, GUILLERMO ALBERTO ÁVILA NIETO, FEDERICO GUILLERMO LONDOÑO MORELLI y CARLOS EDUARDO CAYCEDO BALLESTEROS presentaron demanda contra AEROVÍAS DEL CONTINENTE AMERICANO S.A. AVIANCA y la CAJA DE AUXILIOS Y PRESTACIONES DE LA ASOCIACIÓN COLOMBIANA DE AVIADORES CIVILES ACDAC-CAXDAC, para que mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, se ordene el reajuste de

las pensiones reconocidas a su favor, incluyendo en la base salarial los viáticos por alojamiento que recibieron. De manera subsidiaria solicitan que se condene a AVIANCA a pagar ante ACDAC – CAXDAC y en favor de los demandantes, el cálculo actuarial que corresponda a la inclusión de los viáticos como factor salarial, causados en los 10 últimos años previos al reconocimiento pensional de cada demandante, y que CAXDAC reliquide las prestaciones. Como fundamento de sus pretensiones afirman que desempeñaron el cargo de piloto de A-330 para AVIANCA, en los siguientes extremos temporales:

Demandante	Desde	Hasta	Fecha Pensión
MANUEL ALBERTO MEDINA CADENA	2 de mayo de 1988	23 de noviembre de 2017	26 de julio de 2012
GUILLERMO ALBERTO ÁVILA NIETO	21 de enero de 1985	23 de noviembre de 2017	26 de julio de 2012
FEDERICO GUILLERMO LONDOÑO MORELLI	15 de octubre de 1985	23 de noviembre de 2017	1 de diciembre de 2012
CARLOS EDUARDO CAYCEDO BALLESTEROS	21 de enero de 1985	23 de noviembre de 2017	28 de marzo de 2014

Aducen que recibían salario variable que incluía viáticos por manutención y alojamiento, sumas que no fueron tenidas en cuenta para definir el IBL de la prestación. Se pensionaron con CAXDAC en las fechas enunciadas sin tener en cuenta como factor salarial los viáticos por alojamiento. Informan que este factor está determinado en la cláusula 120 de la convención colectiva de trabajo, y se encuentra demostrado porque pernoctaron en hoteles proporcionados por AVIANCA. Señalan que AVIANCA no entregó la totalidad de las pruebas documentales que solicitaron a fin de cuantificar el concepto salarial de viáticos por alojamiento que reclaman (ver demanda en folios 552 a 583 y subsanación de demanda en páginas 589 a 617 archivo 01 del trámite de primera instancia del expediente digital).

Notificadas de la demanda, las demandadas comparecieron a través de apoderado para la litis.

La CAJA DE AUXILIOS Y PRESTACIONES DE LA ASOCIACIÓN COLOMBIANA DE AVIADORES CIVILES ACDAC—CAXDAC, mediante

apoderado, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, con fundamento en que reconoció a los demandantes pensión de jubilación por ser beneficiarios del régimen de pensiones especiales transitorias de aviadores civiles, de conformidad con el artículo 6 del Decreto 1282 de 1994. Frente a los hechos que fundamentan la acción afirma que las situaciones fácticas relacionadas con la relación laboral son ajenas a esa entidad. Propuso como excepciones de mérito las de *inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, carencia de respaldo normativo, buena fe, prescripción, compensación, principio de legalidad en aplicación del artículo 18 de la Ley 100 de 1993, a favor de CAXDAC y la genérica* (ver contestación páginas 621 a 308 archivo 01 trámite de primera instancia del expediente digital).

AVIANCA S.A. mediante apoderado se opuso también a la prosperidad de las pretensiones, con fundamento en que realizó los aportes según el salario devengado por cada uno de los demandantes, incluyendo los viáticos que tenían incidencia salarial y que había reconocido conforme a lo pactado en la convención colectiva de trabajo. Afirma que no se ha negado a entregar la información que reposa en su poder, y que el alojamiento en los hoteles dependía de los itinerarios de vuelo. Propuso como excepciones de mérito las de *prescripción, pago, la naturaleza de los beneficios convencionales recibidos por los trabajadores, inexistencia de la obligación, buena fe, compensación y genérica* (ver contestación páginas 681 a 696 archivo 01 trámite de primera instancia del expediente digital).

Terminó la primera instancia con sentencia del 23 de noviembre de 2022, mediante la cual el Juez Primero (1º) Laboral del Circuito de Bogotá ABSOLVIÓ a las demandadas de todas las pretensiones de la demanda. Para tomar su decisión, el Juez de primera instancia no encontró prueba de los viáticos devengados y señaló que no es dable al juez hacer suposiciones. Indicó que no se discriminó el tiempo de pernocta de los aviadores, ni el precio por alojamiento y demás factores necesarios para establecer el valor de lo reclamado. Preciso que se desconocen los contratos hoteleros con las diferentes cadenas hoteleras, y que no en todos los viajes los pilotos pernoctaban fueran de su base (Bogotá), por lo que el pago no era habitual.

La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal:
“PRIMERO: ABSOLVER a las demandadas CAXDAC y Avianca S.A respectivamente de todas y cada una de las pretensiones incoadas por los señores MANUEL ALBERTO MEDINA CADENA, Cedula de Ciudadanía 19.329.993, GUILLERMO ALBERTO ÁVILA NIETO, Cedula de Ciudadanía 79.174.026, FEDERICO GUILLERMO LODOÑO MORELIS, Cedula de Ciudadanía 79.148.159 y CARLOS EDUARDO CAYCEDO BALLESTEROS, Cedula de Ciudadanía 79.234.161, de todas y cada una de las pretensiones de la demanda conforme a lo expreso en la parte motiva de la presente decisión. SEGUNDO: DECLARAR probadas las excepciones propuestas por la demandada CAXDAC de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido. Y las excepciones propuestas por la demandada Avianca S.A, en este caso de pago, inexistencia de la obligación y buena fe y se releva el despacho del estudio de las demás excepciones propuestas por sustracción de materia. TERCERO: CONDENAR en costas a cada uno de los demandantes de condiciones civiles indicadas en la presente sentencia judicial a las costas por haber resultado vencidos cada uno de ellos en esta primera instancia judicial las cuales serán tasadas en su debida oportunidad.” (audiencia virtual archivo 26 minuto 1:11:15 del expediente digital).

RECURSO DE APELACIÓN

En el recurso, el apoderado de los demandantes pide que se revoque la decisión de primera instancia. Afirma que los viáticos por alojamiento deben ser reconocidos a los demandantes como factor salarial, en las condiciones plasmadas en el dictamen pericial aportado para por ese extremo procesal con la demanda, pues los pilotos debían pernoctar en otras ciudades del mundo, en los hoteles que eran dispuestos por AVIANCA, por lo que se deben tener en cuenta los contratos hoteleros en los que se establece el valor que se pagaba por noche. Considera que la carga de la prueba en casos como el presente, donde es el empleador quien tiene los documentos que prueban lo pedido, es del demandado quien debió aportar la totalidad de lo pedido y por eso se solicitó la distribución de la carga de la prueba. Afirma que los pilotos

en cada hotel firmaban los registros individualizados de las habitaciones, de ahí que AVIANCA tiene plena certeza de cuanto pagaba por cada uno de ellos. El dictamen fue claro en señalar que se tomaron los itinerarios de cada uno de los demandantes, y para determinar el valor de la noche se tomaron sumas ciertas por lo menos en el 70%, el 30% restante se realizó con el mínimo conocido. En consecuencia, se tienen plenamente demostrado el valor de este factor salarial (audiencia virtual archivo 26 minuto 1:13:20 del expediente digital)¹.

¹ “Gracias su señoría con el respeto que me merece la decisión que acaba de emitir interpongo recurso de apelación para que la sentencia sea revocada en su integridad por parte del Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral, por los siguientes argumentos que paso a exponer: Las pretensiones de la demanda fueron negadas básicamente por dos núcleos esenciales, el primer de ellos por indicar que existía la carga de la prueba de demostrar la causación de los viáticos por alojamiento en cabeza de los trabajadores y segundo por las cuestiones que se hicieron confusas o que en apariencia no resolvieron la carga que le resultaba a los trabajadores de probar e identificar de manera individualizada el costo de las habitaciones donde habían pernoctado labor que hizo el actuario frente al primer punto pues bueno habría que precisarse lo siguiente: El despacho se fundamentó en las decisiones que había suscitado la Corte Suprema de Justicia en el año 2020 inclusive en el año 2016 sobre quien tenía la carga de la prueba en probar los derechos que se debían causar por viáticos de alojamiento en ese sentido su señoría que ocurre cuando esos procesos llegaron a la Corte Suprema de justicia en primer momento la Corte dijo esto le corresponde probarlo a los trabajadores por que los trabajadores no lo venían probando en su momento por que no tenían el material probatorio o acceso al mismo esto tiene que quedar en extremo claro porque eso es lo que se ha venido insistiendo en estos juicios desde un inicio, los trabajadores no están dejando de probar el costo que se asume por el alojamiento por qué no lo quieran hacer es justamente es una obligación que le impuso el Código Sustantivo del trabajo al empleador es que el numeral 2 del artículo 130 lo que dice es que el empleador deberá discriminar los costos asumidos por la manutención y el alojamiento de sus trabajadores ahora resulta que es a los trabajadores los que directamente les toca probar lo que asume el empleador por sus gastos directos estos juicios no se habían podido resolver hasta que no se concibió la contratación hotelera, contratación hotelera que fue puesta en conocimiento del despacho y que fue la utilizada por el actuario que entre otras pues se dice que no existe contratación cuando se aportaron 155 contratos hoteleros a nivel internacional con sus prorrogas y que fueron utilizados en el dictamen pericial que ya paso a legar a ese punto pero en lo concreto en la obligación que se debía analizar de quien tenía la carga de probar la Corte conociendo la contratación hotelera ya zanjo la diferencia esa sentencia se puso en conocimiento del despacho en su momento en el hangar de conclusión pero pues no fue tomada en cuenta la sentencia más reciente que ha tenido la Corte Suprema de Justicia reexaminando el tema a la luz de que ya se aportaron los contratos hoteleros que definían la situación y que se zanja en cabeza de quien está la obligación de probar no obstante los trabajadores los trabajadores si lo probaron como paso demostrar en siguiente forma: En cuanto a la distribución de la carga de la prueba que fue lo que dijo la Corte Suprema Justicia en Sentencia SL 2123 de 2022 del 22 de junio de este mismo año es decir del 2022, conociendo la contratación hotelera y las obligaciones que le son derivadas al empleador la Corte concluyo muy distinto a lo hasta entonces dicho por la Corte Suprema de Justicia en proceso Esporádicos en los que insisto no existía contratación “De los contratos celebrados entre Avianca S.A y diferentes cadenas hoteleras así como la traducción de los que no se encuentran en español la Sala desprende que por regla general todos los servicios prestados por los hoteles eran facturados directamente a la región contratante importa destacar por ejemplo que el celebrado con el Hotel Vitacura ASTPA de Chile, se dispuso que el hotel emitiría pre facturas independientes por los servicios prestados a la tripulación con destino a la aerolínea para que a través de la dependencia encargada del contra e interventoría del contrato verificada las diferencias entre el valor facturado y los servicios efectivamente prestados luego se debía emitir factura oficial

con destino a la empresa contratante así mismo el establecimiento debía solicitar a los empleados de la contratante que desearan registrarse el carnet que los acredite como tales o la orden de alojamiento expedida por el contratante, el suscrito con el Hotel Hilton Centro Histórico de la Ciudad de México, contiene elementos similares a la anterior además señala que el hotel debía emitir factura por los servicios efectivamente prestados a la tripulación distinguiendo entre auxiliares de vuelo y pilotos de igual manera dispone que Avianca S.A solo pagaría facturas por servicios efectivamente prestados a sus tripulantes o colaboradores que hayan sido solicitadas por su centro de viaje de negocios, el hotel con el Hotel Marriot, San Pablo de la ciudad de Brasil, así sigue la misma regla en junto para la presentación del Carnet u orden de alojamiento para proceder al registro en caso de los suscritos los Hoteles Ferrat de Buenos Aires y Santiago de Chile, se destaca que la factura por los servicios efectivamente prestados debía adjuntarse los soportes de servicios efectivamente prestados durante el periodo debidamente firmados y sellados por el hotel por este y por el interventor del contrato. De os documentos analizados es claro que adquiriente de los servicios alojamiento era Avianca S.A de suerte que en materia de ordenes o solicitudes de habitaciones, solicitud y pago, se trataba de una relación bipartita de igual manera aflora evidente que la entidad contratante se encargó de diseñar mecanismos para la verificación y control de los servicios prestados la cual iba desde las ordenes de alojamiento previas, condiciones para la acreditación de los huéspedes e incluso la firma de estos últimos en los soportes como prueba del uso en las habitaciones. En ese contexto luce abiertamente equivocado que ante los ojos del Tribunal que el trabajador que hubiera ocupado la habitación del hotel, resultaba suficiente para entender que tuvo a su alcance la prueba del alojamiento el rol de la tripulación, el rol de la tripulación incluido el demandante era de 5 usuarios en las instalaciones hoteleras de suerte así como lo afirmo a lo largo del proceso el actor hizo uso de las habitaciones contratadas por la empresa no existen elementos para que el juez colegiado exigiera la documentación del hospedaje en una relación comercial donde era parte sino que su papel fue el de simple beneficiario o usuaria por el contrario como se vio emerge evidente que Avianca S.A contaba con los mecanismos contables y administrativos para constatar que el trabajador había pernoctado en el Hotel, así como para documentar tales hechos por vía de los soportes contables requeridos para el pago del alojamiento. Por lo tanto si realmente quería esclarecer los hechos objeto de controversia el Tribunal no podía ignorar bajo el escenario vislumbrado la búsqueda de la información sobre la causación de los viáticos por alojamiento, debió concentrarse en la empresa empleadora que no descargar en el actor todo el peso de su acreditación de suerte que la sentencia absolutoria al igual que acá por insuficiencia probatoria en los términos del juez colegiado de instancia termino siendo un castigo desproporcionado para el demandante, dentro del capítulo de desconocimiento de las facultades oficiosas en materia probatoria que se dijo: "¿A la luz de esa doctrina en casos como el estudiado en donde aflora evidente el déficit probatorio pero el demandante acredita las circunstancias que estaban a su alcance y se percibe razonablemente que el demandado está en condición de suministrar información valiosa y fundamental para resolver el fondo del litigio debe ser claro para el juez colegiado de instancia que una sentencia absolutoria sin mas no cumple ni satisface el propósito constitucional de suministrar justicia material, es en ese momento cuando cobra fuerza y sentido, el uso de las facultades de decretar pruebas de oficio antes de emitir fallos absolutorios que en la práctica, se traducen en una miserable, reprochable inadmisión de pronunciarse sobre el fondo de las pretensiones por las anteriores razones se casara la sentencia en segundo grado que absolvió en su lugar por insuficiencia probatoria y se deberá requerir a la demandada para que informe fechas de origen de destino, hoteles utilizados y los contratos, en ese sentido, pues se zanjo la diferencia de la misma contratación hotelera no es que el trabajador no quiera probar los contratos hoteleros son claros en afirmar que la documentación facturable de las habitaciones se permite única y exclusivamente a la compañía eso lo evidencio la Corte Suprema de Justicia diciendo que Avianca Y es que esto es un proceso de lógica pura como una empresa como Avianca no va a tener el control y como no va a saber cuánto paga por sus propios trabajadores es decir emitiendo facturas a los hoteles o perdón los hoteles emitiéndole facturas sin saber por cuantas personas y quienes utilizaron el servicio como podría llegar a considerarse una cuenta, los contratos hoteleros que se dicen que no están en este proceso cuentan con más de 155 incluso con sus traducciones dan fe de que Avianca no solo tenía un sistema de facturas sino de pre facturas donde constataba que trabajador se quedaba efectivamente las habitaciones contratadas, jamás se había tenido noticia de un proceso de estos, que ahorre incluso los viáticos de los trabajadores que su oficio por sustracción de materia es el de aviador y es estar volando todo el tiempo,

había que ahora considerarse como por mera liberalidad de accidental cuando los itinerarios de vuelo dan fe de que los trabajadores no pernoctan en Bogotá como se dio de un entendimiento confuso del testimonio que dio el Capitán José Luis Gaviria, él dijo que algunas veces y que en algunos destinos no se pernoctaba pero no por regla general a lo que se debía acudir era a las asignaciones de vuelo, Miami tiene vuelos en donde se pernocta por itinerario hay algunas veces en las que por que el tiempo da, da por ir y volver pero de resto todos los destinos operados por los aviadores tuvieron pernocta, así lo reconoció la representante legal indicando que jamás se les entrego factura por su alojamiento entre otras cosas para haber vislumbrado que la búsqueda de la información no estaba en los trabajadores imagínesse no se les entrega no se les entrega factura por el alojamiento, no se les entrega el récord de lo que se paga por ellos discriminado en sus asignaciones salariales, luego si nos vamos a la comisión colectiva Avianca dice que los pagos que no haga directamente los hoteles se los reembolsaran los trabajadores, donde está el reembolso de alguna de esas habitaciones por sustracción de materia es evidente que los trabajadores pernoctaron en los hoteles contratados por Avianca así lo dice como podría generarse una contratación hotelera, si es para que los trabajadores no pernocten primera vez que se tiene conocimiento que se diga que son accidentales los trabajos que un aviador sigue que justamente todo el tiempo por los equipos que le daban ella estaban a disposición de la compañía en los destinos relacionados en las asignaciones de vuelo que fueron aportados, operaron el equipo 330 de la compañía, con destino a Londres, Madrid, Barcelona, buenos Aires, Santiago de Chile, los Ángeles no conozco primera ruta que pueda volver de España y por ejemplo pernoctar en su casa el mismo día era evidente que se necesitaba el uso del hotel como herramienta de trabajo eso fue lo que evidencio la Corte Suprema de Justicia y por eso lo requirió no se ha cuestionado el carácter salarial de los viáticos nunca por algún operador judicial lo que se ha dicho y la discusión se ha centrado en que en algunos casos se ha considerado que se debe probar por parte de los trabajadores, no obstante lo que dijo ya la Corte Zanjando la diferencia y conociendo la contratación hotelera y entendiendo lo que dice el artículo 130 numeral 2 del Código Sustantivo del Trabajo, es que es el empleador el que conoce la discriminación de los costos asumidos por sus propios trabajadores, si los trabajadores tuvieran acceso a la información entonces aquí la hubieras aportado, se aportaron los contratos anteriores entre otros conseguidos procesos análogos donde ha venido siendo condenada la demandada justamente por eso porque se demostró que tiene un control individualizado de las habitaciones y cuánto paga por ellos que tiene registros como lo dice la Corte Suprema de Justicia se debía acompañar a la factura el registro unitario de habitación, los testigos aquí lo informaron con precisión y claridad, entre uno y otro testimonio de que siempre se les hacía firmar los registros unitarios al acudir a las habitaciones de manera que no obstante no es una carga y si en todo caso llegara a ser una carga se solicitó la distribución de la misma y si aquí se tenía certeza que los viáticos constituyen salario pues se hubiese podido acudir a esa distribución de la carga de la prueba no sin antes haber cerrado el debate probatorio. Eso es lo que se le está solicitando a los jueces laborales, yo sé que estos procesos por cuenta de uno u otro llegaran a la Corte Suprema de Justicia y ya que bregando con la claridad que se tiene en este momento pues yo lo único que pido a los magistrados de momento y a los magistrados titulares es que se continúe con el estudio preciso, la contratación hotelera ya se logró conseguir a través de la constitución de órdenes judiciales en donde se ha tenido conocimiento incluso de la contratación actual en la que se sigue siguiendo el mismo procedimiento donde al trabajador no se le certifica pero sigue siendo su carga probar lo que por disposición de la ley le corresponde está cerrado le corresponde al empleador, incluso el representante legal confesando aquí a viva voz que no se les certifica que no se les da dinero que no se les da facturas tiene que probarlo, eso es lo que reprocho la Corte Suprema de justicia y por eso caso la sentencia de manera que el dictamen pericial es una prueba de costos, el dictamen pericial ya entrando en grueso, se dijo partió de suposiciones el perito fue muy claro en que utilizo todos los contratos aportados por Avianca y suministrados por órdenes judiciales que obtuvo en procesos insisto análogo con dos metodologías la primera de ellas diciendo que había tomado el hotel, el valor de la tarifa, el itinerario, todos los documentos provenientes de Avianca y no tachados de falso, ni de sospechosos para de ahí extraer de acuerdo al número de noches pernoctadas casi un 75% de noches con tarifa cierta documentada dijo el perito ahora se confundió y se dijo que no que todo había sido un indicio, no lo que el perito aclaro hasta la saciedad es que para las noches restantes un 30 % aproximadamente se había mantenido la tarifa conforme al principio de mínimo conocido pero de acuerdo a lo que dijo Avianca hay certificación emitida y que obra en este proceso como

prueba trasladada a la juez 39 Laboral del Circuito, donde se le pregunto, bueno y que pasa en esos intervalos donde no hay contratación, Avianca le indico pues cuando no hay contratación por reglas de la aerolínea y del sistema de compras que nosotros hacemos lo que hay que hacer es mantener la tarifa del ultimo conocido verbo y gracia si no se tenía noticia de algún hotel en específico por ejemplo para el año 2015 pero volvieron a tener noticia en el 2017 pues se debía mantener la tarifa del año 2015 y así lo dijo Avianca en la certificación que obra en el proceso y que fue expuesta por el actuario indicado, si no hay tarifa año x el año x1, x2 pues se certificara la del año x y eso fue lo que hizo el perito utilizar la radiografía explicativa por Avianca jamás se sustrajo a suponer, el incluso al ser preguntado por el abogado de la compañía demandada dijo yo no estoy suponiendo nada, yo estoy única y exclusivamente haciendo operaciones matemáticas ni siquiera de deflación e inflación únicamente estoy manteniendo las tarifas y pasándolas a la tasa representativa del mercado de acuerdo a lo que usted ya le ha explicado a la jurisdicción ordinaria laboral. En ese sentido como se puede decir que no hay contratos y que es ocasional que los trabajadores pernocten pues es que ahí están los itinerarios de vuelo, los itinerarios de vuelo para cada uno de los demandantes dan fe de que sale de Bogotá llega a Madrid y se devuelve a los dos días no entiendo si no pernocto en Madrid y se dice que son ocasional mente pues bueno ahí habría que hacerse un examen de ubicuidad por que como pueden estar en dos lugares a la vez, ahora lo que aquí si se dice es que el perito utilizo la información nuestra pues claro por qué fue la conseguida justamente por eso porque Avianca se ha valido del abuso del derecho de defensa para no proporcionar, imagínese en los 100 años que lleva la discriminación de factor salarial dentro de los desprendibles de nómina que paga a cada trabajador como iniciaron estos procesos a nosotros nos tocó 10 años atrás solicitar carga de la prueba que afortunadamente se dio la contratación hotelera y ahí se logró evidenciar todo hasta el punto que llegamos hoy a la Corte Suprema de Justicia con el espectro claro entonces pues esto fue lo que utilizo el perito y se dice que no hubo colaboración de Avianca que él no podía utilizar únicamente entre otras cosas pruebas trasladadas de otros expedientes por que estos procesos iniciaron con derechos de petición solicitando directamente a la compañía para cada uno de los aviadores cuanto había pagado por el servicio de alojamiento de cada uno de ellos y que nos aportara la contratación hotelera no lo quiso hacer, que se hizo en la demanda se solicitó que con la contestación de la demanda lo aportara lo aportó discriminadamente en la demanda no hubo inversión de la carga de la prueba no es decir todo el cerco queda cerrado en contra de los trabajadores para que sean ellos los que tengan que probar no obstante lo prueban de manera titánica porque no es su obligación y se sigue insistiendo en una posición revaluada Zanjada por la Corte Suprema de Justicia esa sentencia en que es ponente el Doctor Botero no tienen nada que ver con Avianca y la que se dice del Doctor Omar de la Sala de Descongestión de la Corte Suprema de Justicia pues fue cuando no habían contratos hoteleros, ya cuando la corte tiene noticia y dice un momentico que la contratación hotelera entre otras tiene pruebas por sustento de la norma que es que Avianca si tiene conocimiento lleva un control como es lógico del uso de las habitaciones individualizado por cada uno de sus trabajadores, como se puede llegar a creer que Avianca no sabe cuánto paga por cada uno de ellos y eso con cargo directo ahora de que es obligación de los trabajadores probar algo que desde lo suyo por norma legal le corresponde a la compañía es en ese sentido que el dictamen que si es una prueba de costo supero que si no se quería mantener la tarifa perfecta pero desatarlo en un 100% cuando el 80% de la documentación se comprueba con tarifas exactas, si voló para tal destino por ejemplo Madrid en el año 2014 ahí está el contrato con el hotel Marriot castilla donde esta cuanto se pagaba por la habitación, la habitación de uso individual porque esa fue otra las cosas se dijo que los contratos tiene tarifas globales y que no había una facturación individualizada para cada trabajador, pues no es el caso de Avianca porque no conozco una empresa a gran escala haga un contrato hotelero por cada uno de sus trabajadores, eso representaría 4.000 contratos hoteleros, no hay un contrato global que discrimina las tarifas de uso individual entre otras cosas porque así lo impone la comisión colectiva de trabajo dice que solo se le podrá comisionar a los trabajadores habitaciones de uso individual eso fue lo que se tomó cuando se leyó la sentencia de Corte Suprema de Justicia pues justamente eso fue lo que supero esa fue la tarea que se hizo demuestre hotel por hotel mire aquí el récord de 155 contratos hoteleros donde se quedó pues aquí están los itinerarios ejecutados y aportados por la compañía demandada al proceso, eso arrojo una tarifa que simplemente por su costo en moneda extranjera se debía pasar a pesos colombianos eso es lo que ha venido mereciendo que se siga emitiendo condenas a contra de la demandada simplemente aquí pues es invertir la carga de la prueba manera

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

No fue objeto de discusión que los señores MANUEL ALBERTO MEDINA CADENA, GUILLERMO ALBERTO ÁVILA NIETO, FEDERICO GUILLERMO LONDOÑO MORELLI y CARLOS EDUARDO CAYCEDO BALLESTEROS trabajaron para AVIANCA y que les fue reconocida pensión de por parte de CAJA DE AUXILIOS Y PRESTACIONES DE LA ASOCIACIÓN COLOMBIANA DE AVIADORES CIVILES ACDAC-CAXDAC, en las siguientes fechas:

Demandante	Desde	Hasta	Fecha Pensión
MANUEL ALBERTO MEDINA CADENA	2 de mayo de 1988	23 de noviembre de 2017	26 de julio de 2012
GUILLERMO ALBERTO ÁVILA NIETO	21 de enero de 1985	23 de noviembre de 2017	26 de julio de 2012
FEDERICO GUILLERMO LONDOÑO MORELLI	15 de octubre de 1985	23 de noviembre de 2017	1 de diciembre de 2012
CARLOS EDUARDO CAYCEDO BALLESTEROS	21 de enero de 1985	23 de noviembre de 2017	28 de marzo de 2014

El Tribunal debe resolver si procede la reliquidación de la pensión de los demandantes, como consecuencia de la inclusión del factor salarial de viáticos por alojamiento.

desproporcional entre otras cosas pues por que el trabajador se hace la parte débil en la relación de trabajo y jama podrá exigirle, además ya lo dijo la Corte la relación comercial es bipartita entre la aerolínea y el trabajador es un simple usuario de las habitaciones al que no se le entrega factura y por lo tanto no se le puede exigir ya quedo evidenciado no se entiende por qué una vez conocida la prueba por que se insiste en no decretar pruebas de oficio, en mantener la carga estática de la prueba cuando existen todos los elementos los trabajadores se están presentando a la justicia por Dios jamás nos han certificado esta (...) De manera que existiendo la obligación constatada por lado y lado convencional y contractualmente no se puede seguir exigiendo al trabajador eso y aun así la prueba la prueba pericial a la cual tampoco se le da validez y siento que es únicamente una prueba de costos, entonces, no se distribuye carga probatoria, no hay pruebas de oficio, ni tampoco se tiene en cuenta lo dicho por la Corte Suprema, ni lo demostrado por el trabajador con pruebas provenientes de Avianca pues hombre tampoco es posible cerrar así el cerco para el trabajador de esa manera pues yo sustento el alegato de conclusión para que sea el tribunal el que reexamine esta situación de manera cuidadosa y al o que obre en el proceso y la actual posición y la severidad con la que se debe estudiar la contratación hotelera e incluso desde ya porque esto es conocimiento público de todos llegara hasta la Corte Suprema de Justicia haciendo el llamado a los magistrados auxiliares que conozcan esto en este momento como es posible que a 30 años de emitida la Constitución Política siga siendo el trabajador la persona que no puede acceder a un derecho real a la prueba en ese sentido y bueno reservándose el derecho a presentar mis alegaciones en el Tribunal dejo sustentado el alegato. Muchas gracias su señoría.”

Para obtener una decisión favorable a sus pretensiones y dado que los viáticos de carácter permanentes que reciben los aviadores por alojamiento en hoteles durante la ejecución de sus funciones, tienen naturaleza salarial (así lo tiene definido claramente la jurisprudencia)², los demandantes tenían la carga de relacionar y demostrar de forma específica los días en los que pernoctaron en el exterior por cuenta de la demandada, y el precio del alojamiento de cada noche, pues solo con tales datos se podría obtener el valor recibido a título de viáticos para verificar si fueron o no incluidos por la demandada de la base salarial de la pensión que les fue reconocida. Tal carga no se cumplió.

En un caso similar al que se define, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia al analizar si las pruebas aportadas a un expediente permitían deducir *“el itinerario, la factura del hotel y el listado de hoteles y tarifas”* advirtió que el demandante debía: *“(…) establecer de manera pormenorizada la relación que existe entre cada uno de los documentos que en su entender contienen los vuelos realizados, los hoteles donde presuntamente pernoctó y el valor de las tarifas; es decir, [DICE LA CORTE] le correspondía detallar con definitiva claridad y precisión cada uno de los viajes donde, de acuerdo con el itinerario a cumplir, debía pernoctar y el valor que pagaba la demandada por cada noche en el hotel respectivo”*³.

Si bien se aportaron al expediente los itinerarios de vuelo de los demandantes, no se allegó prueba de que hubiesen pernoctado en los lugares de destino, ni de la duración de la estancia en cada ciudad. Adicional a ello se debe tener en cuenta que en una misma ciudad Avianca tenía contratos con varios hoteles, como se informó en la comunicación que se allegó como prueba con la demanda, allí se plasmó *“estamos remitiendo copias simples del listado de los hoteles aprobado por el comité de compras y contratos de los años 1995 a 1999 y que se relacionan a continuación: (...) Francia: Hotel Mercure Roissy, Hotel Hilton Roissy, Hotel Hyatt Roissy. (...)”* (ver página 317 y 318 del archivo

² Sentencias de fechas: 5 de febrero de 2009 radicación 34192 MP LUIS JAVIER OSORIO LOPEZ, y 18 de febrero de 2015 radicación 44576 MP CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO, entre otras.

³ Sentencia dictada el 18 de febrero de 2015 radicación 44576 MP CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO.

01 del trámite de primera instancia del expediente digital), circunstancias que impiden la determinación del valor recibido a título de viáticos por alojamiento.

Nótese que el valor a probar para obtener una condena era una diferencia entre los viáticos que pagó la demandada y los viáticos que se dicen causados en la demanda, pues al momento de liquidar la mesada que reconoció ACDAX-CAXDAC por cada uno de los demandantes (ver páginas 18, 20 a 30, 39, 41 a 45, 59 a 64 y 67, archivo 01 trámite de primera instancia del expediente digital), se incluyeron sumas por viáticos.

Como la carga de probar los hechos que dan lugar a las pretensiones de una demanda judicial la tiene quien los alega, según lo dispone el artículo 167 del CGP, y dicha carga no se cumplió, no procedían las condenas que solicitó la demanda.

No sobra advertir frente a la sentencia SL2123 de 2022 de la Sala de Descongestión Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la cual funda el apoderado su apelación sobre carga dinámica de la prueba, que en la oportunidad procesal pertinente el juez no dispuso tal modificación a las reglas generales en materia probatoria. Pero de todas formas se debe recordar que frente a hechos que el demandado niega que hayan ocurrido -como haber pernoctado el trabajador en días adicionales o diferentes a los que ya reconoció el empleador como viáticos con carácter salarial- tal regla del ordenamiento jurídico *colombiano* resulta inane e inaplicable, por tratarse de hechos que tampoco podría probar la parte a quien se asigna la carga.

Frente al peritaje aportado al proceso por la parte demandante, se debe precisar que esta prueba está reservada en nuestro ordenamiento jurídico a los asuntos que exijan un conocimiento técnico o científico que no tenga el juez, y ciertamente no se requieren conocimientos diferentes a las ciencias jurídicas para que el juez pueda decidir si un pago determinado tiene o no carácter salarial. El peritaje no sustituye la obligación que tienen las partes de aportar las pruebas que sean pertinentes y necesarias para decidir la controversia judicial, menos aun cuando se ha elaborado con base en indicios

que no arrojan certeza sobre lo pretendido, como ocurrió con el peritaje aportado. En el caso presente y según lo declararon los testigos traídos a juicio CLAUDIA PATRICIA PANQUEVA y JOSÉ LUIS GAVIRIA RUEDA (audiencia virtual archivo 21 del expediente digital), los pilotos de AVIANCA podían pernoctar en lugares distintos a los hoteles contratados por la empresa en las ciudades de vuelo. Si se hubieran probado los hechos pertinentes para resolver la controversia (*los días en que los demandantes pernoctaron en el exterior, el hotel en el cual se alojaron por cuenta de la demandada, y el precio de alojamiento en dicho hotel*), bien hubiera podido el funcionario judicial tasar las condenas, sin la necesidad de peritaje alguno.

La decisión adoptada en primera instancia, que el Tribunal confirmará, hace improcedente ordenar el pago a cargo de AVIANCA y a favor de la demandada CAJA DE AUXILIOS Y PRESTACIONES DE LA ASOCIACIÓN COLOMBIANA DE AVIADORES CIVILES ACDAC-CAXDAC del cálculo actuarial pretendido.

Por el resultado del recurso las COSTAS de segunda instancia corren a cargo de la parte demandante.

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

RESUELVE

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

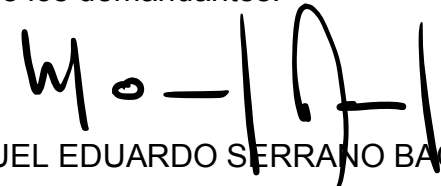

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

Manuel Alberto Medina Cadena, Guillermo Alberto Ávila Nieto, Federico Guillermo Londoño Morelli
Y Carlos Eduardo Caycedo Ballesteros Vs. Aerovías del Continente Americano SA AVIANCA y
CAJA DE AUXILIOS Y PRESTACIONES DE LA ASOCIACIÓN COLOMBIANA DE AVIADORES
CIVILES ACDAC-CAXDAC


LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

INCLÚYASE en la liquidación de costas la suma de SEISCIENTOS MIL PESOS MCTE (\$600.000), como agencias en derecho de segunda instancia a cargo de cada uno de los demandantes.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

Exp. 02 2018 00399 01

Sandra Emilia Sosa Quintero contra Salgado Meléndez y Asociados Ingenieros Consultores S.A. y otro.

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

**PROCESO ORDINARIO DE SANDRA EMILIA SOSA QUINTERO CONTRA
SALGADO MELÉNDEZ Y ASOCIADOS INGENIEROS CONSULTORES S.A.
Y ECOPETROL S.A.**

Bogotá D. C., treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintitrés (2023).

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito, como lo establece el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reúne la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, para resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante, contra la sentencia dictada el 8 de noviembre de 2022 por la Juez Segunda (2ª) Laboral del Circuito de Bogotá. En ella se ABSOLVIÓ a la demandada SALGADO MELÉNDEZ Y ASOCIADOS INGENIEROS CONSULTORES S.A. de las pretensiones incoadas en su contra, con las cuales procuraba el pago de la sanción del artículo 26 de la Ley 361 de 1997 debidamente indexada, así como de los salarios *que faltaban para la terminación de la obra o labor*, los aportes a seguridad social y la indemnización moratoria.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, SANDRA EMILIA SOSA QUINTERO presentó demanda, contra SALGADO MELÉNDEZ Y ASOCIADOS INGENIEROS

Exp. 02 2018 00399 01

Sandra Emilia Sosa Quintero contra Salgado Meléndez y Asociados Ingenieros Consultores S.A. y otro.

CONSULTORES S.A. – SMA S.A. y ECOPETROL S.A., para que, mediante los trámites de un proceso ordinario laboral se declare que el 16 de septiembre de 2014 suscribió con SALGADO MELÉNDEZ Y ASOCIADOS INGENIEROS CONSULTORES S.A. un contrato de trabajo por duración de la obra o labor determinada, el cual terminó de manera unilateral y sin justa causa, cuando se encontraba en estado de debilidad manifiesta y sin que hubiera culminado la labor contratada; y que ECOPETROL fue la única beneficiaria de sus labores. En consecuencia, pide que se condene solidariamente a las demandadas a pagar la sanción prevista en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, los salarios que faltaban para la terminación de la obra o labor para la que fue contratada, los aportes a seguridad social en salud y pensión del 1 de julio de 2015 al 30 de enero de 2016 *cuando realmente finalizaba la obra o labor*, la indemnización *equivalente a un día del último salario devengado por cada día de mora*, y las costas del proceso.

Como fundamento de sus pretensiones, afirma que por muchos años celebró contratos por obra o labor contratada con la sociedad SALGADO MELÉNDEZ Y ASOCIADOS INGENIEROS CONSULTORES S.A. – SMA S.A., en virtud de los cuales ECOPETROL siempre resultaba beneficiaria de las labores ejecutadas en diferentes partes del país. El último lo suscribió el 16 de septiembre de 2014 para ser desarrollado en la población de Magangué Bolívar, fungiendo como *supervisora HSE, para la gestión técnica de los proyectos que componen el programa de evacuación de crudos del país de la Vicepresidencia de Transporte y Logística de ECOPETROL S.A.* tenía como jefe directo a PEDRO LUIS PATIÑO, su horario era de lunes a sábado de 6:00 a.m. a 5:00 p.m. y ocasionalmente los domingos y festivos, su salario mensual fue de \$4.903.150 más \$600.000 que recibía como ayuda para sus gastos y manutención. Indica que sus funciones eran la supervisión de las obras de

Exp. 02 2018 00399 01

Sandra Emilia Sosa Quintero contra Salgado Meléndez y Asociados Ingenieros Consultores S.A. y otro.

ECOPETROL en campo, realizar informes diarios, hacer inspecciones y aprobar si aplicaban o no los equipos que se utilizaban para la construcción de la línea 12, lo cual implicaba la realización de largos recorridos a pie por la obra. Relata que, a mediados de octubre de 2014, ejecutando sus labores, sintió un fuerte dolor en sus rodillas *que le imposibilitaron continuar con la marcha y recorrido*, por lo que fue necesario que la recogieran en un vehículo para trasladarse hasta el pueblo. Asegura que desde su labor anterior había presentado fuertes dolores en la rodilla a los que no le habían prestado atención, y que a pesar de la insistencia que siempre mostrada para *ser tratada por su estado de salud* la empresa le refirió que no era un tema laboral sino de origen común que debía ser atendido en la EPS. Sostiene que, cuando ya no podía salir para cumplir con sus labores en campo, se vio en la necesidad de trabajar desde su sitio de hospedaje, y en noviembre de 2014, cuando no pudo caminar, acudió a un médico particular en el Banco, Magdalena, quien la diagnosticó con *posible rotura de Meniscos*, le otorgó la primera incapacidad y la remitió a Bucaramanga para ser tratada por ortopedia, especialidad que ordenó *cirugía de artroscopia de rodilla izquierda*, que le fue programada hasta el 22 de abril de 2015. Asegura que se emitieron incapacidades continuas e ininterrumpidas del 1 de enero al 1 de julio de 2015, y que el 19 de junio de 2015 la EPS emitió recomendaciones laborales que fueron dirigidas a su empleador. Indica que el 18 de junio de 2015 le fue notificada la terminación de su contrato de trabajo *por una supuesta* culminación de la obra, cuando ésta en realidad se extendió hasta diciembre de 2015 y fue liquidada en febrero de 2016, no antes como se le indicó. Dice que SALGADO MELÉNDEZ Y ASOCIADOS, al percatarse de la prórroga de la incapacidad, se limitó a pagarle esos días de incapacidad y no cumplió con las recomendaciones laborales ni la orden de reubicación. Refiere que desde el 1 de julio de 2015 no le prorrogaron más las incapacidades *pues ya se encontraba sin cobertura*

Exp. 02 2018 00399 01

Sandra Emilia Sosa Quintero contra Salgado Meléndez y Asociados Ingenieros Consultores S.A. y otro.

en salud, lo cual le implico gastar sus ahorros en tratamientos y terapias (ver demanda folios 2 a 14 del archivo 01, expediente digital, trámite de primera instancia)

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

SALGADO MELÉNDEZ Y ASOCIADOS INGENIEROS CONSULTORES S.A.S. – SMA S.A. se opuso a la prosperidad de las pretensiones, con excepción de aquellas que procuran la existencia del contrato de trabajo. Considera que las mismas carecen de fundamentos fácticos y legales ya que la terminación del contrato obedeció a una causa legal. Refiere que suscribió con ECOPETROL el contrato MA-00016761 cuyo objeto era la gestoría técnica para el contrato No. 800000327; que el 16 de septiembre de 2015 celebró contrato de trabajo CT-870-247 con la demandante, bajo la modalidad de duración de la obra o labor contratada, *hasta alcanzar el 95% de la ejecución del contrato No. MA-8000000327*, para desempeñar el cargo de *SUPERVISOR HSE – Nivel 9*, con salario de \$4.903.650 más \$518.046 como auxilio habitacional no prestacional. Indica que el contrato No. MA-8000000327 celebrado entre *TRABAJOS INDUSTRIALES Y MECÁNICOS C.A. TRIME C.A. y ECOPETROL S.A.*, terminó el 28 de enero de 2018, según consta en el acta de finalización, por lo que, a partir de esa fecha, la obra o labor para la cual fue contratada la demandante también terminó; sin embargo, no en ese momento la actora se encontraba cumpliendo un periodo de incapacidad laboral, el cual venció el 20 de junio de 2015, fecha en la cual le notificó la terminación del contrato, con fundamento en una causa legal. Advierte que 5 días después de terminado el vínculo, la demandante envió a esa sociedad copia de una incapacidad y una carta de recomendaciones

Exp. 02 2018 00399 01

Sandra Emilia Sosa Quintero contra Salgado Meléndez y Asociados Ingenieros Consultores S.A. y otro.

otorgada por la EPS SALUDCOOP y, luego, a través de correo electrónico dio a conocer a la empresa que se encontraba en *perfecto estado de salud* y en *completa disponibilidad para trabajar donde se le requiera*. Asegura que actuó con legalidad, buena fe y lealtad, con certeza de que a la terminación del contrato la actora terminaba su incapacidad, no existía otra, y no tenía recomendaciones laborales. En su defensa propuso como excepciones *buena fe, mala fe de la demandante extrabajadora, insuficiencia de poder para demandar, inexistencia de causa para demandar, ausencia de los presupuestos legales para que opere la estabilidad laboral reforzada, carencia absoluta de nexo causal entre la terminación legal del contrato de trabajo y el estado de salud de la demandante* y la genérica (ver contestación folios 182 a 199 del archivo 01 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Por su parte ECOPETROL S.A. se resistió igualmente a la prosperidad de las aspiraciones de la demanda. Aduce que la demandante no es ni ha sido trabajadora de esa entidad, pues como lo afirmó en su escrito inicial, se vinculó mediante contrato de trabajo con la empresa SALGADO MELÉNDEZ Y ASOCIADOS INGENIEROS CONSULTORES S.A. Sostiene que no le constan ninguno de los hechos en que se apoya la convocante sobre vinculación laboral, menos aún en relación a las patologías que alega padecer y que le generaron diversas incapacidades, según su dicho. Afirma que no tiene obligación alguna con la actora pues la única beneficiaria de los servicios que pudo prestar fue la sociedad SALGADO MELÉNDEZ Y ASOCIADOS INGENIEROS CONSULTORES S.A., por lo que no se dan los presupuestos del artículo 34 del C.S.T. para que sea declarada solidariamente responsable, y que las relaciones contractuales surgidas a partir del contrato MA -0016761, se rigen bajos las normas del derecho privado. Formuló como excepción previa la de *falta de competencia por no presentar la reclamación administrativa*, y de

Exp. 02 2018 00399 01

Sandra Emilia Sosa Quintero contra Salgado Meléndez y Asociados Ingenieros Consultores S.A. y otro.

fondo las que denominó *falta de causa e inexistencia de la obligación respecto de ECOPETROL, prescripción, buena fe y la genérica* (ver contestación folios 233 a 258, archivo 01 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Dentro del término de traslado, ECOPETROL llamó en garantía a la COMPAÑÍA MUNDIAL DE SEGUROS S.A. (folios 306 a 309 ibídem). El llamamiento fue admitido por auto del 27 de agosto de 2019 (folios 392 y 393 ibídem).

Enterada de la demanda y corrido el traslado legal, la COMPAÑÍA MUNDIAL DE SEGUROS S.A. la contestó por intermedio de apoderado judicial. Se opuso a las pretensiones de la demanda y propuso como excepciones de mérito las que denominó *inexistencia de vínculo laboral entre ECOPETROL S.A. y la demandante, inexistencia de solidaridad de que trata el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo, terminación del contrato por terminación de la obra o labor contratada, ausencia de los presupuestos establecidos en la Ley 361 de 1997 para gozar de una estabilidad laboral reforzada, ausencia de demostración de mala fe en el no pago oportuno de la liquidación, pago y cobro de lo no debido*. Se opuso también al llamamiento en garantía y la posibilidad de ser condenada a pagar los valores solicitados por una eventual solidaridad de ECOPETROL con SALGADO MELÉNDEZ Y ASOCIADOS INGENIEROS CONSULTORES, pues a la luz del contrato de seguro, no hay lugar a que la aseguradora responda, y se deben tener en cuenta las exclusiones del riesgo amparado y los límites del monto asegurado. Para tal efecto propuso como excepciones las que tituló *independencia de la relación entre aseguradora y asegurado frente a la relación entre demandante y asegurado, ausencia de configuración del siniestro, límite del valor asegurado y la genérica* (ver

Exp. 02 2018 00399 01

Sandra Emilia Sosa Quintero contra Salgado Meléndez y Asociados Ingenieros Consultores S.A. y otro.

contestación folios 405 a 426 del archivo 01 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Oportunamente la COMPAÑÍA MUNDIAL DE SEGUROS S.A., llamó también en garantía a la demandada sociedad SALGADO MELÉNDEZ Y ASOCIADOS INGENIEROS CONSULTORES S.A. (folios 427 a 432), el cual se admitió por auto del 10 de marzo de 2021 (archivo 02 del expediente digital, trámite de primera instancia). SALGADO MELÉNDEZ se opuso a dicho llamamiento en similares términos a los expresados en la contestación de la demanda, y presentó como excepciones la de buena fe, *insuficiencia para demandar el llamamiento* y la genérica (ver archivo 04 del expediente digital, trámite de primera instancia).

En la audiencia celebrada el 25 de octubre de 2022, la juez declaró probada la excepción previa de *falta de competencia frente a la demandada ECOPETROL S.A. por falta de agotamiento de la reclamación administrativa*, y como consecuencia de ello, desvinculó a esa entidad del trámite, así como a la COMPAÑÍA MUNDIAL DE SEGUROS S.A. quien había sido llamada en garantía por parte de ECOPETROL S.A. (audiencia virtual, archivo 07 del expediente digital, récord 21:34).

Terminó la primera instancia con sentencia del 8 de noviembre de 2022, a través de la cual la Juez Segunda (2ª) Laboral del Circuito de Bogotá ABSOLVIÓ a la demandada de las pretensiones incoadas en su contra. Para tomar su decisión, consideró que la demandante no era beneficiaria de la protección especial que reclama, como quiera que para el momento en que finalizó el contrato de trabajo no se encontraba incapacitada ni había sido calificada con alguna pérdida de capacidad laboral, aunado a que la

Exp. 02 2018 00399 01

Sandra Emilia Sosa Quintero contra Salgado Meléndez y Asociados Ingenieros Consultores S.A. y otro.

terminación del vínculo obedeció a una causa objetiva como fue la finalización de la obra o la labor contratada. Atendiendo a esta última razón, negó también el pago de la indemnización por despido sin justa causa. Negó el pago de la sanción moratoria por no encontrar suma alguna que se adeudara a la trabajadora para el momento en que terminó la relación laboral.

La parte resolutive de esta providencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: ABSOLVER a la demanda SALGADO MELÉNDEZ Y ASOCIADOS, INGENIEROS CONSULTORES S.A. de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por la señora SANDRA EMILIA SOSA QUINTERO conforme a lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia. SEGUNDO: DECLARAR las excepciones (sic) de ausencia de presupuestos legales para que proceda la estabilidad laboral reforzada y carencia absoluta del nexo causal entre la terminación del contrato y el estado de salud de la demandante propuestas por la demanda. TERCERO: CONDENAR en COSTAS a la demandante, entre las que se incluirá por concepto de agencias en derecho la suma de \$200.000 pesos. CUARTO: En caso de no ser apelada la presente decisión, consúltese con el superior”* (Audiencia virtual, archivo 09 del expediente digital, trámite de primera instancia, récord 28:09).

RECURSO DE APELACIÓN

En el recurso de apelación, el apoderado de la demandante afirma que la obra no había terminado, y en la carta de despido se dejó consignado que el contrato terminaría a partir del 20 de junio de 2015, fecha en que finalizaría la incapacidad que aparecía registrada en el sistema y no el 1 de julio de ese mismo año como se quiso hacer ver, sin dejar consignado como causa la

Exp. 02 2018 00399 01

Sandra Emilia Sosa Quintero contra Salgado Meléndez y Asociados Ingenieros Consultores S.A. y otro.

terminación de la obra como lo estimó la sentencia, siendo esta una interpretación que le era vedada a la juez. Asevera que no es requisito indispensable para la estabilidad reforzada que existiera una *incapacidad*, pues podía haber otras circunstancias de *inferioridad* que deben ser valoradas a partir de la prueba recopilada¹ (Audiencia virtual, archivo 09 del expediente digital, trámite de primera instancia, récord 29:30).

¹ “Si señora muy respetuosamente interpongo el recurso de alzada denominado apelación con base en las siguientes y breves consideraciones. Conocido es que uno de los presupuestos para la terminación del contrato de trabajo es que se debe de ser concreto, se debe especificar cuál es la causal y la causal si nosotros releemos la carta que se le hizo a la señora Sandra Emilia Sosa Quintero esto es, la carta de despido del día 18 de junio del año 2015, la empresa demandada Meléndez y Asociados a través de la persona de recursos humanos manifestó “nos permitimos informarle que su contrato de trabajo terminará el próximo 20 de junio del 2015 una vez termine la última incapacidad médica que aparece en nuestro registro”. Fijémonos su señoría, que al parecer por error involuntario su despacho no está apreciando de manera coherente la causa por la cual se dio por terminado el contrato laboral, la terminación de la obra, démonos cuenta que ha debido de manifestarse acá, por qué la labor había terminado, eso no se dijo en la carta de terminación, razón por la cual su señoría no puede forjar de manera arbitraria e injusta que el contrato, en efecto según las otras pruebas se llevó a cabo con la terminación específica en el mes de enero del año 2015, 28 de enero, como lo señala su despacho. La norma laboral y el derecho laboral si bien es cierto ha sido laxo en algunos sentidos, pues de vieja data se ha mencionado y se ha exigido que el empleador debe ser concreto en la terminación del contrato Meléndez y Asociados dijo que una vez termine la última incapacidad no mencionó que es que porque el contrato se había terminado a su señoría, no, le está vedado esa interpretación de la causa por la cual se terminó el contrato de trabajo que estaba diciendo era que se daba al momento de terminación, la incapacidad aquí no se dijo, que cuando se terminara el contrato que se había realizado con ocasión de las obras que se tenían que hacer en el medio magdalena no se dijo tampoco en esa carta de manera específica que se daba el contrato porque había llegado al 95% eso no se dijo cómo no se dijo, se pudo entonces haber establecido que el contrato también había quedado renovado pero mire, la mala fe de estos señores de Meléndez y Asociados e Ingenieros, hacen coincidir cuando dicen en la carta que es la prueba reina que el contrato lo terminaron, se terminaría el 20 de junio del 2015, al 22 de junio ella tenía una incapacidad, por eso se la renovaron del 22 de junio, al 1 de julio, es decir, la estaban despidiendo en unas condiciones de desamparadas en unas condiciones de desigualdad y en unas condiciones, obviamente que no se habían fijado en el contrato pero tan de mala fe es que lo dicen en los alegatos de conclusión, su señoría es que Meléndez Asociados, cuando se da cuenta que le terminan el contrato al 22 de junio y que está en incapacidad la señora Sandra Emilia Sosa Quintero, entonces lo acomoda y acomoda el contrato diciendo que la terminación se da el 1 de julio del año 2015, no el contrato que había estado ya había sido terminado, entonces démonos cuenta como esa mala fe de estos señores ingenieros salta a la vista para poder determinar que de una u otra manera no sabemos qué pasó con el contrato, si se renovó porque por las causales que se mencionan en la cláusula décima segunda pues no hay no

Exp. 02 2018 00399 01

Sandra Emilia Sosa Quintero contra Salgado Meléndez y Asociados Ingenieros Consultores S.A. y otro.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

No fue objeto de controversia en esta instancia que el 16 de septiembre de 2014 la demandante y SALGADO MELÉNDEZ ASOCIADOS INGENIEROS CONSULTORES S.A. suscribieron un contrato de trabajo de duración definida por la obra o labor, en el que la actora se desempeñó como SUPERVISOR

hay, no está ninguna no se dijo en la terminación del contrato que era porque se había llegado al 95% de la ejecución del contrato con Ecopetrol en el Magdalena medio tampoco se mencionó ni se concretó que su terminación había sido el 22, es decir, que cuando a ella la despiden, efectivamente se encontraba en incapacidad. Si bien es cierto, la señora jueza ha traído a colación varias jurisprudencias, no lo es menos cierto que también como no solicita o lo da a entender que sea requisito indispensable la incapacidad, pues pueden haber otras circunstancias de inferioridad laboral en contra del trabajador, pues si bien es cierto la señora Sandra Emilia no contaba con esta incapacidad, se queda al criterio del operador judicial se queda el criterio de esta de establecer efectivamente qué fue lo que pasó. En mi sentir, honorable juez, esta sentencia debe ser revisada por fortuna estamos en un estado social de derecho que nos permite la segunda instancia y pues de eso es que se trata la apelación a efecto de que los honorables magistrados revisen y como dice un adagio popular excúseme su señoría sin tratar de menoscabar su apreciado fallo, pues dicen que 6 ojos ven más que 2. En la segunda instancia los honorables magistrados, que son 3, pues nos irán a revisar efectivamente lo sucedido y de acuerdo a las varias jurisprudencias que ha traído a colación su despacho, hay un criterio intermedio ahí, hay una vía también para proteger al trabajador cuando es despedido estando en incapacidad, aquí la situación es que estaba en incapacidad y estaba en un estado obviamente de inferioridad frente al empleador, el empleador acomodó el despido le hace la carta a su señoría el 18 de junio del 2015 y le dice su contrato termina, es un doctora es muy claro, ahí está el 20 de junio del 2015, pero Meléndez y Asociados, no tan fácil acomodémoslo aquí porque si la despido el 20 se dio cuenta que a lunes 22 tenía incapacidad y después viene una incapacidad del 22 de junio al primero de julio y le fue facilitó acomodarlo para despedirla el 1 de julio del año 2015, razón por la cual las pretensiones sí deben estar y deben tener éxito y rechazarse desde luego, las excepciones planteadas por el extremo demandado. Se trajo a colación varios testigos, efectivamente en un principio podríamos decir que de oídas, pero recuérdese que también hay varias jurisprudencias por parte de nuestras Cortes domésticas laborales en este país pues que de una u otra forma de dan o permiten o protegen, que un trabajador no puede ser despedido estando en incapacidad ese es el reclamo que se hace por parte de este togado a efecto de que la segunda instancia lo revise, lo analice, lo coteje con las pruebas testimoniales que igualmente la jurisprudencia también nos ha permitido que en materia laboral los testigos de oídas tienen una relevancia muy importante, pero no menor que la prueba documental que efectivamente se trajo a colación en este plenario. Por esa circunstancia su señoría, el fallo debe ser revisado y debe ser revocado por los honorables magistrados del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá Sala Laboral muchas gracias, señora jueza.”

HSE, hecho que encuentra prueba -además- en los documentos que reposan en el expediente (ver folios 20 a 23 y 28, archivo 01 del expediente digital, trámite de primera instancia).

En consonancia con el recurso de apelación (artículo 66-A del CPTSS), el Tribunal debe definir si la demandante tiene o no derecho a la estabilidad reforzada que regula la Ley 361 de 1997, y si procede el pago de la indemnización del artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

Para resolver lo que corresponde, el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 prohíbe la terminación del contrato de trabajo cuando tenga origen en una limitación en la capacidad del trabajador, salvo que medie autorización de la oficina del Trabajo. La norma sanciona la inobservancia de esta última formalidad con el pago a título de indemnización de 180 días de salario, sin perjuicio de las demás prestaciones e indemnizaciones a las que hubiere lugar.

Sin embargo, al estudiar su contenido, la Corte Constitucional definió con efectos de cosa juzgada, que el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 se ajusta al ordenamiento jurídico siempre y cuando se entienda que el despido del trabajador o la terminación del contrato de trabajo por una limitación física o psíquica y sin autorización de la oficina de Trabajo carece de efecto jurídico y, en consecuencia, también da lugar al reintegro del trabajador. A juicio de esa Corporación, la simple indemnización pecuniaria que tasó la referida Ley no garantiza la estabilidad laboral que el ordenamiento jurídico otorga a los trabajadores que padecen limitaciones en su capacidad para laborar².

² CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-531 de 2000. M.P. Álvaro Tafur Galvis.

Exp. 02 2018 00399 01

Sandra Emilia Sosa Quintero contra Salgado Meléndez y Asociados Ingenieros Consultores S.A. y otro.

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

Dispuso así la Corte Suprema de Justicia los parámetros objetivos que permiten a los jueces dilucidar, en casos concretos, cuáles personas son objeto de la protección especial de la Ley, asumiendo que no toda afectación en la salud del trabajador, ni toda limitación de su capacidad de trabajo, generan una dificultad cierta para la reinserción en el sistema competitivo laboral que es el objeto protegido por la Ley 361 de 1997. Estos criterios fueron ratificados por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL572-2021 M.P. LUIS BENEDICTO HERRERA DÍAZ, a cuyo contenido nos remitimos.

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

Exp. 02 2018 00399 01

Sandra Emilia Sosa Quintero contra Salgado Meléndez y Asociados Ingenieros Consultores S.A. y otro.

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

Este último requisito se presume ocurrido cuando se demuestra que el empleador conocía la pérdida de capacidad en el porcentaje que dispuso la Corte, o conocía de una situación de debilidad manifiesta en el trabajador. Tal presunción se puede desvirtuar por el empleador, si aporta prueba que demuestre la existencia de otras causas eficientes de terminación del contrato de trabajo³.

Con estas reglas normativas y de interpretación, y revisado el expediente, el Tribunal confirmará la decisión de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda, pues no existe certeza judicial de una reducción en la capacidad laboral de la demandante en el porcentaje definido por la Sala Laboral de la Corte (superior al 15%), ni de una situación de debilidad manifiesta para la fecha de terminación del contrato de trabajo. No operó en consecuencia la presunción de despido discriminatorio. Y de todas formas, frente a cualquier interpretación contraria, esta Sala del Tribunal encuentra probado que la relación terminó por finalización de la obra o la labor para la cual fue contratada la demandante, lo que constituye una causal objetiva de

³ La presunción de despido discriminatorio a la que se refiere la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, como todas las presunciones contempladas en el ordenamiento jurídico, exige de la parte que pretende beneficiarse de ella la prueba de los hechos que la generan, para el caso: la prueba de que existía una limitación cierta en la capacidad de trabajo y que ella era conocida por el empleador

Exp. 02 2018 00399 01

Sandra Emilia Sosa Quintero contra Salgado Meléndez y Asociados Ingenieros Consultores S.A. y otro.

terminación del vínculo, y no por causa o con ocasión en la situación de salud de la demandante.

Al respecto, se advierte que las partes suscribieron el 16 de septiembre de 2014 el contrato de trabajo No. 870-247 en el que se estableció como *duración obra o labor contratada*, el “95% DE LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO No. MA-000000327 *“Construcción de la línea de transporte de hidrocarburos desde la planta de Sincé en el Km 48 al KM25+559, a cargo del proyecto Magdalena medio a 100KBPD de la Sociedad Cenit Transporte y Logística de hidrocarburos S.A.S.” Según avance semanal certificado por SMAS.A. dentro de las labores propias de la Gestoría Técnica contratada por ECOPETROL con SMA según el contrato MA-00016761”*” (folios 20 a 23, archivo 01 del expediente digital, trámite de primera instancia); y el contrato al que allí se hace referencia (MA-8000000327), terminó el 28 de enero de 2015, según se advierte del acta de finalización suscrita por ECOPETROL, en calidad de contratante, TRABAJOS INDUSTRIALES Y MECÁNICOS C.A. -TRIME C.A., como contratista, y SALGADO MELÉNDEZ INGENIEROS CONSULTORES S.A. SMA, como Gestor Técnico (folios 200 a 202, archivo 01 del expediente digital, trámite de primera instancia) en el que se dieron por finalizadas las actividades correspondientes al objeto del contrato y se dejó constancia que las mismas *fueron recibidos a satisfacción al 100% de ejecución*.

Lo anterior da cuenta entonces que la ejecución al 95% de ese contrato, que fue a lo que se supeditó la duración de la relación laboral con la demandante, había ocurrido incluso en una fecha anterior a la establecida en el acta de finalización -de la cual no se tiene certeza-, pero que conllevó en todo caso a que al menos el 28 de enero de 2015 se extinguiera el contrato de trabajo por sustracción de materia sin que para ello fuera necesario un aviso a la

Exp. 02 2018 00399 01

Sandra Emilia Sosa Quintero contra Salgado Meléndez y Asociados Ingenieros Consultores S.A. y otro.

trabajadora -aviso que en todo caso la demandante aseguró haber recibido aun cuando dicho documento no se incorporó al expediente⁴-.

La finalización de la labor pactada implica, ipso facto y por sí misma, la terminación del contrato, pues desde el momento en que ocurre cesa la materia que le dio origen, en consecuencia, no podría predicarse estabilidad laboral frente a una materia de trabajo inexistente. Así lo estableció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 3520 de 2018⁵.

⁴ Si bien es cierto la comunicación de terminación del contrato de trabajo se enlistó como prueba en la demanda, la misma no se incorporó a las diligencias. No se avizora en el expediente digital y tampoco se encontró en el expediente físico.

⁵ En dicha sentencia dijo la Corte: “(...) En tal dirección, en reciente sentencia CSJ SL1360-2018 esta Sala precisó que el precepto citado es una garantía legal de los trabajadores con discapacidad, orientada a garantizar su estabilidad laboral frente a despidos discriminatorios, la cual no opera cuando la terminación del vínculo laboral se soporta en un principio de razón objetiva. En lo pertinente, allí se señaló:

[...] la disposición que protege al trabajador con discapacidad en la fase de la extinción del vínculo laboral tiene la finalidad de salvaguardar su estabilidad frente a comportamientos discriminatorios, léase a aquellos que tienen como propósito o efecto su exclusión del empleo fundado en su deficiencia física, sensorial o mental. Esto, en oposición, significa que las decisiones motivadas en un principio de razón objetiva son legítimas en orden a dar por concluida la relación de trabajo.

*Lo que atrás se afirma deriva del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, pues, claramente, en ese precepto no se prohíbe el despido del trabajador en situación de discapacidad, lo que se sanciona es que tal acto esté precedido de un criterio discriminatorio. Nótese que allí se dispone que «ninguna persona limitada podrá ser despedida o su contrato terminado **por razón de su limitación**», lo que, contrario sensu, quiere decir que, si el motivo no es su estado biológico, fisiológico o psíquico, el resguardo no opera.*

Lo anterior significa que la invocación de una justa causa legal excluye, de suyo, que la ruptura del vínculo laboral esté basada en el prejuicio de la discapacidad del trabajador. Aquí, a criterio de la Sala no es obligatorio acudir al inspector del trabajo, pues, se repite, quien alega una justa causa de despido enerva la presunción discriminatoria; es decir, se soporta en una razón objetiva.

[...] Es en tal dirección que, a juicio de la Sala, debe ser comprendida la protección especial del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, pues resulta ilógico prohibir el despido del trabajador

Exp. 02 2018 00399 01

Sandra Emilia Sosa Quintero contra Salgado Meléndez y Asociados Ingenieros Consultores S.A. y otro.

En el caso bajo estudio, si bien la sociedad demandada mantuvo vigente el vínculo con la actora hasta el 1 de julio de 2015 (según se observa de la certificación laboral de folio 28), ello obedeció a que para el momento en que se terminó la obra o labor contratada la demandante estaba en una licencia por incapacidad por enfermedad general (desde el 7 de enero de 2015, folio 78, la que se prorrogó precisamente hasta el 1 de julio de 2015 según se observa a folios 66 a 78 -archivo 01 del expediente digital, trámite de primera instancia). Así lo afirmaron la sociedad demandada⁶ y la propia demandante al absolver su interrogatorio, diligencia en la que precisó que, con posterioridad a dicha fecha, no le fue otorgada incapacidad alguna y que la demandada le pagó todas las acreencias causadas hasta esa calenda⁷.

Con ello, lejos de actuar en contravía de algún derecho de la demandante, lo que buscó la sociedad demandada, como empleador, fue precisamente garantizar las prestaciones a cargo del Sistema General de Seguridad Social en Salud a favor de la trabajadora, hasta que alcanzó su recuperación. No sobra precisar que mientras estuvieron vigentes las incapacidades no hubo *prestación personal de servicios* en favor de SALGADO MELÉNDEZ

«por razón de su limitación» y al tiempo vedarlo cuando este fundado en un motivo ajeno a su situación. Si, la sanción tiene como propósito disuadir despidos motivados en el estereotipo de la condición de discapacidad del trabajador, no debería haberla cuando esté basada en una causa objetiva demostrada.

De acuerdo con las anteriores consideraciones, es dable señalar en relación con los contratos por duración de la obra o labor contratada, que el cumplimiento de su objeto es una razón objetiva de terminación del vínculo laboral. En efecto, la culminación de la obra o la ejecución de las tareas o labores acordadas agotan el objeto del contrato, de tal manera que desde este momento, la materia de trabajo deja de subsistir y, por consiguiente, mal podría predicarse una estabilidad laboral frente a un trabajo inexistente” (Subrayas de la Sala).

⁶ Tanto en la contestación como en el interrogatorio.

⁷ Audiencia virtual del 25 de octubre de 2022, récord 1:01:39.

Exp. 02 2018 00399 01

Sandra Emilia Sosa Quintero contra Salgado Meléndez y Asociados Ingenieros Consultores S.A. y otro.

ASOCIADOS, y de todas formas, considerando la modalidad del contrato celebrado entre las partes, resultaba materialmente imposible considerar que el mismo se renovó, como lo sugiere la recurrente, pues su objeto desapareció.

En conclusión, además de no haberse acreditado que la demandante fuera sujeto de la protección que regula la Ley 361 de 1997, se demostró que la terminación de su contrato de trabajo tuvo origen en una causal objetiva y no en su situación de salud.

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

RESUELVE

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado



LORENZO TORRES BUSSY

Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE

Magistrada

Exp. 02 2018 00399 01

Sandra Emilia Sosa Quintero contra Salgado Meléndez y Asociados Ingenieros Consultores S.A. y otro.

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

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Mo - [illegible]'.

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado

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

Mag. Ponente: Dr. MANEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

**PROCESO ORDINARIO DE FANNY STELLA DUQUE GÓMEZ CONTRA LA
ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES,
LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y
CESANTÍAS PORVENIR S.A. Y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y
CESANTÍAS**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintitrés (2023)

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito como lo dispone el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reúne la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, para resolver el recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES y estudiar en grado jurisdiccional de CONSULTA en su favor, la sentencia dictada el 2 de marzo de 2023 por la Juez Segunda (2ª) Laboral del Circuito de Bogotá. En ella se DECLARÓ la ineficacia del traslado efectuado por la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS).

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, FANNY STELLA DUQUE GÓMEZ presentó demanda contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, para que, mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, se declare la *nulidad* de su traslado del RPM al RAIS ocurrido en enero de 1999, así como los demás traslados ocurridos al interior de este régimen, con fundamento en que al realizar el cambio se omitió la obligación de informar y asesorar con claridad, veracidad y suficiencia acerca de las ventajas y desventajas de su decisión, por lo que se le indujo a error, situación que se repitió en sus posteriores traslados. Como consecuencia de lo anterior pide que se valide la afiliación en el RPM, sin solución de continuidad, y se ordene a PROTECCIÓN S.A. trasladar con destino a COLPENSIONES la totalidad de los valores recibidos en virtud de su afiliación, tales como cotizaciones, *bonos pensionales*, *sumas adicionales del asegurado*, frutos e intereses (ver demanda en archivo 01 folios 2 a 21, trámite de primera instancia del expediente digital).

Admitida la demanda y corrido el traslado correspondiente, fue contestada por la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y

CESANTÍAS PORVENIR S.A. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones dirigidas en su contra, con fundamento en que la vinculación operó de manera, libre, informada y espontánea, sin que se presentaran vicios en el consentimiento, después de haberse brindado amplia asesoría sobre las implicaciones de la afiliación y tratándose de una persona capaz. En todo caso, las características de los regímenes pensionales se encuentran estipuladas legalmente, por lo que son de conocimiento público y era su deber informarse sobre las mismas y el desconocimiento de no es causal de ineficacia, la cual no se encuentra contemplada normativamente para dicha situación. Tampoco se hizo uso del derecho de retracto o de traslado al RPM previo a encontrarse incurso en la prohibición contenida en la Ley 797 de 2003, pese a las múltiples oportunidades que tuvo para el efecto, sin que sea dable alegar su propia culpa en este aspecto. Afirma que no es posible trasladar los gastos de administración, pues se han invertido en generar los rendimientos del capital contenido en la cuenta de ahorro individual de la demandante y en el pago de las primas de seguros previsionales, que han dado cobertura durante su afiliación, sin que exista norma alguna que disponga el traslado de tales dineros, a menos que se respeten las restituciones mutuas, máxime cuando no están destinados a financiar la prestación pensional. Propuso como excepciones de mérito: *prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe* (ver contestación en archivo 06 folios 2 a 26 trámite de primera instancia del expediente digital).

Igualmente contestó la demanda COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS mediante apoderado. Presentó oposición a las pretensiones dirigidas en su contra, en especial a la declaración de nulidad del traslado efectuado a dicha entidad desde otra administradora del mismo régimen y, agregó, que brindó a la demandante una asesoría integral y completa sobre todas las implicaciones de trasladarse dentro del RAIS, las diferencias entre este y el RPM, ventajas y desventajas, bonos pensionales, la posibilidad de efectuar aportes voluntarios y derecho de retracto, como lo refirió al suscribir el formulario correspondiente. Resaltó que los posteriores traslados efectuados dentro del mismo régimen, ratificaron su voluntad de permanecer en éste, lo cual desvirtúa el presunto engaño al que habría sido sometida para realizar el traslado. Expuso que la demandante no es beneficiaria del régimen de transición y no contaba con una expectativa legítima de alcanzar la pensión. Propuso como excepciones de fondo: *inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por COLFONDOS S.A., prescripción de la acción para solicitar nulidad del traslado, compensación y pago* (ver contestación en archivo 11 folios 2 a 18 trámite de primera instancia del expediente digital). Igualmente contestó la demanda la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES mediante apoderada, también contestó la

demandada. Se opuso a la prosperidad de todas las pretensiones propuestas, con fundamento en que la demandante se encuentra válidamente afiliada al RAIS al suscribir de manera voluntaria, consciente y sin presiones el formulario de afiliación a COLFONDOS S.A., decisión ratificada por los posteriores traslados, sin que la información que echa de menos fuera exigible a las AFP antes del año 2014. Agregó que la demandante se encuentra incurso en la prohibición de traslado contenida en la Ley 797 de 2003. Propuso como excepciones de fondo: *errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del código civil, descapitalización del sistema pensional, prescripción de la acción laboral, caducidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público* (ver contestación en archivo 07 folios 3 a 44 trámite de primera instancia del expediente digital).

Terminó la primera instancia con sentencia de 2 de marzo de 2023, mediante la cual la Juez Segunda (2ª) Laboral del Circuito de Bogotá DECLARÓ la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS). Para tomar su decisión, la Juez aplicó la línea jurisprudencial trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y concluyó que no se probó haber brindado información suficiente sobre las particularidades y diferencias entre el RAIS y el RPM para entender que la demandante tomó una decisión libre, consiente y voluntaria al momento de su

traslado de régimen pensional, sin que para ello resulte suficiente la suscripción del formulario de afiliación. No evidenció confesión alguna al respecto en el interrogatorio de parte al demandante. Señaló que la acción es imprescriptible dada su estrecha relación con el derecho pensional.

La parte resolutive de dicha providencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA DEL TRASLADO que realizó la señora FANNY STELLA DUQUE GÓMEZ, identificado(a) con CC. 51.722.975, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., el día 27 de enero de 1999 y el posterior traslado horizontal realizado a COLFONDOS SA PENSIONES Y CESANTÍAS, el día 10 de mayo de 2002, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva del presente proveído. SEGUNDO: CONDENAR a COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS, a devolver dentro de los cuarenta y cinco (45) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante FANNY STELLA DUQUE GÓMEZ identificado(a) con CC. 51.722.975, como cotizaciones, bonos pensionales, con los rendimientos causados, los gastos de administración y sumas adicionales de la aseguradora, sin lugar a descuento alguno o deterioros sufridos por el bien administrado. TERCERO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA*

COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a aceptar dichos valores, y tener como válida la afiliación de fecha 26 de febrero de 1991, por lo que deberá incluir en las bases de datos y sistemas de información la historia laboral y demás información necesaria para la obtención de su pensión a futuro de la señora FANNY STELLA DUQUE GÓMEZ, identificado(a) con CC. 51.722.975, en el régimen de prima media con prestación definida una vez se encuentre ejecutoriado el presente fallo. CUARTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas por las demandadas. QUINTO: CONDENAR en costas a la parte accionada la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS y a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, dentro de las que deberá incluirse por concepto de agencias en derecho la suma equivalente a medio (1/2) SMLMV, a cargo de éstas. SEXTO: Si no fuere apelado el presente fallo, CONSÚLTESE con el Superior.” (Audiencia virtual del 2 de marzo de 2023 – archivo 15 Hora 1:29:22).

RECURSO DE APELACIÓN

En el recurso de COLPENSIONES, su apoderada afirma que no es procedente decretar la ineficacia del traslado de régimen pensional como quiera que se cumplieron los requisitos previstos para la época del traslado, además con los actos de relacionamiento ratificó la voluntad de permanecer en el RAIS. Afirma

que del interrogatorio se desprende que la motivación del traslado es el monto de la mesada. (Audiencia virtual del 3 de mayo de 2021 – archivo 08 Hora 1:15:47).

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Para resolver la controversia, el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 –modificado por el art. 2º de la Ley 797 de 2003-, dispuso para los afiliados al Sistema General de Pensiones, la posibilidad de escoger libremente uno de los dos regímenes pensionales y el derecho a trasladarse entre uno y otro régimen una vez cada cinco años contados a partir de la selección inicial. Sin embargo, por razones financieras y de estabilidad en el Sistema pensional, las normas limitaron el derecho a trasladarse de régimen cuando al afiliado le falten 10 años o menos para alcanzar la edad de pensión. Solo se conservó el derecho al traslado en cualquier tiempo para los afiliados que tuvieran más de quince (15) años cotizados para la fecha en que entró en vigencia el Sistema de Seguridad Social en Pensiones (1º de abril de 1994).

Sobre la validez constitucional de la restricción temporal del traslado, se pronunció claramente la Corte Constitucional en la sentencia C-1024 de 2004, cuyo contenido reprodujeron en lo pertinente las sentencias SU-062 de 2010 y SU-130 de 2013. Dijo la Corte: *el objetivo perseguido con el señalamiento del período de carencia en la norma acusada, consiste en evitar la*

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

Bajo estos lineamientos normativos, se advierte de las pruebas aportadas que, para la fecha en que se afilió al fondo privado de pensiones, la demandante

tenía 29 años de edad y había cotizado 408,86 semanas¹, para la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994) tenía menos de 15 años de cotizaciones al Sistema (tenía 3,34 años)², y para la fecha de presentación de la demanda le faltaban menos de 10 años para cumplir la edad de pensión (tenía 57 años – ver archivo 01 folios 23).

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

Sin embargo, y al margen del criterio que tiene el magistrado ponente y que ha expresado en diferentes providencias dictadas en el pasado, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estableció un precedente al que

¹ Ver resumen de historia laboral– archivo 07 folio 67-71.

² *Ibidem*.

asignó el carácter de obligatorio acatamiento para toda la jurisdicción ³, ⁴, según el cual, se debe declarar la ineficacia del traslado cuando ocurran las circunstancias que definen las sentencias STL3382-2020, STL1452-2020 y STL3187-2020 (entre otras).

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

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

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

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

que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión”. En este sentido: (i) “El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación, en este caso, en el de afiliación a otro Fondo, es insuficiente para afirmar que existió un consentimiento informado «entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias». Además –dice la Corte- (ii) “Si se arguye que a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. Tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo”; (iii) ello aplica para todos los afiliados al Sistema de Pensiones sin que importe que para el momento de la vinculación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad no se vislumbraran consecuencias negativas por no tener el afiliado una expectativa pensional cercana o la pérdida del régimen de transición, pues: “Ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información” (Sentencia SL1688-2019 de 8 mayo de 2019, rad. 68838); y, -dice la Corte- (iv) la

ineficacia del traslado de régimen pensional no es subsanable *“en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos”*, y la acción para el efecto es imprescriptible *“en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, pues, se reitera, forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social”* (Ver SL 1689 de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

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

En palabras de la Sala Laboral de la Corte Suprema, el deber de brindar información *“debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos*

y efectos negativos de esa decisión”. Ello que no se confesó en el interrogatorio de parte que rindió la demandante, por el contrario, indicó que para la época del traslado COLFONDOS S.A. únicamente le informó que el ISS iba a desaparecer por problemas presupuestales y su mejor alternativa era trasladarse a un fondo privado, que le garantizaba una pensión sin cumplir el requisito de edad del fondo público. Dice que no se le suministró información sobre los requisitos para acceder al derecho pensional en ambos regímenes pensionales, ni sobre las modalidades de pensión en el RAIS, ni de la posibilidad de efectuar aportes voluntarios. En ninguno de los traslados recibió una información completa y oportuna respecto a las condiciones, las características, las ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales. (Audiencia virtual del 2 de marzo 2023 – archivo 03 Min. 18:55).

Cabe advertir que en las conclusiones de la Corte Suprema de Justicia la ineficacia no es subsanable *“en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos”* (SL 1688 de 2019), y por ello no es posible entender como *“saneamiento”* o *ratificación* de la afiliación la permanencia o los posteriores traslados de la actora al interior del RAIS.

También se confirmará la decisión de primera instancia que dispuso a cargo de PORVENIR S.A., la devolución de los valores de la cuenta de ahorro individual con solidaridad del demandante incluyendo cotizaciones y rendimientos, así como a cargo de ésta y de COLFONDOS S.A. devolver las

sumas descontadas a título de gastos de administración y comisiones, los costos de las primas de seguros previsionales y los aportes realizados al fondo de Garantía de pensión mínima, debidamente indexados a COLPENSIONES, sin que sea posible deducir suma alguna por cualquier causa (Sentencias SL1421 del 10 de abril de 2019 y SL4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA). La declaración de ineficacia –a juicio de la Corte- obliga a los fondos privados a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, *“pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES”* (SL 4360 del 9 de octubre de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO), y por ello no opera el fenómeno prescriptivo sobre dichos valores. Dicha orden incluye la devolución las primas de las aseguradoras y de los seguros de invalidez y sobrevivientes (es decir, los previsionales) conforme a lo establecido en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993⁵.

Conociendo en consulta a favor de COLPENSIONES y en respuesta a la apelación presentada por su apoderado, el Tribunal adicionará la decisión de primera instancia para declarar que bien puede dicha entidad obtener, por las

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

vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se llegaren a causar en caso de asumir la obligación pensional de la demandante, en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en las omisiones en las que incurrieron los fondos privados de pensiones.

COSTAS en la apelación a cargo de COLPENSIONES.

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

RESUELVE

1. **ADICIONAR** la sentencia de primera instancia para **DECLARAR** que bien puede COLPENSIONES obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le causen en el evento de asumir la obligación pensional a favor de la parte demandante, en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, conforme a la parte motiva.
2. **CONFIRMARLA** en todo lo demás.
3. **COSTAS** en la apelación a cargo de COLPENSIONES.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

EXP. 02 2021 00124 01

FANNY STELLA DUQUE GÓMEZ Vs ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES y Otras

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado



LORENZO TORRES RUSSY

Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE

Magistrada

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



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado

Exp. 03 2017 00261 03

Juan Armando Madriñan Romanch Vs Tracker VSR Group SAS y otros.

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO.

**PROCESO ORDINARIO DE JUAN ARMANDO MADRIÑAN ROMANACH
CONTRA INSTALACIONES ET S.A., VRS DE COLOMBIA S.A. EN
LIQUIDACIÓN, CELLTRACH L.T.D.A., TRACKER VSR GROUP S.A.S.,
TRACKER DE COLOMBIA S.A.S., INVESTIGACIÓN Y TECNOLOGÍA
S.A.S. y HEREDEROS DETERMINADOS E INDETERMINADOS DE
SANTIAGO LEYVA DURAN.**

Bogotá D. C., treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintitrés (2023).

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito, como lo dispone el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reúne la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, para resolver los recursos de apelación interpuestos por ambas partes, contra la sentencia dictada el 29 de marzo de 2022 por el Juez Tercero (3o) Laboral del Circuito de Bogotá. En ella se declaró la existencia de dos contratos de trabajo *coexistentes* entre el demandante y las demandadas CELLTRACK LTDA y TRACKER VSR GROUP S.A.S., probada la excepción de prescripción respecto de esta última y de los herederos determinados e indeterminados de SANTIAGO LEYVA DURÁN y parcialmente probado este medio exceptivo respecto de TRACKER VSR GROUP S.A.S. Además, se CONDENÓ a TRACKER VSR GROUP S.A.S. a pagar diferencias por prestaciones sociales, compensación por vacaciones y aportes a seguridad social en pensión, así como la indemnización por despido sin justa causa, los intereses moratorios, la indemnización por pago tardío de intereses a las cesantías y la indexación.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, JUAN ARMANDO MADRIÑAN ROMANACH presentó demanda contra las sociedades INSTALACIONES ET S.A., VRS DE COLOMBIA S.A. EN LIQUIDACIÓN, CELLTRACK L.T.D.A., TRACKER VRS GROUP S.A.S., TRACKER DE COLOMBIA S.A.S., INVESTIGACIÓN Y TECNOLOGÍA S.A.S y los HEREDEROS DETERMINADOS E INDETERMINADOS DE SANTIAGO LEYVA DURÁN, para que mediante los trámites de un proceso ordinario laboral (i) se declare la existencia de un contrato de trabajo verbal a término indefinido con la sociedad TRACKER VSR GROUP S.A.S. del 5 de enero de 1998 al 4 de julio de 2014 que terminó por causa imputable al empleador, en virtud del cual devengaba un salario ordinario de 3.290 USD; y que los *bonos Sodexo* cancelados mensualmente en cuantía de \$1.222.000, los *bonos* otorgados para los periodos 2010 a 2012, 2013, 2014 en cuantía de 300.000 USD, 120.000 USD y 62.000 USD respectivamente, y los viáticos permanentes, constituyen factor salarial. En consecuencia, pide que se condene a esa sociedad, y solidariamente a las demás demandadas, a reliquidar las prestaciones sociales y los aportes a seguridad social causados entre el 2011 y el 2014, así como las vacaciones desde el 2010, y a pagar 71.290 USD que se adeudan por *saldo pendiente de los bonos de 2010 a 2012*, 120.000 USD por el bono de 2013, y 62.000 USD por el bono de 2014, junto con la indemnización moratoria prevista en el artículo 65 del C.S.T, la sanción por no consignación *completa* de las cesantías y por no pago de los intereses a las cesantías, y la indemnización por despido sin justa causa; (ii) se declare que el anterior vínculo laboral fue coexistente con el contrato de trabajo a término indefinido celebrado con CELLTRACK LTDA., el cual tuvo vigencia entre el 1 de febrero de 2003 y el 4 de julio de 2014 y terminó también por causas imputables al empleador. En consecuencia, pide que se condene a esta sociedad y solidariamente a

SANTIAGO LEYVA DURÁN (Q.E.P.D) a pagar la indemnización por despido sin justa causa prevista en el artículo 64 del C.S.T., la sanción moratoria, y la sanción por no consignación de las cesantías regulada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990.

Como fundamento de sus pretensiones, afirma que el 5 de enero de 1998 celebró contrato verbal de prestación de servicios con la sociedad INSTALACIONES E.T. S.A., para desempeñarse como Gerente Técnico. El 1 de diciembre de 1998 y sin que existiera solución de continuidad o variación sustancial en sus funciones, fue contratado por esa misma empresa a través de un contrato de trabajo verbal a término indefinido para ocupar el mismo cargo, fecha para la cual venía encargándose de la operación de la compañía en Venezuela y de gestionar los permisos de operación y el montaje de la infraestructura. Asegura que SANTIAGO LEYVA (Q.E.P.D.) le asignó la función de *crear* la empresa en Brasil, por lo que entre 1999 y 2011 debió trasladarse a ese país con el fin de adelantar actividades relacionadas con ese propósito. Afirma que el 29 de diciembre de 2000, Germán Meneses -representante legal suplente de INSTALACIONES E.T.- le solicitó verbalmente renunciar a su cargo, por lo que en esa misma fecha presentó la carta de renuncia correspondiente la cual fue aceptada con efectividad a partir del 1 de enero de 2001, fecha en la que fue vinculado formalmente como trabajador por VSR COLOMBIA S.A. para desempeñarse como *Subgerente General*, sociedad de la cual el mismo Germán Meneses era Representante Legal. Indica que dentro de sus funciones se encontraba la supervisión de la operación de la compañía en Venezuela, el arranque de la operación en Costa Rica, y el inicio de la segunda línea de negocio del Grupo: el monitoreo de vehículos mediante tecnología GPS. Refiere que el 22 de octubre de 2002 fue nombrado *Vicepresidente Internacional y de Gestión Empresarial de la Compañía VSR COLOMBIA S.A.* para supervisar la operación de las compañías del grupo en Venezuela, Costa Rica y

Panamá y apoyar el inicio de la operación en Alemania, y que a partir del 1 de febrero de 2003, por instrucción de Germán Meneses, una parte de su remuneración sería cancelada a través de la nómina de la compañía CELLTRACK LTDA, sociedad que fue constituida el 1 de junio de 2001 para prestar el servicio de monitoreo, vigilancia y seguridad privada de la cual era socio mayoritario el señor SANTIAGO LEYVA DURÁN. Señala que en el año 2004 fue designado *Presidente* de la Compañía TRACKER DO BRASIL LIMITADA, cargo que desempeñó simultáneamente con el de Vicepresidente Internacional de la Compañía VSR COLOMBIA S.A. Refiere que el 21 de mayo de 2004 se constituyó la sociedad TRACKER DE COLOMBIA S.A.S, con el fin de separar la *operación de manejo y supervisión de los negocios en otros países*, razón por la cual los empleados que prestaban los servicios de operación de Colombia en diferentes compañías pasaron a la nómina de esa empresa, entre ellos, él. Menciona que en el 2006 fue nombrado en el cargo de *Presidente Ejecutivo* del Grupo de Empresas, que estaba conformado, principalmente, por VSR COLOMBIA S.A., INVESTIGACIÓN Y TECNOLOGÍA S.A.S., TRACKER DE COLOMBIA S.A.S., CELLTRACK LTDA, TRACKER DO BRASIL LTDA, INSTALACIONES ET S.A., ET DO BRASIL LTDA, VEHICLE SECURITY RESOURCES DE VENEZUELA C.A., TRACKER GUARANI en Paraguay, CELLTRACKER S.A. en Costa Rica, VSR DE COSTA RICA S.A., VSR DE NICARAGUA S.A., TRACKER TELEMÁTICA S.A. en España, WIDER ROOTS TELECOMUNICACIONES S.L. en España, TELEMÁTICA PENINSULAR DE PORTUGAL LTDA., VEHICLE SECURITY RESOURCES (OETERREICH) GMBH en Austria, VEHICLE SECURITY RESOURCES (SCHWEIZ) GMBH en Suiza, VEHICLE SECURITY RESOURCES DEUTSCHLAND GMBH en Alemania, ORB LOCATION KFT en Hungría, VSR HUNGARY BIZTONSAQTECHNIKAIT KFT en Hungría, ARTEMIS TELEMATICS LTD en las Islas Seychelles, DIANA TECHNOLOGIES LTD. en las Islas Seychelles y PENTATRADING LTDA en las Islas Seychelles;

que en el 2009 es designado como *Presidente Corporativo* de ese mismo grupo y en 2010 como Presidente del Grupo de Compañías en Brasil. Refiere que en enero de 2002 ocurrió una sustitución patronal entre VSR COLOMBIA S.A. y TRACKER VSR GROUP S.A.S., por lo que siguió ocupando el mismo cargo y desarrollando las mismas funciones. Sostiene que a finales del 2013 y por instrucciones de SANTIAGO LEYVA, tuvo que *desplazarse de forma regular a Venezuela* para asumir la dirección de VEHICLE SECURITY RESOURCES DE VENEZUELA C.A.; sin embargo, a finales de ese año varias compañías del grupo no estaban realizando el pago en debida forma de acreencias laborales y aportes a seguridad social, por lo que el 1 de julio de 2014 presentó su carta de renuncia motivada a las empresas TRACKER VSR GROUP S.A.S. y CELLTRACK LTDA, la cual le fue aceptada el día 2 de julio de 2014, con efectos a partir del 4 siguiente. Asegura que su último salario con TRACKER VSR GROUP S.A.S fue de \$23.172.934 y con CELLTRACK LTDA de \$4.546.000; que dentro del esquema de compensación le fue cancelada por TRACKER VSR GROUP S.A.S. la suma de \$1.222.000 por concepto de *Sodexo Pass – Vales* y 3.290 USD, que eran pagaderos mensualmente, cifra esta última que, además, recibió desde 1999 y era cancelada por la compañía SECURITY DEVICES TRADING CORPORATION, que hacía parte del grupo de empresas. Asegura que recibió viáticos habituales y bonificaciones que no fueron tenidos en cuenta como factor salarial, y que los bonos correspondientes a las anualidades 2010 a 2014 fueron cancelados parcialmente. Refiere que el 9 de julio de 2014 presentó reclamación ante Liliana Pimentel, *Directora Jurídica del Grupo*, respecto de las inconformidades presentadas con la liquidación y que el 6 de octubre de ese mismo año TRACKER VSR GROUP S.A.S. le pagó las vacaciones adeudadas conforme al salario ordinario y los días efectivamente causados. Señala que en abril de 2015 llegó a un acuerdo para la garantía de pago de los bonos de 2010, 2011 y 2012 consistente en un pago de 10.000 USD mensuales a partir de abril de 2015, más un interés

Exp. 03 2017 00261 03

Juan Armando Madriñan Romanch Vs Tracker VSR Group SAS y otros.

del 0.5% mensual hasta completar el pago de la obligación. Asevera que a la finalización del contrato de trabajo ambos empleadores le adeudaban salarios y prestaciones sociales que sólo fueron pagadas con la liquidación (ver folios 3 a 48 del archivo 01 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Notificada la demanda y corrido el traslado legal, comparecieron TRACKER DE COLOMBIA S.A.S., TRACKER VSR GROUP S.A.S., CELLTRACK LTDA, VSR COLOMBIA S.A. EN LIQUIDACIÓN, a través de apoderado judicial.

TRACKER DE COLOMBIA S.A.S aceptó únicamente el hecho relativo a su constitución, los demás dijo no constarle. Se opuso a las pretensiones de la demanda afirmando que el demandante nunca prestó servicios a esa sociedad, ni se configuraron los elementos de un contrato de trabajo. En su defensa propuso las excepciones de prescripción, inexistencia del contrato de trabajo y buena fe (folios 719 a 735 del archivo 01 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Por su parte, TRACKER VSR GROUP S.A.S. aceptó los hechos relativos a la sustitución patronal que ocurrió entre VSR COLOMBIA S.A. y TRACKER VSR GROUP S.A.S., la presentación de la carta de renuncia *motivada* por parte del demandante y la aceptación de la misma, el pago de la liquidación final efectuada el 8 de julio de 2014, y que pagó los salarios causados entre febrero y junio de 2014 a la finalización del contrato. Los demás los negó o dijo no ser ciertos. Se opuso a las pretensiones de la demanda, con excepción de aquella que procura la existencia del contrato de trabajo entre las partes; para el efecto afirmó que la relación laboral nació el 1 de enero de 2001, que en razón a que con el demandante se acordó una modalidad de salario integral, en moneda nacional, no existía el derecho al pago de

prestaciones sociales, que el pago de los aportes a seguridad social se hizo sobre la base del 70%, que nunca pactó un esquema de comisiones, que pagó la totalidad de vacaciones y salarios causados a favor del demandante a la terminación del vínculo y que la renuncia del actor fue *pura y simple*. Asegura que celebró con el demandante un contrato verbal de trabajo, el cual estuvo vigente entre el 1 de enero de 2001 y el 6 de julio de 2014, en el que se pactó una modalidad de salario integral en los términos del numeral 2 del artículo 132 del C.S.T., acuerdo que no se perfeccionó por escrito, pero que no implicó reclamo alguno por parte del trabajador hoy demandante frente al no pago de prestaciones sociales. Propuso como excepciones: *prescripción, pago y cumplimiento, inexistencia de prestaciones legales, extralegales y comisiones* y buena fe (ver contestación folios 735 a 755 del archivo 001 del expediente digital, trámite de primera instancia).

CELLTRACK LTDA. aceptó los supuestos fácticos que se refieren a que SANTIAGO LEYVA DURÁN (Q.E.P.D) figuraba como socio mayoritario, la presentación de la carta de renuncia ante esa sociedad el 1 de julio de 2014, la muerte del señor LEYVA DURÁN, que el último salario con esa empresa fue de \$4.546.000, que el 8 de julio de 2014 realizó el pago de los salarios causados de febrero a junio de 2014 y de la liquidación final del contrato de trabajo, para la cual, en efecto, no tuvo en cuenta la totalidad de días laborados por el actor (4.116), que el 1 de octubre de 2014 reliquidó el pago de las vacaciones, que no consignó las cesantías de 2013 a un fondo las cuales sólo reconoció a la terminación del contrato. Los demás hechos los negó o dijo no constarle. Se resistió al éxito de las pretensiones, salvo aquella que procura que se declare la existencia de un contrato de trabajo con esa empresa entre el 1 de febrero de 2003 y el 4 de julio de 2014, con fundamento en que, de una parte, no le constan los acuerdos que el demandante celebró con TRACKER VSR GROUP S.A.S., y de otra, que la renuncia del actor fue voluntaria y pagó todas las acreencias laborales a la

terminación del contrato. Advirtió que el demandante es socio de esa demandada, titular de 300 cuotas de interés de las 30.000 que componen la sociedad. Formuló como excepciones de mérito: *prescripción, pago y cumplimiento, y buena fe* (ver folios 914 a 927 del archivo 001 del expediente digital, trámite de primera instancia).

VSR COLOMBIA S.A. EN LIQUIDACIÓN aceptó: que el 1 de enero de 2001 celebró un contrato verbal de trabajo a término indefinido con el demandante, con el fin de que se desempeñara como *Subgerente General*, el cual fue sustituido en enero de 2012 a TRACKER VSR GROUP S.A.S., y la fecha de constitución de TRACKER DE COLOMBIA S.A.S y su objeto. Los demás hechos, dijo no constarle. Se opuso a las pretensiones de la demanda afirmando que el demandante fue su trabajador únicamente entre enero de 2001 y enero de 2012 cuando fue sustituido patronalmente por TRACKER VSR GROUP S.A.S., empresa ésta que al momento de liquidar el contrato de trabajo tuvo como fecha de inicio de labores el 1 de enero de 2001. En su defensa propuso como excepciones de fondo las de prescripción, buena fe y aquella que denominó *sustitución patronal* (ver folios 928 a 948 del archivo 001 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Ante la imposibilidad de notificar personalmente a los herederos determinados de SANTIAGO LEYVA DURÁN, por auto del 14 de mayo de 2019, se les designó curador y se dispuso su emplazamiento. Una vez este tomó posesión el auxiliar de la justicia, contestó la demanda a nombre de los herederos del señor LEYVA DURÁN. No aceptó ni negó ninguno de los hechos, ateniéndose a lo que resulte probado. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones sin explicar las razones de dicha postura y propuso únicamente la excepción de *prescripción* (archivo 006 folios 2 a 8)

Mediante auto del 27 de agosto de 2018 el *a quo* tuvo por no contestada la demanda por parte de INSTALACIONES E.T. S.A, e INVESTIGACIÓN Y

Exp. 03 2017 00261 03

Juan Armando Madriñan Romanch Vs Tracker VSR Group SAS y otros.

TECNOLOGIA SAS (ver folios 876 y 877 del archivo 001 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Terminó la primera instancia con sentencia del 29 de marzo de 2022, mediante la cual el Juzgado Tercero (03) Laboral del Circuito de Bogotá declaró la existencia de dos contratos de trabajo a término indefinido *coexistentes* entre el demandante y las demandadas CELLTRACK LTDA y TRACKER VSR GROUP S.A.S., la primera del 1 de enero de 2001 al 4 de julio de 2014 (en el que operó la sustitución patronal de VSR COLOMBIA S.A. a esa sociedad), y la segunda del 1 de febrero de 2003 al 4 de julio de 2014. Declaró probada la excepción de prescripción respecto de esta última sociedad y de los herederos determinados e indeterminados de SANTIAGO LEYVA DURÁN, y parcialmente probado este medio exceptivo respecto de TRACKER VSR GROUP S.A.S. CONDENÓ a TRACKER VSR GROUP S.A.S. al pago de las diferencias por prestaciones sociales, compensación por vacaciones y aportes a seguridad social en pensión, así como la indemnización por despido sin justa causa, los intereses moratorios, la indemnización por pago tardío de intereses a las cesantías y la indexación, y ABSOLVIÓ a las demás demandadas de las pretensiones incoadas en su contra. Para tomar su decisión el juez estimó, en primer lugar, que no fueron motivo de discusión las relaciones laborales existentes con TRACKER VSR GROUP S.A.S. y CELLTRACK LTDA., pues fueron aceptadas desde la contestación de la demanda, respectivamente, incluyendo lo relativo a la sustitución patronal entre VRS DE COLOMBIA S.A. y TRACKER VRS GROUP S.A.S.; tampoco el último salario devengado por el actor con CELLTRACK LTDA., sin embargo, y aunque el demandante aspiraba que se estableciera que el vínculo laboral con la primera inició en 1998 y no en el 2001, no encontró prueba de la prestación personal del servicio a favor de esa sociedad desde la data indicada, por el contrario, concluyó para esa época (1998 a 2000) y según lo confesó el demandante, este estuvo

vinculado con la sociedad INSTALACIONES ET S.A.-. Además, no encontró acreditados los elementos de una sustitución patronal pues en uno y otro vínculo el demandante ejerció diferente función. Frente a la remuneración determinó (i) que en el contrato celebrado con TRACKER VSR GROUP S.A.S. el demandante devengó un salario ordinario y no uno integral, como lo afirma la demandada, debido a que no se acreditó la existencia de algún pacto escrito en ese sentido como lo exigía el artículo 132 de C.S.T.; (ii) que dentro del salario del actor debían considerarse: el pago habitual (mensual) de bonos *Sodexo Pass* en cuantía de \$1.220.000, a los que le otorgó el carácter de retributivos del servicio, y los *bonos* cancelados en dólares al demandante para las anualidades 2008 a 2012. No incluyó los *viáticos habituales* y la suma de 3.290 USD que el demandante aseguró recibir de manera mensual, pues no halló prueba de su pago. No impuso el pago de los bonos de 2013 y 2014 por 120.000 y 62.000 USD respectivamente porque no se probó deuda alguna por este concepto. Declaró probada la excepción de prescripción respecto de CELLTRACK y de los herederos determinados e indeterminados de SANTIAGO LEYVA (Q.E.P.D.) por cuanto la demanda se les notificó luego de transcurrido el año al que alude el artículo 94 del C.G.P., y parcialmente probada respecto de VSR GROUP S.A.S. pues este extremo procesal sí fue notificado dentro del término referido. Por esa razón, se abstuvo de resolver todas las pretensiones dirigidas contra CELLTRACK. Estableció, con apoyo en los elementos recopilados, que existió un despido indirecto en la relación laboral existente con TRACKER VSR GROUP S.A.S., debido al reiterado incumplimiento por parte del empleador del pago de los salarios adeudados, por lo que impuso el pago de la indemnización por despido sin justa causa. Además, como esa empresa no pagó las prestaciones sociales al demandante (por la convicción de que el salario era integral), ordenó el pago de estos conceptos, teniendo en cuenta la prescripción declarada, y los salarios realmente devengados por el trabajador. Negó la solidaridad

Exp. 03 2017 00261 03

Juan Armando Madriñan Romanch Vs Tracker VSR Group SAS y otros.

perseguida, con fundamento en que ésta tuvo como fundamento la existencia de un grupo empresarial que no fue objeto de reclamo, precisando que esa declaración no le corresponde al juez laboral. Frente a la solidaridad pretendida respecto de los herederos de SANTIAGO LEYVA recordó que operó la prescripción.

La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“ARTÍCULO PRIMERO: DECLARAR que entre el demandante JUAN ARMANDO MADRIÑAN ROMANACH y la demandada TRACKER VSR GROUP S.A.S., existió un contrato de trabajo verbal a término indefinido que inició el 1° de enero del año 2001, en el cual operó el fenómeno de la sustitución patronal, a partir del mes de enero del año 2012 y que finalizó el 4 de julio del año 2014, de conformidad con la parte motiva de esta providencia. ARTÍCULO SEGUNDO: DECLARAR que entre el demandante JUAN ARMANDO MADRIÑAN ROMANACH y la demandada CELLTRACK LTDA, existió un contrato de trabajo verbal a término indefinido que inició el 1° de febrero del año 2003 y finalizó el 4 de julio del año 2014, de conformidad con la parte motiva de esta providencia. ARTÍCULO TERCERO: DECLARAR que en las relaciones de trabajo del demandante JUAN ARMANDO MADRIÑAN ROMANACH con las demandadas CELLTRACK LTDA. y TRACKER VSR GROUP S.A.S., se presentó una coexistencia de contratos de trabajo de conformidad con la parte motiva de esta providencia. ARTÍCULO CUARTO: DECLARAR que el salario pagado por el empleador TRACKER VSR GROUP S.A.S. en favor del demandante JUAN ARMANDO MADRIÑAN ROMANACH correspondía a un salario ordinario, de conformidad con la parte motiva de esta providencia. ARTÍCULO QUINTO: DECLARAR que las sumas pagadas por el empleador TRACKER VSR GROUP S.A.S. en favor del demandante JUAN ARMANDO MADRIÑAN ROMANACH por concepto de bonos SODEXO PASS y bonos de los años 2008 a 2012 constituyen salario, de conformidad*

Exp. 03 2017 00261 03

Juan Armando Madriñan Romanch Vs Tracker VSR Group SAS y otros.

con la parte considerativa de esta providencia. ARTÍCULO SEXTO: DECLARAR PROBADA la excepción de prescripción propuesta por la demandada CELLTRACK LTDA y de igual manera la propuesta por el CURADOR AD-LITEM de MARIANGELA ACERO GARCIA como MADRE DEL MENOR JUAN FELIPE LEYVA ACERO en su calidad de HEREDERO DETERMINADO DE SANTIAGO LEYVA DURAN y los HEREDEROS INDETERMINADOS, de conformidad con la parte motiva de esta providencia. ARTÍCULO SÉPTIMO: DECLARAR PROBADA PARCIALMENTE la EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN propuesta por la demandada TRACKER VSR GROUP S.A.S., conforme a la parte considerativa de esta providencia. ARTÍCULO OCTAVO: CONDENAR a la demandada TRACKER VSR GROUP S.A.S., en favor del demandante JUAN ARMANDO MADRIÑAN ROMAÑACH, al pago de la indemnización por despido sin justa causa, contemplada en el artículo 64 del código sustantivo del trabajo por la suma de CIENTO VEINTIOCHO MILLONES DOSCIENTOS NOVENTA Y OCHO MIL SEISCIENTOS TREINTA Y NUEVE (\$128.298.639) PESOS, de conformidad con la parte motiva de esta providencia. ARTÍCULO NOVENO: CONDENAR a la Demandada TRACKER VSR GROUP SAS, en favor del DEMANDANTE, al pago de las siguientes sumas y por los siguientes conceptos, de conformidad con la parte considerativa de esta providencia: Por concepto de cesantías, la suma de \$63.316.326; Por concepto de intereses sobre las cesantías, la suma de \$6.361.578; por concepto de prima de servicios, la suma de \$63.316.326; por concepto de reajuste de la indemnización o compensación por vacaciones, la suma de \$2.280.000. ARTÍCULO DÉCIMO: CONDENAR a la Demandada TRACKER VSR GROUP SAS, en favor del DEMANDANTE JUAN ARMANDO MADRIÑAN ROMAÑACH, al pago de la diferencia de los aportes realizados en el sistema general de seguridad social en pensión, durante el periodo comprendido entre el 1º de enero del año 2011 y el 4 de julio del año 2014,

Exp. 03 2017 00261 03

Juan Armando Madriñan Romanch Vs Tracker VSR Group SAS y otros.

previo al cálculo actuarial que deberá realizar la administradora de fondos de pensiones a la cual se encuentra afiliado el demandante, teniendo en consideración para esa liquidación, cada uno de los salarios estipulados en la parte motiva de esta sentencia. ARTÍCULO ONCE: CONDENAR a la demandada TRACKER VSR GROUP SAS, en favor del DEMANDANTE al pago de los intereses moratorios a la tasa máxima de crédito de libre asignación certificado por la Superintendencia Financiera, sobre todas las acreencias laborales aquí condenadas. ARTÍCULO DOCE: CONDENAR a la demandada TRACKER VSR GROUP SAS, en favor del DEMANDANTE al pago de la indemnización contemplada en la Ley 52 de 1975 por el pago tardío de los intereses a las cesantías por la suma de \$6.361.578, de conformidad con la parte motiva de esta providencia. ARTÍCULO TRECE: ABSOLVER a las demandadas INSTALACIONES E T S.A., VSR DE COLOMBIA S.A., ENLIQUIDACION, INVESTIGACIÓN Y TECNOLOGIA S.A.S, TRACKER DE COLOMBIA S.A.S, de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por la parte Demandante, de conformidad con la parte motiva de esta providencia. ARTÍCULO CATORCE: ABSOLVER a la Demandada TRACKER VSR GROUP SAS, de todas las demás pretensiones incoadas en su contra por la parte demandante, de conformidad con la parte motiva de esta providencia. ARTÍCULO QUINCE: CONDENAR a la demandada TRACKER VSR GROUP S.A.S., al pago de las costas y agencias en derecho, las cuales se tasan en esta misma diligencia en la suma de \$10.000.000” (Audiencia virtual del 29 de marzo de 2022, archivos 51 y 52 (récord 9:42) del expediente digital, trámite de primera instancia).

Por solicitud de la demandante se adicionó un numeral a la sentencia, para ordenar la indexación así: *“ARTÍCULO DIECISÉIS: Se CONDENA a la demandada TRACKER VSR GROUP SAS, a indexar los valores motivos de la condena por concepto de diferencia de la indemnización por*

Exp. 03 2017 00261 03

Juan Armando Madriñan Romanch Vs Tracker VSR Group SAS y otros.

vacaciones o compensación de vacaciones e igualmente la indemnización por despido sin justa causa, indexación que deberá hacerse con base en el IPC que certifique el DANE, a partir del día 5 de julio del año 2014 y hasta la fecha en que se haga efectivo el pago” (Audiencia virtual del 29 de marzo de 2022, archivos 52 del expediente digital, récord: 18:57, trámite de primera instancia).

RECURSOS DE APELACIÓN

Sobre la decisión anterior presentaron recurso de apelación el DEMANDANTE y la sociedad TRACKER VSR GROUP S.A.S.

En el recurso del DEMANDANTE, su apoderada pide que se declare que la relación laboral con la sociedad TRACKER VSR GROUP S.A.S. inició el 5 de enero de 1998, pues el contrato de prestación de servicios suscrito con la empresa INSTALACIONES ET, a su juicio, buscaba en realidad encubrir el vínculo de trabajo, precisa que si bien el demandante presentó renuncia el 29 de diciembre de 2000 ante ET e inició el vínculo con VRS COLOMBIA S.A. a partir del 1 de enero de 2001, las directivas de esas compañías eran *prácticamente las mismas* y prestaban servicios muy similares, hacen parte un mismo grupo empresarial y el cambio de cargo obedeció a una *promoción dentro del esquema organizativo de la compañía*, por lo que se debe declarar la unidad de contrato, en tanto no hubo interrupción o solución de continuidad entre uno y otro. Adicionalmente solicita que se tenga como fecha terminación del contrato el 6 de julio de 2014, fecha que asegura *confesada* por el extremo pasivo. Con relación al salario asegura que sí recibió viáticos habituales, que se encuentran demostrados con los viajes realizados de manera permanente a diferentes países a prestar servicios para el grupo de compañías, mismos que deben estimarse según una suma de gastos *“que tendría una persona en un viaje”*. Considera que se debe ordenar el pago del

Exp. 03 2017 00261 03

Juan Armando Madriñan Romanch Vs Tracker VSR Group SAS y otros.

saldo por concepto de bonificaciones en cuantía de 71.729 USD, que se encuentra pendiente de los años 2010 a 2012 porque no se encuentran afectados por el fenómeno de la prescripción, y esas sumas se deben tener en cuenta para la liquidación de prestaciones y demás acreencias. También solicita que se ordene el pago de las bonificaciones de 2013 y 2014 en cuantía de 120.000 USD y 72.000 USD, respectivamente, porque estas se incluyeron en el acuerdo de pago, y que se incluyan estos conceptos y los 3.290 USD, que afirma sí devengó, en la base salarial tenida en cuenta para la liquidación de prestaciones y demás acreencias. Asevera que no operó el fenómeno de la prescripción frente a CELLTRACK LTDA, pues actuó de manera diligente para lograr la notificación de los demandados. Estima que procede la sanción por no consignación de las cesantías a cargo de TRACKER VSR GROUP, pues no es dado estimar buena o mala fe del empleador en dicha obligación, sino que opera de forma automática. Aspira a que se declare la solidaridad de las demandadas porque el grupo societario y la situación de control ya se encuentran definidas (Audiencia Virtual, archivo 052 récord 32:07)¹.

¹ “Voy a presentar mi recurso de forma ordenada respecto de las pretensiones que se negaron en la demanda en los siguientes términos: En primer lugar respecto de los extremos de la relación laboral existente entre el señor JUAN ARMANDO MADRIÑAN ROMAÑACH y la compañía TRACKER VSR GROUP SAS, me permito presentar el recurso de apelación, en el sentido de solicitar que se declare la existencia de un contrato de trabajo desde el 5 de enero de 1998, en el entendido que, si bien el señor Juan Armando Madriñan inició en esta fecha bajo un contrato de prestación de servicios con la compañía INSTALACIONES ET S.A., al momento de vincularse el 1º de diciembre del 98 a ejercer el mismo cargo en esta compañía mediante un contrato de trabajo, es claro que la sociedad Instalaciones ET, estaba utilizando un contrato de prestación de servicios con el señor Juan Armando Madriñan para encubrir realmente una relación laboral con el señor Juan Armando Madriñan, en el entendido que como lo manifestó el Juez en la parte considerativa de su sentencia, tanto en el contrato de prestación de servicios como en el contrato a término indefinido suscrito el 1º de diciembre del 98, el señor Juan Armando Madriñan ejerció el mismo cargo, y al hablar precisamente de la palabra cargo, hablamos de que hace parte de un órgano que hace parte de forma natural y permanente de la estructura organizativa y de los trabajadores de la compañía, por lo que, debería atenderse a que realmente se trató de un contrato de trabajo entre la Sociedad INSTALACIONES ET S.A., y el señor JUAN ARMANDO MADRIÑAN, desde el 5 de enero del 98. Si bien es cierto, que el señor JUAN ARMANDO MADRIÑAN, presentó su renuncia con INSTALACIONES ET S.A., el 29 de diciembre del 2000 y que inició una relación laboral con la Sociedad VRS Colombia S.A., el 1º de enero del 2001 es necesario tener en cuenta que las entidades directivas de dichas

Exp. 03 2017 00261 03

Juan Armando Madriñan Romanch Vs Tracker VSR Group SAS y otros.

compañías eran pues prácticamente las mismas y que estas compañías eran prácticamente hermanas y prestaban servicios muy similares, en ese sentido y viendo que la interrupción entre uno y otro contrato es mínimo y que el señor JUAN ARMANDO MADRIÑAN continuo prestando servicios relacionados, debe entenderse entonces que existió una unidad de contrato de trabajo y por ello debe establecerse como fecha de inicio el 5 de enero del 98 y no el 1º de enero del 2001 como se manifestó en la sentencia. Por otro lado, en cuanto a la fecha de terminación del contrato de trabajo, el señor Juez declaro que correspondía al 4 de julio del 2014, no obstante, se pasó por alto que en la contestación de la demanda por la sociedad Tracker VSR Group S.A.S, el apoderado de dicha compañía, confesó que los extremos de la relación laboral, que el extremo final de esa relación laboral terminó el 6 de julio de 2014. Situación que también fue reconocida por parte de la compañía Celltrack Ltda, al momento de contestar la demanda y que incluso fue puesta en conocimiento en la presentación de los alegatos de conclusión de las partes; incluso, al momento de revisar las liquidaciones de los contratos y al momento de revisar las comunicaciones que envió el señor Juan Armando Madriñan, reclamando el pago de sus acreencias laborales, pues solicitaba que se tuviera como fecha de terminación del contrato de trabajo el 6 de julio de 2014 y que se le pagaran esos dos días como efectivamente trabajados, porque él, como lo señala las comunicaciones a las que hago referencia, expresamente señaló que él laboró esos dos días adicionales a solicitud de la compañía. En ese sentido, respecto de este primer punto, amablemente solicitó que se declare como fecha de inicio el contrato de trabajo el 5 de enero del año 1998 y como fecha de terminación del contrato de trabajo el 6 de julio de 2014. Hay que tener en cuenta además en este punto y es que cuando el señor JUAN ARMANDO MADRIÑAN tuvo un cambio entre la sociedad instalaciones ET y VSR de Colombia S.A., el cambio de cargo obedeció a que fue promovido dentro del esquema organizativo de la compañía y que además con las personas que él tuvo contacto para hacer traslado de un contrato de trabajo de una empresa a otra, eran los mismos representantes legales de estas dos compañías, es decir, de instalaciones ET S.A., y VSR de Colombia S.A., correspondiente al señor Germán Meneses, esto demuestra que si existe un hilo conductor entre todas estas relaciones laborales, que el señor JUAN ARMANDO MADRIÑAN, pues a prestado servicios a compañías, que como lo explicaré más adelante si hacen parte de un grupo societario y que desarrollan actividades relacionadas, por lo que, debe declararse un único contrato de trabajo desde el 5 de enero del 98 hasta el 6 de julio de 2014. Igual en este punto, es necesario tener en cuenta lo que manifestó el señor JUAN ARMANDO MADRIÑAN en cuanto a que alguna sociedad debió pagarle el salario, obviamente pues como lo sabemos el señor JUAN ARMANDO MADRIÑAN y lo explicaré más adelante al ser parte de la cúpula directiva de este grupo societario, pues, prestaba servicios para todas las sociedades, pero realmente debía estar contratado por una de ellas y estar en la nómina de una de ellas, sin que ello implique que haya tenido una relación laboral exclusiva con esta, especialmente teniendo en cuenta que incluso se declaró la existencia de coexistencia, una coexistencia de contratos de trabajo. En segundo punto, frente a la declaratoria de los conceptos que se solicitaron se tuvieron cuenta como parte del salario del trabajador correspondiente al señor JUAN ARMANDO MADRIÑAN, solicito que se tenga en cuenta que el señor JUAN ARMANDO MADRIÑAN sí devengó viáticos habituales, ya que como se demostró en las pruebas que se aportaron en la contestación de la demanda, perdón, en la demanda, el señor JUAN ARMANDO MADRIÑAN, pues si viajaba de manera permanente a diferentes países a prestar servicios para la compañía o el grupo de compañías, especialmente, los países de Venezuela y Brasil; y esto también se evidencia con todos los correos electrónicos y toda la cadena de correos que aportó el JUAN ARMANDO MADRIÑAN, en los que se demuestra en que él participaba de forma especial en la operación de la compañía en Brasil y posteriormente frente a la crisis financiera que se estaba presentando, pues, tanto el país como la compañía aportó y apoyó y casi que se

Exp. 03 2017 00261 03

Juan Armando Madriñan Romanch Vs Tracker VSR Group SAS y otros.

trasladó de forma permanente al país de Venezuela a prestar servicios a favor de su empleador. En ese sentido, amablemente solicito que se reconozca que el señor JUAN ARMANDO MADRIÑAN si viajaba de forma permanente por orden de su empleador y para cumplir o desempeñar sus funciones, por lo que, debe reconocerse que él devengaba viáticos habituales, cuyo valor debe ser estimado por una suma estimada de gastos que tendría una persona en un viaje. En cuanto a las bonificaciones reconocidas al señor JUAN ARMANDO MADRIÑAN, si bien el Juzgado concedió aquellas o señaló que si procede el pago de aquellas otorgados en los años 2008 a 2011, presento el recurso de apelación, en el entendido de que se ordene a la sociedad Tracker VSR Group S.A.S., el pago de las bonificaciones o el saldo de las bonificaciones que se encuentra pendiente correspondiente a la suma de 71.729 USD, toda vez, que este valor que se encuentra pendiente corresponde a bonificaciones de los años 2010 a 2012, sobre el cual no se encuentra afectado por el fenómeno de la prescripción, conforme a las fechas que fueron indicadas por el Juzgado en la sentencia. Adicionalmente, dado que esto fue reconocido como un derecho que se le debe al trabajador, no solamente para tenerlo en cuenta para el cálculo de demás acreencias laborales, pues, efectivamente el Juzgado también reconoció que este documento o que esta (perdón) que esta acreencia si se encuentra pendiente y en especial trajo a colación el folio 303 del expediente, donde se habla d una deuda pendiente y que informa el señor JUAN ARMANDO MADRIÑAN a la señora Frida Patiño, y en la que señora Frida se encuentra o señala que tratan de ayudar y pues que no pueden contar con más dinero para pagarla en los folios 113 y 114 del expediente, donde se habla nuevamente, pues de una relación de pagos que se ha hecho al señor JUAN ARMANDO MADRIÑAN y de los valores que estarían pendientes. Reiterando, pues teniendo en cuenta la aclaración de la sentencia que se trata de la suma de 71.729 USD, en ese sentido y teniendo en cuenta que la parte considerativa de la sentencia, el Juzgado señaló que estos dineros se deben pagar a la tasa de cambio vigente al momento del pago para conservar su valor adquisitivo, no es consecuente, que al momento de emitir la parte resolutive de la sentencia a pesar de ya haberse reconocido como un derecho se omita incluir que la compañía TRACKER SVR GROUP tiene que pagar estas sumas, pues, como ya lo indique, estas sumas ya fueron reconocidas por el Despacho como un derecho que se encuentra pendiente por pagar al señor JUAN ARMANDO MADRIÑAN. Adicionalmente, y en cuanto a los bonos correspondientes a los años de 2013 y 2014, que corresponden a la suma de 120.000 USD y 72.000 USD, respectivamente, amablemente solicito se condene a la compañía TRACKER SVR GROUP, al pago de dicha suma, toda vez, que las mismas comunicaciones que se utilizaron para tener en cuenta para reconocer el pago de las bonificaciones de 2008 al 2012, y pues en especial las que se encuentran pendiente de 2010 a 2012, incluyen los valores pendientes por pagar por las bonificaciones de 2013 y de 2014, es decir, que estas sumas si se incluyeron en el acuerdo de pago a que se refiere de forma reiterada el señor JUAN ARMANDO MADRIÑAN y todos los correos electrónicos que le envía no solamente la señora Frida sino al señor Francisco Cuenca y además a los directivos del grupo de compañías, por lo que, en ese sentido y dado que se trataba de un acuerdo de pago sobre la totalidad de la deuda, incluyendo las bonificaciones de 2013 y 2014, deben reconocerse al trabajador, debe ordenarse su pago y adicionalmente debe ordenarse que estas sumas se incluyan para el cálculo de las prestaciones sociales, la indemnización por despido sin justa causa, el pago de aportes a seguridad social, la reliquidación de vacaciones y las indemnizaciones a que se condenó, por el no pago de estas acreencias. El siguiente punto, es respecto a la prescripción de todas las pretensiones de la demanda, respecto de CELLTRACK LTDA, si bien el Juzgado trajo a colación lo correspondiente o lo señalado en el art. 94 del CGP, en cuanto a los efectos o a la interrupción de la prescripción una vez radicada la demanda, debemos traer a colación o señalar que la Corte Suprema de Justicia ha dispuesto que los efectos de este art. 94 no se debe aplicar de forma automática sino

Exp. 03 2017 00261 03

Juan Armando Madriñan Romanch Vs Tracker VSR Group SAS y otros.

que se debe revisar de forma puntual cada caso en particular, en ese sentido traigo a colación la sentencia SL1680 del 2021 del M.P. Omar de Jesús Restrepo Ochoa, en la que se hace un análisis sobre la procedencia o no de la declaratoria de la excepción de prescripción, teniendo en cuenta lo señalado en el art. 94 del CGP y al respecto me permito citar lo siguiente señala, ah bueno trae a colación el artículo y dice que la sola presentación de la demanda interrumpe la prescripción cuando la notificación del auto admisorio de la demanda no se efectúa oportunamente, y luego señala “dichas excepciones a la regla la interrupción de la prescripción están fundadas en la prevención de conductas reprochables desde todo punto de vista que tienden al abuso de la disposición por parte de los deudores y en materia laboral en una protección especial para el trabajador que acude a tiempo a reclamar sus derechos y que realiza todas las acciones y que están a su alcance para lograr la notificación de la demandada, por lo que, no se le puede sancionar por la prescripción, a pesar de haber actuado diligentemente” esta sentencia señala además o reitera la sentencia SL (perdón) la sentencia de la Sala Laboral del 12 de febrero de 2014 con radicado 21026, cuando indica “se desestima entonces el cargo sin que ello impida como lo recuerda el opositor” (y bueno) y posteriormente señala lo siguiente “acorde con tales postulados éticos, recogidos como normas de obligatorio cumplimiento por la legislación positiva, observa esta sala que la sola presentación de la demanda interrumpe la prescripción cuando la notificación del auto admisorio no se efectúa oportunamente por negligencia del juzgado o por actividad elusiva del demandado, ya que repugna el ordenamiento jurídico que el actor que obra con rectitud y satisface las cargas procesales que sobre él pesa tenga, ... tener que soportar consecuencias jurídicas desfavorables por conductas reprochables a la injuria de los funcionarios judiciales o a maniobras de la parte contraria que posteriormente resultara beneficiada de su propia conducta contraria a derecho” si nosotros analizamos los documentos que obran desde el auto admisorio de la demanda el pasado junio de 2017, encontramos que las citaciones a notificación a las sociedades tanto Celltrack Ltda, como VSR de Colombia, se enviaron caso el 17 de julio de 2017 casi 15 días después o más o menos 15 días después de haber admitido la demanda y que el 31 de julio de 2017, se le informó al juzgado que dichas citaciones a notificación fueron devueltas bajo la causal de destinatario desconocido, sin embargo, al verificar el certificado de entrega con el que se evidencia la devolución de dichas citaciones, se encuentra que estas comunicaciones fueron remitidas a la dirección de notificaciones judiciales que se encuentran reportadas en el certificado de existencia y representación legal de las compañías, y para evidenciar el buen obrar de la parte demandante, en el memorial del 31 de julio de 2017 se solicita que se tenga como direcciones de notificación las de los representantes legales Celltrack Ltda señor Milton Rogelio Ávila y de VSR de Colombia la liquidadora la señora Constanza Parra Lugo, esta situación en cuanto a las notificaciones de las demandadas fue puesta de presente en el primer memorial que se aportó con la solicitud de medidas cautelares, al señalar que por ejemplo respecto de la sociedad VSR de Colombia S.A., a pesar que nosotros al haber enviado reiteradas comunicaciones a la dirección de notificación judicial que se encuentra en el certificado de existencia y presentación de VSR de Colombia y siempre obtener como respuesta una devolución por un destinatario desconocido, encontramos que el 23 de octubre de 2017 la Superintendencia de Sociedades envió un requerimiento a esta sociedad en la dirección que figura en su certificado de existencia y representación, y que dicha sociedad firmada por su liquidadora respondió este requerimiento el 14 de noviembre del 2017, es decir, que para efectos de este proceso judicial, no existe el domicilio o se trata de un domicilio desconocido pero para efectos también de una autoridad en este país como la Superintendencia de Sociedades si tienen la capacidad la liquidadora de responder o atender este requerimiento, esta situación nos parece también muy sospechosa respecto de la sociedad Celltrack Ltda cuando siendo el señor Juan Armando Madriñan o habiendo sido un directivo de estas sociedades y haber informado de forma, pues, permanente a

todos los directivos incluyendo los representantes legales de esta sociedad, las reclamaciones que él tenía y su intención al final debido a la falta de pago de presentar una demanda laboral, es muy extraño que respecto de estas sociedades haya habido una demora en cuanto a la asistencia al juzgado a notificarse, especialmente teniendo en cuenta que si evidencia en los poderes que se aportan para presentar o para actuar como representantes o abogados de las compañías y para efectivamente notificarse y contestar una demanda, realmente los representantes legales son básicamente los mismos, son muy similares unos y otros, entonces pues no tiene sentido que respecto de una sociedad si pueda concurrir a notificarse mientras que de otras sociedades como Celltrack Ltda y VSR de Colombia, se presenten trabas cuando todos sabemos, pues, que los abogados casi que trabajan en la misma oficina y tienen conocimiento desde la presentación de la demanda que el señor Juan Armando Madriñan la presentó, inicio su reclamación y que es su obligación concurrir al juzgado a notificarse del proceso. En ese sentido solicitamos amablemente, que se revoque la decisión de declarar prescritas las pretensiones respecto de Celltrack Ltda y se atienda a la postura que pacífica y retiradamente ha establecido la Corte Suprema de Justicia en Sala Laboral en el entendido de que al momento de analizar y aplicar el art. 94 del código sustantivo del CGP (perdón) se debe revisar que la omisión o la falta de notificación del demandado dentro del año siguiente a la notificación de la demanda se haya debido por negligencia del juzgado o por una actitud elusiva por parte del demandado y no por una inactividad por parte del demandante, ya que como lo explicamos en el caso del señor Juan Armando Madriñan, pues, fuimos muy juiciosos en la búsqueda de estas personas para proceder a notificarlas de la demanda y que presentaran la contestación de la demanda. Y en ese sentido solicitamos que se revoque la prescripción sobre la totalidad de las pretensiones, se estudie la, pues, el art. 94 según lo establecido por la Corte Suprema de Justicia y en dado caso se aplique de forma parcial respecto de o teniendo en cuenta las fechas sobre las que ha operado la prescripción. En cuando a la indemnización por la no consignación de las cesantías, amablemente solicitamos que se revoque la decisión de absolver a la compañía Tracker VSR Group, del pago de esta obligación, toda vez, que contrario a lo que señala el juzgado en esta materia y en materia de jurisprudencia sobre la indemnización por la no consignación de las cesantías las jurisprudencia reciente ha señalado que la indemnización por la no consignación de las cesantías opera de forma automática y no atiende a la buena o mala fe del empleador, sino que este análisis de la buena o mala fe del empleador debe limitarse únicamente al pago de la indemnización moratoria como lo señaló el señor Juez, sin embargo, al haberse declarado una mala fe respecto del pago de la indemnización moratoria, pues debería o debió haberse declarado entonces también una mala fe respecto de una indemnización por la no consignación de las cesantías y ordenarse este pago, especialmente, teniendo en cuenta que si la compañía tenía claro que el señor Juan Armando Madriñan, nunca firmó un contrato de trabajo, nunca firmó otro sí con la compañía, por qué debería asumirse que el devengaba un salario integral si dicho pacto nunca existió por escrito y nunca fue claro entre las partes, y especialmente teniendo en cuenta que no existe una prueba suficiente que por lo menos se hubiese tratado de un acuerdo tácito entre las partes. En ese sentido debe señalarse o bien que opera la indemnización por la no consignación de las cesantías de forma automática ante la omisión del pago de las cesantías al fondo correspondiente o por otro lado que efectivamente la sociedad Tracker VSR Group, si actuó de mala fe respecto o en cuanto a la no consignación de las cesantías del señor Juan Armando Madriñan y se debe acceder a esta indemnización. Finalmente, en cuanto a la solicitud de la solidaridad que presentamos, el señor Juez señala que se refiere a un grupo empresarial y se señala además o se refiere además al art. 28 de la Ley 222 de 1995 al indicar que es la Supersociedades, la superintendencia de valores o la superintendencia bancaria la que debe determinar la existencia o no de un grupo empresarial cuando exista una discrepancia sobre

Exp. 03 2017 00261 03

Juan Armando Madriñan Romanch Vs Tracker VSR Group SAS y otros.

los grupos que lo originan, y especialmente señala el señor juez, que pues en este caso no se evidencia una resolución por parte de una de las entidades que establezca la existencia de un grupo empresarial. Dicha situación no es cierta, porque como se puso de presente desde la primera solicitud de medidas cautelares y las comunicaciones posteriores que se han remitido sobre este asunto la superintendencia de sociedades si declaró y si emitió una resolución en la que señaló en que existió un grupo empresarial, incluso desde que el contrato de trabajo del señor Juan Armando Madriñan se encontraba vigente, que si existió un grupo de control respecto de las sociedades demandadas en un primer momento por la señora Frida Tschugg Patiño y en un segundo momento por la sociedad extranjera Tracker VSR Grupo Companies NV, y adicionalmente atiendo a que este grupo empresarial y esta situación de control si ocurrió y a que se omitió la obligación de las sociedades de reportar esta situación de control ante la cámara de comercio para que esto fuera registrado en el certificado de existencia y representación de estas sociedades, se impuso una multa por ejemplo a la señora Frida Tschugg por la suma de \$56.530.400 y a la compañía Tracker VSR Grupo Companies NV por \$17.696.400. En la situación o en la resolución que emitió la superintendencia de sociedades, la compañía o (perdón) se determinó que existió una situación de control por parte de la señora Frida Tschugg Patiño respecto de la sociedades -discúlpenme-, Global Tracking Technologies Ltda , ETD S.A., Security Resources, TVtrack SAS., Tracker de Brasil, Tracker de Colombia S.A.S, Investigaciones y Tecnologías S.A.S., Tracker VSR Group S.A.S., Instalaciones ET S.A., VSR de Colombia S.A., en liquidación en el periodo comprendido entre el 20 de agosto del 2009 el 23 de enero de 2016, es decir, desde antes de la terminación del contrato del señor Juan Armando Madriñan hasta 2 años o año y medio después de la terminación de su contrato de su contrato de trabajo y posteriormente, por parte de la compañía Tracker VSR Group Companies respecto del mismo grupo societario, incluso en el periodo en que se señala que la señora Frida Tschugg ostento la calidad de controlante de estas sociedades, se dio porque ella era la accionista única sobre la compañía VSR Group Companies, que a su vez es accionista entre ellos mismos de las sociedades, de hecho si se revisa o se analiza las resoluciones que emitió la superintendencia de sociedades que se encuentran en el expediente y que se aportaron una vez estás se emitieron en el año 2019 y en el año 2020, se evidencia la participación societaria que tienen todas estas compañías tanto colombianas como extranjeras sobre las compañías que se encuentran demandadas en este proceso y se evidencia pues efectivamente que la señora Frida fue controlante y que igualmente, pues existe una situación de control y un grupo empresarial denominado Tracker VSR Group Companies NV respecto del cual todas las sociedades que se encuentran demandadas en este proceso hacen parte de dicho grupo empresarial y tienen el mismo objeto social y es básicamente el rastreo de vehículos, el monitoreo de flotas y pues, digamos que actividades de seguridad en materia vehicular. En ese sentido, no procede lo señalado por el señor Juez al negar la solidaridad respecto de las compañías al indicar que no existe una declaratoria de grupo empresarial, cuando dicha situación, pues, no es cierta y no solamente existen unas resoluciones por parte de la superintendencia de sociedades respecto del grupo empresarial, como este se encuentra conformado, los porcentajes de participación societaria, sino que incluso estás situaciones de control y de subordinación se encuentran registrados en los certificados de existencia y representación de las compañías. Por ello, amablemente solicito se revoque la decisión del juez, de absolver a las demás compañías, es decir, ajenas a Celtrack Ltda y a Tracker VSR Group, de la solidaridad y de las pretensiones de la demanda, toda vez, que si existe solidaridad entre ellas, porque hacen parte de un grupo societario, son controladas por la misma sociedad, tienen una misma actividad o un mismo objeto social, tienen una misma dirección que, es obviamente la señora Frida Tschugg Patiño, al ser o al haber sido la controlante de esta sociedad por mucho tiempo, los señores Francisco Cuenca, incluso el señor Jorge Pedraza, que fueron personas

Exp. 03 2017 00261 03

Juan Armando Madriñan Romanch Vs Tracker VSR Group SAS y otros.

En el recurso de TRACKER VSR GROUP S.A.S., su apoderado argumenta que se le dio un trato desigual, pues también debió decretarse la prescripción a su favor en aplicación de lo previsto en el artículo 61 del C.G.P., por ser los demandados *litisconsortes necesarios*. Además, refiere que no se tuvo en cuenta que el demandante acordó con esa sociedad un salario integral. Indica que entre las partes no existió pacto alguno frente al pago de bonificaciones o comisiones y que, si bien pagó *bonos Sodexo Pass*, estos no podían incluirse al salario integral en tanto ninguna norma dispone que no se pudiera recibir remuneraciones adicionales al salario. Alega que el demandante renunció a su cargo con un mes de antelación, situación que se debe entender como una condonación de las fallas del empleador. Sostiene que ninguna norma prevé el pago de la cotización o cálculo actuarial por parte del empleador y que es el fondo de pensiones el obligado a cobrar las

que pues vinieron a participar como representantes legales e incluso estos representantes legales hace parte de la cúpula directiva de este grupo societario, incluso el señor Juan Armando Madriñan hizo parte de esta cúpula directiva y precisamente él hablaba que presto servicios para estas sociedades, se evidencian en todos los documentos y en todos los correos que se aportaron en el expediente, que el participaba, prestaba servicios, se relacionaba con todas las compañías y no solamente con la compañía Tracker VSR Group, como se dio a entender, pues, por parte de los apoderados y de los representantes legales de la compañía. Adicionalmente, y como un punto que me había quedado pendiente en cuanto a la apelación los valores a pagar al señor Juan Armando Madriñan, es importante tener en cuenta que el si devengaba la suma de 3.290 USD y esto se puede revisar uno, por parte de un correo electrónico del señor Jorge Pedraza, donde le remite al señor Juan Armando Madriñan, él como revisor fiscal de la compañía las sumas que se le adeudaban o las sumas por las que se componía el salario del señor Juan Armando Madriñan, y ahí se encuentra claro que dichos valores está reflejado el valor de 3.290 USD y es claro también que la señora Frida como representante legal de todas estas sociedades y como señora básicamente la dueña de todas estas sociedades y ejercía control sobre todas ellas, en diversos correos electrónicos, reconoció al señor Juan Armando Madriñan la suma de 3.290 USD, como parte de su salario porque así lo indicó, y además señaló que dichas sumas se le estaban pagando. En este sentido, pues claro que estos valores si se les pagaba de manera permanente al señor Juan Armando Madriñan, al punto que se encontraban relacionados dentro de su remuneración permanente, remuneración que además se le adeudaba al momento de la terminación del contrato de trabajo y en ese sentido deben incluirse como parte del salario e incluirse para efectos de reliquidar prestaciones sociales, vacaciones, aportes a seguridad social y las indemnizaciones correspondientes. En los anteriores términos dejo sentado mis alegatos de conclusión, solicitando al H. Tribunal pues que acceda a la solicitud de modificar la sentencia en los términos indicados, muchas gracias."

Exp. 03 2017 00261 03

Juan Armando Madriñan Romanch Vs Tracker VSR Group SAS y otros.

cotizaciones no pagadas, entidad que no fue vinculada al proceso (Audiencia Virtual, archivo 052 del expediente digital, récord 1:02:21)².

² “Gracias su señoría, manifiesto que interpongo recurso de apelación contra la providencia que se acaba de proferir, sin perjuicio de los argumentos que expondré en el trámite de la segunda instancia, sucintamente sustento el recurso en los siguientes términos: Primero, un principio de analogía sustraído de la lógica aristotélica nos enseña que frente a una misma situación de hecho tenga el mismo derecho, y en este caso el juez aplica un derecho para unos y un derecho para otros; frente a VSR de Colombia S.A., en liquidación, Celltrack Limitada y el curador ad-litem de los herederos determinados e indeterminados de Santiago Leyva, decide que hubo prescripción, que porque la notificación no se hizo dentro de los términos del art. 94, pero para VSR Group decide que no que para ellos no, olvidando el expreso mandato que tiene el numeral 4º del artículo 61, que lo que favorece a un litis consorte, les favorece a todos. Al aplicar, al hacer esa discriminación está violando el derecho fundamental de la sociedad ¿de qué? A la igualdad, porque le está dando un trato diferente al que le correspondía, por consiguiente, estamos frente a una violación flagrante del art. 13 de la Constitución que habla de la igualdad y no discriminación. Entonces si para unos hubo prescripción también lo hubo para los demás, y ahí debió haber terminado el proceso. Por tanto lo anterior, en relación con las decisiones de fondo contra VSR Group de Colombia, en primer término debemos que tener en cuenta que la misma lógica aristotélica nos enseña que las cosas no pueden ser y no ser al mismo tiempo o el mismo efecto, al rechazar la pretensión del artículo 65 indemnización moratoria, que dijo el Juez, que hubo buena fe por parte de la empleadora, en el sentido que todos los comprobantes de pago aparecía salario integral que por consiguiente hubo buena fe, pero a la hora de determinar que el salario era integral o no integral para efectos de liquidar las prestaciones decidió que había mala fe y que el salario era no integral, entonces como así, para unos efectos es integral y para otros no; hay falta de coherencia y de sustancia en la sentencia, por consiguiente al caerse esa postura pues obviamente no tiene que haber motivo, a que, a condenar por las prestaciones, porque siempre en el contrato se mantuvo la teoría que el tácito mutuo acuerdo, ¿por qué? Porque la empresa paga un salario integral, así lo recibió el demandante y jamás protestó por el salario integral, ese es el tácito mutuo acuerdo, cuando yo tomo una condición y luego empiezo a darle variaciones y sin embargo la otra persona tácitamente lo acepta, entonces como así que el acuerdo de 16 años ya no le sirve el salario integral y que era salario ordinario y ahora va a tener derecho a todas las prestaciones de 16 años, nadie puede alegar su propia culpa, porque eso, como dijo la sentencia que cite en los alegatos de conclusión convierte en conducta dolosa de mala fe al que alega su propia culpa. En cuanto a la bonificación, el art. 132 del CST el numeral primero dice que el salario es de mutuo acuerdo y brilla por su ausencia el mutuo acuerdo sobre el pago de bonificaciones o el pago de comisiones, y mucho menos condiciones, comisiones en dólares, la prueba que trae a colación el juzgado no es prueba de confesión, porque la confesión tiene que ser mera liberalidad del deudor de reconocer la existencia de la deuda, pero cuando la sociedad está contestando un email, enviado por el señor Juan Armando Madriñan, no hay confesión porque es el requisito sine qua non para la confesión es que provenga libremente por parte del deudor y aquí no hay libertad por parte del deudor, por consiguiente las comisiones tampoco tienen lugar. En el caso de Sodexo, si hubo pagos de Sodexo, pero el salario era integral llamase lo que era integral, pues no afecta el salario integral, porque quien ha dicho que no pueda recibir remuneraciones adicionales al salario integral, la Ley no lo prohíbe, entonces donde no lo prohíbe la ley no puede el juez entrar a prohibirlo. En cuanto a la indemnización por despido sin justa causa, esto sí que es fantástico, el señor renuncia porque lo han tratado mal y no se va, sino que presenta renuncia el 1º de julio diciendo me voy el 31, es decir, que todo lo malo que me han hecho

los señores de la empresa se los condono se los perdono hasta el 31 de julio, y a partir del 1° de agosto entonces son unos desgraciados porque me trataron mal, ¿Cómo así? El despido indirecto o el auto despido es que, yo pongo los casos y los hechos y los motivos por los cuales me voy, pero me voy ahí mismo, porque me están tratando mal, me están impidiendo que cumpla mis funciones como trabajador me tengo que ir ahí mismo, o sino que es lo que estoy haciendo tácitamente estoy aceptando un mal trato, y tanto es así que en la liquidación final le pagaron las quincenas y él no dijo nada, porque a él lo único que le importaba es plata, entonces para que hubiera habido lugar a la indemnización por despido sin justa causa el señor Madriñan había renunciado ipso facto dice a mí me han tratado mal por estas razones yo me voy hoy mismo y págume la indemnización o así no hubiera pedido la indemnización pero se va ahí mismo ¿por qué? Por el maltrato, pero como así me tratan mal y sigo trabajando, eso para mí aquí y en Pekín, es doble moral, que para unos efectos si y para otros efectos no. En cuanto a la condena a pagarle aportes de seguridad social donde está afiliado el señor Madriñan en pensiones, en el numeral segundo inciso segundo del art. 29 de la Constitución prevé lo siguiente “nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa ante Juez o tribunal competente y con la observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio” encontramos que ninguna norma del CST ni ninguna norma de la Ley 100 ordena al empleador pagar las cotizaciones y que si no las paga tiene que pagar o la cotización-sanción o el cálculo actuarial, el CST no consagra eso, no lo consagra por una razón muy sencilla, porque cuando eran prestaciones sociales a cargo del empleador sino afiliaba al seguro social o no pagaba la cotización el empleador pagaba la prestación, por qué, porque la responsabilidad era del empleador, al crearse el art. 48 de la Constitución y la Ley 100 del 93 se des laborizó (sic) la seguridad social, el que tiene que cobrar las cotizaciones no pagadas por parte del empleador es el fondo privado de pensiones donde está afiliado el señor Juan Armando Madriñan, así lo dispone los arts. 22, 23 y 24 de la Ley 100 del 93, expresamente lo dice, que es el ente de seguridad social quien debe reclamar el pago de las cotizaciones que dejó de hacer el empleador e insisto, ¿por qué?, porque dejaron de ser prestaciones sociales a cargo del empleador, la cotización no es una prestación social, la cotización es pago de un servicio público esencial denominado pensiones o salud, o riesgos laborales, eso es lo que paga el trabajador en asocio con el empleador, pero ya se des laborizó (sic). Entonces si no hay una norma expresa que diga que el empleador debe pagar eso no lo pueden condenar porque está violando el art. 29 de la Constitución del derecho y el debido el derecho fundamental del debido proceso del empleador. Adicionalmente, para que se pueda condenar a Tracker VSR Group SAS al pago de la cotización – sanción al pago del cálculo actuarial, debió haber sido parte dentro del proceso, quién, el fondo privado de pensiones, porque el Juez no puede por muy Juez de la república que sea no puede condenar a pagar a un tercero, es un tercero que va a parecer después de la sentencia y es el que diga el demandante, no, si él quería que se le pagaran las cotizaciones debió haber citado al fondo para que fuera parte dentro del proceso y reclamar el derecho que tiene el fondo porque el que reclama en nombre del afiliado es el fondo no el afiliado, entonces como así que van a condenar a la empresa, primero a una sentencia en abstracto que va a depender de quien aparezca después de la ejecutoria de la sentencia, a un tercero que no tuvo nada que ver en el proceso, cuando el proceso es inter partes y la sentencia se refiere a las partes que integran el proceso, no frente a terceros, porque tener que pagar el empleador a un fondo privado de pensiones, porque simplemente el juez dijo, no, hay que respetar el debido proceso y el derecho de defensa como lo estatuye el art. 29 de la Constitución o si no es ilegal la sentencia. Finalmente, en cuanto ya las prestaciones normales de condena pues hay que tener en cuenta que si hubo salario integral pues no hay lugar al pago de prestaciones y en caso del pago de las prestaciones deben ser con el salario pactado, es decir, se convierte en salario integral ordinario, pero a ese salario hay que quitarle el 30%,

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

No fueron objeto de controversia en esta instancia los siguientes hechos: i) que entre el demandante y la sociedad CELLTRACK LTDA. existió un contrato de trabajo del 1 de febrero de 2003 al 4 de julio de 2014 en virtud del cual devengó un salario ordinario, situación definida por el juez de primer grado frente a la cual no se presentó reparo alguno; ii) que entre el demandante y VSR COLOMBIA S.A. existió un contrato de trabajo que fue objeto de sustitución patronal a TRACKER VSR GROUP S.A.S. en enero de 2012, siendo materia de controversia en este aspecto los extremos temporales dicha relación; iii) que los contratos suscritos por el actor con CELLTRACK LTDA y VSR COLOMBIA S.A., respectivamente, fueron coexistentes, al menos entre 2003 y 2014; iv) que en virtud del contrato de trabajo, TRACKER VSR GROUP S.A.S. pagó mensualmente al demandante la suma de \$1.220.000 por concepto de bonos *SODEXO PASS*, a esa conclusión arribó el *a quo* sin objeción alguna de las partes.

En consonancia con las materias que fueron objeto de apelación (artículo 66-A del CPTSS, el Tribunal debe definir: i) si se acreditó o no la existencia del contrato de trabajo con TRACKER VRS GROUP S.A.S. desde el 5 de enero de 1998 hasta el 6 de julio de 2014; en dado caso, (ii) si operó o no la prescripción de la acción respecto de las demandadas TRACKER VRS GROUP S.A.S. y CELLTRACK LTDA.; (iii) si el demandante tenía con

por qué razón, porque el 30% se pagó a título de prestaciones, que no produjo el efecto de ser liberatorio del acuerdo, pero para liquidar las prestaciones debe ser sobre el 70% del valor del salario integral y no sobre el ciento por ciento, porque si no está pagando doblemente las prestaciones, porque si la empresa de buena fe le pago salario integral le pago las prestaciones, o al menos ordene compensar, oiga le quedaron debiendo esto y entonces ya le pagaron esto, o si no hay un enriquecimiento injustificado por parte del empleador. De esta manera dejo sucintamente argumentado el recurso de apelación."

TRACKER VRS GROUP S.A.S. salario integral, (iv) si se le adeudan saldos por *bonos* de 2008 a 2014; (v) el carácter salarial de los *bonos* causados entre los años 2008 y 2014, los “*bonos Sodexo Pass*”, los 3.290 USD, y los *viáticos permanentes* en el contrato de trabajo celebrado con TRACKER VRS GROUP S.A.S.; (vi) el valor de los derechos laborales causados (prestaciones, aportes a Seguridad Social, sanción moratoria); (vii) si hay lugar al pago de la indemnización por despido sin justa causa (despido indirecto) en ambos contratos, y finalmente (viii) si hay responsabilidad solidaria de las demandadas.

(i) CONTRATO REALIDAD - EXTREMOS. Para resolver esta parte de la controversia, son pertinentes los artículos 22, 23 y 24 del CST. El primero define al contrato de trabajo como “*aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración*”. El segundo (artículo 23 del mismo estatuto) dispone como elementos esenciales del contrato de trabajo: la actividad personal del trabajador, la continuada subordinación (facultad del empleador de impartir órdenes de trabajo en cualquier momento sobre el modo, el tiempo o la cantidad del servicio, e imponer reglamentos), y el salario.

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

De ésta última norma y del artículo 24 del mismo código, la doctrina y la jurisprudencia entienden la existencia de una *presunción legal*. Por virtud de ella, toda relación en la que se involucre la prestación continua de un *servicio personal* está regida por contrato de trabajo, lo que -en aplicación del artículo 167 del CGP- invierte las cargas probatorias del proceso. Por ello, si el

demandante en el proceso laboral reclama la existencia de un contrato de trabajo y prueba que prestó en forma continua y *personal* un servicio (hecho causal de la presunción), la ley *entiende* que éste se ejecutó bajo *subordinación* (contrato de trabajo), y corresponderá al demandado la carga de probar que éste último elemento no existió.

Con estas premisas normativas y revisado el expediente, el Tribunal confirmará la sentencia de primera instancia en cuanto estableció que el contrato que existió entre el demandante y la sociedad TRACKER VSR GROUP S.A.S. tuvo vigencia entre el 1 de enero de 2001 y el 4 de julio de 2014, pues esto es lo que se logra evidenciar de los elementos probatorios incorporados al plenario.

Al respecto, fue un hecho no controvertido, que el demandante suscribió el 1 de enero de 2001 un contrato de trabajo con la sociedad VSR COLOMBIA S.A., frente al cual operó la sustitución patronal con TRACKER VSR GROUP S.A.S. a partir de enero de 2012. Así lo admitieron ambas sociedades desde la contestación, y lo indicó el actor en su demanda, además, dicha fecha -1 de enero de 2001- es la que se advierte incluida en la liquidación final de prestaciones que milita a folio 339 (archivo 01 del expediente digital).

Si bien el demandante asegura que dicha relación laboral inició el 5 de enero de 1998, lo probado en el expediente es que entre esa fecha y el 31 de diciembre de 2000 el vínculo del actor era con la sociedad INSTALACIONES ET S.A., primero a través de un contrato de prestación de servicios (del 5 de enero al 30 de noviembre de 1998), y luego por contrato verbal de trabajo celebrado entre las partes, situaciones estas que se verifican de lo relatado por el actor en la demanda y lo confesado por ese extremo procesal en el interrogatorio de parte³.

³ Audiencia virtual del 10 de mayo de 2021, récord 1:25:12.

Exp. 03 2017 00261 03

Juan Armando Madriñan Romanch Vs Tracker VSR Group SAS y otros.

Ahora, aunque por virtud del principio de la primacía de la realidad y ante la ausencia de elementos que desvirtúen la subordinación frente a ese primer interregno, podría entenderse que con INSTALACIONES ET S.A. existió un único vínculo, lo cierto es que no se configuraron los elementos que define el artículo 67 del C.S.T. para una sustitución patronal⁴, pues no se demostró *continuidad de la empresa*⁵, en tanto ambas sociedades INSTALACIONES ET y VSR COLOMBIA -con quien se vinculó en el año 2001- tienen objetos disimiles (ver certificados de existencia y representación legal folios 79 a 81 127 a 131).

Aunado a lo anterior, ha de tenerse en cuenta que si bien uno de los factores que configuran la sustitución de patronos es la continuidad en la prestación del servicio, el hecho de que el trabajador siga laborando en la empresa no basta, es necesario probar además que se laboraba dentro del mismo contrato (SL1943 de 2016, reiterada en la SL2831 de 2017)⁶ y en este caso,

⁴ : “Se entiende por sustitución de patronos todo cambio de un patrono 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”.

⁵ Sobre la materia, desde antaño el órgano de cierre de esta jurisdicción estableció: “La continuidad de la empresa refiere a lo esencial de las actividades que venía desarrollando, y la continuidad del trabajador o su permanencia en la empresa cuando se produce el cambio con la subsiguiente prestación de los mismos servicios al nuevo patrono.” (Sentencia del 27 de agosto de 1973, M.P. José Eduardo Gnecco C.)

⁶ “(...) Sobre el particular, corresponde decir a la Sala que ha sido criterio jurisprudencial reiterado de vieja data el siguiente:

Vale la pena anotar que de acuerdo con reiterada jurisprudencia de la Corte es esencial al fenómeno de la sustitución patronal que se reúnan determinadas condiciones. “Para que se opere la sustitución de patronos, dijo la Corte, es necesario que concurren tres requisitos: cambio de patrono, continuidad de la empresa y continuidad del trabajador en el servicio. Y no ocurre este último requisito, dejándose de producir, por consiguiente, la sustitución de patronos, cuando el trabajador acuerda con el antiguo patrono la terminación de su contrato y seguir prestando sus servicios al nuevo patrono, en ejercicio de un nuevo contrato, lo cual no quebranta ningún régimen legal.

Si bien es cierto que uno de los factores que configuran la sustitución de patronos es la continuidad en la prestación del servicio, no basta que se demuestre simplemente el hecho

Exp. 03 2017 00261 03

Juan Armando Madriñan Romanch Vs Tracker VSR Group SAS y otros.

el demandante confiesa que presentó renuncia a su cargo y que se efectuó la correspondiente liquidación de prestaciones (folios 424, 425 y 426, archivo 01 del expediente digital, trámite de primera instancia). En todo caso, la existencia de contratos sucesivos no significa necesariamente que exista unidad contractual⁷, pues bien puede suceder, como de hecho aconteció en el caso bajo estudio, que se trate de relaciones laborales diferentes en objeto e independientes entre sí, que tuvieron su propio modo de terminación, y fueron debidamente liquidadas. En el caso que se estudia, fue el demandante quien puso fin al contrato de trabajo que lo vinculaba con

de que el trabajador siguió laborando en la empresa, sino que es necesario establecer que actuaba dentro del mismo contrato, esto es, que la relación jurídica se hallaba vigente respecto al patrono sustituido para que el sustituto lo recibiera con las consecuencias que la ley previene". (Sent. abr. 16/56, Rev. D del T., vol. XXIII, núms. 136-138, pág. 152).

Y es que la institución de la sustitución patronal tiene por fin amparar al trabajador contra una imprevista e intempestiva extinción del contrato producida por el cambio de un patrono por otro, cualquiera que sea la causa, ya se trate de mutación de dominio (permuta, venta, cesión, traspaso, sucesión por causa de muerte), enajenación del goce (arrendamiento, alquiler, etc.), alteración de la administración, modificación en la sociedad, transformación o fusión de ésta, liquidación o cualquier otra causa. Por consiguiente, cuando existe o media la sustitución patronal, los contratos de trabajo no se extinguen, son los mismos y deben continuar con el nuevo patrono. Por eso, no puede haber solución de continuidad entre el contrato de trabajo que rigió entre el trabajador y el sustituido, respecto del contrato de trabajo que pueda haber entre aquél y el sustituto. De allí que una continuidad de servicios del trabajador, pero mediante distinto contrato con el nuevo patrono, no configura el fenómeno de la sustitución patronal". (CSJ, Cas. Laboral, Sent., feb.11/81)."

⁷ Sobre el punto, la Corte Suprema de Justicia ha señalado de antaño que "No se puede hablar de dos contratos mientras no haya diferencias esenciales en el objeto mismo del contrato, o mientras no se haya terminado una relación laboral y se haya iniciado otra. Aunque la jurisprudencia ha admitido que pueden existir dos contratos de trabajo distintos que se suceden, es necesario que aparezca con toda claridad la terminación de un contrato y el nacimiento de otro, y la causa para el cambio de objeto que haga distinta la vinculación jurídica" (CSJ, Cas. Laboral, Sent. Sep. 2/77).

Así mismo, esa Corporación puntualizó que cuando se trata de Contratos de Trabajo sucesivos, no siempre se reconoce la existencia de un solo contrato al indicar: "La sola circunstancia de que haya mediado un pequeño margen de tiempo entre la terminación de un contrato y el comienzo de otro no es razón suficiente para sostener la unicidad del vínculo o la existencia de simulación en la extinción del primero, puesto que nada impide y bien puede suceder, como de hecho aquí ha acontecido, que tal situación ocurra real y verídicamente dentro del normal desarrollo de la actividad laboral de las empresas" (CSJ – SCL radicado 20946 de 17 de septiembre de 2003)

Exp. 03 2017 00261 03

Juan Armando Madriñan Romanch Vs Tracker VSR Group SAS y otros.

INSTALACIONES ET, para dar paso a nuevas condiciones laborales que presentaron variación en su objeto, pues como lo confiesa la demanda, fue vinculado con VRS COLOMBIA para desempeñarse como *Subgerente General*, y en INSTALACIONES ET fungía como *Gerente Técnico*.

Aunado a lo anterior, ninguno de los elementos de convicción acopiados da cuenta de que el actor hubiera prestados servicios entre 1998 y el 2000 directamente a VSR COLOMBIA, para derivar de allí un contrato realidad; ello no se puede concluir del hecho de que ambas compañías compartieran un mismo representante legal, como lo sugiere la parte demandante.

Frente a la fecha de terminación, es del caso indicar que lo que solicitó en la demanda “*DÉCIMO: DECLARAR que el contrato de trabajo terminó con justa causa imputable al empleador el día 4 de julio de 2014*”, fue lo declarado por el juez *a quo*. No le es dable modificar los hechos y las pretensiones de una demanda en el recurso de apelación a la sentencia, sumado a que el Tribunal carece de facultades *ultra petita* para resolver más allá de lo que fue pedido.

De todas formas, las pruebas dan cuenta clara de que mediante escrito del 2 julio de 2014, la sociedad TRACKER VSR GROUP S.A.S. aceptó la renuncia presentada por el demandante a partir “*de la finalización de la jornada laboral del día cuatro (4) de julio de 2014*” (folio 263, archivo 01 del expediente digital, trámite de primera instancia), extremo final del vínculo laboral.

(ii) PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN: Previo a definir los valores adeudados, el Tribunal estudiará la excepción de prescripción propuesta por las demandadas.

Para resolver sobre esta materia, los artículos 488 y 489 del CST, y el artículo

Exp. 03 2017 00261 03

Juan Armando Madriñan Romanch Vs Tracker VSR Group SAS y otros.

151 del CPTSS, disponen un término de tres (3) años para la prescripción de las acciones que se elevan ante un juez en orden a obtener la declaración o la ejecución de obligaciones causadas directa o indirectamente en un contrato de trabajo.

Dicho término se cuenta desde el momento en que la obligación se hizo exigible, y se interrumpe por una sola vez con la reclamación escrita del trabajador, afiliado o pensionado, en la cual se identifique específicamente el derecho o la prestación objeto del proceso judicial, caso en el cual, el término de tres años volverá a contarse nuevamente.

En cesantías, el término trienal de prescripción se contabiliza a partir de la terminación del contrato, por ser ese el momento a partir del cual se hace exigible su pago. En las vacaciones el término de tres años comienza a correr cuando termina el año con que cuenta el empleador para conceder el disfrute, una vez causadas, conforme lo establece el artículo 187 del CST. Los aportes a seguridad social en pensión, según reiterada jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, son imprescriptibles.

Con estas reglas normativas y de conformidad con los extremos temporales definidos para las relaciones laborales, la prescripción de la acción judicial comenzó a correr desde la fecha de terminación de los contratos, esto es, desde el 4 de julio de 2014, en ambos casos.

Habida cuenta de ello, se tiene que el demandante radicó la demanda que dio inicio a este proceso el 10 de mayo de 2017 (folio 2, archivo 01), y el auto que la admitió fue notificado en estado publicado el 30 de junio de 2017 (folio 588), con lo cual se interrumpió el término prescriptivo de tres años.

Frente a CELLTRACK LTDA, si bien desde la fecha de notificación de la

referida providencia al extremo demandante, hasta el momento en que fue debidamente notificada dicha sociedad, transcurrió más de un año, lo que en atención a lo dispuesto en el artículo 94 del CGP permitiría -en principio- dar continuidad al término prescriptivo, lo cierto es que la demora referida no se puede imputar a la parte demandante, obedeció a “*negligencia del juzgado o por actividad elusiva del demandado*”⁸, -palabras usadas por la Corte Suprema de Justicia en casos similares-.

Al respecto, nótese que el 13 de julio de 2017, la parte actora remitió la citación correspondiente a las demandadas para lograr su notificación personal (folios 592 a 600 del archivo 01), las cuales, pese a haber sido enviadas a las direcciones de notificaciones que reportan los certificados de existencia y representación legal, fueron devueltas con la causal destinatario desconocido, particularmente la dirigida a CELLTRACK LTDA-. Luego, por memoriales del 2 de noviembre de ese mismo año, 21 de marzo y 9 de agosto de 2018, el apoderado del demandante pidió al Juzgado que se pronunciara sobre la devolución de la notificación, y tuviera en cuenta una nueva dirección de notificaciones o permitiera la notificación de esa sociedad a través de correo electrónico (folios 671 a 672 y 789, 875 del archivo 001 del expediente digital, trámite de primera instancia). Solicitudes a las cuales el juzgado sólo respondió en auto del 27 de agosto de 2018, en el que ordenó

⁸ Ver Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral, Sentencia SL 8716-2014 “Frente a dicho tema, esta Sala de la Corte ha previsto en su jurisprudencia que entre la presentación de una demanda y su notificación pueden generarse diversas eventualidades, que no son imputables a quien funge como demandante y que, por lo mismo, no pueden redundar en su perjuicio. En tal orden, contrario a lo argüido por la censura, ha admitido excepciones a la regla prevista en el artículo 90 del Código de Procedimiento Civil y, concretamente, como lo dedujo el Tribunal, ha aceptado que «...la sola presentación de la demanda interrumpe la prescripción cuando la notificación del auto admisorio de la misma no se efectúa oportunamente por negligencia del juzgado o por actividad elusiva del demandado...». “Precisamente, en este mismo sentido, expresó la Corte, Sala de Casación Civil, que la sola interposición de la demanda no interrumpe la prescripción salvo que el retardo en notificar a éste (el demandado) no se deba a culpa del demandante (...) sino al demandado, por haber eludido esta, o al personal del Juzgado encargo (sic) de hacerla, casos en los cuales la interrupción se entiende consumada con la presentación de la demanda”.

el cambio de dirección de notificaciones de esa sociedad (folio 877 ibídem). Para esa fecha, ya se había superado el año al que se refiere el artículo 94 del C.G.P. La notificación personal correspondiente se llevó a cabo el 5 de octubre de 2018 (folio 886).

Bajo ese panorama y aun cuando CELLTRACK LTDA no fue notificada de la demanda dentro del año siguiente a la notificación del auto admisorio al demandante, resulta claro que las causas de la demora no se le pueden imputar a la parte actora. Debe entenderse entonces que con la demanda se interrumpió el término de prescripción, el cual no operó para la indemnización por despido sin justa causa y las sanciones moratorias que resultaban exigibles a la finalización del contrato de trabajo. Sí operó frente a la sanción por no consignación de las cesantías del año 2013 que era exigible a partir del 14 de febrero de 2014, plazo con el que contaba el empleador para depositarlas en un fondo, por lo que el demandante tenía hasta el 14 de febrero de 2017 para demandar su pago, lo que no ocurrió; como se indicó anteriormente el reclamo se hizo 10 de mayo de 2017.

Por lo expuesto, se revocará parcialmente la sentencia de primer grado en cuanto declaró probada la excepción de prescripción para en su lugar declararla parcialmente probada.

Frente a TRACKER VSR GROUP, como la demanda fue presentada el 10 de mayo de 2017 y se notificó personalmente a esa empresa el 29 de junio de 2017 (folio 700, archivo 001 del expediente digital, trámite de primera instancia), esto es, dentro del año siguiente a la admisión de la demanda, y el reclamo que se hizo el día 9 de julio de 2014 (folio 344 ibídem) versó únicamente sobre los bonos 2010 a 2014 y las vacaciones, operó la prescripción de los derechos que pudieron causarse antes del 10 de mayo de 2014, salvo las cesantías -según se dijo-, las vacaciones frente a las

Exp. 03 2017 00261 03

Juan Armando Madriñan Romanch Vs Tracker VSR Group SAS y otros.

cuales procede el pago de las causadas en las anualidades 2010 a 2014, y los aportes a seguridad social los cuales no están sujetos a término prescriptivo alguno.

Se modificará en estos términos la sentencia de primer grado.

Es del caso precisar que las demandadas en este proceso no conforman un *litisconsorcio necesario*, el cual, en voces del artículo 61 del C.G.P., existe cuando una de las partes que concurre al proceso judicial (demandante y demandada) debe integrarse por un número plural de sujetos porque la decisión judicial que resuelve el fondo de la controversia los afectará uniforme y necesariamente. En este asunto, la controversia planteada en la demanda bien se hubiera podido resolver sin la presencia de todas las demandas porque, aunque coexistentes, se trató de relaciones laborales independientes que tienen consecuencias jurídicas diferentes para cada uno de los empleadores, es decir, la decisión no los afectaba de manera uniforme, exigencia necesaria para que se pueda calificar esta forma de intervención procesal.

(iii) SALARIO INTEGRAL: El artículo 132 del C.S.T. permite al empleador y al trabajador convenir libremente el salario en sus diversas modalidades, entre ellas, cuando el trabajador devengue un salario ordinario superior a 10 SMLMV, *valdrá la estipulación escrita de un salario que, además de retribuir el trabajo ordinario, compense de antemano el valor de prestaciones, recargos y beneficios tales como el correspondiente al trabajo nocturno, extraordinario o al dominical y festivo, el de primas legales, extralegales, las cesantías y sus intereses, subsidios y suministros en especie; y, en general, las que se incluyan en dicha estipulación, excepto las vacaciones.*

Se establece entonces una formalidad *ad substantiam actus* para la validez del acuerdo de salario integral, esto es, que conste por escrito. La Sala

Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha dicho que tal formalidad no se suple con el silencio o comportamiento del trabajador, y si bien puede suscribirse como un anexo al contrato de trabajo o mediante documento separado, o incluso, mediante un cruce de comunicaciones que refleje la intención del trabajador de convenir un salario integral con todas sus consecuencias, la voluntad de las partes debe expresarse y constar en un escrito (ver Sentencia SL2804 de 2020)⁹.

Con este referente normativo y jurisprudencial, el Tribunal confirmará la sentencia de primera instancia en cuanto estableció que en vigencia de la relación laboral celebrada con TRACKER VRS GROUP S.A.S. el demandante percibía salario ordinario, pues no se allegó medio de prueba útil sobre la existencia salario integral.

(iv) BONIFICACIONES DE LAS ANUALIDADES 2008 a 2014: Asegura el demandante que con TRACKER VSR GROUP S.A.S. la *bonificación salarial* se pactó en el 2008 como “*Bono total ofrecido Ciento Cuarenta y Cinco Mil Dólares (\$145.000) que se reparten en resultados operativos 70% del cual se gana el 62.76% que equivale a Sesenta y Tres Mil Setecientos Cinco Dólares (\$63.705), 30% restante del bono por el valor de Cuarenta y Tres Mil Quinientos Dólares (\$43.500) que se califica por su gestión se le ha otorgado el 100% de este para un total de Ciento Siete Mil Doscientos Cinco Dólares (\$107.205)*”, suma que asegura le fue pagada en su totalidad (hecho 72, folio

⁹ En esta decisión, la Corte rectificó su criterio según el cual se admitía que el convenio de salario integral puede estructurarse mediante el silencio o consentimiento tácito del trabajador, es decir, no es necesaria la formalidad escrita “(...) La Corte considera necesario rectificar este criterio. Lo anterior en la medida que, al ser la forma escrita consustancial al acto, no puede suplirse a través del silencio o comportamiento del trabajador. Es indispensable que la forma preordenada por el legislador se cumpla, de lo contrario, el acto es inexistente. Por consiguiente, no podría el silencio del trabajador o su comportamiento, sustituir o desplazar, poco a poco, la formalidad escrita determinada por la ley. Ello llevaría, por ejemplo, al absurdo de admitir que en el Derecho Civil el matrimonio puede inferirse del comportamiento de la pareja o la venta de un inmueble del silencio o la conducta de los contratantes. (...)”

Exp. 03 2017 00261 03

Juan Armando Madriñan Romanch Vs Tracker VSR Group SAS y otros.

16 archivo 01); para el 2009 100.000 USD que también fueron pagados; y para el 2012 la suma de 300.000 USD que comprendían, a su vez, las bonificaciones de las anualidades 2010 y 2011, de esta última cifra, el demandante asegura se le adeuda la suma de 71.729 USD (folio 20, hecho 132). Además, afirma que se le deben 120.000 USD de 2013 y 62.000 USD del 2014.

Revisado el expediente el Tribunal modificará la decisión del juez de primer para disponer que al demandante se le adeuda la suma de 71.729 USD por concepto de bonificaciones de las anualidades 2010 a 2012, y se confirmará en cuanto se abstuvo de ordenar el pago de 120.000 y 62.000 USD por las bonificaciones de 2013 y 2014, respectivamente, por falta de prueba de su causación.

Frente a las primeras (71.729 USD), de las comunicaciones cruzadas mediante correo electrónico se desprende el acuerdo de pago celebrado entre el actor y la demandada a través de su representante, FRIEDA TSCHUGG, para el pago de dichos conceptos. Aunque la mayoría de correos son autoría del actor, en ellos explica las condiciones del acuerdo frente a los saldos de los bonos de 2010 a 2012, indica las sumas que ha recibido, y el estado de la obligación adquirida por la demandada (ver folios 374 a 380, 385, 388 a 389, 390 a 391 y 392, archivo 01), y obtuvo al respecto dos respuestas de FRIDA TSCHUGG (representante legal de TRACKER VSR GROUP, según consta en el certificado de existencia y representación legal, folio 119 del archivo 01) en las que señala: *“como sabes tratamos de ayudar y te enviamos los US\$ 25.000, no creo que no sea posible pagarte lo que se adeuda en un tiempo tan corto por la situación en la que estamos”* (folio 390), y en otro dice: *“Gracias por la confirmación. Desafortunadamente no tenemos manera de enviarte algo más en el momento, estamos haciendo nuestro mejor esfuerzo para cumplirte”* (folio 392). De tales correos se

deduce, no solo que existió un acuerdo, sino que había pagos pendientes. Además, dan cuenta de que los pagos se hicieron hasta agosto de 2016, quedando un saldo de 71.729 USD (folio 400, archivo 01 del expediente digital) cuyo pago no se demostró en el plenario, razón por la cual, y como quiera que no operó la prescripción frente a estos rubros, se adicionará la sentencia para disponer lo pertinente a cargo de la demandada TRACKER VRS GROUP S.A.S.

Respecto a las bonificaciones de los años 2013 y 2014, además de las reclamaciones hechas por el demandante a través de correos electrónicos a la finalización del contrato de trabajo, en los que solicita el pago (folio 327 ibídem), no hay ningún otro medio de prueba del que se pueda determinar, con certeza, la existencia de una obligación en cabeza de esa demandada. Tampoco se advierte la existencia de un acuerdo sobre el pago de esos valores (120.000 y 62.000 USD) ni otras circunstancias que dieran a entender que fueron una obligación cierta de la demandada TRACKER VRS GROUP. Se debe precisar que este concepto no se incluyó en el acuerdo de las bonificaciones de 2010 a 2012 a las que se hizo referencia; expresamente así lo señaló el actor en esas misivas, y se desprende del detalle que él mismo elaboró (folios 387 a 389, 397 a 398 y 399 del archivo 001).

(v) FACTORES SALARIALES. Alega el demandante que los *viáticos*, las *bonificaciones*, los *bonos Sodexo Pass*, y la suma de 3.290 USD son factor salarial.

Para resolver sobre esta materia, el artículo 127 del CST dispone que todo pago que reciba el trabajador del empleador *para retribuir directamente sus servicios 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, es salario. Con base en ello, cuando el trabajador demuestra que el pago fue efectuado por el empleador y que este se hizo para retribuir el servicio el juez le debe asignar naturaleza salarial.

Así lo disponen los artículos 53 de la Constitución Política y 13 del CST, y lo adocrinó la sentencia C-710 de 1996, providencia en la cual la Corte Constitucional impartió una interpretación auténtica de la Ley, que tiene efectos de cosa juzgada constitucional y es de forzosa aplicación para todos los jueces. Allí se dijo: *“La definición de lo que es factor salarial, corresponde a la forma como se desarrolla el vínculo laboral, y no a la existencia de un texto legal o convencional que lo consagre o excluya como tal, pues todo aquello que recibe el trabajador como contraprestación directa de su servicio, sin importar su denominación, es salario. En esta materia, la realidad prima sobre las formalidades pactadas por los sujetos que intervienen en la relación laboral. Por tanto, si determinado pago no es considerado salario, a pesar de que por sus características es retribución directa del servicio prestado, la Juez laboral, una vez analizadas las circunstancias propias del caso, hará la declaración correspondiente”*. Advirtió la Corte más adelante en la sentencia referida, que el artículo 128 define pagos que no constituyen salario, *“Sin que ello implique –en palabras de esa Corporación- que, en casos concretos, la Juez, una vez analizadas las circunstancias que rodean el caso puesto a su consideración, concluya que determinadas sumas de dinero que recibe el trabajador, a pesar de estar excluidas como factor salarial lo son, en razón al carácter retributivo de la labor prestada”*.

Con base en estas normas y una vez revisada la evidencia aportada al expediente, no encuentra el Tribunal demostrado de forma suficiente por quien tenía la carga procesal (la parte demandante por ser quien alegó el

hecho¹⁰), el carácter salarial de los viáticos cuya inclusión se reclamó en el proceso. De hecho, ni siquiera hay evidencia de que este concepto se hayan pagado al trabajador.

De todas formas, para obtener una decisión favorable a la pretensión de incluir los VIÁTICOS como factor salarial, el demandante debía relacionar y demostrar de forma específica que tales pagos (i) eran viáticos *permanentes*, (ii) que su destino era *proporcionar al trabajador manutención y alojamiento; pero no en lo que sólo tenga por finalidad proporcionar los medios de transporte o los gastos de representación*”, y (iii) el valor específico recibido por cada uno de ellos, a tenor de lo dispuesto en el artículo 130 numerales 1 y 3 del CST.

Revisado el expediente, no se observa en la demanda una relación específica que permita obtener el valor concreto y la eventual omisión de la demandada al no incluir la parte que correspondiera por viáticos en el salario base de liquidación de sus derechos laborales. Ni siquiera se relacionaron los días y los lugares en los que el trabajador estuvo alojado en un hotel por cuenta de su empleador, ni el valor de las tarifas que éstos tenían dispuestas para sus usuarios, entre otros datos relevantes.

Tal deficiencia probatoria no se supera con el reporte de ingresos y salidas del país expedido por MIGRACIÓN COLOMBIA (folios 476 a 504 del archivo 001 del expediente digital, trámite de primera instancia), estos dan cuenta de movimientos migratorios, pero en manera alguna de la duración del viaje o su objeto, ni de lo pagado por viáticos o el monto destinado de este rubro para alojamiento y alimentación.

¹⁰ Artículo 167 del CGP: “Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”.

Tampoco se obtiene confesión sobre las materias referidas por el hecho de que las demandadas hubieran aceptado que el demandante debía viajar fuera del país constantemente.

Como la evidencia arrojada al expediente en materia de VIÁTICOS no logra demostrar los supuestos necesarios para ser considerados salario, resultó también acertada la decisión del juez que negó su inclusión en la liquidación de prestaciones sociales.

Se debe advertir que no le es posible al juzgador, como lo pretende el demandante, efectuar cálculos o suposiciones para determinar su cuantía. Era una carga probatoria que le incumbía, precisamente, a ese extremo de la litis.

Frente a los 3.290 USD que reclama como factor salarial en el recurso, tampoco existe prueba que permita a la Sala establecer que efectivamente el demandante recibió este concepto de forma periódica. No resulta útil para este fin el interrogatorio de parte rendido por el representante legal de TRACKER VSR GROUP SAS, pues al indagarle frente a este hecho negó haber cancelado dicha suma¹¹; ni la relación *de pago mensual* que milita a folio 314 del archivo 01, pues se trata de un documento elaborado por el mismo demandante a quien no le es dado fabricar su propia prueba.

Con relación a las *bonificaciones* y los bonos Sodexo Pass, se tiene que las primeras eran unas sumas entregadas anualmente al empleado y las segundas mensualmente en cuantía de \$1.220.000, frente a las cuales operó la presunción de carácter salarial a la que se hizo mención, presunción que no fue desvirtuada por el empleador demandado que ningún esfuerzo

¹¹ Audiencia virtual, aarchivo 012 récord 2:05:58.

demostrativo adelantó para restarle a dichos conceptos su naturaleza retributiva del servicio.

Como la sentencia apelada, pese a que no ordenó el pago de los saldos por 71.729 USD, sí incluyó dichas sumas en la reliquidación de los derechos laborales del demandante, habrá de confirmarse, pues debían imputarse en la liquidación de prestaciones sociales y de aportes a seguridad social en pensión del demandante, como lo determinó el juez de primera instancia.

(vi) DERECHOS LABORALES Y APORTES A SEGURIDAD SOCIAL: Atendiendo las precisiones realizadas frente a la prescripción de la acción y como quiera que el juez de primer grado consideró que la prescripción de las prestaciones sociales operó respecto de los derechos causados con anterioridad al 17 de septiembre de 2011 -a excepción de las cesantías-, y que de acuerdo a las conclusiones del Tribunal este fenómeno operó frente a dichos derechos causados con anterioridad al 10 de mayo de 2014 -con excepción igualmente de las cesantías-, es del caso modificar las condenas impuestas únicamente por prima de servicios e intereses a las cesantías de la sentencia apelada.

Para ello, efectuados los cálculos correspondientes, teniendo en cuenta el salario definido por el juez de primer grado para el año 2014 (\$ 18.648.058) que no fue objeto de modificación en esta instancia por las razones consignadas en acápites anteriores, se obtienen los siguientes valores adeudados por ajuste de prestaciones sociales (intereses sobre las cesantías y primas).

- Primas de Servicios del 2014: \$ 9.531.230
- Intereses a las cesantías 2014: \$ 584.582

Exp. 03 2017 00261 03

Juan Armando Madriñan Romanch Vs Tracker VSR Group SAS y otros.

RELIQUIDACIÓN APORTES A SEGURIDAD SOCIAL EN PENSIONES.

Para resolver esta parte de la controversia, la Sala se remite al contenido del artículo 17 de la Ley 100 de 1993, norma que dispone para el empleador la obligación de efectuar las cotizaciones *“durante la vigencia de la relación laboral y del contrato de prestación de servicios, (...) a los regímenes del sistema general de pensiones por parte de los afiliados, los empleadores y contratistas con base en el salario o ingresos por prestación de servicios que ellos devenguen”*.

Cuando se incumple la obligación de pagar los aportes de un trabajador que estaba afiliado al Sistema, las normas señalan a cargo del empleador el pago del aporte junto con el interés moratorio *“igual al que rige para el impuesto sobre la renta y complementarios”* (artículo 23 de la Ley 100 de 1993). En esta eventualidad los tiempos correspondientes a dichos aportes deben ser computados por la entidad pagadora de pensiones aun cuando no se haya efectuado el pago, o en el caso de pagos deficitarios de los referidos aportes.

Así las cosas, resultaba procedente la condena al pago de la reliquidación de los aportes, para lo cual se deben tener en cuenta los extremos laborales y los salarios señalados por el *a quo*. Para el pago deberá el demandante informar a la ex empleadora en qué administradora de pensiones se encuentra afiliado.

No resultaba indispensable la vinculación del fondo de pensiones, como lo asegura la sociedad TRACKER VSR GROUP S.A.S. en la apelación, pues es una obligación que incumbe únicamente al empleador.

SANCIÓN MORATORIA E INDEMNIZACIÓN POR CONSIGNACIÓN INCOMPLETA DE LAS CESANTÍAS. Para decidir si procede o no sanción

moratoria por la omisión del empleador, el artículo 65 del CST impone el pago de un día de salario por cada día de retardo en el pago completo de los salarios y las prestaciones que se hubieran causado al finalizar el vínculo laboral. Por su parte, el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 sanciona también al empleador que incumpla el plazo para efectuar la consignación de las cesantías, con el pago de un día de salario por cada retardo trascurrido desde el 15 de febrero de cada año calendario.

Sin embargo, dichas sanciones no operan de forma automática e inexorable, pues la demora u omisión del empleador bien puede estar revestida de buena fe, y esta situación se deriva, entre otras causas, del entendimiento plausible, es decir, *con razones válidas* en el empleador, de no estar obligado a la consignación o al pago, según corresponda¹².

Atendiendo lo anterior, en lo que toca a TRACKER VSR GROUP S.A.S., debe tenerse en cuenta que el impago de las prestaciones sociales causadas a favor del trabajador se justificó en la convicción que tenía esa sociedad de que las partes habían pactado válidamente salario integral. Así pues, frente a esta circunstancia (el entendimiento plausible del empleador de no estar obligado a efectuar la liquidación de los derechos laborales por la existencia de un pacto de salario integral), no resulta exótica o burdamente desatinada la interpretación que hizo de las normas legales la demandada; de hecho la de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha estimado en el pasado que el convenio de salario integral bien podía estructurarse y producir efectos por el silencio o consentimiento tácito del trabajador y sin la

¹² Sobre la sanción moratoria ha dicho la Sala Laboral de la Corte que “(...) *no es de aplicación automática e inexorable, ya que el juez tiene el deber de estudiar las pruebas incorporadas al proceso a fin de establecer si la conducta del empleador estuvo o no justificada, al punto que el examen fáctico permitirá establecer si la omisión o pago tardío de acreencias laborales, estuvo o no asistido de la buena fe, pues de estar justificados en razones serias y atendibles, debidamente acreditadas en el proceso, que indiquen, sin lugar a dudas, que no hubo intención de defraudar al trabajador y que se obró con buena fe*”¹².

Exp. 03 2017 00261 03

Juan Armando Madriñan Romanch Vs Tracker VSR Group SAS y otros.

formalidad escrita (sentencia del 9 de agosto de 2011, radicado 40259, reiterada en SL, 28 feb. 2012, rad. 37592 y SL 4235 de 2014)¹³.

De ello resulta evidente en el presente caso que el empleador no actuó con mala fe, sino amparado en *razones* que, aunque equivocadas, le permitían entender de buena fe que no estaba obligado a los pagos de prestaciones sociales que en este expediente se dedujeron a su cargo.

Frente a la demandada CELLTRACK LTDA., si bien es cierto que al demandante se le adeudaban salarios y prestaciones a la terminación del contrato de trabajo, dichas sumas le fueron pagadas el 8 de julio de 2014 (folio 341, archivo 001 del expediente digital), esto es, 4 días después de finalizado el vínculo, plazo que estima la Sala razonable y que hace inviable el pago de sanción alguna por mora.

En relación a la sanción por no consignación de las cesantías, según lo expuesto de manera precedente, operó la prescripción para ambos contratos.

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

¹³ En dicha sentencia la Corte refirió que para la validez del acuerdo de salario integral «es suficiente que tal convenio se haya plasmado en cualquier escrito que no deje duda de que esa fue la voluntad de los contratantes, incluso por iniciativa del empleador, siempre que medie la aceptación, ***tácita inclusive, del trabajador***». A su vez, en providencia CSJ SL4594-2016 la Corte señaló que el pacto de salario integral “*puede desprenderse de la conducta asumida por las mismas [partes] durante la ejecución del contrato de trabajo, las cuales permiten al operador judicial formarse el convencimiento que ese fue el propósito (...)*”.

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

Con estas reglas procesales y una vez revisado el expediente, el Tribunal confirmará también la decisión de primera instancia en cuanto declaró la existencia de un despido injusto frente a TRACKER VSR GROUP S.A.S., y la adicionará para declararlo igualmente frente a la relación de trabajo que se ejecutó con CELLTRACK LTDA., pues la causa de terminación de ambos contratos fue aducida oportunamente y se probó en el transcurso del proceso el incumplimiento de los empleadores a la obligación de pagar los salarios y las prestaciones que se causaron durante la ejecución del contrato de trabajo.

Sobre esta materia, en las cartas de *renuncia motivada* (folios del expediente digital) el demandante aduce como razones de terminación del contrato la mora en el pago de nueve quincenas de su salario y el incumplimiento en el pago de los aportes completo al sistema general de seguridad social¹⁴ (folios

¹⁴ “(...) con la presente renunció a partir del 31 de julio de 2014 al cargo que he venido desempeñando con Tracker VSR Group SAS, debido al incumplimiento por parte de la empresa del pago puntual de mi salario como es su obligación. A la fecha se me adeudan nueve quincenas de salario y este es un problema que ha sido recurrente en el último año. La empresa también ha venido incumpliendo el pago de mi seguridad social como es su obligación, dejándome desamparado en salud, pensión y riesgos profesionales. Por lo anterior le solicité el pago de la indemnización legal por el incumplimiento por parte de la empresa de sus obligaciones legales para conmigo.”

257 y 259 del archivo 01 del expediente digital). La situación descrita por el actor se enmarca en el numeral 6° literal b) del artículo 62 del CST, que señala como justa causa de terminación del contrato de trabajo por parte del trabajador, *el incumplimiento sistemático sin razones válidas por parte del empleador, de sus obligaciones convencionales o legales*. Las obligaciones que incumplió el empleador se encuentran descritas en el artículo 57, numeral 4 y el artículo 62, Literal B, numeral 6 del CST.

Se demostró en el trámite de primera instancia, según se dijo, que las demandadas no pagaron los salarios del demandante entre febrero y julio de 2014 como se reconoció tanto en la contestación de la demanda como en los interrogatorios de parte que absolviéron sus representantes legales, hecho que se corrobora con las copias de las liquidaciones en las que se incluyen pagos por concepto de salarios adeudados (folios 338, 339, 341 y 342 ibídem) y con la declaración del testigo Jorge Enrique Pedraza Vera¹⁵, revisor fiscal de estas compañías, quien indicó *“que se le adeudaban salarios, los cuales fueron incluidos en la liquidación, dado que se presentaron atrasos por la crisis de las compañías, pero se reintegraron.”*

Dichos incumplimientos devienen en *sistemáticos* por el transcurso de cada mes que haya pasado desde la primera omisión; e injustificado pues como lo señala el artículo 28 del CST, el trabajador puede participar de los beneficios o utilidades del empleador, no así de *“sus riesgos o pérdidas”*. Sobre esta materia la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha dicho que *“no resulta de recibo que se arguya que las dificultades económicas que afectan al empresario puedan restarle la condición de gravedad de este incumplimiento, en tanto la misma se califica desde la perspectiva del trabajador y no del patrono (...)”* y por ello no habría razón jurídica para que el trabajador *“no pueda terminar el contrato unilateralmente y si lo hace no*

¹⁵ Archivo 33 minuto 22:04.

pueda reclamar la indemnización de perjuicios correspondiente, cuando es claro que la responsabilidad en la ruptura del nexo no proviene de él sino de su contraparte” (Sentencia Rad.- 36182 del 27 de febrero de 2013). En otra providencia la Corte advirtió: “si dichas dificultades económicas no son fuente lícita para despedir a un trabajador, la consecuencia para el empleador es el pago de la indemnización correspondiente, lo que correlativamente implica que cuando el trabajador renuncia por el no pago de salarios y prestaciones que comporta el reiterado incumplimiento del empleador de sus obligaciones especiales, éste no puede alegar las dificultades económicas suyas para exonerarse de la indemnización derivada del despido indirecto, como se conoce tal situación” (Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral, Sentencia Rad. 36298 del 2 de julio de 2009).

Definida la existencia de un despido injusto, pasa la Sala a tasar el valor de la indemnización a cargo de CELLTRACK LTDA., pues la definida para TRACKER VRS GROUP S.A.S. no fue materia de apelación.

Verificadas las operaciones aritméticas se obtiene por este concepto la suma de \$36.140.700, aplicando la proporción que regula el artículo 6º de la Ley 50 de 1990, de la cual resultan 238,5 días de indemnización a razón de \$151.533¹⁶ de salario diario. Se dictará entonces la condena al pago de este valor.

(viii) SOLIDARIDAD: Frente a esta materia debe tenerse en cuenta que la solidaridad solo procede por disposición legal o por acuerdo de las partes, y en el asunto bajo estudio ningún capítulo se dedicó a esta temática para explicar de dónde podría provenir la solidaridad que se invoca respecto de las llamadas a juicio, o cuál es el fundamento de la misma.

¹⁶ \$4.546.000

Exp. 03 2017 00261 03

Juan Armando Madriñan Romanch Vs Tracker VSR Group SAS y otros.

Aunque en la alzada se pretende la declaración de una unidad de empresa o grupo empresarial para establecer de allí una solidaridad, lo cierto es que dicha circunstancia quedó expresamente excluida del debate probatorio, pues en la audiencia inicial, cuando el demandante pretendió que se incluyera dicha temática no considerada en la demanda, el juez fue enfático en señalar que no procedía su inclusión en el litigio por ser *extemporánea*.

Además, las pruebas que se pretenden hacer valer para analizar este aspecto, fueron incorporadas como soporte de unas medidas cautelares que fueron negadas, pero que en manera se decretaron en aras de verificar la existencia del grupo empresarial.

Por lo anterior, a juicio de la Sala, no existe fundamento para condenar a las demandadas solidariamente.

SIN condena en COSTAS de esta instancia.

Las COSTAS de primera instancia se modificarán para disponer que también están a cargo de CELLTRACK LTDA.

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

RESUELVE

- 1. REVOCAR PARCIALMENTE** el numeral SEXTO de la sentencia de primera instancia para declarar PARCIALMENTE PROBADA la excepción de prescripción frente a CELLTRACK LTDA.

Exp. 03 2017 00261 03

Juan Armando Madriñan Romanch Vs Tracker VSR Group SAS y otros.

2. **MODIFICAR** el numeral NOVENO de la sentencia de primera instancia para disponer que como valor adeudado por prima de servicios la suma de \$9.531.230 y de intereses a las cesantías \$584.582, conforme lo expuesto en la parte motiva.
3. **REVOCAR** el numeral ONCE de la sentencia de primera instancia, para en su lugar ABSOLVER a TRACKER VRS GROUP S.A.S. de la sanción moratoria prevista en el artículo 65 del C.S.T.
4. **REVOCAR PARCIALMENTE** el numeral TRECE de la sentencia de primera instancia en cuanto absolvió a la demandada CELLTRACK LTDA. de las pretensiones incoadas en su contra, para en su lugar CONDENAR a esa sociedad a pagar a favor del demandante la suma de \$36.140.700 por concepto de indemnización por despido sin justa causa.
5. **ADICIONAR** la sentencia de primera instancia en el sentido de disponer el pago de la suma de 71.729 USD por concepto de *saldo de bonificaciones 2010 a 2012*, el cual deberá liquidarse a la tasa de cambio vigente a la fecha de pago.
6. **MODIFICAR** el numeral QUINCE de la sentencia apelada para disponer que las costas de primera instancia también estarán a cargo de CELLTRACK LTDA.
7. **CONFIRMAR** en lo demás la sentencia apelada.
8. **SIN COSTAS** en segunda instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

Exp. 03 2017 00261 03
Juan Armando Madriñan Romanch Vs Tracker VSR Group SAS y otros.


LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado .


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO.

**PROCESO ORDINARIO DE SANELLY JARRIN DUARTE CONTRA LA
ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**

Bogotá D. C., treinta y uno (31) día de marzo de dos mil veintitrés (2023)

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito, como lo dispone el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reúne la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, para estudiar el recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES, y en el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta última entidad, la sentencia dictada el 22 de junio de 2022 por la Juez Primera (1) Laboral Transitoria del Circuito de Bogotá, en la cual se CONDENÓ a COLPENSIONES a reconocer pensión de invalidez de origen común a favor de la demandante.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, SANELLY JARRIN DUARTE presentó demanda contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, para que, mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, se declare que tiene derecho a pensión de invalidez, en consecuencia, pide que se condene al pago del retroactivo de las mesadas junto con los intereses moratorios. Como fundamento de lo pedido afirma que cotizó de forma interrumpida al extinto ISS hoy COLPENSIONES entre el 12 de febrero de 1979 y el 31 de julio de 1991, acumulando 172,14 semanas de aportes. Fue calificada por la JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ DE BOGOTÁ D.C., mediante dictamen N° 0006123 de fecha 23 de octubre del 2002, con una PCL del 70%. Por lo anterior elevó solicitud pensional ante

COLPENSIONES el 14 de agosto de 2012, petición que fue negada en la resolución No. 46344 del 21 de marzo del 2013, confirmada en la resolución VPB 4371 del 31 de agosto de 2013, y se le informó que podía solicitar la indemnización sustitutiva de la pensión de invalidez (ver demanda Archivo 001 folios 1 a 13, tramite de primera instancia del expediente digital).

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES contestó la demanda mediante apoderada, aceptó algunos de los hechos y se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Afirma que en el año 2002 la Junta Regional de Calificación de la Invalidez no estableció un porcentaje de pérdida de capacidad laboral ni una fecha de estructuración, como se desprende del FORMULARIO DE DICTAMEN PARA CALIFICACIÓN DE LA PÉRDIDA DE LA CAPACIDAD LABORAL Y DETERMINACIÓN DE LA INVALIDEZ de fecha 23 de octubre del 2002. Informa que elaboró el Dictamen N° 201329680TT de fecha 22 de octubre del 2013, en el cual fue se calificó una pérdida de capacidad laboral del 73,25%, con fecha de estructuración el 20 de febrero de 1998. Aduce que no se cumplieron los requisitos previstos en la Ley para acceder a la prestación, pues no cotizo 26 semanas en el año anterior a la estructuración de la invalidez. Finalmente, afirma que tampoco procede la aplicación de la condición más beneficiosa por no haber cotizado 150 semanas dentro de los últimos 6 años anteriores a la estructuración del estado, ni 300 semanas en cualquier tiempo, exigencias del Acuerdo 049 de 1990 para acceder al derecho. Propuso como excepciones de mérito: *inexistencia del derecho y de la obligación al reconocimiento y pago de una pensión de invalidez, inexistencia del derecho y de la obligación al reconocimiento y pago de una pensión de invalidez, buena fe, prescripción y la genérica*. (Archivo 005 folios 3 a 13).

Terminó la primera instancia con sentencia del 22 de junio de 2022, a través de la cual la Juez Primera (1) Laboral Transitoria del Circuito de Bogotá CONDENÓ al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez en aplicación de la *condición más beneficiosa*. Para tomar su decisión tuvo en cuenta el dictamen emitido por COLPENSIONES el 22 de octubre de 2013, que calificó

a la demandante con una pérdida de capacidad laboral del 73,25% y fecha de estructuración 20 de febrero de 1998, señaló que si bien no se evidencia cumplido el requisito de semanas cotizadas de la Ley 100 de 1993, si se cumplieron los requisitos para la aplicación del Acuerdo 049 de 1990 por *condición más beneficiosa*, al contar 150 semanas cotizadas antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 y en los seis (6) años anteriores a la estructuración de la invalidez, por tanto reconoció la prestación bajo las disposiciones del Acuerdo 049 de 1990.

La parte resolutive tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: CONDENAR A LA ADMINISTRADORA DE PENSIONES COLPENSIONES a reconocer y pagar a la señora SANELLY JARRIN DUARTE pensión de invalidez de origen común a partir del 20 de febrero de 1998 por valor de \$203.826 y a razón de 14 mesadas anuales, valor que se deberá incrementar a partir del primero de enero de 1999 en la misma proporción del salario mínimo legal mensual vigente conforme quedo expuesto en la parte motiva de esta decisión. SEGUNDO: CONDENAR A LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a reconocer y pagar a SANELLY JARRIN DUARTE la suma de \$59.500.000 por concepto de mesadas pensionales retroactivas causadas desde el 16 de febrero del 2018 hasta el 30 mayo de 2022 inclusive y a continuar pagando a las que se generen con posterioridad a esta sentencia, autorizando descontar los aportes a seguridad social en salud. TERCERO: DECLARAR probada la excepción de buena fe respecto de los intereses moratorios y parcialmente la de prescripción a favor de la parte demandada y no probada las demás planteadas en la contestación. CUARTO: ABSOLVER a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES de las demás pretensiones incoadas por la parte demandante en este proceso. QUINTO: COSTAS serán cargo de la entidad demandada COLPENSIONES. Tásense las agencias en un salario mínimo legal mensual vigente. SEXTO: por la naturaleza jurídica de la administradora colombiana de pensiones Colpensiones establecida en el decreto 4121 del 2011 se dispone consultar la presente decisión si no es apelada ante la honorable Sala Laboral Del Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Bogotá*

de conformidad con lo establecido en el artículo 69 del código procesal laboral.” (Audiencia virtual del 22 de junio de 2022 – archivo 07 carpeta 02 Min. 29:03).

APELACIÓN

En el recurso, COLPENSIONES aduce que la demandante no cumplió los requisitos legales para causar la pensión que reclama, pues *no hubo claridad en lo relacionado con la fecha de estructuración de la incapacidad* de la demandante ni se acreditó la densidad de semanas para acceder a la prestación de invalidez¹ (Audiencia virtual del 22 de junio de 2022 – archivo 07 carpeta 02 Min. 31:40).

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

No fueron objeto de controversia los siguientes hechos relevantes para la decisión que tomará la Sala: (i) que COLPENSIONES, el 22 de octubre de 2013, calificó a la demandante con una pérdida de capacidad laboral del 73,25%, con fecha de estructuración el 20 de febrero de 1998 (página 16 a 18 archivo 01 carpeta 01 trámite de primera instancia); y (ii) que la demandante tiene en la actualidad una pérdida de capacidad laboral superior al 50% (así lo definió la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá D.C. en el

¹ “muchas gracias señora juez, la administradora de pensiones Colpensiones permítame presentar recurso de apelación de manera respetuosa emitida en la que cambie igualmente los ya enunciados las diferentes posturas que le ha indicado la entidad al demandante, esto pues inicialmente indicando que no hubo una claridad en cuanto a la fecha de estructuración por parte de la junta regional de calificación de invalidez de Bogotá en cuanto a dicha fecha de estructuración de la aludida invalidez de la señora demandante, igualmente no se pudo constatar por lo menos que tuviera la suficiencia en la densidad de semanas que requiere la ley, por lo cual no, no cumple los requisitos o por lo menos ambos requisitos la señora Jarrin duarte para acceder a una pensión de invalidez como la que se le ha concedido, así las cosas espera Colpensiones se revea por lo menos por parte del despacho por área del tribunal que hagan reparo en dichos detalles que dejan por lo menos una duda en cuanto al cumplimiento de cada uno de los requisitos que estima la ley especialmente el acuerdo 049 del año 90 que reglamentaba ...(Inaudible) como requisitos de la pensión de invalidez esperando así las cosas que el honorable tribunal revele a determinación y modifique la misma, muchas gracias.”

concepto 6123 el 23 de octubre de 2022, página 28 archivo 01 carpeta 01 trámite de primera instancia.

El Tribunal debe definir si se cumplieron los requisitos dispuestos en las normas para el acceso a una pensión de invalidez, y en caso de prosperar lo anterior, la fecha a partir de la cual procede el pago del retroactivo pensional y si hay lugar al pago de intereses moratorios.

PENSIÓN DE INVALIDEZ. Para resolver si se causó o no la pensión reclamada, se debe señalar que las normas que puede aplicar el juez para asignar un derecho son las que se encuentran vigentes cuando se cumplen los supuestos fácticos dispuestos en el ordenamiento jurídico para que el derecho nazca, bien sea por aplicación directa o porque fueron preservadas expresamente mediante un régimen de transición.

Para pensiones de invalidez, las normas anteriores a la Ley 100 de 1993 exigían, además de un determinado número de semanas cotizadas, que la persona hubiera estructurado una pérdida de capacidad laboral superior al 50%, *condición* que se debía cumplir en vigencia de la norma².

En este orden de ideas la pensión por invalidez de la demandante se regula con la norma vigente cuando se estructuró el estado de invalidez (lo que ocurrió el 20 de febrero de 1998 - ver páginas 16 a 18 archivo 01 carpeta 01 trámite de primera instancia). En ese momento, el artículo 39 de la Ley 100 de 1993 disponía el acceso a la pensión de invalidez para los asegurados que, habiendo dejado de cotizar el Sistema, hubieran efectuado aportes durante al menos 26 semanas dentro del año inmediatamente anterior a la fecha de estructuración del estado.

² La pérdida de capacidad laboral superior al 50% es una *condición suspensiva* de acceso al derecho, esto es, un hecho futuro e incierto del cual pende en nacimiento o no del derecho. En los términos del artículo 1536 del CC: “La *condición* se llama *suspensiva* si, mientras no se cumple, suspende la adquisición de un derecho; y *resolutoria*, cuando por su cumplimiento se extingue un derecho”.

Como en dicho lapso la demandante no hizo ninguna cotización, pues el último aporte aparece efectuado en el ciclo de mayo de 1992 no se causó el derecho pensional que reclama en este proceso³.

Debe advertirse que si bien se ha estimado la aplicación del acuerdo 049 de 1990 para pensiones de sobrevivencia cuando la muerte del causante ocurrió en vigencia de normas posteriores, tal análisis se basa en la remisión expresa que hace el artículo 25 y el contenido del artículo 26 para las pensiones de *sobrevivientes por riesgo común*⁴. Para las pensiones de *invalidez* las normas exigen una *condición suspensiva* adicional: la pérdida de capacidad laboral superior al 50%, que define -como se dijo- el momento en que se causa la prestación.

Por ello en pensiones de *invalidez* la sola acumulación de tiempos de cotización al amparo del Acuerdo 049 de 1990 no consolida el derecho en cabeza del afiliado, y por ende las modificaciones normativas son plenamente aplicables mientras no se haya estructurado la invalidez.

Por el resultado impropio de la pretensión principal, igualmente no hay lugar al reconocimiento de retroactivo alguno y, en consecuencia, tampoco se evidencian causados intereses moratorios.

Sin costas en la apelación.

³ En nada se afecta el cómputo con el periodo que tiene anotación “*periodo en mora por parte del empleador*”, según la historia laboral (ver páginas 12 a 14 archivo 01 carpeta 01 trámite de primera instancia),

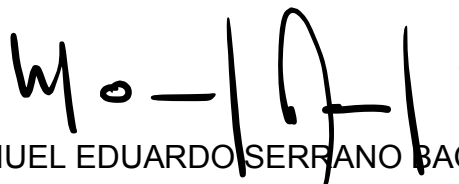
⁴ ACUERDO 049 DE 1990. ARTÍCULO 25. PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES POR MUERTE POR RIESGO COMÚN. Cuando la muerte del asegurado sea de origen no profesional, habrá derecho a pensión de sobrevivientes en los siguientes casos: a) Cuando a la fecha del fallecimiento, el asegurado haya reunido el número y densidad de cotizaciones que se exigen para adquirir el derecho a la pensión de invalidez por riesgo común (...) ACUERDO 049 DE 1990. ARTÍCULO 26. CAUSACIÓN Y PERCEPCIÓN DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES. El derecho a la pensión de sobrevivientes se causa cuando se reúnen los requisitos establecidos en el presente Reglamento y se reconoce y paga a partir de la fecha del fallecimiento del asegurado o del pensionado

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

RESUELVE

1. **REVOCAR** la sentencia de primera instancia, para en su lugar **ABSOLVER** a **COLPENSIONES** de todas y cada una de las pretensiones incoadas en la demanda.
2. **SIN COSTAS** en la apelación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado


LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO.

**PROCESO ORDINARIO DE NANCY SUSANA ALFONSO HUERTAS
CONTRA INVERSIONES Y CONSTRUCCIONES LUJOS S. EN C – EN
LIQUIDACIÓN.**

Bogotá D. C., treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintitrés (2023)

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito como lo establece el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reúne la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, para resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, contra la sentencia dictada el 2 de febrero de 2022 por el Juez Quinto (05) Laboral del Circuito de Bogotá. En ella se DECLARÓ la existencia del contrato de trabajo realidad desde el 17 de mayo de 2014 hasta el 20 de octubre de 2014, CONDENÓ al pago de las prestaciones sociales, vacaciones, indemnización moratoria y ABSOLVIÓ de las demás pretensiones incoadas.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, NANCY SUSANA ALFONSO HUERTAS presentó demanda contra INVERSIONES Y CONSTRUCCIONES LUJOS S. EN C (ICL DESARROLLO URBANO) para que, mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, se declare la existencia de un contrato de trabajo entre el 17 de marzo y el 16 de diciembre de 2014 que terminó por despido

sin justa causa. En consecuencia, pide que se condene a la demandada a pagar salarios adeudados, aportes a seguridad social, cesantías, intereses de cesantías, prima de servicios y vacaciones causadas en vigencia de la relación laboral, junto con las indemnizaciones por despido sin justa causa y la moratoria, y la indexación.

Como fundamento de lo pedido afirma que entre las partes se suscribieron dos contratos de prestación de servicios para la construcción del proyecto “*ENTRE LAGOS CONDOMINIO CAMPESTRE*” en la ciudad de Villavicencio, el primero se pactó por un plazo de 3 meses y 14 días por valor de \$15.600.000 para apoyar la gestión técnica del proyecto, el segundo por 6 meses por valor de \$27.000.000. Manifiesta que dentro de la vinculación laboral se desempeñó como arquitecta devengando un salario de \$ 4.500.000 mensuales, el salario de julio se pagó de manera parcial y quedó pendiente de pago de salario en los meses de agosto, septiembre y octubre de esa anualidad. No fue afiliada al sistema general de seguridad social ni le fueron reconocidas primas de servicios, cesantías, intereses a las cesantías ni vacaciones. Aduce que prestó sus servicios de manera continua e ininterrumpida, recibía órdenes del arquitecto *Patiño Parra*, debía cumplir horario laboral, y ejercía funciones permanentes y del giro ordinario de la compañía. El 20 de agosto de 2016 ante el incumplimiento de la demandada a sus obligaciones, la demandante renunció en comunicación recibida por el representante legal. El 16 de diciembre de 2014 envió comunicado a las instalaciones de la sociedad indicando que a la fecha no había recibido el pago de sus acreencias laborales, sin obtener una respuesta. Acudió al Ministerio de Trabajo con el objetivo de alcanzar un acuerdo conciliatorio, pero se declaró fallido el intento por no comparecencia de la sociedad.

Notificada de la acción, mediante apoderada judicial contestó la sociedad INVERSIONES Y CONSTRUCCIONES LUJO S EN C ICL DESARROLLO URBANO - EN LIQUIDACIÓN JUDICIAL . Se opuso a la totalidad de las pretensiones. Arguye que de los archivos de la empresa no se advierte que la demandante hubiera tenido la calidad de trabajadora. Manifiesta que se ejecutó un contrato de prestación de servicios profesionales por lo que no se generaron los pagos que solicita la demandante. Asevera que la terminación del contrato tuvo lugar el 20 de octubre de 2014. Precisa que operó la prescripción sobre los derechos causados con antelación al 1 de agosto de 2014, teniendo en cuenta que la demanda se presentó en el mismo día y mes del año 2017. Señala que no tiene razón la demandante en solicitar la indemnización moratoria del artículo 65 del CST por haber transcurrido más de 24 meses entre la terminación del vínculo y la presentación de la demanda. Precisa que la sociedad demandada se encuentra en proceso de liquidación judicial. Propuso como excepciones las de *prescripción de las obligaciones demandadas, inaplicabilidad de la indemnización moratoria conforme a la jurisprudencia de la corte suprema de justicia sala laboral y a la legislación vigente, cobro de lo no debido por inexistencia de la relación laboral, abuso del derecho, temeridad de la acción, inaplicabilidad de otras indemnizaciones por haber buena fe de la sociedad demandada*. (Ver contestación folios 17 a 23 del archivo 25 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Terminó la primera instancia con sentencia del 2 de febrero de 2022 a través de la cual el Juez (5) Laboral del Circuito de Bogotá accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda. Declaró la existencia de un contrato de trabajo realidad entre el 17 de mayo hasta el 20 de octubre de 2014; ordenó el pago de las prestaciones sociales y vacaciones, sanción moratoria, y los aportes al sistema de seguridad social. Absolvió de las demás pretensiones

de la demanda. Para tomar esta decisión advirtió que las pruebas documentales allegadas al plenario -correos electrónicos y cuenta de cobro- no fueron tachadas por la pasiva por lo que resultan validas, al igual que el testimonio de la señora VICTORIA EUGENIA VALENCIA SALGADO dado el conocimiento que tenía de los hechos. Así pues encontró que el servicio fue prestado de manera personal por la aquí demandante y bajo la subordinación de ICL, y por ello declaró la existencia de la relación laboral. Concluyó que la excepción de prescripción no se encuentra probada pues no transcurrió el término trienal entre la finalización del vínculo y la presentación de la demanda, y respecto de los efectos del art 94 del CGP precisó que no se aplica en material laboral, por lo que impartió condena por las prestaciones sociales y vacaciones. En lo referente al despido, tuvo en cuenta que no se demostró en el plenario como finalizó el vínculo por lo que absolvió de este pedimento. No encontró acreditada buena fe del empleador, por lo que impartió condena por intereses moratorios sobre los salarios y prestaciones sociales a partir del 21 de octubre de 2014 y hasta su pago. También impuso condena por el pago de los aportes al sistema de seguridad causados durante la relación laboral.

La parte resolutive de la sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR que entre la señora NANCY SUSANA ALFONSO HUERTAS e INVERSIONES Y CONSTRUCCIONES LUJOS S. EN C. ICL EN LIQUIDACIÓN existió un contrato de trabajo realidad desde el 17 de mayo de 2014 al 20 de octubre de 2014. SEGUNDO: CONDENAR a la demandada pagar a favor de la actora las siguientes sumas por los siguientes conceptos: a) \$9.750.000 por concepto de salarios insolutos. b) \$ 2.662.500 por concepto de auxilio de cesantías. c) \$ 189.038 por concepto de intereses sobre las cesantías. d) \$ 2.662.500 por concepto de prima de servicios. e) \$1.331.250 por compensación en dinero de las vacaciones. f) Los intereses moratorios*

de que trata el artículo 65 del código sustantivo del trabajo a partir del 21 de octubre de 2014 y hasta la fecha en que se pague el capital de \$15.264.038 por concepto de sanción moratoria. g) A pagar a nombre de la señora NANCY SUSANA ALFONSO HUERTAS y a la entidad de seguridad social en pensiones a la que se encuentre afiliada, los aportes al sistema de seguridad social en pensiones por el periodo comprendido del 17 de marzo de 2014 hasta al 20 de octubre de 2014, teniendo en cuenta como ingreso base de cotización la suma de 4.500.000, pago que debe ser realizado a satisfacción de la entidad de seguridad social a la cual se encuentre afiliada la trabajadora. TERCERO: ABSOLVER a la demandada de las demás pretensiones de la demanda, declarando probada la excepción de inexistencia de la obligación con respecto de la indemnización por despido injusto. CUARTO: COSTAS a cargo de la parte demandada. Inclúyanse como agencias en derecho la suma de \$1.200.000.” (Audiencia del 2 de febrero de 2022 Min 1:14:22 Archivo 30 trámite de primera instancia del expediente digital)

RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la parte demandada solicita que se revoque la decisión. Reitera que no se le puede dar credibilidad a la testigo como quiera que en sus respuestas señaló que “suponía” los hechos sobre los cuales se le interrogaron. En lo relacionado con la cuenta de cobro, afirma que no se imputó en debida forma pues el juez aproximó el valor allí contenido y por ello se debe revisar la condena por salarios. Refiere que la demandada acepta la existencia de una relación comercial con la aquí demandante, pero no un vínculo laboral. En lo relacionado con la indemnización moratoria precisa que la sociedad se encuentra en liquidación judicial que fue ordenada por la Supersociedades. Razonó que se le dio un alcance diferente a lo confesado por el liquidador en

el interrogatorio de parte, cuando aceptó la acreencia a favor de NANCY SUSANA, pues este hecho no indica la existencia de la relación laboral. En cuanto a la prescripción, sostuvo que el juez tomó la data final de la relación laboral para contabilizar la prescripción de la totalidad de las acreencias, cuando se debió contabilizar desde la presentación de la demanda. Precisa que en materia laboral sí es aplicable lo previsto en el artículo 94 del C.G.P. En lo referente a la sanción moratoria, considera que no se puede extender hasta el pago de la obligación, como quiera que la sociedad se encuentra en liquidación judicial (Audiencia virtual del 2 de febrero de 2022, min 2:02:03, archivo 30 expediente digital, trámite de primera instancia)¹.

¹ “Gracias su señoría, respetuosamente le manifiesto que interpongo recurso de apelación contra su fallo. Bien, lo primero que debemos hacer es un recuento de las cosas que le despacho adujo que dijo el suscrito abogado que no fueron así, con todo respeto difiero del despacho en las apreciaciones que pueda hacer la defensa sobre un testigo que pueden o no ser iguales a las que haga el despacho y las consideraciones de este togado es que realmente el testigo no tenía ninguna credibilidad, cosa diferente es que el despacho se la dé, pero realmente no le constaba y muchas de las respuestas, no una su señoría, muchas de las respuestas que dio es supongo, creo, me imagino, bajo ese estadio es muy difícil poderle creer a una persona que supongo que si le dad ordenes, supongo que si tenía que manejar, supongo que no podía delegar, supongo que le podían imponer una sanción, supongo que tenía que cumplir horario, no estamos en el mundo de las suposiciones para creerle a un testigo bajo esos efectos.

Segundo, nunca su señoría, nunca dije que los contratos o la cuenta de cobro que entre otras el despacho adujo tenerlas como prueba pero que al momento de hacer la liquidación por el mes de octubre le metió \$ 3.000.000 millones de pesos, cuando la cuenta que obra el despacho que fue tenida como prueba sustento de la sentencia habla de un pago de \$2.667.000 mil pesos luego hay una incoherencia entre la prueba soporte de la sentencia y en lo que se condena y se lee a pagar por los supuestos salarios, jamás, tan de hecho es así su señoría que puede notarlo y lo notara el tribunal que nosotros al contestar la demanda y la reforma señalamos que se tuviera en cuenta esos contratos y esa cuenta de cobro que ha pasado para demostrar que había una relación comercial, resultaría sin sentido que nosotros le hubiéramos dicho que no existía ninguna relación como lo adujo el despacho, jamás dijimos que no hubiera existido una relación con la señora Nancy Susana Alfonso nunca se dijo eso, siempre se habló de una relación de carácter civil pero jamás, jamás se dijo que no existiera como lo ha señalado aquí el despacho. También debemos aclarar que las liquidaciones judiciales no son solicitadas como lo dijo el despacho de manera errónea de manera voluntaria por el empresario están subordinadas por el juez de la causa la Superintendencia de Sociedades de manera oficiosa así que no es que el personal no hubiera querido de manera voluntaria entregarle algo para pagar a sus acreedores, consideramos errado la tesis del despacho y los alcances que le dio al interrogatorio de partes realizado al liquidador designado por la Superintendencia pues si bien este dijo que había como un valor aproximado de \$10.000.000 millones entonces bajo eso el despacho dijo que se daba por entendido que tenía una relación y que esa relación no era comercial sino laboral y se dieron unos alcances que nunca

estuvieron dentro del interrogatorio de parte que rindió el liquidador pero que el despacho le dio unos alcances que no correspondían. Bien, reitero nunca tachamos ningún contrato, si los pedimos como pruebas como los íbamos a tachar, pero el despacho dijo que nosotros los habíamos tachado reitero que el despacho tampoco tuvo en cuenta esa prueba presentada por la parte demandante aceptada por la parte demandada de que para el mes de octubre solo se debían \$2.667.000 mil que le señor juez los redondeo a \$3.000.000. Aquí se me ha tratado de ligero en todas esas apreciaciones por parte del despacho cosa que considero inclusive hasta irrespetuoso hasta con el suscrito por que una cosa es que yo tenga una posición y el despacho tenga otra y otra que se me trata en esos términos descomedidos porque yo he sido absolutamente respetuoso con todas las partes y con el señor juez en especial. Entro a tratar el tema de la prescripción que el despacho la niega de tajo y me dice que tengo prácticamente que estudiar que eso hace 30 años que esta así, si fuera así su señoría le digo entonces que la jurisprudencia entonces seria inmodificable y nadie presentaría una tesis en ningún juzgado por el temor a que le digan que la jurisprudencia diferente, pero, sin embargo quiero manifestarle lo siguiente el despacho error al establecer la prescripción por que no tiene en cuenta que la prescripción se toma en cuenta a final de la relación laboral única y exclusivamente para las cesantías, no así para salarios, no así para primas, no así para ningún otro concepto como erradamente lo hizo el despacho que simplemente tomo 20 de octubre no importa simplemente la presentaron y ya, no eso no se queda así por otra parte el artículo 94 si es aplicable y en muchos tribunales su señoría lo aplican de esa manera entiéndase otros tribunales de este país donde si lo están aplicando por una sencilla razón señor juez y es que resultaría imposible y fuera de lugar que una persona presente una demanda pasen 50 años y la demanda siga vigente, bajo ese entendido el artículo 94 si tiene plena aplicación y si bien usted menciona unas jurisprudencias también es cierto que hay otras de otros despachos judiciales donde si se acepta su señoría que este artículo si tienen plena vigencia entonces bajo ese entendido habría que haber aplicado la prescripción pero no solo aquí como lo he señalado si no adicionalmente porque habían conceptos que han prescrito señor despacho por que han mencionado la fecha del 25 de julio por que lo menciono la parte demandante como fecha de presentación y entonces a mí me están cobrando intereses de las cesantías, prima de servicios, vacaciones desde marzo de 2017, cuando marzo, abril, mayo, junio y parte de julio hasta el 24 de julio estarían prescritos, el despacho lo toma todo y otro hierro que tiene la sentencia es que pasa por alto que nos condena a pagar intereses desde el 21 de octubre del año 2014. hasta cuando se realiza el pago, grave error porque va en contravía de lo que dice la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia al señalar en Sentencia como SL162 del 29 de febrero de 2020 y la SL 2833 del 2017 que señala conocido plenamente dentro del plenario aplica el presidente de esta Corte contener una sentencia SL del 10 de octubre de 2003 número 2764 en el sentido de que no se da la mala fe frente al incumplimiento de la empresa en liquidación y por tanto no procede condena por este concepto, cuando la compañía entra el 15 de febrero de 2018 no se puede, no se puede condenar, ni pago de moratoria, ni a indemnización moratoria, ni a pago de los intereses, porque la compañía está en un proceso de carácter judicial, donde no se puede realizar ningún pago, bajo ese entendido no procede ni condena moratoria, ni intereses como erradamente sucedió aquí que se nos condena hasta cuando se realice el pago esos interés única y exclusivamente conforme a la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia solo podría haber ido en gracia de discusión de haber existido la relación laboral en gracia de discusión solamente hasta el 15 de febrero del año 2018 cuando la sociedad entro en proceso de liquidación judicial de ahí para adelante no se reconoce ese tipo de intereses y la razón es clarísima esos intereses quedan postergados dentro de un proceso liquidatorio. De igual manera nosotros lo único que hemos señalado su señoría es lo que encontramos y nuestra obligación legal quiero señalarlo conforme a la Ley 1116 de 2006, es proteger y amparar los activos de la sociedad y bajo ese entendido proponemos las

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

No fue objeto de controversia: (i) que la demandante y la sociedad INVERSIONES Y CONSTRUCCIONES LUJO S EN C suscribieron el contrato de prestación de servicios 037-2014, que tenía como objeto *apoyo a la gestión del contratante en área técnica*, con vigencia a partir del 17 de marzo de 2014 y con un plazo de ejecución de tres (3) meses y catorce (14) días por valor de \$15.600.000, con pagos mensuales de \$4.500.000, y (ii) que la demandante y la sociedad INVERSIONES Y CONSTRUCCIONES LUJO S EN C suscribieron el contrato de prestación de servicios 062-2014, que tenía como objeto *apoyo a la gestión del contratante en área técnica*, con vigencia a partir del 1 de julio de 2014 y con un plazo de ejecución de seis (6) meses, por valor de \$27.000.000, con pagos mensuales de \$4.500.000 (ver páginas 4 a 9 del archivo 01 trámite de primera instancia del expediente digital).

En consonancia con el recurso de apelación (artículo 66-A del CPTSS), el Tribunal debe definir (i) si se acreditó o no la existencia del contrato de trabajo

excepciones y defendemos los activos o los pocos activos que tiene la compañía y conforme a nuestro leal saber y entender no encontramos que realmente exista esa relación laboral que aquí se ha duda y consideramos que realmente se trató de una relación comercial de un contrato civil entre un arquitecto y una compañía constructora.

Conforme a lo expuesto su señoría y dado que no estamos de acuerdo con ninguna de las tesis del despacho en las condenas que se nos impuso solicito con todo respeto su señoría nos conceda el recurso de apelación para que sea el Tribunal quien resuelva el presente asunto, muchas gracias su señoría, no, es más.

Correcto Doctor Humberto teniendo en cuenta que el recurso de apelación fue interpuesto y sustentado de conformidad con lo indicado en el artículo 66 del Código Procesal del Trabajo Y de la Seguridad Social, se concede el mismo en el efecto suspensivo para que sea resuelto por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, para tal efecto envíese el expediente al superior, notificados en estrados siendo las 4:20 de la tarde se declara finalizada la presente audiencia.

.”

entre las partes desde el 17 de mayo de 2014 hasta el 20 de octubre de 2014, y en dado caso, (ii) si operó la prescripción, y/o (iii) el valor adeudado por concepto de salarios, y de (iv) la sanción moratoria.

(i) CONTRATO REALIDAD. Para resolver la controversia son pertinentes los artículos 22, 23 y 24 del CST. El primero define al contrato de trabajo como “*aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración*”. El segundo (artículo 23 del mismo estatuto) dispone como elementos esenciales del contrato de trabajo a la actividad personal del trabajador, la continuada subordinación (facultad del empleador de impartir órdenes de trabajo en cualquier momento sobre el modo, el tiempo o la cantidad del servicio, e imponer reglamentos) y el salario.

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

De ésta última norma y del artículo 24 del código, la doctrina y la jurisprudencia entienden la existencia de una *presunción legal*. Por virtud de ella, toda relación en la que se involucre la prestación de un *servicio personal* se presume regida por contrato de trabajo. Ello invierte las cargas probatorias del proceso, pues el artículo 167 del CGP excluye del *thema probandum* a los hechos que presume el legislador.

En consecuencia, si el trabajador demandante en un proceso laboral prueba que prestó en forma personal un servicio en favor del demandado (hecho causal de la presunción), la ley *entiende* que se ejecutó mediante un contrato

de trabajo, es decir, bajo subordinación, y corresponderá al demandado la carga de procesal de probar que no existió este último elemento: la subordinación.

Debe precisarse para casos como el presente, que la subordinación, entendida en la ley como una facultad del empleador para impartir órdenes al trabajador sobre el modo, el lugar, y el tiempo de ejecución de las labores, y de imponer reglamentos de trabajo-, merece una consideración especial cuando la relación de servicios personales se ejecuta con quienes ejercen una profesión liberal o desarrollan actividades para las que se requiere una especial formación técnica –como ocurrió con el demandante-. Estas actividades comportan títulos académicos o conocimientos científicos, técnicos e intelectuales de nivel superior que implican, por esencia, libertad de concepción y de ejecución en las funciones que se encomiendan, es decir, *cierto grado* de autonomía técnica y directiva de la cual no se deriva, necesariamente, la ausencia del elemento *subordinación*.

En las relaciones de trabajo que se ejecutan con personas que ejercen una profesión liberal² o que desarrollan actividades para las que se requiere una especial formación técnica, la subordinación jurídica laboral se expresa más que en la posibilidad del empleador de impartir órdenes sobre el MODO en que se ejecutará el servicio profesional, en la posibilidad de impartir órdenes sobre el LUGAR de prestación del servicio, o sobre la CANTIDAD de labor a realizar por unidad de tiempo, o en la imposición de REGLAMENTOS de trabajo que haya elaborado el empleador, entre ellos, el horario de trabajo.

² Entendida como aquella en la cual predomina el ejercicio del intelecto, reconocida por el Estado, y para cuyo ejercicio se requiere la obtención de un título académico.

A estas materias se debe entonces orientar la prueba por el demandado (empleador) quien -se repite- tiene la carga procesal de desvirtuar la existencia de subordinación.

Con estas premisas normativas y revisado el expediente, el Tribunal confirmara la sentencia de primera instancia, pues las pruebas aportadas demuestran que la demandante prestó servicios personales de manera interrumpida a la sociedad INVERSIONES Y CONSTRUCCIONES LUJO S EN C ICL DESARROLLO URBANO - EN LIQUIDACIÓN JUDICIAL, como arquitecta entre el 17 de marzo y el 20 de octubre de 2017, y la demandada no desvirtuó la existencia de subordinación en dichas relaciones.

La prestación de servicios fue aceptada por la sociedad demandada desde la contestación a la demanda, al admitir que *“se trataba de prestación de servicios de manera independiente”*, aunado a la afirmación que *“el servicio se prestaba con autonomía técnica y administrativa por parte del demandante (...)”*, hecho se verifica -como se dijo- con la copia de los contratos de prestación de servicios aportados al expediente en los folios 4 a 9 del archivo 01 expediente digital trámite de primera instancia. Tales servicios se demostraron además prestados en forma personal por la demandante (por sí misma) hecho que no fue objeto de oposición por la demandada pues declara la prestación del servicio y también reconoció a lo largo del proceso que las labores siempre fueron ejecutadas por la demandante.

En este punto conviene recordar el principio Constitucional de primacía de la realidad sobre las formas o los acuerdos que celebren las partes en materia laboral (artículo 53 de la Constitución Política).

Probado el *servicio personal*, correspondía al extremo demandado desvirtuar la existencia de subordinación, para lo cual debía traer al proceso evidencia clara de que las labores se ejecutaron con plena autonomía técnica y directiva en cuanto tiempo y lugar.

Revisadas todas las pruebas traídas al proceso estima la Sala que de ellas no se deduce autonomía en la demandante.

Por el contrario, queda claro que las labores se desarrollaban en el lugar de trabajo dispuesto por la demandada para el efecto, con elementos de su propiedad, y bajo las reglas que ella misma disponía en cuanto a tiempo, lugar y/o cantidad del servicio.

Sobre el asunto, para la Sala resulta valida la documental que reposa en las páginas 11 y 12 del archivo 01, que corresponde a un correo electrónico en el cual se solicita la colaboración en el cumplimiento del horario de almuerzo. De igual manera, resulta útil el testimonio de la señora VICTORIA EUGENIA VALENCIA SALGADO³, quien informó que fue compañera de trabajo en ICL, laboró como auxiliar o secretaria de arquitectura y conocía de las funciones que realizaba la demandante porque compartían oficina -espacio físico-. Dijo que todos los empleados debían cumplir horario de lunes a viernes de 8:00 am a 5:00 pm y en el almuerzo se rotaban para no dejar la oficina sola. Afirmó que la demandante utilizaba elementos propios de ICL como el computador de escritorio y un teléfono para comunicarse con los clientes. Dijo además que cuando la demandante no estaba en la oficina, se encontraba en la ciudad de Villavicencio donde estaba el proyecto de construcción por el cual debía proferir licencias y llamar a los propietarios de las viviendas para temas

³ Audiencia virtual del 02 de febrero de 2022, récord 30:40.

relacionados con el diseño. Finalmente relató que el impago de las acreencias fue una situación generalizada.

La declaración anterior resulta clara, espontánea y coincidente con los documentos aportados al proceso y con los hechos reconocidos por la demandada, razón por la cual el Tribunal le reconoce pleno valor probatorio.

No se advierte confesión sobre autonomía técnica y directiva o ausencia de reglamentos, del interrogatorio de parte surtido por la demandante (Audiencia virtual del 2 de febrero de 2022), pues sus declaraciones apuntan a la prestación de servicios de manera personal y subordinada en el proyecto ENTRE LAGOS en la ciudad de Villavicencio.

Tampoco resulta útil el interrogatorio absuelto por el liquidador de la demandada, quien se limitó a hacer referencia a los archivos que le fueron entregados, al efecto adujo que en la contabilidad se registraba un pago pendiente por honorarios a favor de la demandante por la suma aproximada de \$10.000.000.

En consecuencia, la carga de desvirtuar la existencia del elemento *subordinación* la tenía la demandada, quien no demostró que las labores que realizó fueran sin sometimientos a ordenes de quien la contrató.

Procedería entonces el estudio de las condenas impuestas en primera instancia en contra de quien fue el empleador aplicando la figura constitucional del *contrato de trabajo realidad*.

Sin embargo ello no es posible pues la demandada demostró probada la excepción de prescripción, como pasa a estudiarse.

ii) PRESCRIPCIÓN. De conformidad con los extremos temporales de la relación laboral referida, se tiene que la prescripción de la acción judicial comenzó a correr desde la fecha de terminación del contrato, esto es, desde el 21 de octubre de 2014.

Habida cuenta de ello, y dado que la demandante elevó la presente acción el 25 de julio de 2017 (archivo 02), la demanda se admitió en auto de 22 de agosto de 2017, y el auto que corrigió la admisión fue notificado en estado publicado el 10 de noviembre siguiente (archivo 05), con lo cual –en principio– se hubiera interrumpido el término prescriptivo de tres años. No obstante, desde la fecha de notificación de la referida providencia al extremo demandante, hasta el momento en que fue debidamente notificada la sociedad Inversiones y Construcciones Lujo S. en C. ICL - EN LIQUIDACIÓN JUDICIAL (lo que ocurrió con la entrega del citatorio para notificación judicial el 5 de noviembre de 2019 – archivo 17) transcurrió más de un año.

En consecuencia, y en atención a lo dispuesto en el artículo 94 del CGP⁴, aplicable en el presente asunto por remisión expresa el artículo 145 del CPTSS, la presentación de la demanda no pudo interrumpir el término de prescripción trienal establecido en los artículos 488 del CST y 151 del CPTSS, el cual siguió corriendo y operó con todas sus consecuencias, pues desde la

⁴ “La presentación de la demanda interrumpe el término para la prescripción e impide que se produzca la caducidad siempre que el auto admisorio de aquella o el mandamiento ejecutivo se notifique al demandado dentro del término de un (1) año contado a partir del día siguiente a la notificación de tales providencias al demandante. Pasado este término, los mencionados efectos solo se producirán con la notificación al demandado. (...)”

Si fueren varios los demandados y existiere entre ellos litisconsorcio facultativo, los efectos de la notificación a los que se refiere este artículo se surtirán para cada uno separadamente, salvo norma sustancial o procesal en contrario. Si el litisconsorcio fuere necesario será indispensable la notificación a todos ellos para que se surtan dichos efectos”.

fecha de la terminación del vínculo (20 de octubre de 2014) hasta la fecha en que se notificó efectivamente el auto admisorio de la demanda a la convocada (5 de noviembre de 2019), transcurrió 1 años y 11 meses, sin que se evidencie que ello hubiera ocurrido por *“negligencia del juzgado o por actividad elusiva del demandado”*⁵ -palabras usadas por la Corte Suprema de Justicia en casos similares-.

Al respecto, nótese que la juez de primera instancia en el auto proferido el 03 de julio de 2018 (archivo 09) requirió a la parte actora para que allegara el certificado de existencia y representación legal actualizado de la sociedad demandada y realizará el trámite de notificación, *“por cuanto los citatorios se surtieron con el señor José del Carmen Patiño Parra como persona natural y no en su calidad de representante legal (folios 38 y 54), razón por la cual no se accede a la solicitud de emplazamiento”*, situación que era carga exclusiva de la parte demandante.

Adicional a ello, se tiene que la parte demandante realizó nuevamente el envío de la citación para notificación personal a la demandada INVERSIONES & CONSTRUCCIONES LUJO S. EN C. I CL DESARROLLO URBANO - EN LIQUIDACIÓN JUDICIAL, el 21 de agosto de 2018 (archivo 10), y transcurrido un año, el 22 de agosto de 2019 (archivo 12), se envió a la demandada el aviso de que trata el artículo 292 del C.G.P., trámite que valga señalar no se hizo

⁵ Ver Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral, Sentencia SL8716-2014 “Frente a dicho tema, esta Sala de la Corte ha previsto en su jurisprudencia que entre la presentación de una demanda y su notificación pueden generarse diversas eventualidades, que no son imputables a quien funge como demandante y que, por lo mismo, no pueden redundar en su perjuicio. En tal orden, contrario a lo argüido por la censura, ha admitido excepciones a la regla prevista en el artículo 90 del Código de Procedimiento Civil y, concretamente, como lo dedujo el Tribunal, ha aceptado que «...la sola presentación de la demanda interrumpe la prescripción cuando la notificación del auto admisorio de la misma no se efectúa oportunamente por negligencia del juzgado o por actividad elusiva del demandado...». “Precisamente, en este mismo sentido, expresó la Corte, Sala de Casación Civil, que la sola interposición de la demanda no interrumpe la prescripción salvo que el retardo en notificar a éste (el demandado) no se deba a culpa del demandante (...) sino al demandado, por haber eludido esta, o al personal del Juzgado encargo (sic) de hacerla, casos en los cuales la interrupción se entiende consumada con la presentación de la demanda”.

con observancia de las previsiones de los artículos 291 y 292 del C.G.P., razón por la cual, mediante auto de fecha 24 de octubre de 2019 (archivo 14) se requirió nuevamente a la promotora de la demanda para que notificará en debida forma a la pasiva so pena de las consecuencias contenidas en el parágrafo del artículo 30 del C.P.T.S.S.

Operó entonces la prescripción, lo que obliga a revocar la decisión apelada y absolver a la demandada de las condenas impuestas.

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

RESUELVE

1. **REVOCAR** la sentencia apelada.
2. **ABSOLVER** a la demandada de todas las pretensiones incoadas en su contra, por PRESCRIPCIÓN de la acción.
3. **SIN CONDENA EN COSTAS** de segunda instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado


LORENZO TORRES RUSSY

Magistrado


MARLENY RUEDA OLARTE

Magistrada

EXP. 05 2021 00319 01
Diana María Acosta Berrera vs Colpensiones y Otros.

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO.

PROCESO ORDINARIO DE DIANA MARÍA ACOSTA BERRERA CONTRA LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S. A, LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A Y LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintitrés (2023)

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito como lo dispone el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reúne la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, para resolver el recurso de apelación interpuesto por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, y estudiar en grado jurisdiccional de consulta a favor de esta última, la sentencia dictada el 3 de agosto de 2022 por el Juez Quinto (05) Laboral del Circuito de Bogotá, por la cual DECLARÓ la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS).

ANTECEDENTES

Por medio de apoderada, DIANA MARÍA ACOSTA BERRERA presentó demanda contra la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S. A, LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S. A y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES para que, mediante los trámites de un proceso ordinario, se declare la *nulidad*

EXP. 05 2021 00319 01
Diana María Acosta Berrera vs Colpensiones y Otros.

o ineficacia de su afiliación al régimen de ahorro individual y la validez de su afiliación al ISS hoy COLPENSIONES, sin solución de continuidad. Afirma que el 1 de enero de 1991 empezó su vida laboral y se afilió al RPM el 20 de febrero de 1995. Dijo que recibió visita de los asesores de PROTECCIÓN Y PORVENIR quienes al momento de la afiliación no suministraron una información suficiente, clara y concisa que le permitiera tomar la mejor decisión respecto su expectativa pensional, no le informaron sobre el monto de capital requerido, la devolución del mismo y la posibilidad de retornar al RPM. En consecuencia, solicita liberar a DIANA MARÍA ACOSTA BERRERA de la base de datos de PROTECCIÓN y PORVENIR, con la devolución a COLPENSIONES de todos los recursos, cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos los frutos, intereses y rendimientos causados, y que se ordene a esta última a activar su afiliación. Pide además que se condene a las demandadas al pago de las costas procesales. (Ver demanda folios 01 al 32 del archivo No. 02 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Notificadas de la demanda, las demandadas comparecieron a través de apoderado y contestaron la demanda.

PORVENIR S.A. se opuso a las pretensiones con fundamento en que la demandante se afilió de forma libre, voluntaria e informada, tal y como se verifica en el formulario de afiliación suscrito por la demandante conforme a la declaración del art 14 de la Ley 100 de 1993, además, sostiene que la actora permaneció de manera voluntaria y continua por más de 20 años en la administradora sin haber manifestado alguna inconformidad, realizando incluso traslados horizontales en el RAIS. Considera que no existió vicio del consentimiento por ser un error de derecho. De igual forma, sostiene que no se pueden trasladar los gastos de administración al configurarse un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones, y advierte que a la demandante le es aplicable la restricción contenida en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003 y no es beneficiaria del régimen de transición conforme con lo dispuesto en el

EXP. 05 2021 00319 01
Diana María Acosta Berrera vs Colpensiones y Otros.

artículo 36 de la Ley 100 de 1993. Como excepciones de mérito propuso las de *prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica* (ver contestación folio 02 a 33 y archivo No. 06 del expediente digital, trámite de primera instancia).

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES se opuso a la prosperidad de todas las pretensiones. Afirma que el traslado voluntario no es viable al estar la demandante inmersa en la prohibición de la Ley 797 de 2003 que modificó la Ley 100 de 1993, siendo contrario el traslado con el principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema. En ese sentido argumenta que existe un error de derecho por no informarse como consumidora financiera además de haber realizado en varias ocasiones traslados horizontales. En su defensa propuso las excepciones que denomino *inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, en caso de ineficacia del traslado de régimen, responsabilidad SUI GENERIS de las entidades de seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema, buena fe de Colpensiones, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción y la genérica* (ver contestación folios 2 a 21 del archivo No. 07 del expediente digital, trámite de primera instancia).

PROTECCIÓN S.A. se opuso también a las pretensiones de la demanda, con fundamento en que existe un acto valido, libre de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, como se evidencia del formulario de vinculación suscrito por la demandante bajo los términos del artículo 11 del Decreto 692 de 1994. Asegura que la demandada no puede solicitar la nulidad o ineficacia basada en unas expectativas económicas sobre la mesada pensional, pues la forma de liquidar la misma se encuentra definida de manera expresa en la Ley 100 de 1993. Advierte que la demandante se encuentre inmersa en la prohibición legal consagrada en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, que fue modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003 y

EXP. 05 2021 00319 01
Diana María Acosta Berrera vs Colpensiones y Otros.

considera improcedente el devolver las sumas correspondientes al fondo de garantía de pensión mínima. Como excepciones de mérito propuso las de *inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, genérica, inexistencia de la obligación de devolver el seguro provisional cuando se declara nulidad o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta a terceros de buena fe, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP, re-asesoría y convalidación del afiliado* y la genérica (ver contestación folio 3 a 21 y archivo No. 07 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Terminó la primera instancia con sentencia del 03 de agosto de 2022, mediante la cual el Juez Quinto (05) Laboral del Circuito de Bogotá, DECLARÓ la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS). Para tomar su decisión, el Juez de primera instancia aplicó la jurisprudencia trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y concluyó que PROTECCIÓN S.A. no cumplió con la carga probatoria, al considerar que no es prueba conducente el formulario de afiliación, y que a pesar de que se informó a la demandante sobre la oportunidad de traslado la información brindada fue errada. Sostiene que no es dable la excepción de prescripción, debido a la irrenunciabilidad del derecho a la seguridad social y a la dignidad humana. Absolvió a PORVENIR de todas las pretensiones, por ser la AFP de tránsito, y a COLPENSIONES de las costas por su carácter de litisconsorte necesario en el proceso.

La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: Declarar la ineficacia del traslado del régimen de prima media al de ahorro de individual realizado por la señora Diana María Acosta Berrera a través de COLMENA hoy Protección S. A. SEGUNDO: ORDENAR a PROTECCIÓN S. A que traslade a COLPENSIONES el valor de las cotizaciones efectuadas junto con rendimientos frutos e intereses y a COLPENSIONES a recibir los aportes de la demandante, procediendo a*

EXP. 05 2021 00319 01
Diana María Acosta Berrera vs Colpensiones y Otros.

actualizar su historia laboral. TERCERO: ABSOLVER a PORVENIR S.A. de todas y cada una de las pretensiones de la demanda. CUARTO: COSTAS únicamente a cargo de PROTECCIÓN, S.A. incluirse como agencias en Derecho la suma de 4 SMMLV. QUINTO: En caso de que este fallo no fuera apelado, consúltese con el superior a favor de COLPENSIONES.” (Audiencia virtual, récord 57:48, archivo No. 14 del expediente digital, trámite de primera instancia).

RECURSO DE APELACIÓN

En el recurso, COLPENSIONES considera que la permanencia de la demandante en el régimen de ahorro individual demuestra su consentimiento para permanecer en el mismo. Además, sostiene que la AFP PROTECCIÓN S. A. cumplió con su deber de información al comunicarle, antes de cumplir los 47 años, la posibilidad de trasladarse nuevamente a COLPENSIONES, a lo cual la demandante hizo caso omiso. Lo anterior fundamentado en lo dicho por la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral en sentencia SL3752 de 2020 que indica que existen cierto tipo de comportamientos o actos de los afiliados de los cuales se puede evidenciar su ánimo de permanecer en determinado fondo o régimen¹ (Audiencia virtual, récord 59:11, archivo No. 14 del expediente digital, trámite de primera instancia).

¹ “Muchas gracias dentro de la oportunidad procesal pertinente, me permito presentar recurso de apelación en contra de sentencia en este momento preferiría y con base en los siguientes argumentos, como se explicó a lo largo de los alegatos de conclusión, eximidos en este momento por mi persona, indicando como tal que la demandante, si bien es cierto realizó como tal un traslado de afiliación hacia los fondos del RAIS en el año 1995, siendo este uno de sus primeros traslados como tal se ha evidenciado a lo largo del tiempo que hasta la actualidad ella su deseo, siempre ha sido permanecer en este tipo de fondos, teniendo en cuenta la rentabilidad que los mismos le han generado. También téngase en cuenta como tal que si bien es cierto, hasta el año 2012, ya cuando cumplía los 47 años de edad y ya estando inmersa como tal dentro de la prohibición legal para trasladarse dentro de regímenes, en este caso su AFP PROTECCIÓN S.A, le informó en debida forma sobre la posibilidad de regresar nuevamente hacia Colpensiones para que de esta manera pudiera disfrutar una mejor mesada pensional, a lo cual la demandante hizo caso omiso, también teniendo en cuenta como tal estas consideraciones, su Señoría, personales, magistrados, me permito, como tal indicar apartes de la sentencia SL 3752 del 2020 por la honorable magistrada Ana María Muñoz Segura, dentro de la cual indica: “En este orden de ideas, es dable concluir que aun cuando no haya certeza, si el afiliado recibió al momento de su traslado toda la información requerida, existen otros mecanismos que permiten colegir que la persona tenía vocación de permanecer en el régimen y que contaba con todos los elementos para forjar con plena convicción su elección, dichos comportamientos o actos de relacionamiento en los casos de afiliación,

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Para resolver la controversia, el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 –modificado por el art. 2º de la Ley 797 de 2003–, dispuso para los afiliados al Sistema General de Pensiones, la posibilidad de escoger libremente uno de los dos regímenes pensionales y el derecho a trasladarse entre uno y otro régimen una vez cada cinco años contados a partir de la selección inicial. Sin embargo, por razones financieras y de estabilidad en el Sistema pensional, las normas limitaron el derecho a trasladarse de régimen cuando al afiliado le falten 10 años o menos para alcanzar la edad de pensión. Solo se conservó el derecho al traslado en cualquier tiempo para los afiliados que tuvieran más de quince (15) años cotizados para la fecha en que entró en vigor el Sistema de Seguridad Social en Pensiones (1º de abril de 1994).

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

pueden verse traducido en acciones concretas de los afiliados, tales como presentar sus solicitudes de información de saldos, actualización de datos, asignación y cambios de claves, entre otros, a partir de lo expuesto se evidencia como tal que en caso de que demandante este tipo de traslados horizontales demuestran como tal el deseo, la permanencia para continuar allí como tal en este tipo de fondos y como tal, la demandante como indique también en los alegatos únicamente hacia el año 2020 hacia agosto de 2020 es cuando presenta como tal su solicitud de nulidad de traslado ante mi representada encontrándose, como tal dentro de la prohibición por cuanto ya contaba con 57 años de edad. Teniendo en cuenta estos argumentos, solicito respetuosamente a los honorables magistrados del Tribunal Superior Sala Laboral de Bogotá. Revocar la presente sentencia en contra de mí representada, muchas gracias.”.

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

Bajo estos lineamientos normativos se advierte de las pruebas aportadas al expediente que para la fecha en que se afilió al Fondo Privado de Pensiones la demandante tenía 30² años de edad y había cotizado 49,00³ semanas, para la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994) no tenía 15 años de servicios (de acuerdo con la historia laboral allegada solo tenía 49 semanas⁴), y para la fecha de presentación de la demanda le faltaban menos de 10 años para cumplir la edad de pensión (ya tenía 57 años de edad -ver folios 35 No 01 del expediente digital y folio 01 No 02 del expediente digital-).

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

² Nació el 31 de mayo de 1965.

³ Ver historia laboral de folio 78 archivo 08 del expediente digital.

⁴ *Ibidem* e historia laboral expedida por Colpensiones, del archivo 1.1.

Sin embargo, y al margen del criterio que tiene el magistrado ponente y que ha expresado en diferentes providencias dictadas en el pasado, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estableció un precedente al que asignó el carácter de obligatorio acatamiento para toda la jurisdicción ^{5,6}. Según dicho precedente, se debe declarar la ineficacia del traslado cuando ocurran las circunstancias que definen las sentencias STL3382-2020, STL1452-2020 y STL3187-2020 (entre otras).

En estas sentencias, la Corte considera que las AFP han tenido siempre la obligación de brindar toda la información pertinente del sistema pensional al afiliado, y el cumplimiento de dicha obligación “(...) *debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión*”. En este sentido: (i) “*El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación, en este caso, en el de afiliación a otro Fondo, es insuficiente para afirmar que*

⁵ Sentencia STL 3382-2020 Corte Suprema de Justicia “(...) *dada la importancia en materia de derechos pensionales, y en aras de garantizar tales prerrogativas, se hace necesario primero recoger el criterio de la Sala, en relación a los procesos en los que se pretende la nulidad del traslado de régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, donde por vía de tutela se ha negado la solicitud de amparo, dada la razonabilidad de los fallos cuestionados.*

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

⁶ Sentencia STL3187-2020: “*Debe insistir la Corte en que los funcionarios judiciales de la jurisdicción ordinaria están obligados a seguir la jurisprudencia emanada de la Corte Suprema de Justicia. Así lo imponen no solo razones de seguridad jurídica, buena fe, certeza y previsibilidad en la aplicación del derecho, sino también el derecho a la igualdad de trato, en cuya virtud los casos semejantes sometidos a consideración de los jueces deben resolverse del mismo modo a como lo definieron los máximos órganos de cierre de cada jurisdicción. Es normal que los jueces puedan disentir de los criterios judiciales de sus superiores; sin embargo, ello no los autoriza a desatender las construcciones jurisprudenciales trazadas por los órganos encargados por la Constitución de fijar, con carácter general, el sentido de los grandes dilemas jurídicos que suscita el Derecho en cada área. Si las percepciones, convicciones o divergencias de los juzgadores frente a una cuestión jurídica no pueden canalizarse a través de sólidos y persuasivos argumentos, estructurados acordes con la dimensión social de la Constitución Política de 1991, no es válido apartarse del precedente sentado por las Altas Cortes”.*

EXP. 05 2021 00319 01
Diana María Acosta Berrera vs Colpensiones y Otros.

existió un consentimiento informado «entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias». Además –dice la Corte- (ii) “*Si se arguye que, a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. Tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo*”; (iii) ello aplica para todos los afiliados al Sistema de Pensiones sin que importe que para el momento de la vinculación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad se vislumbraran o no consecuencias negativas por no tener el afiliado una expectativa pensional cercana o la pérdida del régimen de transición, pues: “*Ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información*” (Sentencia SL1688-2019 de 8 mayo de 2019, rad. 68838); y, (iv) -según la Corte- la ineficacia del traslado de régimen pensional no es subsanable “*en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos*”, y la acción para que se declare tal situación es imprescriptible “*en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, pues, se reitera, forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social*” (Ver SL 1689 de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

Acatando la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte, y dejando a salvo el criterio del magistrado ponente, como se dijo, el Tribunal confirmará la sentencia de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de régimen de la demandante, pues PROTECCIÓN S.A. no probó haberle brindado *toda la información pertinente* del Sistema en el momento en que suscribió el documento de traslado del Régimen de Prima Media con

EXP. 05 2021 00319 01
Diana María Acosta Berrera vs Colpensiones y Otros.

prestación definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, como lo exige la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y por ello no se puede entender que hubo un *“consentimiento informado”*. La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estima necesario, no solo una ilustración sobre las ventajas del régimen y sus características, sino también sobre las desventajas que pudiera tener específicamente para cada afiliado.

En palabras de la Sala Laboral de la Corte Suprema, el deber de brindar información *“debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión”*, lo que no se confesó en el interrogatorio de parte que rindió la demandante. Allí, según ilustró le indicaron que el ISS se iba a acabar y afirmó que le informaron algunas de las ventajas y beneficios del RAIS, pero bajo unos supuestos o información errónea respecto de los requisitos para adquirir la pensión y el régimen que era más conveniente para ella, según su historia laboral. (Audiencia virtual del 03 de agosto de 2022, récord 10:37).

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

También se confirmará la decisión de primera instancia que dispuso a cargo de AFP PROTECCIÓN la devolución de los valores de la cuenta de ahorro

EXP. 05 2021 00319 01
Diana María Acosta Berrera vs Colpensiones y Otros.

individual con solidaridad del demandante, incluyendo cotizaciones y rendimientos, pero en virtud de la consulta a favor de COLPENSIONES se adicionará para ordenar a PORVENIR que efectúen la devolución de los gastos de administración y las comisiones pertenecientes a la cuenta del demandante, a la administradora del RPM, por el tiempo en que la actora estuvo afiliada en ella (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA).

Para la Corte la declaración de ineficacia obliga a los fondos privados a devolver los gastos de administración y las comisiones con cargo a sus propias utilidades, *“pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES”* (SL 4360 del 9 de octubre de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO). Lo anterior también implica la devolución de las primas de las aseguradoras y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes (es decir, las comisiones) conforme a lo establecido en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993⁷, los cuales se deben devolver *“debidamente indexados”* (SL1688 del 8 de mayo de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

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

⁷ *“En el régimen de ahorro individual con solidaridad el 10% del ingreso base de cotización se destinará a las cuentas individuales de ahorro pensional. Un 0.5% del ingreso base de cotización se destinará al Fondo de Garantía de Pensión Mínima del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y el 3% restante se destinará a financiar los gastos de administración, la prima de reaseguros FOGAFÍN, y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes”.*

EXP. 05 2021 00319 01
Diana María Acosta Berrera vs Colpensiones y Otros.

Finalmente, como quiera que se revoca la decisión que absolvió a la AFP PORVENIR de todas y cada de las pretensiones, se adicionara la sentencia para imponer también en su contra la condena en costas de primera instancia, pues el artículo 365 del CGP impone este pago a la parte que resulte vencida en el proceso, es decir, a quien se opone a las pretensiones de una demanda y resulta derrotado en sus argumentos, como ocurrió en el caso bajo estudio (ver contestación folio 02 a 33 y archivo No. 06 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Sin condena en COSTAS de la apelación.

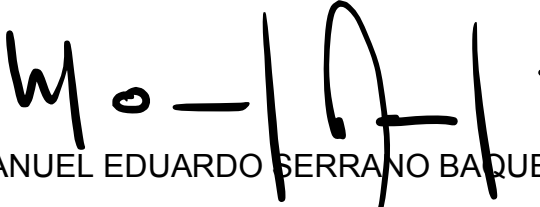
Por lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

1. **REVOCAR** el numeral tercero de la sentencia apelada, para **CONDENAR** a la AFP PORVENIR a devolver los gastos de administración y las comisiones cobradas en la cuenta del demandante mientras fue su afiliada, para que sean trasladados a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.
2. **ADICIONAR** la sentencia de primera instancia para **DECLARAR** que bien puede COLPENSIONES obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le causen por asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en las omisiones en las que incurrieron los fondos de pensiones; y para **CONDENAR** también al pago de las costas de primera instancia a la AFP PORVENIR.
3. **CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia en todo lo demás.
4. **SIN COSTAS** en segunda instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

EXP. 05 2021 00319 01
Diana María Acosta Berrera vs Colpensiones y Otros.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado


LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

EXP. 05 2021 00515 01
Gonzalo Vivas Velandia contra Colpensiones y Otros.

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO.

**PROCESO ORDINARIO DE GONZALO VIVAS VELANDIA CONTRA LA
ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y
LAS SOCIEDADES ADMINISTRADORAS DE FONDOS DE PENSIONES Y
CESANTÍAS PORVENIR S.A. Y PROTECCIÓN S.A.**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintitrés (2023)

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito, como lo dispone el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reúne la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá para resolver el recurso de apelación interpuesto por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, y estudiar en grado jurisdiccional de consulta a su favor, la sentencia dictada el 12 de agosto del 2022 por el Juez Quinto (5º) Laboral del Circuito de Bogotá, por la cual DECLARÓ la ineficacia del traslado del demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS).

ANTECEDENTES

Por medio de apoderada, GONZALO VIVAS VELANDIA presentó demanda contra la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES para que, mediante los trámites de un proceso ordinario, se declare la

EXP. 05 2021 00515 01
Gonzalo Vivas Velandia contra Colpensiones y Otros.

ineficacia de su afiliación a PORVENIR S.A. realizada en el año 1999, con la cual se produjo el traslado del régimen de prima media, así como los demás traslados horizontales, por *existir engaño y asalto a su buena fe induciéndole al error y viciando su consentimiento para que se trasladara de régimen*. En consecuencia, se condene a PORVENIR S.A. retornarla a COLPENSIONES junto con todos los valores que hubiere recibido como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora con todos sus frutos, intereses y rendimientos que se hubieran causado y se ordene a esta última activar su afiliación, sin solución de continuidad (ver demanda folios 01 al 21 del archivo No. 02 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Notificadas de la demanda, las demandadas comparecieron a través de apoderado para la litis.

PORVENIR S.A. se opuso a las pretensiones con fundamento en que el demandante se afilió a esa sociedad de forma libre y espontánea tal y como se verifica en el formulario de vinculación suscrito por el demandante, *documento* público en el que se observa la declaración escrita a que se refiere el artículo 114 de la Ley 100 de 1993 y que *se presume auténtico*, conforme lo previsto en el artículo 54 A del C.P.T. Asegura que en el asunto no se alegan ni se acreditan actos atentatorios contra el derecho de afiliación o que impidan este derecho y advierte que al actor le aplica la restricción contenida en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003. En consecuencia, afirma, estamos ante un acto válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, precisando que el vicio del consentimiento deriva en una nulidad relativa que es susceptible de saneamiento mediante ratificación como lo dispone el artículo 1741 del Código Civil. Sostiene que sólo procede el traslado de los valores correspondientes a los aportes y rendimientos, no así la prima de seguro provisional, ni la comisión de la administración. Como excepciones de mérito propuso las de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica (ver contestación folio 02 a 26 archivo No. 05 del expediente digital, trámite de primera instancia).

EXP. 05 2021 00515 01
Gonzalo Vivas Velandia contra Colpensiones y Otros.

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES se opuso a la prosperidad de todas las pretensiones pues si bien desconoce las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se llevó a cabo la asesoría por parte del fondo, lo cierto es que el demandante *decidió* que su mesada pensional estuviera regida por las características propias del régimen al que se afilió, además, -dice- no existen pruebas tendientes a demostrar que se presentó algún vicio en el consentimiento que llegue a invalidar su vinculación al RAIS. Advierte que hubo negligencia del actor frente a la consulta oportuna de su situación pensional pese a las obligaciones que tiene como consumidor financiero. Indica que el traslado no es viable porque el convocante no cumple con el requisito de 15 años de cotización antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1994 y está inmerso en la prohibición prevista en la Ley 797 de 2003, siendo imposible afiliarlo a ese régimen y, en todo caso, su traslado resultaría contrario al principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema. En su defensa propuso las excepciones que denominó *la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, en casos de ineficacia del traslado de régimen; responsabilidad SUI GENERIS de las entidades de seguridad social; sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación; el error de derecho no vicia el consentimiento; inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (Acto Legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política), buena fe de Colpensiones, cobro de lo debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción y la innominada o genérica.*(ver contestación folios 2 a 20 del archivo No. 06 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Por su parte PROTECCIÓN S.A. se opuso a las pretensiones con fundamento en que existe un acto válido, libre de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, como se evidencia en el formulario de vinculación suscrito por el demandante, el cual se ajusta a los parámetros del artículo 114 de la ley 100 de 1994. En consecuencia, asegura que el error

EXP. 05 2021 00515 01
Gonzalo Vivas Velandia contra Colpensiones y Otros.

sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento y de existir deriva en una nulidad relativa que es susceptible de saneamiento mediante ratificación como lo dispone el artículo 1741 del Código Civil. Afirma que el demandante tenía el derecho de retractarse o de trasladarse de régimen dentro de los términos legales y no resulta procedente declarar la ineficacia solo por expectativas económicas respecto del valor de la mesada pensional. Como excepciones de mérito propuso las de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, prescripción, buena fe, *aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa; inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe* y la genérica (ver contestación folio 3 a 23 y archivo No. 07 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Terminó la primera instancia con sentencia del 12 de agosto de 2022, mediante la cual el Juez Quinto (5º) Laboral del Circuito de Bogotá, DECLARÓ la ineficacia del traslado del demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS). Para tomar su decisión, el Juez de primera instancia aplicó la jurisprudencia trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y concluyó que PORVENIR S.A. no garantizó una afiliación libre y voluntaria, caracterizada por la entrega de una información suficiente y necesaria sobre las características, condiciones de acceso, riesgos y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, siendo prueba insuficiente el formulario de afiliación suscrito por el demandante. También indica que conforme a la jurisprudencia no es posible dar por probada la nulidad teniendo en cuenta la afinidad del proceso con los derechos a la seguridad social y dignidad humana. Se abstuvo de imponer condena en costas a cargo de COLPENSIONES al considerar que sólo actúa en el proceso en calidad de litisconsorte necesario.

EXP. 05 2021 00515 01
Gonzalo Vivas Velandia contra Colpensiones y Otros.

La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de traslado de régimen de prima media al de ahorro individual realizado por el señor GONZALO VIVAS VELANDIA, a través de PORVENIR S.A. SEGUNDO: ORDENAR a PORVENIR S.A. que traslade a COLPENSIONES el valor de las cotizaciones efectuadas junto con rendimientos, frutos e intereses y a COLPENSIONES, a recibir los aportes del demandante, procediendo a actualizar su historial laboral. TERCERO: COSTAS, a cargo únicamente de PORVENIR S.A. Inclúyase como agencias en derecho, la suma de 4 SMLMV. CUARTO: ABSOLVER a PROTECCIÓN S.A., de todas y cada una de las pretensiones de la demanda. QUINTO: En caso de que este fallo no fuera apelado consúltese con el superior a favor de COLPENSIONES.”* (Audiencia virtual, récord 50:47, archivo No. 17 del expediente digital, trámite de primera instancia).

RECURSOS DE APELACIÓN

COLPENSIONES en la alzada afirma que la afiliación y los traslados horizontales se efectuaron en vigencia del Decreto 663 de 1993 que establecía la obligación de brindar a los usuarios una información necesaria, transparente y objetiva sobre las mejores opciones del mercado, la cual, según un criterio de la Corte Suprema de Justicia, podía verificarse con la vocación de permanencia del actor dentro del régimen u otros elementos que forjaran la plena convicción de su elección como actos de relacionamiento concretados en las solicitudes de información, actualizaciones de datos, traslados horizontales, entre otros, mismo que, a su juicio, que podían ser constatados en el asunto. Refiere que nada tuvo que ver en el acto jurídico que se deprecia ineficaz y por ende no puede resultar perjudicada con las consecuencias. Recuerda que el demandante está inmerso en la prohibición legal de traslado¹ (Audiencia virtual, récord 51:53, archivo No. 17 del expediente digital, trámite de primera instancia).

¹ *“Muchísimas gracias, señor juez, siendo el momento procesal oportuno me permito presentar recursos de apelación frente a la decisión tomada por este despacho, conforme a*

EXP. 05 2021 00515 01
Gonzalo Vivas Velandia contra Colpensiones y Otros.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

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

los siguientes argumentos, y en principio, la normatividad que regula el RAIS se encuentra establecida en el título tercero de la ley 100 del 93, estando la información a disposición de todos, en especial de los afiliados, y la misma se puede verificar en cualquier momento. Se tiene que el señor Gonzalo Vivas Velandia, suscribo formulario de afiliación del traslado en agosto de 1999 a horizontes, hoy Porvenir s.a., y posteriormente a Protección en el año 2003 y su retorno nuevamente a Porvenir, conforme a los traslados voluntarios que realizó por ende la asesoría y afiliación se efectuó en vigencia el Decreto 663 del 93 Estatuto orgánico del sistema financiero, el cual estableció, " la obligación de las entidades de suministrar los usuarios de servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicios de juicio claros y objetivos sobre las mejores opciones del mercado". Sobre este tema, su Señoría, la Corte Suprema de Justicia mediante la sentencia SL 3752 del 2020, bajo radicación 73532 y bajo ponencia de la magistrada Ana María Muñoz segura, indicó lo siguiente, "en este orden de ideas, es dable concluir que aun cuando no haya certeza de si el afiliado recibirá el momento de su traslado de información requerida, existen otros mecanismos que permiten colegir que la persona tenía vocación de permanencia en el régimen y que contaba con todos los elementos para forjar plena convicción de su elección de hecho, es comportamientos o actos de relacionamiento en los casos de afiliación pueden verse traducidos en acciones concretas de los afiliados, tales como presentar solicitudes de información de saldos, actualización de datos, asignación de cambios de clave, entre otros". A partir del expuesto se tiene que los traslados horizontales dentro del régimen de ahorro individual, es decir, los cambios de administradores de fondos de privados de pensiones, reúnen los elementos propios de unos actos de relacionamiento, lo cual permite suponer que el afiliado desea continuar dicho régimen, aunque bajo la asesoría y beneficio que le pueda proveer otra administradora de pensiones, los cuales compiten entre sí, esta negligencia, perdón esta negligencia, del demandante refería a la emisión de sus obligaciones y el desconocimiento de la ley ha de traer como consecuencia que se declare que se presente un error de derecho en él, tal como señala la Corte Constitucional, no vicia el consentimiento y, por ende, deberá tenerse como válida su afiliación al RAIS finalmente, debe tenerse como como tenerse presente que Colpensiones nada tuvo que ver en negocio jurídico celebrado entre el demandante y las AFP demandas, es decir, no existe injerencia alguna por parte de mi entidad representada para que la acción para que el accionante tomara dicha decisión de traslado de trasladarse lo anterior pone en presente que Colpensiones no puede resultar perjudicado por las consecuencias jurídicas que trajo consigo la suscripción de contratos de vinculación entre el demandante y Porvenir, situación que se presenta en este caso al declarar que se debe tener el demandante como afiliado al régimen de prima media, a pesar de que, tal como señaló la Presidencia, se encuentra inmerso en la prohibición legal de traslado como hacia los racionamientos hasta que expuesto solicito, de manera respetuosa, los honorables magistrados del Tribunal Superior de Bogotá, de la sala laboral, revocar el fallo emitido por este extrajudicial y absórbalo representada de todas las pretensiones incoadas en su contra. Muchísimas gracias, señor Juez".

EXP. 05 2021 00515 01
Gonzalo Vivas Velandia contra Colpensiones y Otros.

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

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

EXP. 05 2021 00515 01
Gonzalo Vivas Velandia contra Colpensiones y Otros.

Bajo estos lineamientos normativos se advierte de las pruebas aportadas al expediente que para la fecha en que se afilió al Fondo Privado de Pensiones el demandante tenía 45² años de edad y había cotizado 573,14³ semanas, para la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994) no tenía 15 años de servicios (tenía 6 años, 6 meses y 14 días)⁴, y para la fecha de presentación de la demanda ya contaba con la edad para adquirir la pensión (tenía 66 años de edad -ver archivo 01 y folio 93 del archivo 02 del expediente digital).

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

Sin embargo, y al margen del criterio que tiene el magistrado ponente y que ha expresado en diferentes providencias dictadas en el pasado, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estableció un precedente al que asignó el carácter de obligatorio acatamiento para toda la jurisdicción ⁵, ⁶,

² Nació el 16 de junio de 1954.

³ Ver historia laboral válida para bono expedida por el Ministerio de Hacienda, folios 100 a 104 del archivo 05 del expediente digital.

⁴ *Ibídem*.

⁵ Sentencia STL 3382-2020 Corte Suprema de Justicia “(...) *dada la importancia en materia de derechos pensionales, y en aras de garantizar tales prerrogativas, se hace necesario primero recoger el criterio de la Sala, en relación a los procesos en los que se pretende la nulidad del traslado de régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, donde por vía de tutela se ha negado la solicitud de amparo, dada la razonabilidad de los fallos cuestionados.*

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

⁶ Sentencia STL3187-2020: “*Debe insistir la Corte en que los funcionarios judiciales de la jurisdicción ordinaria están obligados a seguir la jurisprudencia emanada de la Corte Suprema de Justicia. Así lo imponen no solo razones de seguridad jurídica, buena fe, certeza y previsibilidad en la aplicación del derecho, sino también el derecho a la igualdad de trato, en cuya virtud los casos semejantes sometidos a consideración de los jueces deben resolverse del mismo modo a como lo definieron los máximos órganos de cierre de cada jurisdicción. Es normal que los jueces puedan disentir de los criterios judiciales de sus superiores; sin embargo, ello no los autoriza a desatender las construcciones*

EXP. 05 2021 00515 01
Gonzalo Vivas Velandia contra Colpensiones y Otros.

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

En estas sentencias, la Corte considera que las AFP han tenido siempre la obligación de brindar toda la información pertinente del sistema al afiliado, y el cumplimiento de dicha obligación *“(...) debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión”*. En este sentido: (i) *“El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación, en este caso, en el de afiliación a otro Fondo, es insuficiente para afirmar que existió un consentimiento informado «entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias»*. Además –dice la Corte- (ii) *“Si se arguye que a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. Tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo”*; (iii) ello aplica para todos los afiliados al Sistema de Pensiones sin que importe que para el momento de la vinculación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad se vislumbraran o no consecuencias negativas por no tener el afiliado una expectativa pensional cercana o la pérdida del régimen de transición, pues: *“Ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la*

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

EXP. 05 2021 00515 01
Gonzalo Vivas Velandia contra Colpensiones y Otros.

ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información” (Sentencia SL1688-2019 de 8 mayo de 2019, rad. 68838); y, (iv) -según la Corte- la ineficacia del traslado de régimen pensional no es subsanable *“en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos”*, y la acción para que se declare tal situación es imprescriptible *“en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, pues, se reitera, forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social”* (Ver SL 1689 de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

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

En palabras de la Sala Laboral de la Corte Suprema, el deber de brindar información *“debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión”*, lo que no se confesó en el interrogatorio de parte que rindió el demandante. Allí, según ilustró le indicaron que el ISS se iba a acabar y que iba a perder sus aportes, razón por la cual era necesario afiliarse a un fondo privado, pero nunca le preguntaron sobre su historia laboral individual o le explicaron el régimen de

EXP. 05 2021 00515 01
Gonzalo Vivas Velandia contra Colpensiones y Otros.

transición o su derecho al retracto, entre otras características del RAIS (Audiencia virtual del 12 de agosto de 2022, récord 11:56).

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

También se confirmará la decisión de primera instancia que dispuso a cargo de PORVENIR S.A. la devolución de los valores de la cuenta de ahorro individual con solidaridad del demandante incluyendo cotizaciones y rendimientos, pero en virtud de la consulta a favor de COLPENSIONES, se adicionará para ordenar a PORVENIR y PROTECCIÓN que efectúen la devolución de los gastos de administración y las comisiones pertenecientes a la cuenta del demandante, a la administradora del RPM, por el tiempo en que el actor estuvo afiliado en cada una de ellas (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA). Para la Corte la declaración de ineficacia obliga a los fondos privados a devolver los gastos de administración y las comisiones con cargo a sus propias utilidades, *“pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES”* (SL 4360 del 9 de octubre de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO). Lo anterior también implica la devolución de las primas de las aseguradoras y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes (es decir, las comisiones)

EXP. 05 2021 00515 01
Gonzalo Vivas Velandia contra Colpensiones y Otros.

conforme a lo establecido en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993⁷, los cuales se deben devolver “*debidamente indexados*” (SL1688 del 8 de mayo de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

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

SIN COSTAS en esta instancia, las de primera se modificarán para imponer su pago también a cargo de PROTECCIÓN S.A.

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

RESUELVE

1. **REVOCAR** el numeral CUARTO de la sentencia de primera instancia en cuanto absolvió a PROTECCIÓN y, en su lugar, **CONDENAR** a las AFP PROTECCIÓN y PORVENIR a devolver los gastos de administración y las comisiones pertenecientes a la cuenta del demandante y entregarlos a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.
2. **ADICIONAR** la sentencia de primera instancia para DECLARAR que bien puede COLPENSIONES obtener, por las vías judiciales pertinentes, el

⁷ “En el régimen de ahorro individual con solidaridad el 10% del ingreso base de cotización se destinará a las cuentas individuales de ahorro pensional. Un 0.5% del ingreso base de cotización se destinará al Fondo de Garantía de Pensión Mínima del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y el 3% restante se destinará a financiar los gastos de

EXP. 05 2021 00515 01
Gonzalo Vivas Velandia contra Colpensiones y Otros.

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

3. **MODIFICAR** el numeral TERCERO únicamente en el sentido de disponer que las costas de la primera instancia también estarán a cargo de PROTECCIÓN.
4. **CONFIRMARLA** en todo lo demás.
5. **SIN COSTAS** en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

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



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado



LORENZO TORRES RUSSY

Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE

Magistrada

administración, la prima de reaseguros FOGAFÍN, y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes”.

EXP. 07 2020 00329 01
Mélida Guerra Torres contra Colpensiones y otros.

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO.

**PROCESO ORDINARIO DE MÉLIDA GUERRA TORRES CONTRA LA
SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y
CESANTIAS PROTECCIÓN S.A., LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE
FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., LA COMPAÑÍA
COLOMBIANA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y
CESANTÍAS S.A - COLFONDOS S.A Y LA ADMINISTRADORA
COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintitrés (2023)

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito según lo dispone el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reúne la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá para resolver los recursos de apelación interpuestos por PORVENIR y COLPENSIONES y estudiar en grado jurisdiccional de consulta a favor de esta última, la sentencia dictada el 1° de marzo del 2023 por el Juez Séptimo (07) Laboral del Circuito de Bogotá, por el cual DECLARÓ la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS).

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, MÉLIDA GUERRA TORRES presentó demanda contra la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A., la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE

EXP. 07 2020 00329 01
Mélida Guerra Torres contra Colpensiones y otros.

FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., la COMPAÑÍA COLOMBIANA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A - COLFONDOS S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES para que, mediante los trámites de un proceso ordinario, se declare la *nulidad* del traslado al régimen de ahorro individual, realizado el 1 de junio de 1996 mediante afiliación a ING hoy PROTECCIÓN, así como de los subsiguientes traslados efectuados dentro del mismo régimen, con fundamento en que los fondos privados no brindaron una información clara, completa, veraz, oportuna, adecuada, suficiente y cierta sobre las implicaciones que tenía el cambio de régimen, así como sus riesgos, beneficios y desventajas. En consecuencia, se determine para todos los efectos que se encuentra válidamente afiliada al RPM, se ordene a COLPENSIONES recibirla y contabilizar para efectos de pensión las semanas cotizadas en el RAIS y se condene a COLFONDOS a trasladar a COLPENSIONES todos los valores contenidos en la cuenta de ahorro individual, junto con sus rendimientos, bonos pensionales, frutos e intereses causados, así como el porcentaje destinado al fondo de pensión mínima (ver demanda archivo No. 02 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Notificadas de la demanda, las demandadas comparecieron a través de apoderado para la litis.

PORVENIR S.A se opuso a las pretensiones con fundamento en que el traslado de régimen pensional, así como los posteriores traslados horizontales, son completamente válidos por estar precedidos de una asesoría clara, expresa, completa, veraz y oportuna, con toda la información pertinente y necesaria, por lo que es improcedente declarar un error de hecho, cuando lo que se alega es uno de derecho frente a condiciones determinadas en la normatividad de público conocimiento. Agrega que no existe prueba que permita indicar que el traslado de régimen se dio bajo algún vicio del consentimiento. Sostiene que no se dan los supuestos necesarios para declarar la nulidad y por el contrario, está evidenciado que la

EXP. 07 2020 00329 01
Mélida Guerra Torres contra Colpensiones y otros.

accionante tuvo toda las posibilidades de conocer las características y condiciones del régimen al que se afilió. Recuerda que la estructura y condiciones tanto del RAIS como del RPM se encuentran cabalmente estipulados en la Ley 100 de 1993 y demás normas complementarias, por lo que no resulta plausible que se alegue la falta de asesoría completa y suficiente sobre las diferencias de los regímenes, ventajas y desventajas al momento de firmar el formulario de afiliación con esa AFP. Advierte que la demandante, con los hechos descritos, está alegando su propia culpa y que no es posible imponer a cargo de las administradoras de pensiones obligaciones que no se tenían para el momento de la afiliación. Alega que no toda omisión en la información puede afectar el consentimiento, ya que debe generar un daño claro, cierto y determinable en el afiliado. En su defensa propuso las excepciones de prescripción, *prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación* y buena fe (ver contestación folios 3 a 28 del archivo 21 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Por su parte COLFONDOS S.A. se opuso al éxito de las aspiraciones de la demanda por cuanto -dice- brindó una asesoría de manera integral y completa sobre todas las implicaciones que tenía la decisión de trasladarse de régimen y entre administradoras, incluyendo características, funcionamiento, diferencias, ventajas, desventajas y la rentabilidad de los aportes en el RAIS. Sostiene que la demandante suscribió el formulario de vinculación de manera libre con consentimiento expreso como lo exige el artículo 11 del Decreto 692 de 1994 y que conforme a los artículos 13 y 271 de la Ley 100 de 1993, no existe alguna nulidad o vicio del consentimiento y de existir, este derivaría en una nulidad relativa que es susceptible de saneamiento mediante ratificación como lo dispone el artículo 1741 del Código Civil. En todo caso, advierte, que la demandante no es beneficiaria del régimen de transición y no cumple con el requisito de 15 años de cotización antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993. Formuló como excepciones de mérito las de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, *ausencia de vicios del*

EXP. 07 2020 00329 01
Mélida Guerra Torres contra Colpensiones y otros.

consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos S.A, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago, y la genérica (ver contestación folio 4 a 21 archivo 22 del expediente digital, trámite de primera instancia).

PROTECCIÓN S. A, se opuso a las pretensiones con fundamento en que el traslado es un acto válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, tal como se desprende del formulario de afiliación en el que consta que la vinculación se realizó de forma libre y espontánea, en los términos del artículo 11 del Decreto 692 de 1994. Sostiene que la forma como se liquida la pensión en el RAIS no puede ser motivo de nulidad al estar contemplada en la Ley 100 de 1993. Advierte que la demandante pudo ejercer el derecho al retracto, pero no lo hizo y que actualmente se encuentra inmersa en la prohibición legal del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 que fue modificado por el artículo segundo de la Ley 797 de 2003 al estar a menos de 10 años de cumplir la edad requerida para obtener la pensión. Por otro lado, indica que el plazo para alegar una nulidad relativa por un vicio en el consentimiento se encuentra prescrita. Presentó como excepciones las de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, *aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima de seguro previsional cuando se declara la nulidad o ineficacia de la afiliación por falta de causa y por qué afecta derechos de terceros de buena fe* y la genérica. (ver contestación folios 3 a 22 del archivo 23 del expediente digital, trámite de primera instancia).

A su turno, la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES se opuso a la prosperidad de todas las pretensiones con

EXP. 07 2020 00329 01
Mélida Guerra Torres contra Colpensiones y otros.

fundamento en que en el expediente no obra prueba alguna que demuestre que a la demandante hizo incurrir en error o que existe algún vicio del consentimiento, así como tampoco inconformidad alguna con el RAIS. Por el contrario, afirma, las documentales dan cuenta que la afiliación se realizó de manera libre y voluntaria. Advierte que la actora no cumple con el requisito de 15 años de cotización antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 y le es aplicable la restricción contenida en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, por lo que no es posible su traslado de régimen. En su defensa propuso las excepciones que denominó *errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del código civil, ratificación de la voluntad de permanencia en el RAIS por existir actos de relacionamiento, 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 la causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada y la genérica.* (ver contestación folios 3 a 44 del archivo 24 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Terminó la primera instancia con sentencia del 1° de marzo de 2023, mediante la cual el Juez Séptimo (07) Laboral del Circuito de Bogotá, DECLARÓ la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS). Para tomar su decisión, el Juez de primera instancia aplicó la jurisprudencia trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y concluyó que DAVIVIR hoy PROTECCIÓN no garantizó una afiliación libre y voluntaria, caracterizada por la entrega de una información suficiente y necesaria sobre las características, condiciones de acceso, riesgos y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, que le permitiera elegir a la demandante aquella opción que mejor se ajustara a sus intereses. Por el contrario, consideró que en este caso no obra medio alguno de convicción que brinde certeza sobre el suministro de una información veraz, clara, precisa, comprensible y detallada, lo cual constituye una omisión del deber de información asignado a la AFP.

EXP. 07 2020 00329 01
Mélida Guerra Torres contra Colpensiones y otros.

La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación y del traslado del régimen pensional realizado por la señora demandante, MÉLIDA TORRES GUERRA (sic), con la AFP DAVIVIR, hoy PROTECCIÓN, el 24 de mayo de 1996, contenido en el formulario número 297373, con la AFP PORVENIR, el 9 de septiembre de 1997, contenido del formulario número 00953424, con la AFP COLPATRIA hoy PORVENIR, el 19 de abril de 1999, contenido del formulario número 0208647 con la AFP COLFONDOS, el primero de enero del 2010, conforme a la historia laboral aportada por COLFONDOS. SEGUNDO: ORDENAR a COLFONDOS a trasladar la totalidad de los valores depositados en la cuenta de ahorro individual, de la que es titular la señora MÉLIDA TORRES GUERRA (sic), dinero que debe incluir todos los rendimientos que se generen hasta que se haga efectivo el traslado al régimen de Prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES. TERCERO: ORDENAR a los fondos privados demandados COLFONDOS, PORVENIR y PROTECCIÓN a devolver a COLPENSIONES todos los descuentos realizados de los aportes pensionales a la demandante desde 1996 y mientras estuvo afiliado a cada uno de esos fondos tales como el porcentaje correspondiente a los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al Fondo de Garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo de sus propios recursos al momento de cumplirse esta orden judicial, para lo cual se le concede a los fondos privados demandados el término de 30 días, contados a partir de la notificación por estado del auto de obediencia al superior, deberá presentar al juzgado un informe discriminando de todos los valores objeto de provisión junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, ingreso base de cotización, aportes que se devuelven, descuentos de los aportes objeto de devolución y el valor de la indexación correspondiente, y toda la información relevante que lo justifiquen y que prevengan controversias posteriores a la ejecutoria de esta sentencia. CUARTO: ORDENAR a COLPENSIONES a recibir a la señora demandante sin solución de continuidad, como su afiliada*

EXP. 07 2020 00329 01
Mélida Guerra Torres contra Colpensiones y otros.

al régimen de Prima Media con Prestación Definida desde su afiliación inicial al Instituto de Seguros Sociales o al régimen inicial donde perteneció. QUINTO: Se declaran no probadas las excepciones presentadas por COLPENSIONES, PORVENIR, PROTECCIÓN y COLFONDOS dadas las resultas del proceso. SEXTO: Las costas son a cargo de COLPENSIONES, PORVENIR, PROTECCIÓN Y COLFONDOS. Las agencias en Derecho se tasan a favor de la demandante en 2 Salarios Mínimos Legales Mensuales Vigentes a la fecha de su pago a cargo de cada uno de los demandados. SÉPTIMO: ORDÉNESE la consulta de esta sentencia ante el superior a favor de COLPENSIONES, con el fin de revisar la legalidad de lo decidido.” (Audiencia virtual, récord 39:01, archivo 45 del expediente digital, trámite de primera instancia).

RECURSOS DE APELACIÓN

En el recurso, COLPENSIONES afirma que en sus providencias la Corte Suprema de Justicia no efectúa un análisis respecto de quién es el deudor y quien el acreedor del contrato de afiliación, lo que resulta importante a efectos de determinar a quién incumbe la carga de la prueba e interpretar de forma correcta el artículo 1604 del Código Civil. Recuerda que por razones financieras y de estabilidad del sistema, se restringió el derecho a trasladarse de régimen pensional, restricción en la que se encuentra la demandante¹

¹ “Señoría, me permite interponer recurso de apelación contra la sentencia proferida en los siguientes términos, Como quiera que en el presente caso no existe prueba que permita acreditar si existe o no algún vicio de consentimiento, entendiendo como el deber de información solicito respetuosamente, pues a la honorable sala laboral del Tribunal Superior de Bogotá se sirva a revocar la sentencia proferida a fin de absolver a mi representada de las condenas impuestas, esto teniendo en cuenta que la Corte Suprema de Justicia, en aplicación del artículo 1604 del Código Civil nos habla de la responsabilidad del deudor. Sin embargo, pese a que la alta corporación no aplica las demás normas del Código Civil al darle relevancia a este, no analiza quién es el deudor y quién es el acreedor de un contrato de afiliación, pues el afiliado es el que debe al fondo la realización de sus aportes y que solo hasta que se pensiona se invierten las partes, por lo cual el fondo de pensiones no es quien le compete la carga de la prueba, por lo cual existe una indebida y errónea interpretación del artículo 1604 del Código Civil por lo cual, ruego se aplique el artículo 167 del Código General del Proceso y, en consecuencia, declarar que dentro del presente proceso no existe prueba contra la cual se acredite vicio alguno. Además, el artículo dos de la Ley 797 del 2003 establece la libre escogencia entre regímenes pensionales y también la posibilidad de trasladarse una vez cada 5 años, contados a partir de la selección inicial. Sin embargo, por razones financieras y de estabilidad en el sistema pensional, el artículo primero del Decreto 3800 del 2003 limitó este derecho cuanto al afiliado le faltará en 10 años o menos para

EXP. 07 2020 00329 01
Mélida Guerra Torres contra Colpensiones y otros.

(Audiencia virtual, récord 42:25, archivo 45 del expediente digital, trámite de primera instancia).

PORVENIR en su recurso sostiene que la afiliación estuvo precedida de una asesoría clara, expresa, completa, válida y oportuna con toda la información pertinente y necesaria. Indica que no se dan las condiciones para declarar la ineficacia teniendo en cuenta que conforme al tiempo de permanencia y a los traslados horizontales, la demandante tuvo la posibilidad de conocer las características y condiciones del sistema. Advierte que, de acuerdo con la línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia, para la fecha de afiliación no existía algún deber de información sobre las AFP y que dichas cargas fueron impuestas a los fondos con posterioridad. Afirma que la principal motivación de la demandante es el monto de la pensión factor que no fue probado y no es argumento que constituya un vicio del consentimiento. Además, considera que no deben ser trasladados los gastos de administración, primas de reaseguro, seguro de invalidez y sobrevivientes al ser invertidos conforme a lo dispuesto la Ley y que no procede la indexación al derivar en una condena doble² (Audiencia virtual, récord 45:32, archivo 45 del expediente digital, trámite de primera instancia).

alcanzar la edad de pensión, salvo los afiliados que tuvieran 15 años cotizados a la entrada de vigencia del sistema general de pensiones, para quienes se conservó el derecho a regresar al régimen de prima media en cualquier momento, situación que no se logra validar en la historia laboral de la demandante, pues evidencia que al primero de abril de 1994 a no acredita 15 años de servicios efectivamente cotizados, por lo cual, pues no era beneficiaria del régimen de transición, razón por la cual pues tampoco resultan aplicables las sentencias emitidas por la Corte Constitucional como lo son la sentencia C 789 de 2002 y la SU 062 del 2010. En consecuencia, se solicita tener en cuenta lo dispuesto en la sentencia C 1024 del 2004, Y SU 130 del 2013. La Corte Constitucional que en materia de traslado manifiesta que nadie puede resultar su subsidiado a costa de los recursos ahorrados de manera obligatoria por otros afiliados a este esquema, dado que el régimen solidario de prima media con prestación definida se descapitalizaría. Ya que la declaración injustificada la ineficacia del traslado del afiliado al régimen de prima media raíz, afecta la sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones y poner en peligro el derecho fundamental a la Seguridad Social de los de más afiliados. Por todo lo anterior, pues solicito respetuosamente a la H. Tribunal, se sirva de revocar la sentencia emitida y absolver a mi representada, gracias señor juez.”.

² “Gracias, señor juez. Y respetuosamente apeló la sentencia proferida por su despacho solicitándole a la Honorable Sala del Tribunal del distrito superior del distrito, que pena, del Tribunal Superior del distrito judicial de Bogotá REVOCAR la presente decisión frente a las condenas impuestas en contra de mi representada, atendiendo a las siguientes consideraciones: Primero en tanto que la afiliación de la demandante. A Porvenir fue completamente válida, la cual estuvo precedida por una asesoría clara, expresa, completa,

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Para resolver la controversia, el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 – modificado por el art. 2º de la Ley 797 de 2003-, dispuso para los afiliados al Sistema General de Pensiones, la posibilidad de escoger libremente uno de

válida y oportuna con toda la información pertinente y necesaria. Asimismo, en el presente caso no se dan los supuestos necesarios para declarar la ineficacia de la filiación de la demandada, por el contrario, se evidencia que el accionante durante el tiempo de vinculación a este régimen. Tuvo todas las posibilidades de conocer las características y condiciones respecto a este punto. Señores magistrados de destacar especialmente la decisión voluntaria de la misma de trasladarse dentro de administradoras, pero siempre dentro del régimen de ahorro individual. Y si bien es cierto que existe línea jurisprudencial sobre la ineficacia de los actos de traslado línea que ha aclarado la misma corte, solo resulta aplicada de manera diferenciada según los supuestos fácticos de los que se exige una similitud que en el presente caso no se presenta como quiera que la afiliada de manera valida libre e informada, informada y con todos sus en todas las cargas que las tenían impuestas para ese momento decidió en ese momento afiliarse Porvenir asimismo, se recuerda que para la data afiliación no existía la obligación de informar por escrito sobre los beneficios puntuales de cada 1 de los red que los regímenes pensionales ofrecía si se tiene en cuenta que, de conformidad con el momento histórico esbozado por la jurisprudencia de la Corte Suprema, estas cargas fueron impuestas con posterioridad de acuerdo a la normatividad vigente. En todo caso, se destaca que la principal motivación para declarar la ineficacia se deriva del monto de la mesada pensional, factor que primero por sí solo no es suficiente para dar por probado la falta el deber de información y segundo, no es suficiente para ser considerado como un elemento que dice la voluntad del actor en tanto que las prestaciones que se reconocen en uno u otro régimen, pues no son comparables. Por otro lado, respecto de la condena al traslado de los gastos de administración, se hace una obra de referencia al artículo 20 y pues este señala que el artículo 20 de la ley 100 señala que se destinó porcentaje para el Fondo de Garantía de pensión mínima y otro porcentaje para los gastos o comisiones de administración las primas de reaseguro de fundación y las primas de seguros de invalidez y sobrevivientes. Así las cosas, señores magistrados no deben ser trasladadas, ya que durante el período de afiliación la AFP cumplió con la finalidad de proporcionarle en ese momento a la afiliada al aseguramiento de los riesgos de invalidez y muerte y fueron debidamente invertidos en la forma que lo exige la ley. En tal sentido, la súper financiera de Colombia ha manifestado que lo procedente en estos casos es que se respeten las restituciones mutuas que se han realizado, que no se ordene el traslado a las primas de seguros previsionales, que tampoco se ordene la devolución de la comisión de las cuotas de administración, pues estas lo que hicieron fue generar unos rendimientos a la cuenta de ahorro individual y que corresponden a la administración de dichos recursos. Ahora y conforme a lo establecido en el artículo 1746 del Código Civil, será necesario autorizar el descuento a las restituciones mutuas, a que haya dado lugar independiente del motivo que da lugar a la ineficacia. Así las cosas, ni en lo que respecta a la condena a devolver conjuntamente rendimientos y gastos de administración, mi representada se aparta respetuosamente en él de esta condena. Pues bien, no resulta coherente que se declare la ineficacia en unos sentidos y otros no, y esto es así porque la Corte Suprema de Justicia ha indicado que la consecuencia de la ineficacia es declarar que el negocio jurídico no se ha celebrado jamás. En ese sentido, se tendría que los frutos que se han dado por la administración de los recursos de la demandante por parte de mi representada tampoco se habrían generado, respecto a la condena de la indexación, pues se solicita no se imponga esta condena, pues estaría, valga la redundancia, poniendo una condena en doble a mi representada al finalmente respecto al punto de la condena en costas, debe solicitarse que

EXP. 07 2020 00329 01
Mélida Guerra Torres contra Colpensiones y otros.

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

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

se revoque ya que mi representada siempre ha actuado conforme a la buena fe en esos términos que ha interpuesto el recurso de alzada. Gracias, señor juez.

EXP. 07 2020 00329 01
Mélida Guerra Torres contra Colpensiones y otros.

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

Bajo estos lineamientos normativos, se advierte de las pruebas aportadas, que para la fecha en que se afilió al Fondo Privado de Pensiones la demandante tenía 35³ años de edad y había cotizado 173⁴ semanas, para la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994) no tenía 15 años de servicios, pues de acuerdo con la historia laboral allegada solo se acreditan 1 años, 3 meses, 2 días⁵, y para la fecha de presentación de la demanda contaba ya con la de edad mínima para acceder al derecho pensional (tenía 59 años de edad- ver archivo 1 y folio 6 del archivo 3 del expediente digital).

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

Sin embargo, y al margen del criterio que tiene el magistrado ponente y que ha expresado en diferentes providencias dictadas en el pasado, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estableció un precedente al que asignó el carácter de obligatorio acatamiento para toda la jurisdicción ^{6,7},

³ Nació el 17 de junio de 1961.

⁴ Ver historia laboral expedida por Colpensiones, folio 41 archivo 09 del expediente digital.

⁵ *Ibídem*.

⁶ Sentencia STL 3382-2020 Corte Suprema de Justicia "(...) *dada la importancia en materia de derechos pensionales, y en aras de garantizar tales prerrogativas, se hace necesario primero recoger el criterio de la Sala, en relación a los procesos en los que se pretende la nulidad del traslado de régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, donde por vía de tutela se ha negado la solicitud de amparo, dada la razonabilidad de los fallos cuestionados.*

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

EXP. 07 2020 00329 01
Mélida Guerra Torres contra Colpensiones y otros.

según el cual, se debe declarar la ineficacia del traslado cuando ocurran las circunstancias que definen las sentencias STL 3382-2020, STL 1452-2020 y STL 3187-2020 (entre otras).

En estas sentencias, la Corte considera que las AFP han tenido siempre la obligación de brindar toda la información pertinente del Sistema pensional al afiliado, y el cumplimiento de dicha obligación *“(...) debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión”*. En este sentido: (i) *“El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación, en este caso, en el de afiliación a otro Fondo, es insuficiente para afirmar que existió un consentimiento informado «entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riegos y consecuencias»*. Además –dice la Corte- (ii) *“Si se arguye que, a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. Tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo”*; (iii) ello aplica para todos los afiliados al Sistema de Pensiones sin que importe que para el momento de la vinculación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad

⁷ Sentencia STL3187-2020: *“Debe insistir la Corte en que los funcionarios judiciales de la jurisdicción ordinaria están obligados a seguir la jurisprudencia emanada de la Corte Suprema de Justicia. Así lo imponen no solo razones de seguridad jurídica, buena fe, certeza y previsibilidad en la aplicación del derecho, sino también el derecho a la igualdad de trato, en cuya virtud los casos semejantes sometidos a consideración de los jueces deben resolverse del mismo modo a como lo definieron los máximos órganos de cierre de cada jurisdicción. Es normal que los jueces puedan disentir de los criterios judiciales de sus superiores; sin embargo, ello no los autoriza a desatender las construcciones jurisprudenciales trazadas por los órganos encargados por la Constitución de fijar, con carácter general, el sentido de los grandes dilemas jurídicos que suscita el Derecho en cada área. Si las percepciones, convicciones o divergencias de los juzgadores frente a una cuestión jurídica no pueden canalizarse a través de sólidos y persuasivos argumentos, estructurados acordes con la dimensión social de la Constitución Política de 1991, no es válido apartarse del precedente sentado por las Altas Cortes”*.

se vislumbraran o no consecuencias negativas por no tener el afiliado una expectativa pensional cercana o la pérdida del régimen de transición, pues: *“Ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información”* (Sentencia SL1688-2019 de 8 mayo de 2019, rad. 68838); y, (iv) -según la Corte- la ineficacia del traslado de régimen pensional no es subsanable *“en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos”*, y la acción para que se declare tal situación es imprescriptible *“en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, pues, se reitera, forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social”* (Ver SL 1689 de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

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

En palabras de la Sala Laboral de la Corte Suprema, el deber de brindar información *“debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión”*, lo que no se confesó en el interrogatorio de parte que rindió la demandante. Allí, según ilustró, en su

EXP. 07 2020 00329 01
Mélida Guerra Torres contra Colpensiones y otros.

lugar de trabajo le indicaron que venían con autorización de recursos humanos para tomar unos datos, que firmaran el formulario, pero nunca recibió una asesoría donde le explicaran que era o cómo funcionaba el RAIS, por el contrario, le expresaron que el ISS se iba a acabar y que si a los 20 años de cotizar no cumplía con los requisitos se le retornaba el dinero (Audiencia virtual del 1° de marzo de 2023, récord 07:35). En similares términos se refirieron las testigos GLORIA OSORIO y MARÍA RODRÍGUEZ.

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

También se confirmará la decisión de primera instancia que dispuso a cargo de COLFONDOS S.A. la devolución de los valores de la cuenta de ahorro individual de la demandante incluyendo cotizaciones, rendimientos, y la suma destinada para garantizar la pensión mínima, así como la devolución de los gastos de administración y montos de las primas previsionales a cargo de aquella y de PORVENIR y PROTECCIÓN. (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA). Para la Corte la declaración de ineficacia obliga a los fondos privados a devolver los gastos de administración y las comisiones con cargo a sus propias utilidades, *“pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES”* (SL 4360 del 9 de

EXP. 07 2020 00329 01
Mélida Guerra Torres contra Colpensiones y otros.

octubre de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO). Lo anterior también implica la devolución de las primas de las aseguradoras y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes (es decir, las comisiones) conforme a lo establecido en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993⁸, los cuales se deben devolver “*debidamente indexados*” (SL1688 del 8 de mayo de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

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

COSTAS en esta instancia a cargo de PORVENIR.

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

RESUELVE

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

⁸ “En el régimen de ahorro individual con solidaridad el 10% del ingreso base de cotización se destinará a las cuentas individuales de ahorro pensional. Un 0.5% del ingreso base de cotización se destinará al Fondo de Garantía de Pensión Mínima del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y el 3% restante se destinará a financiar los gastos de administración, la prima de reaseguros FOGAFÍN, y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes”.

EXP. 07 2020 00329 01
Mélida Guerra Torres contra Colpensiones y otros.

3. **COSTAS** en esta instancia a cargo de PORVENIR.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

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


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado


LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

INCLÚYASE en la liquidación de costas la suma de UN MILLÓN DE PESOS
(\$1.000.000) como agencias en derecho de segunda instancia.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO.

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE MARÍA HELENA FLÓREZ DE
VÉLEZ CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintitrés (2023).

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito como lo dispone el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reúne la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, para resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia dictada el 6 de febrero de 2023 por la Juez Octava (08) Laboral del Circuito de Bogotá. En dicha sentencia se NEGÓ la inclusión del tiempo que se aduce laboró el causante con OLIVETTTI COLOMBIANA S.A. y en consecuencia no accedió a la reliquidación de la pensión de sobrevivencia reconocida a favor de la demandante.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderada, MARÍA HELENA FLÓREZ DE VÉLEZ presentó demanda contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, para que mediante los trámites de un proceso ordinario laboral se ordene la reliquidación de la pensión de sobrevivencia reconocida a su favor en calidad de cónyuge supérstite de ALEJANDRO VÉLEZ BETANCUR bajo los parámetros del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 con un tasa de reemplazo del 63%, con fundamento en que no se tuvo en cuenta el tiempo en que el causante prestó sus servicios a OLIVETTTI COLOMBIANA S.A. Pide que se paguen las diferencias pensionales adeudadas, junto con los

intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 y la indexación de las condenas (ver demanda en folios 2 a 6).

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, mediante apoderado, contestó la demanda. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones afirmando que tratándose de pensiones de sobrevivientes -como es el caso que ocupa la atención de la Sala- la norma aplicable es el artículo 21 *ibidem*. En lo que tiene que ver con el tiempo laborado para OLIVETTI COLOMBIANA S.A. de enero de 1962 hasta diciembre de 1966 y mayo de 1979 hasta marzo de 1980, señala que no existe registro de existencia del contrato, además en lo atinente al primer periodo precisa que para esa data no había cobertura del ISS. Propuso como excepciones de mérito *prescripción y caducidad, declaratoria de otras excepciones, cobro de lo no debido, inexistencia de la obligación y del derecho por falta de causa y título para pedir y no configuración de intereses moratorios* (ver contestación páginas 1 a 8 archivo 12 trámite de primera instancia expediente digital).

En audiencia llevada a cabo el 28 de febrero de 2022, se ordenó la vinculación como litisconsorte necesario de la parte demandada a OLIVETTI COLOMBIA S.A. No obstante, en atención a que esa sociedad se encuentra liquidada y con matrícula cancelada, en auto de fecha 12 de septiembre de 2022 se dispuso su desvinculación (archivo 22 trámite de primera instancia expediente digital).

Terminó la primera instancia con sentencia del 6 de febrero de 2023, mediante la cual la Juez Octava (8) Laboral del Circuito de Bogotá NEGÓ la reliquidación de la pensión de sobrevivencia reconocida a favor de la demandante. Para tomar la decisión la Juez no encontró acreditada relación laboral con OLIVETTI COLOMBIA S.A. por lo que no hay lugar a contabilizar tiempos adicionales a los ya incluidos en la historia laboral del causante. Señaló que no se solicitó en la demanda que se realizara la liquidación del IBL y tampoco se advierte que esa fuera el objeto de las pretensiones, tema que se puso de presente tan solo hasta los alegatos de conclusión, señaló que en todo caso el IBL se debe

calcular conforme lo dispone el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, como lo hizo la administradora con la correcta inclusión de los salarios. En cuanto a la tasa de reemplazo conforme lo previsto en el artículo 48 de la Ley 100 de 1993 se tiene que le corresponde el 55% y COLPENSIONES le reconoció el 60%, en todo caso se tiene que la mesada fue ajustada al SMMLV. Absolvió de los intereses moratorios, al tener en cuenta que la prestación fue reconocida de manera oportuna.

La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: ABSOLVER a la demandada COLPENSIONES de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por la parte demandante de conformidad con las motivaciones precedentemente expuestas. SEGUNDO: DECLARAR probada las excepciones de inexistencia de la obligación y el derecho por falta de causa y título para pedir y no configuración de intereses moratorios relevándose el despacho del estudio y pronunciamiento de los demás medios efectivos propuestos dadas las resultas del caso. TERCERO: sin condenen costos en esta instancia ante su no causación. CUARTO: en caso de no ser apelada la presente decisión remitas en las diligencias al Honorable Tribunal Superior de Bogotá Sala laboral para que se surta el grado jurisdiccional de consulta el favor de la parte actora.”* (archivo 23 minuto 15:58 trámite de primera instancia expediente digital).

RECURSOS DE APELACIÓN

En el recurso, la demandante solicita se revise la liquidación de la prestación como quiera que *quedó demostrado dentro de la historia laboral, el señor independientemente del cargo que tenía, sí ostentaba unos salarios superiores a los de la época* (archivo 23 minuto 16:42 trámite de primera instancia expediente digital)¹.

¹ “Señora juez, si quiere solicitar al honorable tribunal se ha revisado el fallo que se acaba de emitir en el entendido de que si bien es cierto que la entidad liquidó la prestación teniendo en cuenta los últimos 10 años los mismos tampoco se ajustan a la realidad ya que como quedó demostrado dentro de la historia laboral el señor independientemente del cargo que tenía sí ostentaba unos salarios superiores a los de la época y salarios de tres cuatro salarios

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

No fue objeto de controversia que mediante la Resolución SUB 188421 del 2 de septiembre de 2020, COLPENSIONES reconoció la pensión de sobrevivencia en favor de la demandante por ser beneficiaria de la prestación que se causó con el fallecimiento de ALEJANDRO VÉLEZ BETANCUR a partir del 9 de mayo de 1995 y con efectos fiscales a partir del 17 de julio de 2017, en cuantía equivalente al SMMLV, con fundamento en el Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año y en aplicación de la condición más beneficiosa (ver resolución páginas 19 a 26 archivo 04 trámite de primera instancia expediente digital). La prestación se liquidó teniendo en cuenta que el causante cotizó 779 semanas en toda la vida laboral, de las cuales COLPENSIONES obtuvo un IBL para el año 1995 de \$71.247, suma a la que aplicó una tasa de remplazo del 60% (así se observa en la Resolución referida).

En consonancia con el recurso de apelación (artículo 66-A del CPTSS), el Tribunal debe definir si hay lugar a revisar la pensión de sobrevivencia que disfruta MARÍA HELENA FLÓREZ DE VÉLEZ.

Sea lo primero señalar que las pretensiones de la demanda se dirigieron a que se incluyera el tiempo en que el causante prestó servicios a OLIVETTI COLOMBIANA S.A. de enero de 1962 hasta diciembre de 1966 y mayo de 1979 hasta marzo de 1980, y con base en ello se ordenara la reliquidación de la prestación de sobrevivencia bajo los parámetros y condiciones del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, con incremento de la tasa de reemplazo -al 63%- por consideración de esos tiempos.

superiores a los de la época por lo que solicitó a la honorable tribunal revisar la liquidación y si es procedente se liquide nuevamente la prestación que la entidad reconoció en su momento teniendo en cuenta los 10 años que ya liquidó en la resolución, con esto fundamentado mi petición ante el honorable tribunal.”.

Para la prosperidad de tales pretensiones se expusieron los hechos que resultaban relevantes o pertinentes, y ninguno de ellos se orientó a una eventual reliquidación de la prestación con los tiempos que sí figuran en la historia laboral del causante.

En ese orden de ideas no podía la juez en uso de facultades ultra y extra petita estudiar la reliquidación de la prestación con la correcta inclusión de salarios, pues sobre esta materia no se trabó la controversia, y la decisión que se tome en la materia termina afectando los derechos de defensa y de contradicción de la administradora demandada.

Ello impedía al Tribunal definir en este estadio procesal -segunda instancia- las pretensiones del recurso pues -se insiste- no fueron planteadas ni objeto de la controversia que se trabó en primera instancia.

En todo caso, revisada la liquidación del IBL para el año 1995 realizado por la administradora, tomando el detalle de los salarios sobre los cuales cotizó el causante, certificados en la historia laboral actualizada que aportó COLPENSIONES (archivo 13 expediente administrativo COLPENSIONES) y con fundamento en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993 (norma aplicable a las pensiones de sobrevivientes) el Tribunal la encuentra ajustado a derecho. El IBL obtenido es el que corresponde y él se aplicó una tasa de reemplazo del 60% según lo dispuesto en el artículo 20 del Acuerdo 049 de 1990, normativa bajo la cual se reconoció la prestación en aplicación de la condición más beneficiosa, lo que arroja una primera mesada incluso inferior al SMMLV de esa anualidad, tal como lo concluyó la *a quo*.

COSTAS de la apelación a cargo de la parte demandante.

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

RESUELVE

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado



HUGO ALEXANDER RIOS GARAY

Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE

Magistrada

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



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado

EXP. 10 2019 00469 01
María Rosalba Urrea Pinzón vs Colpensiones y otro.

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO.

PROCESO ORDINARIO DE MARÍA ROSALBA URREA PINZÓN CONTRA COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS - PROTECCIÓN S.A. Y LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, trámite al que se vinculó a PORVENIR S.A.

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintitrés (2023)

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito según lo dispone el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reúne la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, para resolver los recursos de apelación interpuestos por la PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, y estudiar en grado jurisdiccional de consulta a favor de esta última entidad, la sentencia dictada el 1° de marzo del 2023 por la Juez Décima (10ª) Laboral del Circuito de Bogotá. En ella se DECLARÓ la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) y se condenó a Colpensiones a reconocer pensión de vejez.

ANTECEDENTES

EXP. 10 2019 00469 01
María Rosalba Urrea Pinzón vs Colpensiones y otro.

Por medio de apoderado, MARÍA ROSALBA URREA PINZÓN presentó demanda contra la COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS – PROTECCIÓN S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES para que, mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, se ordene la *anulación* de la *afiliación-adhesión* al régimen de ahorro individual efectuada el 1° de julio de 1994, por cuanto no existió un consentimiento informado sobre las consecuencias y efectos desfavorables y nocivos del traslado entre regímenes, además de haberse realizado antes de la Ley 797 de 2003 en virtud de la cual se *crearon condiciones jurídicas y económicas más desfavorables para el traslado*, y se dé aplicación a los principios de favorabilidad, progresividad y condición más beneficiosa. En consecuencia, pide que se condene a PROTECCIÓN S.A. y COLFONDOS S.A. a trasladar a COLPENSIONES el capital y los rendimientos financieros acumulados por la demandante; y a esta última, recibir los dineros provenientes del RAIS, contabilizar *válidamente* las semanas cotizadas dentro de la historia laboral, y reconocer la pensión de vejez en los términos de los artículos 9 y 10 de la Ley 797 de 2003, una vez acreditado el cumplimiento de los requisitos establecidos en dicha norma (ver demanda folios 185 a 212 del archivo No. 01 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Notificadas de la demanda, las demandadas comparecieron a través de apoderado para la Litis.

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES se opuso a la prosperidad de las pretensiones dirigidas contra ella con fundamento en que si bien desconoce las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que se efectuaron los traslados, presume que se realizaron en

EXP. 10 2019 00469 01
María Rosalba Urrea Pinzón vs Colpensiones y otro.

ejercicio del derecho de libre escogencia consagrado en el artículo 13 literal b) de la Ley 100 de 1993. Considera que no hay evidencia de algún vicio del consentimiento, y de existir falta de información necesaria, esta deberá probarse en el expediente. Sostiene que los principios alegados no tienen relación con lo planteado y pretendido en la demanda, y que la demandante no cumple con los requisitos para acceder al reconocimiento y pago de la pensión de vejez, pues sólo cuenta con 56 años de edad. En su defensa propuso como excepción previa *la falta de litisconsorcio necesario por pasiva* y de fondo las de prescripción y caducidad, *declaratoria de otras excepciones* y *la inexistencia de la obligación y del derecho por falta de causa y título para pedir* (ver contestación folios 219 a 226 del archivo No. 01 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Por su parte PROTECCIÓN S.A. se opuso a las pretensiones, afirmando que nos encontramos frente a un acto válido, libre de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, lo que se evidencia en el formulario de vinculación suscrito por la demandante que da cuenta de la aceptación como manifestación inequívoca del traslado al RAIS. Advierte que no es posible perseguir la nulidad con base en las expectativas económicas respecto del valor de la mesada pensional, entre otras, porque la forma de liquidar la prestación está consagrada en la Ley. Refiere que la afiliación a ese fondo se dio en fecha anterior a la vigencia de las normas a las que se refiere la demanda, y que no resulta válido imponer obligaciones con base en disposiciones inexistentes para esa época. Indica que la actora está inmersa en la prohibición que consagra la Ley 797 de 2003 por estar a menos de 10 años para cumplir la edad límite de pensión. Formuló como excepciones de fondo las de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, prescripción, buena fe, y las que denominó *aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, reconocimiento de*

EXP. 10 2019 00469 01
María Rosalba Urrea Pinzón vs Colpensiones y otro.

restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa; inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, traslados de los aportes a otra administradora y la genérica (ver contestación folio 3 a 23 y archivo No. 07 del expediente digital, trámite de primera instancia).

COLFONDOS S.A. se opuso también a la prosperidad de las pretensiones que involucren a esa sociedad, por cuanto la afiliación a ese fondo se realizó conforme al derecho de libre escogencia, luego de brindar una asesoría integral y completa sobre todas las implicaciones del traslado horizontal, en la que se le pusieron de presente las características, funcionamiento, ventajas y desventajas del RAIS, el derecho de rentabilidad y de retracto, al igual que los requisitos para acceder al reconocimiento de la pensión, teniendo como resultado la firma del formulario de afiliación. Advierte que no existe ningún tipo de vicio del consentimiento y que el deber de dar a los afiliados herramientas financieras que les permitan conocer las consecuencias del traslado fue creado con posterioridad a la afiliación, por lo que no le es exigible. Refiere que el traslado de la actora no es viable porque no cumple con el requisito de 15 años de cotización antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1994 y está inmersa en la prohibición prevista en la Ley 797 de 2003. Sostiene que no hay lugar al traslado de los aportes, gastos de administración y rendimientos, al ser beneficios disfrutados y propios del RAIS. Formuló como excepciones de mérito las de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, *ausencia de vicios del consentimiento, ratificación de la afiliación del actor al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos S.A.,*

EXP. 10 2019 00469 01
María Rosalba Urrea Pinzón vs Colpensiones y otro.

prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago, y la genérica (ver contestación folio 4 a 19 archivo No. 08 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Por auto del 31 de marzo de 2022, el juzgado dispuso la vinculación de PORVENIR S.A. como litisconsorte necesario (archivo 14 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Enterada de la demanda y corrido el traslado legal, PORVENIR S.A. la contestó a través de apoderado judicial. Se opuso a las pretensiones de la demanda pues si bien están dirigidas contra otras administradoras, la actora está inmersa en la restricción contenida en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003. Además, en razón a que al momento de la afiliación de la demandante con HORIZONTE (hoy PORVENIR), entregó información clara, completa y veraz y le comunicó acerca de las diferencias de cada régimen, su funcionamiento, características, modalidades y parámetros para el reconocimiento pensional, así como los criterios para la administración de los recursos conforme al artículo 20 de la Ley 100 de 1993, de allí que la decisión fuera libre e informada, lo que se verifica del formulario de afiliación, documento público en el que consta la declaración escrita a que se refiere el artículo 114 de la Ley 100 de 193 y que se presume auténtico. Refiere que para el año 2000 no existía la obligación de entregar cálculos o proyecciones acerca del futuro pensional el afiliado, deber surgido a partir de la publicación del Decreto 1748 de 2014. Afirma que, de existir algún vicio del consentimiento, este derivaría en una nulidad relativa que es susceptible de saneamiento mediante ratificación como lo dispone el artículo 1741 del Código Civil. Como excepciones de mérito propuso las de prescripción, buena fe, inexistencia de

EXP. 10 2019 00469 01
María Rosalba Urrea Pinzón vs Colpensiones y otro.

la obligación, compensación y la genérica (ver contestación folio 02 a 26 archivo No. 16 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Terminó la primera instancia con sentencia del 1° de marzo de 2023, mediante la cual la Juez Décima (10) Laboral del Circuito de Bogotá, DECLARÓ la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS). Para tomar su decisión, aplicó la normatividad y jurisprudencia trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y concluyó que PROTECCIÓN no cumplió el deber de información al no demostrar que informó de manera clara, cierta, comprensible y oportuna a la demandada sobre las condiciones, implicaciones y consecuencias del traslado de régimen, siendo prueba insuficiente el formulario de afiliación. Dispuso el reconocimiento de la pensión por encontrar satisfechos los requisitos previstos en la Ley 100 de 1993, la cual sería exigible una vez se produzca el retiro del sistema de la demandante.

La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la vinculación de la demandante, señora MARÍA ROSALBA URREA PINZÓN, al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado en su momento y realizada la afiliación el día 7 de junio de 1994, con la sociedad administradora de fondos de pensiones y cesantías PROTECCIÓN S.A., se declara la ineficacia de esta afiliación y, por consiguiente, las subsiguientes afiliaciones realizadas con COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS el día 25 de octubre de 1999, la afiliación suscrita con HORIZONTE hoy AFP PORVENIR S.A., realizada el 1 de julio de 2000 y la realizada con COLFONDOS, nuevamente COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS el día 30 de junio de 2002. En consecuencia, se*

declara ineficaz el traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual por el incumplimiento del deber de información, al no darle una información completa oportuna sobre las características, ventajas y desventajas que le acarrearía el traslado de régimen pensional. De conformidad a ello, se ordena el regreso automático, sin solución de continuidad, al régimen de prima media administrado por COLPENSIONES, conforme a lo expuesto en la parte motiva de la providencia. SEGUNDO: CONDENAR a COLPENSIONES a recibir y restablecer la afiliación de la demandante, señora MARÍA ROSALBA URREA PINZÓN, al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES, sin solución de continuidad, conforme a lo expuesto en la parte motiva de la providencia. TERCERO: SE CONDENA a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS corrige el despacho, a COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. a hacer la devolución al régimen de prima media administrado por COLPENSIONES de todas las sumas y valores que hubiera recibido con motivo de la afiliación de la señora MARÍA ROSALBA URREA PINZÓN, correspondientes a cotizaciones, frutos, intereses, bonos pensionales si los hubiere, como lo dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es, con la devolución de esos rendimientos, frutos y los gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y de sobrevivencia y los porcentajes destinados a la garantía de pensión mínima con cargo de sus propias utilidades seguidamente indexados que le hubiera descontado a la señora MARÍA ROSALBA URREA durante sus vinculaciones a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS y deberá acompañar esta devolución con los documentos que acrediten que efectivamente se hizo el traslado de estas sumas por la señora MARÍA ROSALBA URREA a COLPENSIONES y las documentales correspondientes que den a conocer a COLPENSIONES los ciclos cotizados los IBC sobre los cuales se cotizó, las cotizaciones, los rendimientos, los frutos producidos, así como también en

EXP. 10 2019 00469 01
María Rosalba Urrea Pinzón vs Colpensiones y otro.

caso de existir bonos pensionales, el valor de los mismos y las sumas que le fueron descontadas por gastos de administración, primas de seguros previsionales y porcentajes de garantía de pensión mínima, para que se pueda revisar por COLPENSIONES que se hace la devolución en los términos indicados en esta sentencia. Se le otorga el término de los 15 días hábiles siguientes a la ejecutoria de la presente providencia para hacer la devolución ordenada en esta sentencia de conformidad a la parte considerativa de la providencia. CUARTO: Se CONDENA a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. a realizar la devolución a COLPENSIONES de las sumas descontadas a MARÍA ROSALBA URREA PINZÓN durante su vinculación a esta administradora por concepto de gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, con cargo a sus propias utilidades debidamente indexados, incluyendo los porcentajes destinados a garantía de pensión mínima, y deberá acompañar esta devolución al régimen de prima media administrado por COLPENSIONES con los documentos que permitan constatar la devolución efectiva a COLPENSIONES de estos dineros, así como cuáles fueron las sumas que se le descontaron por gastos de administración, primas de seguros previsionales y sobrevivencia y porcentajes de garantía de pensión mínima a la señora MARÍA ROSALBA URREA PINZÓN, durante su vinculación a la AFP PROTECCIÓN. Se le otorga el término de 15 días hábiles siguientes a la sentencia para que se cumpla con la devolución ordenada en los términos aquí establecidos de conformidad con la parte motiva de esta providencia. QUINTO: CONDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., a realizar la devolución a COLPENSIONES de las sumas descontadas a MARÍA ROSALBA URREA PINZÓN durante su vinculación a esta administradora por concepto de gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y

EXP. 10 2019 00469 01
María Rosalba Urrea Pinzón vs Colpensiones y otro.

sobrevivencia, porcentaje de garantía de pensión mínima debidamente indexados que le hubiese le hubiera descontado durante su vinculación a la AFP PORVENIR S.A con cargo a sus propias utilidades y esta devolución debe hacerla en el término de los 15 días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, acompañando o entregando a COLPENSIONES la constancia efectiva del pago de estas sumas al régimen de prima media y de las documentales que den cuenta de las sumas descontadas por gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y porcentajes de garantía de pensión mínima, para que COLPENSIONES pueda establecer que se haga, se haga la devolución en los términos ordenados en esta sentencia, todo ello de conformidad a lo expresado en esta providencia, también otorgándole término a los 15 días siguientes a la ejecutoria de la providencia. SEXTO: CONDENAR a COLPENSIONES a que de manera inmediata a la ejecutoria de esta providencia se impute en el historial laboral de MARÍA ROSALBA URREA PINZÓN, para efectos de carácter pensional las correspondientes semanas cotizadas durante su vinculación al régimen de ahorro individual con solidaridad y en consecuencia, también una vez ingrese las sumas de dinero provenientes de COLFONDOS S.A., AFP PORVENIR, AFP PROTECCION S.A, a realizar la revisión de que la devolución se hace en los términos indicados en esta sentencia de conformidad a la parte considerativa de la providencia. SÉPTIMO: CONDENAR a COLPENSIONES a reconocer y pagar la pensión de vejez a la señora MARÍA ROSALBA URREA PINZÓN, desde el día siguiente a su retiro de efectivo del sistema de pensiones y deberá dar aplicación para establecer el ingreso base de liquidación de la pensión del artículo 21 de la ley 100 de 1993, calculando el ingreso base de liquidación con el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales cotizó la demandante durante los 10 años anteriores al reconocimiento o que logró adquirir la edad para el reconocimiento de la pensión o el promedio de

EXP. 10 2019 00469 01
María Rosalba Urrea Pinzón vs Colpensiones y otro.

ingreso base de toda la vida laboral ajustado por inflación y dando aplicación para establecer la mesada pensional, al ingreso base de liquidación más favorable para la demandante y así mismo, aplicando el artículo 34 de la Ley 100 de 1993, para poder establecer la tasa de reemplazo sobre el ingreso base de liquidación. La pensión se reconocerá en 13 mesadas pensionales y se autoriza a COLPENSIONES para realizar descuentos por aportes en salud de conformidad a la parte considerativa de esta providencia. OCTAVO: DECLARAR no probadas las excepciones planteadas por las aquí demandadas AFP PORVENIR S.A., AFP PROTECCIÓN S.A. COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, y COLPENSIONES conforme a lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia. NOVENO: CONDENAR en COSTAS de esta instancia a las demandadas a AFP PORVENIR S.A, AFP PROTECCION y a COLFONDOS S.A, y COLPENSIONES a favor de la demandante. Deben ser tasadas por secretaría y practicar la liquidación de costas e incluyendo como agencias en derecho a cargo de la AFP PROTECCIÓN la suma de \$ 1.100.000 y a cargo de COLFONDOS S.A, AFP PORVENIR y COLPENSIONES por concepto de agencias en derecho, la suma de \$300.000 a cargo de cada una de estas demandas a favor de la demandante. DÉCIMO: En caso de no ser apelada esta providencia debe surtir el grado jurisdiccional de consulta con relación a las condenas impuestas a COLPENSIONES, de conformidad al artículo 69 del Código procesal del trabajo y la Seguridad Social" (Audiencia virtual, récord 1:22:53, archivo No. 15 del expediente digital, trámite de primera instancia).

RECURSOS DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión, PORVENIR y COLPENSIONES la apelaron.

EXP. 10 2019 00469 01

María Rosalba Urrea Pinzón vs Colpensiones y otro.

PORVENIR en su recurso, afirma que, de acuerdo con la jurisprudencia, resulta incompatible ordenar la indexación de los recursos que se encuentran en la cuenta de ahorro individual de la demandante pues no se presentó algún efecto negativo por la inflación, en tanto se generaron unos rendimientos superiores a los establecidos por la Ley, sumas que ya fueron trasladadas a otra AFP. Sostiene que conforme a lo dispuesto en el artículo séptimo del Decreto 3995 de 2008, tampoco procede la devolución del porcentaje destinado al fondo de pensión mínima, al estar este concepto a cargo de la última entidad en la que estuvo afiliada la demandada¹

¹"Gracias señora juez, estando dentro de la oportunidad procesal, de manera respetuosa me permite interponer recurso de apelación parcial en contra de la sentencia proferida con el fin de que el honorable Tribunal Superior de Bogotá resuelva sobre el asunto de la Presidencia bajo las siguientes argumentaciones en cuanto a la indexación, honorable magistrado me permite resaltar que es improcedente, de acuerdo con lo mencionado en la sentencia C 00169, 13 de mayo del 2010. Magistrado ponente, Villamil Portilla, en donde señala que la indexación consiste en. Abro comillas la actualización monetaria, cuya aplicación deja por fuera aspectos subjetivos, pretende mantener en el tiempo el valor adquisitivo de la moneda oficial que se envíe a ese periódicamente las economías caracterizadas por la inflación, todo bajo la idea de que el pago, sea cual fuere el origen de la prestación, debe ser íntegro conforme a cantada jurisprudencia en materia de obligaciones indemnizatorias, que a la postre fue recogida por el artículo 16 de la ley 446980*. Adicionalmente, a través de la SL 9316, de fecha 29 de junio del 2016, se precisó que la indexación es la actualización de la moneda para contrarrestar la devaluación de la misma por el transcurso del tiempo dada la generalizada comisión inflacionaria de la economía, en este orden de ideas, honorables magistrados y teniendo en cuenta que dentro de las obligaciones que deben cumplir las AFP se encuentra la de garantizar la rentabilidad mínima de las cuentas de ahorro individual de cada 1 su afiliados, pues por tanto resulta incompatible ordenar la indexación "por los recursos en la cuenta de la cuenta de ahorro individual de la parte demandante, mientras estuvo con porvenir, pues no se vieron afectados por la inflación y por el contrario, generaron rendimiento sus superiores a los establecidos por la ley. De igual manera, y teniendo en cuenta que por el momento el traslado que realizó la demandante de AFP Porvenir efectuó la evolución de los rendimientos financieros, rubro este que incluye los frutos e intereses que se obtuvieron con los dineros recibidos por la como consecuencia de la afiliación de la demandante, entonces debe tenerse en cuenta honorables. Administrados que dichos rendimientos devueltos en su momento serían excluyentes con la indexación ordenada, como lo indicó el Tribunal Superior de Cundinamarca en sentencia de fecha 21 de junio e de 25 de julio y 31 de octubre del año 2022 y sentencia del 20 de enero del año en curso 2023 proferidas por el Tribunal Superior de Cali, entendiendo así que con el momento pero adquisitivo de la moneda que pudiera haberse generado a retornar y honorables magistrados se fundamentan la prueba mencionado en las restituciones mutuas producto de la ineficacia respecto a la cual se aplica el artículo 1746 del Código Civil, pues al no existir norma que regule la temática de ineficacia tanto en la ley 100 del 93 como materia comercial, haciendo uso de la analogía del citado artículo, posición que asume tanto la jurisprudencia civil y como la laboral. en especial la sentencia SL 2946 del 2021. Todo ello

EXP. 10 2019 00469 01
 María Rosalba Urrea Pinzón vs Colpensiones y otro.

(Audiencia virtual, récord 01:33:16, archivo No. 27 del expediente digital, trámite de primera instancia).

En el recurso de COLPENSIONES, afirma que, a partir de las pruebas documentales allegadas al proceso, se puede concluir que la afiliación al RAIS fue libre y voluntaria al contar con toda la información pertinente por parte del fondo privado sobre los efectos jurídicos que le acarrearía trasladarse de régimen, razón por la cual no se cumplen los presupuestos de hecho y de derecho para declarar la nulidad o ineficacia del acto jurídico. Refiere que corresponde a la demandante desvirtuar la buena fe con la que actuó el fondo; que los afiliados cuentan con el derecho de escoger libremente el régimen; y que la actora no cumple con los presupuestos del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, el cual fue modificado por la Ley 797 de 2003. Asegura que actuó bajo los postulados de buena fe, por lo que solicita se revoque la condena en costas impuesta a su cargo²

con el fin de suplir cualquier déficit fiscal que pudiera ocasionarse con el traslado de la demanda al Fondo común y, por último, honorables magistrados ha así, como lo indicó el Tribunal Superior de Medellín, Sala laboral en su providencia que revocó la decisión del juzgado 2. Laboral del circuito de Medellín. Respecto a condenar por concepto de porcentaje de garantía de pensión mínima, pues en este caso tampoco procede en la orden dada a Porvenir en lo que tiene que ver con la devolución correspondiente a lo destinado al Fondo de Garantía de pensión mínima. Toda vez que conforme lo indica el artículo séptimo del Decreto 3995 del 2008, compilado en el de UR, el del 1833 de 2016, este concepto solo está a cargo de la última entidad en donde está afiliada la demandante, pues por lo que sería solo esta. La cual, a la cual se le debería Ordenar la devolución de dicho concepto. Bajo estos argumentos dejo sustentado mi recurso de apelación, muchas gracias.”

² *“Su Señoría presentó recurso de apelación en contra la sentencia proferida por este despacho. En cuanto a las condenas y obligaciones impuestas a mi defendida, la administradora colombiana de pensiones Colpensiones, teniendo en cuenta que no se comparte la decisión tomada en esta instancia conforme a los siguientes argumentos, a la fecha del traslado efectuado el régimen de ahorro individual con solidaridad tiene plena validez y la afirmación de vicios del consentimiento de traslado de régimen suscrito con la AFP Protección y la omisión de información vital por haber efectuado el cambio de régimen. Alegados por la parte demandante, como se demostró a lo largo de la audiencia y en las declaraciones de la demandante en el interrogatorio de parte, no le asiste derecho, ya que la actora tuvo conocimiento del traslado realizado al régimen de ahorro individual con solidaridad. No es procedente declarar que el contrato de afiliación suscrito entre la parte actora la y la AFP Protección. No es procedente declarar que el contrato de afiliación*

EXP. 10 2019 00469 01

María Rosalba Urrea Pinzón vs Colpensiones y otro.

suscrito entre la parte actora y la AFP Protección es nulo, toda vez que obran dentro del presente proceso. Medios de pruebas documentales suficientes, los cuales conllevan a determinar que el traslado efectuado. Y efectuado por la accionante régimen de ahorro individual, se llevó a cabo de manera libre y voluntaria, así como que respectivo asesor del fondo privado suministró la totalidad de información clara y precisa respecto de los efectos jurídicos que le conduciría al trasladarse de régimen de prima media administrado por el Instituto de Seguros Sociales, con destino al régimen de ahorro individual, tratándose de la afiliación al sistema pensional, lo primero que debe decirse es que los afiliados cuentan con el derecho de escoger libremente a qué régimen se afilie. Tal como lo indica el artículo segundo de la Ley 797 2003, el cual modificó el literal E del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, el cual señala que después de 1 año de vigencia de la presente ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltará en 10 años o menos para cumplirla para tener derecho a la pensión de vejez. Es así que en el presente caso no se configuran los presupuestos, de hecho, para que se declare la nulidad ineficacia del traslado teniendo en cuenta que la demandante fue informada por el fondo en el que se encuentra afiliada. El cual suministró la información veraz y completa acerca de las ventajas y desventajas de los dos regímenes. Por lo tanto, no se evidencia vicio del consentimiento ni por error. Fuerza o dolo, como quiera que la demandante siempre estuvo consciente de la afiliación que estaba realizando, sabía que se trataba el traslado de sus aportes en pensión. No fue obligada ni mucho menos se ejerció presión o fuerza para que se trasladara. Y por último, referente al dolor, el cual es de resaltar que él mismo no se presume, sino que se prueba, no hay prueba idónea y contundente que el asesor, de manera dolosa y con la intención de ocasionar el daño le indujo a realizar el traslado por lo anterior se puede concluir que la demandante recibió toda la información necesaria para realizar el traslado y que fue de manera libre y voluntaria su afiliación al régimen de ahorro individual, por ende, no se vulneró ninguno de los derechos descritos en la parte petitoria de esta demanda, contrario sensu a la parte actora se le despertó el derecho, se le respetó el derecho de afiliación al suscribir el formulario con el régimen de ahorro individual con solidaridad y se tiene en cuenta que es una persona que goza de toda la capacidad legal. Por otra parte, debe tenerse en cuenta el artículo 83 de la Constitución Política de 1991, el cual manifiesta que las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de buena fe, la cual se presumirá todas las gestiones que ellos adelanten ante estos, por lo que hay alegarse por la parte actora que el fondo de pensiones y cesantías protección a través de sus asesores comerciales mediante maniobras engañosas, efectuó el traslado al régimen de prima media con prestación definida con destino al régimen de ahorro individual con solidaridad. Eso esta misma quien le corresponde única y exclusivamente desvirtuar la buena fe del fondo de pensiones, teniendo en cuenta que el 16 de octubre de 2019, fecha de la admisión de la demanda con la cual se pretende se declare la nulidad de ineficacia del traslado, la demandante contaba con 56 años en consideración a que nació el 17 de julio en 1963, de bien entonces la imposibilidad de trasladarse al de régimen. Según la normativa citada en líneas precedentes. La demandante se encuentra inmersa en la prohibición establecida en la Ley 797 2003 en su artículo segundo literal E el cual dice que los afiliados al sistema general de pensiones. Podrán escoger el régimen de pensiones que prefieran. Una vez efectuada la selección inicial, esto solo podrán trasladarse de régimen una sola vez cada 5 años, contados a partir de la selección inicial. Después de 1 año de vigencia. La presente ley en afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltará en 10 años o menos para cumplirla, para tener derecho a la pensión de vejez. En cuanto a la condena En costas impuestas a mi defendida. La entidad que represento siempre actúa de buena fe. Tanto esta entidad como las entidades o personas que acuden a ella en calidad de usuario y sus afiliados y en desarrollo a lo expresado. Nuestra Carta Magna en el artículo 83, que indica que las actuaciones de los particulares y de las autoridades deberán ceñirse a los

EXP. 10 2019 00469 01
María Rosalba Urrea Pinzón vs Colpensiones y otro.

(Audiencia virtual, récord 01:38:04, archivo No. 27 del expediente digital, trámite de primera instancia).

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Para resolver la controversia, el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 – modificado por el art. 2º de la Ley 797 de 2003–, dispuso para los afiliados al Sistema General de Pensiones, la posibilidad de escoger libremente uno de los dos regímenes pensionales, y el derecho a trasladarse entre uno y otro régimen una vez cada cinco años contados a partir de la selección inicial. Sin embargo, por razones financieras y de estabilidad en el Sistema pensional, las normas limitaron el derecho a trasladarse de régimen cuando al afiliado le faltan 10 años o menos para alcanzar la edad de pensión. Solo se conservó el derecho al traslado en cualquier tiempo para los afiliados que tuvieran más de quince (15) años cotizados para la fecha en que entró en vigor el Sistema de Seguridad Social en Pensiones (1º de abril de 1994).

Sobre la validez constitucional de la restricción temporal del traslado, se pronunció claramente la Corte Constitucional en la sentencia C-1024 de

postulados de buena fe, la cual se presumirá de todas las gestiones que ellos adelanten hasta antes de la sentencia. Se presumirá buena fe, a menos que se demuestre lo contrario. Situación que lleva a la imposibilidad de condenar en costas con base a lo siguiente, el artículo 365 del Código General del proceso, igualmente aplicable al procedimiento laboral, atendiendo al artículo 145 del Código procesal del trabajo, faculta al juez para que. Con facultad del juez para condenar en costas a la parte vencida, teniendo en consideración la conducta asumida por esta. Que es una norma de carácter procesal, de vigencia inmediata y de acuerdo con el artículo 40 de la Ley 153 de 1887 y la reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia solicito al honorable Tribunal Sala Laboral de Bogotá que se revoque la decisión en condena en costas impuesta a mi defendían razona que la misma ha actuado de buena fe, en estricta aplicación al principio legal que le corresponde en este caso en concreto. Teniendo en cuenta lo anterior Solicitó al honorable tribunal Sala laboral de Bogotá que se revoque la sentencia proferida por el juzgado décimo laboral y, en su lugar, exonerar a mi defendida la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES de todas las condenas impuestas. Así mismo, solicito que se conceda el recurso de apelación para ser resuelto por el superior”.

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

Bajo estos lineamientos normativos, se advierte de las pruebas aportadas, que para la fecha en que se afilió al Fondo Privado de Pensiones la demandante tenía 30³ años de edad y había cotizado 440,29⁴ semanas,

³ Nació el 17 de Julio de 1963.

EXP. 10 2019 00469 01

María Rosalba Urrea Pinzón vs Colpensiones y otro.

para la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994) no tenía 15 años de servicios (la historia laboral allegada solo acredita 8 años, 5 meses y 12 días⁵), y para la fecha de presentación de la demanda le faltaban menos de 10 años para alcanzar la edad mínima para adquirir la pensión (tenía 55 años de edad- ver folio 3 y 2013 archivo 01 del expediente digital).

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

Sin embargo, y al margen del criterio que tiene el magistrado ponente y que ha expresado en diferentes providencias dictadas en el pasado, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estableció un precedente al que asignó el carácter de obligatorio acatamiento para toda la jurisdicción ^{6, 7},

⁴ Ver reporte de semanas cotizadas en pensiones expedida por Colpensiones e historia laboral expedida por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público (folios 90 a 94 y 75 a 76, archivo 01 del expediente digital, trámite de primera instancia).

⁵ Ver historia laboral expedida por el ministerio de hacienda, folios 75 y 76 del archivo 1.

⁶ Sentencia STL 3382-2020 Corte Suprema de Justicia “(...) *dada la importancia en materia de derechos pensionales, y en aras de garantizar tales prerrogativas, se hace necesario primero recoger el criterio de la Sala, en relación a los procesos en los que se pretende la nulidad del traslado de régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, donde por vía de tutela se ha negado la solicitud de amparo, dada la razonabilidad de los fallos cuestionados. Lo advertido, teniendo en cuenta la existencia de incontables pronunciamientos que no se encuentran acorde a los lineamientos de esta Corporación, como máximo órgano en materia de jurisdicción ordinaria laboral, toda vez que, si bien no se desconoce la autonomía judicial de la cual se encuentran investido los jueces, como tampoco las particularidades de cada caso, la falta de aplicación de los precedentes de esta Sala de Casación Laboral, hace necesaria la imperiosa intervención como juez constitucional, a fin de que se unifique la jurisprudencia nacional, en la materia*”.

⁷ Sentencia STL3187-2020: “*Debe insistir la Corte en que los funcionarios judiciales de la jurisdicción ordinaria están obligados a seguir la jurisprudencia emanada de la Corte Suprema de Justicia. Así lo imponen no solo razones de seguridad jurídica, buena fe, certeza y previsibilidad en la aplicación del derecho, sino también el derecho a la igualdad de trato, en cuya virtud los casos semejantes sometidos a consideración de los jueces deben resolverse del mismo modo a como lo definieron los máximos órganos de cierre de cada jurisdicción. Es normal que los jueces puedan disentir de los criterios judiciales de sus superiores; sin embargo, ello no los autoriza a desatender las construcciones*

EXP. 10 2019 00469 01
María Rosalba Urrea Pinzón vs Colpensiones y otro.

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

En estas sentencias, la Corte considera que las AFP han tenido siempre la obligación de brindar toda la información pertinente del sistema pensional al afiliado, y el cumplimiento de dicha obligación “(...) *debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión*”. En este sentido: (i) “*El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación, en este caso, en el de afiliación a otro Fondo, es insuficiente para afirmar que existió un consentimiento informado «entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias»*”. Además –dice la Corte- (ii) “*Si se arguye que, a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. Tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo*”; (iii) ello aplica para todos los afiliados al Sistema de Pensiones sin que importe que para el momento de la vinculación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad

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

se vislumbraran o no consecuencias negativas por no tener el afiliado una expectativa pensional cercana o la pérdida del régimen de transición: *“Ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información”* (Sentencia SL1688-2019 de 8 mayo de 2019, rad. 68838); y, (iv) -según la Corte- la ineficacia del traslado de régimen pensional no es subsanable *“en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos”*, y la acción para que se declare tal situación es imprescriptible *“en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, pues, se reitera, forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social”* (Ver SL 1689 de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

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

En palabras de la Sala Laboral de la Corte Suprema, el deber de brindar información *“debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica,*

EXP. 10 2019 00469 01
María Rosalba Urrea Pinzón vs Colpensiones y otro.

beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión”, lo que no se confesó en el interrogatorio de parte que rindió la demandante. Allí, según ilustró le mencionaron que el ISS se iba a acabar, que el fondo tenía muy buenas condiciones de rentabilidad por lo que podría pensionarse *muy bien*, que tendría una cuenta de ahorro individual a su nombre la cual generaría rendimientos y un capital que se emplearía en su reconocimiento pensional, le hablaron sobre los bonos pensionales, la pensión de sobrevivientes, la posibilidad de heredar los saldos de la cuenta de ahorro individual, pero nada le ilustraron sobre la posibilidad de pensionarse anticipadamente, cuál era el capital mínimo necesario para obtener la pensión, las modalidades de pensión, entre otros aspectos propios del régimen de ahorro individual, los que de conocerlos, pudieron haber incidido en la decisión tomada por la demandante (Audiencia virtual del 1 de marzo de 2023, récord 52:59).

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

EXP. 10 2019 00469 01
María Rosalba Urrea Pinzón vs Colpensiones y otro.

También se confirmará la decisión de primera instancia que dispuso a cargo de COLFONDOS la devolución de los valores de la cuenta de ahorro individual con solidaridad de la demandante incluyendo cotizaciones y rendimientos, así como la devolución por parte de los gastos de administración y montos de las primas previsionales a cargo de aquella y de PORVENIR y PROTECCIÓN (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA). Para la Corte la declaración de ineficacia obliga a los fondos privados a devolver los gastos de administración y las comisiones con cargo a sus propias utilidades, *“pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES”* (SL 4360 del 9 de octubre de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO). Lo anterior también implica la devolución de las primas de las aseguradoras y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes (es decir, las comisiones) conforme a lo establecido en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993⁸, los cuales se deben devolver *“debidamente indexados”* (SL1688 del 8 de mayo de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

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

⁸ *“En el régimen de ahorro individual con solidaridad el 10% del ingreso base de cotización se destinará a las cuentas individuales de ahorro pensional. Un 0.5% del ingreso base de cotización se destinará al Fondo de Garantía de Pensión Mínima del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y el 3% restante se destinará a financiar los gastos de administración, la prima de reaseguros FOGAFÍN, y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes”.*

EXP. 10 2019 00469 01
María Rosalba Urrea Pinzón vs Colpensiones y otro.

Además, en virtud de dicho grado jurisdiccional, se revocará el numeral SÉPTIMO de la sentencia de primera instancia, pues no resulta procedente en este momento el reconocimiento judicial de la pensión. COLPENSIONES sólo tendrá a cargo la obligación pensional de la demandante, cuando se haya hecho efectiva la anulación del traslado, y se hayan devuelto a la entidad pagadora los aportes que la financiarán.

Finalmente, se CONFIRMARÁ la condena en costas de primera instancia a COLPENSIONES, pues el artículo 365 del CGP impone este pago a la parte que resulte vencida en el proceso, es decir, a quien se opone a las pretensiones de una demanda y resulta derrotado en sus argumentos, como ocurrió en el caso bajo estudio (ver contestación folios 3 a 21 del archivo No. 6 del expediente digital, trámite de primera instancia).

COSTAS en esta instancia a cargo de PORVENIR.

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

RESUELVE

- 1. REVOCAR** el numeral SÉPTIMO de la sentencia de primera instancia.
- 2. ADICIONAR** la sentencia de primera instancia para DECLARAR que bien puede COLPENSIONES obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le causen por asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas

EXP. 10 2019 00469 01
María Rosalba Urrea Pinzón vs Colpensiones y otro.

para el efecto, originados en las omisiones en las que incurrieron los fondos de pensiones.

- 3. **CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia en lo demás.
- 4. **COSTAS** en esta instancia a cargo de PORVENIR.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

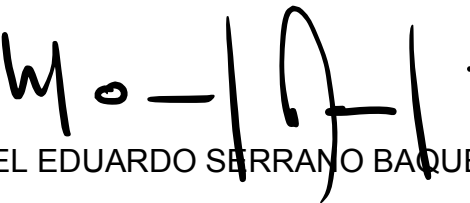
Así se firma por los magistrados que integran la Sala Sexta de decisión laboral,


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado


LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

INCLÚYASE en la liquidación de costas la suma de UN MILLÓN DE PESOS MCTE (\$1.000.000), como agencias en derecho de segunda instancia.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

Exp. 11 2018 00312 01
Ramiro Cano Barragán contra Talleres Autorizados S.A.

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

Magistrado Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

**PROCESO ORDINARIO DE RAMIRO CANO BARRAGÁN CONTRA
TALLERES AUTORIZADOS S.A.**

Bogotá D. C., treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintitrés (2023)

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito, como lo dispone el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reúne la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, para estudiar en grado jurisdiccional de CONSULTA a favor del demandante, la sentencia dictada el 30 de septiembre de 2022 por el Juez Once (11) Laboral del Circuito de Bogotá. En ella se ABSOLVIÓ a la demandada de todas pretensiones incoadas en su contra, con las cuales se procuraba el reintegro por estabilidad laboral reforzada en razón de salud de la demandante y la indemnización plena de perjuicios derivada de una culpa patronal.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, RAMIRO CANO BARRAGÁN presentó demanda contra TALLERES AUTORIZADOS S.A., para que, mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, se declare la existencia de un contrato de trabajo entre el 19 de junio de 2008 y el 1 de marzo de 2018, el cual terminó por despido sin justa cuando gozaba de estabilidad laboral reforzada por salud y sin que para ello se solicitara autorización previa del Ministerio del Trabajo, y que es responsable del accidente de trabajo que sufrió el 10 de

Exp. 11 2018 00312 01
Ramiro Cano Barragán contra Talleres Autorizados S.A.

octubre de 2016. En consecuencia, pide que se condene a la demandada a reintegrarlo al cargo que venía desempeñando u a otro con funciones similares junto con el pago de los salarios, prestaciones sociales y aportes a seguridad social causados desde la fecha del despido y la indemnización consagrada en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, y a reconocer y pagar la indemnización por daño emergente, lucro cesante y daños morales de carácter objetivo y subjetivo por la pérdida de su capacidad laboral definitiva, según las calificaciones efectuadas por los entes competentes, todo debidamente indexado.

Como fundamento de lo pedido, afirma que el 19 de junio de 2008 fue contratado por TALLERES AUTORIZADOS S.A. para desempeñarse como *oficial de vigilante*, devengando inicialmente un salario de \$633.000 mensuales, fecha para la cual se encontraba en perfecto estado de salud. Asegura que en febrero de 2016 fue diagnosticado con “*tendencia a la lumbarización de S1. La altura de los cuerpos vertebrales está conservada. Disminución de la intensidad de la señal de los discos intervertebrales L4-L5 L5-S1 por discopatía*”, las cuales fueron calificadas por la EPS CAFESALUD como de origen común, determinación contra la cual interpuso el 24 de abril de 2018 recurso de apelación. Sostiene que a raíz de sus enfermedades le fueron expedidas algunas recomendaciones laborales, situación que fue conocida por la sociedad demandada y que conllevó a que fuera *acosado laboralmente* por sus jefes, razón por la cual, el 18 de febrero de 2016 presentó querrella No. 29601 ante el Ministerio de Trabajo, la cual fue resuelta en audiencia del 17 de mayo siguiente en la que *se evidenció una situación de mejoría ante las quejas elevadas*. Indica que el 15 de septiembre de 2016 dio a conocer a su empleador las recomendaciones emitidas por la EPS, dentro de las cuales se encontraba el laborar solamente la jornada legal en turnos de máximo 8 horas; el 29 de septiembre de 2017 el médico de la sociedad demandada lo valoró como *apto sin restricciones*, por lo que se le

Exp. 11 2018 00312 01
Ramiro Cano Barragán contra Talleres Autorizados S.A.

informó que su horario sería de 12 horas, conforme a la programación que se le asigne, comunicación que decidió no firmar y que llevó a que el 2 de octubre de 2017 se diera por terminada su relación laboral de manera injusta y con el pago de la indemnización por despido. Sostiene que el 4 de octubre de 2017 MEDIMAS actualizó sus recomendaciones laborales, lo cual informó a la sociedad demandada, y que el 7 de noviembre de 2017 interpuso una acción constitucional ante el Juzgado 55 Penal Municipal con Función de Garantías, quien por sentencia del 22 de noviembre de 2017 dispuso su reintegro, lo cual se hizo efectivo el 4 de diciembre siguiente; no obstante el Juzgado 45 Penal del Circuito con Función de Conocimiento revocó la anterior providencia, y el 27 de febrero de 2018 se le reiteró por la empresa su decisión de poner fin al vínculo laboral de manera unilateral e injusta. Aduce que en su examen de egreso se evidenció la *tendencia a la lumbarización de S1 y disminución de la intensidad de la señal de los discos intervertebrales L4-L5 y L5-S1 por discopatía* (ver demanda folios 3 a 9, archivo 01 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Notificada la demanda y corrido el traslado legal, TALLERES AUTORIZADOS S.A. la contestó a través de apoderado judicial. Se opuso a la prosperidad de todas las pretensiones, tanto declarativas como de condena, con fundamento en que para la fecha de terminación del contrato de trabajo el demandante no se encontraba en una situación de debilidad manifiesta que le otorgara protección especial, ni gozaba de estabilidad laboral reforzada. Aduce que la terminación laboral no tuvo origen en el estado de salud del demandante, quien de acuerdo al dictamen médico del 27 de septiembre de 2017 se encontraba “*apto sin restricciones*”, por lo que, considera no se dan los presupuestos que contempla en artículo 26 de la Ley 361 de 1997. Refiere que la decisión de poner fin a la relación laboral, si bien no se apoyó en una justa causa, se dio en razón *al flagrante e injustificado desacato de las órdenes impartidas*, relacionadas con la

Exp. 11 2018 00312 01
Ramiro Cano Barragán contra Talleres Autorizados S.A.

necesidad de trabajar en el horario informado días antes, lo cual se aclaró al demandante en la carta de despido, momento para el cual no contaba con recomendaciones médicas vigentes. Por otra parte, sostiene que no existe culpa patronal, debido a que de un lado el demandante nunca sufrió un accidente de trabajo, y de otro, las patologías que sufre el trabajador fueron catalogadas como de origen común no laboral, y tuvieron causa en hechos ocurridos con anterioridad al contrato de trabajo que se ejecutó con la sociedad. Advierte que no obra en el expediente prueba alguna que acredite que el actor sufrió perjuicios o que esa sociedad tuviera responsabilidad alguna en su situación de salud. En su defensa propuso como excepciones de mérito las de inexistencia de la obligación y cobro de lo debido, prescripción, compensación y buena fe (ver contestación folios 144 a 169 del archivo 01 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Terminó la primera instancia con sentencia del 30 de septiembre de 2022, en la cual el Juez Once (11) Laboral del Circuito de Bogotá ABSOLVIÓ a la demandada de todas pretensiones incoadas en su contra. Para tomar su decisión, el juez concluyó, frente a la estabilidad laboral que si bien el demandante tenía un diagnóstico y recomendaciones médicas, conforme a los criterios de la Ley 361 de 1997 y a la jurisprudencia de la Corte no se probó que a la fecha de terminación del contrato fuera un sujeto de protección constitucional o que tuviera una disminución en la capacidad laboral que lo hiciera acreedor de dicha garantía. Por otro lado, respecto a la indemnización por culpa patronal establecida en el artículo 216 del C.S.T, no encontró prueba de alguna enfermedad o accidente por causa o con ocasión del trabajo, ni la omisión o culpa del empleador.

La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal:
“PRIMERO: ABSOLVER a la persona jurídica de derecho privado demandada TALLERES AUTORIZADOS S.A., de todas y cada una de las

Exp. 11 2018 00312 01
Ramiro Cano Barragán contra Talleres Autorizados S.A.

pretensiones impetradas en su contra por parte del ciudadano RAMIRO CANO BARRAGÁN, de conformidad con los argumentos esbozados en la parte considerativa y motiva de esta providencia. SEGUNDO: DECLARAR probados los hechos sustento de las excepciones de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido y compensación, propuestas por la pasiva de conformidad con los argumentos esbozados en la parte motiva y considerativa de esta providencia. TERCERO: CONDENAR en COSTAS al demandante. Líquidense por secretaría, fíjense en ellas como agencias en derecho la suma de \$300.000. CUARTO: Remitir las diligencias al honorable Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, en su Sala de Decisión Laboral para que se surta el grado jurisdiccional de consulta en caso de no ser apelada oportunamente la presente sentencia por parte del extremo demandante, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia” (Audiencia virtual, archivo 04 del expediente digital, récord 1:26:09).

Por ser esta providencia totalmente desfavorable al demandante, se remitió al Tribunal para que se surta el grado jurisdiccional de consulta por mandato del artículo 69 del CPT y SS, que pasa la Sala a resolver previas las siguientes,

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

No fueron objeto de controversia en esta instancia los siguientes hechos: (i) que el 19 de junio de 2008 entre RAMIRO CANO BARRAGAN y TALLERES AUTORIZADOS S.A, se suscribió un contrato de trabajo a término fijo de 4 meses, que mutó a indefinido por acuerdo entre las partes, en virtud del cual el actor se desempeñaba en el cargo de vigilante (folios 10 a 12, 172 a 174 y 175 del archivo 01 del expediente digital, trámite de primera instancia); (ii) que el 3 de octubre de 2017 la demandada terminó de manera unilateral y

Exp. 11 2018 00312 01
Ramiro Cano Barragán contra Talleres Autorizados S.A.

sin justa causa el contrato de trabajo, con el consecuente pago de la indemnización por despido prevista en el artículo 64 del C.S.T. (folios 25, 193, 199 a 202, ibídem); (iii) que por orden del Juzgado 55 Penal Municipal con Función de Garantías de Bogotá el 1 de diciembre de 2017 el actor fue reintegrado a su cargo (folio 195 ibídem). Sin embargo, como el Juzgado 45 Penal del Circuito con Función de Garantías revocó la sentencia que ordenó el reintegro, el 28 de febrero de 2018 la sociedad convocada al juicio ratificó al demandante la decisión de terminar el contrato de trabajo en los términos informados el 3 de octubre de 2017, con el consecuente reajuste de la indemnización y del pago de acreencias (folio 196, ibíd.)

El Tribunal debe definir: (i) si el demandante tiene derecho a la estabilidad reforzada que regula la Ley 361 de 1997 y, en consecuencia, si procede el reintegro con el consecuente pago de los salarios dejados de percibir, seguridad social, y la indemnización del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, y (ii) si se demostró el derecho a recibir indemnización de perjuicios por culpa patronal con base en el artículo 216 del CST.

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

La norma sanciona la inobservancia de esta última formalidad con el pago a título de indemnización de 180 días de salario, sin perjuicio de las demás prestaciones e indemnizaciones a las que hubiere lugar. Sin embargo, al estudiar su contenido, la Corte Constitucional definió con efectos de cosa juzgada, que el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 se ajusta al ordenamiento jurídico siempre y cuando se entienda que el despido del trabajador o la

Exp. 11 2018 00312 01
Ramiro Cano Barragán contra Talleres Autorizados S.A.

terminación del contrato de trabajo por una limitación física o psíquica y sin autorización de la oficina de Trabajo carece de efecto jurídico y, en consecuencia, también da lugar al reintegro del trabajador. A juicio de esa Corporación, la simple indemnización pecuniaria que tasó la referida Ley no garantiza la estabilidad laboral que el ordenamiento jurídico otorga a los trabajadores que padecen limitaciones en su capacidad para laborar y son despedidos por dicha causa¹.

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

Dispuso así la Corte los parámetros objetivos que permiten a los jueces dilucidar, en casos concretos, cuáles personas son objeto de la protección especial de la Ley y cuales no, asumiendo que no toda afectación en la salud del trabajador, ni toda limitación de su capacidad de trabajo generan una dificultad cierta para la reinserción en el sistema competitivo laboral, que es el objeto protegido por la Ley 361 de 1997.

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

Otorgar estabilidad reforzada a trabajadores que sufren limitaciones mínimas en la capacidad laboral, o a personas cuyo contrato termina por causas

¹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-531 de 2000. M.P. Álvaro Tafur Galvis.

Exp. 11 2018 00312 01
Ramiro Cano Barragán contra Talleres Autorizados S.A.

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

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

Este último requisito se presume ocurrido cuando se demuestra que el empleador conocía la pérdida de capacidad en el porcentaje que dispuso la Corte, o sabía que el trabajador se encontraba en una situación de debilidad manifiesta. En dado caso, tal presunción se puede desvirtuar por el empleador, si aporta prueba que demuestre la existencia de otras causas eficientes de terminación del contrato de trabajo².

Con estas reglas normativas y de interpretación, y una vez revisado el expediente, el Tribunal confirmará la decisión de primera instancia en cuanto estableció que el demandante no era beneficiario de la estabilidad reclamada, pues ninguna evidencia se allegó sobre una *limitación cierta* en

² La presunción de despido discriminatorio a la que se refiere la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, como todas las presunciones contempladas en el ordenamiento jurídico, exige de la parte que pretende beneficiarse de ella la prueba de los hechos que la generan, para el caso: la prueba de que existía una limitación cierta en la capacidad de trabajo y que ella era conocida por el empleador

Exp. 11 2018 00312 01
Ramiro Cano Barragán contra Talleres Autorizados S.A.

su capacidad de trabajo, o de una situación de debilidad manifiesta que fuera conocida por el empleador para la fecha en que finalizó el contrato de trabajo. Tampoco se demostró que la terminación de la relación hubiera tenido origen en una limitación de salud del trabajador para el desempeño de sus funciones.

Sobre lo primero, al expediente se incorporó copia del *dictamen para determinación de origen del accidente de la enfermedad y la muerte* emitido el 16 de junio de 2016 por la EPS CAFESALUD, en la que califica el diagnóstico M512 *OTROS DESPLAZAMIENTOS ESPECIFICADOS DE DISCO INTERVERTEBRAL* como de origen común, pero en manera alguna se determina una pérdida de capacidad laboral a razón de dicha patología (folios 14 a 18 y 184 a 188 del archivo 01 del expediente digital, trámite de primera instancia), por lo que no resulta útil como evidencia de que existiera una afectación en la capacidad laboral del demandante para la función que venía cumpliendo en la sociedad demandada, o de una situación de debilidad manifiesta por salud para ese momento.

Además, aunque el 4 de marzo de 2016 se habían expedido unas recomendaciones laborales emitidas por la ARL (folios 20 a 21 y 183 ibidem) y el 15 de septiembre ese mismo año otras por la EPS -cuyo contenido se desconoce-, lo cierto es que el 1 de septiembre de 2017, fecha anterior a la terminación del contrato de trabajo, en la evaluación y seguimiento realizada por el médico especialista en salud ocupacional LUIS FERNANDO CANTOR MOLANO, se estableció que el demandante era “*apto sin restricciones*”, por lo que se recomendaba el “*reintegro completo a las funciones propias de su cargo a partir de la fecha siguiendo normas generales de higiene postural y cuidado de su columna vertebral*” (folios 189 y 190, archivo 01 del expediente digital, trámite de primera instancia). En todo caso, tal como lo sostuvo la demandada, ninguna de las recomendaciones dadas al trabajador por parte

Exp. 11 2018 00312 01
Ramiro Cano Barragán contra Talleres Autorizados S.A.

de la EPS, aun con posterioridad a la terminación del vínculo (folio 28), sugerían la modificación de las funciones o el cambio de lugar del trabajo, de allí que no se pueda inferir que su patología dificultaba sustancialmente el desarrollo de la labor que desarrollaba. Sumado a lo anterior, el demandante al absolver el interrogatorio de parte³ confesó que trabajaba con normalidad y no contaba con dictámenes de pérdida de capacidad laboral, y la testigo YANETT OMAIRA ROSAS GARCÍA⁴, Directora de Salud y Seguridad en el Trabajo y Medio Ambiente de la demandada, explicó que para la finalización del vínculo laboral con el actor, este no contaba con restricción médica, ni incapacidad alguna, por lo que trabajaba de manera normal con recomendaciones generales sobre higiene postural.

Frente a lo segundo se tiene, de acuerdo con el material probatorio obrante en el expediente, que la *causa eficiente* de la finalización del contrato de trabajo no fue su estado de salud sino la renuencia por parte del trabajador de acatar las órdenes impartidas por su empleador, particularmente la *“inconformidad manifiesta a el (sic) resultado resultados (sic) de valoración médica laboral de carta del 27 de septiembre de 2017, emitido por la Sra. Yanett Omaira Rosas García, en su calidad de Directora Nacional de Ambiente Laboral, entregada personalmente el 29 de septiembre, y que fue necesario hacer firmar por dos testigos”* en la que se sugería *“el reintegro completo a las funciones propias de su cargo a partir de la fecha siguiendo normas generales de higiene postural y cuidado de su columna vertebral”*, así como la *“inconformidad manifiesta frente a la instrucción impartida (...) mediante el comunicado de fecha 29 de septiembre de 2017, emitido por su jefe inmediato”* (folios 193 y 194, archivo 01 del expediente digital, trámite de primera instancia). De ello da cuenta el testigo ALVARO TRUJILLO MEJÍA⁵,

³ Audiencia del 30 de septiembre de 2022, récord 16:23.

⁴ Ibídem, récord 27:50.

⁵ Audiencia virtual del 30 de septiembre de 2022, récord 41:40

Exp. 11 2018 00312 01
Ramiro Cano Barragán contra Talleres Autorizados S.A.

Director Nacional de Seguridad, quien fungió como jefe inmediato del demandante al señalar que a RAMIRO CANO se le finalizó el contrato de trabajo porque no quiso atender la modificación en su horario laboral, indicó además que era una persona negativa, conflictiva, que influenciaba negativamente a los compañeros, y fomentaba el mal ambiente de trabajo. En esta orientación y al margen de que se hubiera pagado la indemnización por despido injusto resulta claro que fueron motivos relacionados con la conducta del demandante los que llevaron a la finalización del contrato, y no su estado de salud.

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

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

Para decidir judicialmente sobre esta responsabilidad en el empleador, se debe demostrar en el proceso la ocurrencia del accidente de trabajo o de la enfermedad profesional y se deben señalar en la demanda cuales fueron las acciones o las omisiones concretas y específicas del empleador que generaron el accidente o en la enfermedad que causó los perjuicios, pues si bien la carga de probar la *diligencia* debida la tiene el empleador, ésta solo se puede ejercer adecuada y válidamente en el proceso cuando se han indicado concretamente las faltas que se estiman cometidas.

Exp. 11 2018 00312 01
Ramiro Cano Barragán contra Talleres Autorizados S.A.

En dado caso el debate se centrará en la ocurrencia o no de dichas faltas u omisiones.

Con estos criterios y una vez revisado el expediente, la Sala confirmará también la decisión de primera instancia que negó la indemnización plena de perjuicios reclamada en la demanda, pues no se demostró en el expediente la ocurrencia de un *accidente de trabajo* o de una *enfermedad laboral* en el demandante. Menos se pudieron -entonces- indicar omisiones o faltas concretas del empleador a sus obligaciones de prevención de riesgos.

Frente a este asunto, RAMIRO CANO BARRAGÁN afirmó en su demanda que sufrió un accidente de trabajo el 10 de octubre de 2016 pero ningún medio de prueba allegó tendiente a acreditar dicha circunstancia.

En contra de lo afirmado en la demanda, se probó con el dictamen realizado por la EPS CAFESALUD, que las enfermedades padecidas por el demandante son de origen común. En dicha experticia se consignó que *“según las definiciones aportadas por la GATISO para Dolor lumbar, estos hallazgos se agrupan con los diagnósticos de Dolor lumbar crónico y Enfermedad discal lumbar, enfermedades adquiridas por la exposición a posturas mantenidas, prolongadas y forzadas, realizadas durante un determinado tiempo y con un factor de riesgo ergonómico continuo propio de su labor, que en caso particular, no se encuentran presentes ya que los cambios descritos en la Resonancia de columna lumbar hacen referencia más a un proceso crónico, previo a su ingreso, de mayor tiempo no relacionado con el trabajo, en comparación con el riesgo ergonómico actual al que se expone el paciente, teniendo en cuenta que el dolor referido simplemente fue un desencadenante de una patología de larga data a nivel*

Exp. 11 2018 00312 01
Ramiro Cano Barragán contra Talleres Autorizados S.A.

lumbar, exacerbada por su labor, no siendo esta última la causa directa de su enfermedad" (ver folio 17, archivo 01 del expediente digital).

No sobra señalar que ningún esfuerzo demostrativo adelantó el demandante para desvirtuar las conclusiones de dicho dictamen y acreditar que, contrario a lo allí plasmado, sus patologías tenían causa u ocasión en desempeño de sus labores.

Por el resultado del recurso no se dictará condena en COSTAS de esta instancia.

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

RESUELVE

1. **CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia
2. Sin condena en **COSTAS** de segunda instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado


LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO.

PROCESO ORDINARIO DE ÁLVARO CORTES SÁNCHEZ, LUIS DAVID DIAZ SÁNCHEZ, LIDA ARGENIS GARZÓN RAMÍREZ, CARLOS ANDRÉS GÓMEZ GARZÓN, HUGO JHAIR GONZÁLEZ GELVES, MARIELA JOYA PÁEZ y MARÍA RAQUEL JURADO JAIMES contra EL MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL BATALLON DE INTENDENCIA No 1 LAS JUANAS.

Bogotá D. C., treinta y uno (31) días de marzo de dos mil veintitrés (2023)

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito, como lo dispone el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reúne la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, para resolver el recurso de apelación presentado por los demandantes ÁLVARO CORTES SÁNCHEZ, LUIS DAVID DIAZ SÁNCHEZ, LIDA ARGENIS GARZÓN RAMÍREZ, CARLOS ANDRÉS GÓMEZ GARZÓN, HUGO JHAIR GONZÁLEZ GELVES, MARIELA JOYA PÁEZ y MARÍA RAQUEL JURADO JAIMES, contra la sentencia dictada el 30 de septiembre de 2022, por la Juez Doce (12°) Laboral del Circuito de Bogotá, en la que dispuso ABSOLVER a la NACIÓN EL MINISTERIO DE JUSTICIA BATALLÓN DE INTENDENCIA No.1 LAS JUANAS de todas las pretensiones incoadas en su contra, con las cuales perseguían la estabilidad laboral dispuesta en la convención colectiva de trabajo.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, LUIS DAVID SÁNCHEZ, ÁLVARO CORTES SÁNCHEZ, LIDA ARGENIS RAMÍREZ GARZÓN, CARLOS ANDRÉS GÓMEZ GARZÓN, HUGO JHAIR GONZÁLEZ GELVES, MARIELA JOYA PÁEZ y MARÍA RAQUEL JURADO JAIMES, presentaron demanda contra EL

MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL, BATALLÓN DE INTENDENCIA No 1 LAS JUANAS, para que mediante los tramites de un proceso ordinario laboral, se ordene el pago de las acreencias laborales legales y extralegales que se han causado fruto de una sola relación laboral, se ordene el reajuste de los salarios a partir de enero de 2012 con incidencia en las prestaciones sociales y demás garantías laborales, se ordene el pago de horas extras con su incidencia prestacional, se ordene el pago del tiempo que estuvieron cesantes por la interrupción de los contratos de trabajo, vacaciones, el reembolso de las sumas descontadas por incapacidades o por sanciones impuestas con desconocimiento y violación del debido proceso constitucional y la extralimitación de su empleador, indemnización moratoria, indexación e intereses moratorios.

Como sustento de sus pretensiones, afirman que han prestado servicios a La Nación – Ministerio de Defensa como trabajadores subordinados en el Batallón las Juanas, de forma continua, permanente e ininterrumpida, mediante contratos a término fijo así: ÁLVARO CORTES SÁNCHEZ desde el 11 de abril de 2005 como último cargo el de operario, LUIS DAVID DIAZ SÁNCHEZ desde el 7 de noviembre de 1995 como último cargo el de operario, LIDA ARGENIS GARZÓN RAMÍREZ desde el 1 de marzo de 1999 como último cargo el de operario, CARLOS ANDRÉS GÓMEZ GARZÓN desde el 1 de junio de 2007 como último cargo el de operario, HUGO JHAIR GONZÁLEZ GELVES desde el 15 de noviembre de 2007 como último cargo el de operario mantenimiento, MARIELA JOYA PÁEZ desde el 11 de abril de 2005 como último cargo el de operario y MARÍA RAQUEL JURADO JAIMES desde el 27 de enero de 2006 como último cargo el de operario. Aducen que en virtud de estos contratos desarrollan funciones propias de la actividad de su empleador, responsable único de la confección y elaboración de las prendas utilizadas por las Fuerzas Militares, y que lo contratos se renuevan mediante prórrogas de conformidad con la cláusula 15 de las convenciones colectivas de trabajo suscritas por el sindicato ASOCIACION SINDICAL DE SERVICIOS PUBLICOS DEL MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL Y DE LAS INSTITUCIONES QUE CONFORMAN EL SISTEMA DE SALUD DE LAS FUERZAS MILITARES Y DE

LA POLICÍA NACIONAL ASEMIL, para los periodos comprendidos entre el 21 de febrero de 2016 y 31 de diciembre de 2017 y entre el 1 de enero de 2018 y 31 de diciembre de 2019. Afirman que la demandada, entre el 31 de diciembre de 2015 y el 15 de enero de 2016 de cada año, cesó las actividades para adelantar las gestiones de contratación, lapso en el cual no percibieron salario con la incidencia salarial y prestacional que eso conlleva. Manifiestan que el empleador no ha garantizado el derecho a la estabilidad laboral, en virtud de los contratos inferiores a un año, pues en el tiempo que están cesantes no hay remuneración ni reconocimiento por trabajar en horarios nocturnos y horas extras. Informaron que los demandantes son programados por turnos, en forma rotativa en horarios de la mañana entre las 6:00 am y las 2:00 pm, en la tarde entre las 2:00 pm y las 10:00 pm, y en la noche entre las 10:00 pm y las 6:00 am, y un sábado cada quince días entre las 6:00 am y las 2:00 pm para completar un total de 44 horas semanales. A partir de la expedición de la ley 1846 de 2017 se modificaron los horarios de los turnos de trabajo, lo que implicó el aumento de la jornada de trabajo y fue obligatorio trabajar los sábados, sin causar el pago de las horas extras. Las directivas del BATALLÓN iniciaron proceso disciplinario por supuesto incumplimiento de la jornada laboral y se sancionaron trabajadores con el descuento de ese día de salario, sin adelantar el debido proceso, y sin tener en cuenta las convenciones colectivas de trabajo pactadas. Los demandantes agotaron la reclamación administrativa de sus derechos (ver demanda y su subsanación páginas 738 a 847 archivo 002, y páginas 3 a 57 archivo 003, tramite de primera instancia del expediente digital).

Notificada la demanda a la NACIÓN MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL BATALLON DE INTENDENCIA No. 1 LAS JUANAS, no presentó escrito de contestación, razón por la cual mediante auto de fecha 23 de febrero de 2021 se le tuvo por no contestada la demanda (ver páginas 710 y 711 archivo 003, tramite de primera instancia del expediente digital).

Terminó la primera instancia con sentencia del 30 de septiembre de 2022, a través de la cual la Juez Doce (12) Laboral del Circuito de Bogotá ABSOLVIÓ

a la demandada de todas las pretensiones incoadas en su contra. Para tomar su decisión, la Juez de primera instancia encontró probado el cumplimiento de las convenciones pactadas entre el BATALLÓN DE INTENDENCIA No 1 "LAS JUANAS y los trabajadores, resaltando que el acuerdo convencional data del 21 de febrero de 2016. Encontró que los contratos han sido prorrogados desde el 2017, con lo que se ha garantizado la estabilidad laboral de los trabajadores, como lo dispone la convención. Sobre la existencia de una única relación de trabajo, advirtió la contradicción de esta pretensión con otras de la demanda, pues carece de sentido solicitar prórrogas convencionales para luego pedir que se declare solo un contrato de trabajo, y no existe norma que disponga que la prórroga de un contrato lo convierta en uno solo. Preciso que las interrupciones, en el caso de MARÍA RAQUEL JURADO JAIME y HUGO JAHIR GONZALES GÁLVEZ en el año 2016, fue entre el 1 y el 15 de enero del 2016, por disponibilidad presupuestal, lo que está previsto en el artículo 15 de la convención. Adujo que no se demostró que en el tiempo cesante se hubieran prestado servicios que dieran lugar a salarios o a las prestaciones reclamadas. Respecto al incremento salarial encontró que la accionada sí realizó los ajustes, que fueron fijados mediante resolución cada año; en todo caso precisó que si no estaban de acuerdo con el monto se debió acudir a la jurisdicción administrativa. Respecto a las horas extras, trabajo suplementario y compensatorio regulado en la convención colectiva y en el art 3 de la ley 6 de 1996, señaló que la jornada no puede exceder de 8 horas al día y 48 horas a la semana, tope que no se demostró excedido, pues la parte demandante no cumplió con su carga de demostrar específicamente las horas extras trabajadas. Por la misma vía, absolvió de las pretensiones relacionadas con la reliquidación de prestaciones al no encontrar probados los descuentos de nómina por incapacidades. Finalmente, en lo que tiene que ver con las primas, a fin de dar respuesta a la solicitud de adición elevada por la parte demandante, señaló que este aspecto no hizo parte de la controversia.

La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal:
"PRIMERO: ABSOLVER a la NACIÓN MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL - EJERCITO NACIONAL - BATALLÓN DE INTENDENCIA No 1

“LAS JUANAS” de las pretensiones incoadas en su contra por los demandantes, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de los demandantes e inclúyanse como agencias en derecho en favor de la demandada la suma de \$4'200.000 en razón de \$600.000 para cada uno de los accionantes.”. TERCERO: En caso de no ser apelada la presente decisión por los actores, remítase el expediente al Tribunal Superior de Bogotá Sala Laboral a fin de que se surta el grado jurisdiccional de consulta a su favor.

RECURSO DE APELACIÓN

En el recurso, la apoderada de los demandantes señaló que, aunque el Ministerio de Defensa Nacional haya interrumpido de manera unilateral los contratos de trabajo, ello no lo facultaba para suspender el pago de los salarios a sus trabajadores. Insiste en que se debe tener en cuenta lo previsto en el artículo 133 del Decreto 1214 de 1990. Pone de presente que en la vigencia de los contratos de trabajo la Nación faltó al pago de las vacaciones o descanso remunerado -entre el 1 de enero al 15 de enero del 2016-. Afirma que los trabajadores sí estuvieron cesantes con motivo de las vacaciones colectivas que se otorgaron, sin recibir el pago del salario. Dice que el propósito de la convención colectiva de trabajo es que se hagan las partidas presupuestales necesarias para que los contratos laborales se prorroguen y operen de manera automática, y no existe razón válida para privar a los trabajadores de los salarios comprendidos entre el 1 de enero al 15 de enero del 2016, por lo que se debe condenar a la entidad a su pago. Frente a los incrementos del salario, afirma que todos los salarios deben ser actualizados. En punto del recargo nocturno afirma que el empleador ha tenido una equivocada interpretación de la ley, pues el cambio en la jornada tuvo como consecuencia un tiempo extraordinario que debe ser remunerado junto con la reliquidación de todas las prestaciones sociales devengadas por los trabajadores, incluidos los aportes al sistema integral de seguridad social y las vacaciones que hayan sido afectados. Finalmente solicita la reliquidación de

la prima, que considera se calculó de manera errónea¹ (audiencia virtual, archivo 021 del expediente digital, trámite de primera instancia récord 51:36).

¹ Gracias Doctora bien en esta oportunidad, entonces interpongo para ante el honorable tribunal superior del distrito judicial de Bogotá, recurso de apelación total frente a la sentencia que se acaba de emitir para que se revoque en su integridad y en su lugar se emita una nueva decisión de segunda instancia que analice, decida y otorgue todas y cada una de las pretensiones contenidas en la demanda, tanto en la parte declarativa como en su parte condenatoria, para el efecto es sustento el recurso en las siguientes razones y lo voy a hacer en el mismo orden en que se ha emitido el pronunciamiento por parte de la señora juez en primer lugar me referiré a la vigencia de los contratos de trabajo, si bien podría estar esta parte de acuerdo con los argumentos expuestos por la señora juez, especialmente con la aplicación de la convención colectiva de trabajo que suscribió ASEMIL con la NACIÓN MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL BATALLÓN DE INTENDENCIA No.1 de las JUANAS para efectos de garantizar la prórroga automática de los contratos de trabajo, independientemente de las facultades que pueda ejercer el empleador, ruego tener en cuenta que el artículo 133 del decreto 1214 de 1990, que no fue analizado en esta sentencia, señala, “clases de contratos la vinculación de que trata el artículo anterior se efectuará mediante contratos de trabajo a término fijo u ocasional o transitorio, se entiende por contrato a término fijo aquel cuya duración no sea inferior a 3 meses ni superior a 12 meses y podrá ser prorrogado por periodos sucesivos hasta un año por necesidades del servicio se entiende por contrato ocasional o transitorio, aquel cuya duración no exceda de 3 meses. En este sentido debo llamar la atención en el hecho de que los contratos de trabajo de manera recurrente eran suscritos por periodos de un año y no existe en el expediente ninguna modificación a esta a este pacto que por costumbre se generó como norma para el batallón de intendencia número 1 de las juanas como parte contratante y para los trabajadores como parte débil en la relación de trabajo esto significa que mientras existan las funciones y los cargos desempeñados por todos y cada uno de los trabajadores demandantes, atendiendo a la esencialidad de lo que debe ser la vinculación laboral se debe mantener las mismas de lo posible las mismas o mejores condiciones de eso se trató la suscripción de la convención colectiva de trabajo. el hecho de que el ministerio de defensa nacional haya interrumpido de manera unilateral y sin razonamiento jurídico, ético, legal o constitucional alguno los contratos de trabajo de las personas que la señora juez relacionó al comienzo de su decisión y a qué me refiero de una vez al punto número 3, relacionados con los salarios dejados de percibir entre el 01 y el 15 de enero de 2016 dicha situación unilateral no facultaba la entidad al empleador para suspender ni el contrato de trabajo ni los salarios que los trabajadores tenían derecho a devengar para este periodo nótese que dentro de esa relación juiciosa que hace la señora juez, pero que desafortunadamente no tiene la valoración necesaria dentro del contexto normativo real, esencial, sustancial que debe conllevar el pronunciamiento en la primera instancia, se dejó de ordenar el reconocimiento y pago de estos salarios durante ese periodo cuya suspensión no tiene ninguna acreditación por parte del ministerio de defensa nacional pero que evidencian la vigencia de esos contratos de trabajo el ministerio dejó de pagar los salarios o lo que en su defecto se podría entender como el pago de las vacaciones o descanso remunerado, a los cuales tienen derecho todos los trabajadores colombianos del país. esta interrupción, que se dio en ese momento, obedeció a unas circunstancias estrictamente formales invocadas por la entidad demandada, pero al analizar toda todas las pruebas que reposan en el expediente, no existe una constancia precisa que demuestre que la entidad decidió no prorrogar los contratos de trabajo o que notificó una suspensión obligada con base en las facultades que le podría otorgar la ley para este efecto durante ese periodo, los trabajadores sí estuvieron cesantes con motivo de las vacaciones colectivas que se otorgan durante este periodo en el batallón de intendencia número 01 de las juanas pero fueron agravadas su situación al no recibir el pago del salario que les correspondía o insisto en su defecto, a título de vacaciones, porque es un descanso remunerado al cual tenían derecho, como ocurrió en todos los demás años, las formalidades que pudo haber tenido la entidad demandada para no haber incluido en sus presupuestos aceptando en gracia de discusión que esa puede ser una razón para la prórroga, que no lo es así, en ese sentido, debo de una vez señalar que este no es el propósito de la convención colectiva de trabajo, sino la de advertirle al empleador de qué manera previsible hagan lo pertinente para que se incluyan todas las partidas presupuestales que sean

necesarias con el fin de que prorroguen y operen de manera automática dichas prórrogas contractuales. en consecuencia, no existe ninguna razón para que se le prive a los trabajadores del pago de estas de estos salarios durante el periodo citado especialmente el de la primera quincena del año 2016 en este sentido, abordo estos 2 primeros puntos la vigencia de los contratos y el pago de esos salarios, que está claramente demostrado que no fueron cancelados con todo, ese con toda esa relación documental probatoria que señala la señora juez en su decisión en relación con los incrementos, es posible que en la convención colectiva de trabajo no exista un pacto en ese sentido, pero esta no es una razón que le permite a la señora juez evadir la condena a la cual tienen derecho los trabajadores a un incremento salarial, como lo establece el artículo 53 de la constitución política del país. recordemos que uno de los principios que deben de estar establecidos en el estatuto del trabajo, que de manera tardía e inexcusable no ha expedido el congreso de la república, es precisamente la movilidad salarial, el principio llamado movilidad salarial e incremento y ajuste frente a la economía propia en nuestro país el salario mínimo vital y móvil que es garantizan el artículo 53 de la constitución política del país, señala que existe la posibilidad para todos los trabajadores de que sus salarios sean actualizados, por lo menos con el ajuste de valor o IPC que el DANE entidad estatal certifica anualmente y esto es absolutamente obvio dado el sistema económico en Colombia, donde los salarios por la sola devaluación del peso colombiano pierden su poder adquisitivo y por eso, por vía de principio a través del estatuto del trabajo, que se deberá expedir, se garantiza la posibilidad de que dichos salarios serán actualizados y aquí me debo referir con todo el respeto que debo tener a una imprecisión por parte de la señora juez, en el sentido de indicar de que estos salarios se incrementan con base en los actos administrativos de los que debió expedir en su momento el ministerio del trabajo, los cuales son inexistentes en este expediente y no existen porque a los trabajadores oficiales no se les incrementa el salario con base en actos administrativos dichos actos expiden única y exclusivamente para los empleados públicos y lo debe hacer el gobierno nacional en virtud y en desarrollo de la ley 4 de 1992 los trabajadores oficiales tienen un sistema de remuneración distinta y se puede establecer mejorar y garantizar por vía de convención colectiva de trabajo, si bien para los trabajadores de LAS JUANAS no se logró para ese momento establecer un incremento salarial, nada impide que lo pueda hacer el empleador como mínimo con un ajuste equivalente a la misma pérdida del poder adquisitivo que han tenido los salarios en Colombia de acuerdo con él, el índice que al respecto certifica el DANE, lo cual es un hecho notorio según las normas generales del proceso y no debe estar probado. en relación con las horas extras, los recargos, los dominicales y festivos, la señora juez hace un análisis al respecto y sólo se refiere a las horas extras, pero deja de lado el pronunciamiento necesario y sustentado del derecho a devengar el recargo nocturno tanto en los contratos de trabajo como en los como en las declaraciones que dieron los testigos que en su momento rindieron sus versiones frente a los hechos de la demanda es claro que los trabajadores cumplen con unos turnos rotativos que van y me voy a permitir leer lo que está expresamente consagrado en los contratos de trabajo, especialmente en la cláusula tercera algunos de ellos en este momento voy a leer el que corresponde al apartado digital número 5 en el folio 192, dice cláusula tercera duración del contrato, jornada laboral y trabajo suplementario "el presente contrato de trabajo tiene una duración de 11 meses y 15 días y rige a partir del 15 de enero del 2016 hasta el 31 de diciembre de 2016 valga esto también para el sustento que he hecho en relación con los salarios adeudados por este periodo. el trabajador se obliga a laborar como máximo 8 horas diarias en los días hábiles hasta por 48 horas semanales bajo el siguiente horario de trabajo corriente de 6 a 14 horas de lunes a viernes y de 14 horas a 22 horas, mañana, turno de la mañana, 6 a 14 horas, y el sábado de 6 a 14 horas el turno de la tarde, de 14 a 22 horas y el sábado, de 14 a 22 horas y el de la noche de lunes a viernes de 22 horas a 6 horas de la mañana por supuesto, y el sábado de 22 a 6 horas significa lo anterior que, de acuerdo con estos horarios, los trabajadores al servicio del batallón de intendencia número 1 de las juanas, dentro de ellos mis representados demandantes en este proceso laboran por medio de turnos rotativos, cumpliendo dichos horarios, esos horarios se manejan semanalmente, como lo explicaron muy bien aquí, las personas que dieron sus declaraciones y se describe también en el informe escrito al dar respuesta del ministerio en el informe escrito bajo la gravedad de juramento, que tampoco mereció ningún pronunciamiento por parte de la señora juez, en ese sentido que debo señalar que la jornada laboral para los trabajadores oficiales o para los servidores públicos en general, incluidos los empleados públicos y los trabajadores oficiales que corresponde a la jornada diurna, es de 6 de la mañana a 6 de la tarde los horarios que se

extiendan después de las 6:00 de la tarde y hasta las 6:00 de la mañana se entienden como jornada nocturna es claro que los trabajadores deben permanentemente en forma rotativa y de acuerdo con las programaciones que ya están establecidas, al interior del batallón de intendencia número uno de las juanas que laboran de manera permanente en jornada nocturna sin que hasta la fecha la entidad haya cumplido con su obligación de pagar los recargos que superan después de las 6:00 de la tarde, con jornadas después de las 6:00 de la tarde y porque no lo ha hecho, el batallón de intendencia número uno de las juanas porque ha tenido una equivocada interpretación de la ley y una equivocada aplicación del código sustantivo del trabajo, en este caso la teoría, y así lo ha manifestado en las diversas respuestas que da las reclamaciones de los trabajadores es que el código sustantivo del trabajo establece que la jornada nocturna antes era hasta las 10:00 de la noche y luego hasta las 9:00 de la noche y por esa razón no había lugar al pago del recargo nocturno esta apreciación es absolutamente equivocada y está en contravía de los derechos irrenunciables de los trabajadores a recibir la remuneración proporcional que les corresponde por el trabajo realizado y en las jornadas correspondientes en ese sentido, es claro que los trabajadores tienen derecho a recibir los salarios por la jornada nocturna que han laborado tan es así que con motivo de estas demandas, entre otras el batallón de intendencias número 1 de las juanas cambió su horario y ahora no laboran después de las 6:00 de la tarde, precisamente para no tener que pagar el recargo nocturno que esperábamos fuese reconocido en esta demanda para los trabajadores demandantes. En relación con las horas extras, debo señalar también que ah bueno, antes de esto voy a indicar que hay un principio general relacionado con la jornada laboral y los horarios de trabajo, si bien la ley y en este caso la ley 6 del 45, que fue citada por la señora juez artículo 3 señala que existe un límite máximo nada impide que entre las partes pueda existir un acuerdo que esté por debajo de ese máximo, y esa es la jornada laboral máxima para los trabajadores, la que hayan acordado entre el trabajador y el empleador en este caso, los trabajadores acordaron una jornada laboral que puede ser inferior a las 48 horas semanales, de acuerdo con lo que voy a explicar a continuación y por eso también se generó un recargo por horas extras que no ha sido reconocido de manera equivocada en esta sentencia, los trabajadores deben laborar en los horarios que acabo de señalar, en los cuales se describen, entre otros documentos y lo declararon los testigos en los turnos y condiciones en que están descritas en los contratos de trabajo eso significa que semanalmente, cada trabajador debe cumplir un turno en la primera semana se cumple el de la mañana en la segunda semana se cumple el de la tarde y eventualmente se puede cumplir el de la noche de acuerdo con las necesidades del servicio que invoque el batallón de intendencia número 1 de las juanas para exigir el trabajo en esas jornadas extraordinarias en la semana en que estos trabajadores laboran en la mañana cumplen su jornada de lunes a sábado, los trabajadores de la tarde con jornada de lunes a viernes, lo hacen en el horario indicado y no trabajan el sábado porque terminan su jornada a las 10:00 de la noche, el día viernes, y no podrían estar regresando el sábado en horas de la mañana por esta razón, por costumbre en el batallón de intendencias de las juanas, y así lo declararon los testigos en sus testimonios, al indicar con detalles suficientes como era la programación de los turnos que, entre otras cosas también están aquí indicados en algunas de las planillas que fueron aportadas e incorporadas al expediente de manera oficiosa ahí se indica que, efectivamente esas jornadas de trabajo de lunes a viernes se cumplían de esa manera para las personas que laboraran en el turno de la tarde, pero los del turno de la tarde en esta semana no estaban obligados a ir los días sábados por esa razón, cuando se modificó unilateralmente el horario para exigirle a los trabajadores que también debían ir el día sábado de la jornada de la tarde eso se convirtió en tiempo extraordinario que debe ser remunerado por el batallón de intendencias número uno de las juanas en ese sentido, tenemos cuatro horas semanales adicionales en ese turno del día sábado, que por costumbre los trabajadores descansaban. el reconocimiento de estos derechos de todos los que he señalado implica para la para el juzgador el deber de ordenar también la reliquidación de todas las prestaciones sociales devengadas por el trabajador, incluidos los aportes al sistema integral de seguridad social y las vacaciones que hayan tenido por estos períodos que no estén afectados por el término de la prescripción en relación y en ese sentido también, por supuesto, se invoca o se ratifica la condena que se debe dar mediante la orden de que se re liquide dichas prestaciones sociales dichos aportes al sistema de seguridad social, dichas vacaciones y por supuesto, todos los demás rubros que los trabajadores han demostrado. devengar, cuya base salarial se modifique por este efecto por inclusión de los 15 días adeudados en enero de 2016, por inclusión de los

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

No fueron objeto de discusión los siguientes hechos relevantes a la decisión que tomará el tribunal: (i) que los demandantes prestaron sus servicios al MINISTERIO DE JUSTICIA NACIONAL BATALLÓN DE INTENDENCIA No. 1 LAS JUANAS como trabajadores contratados a término fijo, conforme los contratos que se relacionan a continuación:

salarios adeudados por horas extras, recargos nocturnos, eventuales dominicales y festivos, de acuerdo con las planillas de los turnos y por supuesto, por los incrementos salariales que o los ajustes salariales que en equidad se le deben reconocer conforme al costo de vida colombiano. En relación con las facultades ultra y extra petita relacionadas con la prima de servicio, existe la posibilidad de haber sido solicitadas o ha sido solicitado el uso de estas facultades de manera expresa en las pretensiones de la demanda, conforme a lo que establece el artículo 50 del código procesal del trabajo y de la seguridad social, que de manera expresa autoriza al señor juez para fallar de manera extraordinaria frente a prestaciones que fueron debatidas en el proceso y que aparecen claramente demostradas, como en este caso, en todos los recibos de pago en los cuales se cancela la prima de servicios a la cual tienen derecho los trabajadores demandantes y cuya posibilidad de devengarlos está descrita en ya les digo, la norma del decreto 1214 de 1990 los trabajadores tienen derecho a que les sea reliquidada esta prestación, dado que el batallón de intendencia número 1 de las juanas no cancela el 50% que determina la norma de todos los haberes devengados en el periodo correspondiente, sino que cancela una cifra absolutamente irrisoria, que está por debajo de lo establecido legalmente en ese sentido, considero respetuosamente que si esta pedida la reliquidación de la prima de servicios y en el evento de que de manera expresa no lo estuviera, si es posible o era posible en este caso la utilización de las facultades ultra y extra petita para emitir la condena correspondiente, no solamente por el por el respaldo legal que existe de manera suficiente en el decreto 1214 de 1990, que es el régimen prestacional de los trabajadores oficiales al servicio del batallón de intendencia número uno de las juanas adicionados por la convención colectiva de trabajo, sino porque existen pruebas suficiente en el expediente que demuestra que este rubro no ha sido cancelado conforme lo ordena la ley. En relación finalmente con los descuentos que ha practicado el batallón de intendencia, número uno de las juanas, frente a algunos de los trabajadores demandantes, hacen referencia a la aplicación indebida de un procedimiento disciplinario que la entidad aplica o prevé u observa en relación con sanciones que ejecuta de manera directa y sin el debido proceso que debe agotar conforme a lo establecido por el código disciplinario único y hoy código general disciplinario el batallón de intendencias número uno de las juanas, cuando considera que existe una causa para sancionar al trabajador de lo hace de manera directa con un procedimiento que no está regulado convencionalmente y que por supuesto, es más inequitativo que el establecido para todos los servidores públicos del país, incluidos los trabajadores oficiales en su momento en la ley 734 de 2012 y hoy día la ley 1952 en ese sentido, esos son unos descuentos indebidos porque sanciona sin agotar el debido proceso constitucional y descuenta estos salarios de los trabajadores con base en dichas sanciones que han sido impuestas con violación del artículo 29 de la constitución política del país, cuya ineficacia debe generar el restablecimiento pleno de esos salarios que han sido indebidamente descontados por orden del empleador. en estos términos, de manera muy comedida y respetuosa insisto, ante el honorable tribunal superior del distrito judicial de Bogotá, para que revoque la sentencia y en su lugar emita condena conforme a todas y cada una de las pretensiones en la forma indicada en la demanda y en este recurso de apelación, muchas gracias.

1. ÁLVARO CORTES SÁNCHEZ

CONTRATO N.º	VIGENTE DESDE	HASTA
321	1/07/2004	31/12/2004
688	11/04/2005	31/12/2005
18	1/01/2006	31/12/2006
100	1/01/2007	31/12/2007
11	1/01/2008	30/11/2008
531	1/12/2008	31/12/2008
567	1/01/2009	31/12/2009
484	1/01/2010	31/12/2010
265	1/01/2011	31/12/2011
161	1/01/2012	31/12/2012
174	1/01/2013	31/12/2013
150	1/01/2014	31/12/2014
716	1/01/2015	31/12/2015
191	15/01/2016	31/12/2016
189	1/01/2017	31/12/2017
201801	1/01/2018	31/12/2018
201902	1/01/2019	31/12/2019
020202	1/01/2020	

2. LUIS DAVID DIAZ SÁNCHEZ

CONTRATO N.º	VIGENTE DESDE	HASTA
312	7/11/1995	31/12/1995
8	1/01/1996	31/12/1996
219	1/01/1997	31/12/1997
45	1/01/1998	31/12/1998
138	1/01/1999	31/12/1999
716	1/01/2000	31/12/2000
40	1/01/2001	31/12/2001
746	1/01/2002	31/12/2002
807	1/01/2003	31/12/2003
1338	1/01/2004	31/12/2004
73	1/03/2005	31/12/2005
18	1/01/2006	31/12/2006
100	1/01/2007	31/12/2007
11	1/01/2008	30/11/2008
531	1/12/2008	31/12/2008
567	1/01/2009	31/12/2009

484	1/01/2010	31/12/2010
265	1/01/2011	31/12/2011
161	1/01/2012	31/12/2012
174	1/01/2013	31/12/2013
151	1/01/2014	31/12/2014
150	1/01/2015	31/12/2015
209	15/01/2016	31/12/2016
189	1/01/2017	31/12/2017
201801	1/01/2018	31/12/2018
201901	1/01/2019	31/12/2019
020201	1/01/2020	

3. LIDA ARGENIS GARZÓN RAMÍREZ

CONTRATO N.º	VIGENTE DESDE	HASTA
150	1/01/1999	31/05/1999
108	01/06/1999	31/10/1999
202	01/01/2000	31/12/2000
39	1/01/2001	31/12/2001
746	1/01/2002	31/12/2002
807	1/01/2003	31/12/2003
1338	1/01/2004	31/12/2004
82	1/03/2005	31/12/2005
18	1/01/2006	31/12/2006
100	1/01/2007	31/12/2007
11	1/01/2008	30/11/2008
531	1/12/2008	31/12/2008
567	1/01/2009	31/12/2009
484	1/01/2010	31/12/2010
265	1/01/2011	31/12/2011
161	1/01/2012	31/12/2012
174	1/01/2013	31/12/2013
150	1/01/2014	31/12/2014
322	1/01/2015	31/12/2015
245	15/01/2016	31/12/2016
189	1/01/2017	31/12/2017
201802	1/01/2018	31/12/2018
201901	1/01/2019	31/12/2019
020201	1/01/2020	

4. CARLOS ANDRES GÓMEZ GARZÓN

CONTRATO N.º	VIGENTE DESDE	HASTA

367	1/06/2007	31/12/2007
11	1/01/2008	30/11/2008
531	01/12/2008	31/12/2008
567	1/01/2009	31/12/2009
484	1/01/2010	31/12/2010
265	1/01/2011	31/12/2011
161	1/01/2012	31/12/2012
174	1/01/2013	31/12/2013
150	1/01/2014	31/12/2014
295	1/01/2015	31/12/2015
251	15/01/2016	31/12/2016
189	1/01/2017	31/12/2017
201801	1/01/2018	31/12/2018
201902	1/01/2019	31/12/2019
020202	1/01/2020	

5. HUGO JHAIR GONZÁLEZ GELVES

CONTRATO N.º	VIGENTE DESDE	HASTA
655	15/11/2007	31/12/2007
0008	1/01/2008	30/11/2008
0532	01/12/2008	31/12/2008
0569	1/01/2009	31/12/2009
0481	1/01/2010	31/12/2010
0267	1/01/2011	31/12/2011
0163	01/01/2012	31/12/2012
0176	1/01/2013	31/12/2013
0154	1/01/2014	31/12/2014
0294	1/01/2015	31/12/2015
0755	15/01/2016	31/12/2016
0189	1/01/2017	31/12/2017
201801	01/01/2018	31/12/2018
201902	01/01/2019	31/12/2019
020202	1/01/2020	

6. MARIELA JOYA PÁEZ

CONTRATO N.º	VIGENTE DESDE	HASTA
274	15/06/2004	31 /12/2004
233	11 /04/2005	31 /12/2005
18	01 /01 /2006	31 /12/2006
0100	01/01/2007	31 /12/2007
0011	01/01/2008	30/11 /2008
0531	01/12/2008	31 /12/2008

0567	01/01/2009	31/12/2009
0484	01/01/2010	31/12/2010
0265	01/01/2011	31/12/2011
0161	01/01/2012	31/12/2012
0174	01/01/2013	31/12/2013
0150	01/01/2014	31/12/2014
0280	01/01/2015	31/12/2015
10982	01/01/2016	31/12/2016
0189	01/01/2017	31/12/2017
201802	01/01/2018	31/12/2018
201901	01/01/2019	31/12/2019
020201	01/01/2020	

7. MARÍA RAQUEL JURADO JAIMES

CONTRATO N.º	VIGENTE DESDE	HASTA
84	27/01/2006	31/12/2006
0100	1/01/2007	31/12/2007
0011	1/01/2008	30/11/2008
0531	01/12/2008	31/12/2008
0567	1/01/2009	31/12/2009
0484	1/01/2010	31/12/2010
0265	1/01/2011	31/12/2011
0161	1/01/2012	31/12/2012
0174	1/01/2013	31/12/2013
0150	01/01/2014	31/12/2014
0272	01/01/2015	31/12/2015
314	15/01/2016	31/12/2016
0189	1/01/2017	31/12/2017
201801	1/01/2018	31/12/2018
201902	1/01/2019	31/12/2019
020202	1/01/2020	

Tampoco fue objeto de controversia, que (ii) entre ASEMIL y la NACIÓN MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL se suscribió la convención colectiva 2016-2017 con fecha 21 de febrero de 2016 y constancia de depósito del 24 de febrero siguiente (ver páginas 707 a 712 archivo 002 tramite de primera instancia del expediente digital), y la convención colectiva 2018-2019 con fecha 2 de agosto de 2018 y constancia de depósito del 17 de agosto siguiente (ver páginas 707 a 712 archivo 002 tramite de primera instancia del expediente

digital), (iii) que los aquí demandantes se encuentran afiliados a ASEMIL y por ellos son beneficiarios de las convenciones colectivas.

En consonancia con el recurso de apelación el Tribunal debe definir (artículo 66-A del CPTSS): (i) si el BATALLÓN DE INTENDENCIA No. 1 LAS JUANAS ha vulnerado la estabilidad laboral de los demandantes prevista convencionalmente; (ii) si hay lugar a declarar la existencia de una sola relación laboral regida por sucesivos contratos de trabajo; (iii) si se deben reajustar los salarios desde el año 2012, junto con las diferencias que ello pueda generar; (iv) si hay lugar al reconocimiento de pagos laborales, incluidas las vacaciones por el tiempo de interrupción de los contratos; (v) si procede el reconocimiento de horas extras en jornada nocturna y días de descanso; (vi) si la demandada debe reembolsar sumas indebidamente descontadas por concepto de sanciones; (vii) si en uso de las facultades ultra y extra petita procede la reliquidación de las primas; y (viii) si hay lugar al reconocimiento de indemnización moratoria, indexación y/o intereses moratorios.

(i) ESTABILIDAD LABORAL. Con fundamento en el artículo 15 del acuerdo convencional, solicitan los demandantes se les proteja la estabilidad laboral.

Para resolver lo que corresponde se debe precisar que el contrato de trabajo es *de tracto sucesivo*, y por ello, durante su ejecución (relación de trabajo) van surgiendo derechos y obligaciones para las partes que se regulan con las normas o estipulaciones (legales o contractuales) que se encuentren vigentes en el momento en que tales derechos y obligaciones se causan. Asimismo, tiene definido la doctrina y la jurisprudencia, que el contrato de trabajo como fuente de obligaciones, admite modalidades respecto de la duración que las partes definen para el mismo, bien sea de término indefinido, de duración de obra, o a término fijo.

Con este referente se advierte que la Convención Colectiva 2016-2017 de la cual se reclama aplicación, fue suscrita el 21 de febrero de 2016 y tuvo

vigencia hasta el 31 de diciembre de 2017, y la Convención Colectiva 2018-2019 tuvo vigencia entre el 1° de enero de 2018 y el 31 de diciembre de 2019.

Así las cosas, la vinculación de los demandantes mediante contrato a término fijo antes del año 2017, se sustentó en las previsiones del artículo 133 del Decreto 1214 de 1990², que enuncia: *“La vinculación de que trata el artículo anterior se efectuará mediante contratos de trabajo, a término fijo u ocasional o transitorio. Se entiende por contrato a término fijo aquel cuya duración no sea inferior a tres (3) meses ni superior a doce (12) meses, y podrá ser prorrogado por períodos sucesivos hasta de un (1) año, por necesidades del servicio. Se entiende por contrato ocasional o transitorio aquel cuya duración no exceda de tres (3) meses.”* Lo anterior, encuentra concordancia con el artículo 134 del Decreto 1214 de 1990, que preceptúa: *“DISPONIBILIDAD PRESUPUESTAL. La celebración del contrato de trabajo y sus prórrogas estarán sujetas a la disponibilidad presupuestal.”*

Para los periodos posteriores al año 2017, la Convención Colectiva de Trabajo de 2016-2017 dispuso en la cláusula 15 que: *“A partir de la firma de la presente convención, con sujeción a las disponibilidades presupuestales, siempre y cuando los trabajadores oficiales afiliados a ASEMIL den cumplimiento con las obligaciones contractuales, se mantendrán vigentes los contratos de los trabajadores oficiales afiliados a ASEMIL, cuyos cargos y funciones permanezcan vigentes en la Entidad mediante prórrogas de un (1) año en los términos de la Ley vigente. En el caso que el MINISTERIO considere que existen razones legales y/o constitucionales que impidan prorrogar un contrato de trabajo, no cumpla con los perfiles de cargo, se encuentren en curso de inhabilidades para el ejercicio de derechos y funciones públicas, no presenten los documentos exigidos para actualizar datos y/o los documentos y perfiles de seguridad y/o el mismo se encuentre en curso de justas causas de terminación de contrato, el MINISTERIO comunicará al trabajador oficial en forma motivada a fin de garantizar el derecho a la contradicción.”*

² Por el cual se reforma el estatuto y el régimen prestacional civil del Ministerio de Defensa y la Policía Nacional.

Con base en esta preceptiva, se advierte de las pruebas aportadas al expediente que a partir del año 2017 los contratos de trabajo de los demandantes: ÁLVARO CORTES SÁNCHEZ, LUIS DAVID DIAZ SÁNCHEZ, LIDA ARGENIS GARZÓN RAMÍREZ, CARLOS ANDRÉS GÓMEZ GARZÓN, HUGO JHAIR GONZÁLEZ GELVES, MARIELA JOYA PÁEZ y MARÍA RAQUEL JURADO JAIMES, se han venido prorrogando anualmente como se pactó en los acuerdos convencionales.

De ello dan cuenta los contratos No. 0189 -vigente del 1 de enero al 31 de diciembre de 2017-, No. 201801 -vigente del 1 de enero al 31 de diciembre de 2018-, No. 201902 -vigente del 1 de enero al 31 de diciembre de 2019-, y los contratos No. 020202 y 020201 -vigentes desde el 1 de enero de 2020-.

En consecuencia la demandada BATALLÓN DE INTENDENCIA No 1 “LAS JUANAS”, a partir de las vigencias de los acuerdos convencionales citados, ha cumplido sus obligaciones convencionales en la medida en que ha prorrogado por términos de un (1) año los contratos de trabajo, y en tal sentido ha garantizado la estabilidad laboral de los demandantes en las forma convencionalmente establecida, sin que se le puedan efectos retroactivos a las estipulaciones convencionales sobre estabilidad.

(ii) RELACIÓN LABORAL. Alegan los demandantes la existencia de una relación de trabajo, con sustento en que se han venido prorrogando los contratos que a término fijo que suscribieron los demandantes. Tal afirmación resulta ser cierta, pero de ella no se generan consecuencias desfavorables para la entidad demandada, pues no se alegó ni se probó que en desarrollo de la relación de trabajo (prestación de servicios) regida por sucesivos contratos de término fijo prorrogados, el empleador hubiera incumplido con alguna de las obligaciones legales o convencionales que tenía a cargo.

La vinculación de trabajadores en la modalidad de término fijo la autoriza Decreto 1214 de 1990, por el cual se reforma el estatuto y el régimen

prestacional civil del Ministerio de Defensa y la Policía Nacional, cuyo artículo 132 señala: *“El Ministerio de Defensa podrá vincular, mediante contrato de trabajo, a personas naturales para el desempeño de labores técnicas, docentes, científicas, de construcción y mantenimiento de obras y equipos, de confecciones y talleres, cuando la actividad o labor no está contemplada para ser desempeñada por empleados públicos”*, y cuyo artículo 133 permite la suscripción de contratos de trabajo a término fijo hasta por doce (12) meses, señalando expresamente que los mismos se podrán prorrogar por periodos sucesivos hasta de un (1) año, por necesidades del servicio, sin que esta circunstancia conlleve a que se altere la modalidad del contrato.

Sobre la materia se ha pronunciado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia³, enseñando que: *«[...] el contrato de trabajo a término fijo no pierde su esencia ni cambia a la modalidad de indefinido por el hecho de que se prorrogue varias veces como lo propone la censura»*.

(iii) REAJUSTE SALARIAL. Sobre esta pretensión y revisados los contratos laborales suscritos entre las partes, se advierte que la parte final de los mismos señaló que el ajuste de cada año se haría *“cuando se expida la Resolución correspondiente (...)”*, como efectivamente ocurrió pues la demandada mediante, acto administrativo -resolución- según lo acreditan los desprendibles de nómina (contestación de demanda - carpeta 04 trámite de primera instancia expediente digital) y los mismos contratos de trabajo (ver páginas 77 a 111 archivo 01 trámite de primera instancia expediente digital) incrementó los salarios, así: para el año 2014 el salario ascendía a \$960.314, para el año 2015 el salario ascendía a \$1.005.065 y para el año 2016 el salario ascendía a \$1.075.420.

(iv) PAGOS LABORALES. Solicitan los demandantes el pago de los salarios que se pudieron causar entre el 31 de diciembre de 2015 y el 15 de enero de

³ Sentencias CSJ SL20716 -2017, CSJ SL15610-2016, CSJ SL 9643-2017, CSJ SL 5262-2021 y CSJ SL 2306-2022.

2016, lapso transcurrido entre la terminación y la suscripción de un nuevo contrato, y el consecuente ajuste de las acreencias laborales y las vacaciones.

Para resolver lo pertinente basta con señalar que no se acreditó en el plenario que en dicho lapso se hubiera prestado servicio por parte de los convocantes. No se pudo causar -en consecuencia- el derecho al pago de salario alguno.

Se reitera, frente a los argumentos del recurso, que el artículo 134 del Decreto 1214 de 1990 permite la celebración de contratos de trabajadores oficiales en el Ministerio de Defensa, como los aquí convocantes, por periodos inferiores a un año y sujeta dicha vinculación a la disponibilidad presupuestal de la entidad⁴.

(v) HORAS EXTRAS. Para resolver este punto de la apelación y dado que los demandantes son trabajadores oficiales, condición que no fue objeto de controversia, su jornada laboral era de 8 horas diarias y/o 48 semanales a tenor de lo dispuesto en el artículo 3º de la Ley 6 de 1945⁵.

Conforme los contratos de los demandantes, dicha jornada se distribuyó en turnos rotativos así: (i) mañana entre las 6:00 am y las 2:00 pm, (ii) tarde entre las 2:00 pm y las 10:00 pm y (iii) noche entre las 10:00 pm y las 6:00 am; y un sábado cada quince días entre las 6:00 am y las 2:00 pm, los cuales totalizan 44 horas semanales, guarismo que no excede el máximo legal. Frente a las labores los sábados, se reitera que la jornada puede ser cumplida de lunes a sábado sin que ello genere el derecho a percibir horas extras.

No sobra recordar que es potestad del empleador asignar los turnos y jornadas para la prestación del servicio, siempre y cuando se respeten los topes legales, sin que las decisiones que en esta materia se tomen se puedan entender como

⁴ DISPONIBILIDAD PRESUPUESTAL. La celebración del contrato de trabajo y sus prórrogas estarán sujetas a la disponibilidad presupuestal.

⁵ ARTICULO 3. Las horas de trabajo no podrán exceder de ocho (8) al día, ni de cuarenta y ocho (48) a la semana, salvo las excepciones legales. El Gobierno podrá ordenar la reducción de las jornadas de trabajo en las labores que sean especialmente peligrosas o insalubres, de acuerdo con dictámenes técnicos al respecto, y previa audiencia de comisiones paritarias de patronos y trabajadores.

afectación de un derecho adquirido. Pero de todas formas, y frente a cualquier interpretación que pudiera surgir en contrario, lo cierto es que no obra prueba fehaciente y concreta del trabajo por fuera de los horarios o días de la jornada laboral ordinaria, o de la máxima legal, que se reclaman en la demanda, lo que trae como consecuencia que no proceda la reliquidación salarial y prestacional pretendida por los demandantes.

(vi) REEMBOLSO DE SUMAS DESCONTADAS. Las pretensiones de la demanda, en específico la consignada en el numeral 5.12., dice: *“Reembolsar, las sumas que han sido indebidamente descontadas y retenidas sin autorización del salario de mis representados, durante los días en que, por razones de salud, hayan sido incapacitados para trabajar, o por sanciones impuestas con desconocimiento y violación del Debido Proceso Constitucional y por extralimitación en las funciones de su empleador, con la correspondiente incidencia prestacional.”*

Del texto transcrito resulta claro que la pretensión se realizó de manera genérica, pues no se discriminó cuál o cuáles de los actores fueron objeto de descuento, ni los conceptos, las fechas o los valores descontados. Ello impide decidir por falta de objeto la materia. Además, nada se dijo sobre los procesos disciplinarios, mucho menos hizo parte del debate el *desconocimiento y violación del Debido Proceso Constitucional* o la *extralimitación en las funciones de su empleador*.

Eno sobra recordar que el artículo 167 del CGP asigna, a quien alega el hecho del cual se derivan las consecuencias jurídicas que reclama en el proceso judicial, la carga de probarlo, y si bien faculta al juez, según las particularidades del caso a distribuir la carga al decretar las pruebas durante su práctica o en cualquier momento del proceso, tal distribución se debe hacer antes de dictar la sentencia que resuelve las pretensiones de una demanda.

En todo caso, revisados los desprendibles de nómina (contestación de demanda - carpeta 04 trámite de primera instancia expediente digital) tampoco

se evidencian descuentos más allá de préstamos, aportes a seguridad social, planes exequiales y aportes al sindicato.

(viii) RELIQUIDACIÓN DE PRIMAS. Afirma la apelante que la *a quo*, en uso de las facultades *ultra y extra petita*, debió ordenar la reliquidación de las primas, como quiera que el Batallón de Intendencia No. 1 Las Juanas “*no cancela el 50% que determina la norma de todos los haberes devengados en el periodo correspondiente, sino que cancela una cifra absolutamente irrisoria, que está por debajo de lo establecido legalmente*”.

Para responder a esta solicitud se debe señalar que el artículo 50 del CPTSS⁶ faculta a los jueces para conceder más allá de lo pedido, siempre y cuando los hechos que fundamenten tal decisión hayan sido objeto y debate en el proceso y estén debidamente probados. Estas circunstancias no ocurrieron en este expediente, pues ninguno de los hechos de la demanda hizo referencia al pago de primas o a la manera en que estas pudieran estar mal liquidadas.

(vii) INDEMNIZACIONES E INTERESES. La ausencia de condenas releva a la Sala del estudio de indemnización moratoria, indexación e intereses.

COSTAS en la apelación a cargo de los recurrentes.

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

RESUELVE

⁶ ARTICULO 50. EXTRA Y ULTRA PETITA. El Juez podrá ordenar el pago de salarios, prestaciones o indemnizaciones distintos de los pedidos, cuando los hechos que los originen hayan sido discutidos en el proceso y estén debidamente probados, o condenar al pago de sumas mayores que las demandadas por el mismo concepto, cuando aparezca que éstas son inferiores a las que corresponden al trabajador, de conformidad con la ley, y siempre que no hayan sido pagadas.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado



LORENZO TORRES RUSSY

Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE

Magistrada

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



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO.

**PROCESO ORDINARIO DE CLAUDIA MARCELA CORRECHA LEONEL
CONTRA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y
CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**

Bogotá D. C., treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintitrés (2023)

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito, como lo establece el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reúne la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, para estudiar el recurso de apelación interpuesto por la demandada, en contra de la sentencia dictada por el Juez Veinte (20) Laboral del Circuito de Bogotá el 27 de octubre de 2022, en la cual RECONOCIÓ pensión de sobrevivientes a CLAUDIA MARCELA CORRECHA LEONEL y a los menores LAURA ISABEL y MIGUEL ÁNGEL BARBOSA CORRECHA, por la muerte de HOOVER RODOLFO BARBOSA TOVAR.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, MARÍA DEL CARMEN GRACIA CUBILLOS presentó demanda contra la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. para que, mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, se reconozca en su favor el 50% de la pensión de sobrevivientes y los daños de orden moral y material por la muerte de HOOVER RODOLFO BARBOSA TOVAR fallecido en un accidente de tránsito el 2 de enero de 2017, con quien convivía en unión marital de hecho, de la cual nacieron dos hijos. Aduce que solicitó ante el fondo el reconocimiento pensional, prestación que fue reconocida a favor de sus dos hijos en un 50%, y el restante 50% quedó en suspenso porque en la investigación realizada resultó que el causante tenía una compañera permanente de nombre INGRID

JHOANA MORA, que no se presentó a reclamar el derecho (ver páginas 2 a 5 archivo 01 trámite de primera instancia del expediente digital).

Notificada la demanda y corrido el traslado legal, fue contestada por la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. mediante apoderada, quien aceptó algunos hechos y se opuso a las pretensiones afirmando que la investigación administrativa realizado por la empresa CONSULTANDO LTDA concluyó que para la fecha del fallecimiento del causante, éste se tenía convivencia con INGRID JHOANA MORA MOSQUERA. Por ello la prestación fue reconocida en cuantía del 25% para cada uno de los hijos LAURA ISABEL y MIGUEL ÁNGEL BARBOSA CORRECHA. Propuso como excepciones de fondo: *imposibilidad de reconocer la pensión por falta de competencia, buena fe por parte de la demandada y genérica* (ver páginas 82 a 91 archivo 01 trámite de primera instancia del expediente digital).

Mediante auto proferido en audiencia de fecha 7 de septiembre de 2020 (ver archivo 04 trámite de primera instancia del expediente digital), se dispuso la vinculación al proceso de INGRID JHOANA MORA MOSQUERA en calidad de litis consorte necesario y/o tercero *ad excludendum*.

Notificada la demanda a INGRID JHOANA MORA MOSQUERA, compareció directamente y manifestó *“renuncio y desisto, por cuanto quiero declarar libremente que no conviví en forma permanente ni continua los últimos dos (2) año de existencia con el señor HOOVER RODOLFO BARBOSA TOVAR (...)”*. En consecuencia, mediante auto de fecha 4 de junio de 2021 (ver archivo 08 trámite de primera instancia del expediente digital) se le tuvo por notificada por conducta concluyente, y allanada de las pretensiones de la demanda.

En la audiencia celebrada el 18 de junio de 2021 (ver archivo 10 trámite de primera instancia del expediente digital), se dispuso la vinculación de los menores MIGUEL ÁNGEL BARBOSA y LAURA ISABELA BARBOSA CORRECHAS como *litis consortes*, quienes comparecieron por intermedio de apoderado *“solicitando que se dé alcance a los mismos hechos y pretensiones*

de la demanda en favor de estos menores” (ver archivo 11 trámite de primera instancia del expediente digital).

Terminó la primera instancia con sentencia que dictó el Juez Veinte (20) Laboral del Circuito de Bogotá el 3 de agosto de 2022, en la cual DECLARÓ que la señora CLAUDIA MARCELA CORRECHA LEONEL y los menores LAURA ISABEL y MIGUEL ÁNGEL BARBOSA CORRECHA son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes con ocasión al fallecimiento del señor HOOVER RODOLFO BARBOSA TOVAR, en consecuencia dispuso el reconocimiento del 50% que se había dejado en suspenso a favor de la compañera, y el otro 50% en favor de los hijos, mientras acrediten los requisitos previstos en la norma para acceder al derecho. Para tomar su decisión el juez encontró acreditado un tiempo de convivencia del causante con la demandante por 15 años y hasta el momento del fallecimiento, estimó que la separación del lugar de residencia para la fecha de la muerte ocurrió por motivos laborales del causante, sin que ello desvirtuó el ánimo de comunidad de vida. Concluyó que las pruebas traídas al proceso por parte de la demandada resultan contradictorias con lo afirmado por el causante en la declaración que rindió en vida, y por el dicho de la propia vinculada como compañera. Absolvió de los intereses moratorios, en su lugar ordenó la indexación.

La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR como beneficiarios a la señora CLAUDIA MARCELA CORRECHA LEONEL y a los menores LAURA ISABEL y MIGUEL ÁNGEL BARBOSA CORRECHA de la pensión de sobrevivientes conforme lo dispone el Art. 47 C de la L. 100 de 1993, modificado por el Art. 13 de la Ley 797 de 2003, con ocasión al fallecimiento del señor HOOVER RODOLFO BARBOSA TOVAR (q.e.p.d.), de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión SEGUNDO: CONDENAR A LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., al reconocimiento y pago del 50% de la pensión de sobrevivientes dejado en suspenso a la señora CLAUDIA MARCELA CORRECHA LEONEL con ocasión al fallecimiento del señor HOOVER RODOLFO BARBOSA TOVAR (q.e.p.d.), a partir del 02 de enero de 2017, suma debidamente indexado en el momento del pago*

conforme al I.P.C. certificado por el DANE. TERCERO: CONDENAR A PROTECCIÓN S.A., a continuar con el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes a la menor LAURA ISABEL BARBOSA CORRECHA en calidad de hijo supérstite con ocasión al fallecimiento del señor HOOVER RODOLFO BARBOSA TOVAR, en proporción del 25%, a partir del 02 de enero de 2017, y hasta que se acrediten las condiciones resolutorias extintivas del derecho, es decir, hasta el cumplimiento de la edad de 18 años o hasta cuando se acrediten los estudios realizados para tales efectos y sin que sea superior a los 25 años de edad, junto con las mesadas adicionales y los respectivos reajustes de Ley. CUARTO: CONDENAR ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., a continuar con el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes al menor MIGUEL ÁNGEL BARBOSA CORRECHA en calidad de hijo supérstite con ocasión al fallecimiento del señor HOOVER RODOLFO BARBOSA TOVAR, en proporción del 25%, a partir del 02 de enero de 2017, y hasta que se acrediten las condiciones resolutorias extintivas del derecho, es decir, hasta el cumplimiento de la edad de 18 años o hasta cuando se acrediten los estudios realizados para tales efectos y sin que sea superior a los 25 años de edad, junto con las mesadas adicionales y los respectivos reajustes de Ley. QUINTO: CONDENAR a PROTECCIÓN S.A. A CRECENTAR el derecho pensional de la cónyuge supérstite señora CLAUDIA MARCELA CORRECHA LEONEL en cuantía del 100%. Una vez se verifique la extinción del derecho de los menores LAURA ISABEL y MIGUEL ÁNGEL BARBOSA CORRECHA, junto con las mesadas adicionales y los respectivos reajustes de Ley, sumas que deberán ser indexadas al momento del pago conforme al IPC certificado por el DANE. SEXTO: ABSOLVER a la demandada ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., de las demás pretensiones incoadas por la señora CLAUDIA MARCELA CORRECHA LEONEL, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión. SÉPTIMO: sin costas en esta instancia” Se aclaró la sentencia en el sentido de precisar el nombre de la demandante CLAUDIA MARCELA CORRECHA LEONEL y que la calidad es la de compañera permanente. (Audiencia virtual del 20 de octubre de 2021 – Archivo 17 Hora 1:27:14).

RECURSO DE APELACIÓN

En el recurso, la demandada pide que se revoque la decisión de primer grado. Considerar que no se acreditó convivencia de la demandante con el causante en los últimos cinco (5) años anteriores al deceso. Al efecto, aduce las declaraciones recibidas en el trámite administrativo del fondo, de las cuales resulta claro que para la fecha de su muerte el causante convivía con INGRID JHOANA MORA MOSQUERA en la ciudad de Neiva, y viajaba a Bogotá a visitar a los hijos que tenía con la demandante pero no a CLAUDIA MARCELA como pareja (Audiencia virtual archivo 013 Min. 40:22)¹.

¹ “Gracias su señoría me permito interponer recurso de apelación con la sentencia que se acaba de proferir el cual sustento en los siguientes términos, no comparte esta apoderada la evolución de este material probatorio allegado al presente proceso, entiende esta apoderada que como fundamento o sustento de su decisión pues reconoce las documentales aportadas una por la parte actora, como es la declaración extra juicio rendida por el señor Hoover Rodolfo Barbosa Tovar entre la notaría 51 del circuito de Bogotá, así como la declaración procesal rendida por la señora Olga lucia Rodríguez Pozo y la señora Estella muños palacios en la notaría única del circuito de puerto salgar, pues bien tal y como lo indique en el momento de presentar los alegatos de conclusión esta apodera considera, que la parte actora no cumplió con la carga procesal de acreditar la convivencia mínima dentro los 5 años anteriores al deceso del afiliado y ello es así su señoría por que una de las documentales apreciadas por el despacho como lo es la ya referida declaración de extra juicio del afiliado fallecido, pues fue efectuada el 15 de agosto del año 2003 es decir con 14 años de anterioridad al fallecimiento del mismo, luego con ese documento claramente no se con prueba esa convivencia de los 5 años anteriores a su muerte y en lo que tiene que ver a las declaraciones extra proceso rendidas por la señora Olga lucia Rodríguez Pozo y la señora Estella muños Palacio, si coincide esta apoderada de la apreciación del despacho tanto que las declaraciones extra juicio no deben obligatoriamente ese ratificar dentro de un proceso, sin embargo y respetando las reglas de la sana crítica que facultan al despacho apreciar las pruebas a llegadas al proceso pues claramente estas declaraciones debían contrastarse el adicional material probatorio a llegado al expediente, pues bien al momento de allegarse estas declaraciones por parte de la demandante ante protección, esta entidad procesado a tramitar esta solicitud ante sura que es la aseguradora con quien contrato el seguro provisional que pagara la suma adicional que se requiere para completar el capital de la cuenta de ahorro individual con la que se sufragara la pensión de la reclamante, Sura por su parte contrato una firma investigadora con la que podía ratificar esa declaraciones, está firmando consultándose desplazo a varios lugares como lo fue en la ciudad e Bogotá, administrar a la demandante quien manifestó que el afiliado vivía en la ciudad de Neiva con anterioridad a su fallecimiento y fue por ello que el funcionario de esa firma también procedió a trasladarse a esa ciudad, nótese su señoría que Las documentales declaraciones aportadas una por la parte actora Cómo es la extrajuicio rendida por el señor juve Rodolfo Barbosa Tovar ante la notaría 51 del circuito de Bogotá así como la declaración extraprocesal atendida por las señoras Olga Lucía Rodríguez pozo y luz Estela Muñoz Palacios única del círculo de Pues bien como lo indique que no cumplió con la carga procesal de acreditar la convivencia mínima dentro de los 5 años anteriores al deceso del afiliado Y entonces iría porque una de las documentales apreciadas por el despacho como lo es la ya referida declaración extrajuicio del afiliado fallecido Pues fue efectuada el 15 de agosto del año 2003 es depresión 14 años de anterioridad al fallecimiento del mismo luego con ese documento claramente no se comprueba está convivencia de los 5 años anteriores a su muerte y en lo que tiene que ver a las declaraciones extraproceso rendida por la Señora Olga Lucía Rodríguez esposo y luz Estela Muñoz Palacios 5 incidente moderada con la procesión la apreciación despacho en cuanto a que las declaraciones extrajuicio no deben obligatoriamente encerradas dentro de un proceso sin embargo Y respetando por supuesto las reglas de la sana crítica que facultan al despacho a apreciar las pruebas allegadas al proceso pues claramente entonces pasiones debían contrastarse con la del tema adicional material probatorio a llegada del expediente Pues bien Al momento de hacerte estas declaraciones por parte de la demandante ante protección edad promedio a trasladar esa

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

No fue objeto de controversia en esta instancia: (i) que HOOVER RODOLFO BARBOSA TOVAR falleció el 2 de enero de 2017 (ver página 9 archivo 01 del expediente digital, trámite de primera instancia); (ii) que para la fecha de su deceso se encontraba afiliado al Sistema General de Seguridad Social en pensiones a través de la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES

reclamación a la aseguradora con quién contrato de seguro previsional que pagara la suma adicional que se requiere para completar el capital de la cuenta de ahorro individual con la que sufragar a la pensión de la reclama por su parte contrato una firma investigadora con la que podía ir a ratificar esas declaraciones está firma consultando se desplazó a varios lugares como lo fue en la ciudad de Bogotá para la demandante quién manifestó que el afiliado es vivía en la ciudad de neiva con anterioridad su fallecimiento y fue por ello que el funcionario de esa firma también procedió a trasladarse a esa ciudad no te su señoría que en la declaración rendida por la demandante allí la actora manifestó que el señor Uber Barbosa vivía en esa ciudad desde hacia dos años se contradijo Ya que en este interrogatorio en esta audiencia y dijo que solamente lleva un año en esta ciudad lo cual Pues podría resultar irrelevante pero pues de pronto sí podría resultar importante al verificar Pues un cambio de versión estudio al determinar centro porque el afiliado vivía en la ciudad de neiva la firma prosperidad enviar a otra persona a esa ciudad donde pudo entrevistar a más personas que vivían dentro de la casa del señor así como a los vecinos más cercanos encontrando allí que existía una persona de Ingrid Johanna Mora mosquera y el manifestó no verificar en adelante Pero quién manifestó que convivía el señor Hoover Barbosa desde el 30 de mayo del 2015 5 días antes del cumpleaños de manifestó que entra bien la existencia de la señora Marcela y que sabe que ellos convivieron 9 años pero que cuando lo conoció Ya llevaba dos años separada manifestó que alguna vez había ido hasta Bogotá donde vive la señora Marcela porque pues él llevaba él iba a visitar a sus hijos pero por respeto no había entrado a esa vivía Asimismo manifestó que nunca la señora Claudia fue a visitar al afiliado a la ciudad de neiva y que el afiliado vivía en una casa con el hermano y con ella indicaCuál es el término de un año y medio anterior a la al fallecimiento también se entrevistó a la señora belsy Mabel Triana que era amigo de amiga del afiliado quién manifestó efectivamente que tenía conocimiento que tenía una Unión marital de hecho y que él vivía en esa ciudad así como Señor Carlos Alberto zuata quién manifestó que está fría que el afiliado convivía con una señora de nombre Ingrid y que no conoció a otra persona diferente además de manifestar que vivió Allí más de 2 años con ella y que convivía con mi hermana respecto de otra contesta la señora Yuli katerine suave y el manifestó que le consta desde noviembre de 2015 pues conocí al señor juver y que vivía con sus propias palabras una muchacha que él tenía de nombre Ingrid Johanna otra persona entrevistada está la señora Janet mosquera Galindo Quién dio cuenta de una unión libre según sus palabras con la señora Ingrid y en el mismo sentido la señora Graciela Galindo de mosquera reconoce una relación de vida marital entre el afiliado fallecido y la señora y en idéntico sentido el señor Jonathan Gómez Ramírez dice ser amigo del afiliado y manifiesta que sabía de una convivencia con la señora Ingrid desde hacia un año y medio de anterioridad a la muerte y así pues una serie de Testigos que rinden la misma versión en interrogatorio de parte por la demandante encuentro muy particulares da lugar al reconocimiento a una confesión formulado Y en segundo lugar puesta la desacreditación de las declaraciones extraproceso rendida Lucía Rodríguez en cuanto lo que tiene que ver con la confesión considera que la señora Marcela y cada que ella iba los fines de semana iba a llevarle los niños al Señor jugar situación pues qué Pues resulta extraña que si están en unión marital de hecho es lo lógico es que ella fuera a visitar a su esposo con su tío y no hay esto podría resultar irrelevante para los honorables magistrados sin embargo es importante determinar la manera como lo haría ininterrumpida los señores jugar Rodolfo Barbosa tobatí tira de Marcela correcciones por el término de 16 años y 11 meses exactamente que empezaron a convivir el 4 de enero del año 2005 en Bogotá en la ciudad de neiva recursión gracias.”.

Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.; (iii) que HOOVER RODOLFO BARBOSA TOVAR dejó causada pensión de sobrevivientes, prestación que fue reconocida por la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. a sus hijos menores LAURA ISABEL y MIGUEL ÁNGEL BARBOSA CORRECHA (ver páginas 99 a 101 del archivo 01 del expediente digital, trámite de primera instancia).

El Tribunal debe definir si MARÍA DEL CARMEN GRACIA CUBILLOS acreditó o no las condiciones para ser *beneficiaria* de la pensión de sobrevivientes que reclama.

Para resolver dicha controversia, el artículo 13 de la Ley 797 de 2003 -norma vigente para la fecha del óbito- establece los beneficiarios de una pensión de sobrevivientes, en casos como el presente, así: cuando muere un afiliado (no pensionado) que había cotizado cincuenta semanas dentro de los tres últimos años inmediatamente anteriores al fallecimiento, tiene derecho a recibir la pensión en forma vitalicia el cónyuge o el compañero(a) permanente supérstite con quien integró un núcleo familiar con vocación de estabilidad, sin exigencia de tiempos de convivencia, y en forma temporal estas mismas personas si tenían menos de 30 años para la fecha de la muerte y no habían procreado hijos con el causante. Así lo entendió la Corte Constitucional desde la sentencia C-1094 de 2003, y así lo declaró la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL1730 de 2020 (reiterada en las sentencias SL3626-2020, SL2820-2021, SL1905-2021, SL5270-2021, entre otras) para recoger criterios que había expresado con anterioridad frente a tiempos de convivencia, con lo cual fijó el alcance que asigna la jurisdicción al contenido de la norma.

Así las cosas, para acceder a la prestación que reclama la demandante, debió acreditar que convivía con el causante e integraba un núcleo familiar estable para la fecha de la muerte. La carga de demostrar esta situación se la asigna el artículo 167 del CGP, y la prueba para el efecto debe ser clara y suficiente, pues la pensión de sobreviviente protege al núcleo familiar que tenía el fallecido al momento de la muerte, y no a otras personas (sentencias SL 1548 de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA, SL 11940 de 2017, M.P. RIGOBERTO

ECHEVERRI BUENO y SL 1399 de 2018, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

Se debe precisar sobre el aspecto en discusión que, aunque la convivencia implica en la generalidad de los casos la *cohabitación* de la pareja, bien puede ocurrir que pese a existir una comunidad de vida familiar, las posibilidades de cohabitación de la pareja se vean truncadas por razones que el juez debe evaluar en cada paso, para verificar si, a pesar de la distancia física, los lazos afectivos, de apoyo, solidaridad y acompañamiento espiritual subsisten.

Sobre esta materia, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha dicho: *“pueden existir eventos en los que cónyuges o compañeros no cohabiten bajo el mismo techo, en razón de circunstancias especiales de salud, trabajo, fuerza mayor o similares, lo que no conduce de manera inexorable a que desaparezca la comunidad de vida de la pareja si notoriamente subsisten los lazos afectivos, sentimentales y de apoyo, solidaridad, acompañamiento espiritual y ayuda mutua”* (Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, SL 1399 de 2018, M.P. CLARA CECILIA DUELAS QUEVEDO).

Con estas premisas normativas y revisada la evidencia que se aportó al expediente, la Sala confirmará la decisión de primera instancia, pues las pruebas acreditan que para la fecha en que murió el causante, la demandante integraba con él como su pareja, un núcleo familiar estable, en el que subsistían lazos de solidaridad apoyo y acompañamiento espiritual.

Sobre la materia se aportaron declaraciones extra-proceso rendidas ante la Notaria Única del municipio de Puerto Salgar el 12 de enero de 2017 por OLGA LUCIA RODRIGUEZ POSSO y LUZ STELLA MUÑOZ PALACIO, respecto de las cuales no se exigió ratificación por lo cual tienen plena validez (artículo 188 CGP), en las que manifiestan: que el causante tenía unión marital de hecho con CLAUDIA MARCELA CORRECHA LEONEL, que la pareja compartió techo, lecho y mesa de forma ininterrumpida por 16 años y 11 meses, hasta la muerte, que de esta unión se procrearon dos hijos de nombres LAURA ISABELLA y MIGUEL ÁNGEL, que la demandante dependía económicamente del señor HOOVER RODOLFO, y que desconocen la existencia de otros

beneficiarios (ver página 105 y 106 archivo 01 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Además, obra como evidencia particularmente elocuente frente a la existencia de convivencia y de integración de un núcleo familiar estable entre la demandante y el causante, la manifestación que hizo en el proceso la persona a quien la demandada señala de ser la *compañera* del causante para la fecha de la muerte, INGRID JHOANA MORA MOSQUERA. Esta persona afirmó en escrito que oca en folio 395: *“no conviví en forma permanente ni continua los últimos dos años de existencia con el señor HOOVER RODOLFO BARBOSA TOVAR, (...) conociendo que el mantenía su relación marital con su mujer inicial señora CLAUDIA MARCELA CORRECHA LEONEL (...) y que conozco claramente que su real compañera permanente para la fecha de su fallecimiento lo era la señora CLAUDIA MARCELA CORRECHA LEONEL”* (ver archivo 06 trámite de primera instancia del expediente digital).

Con esta declaración se descartan las conclusiones a las que arribó la empresa CONSULTANDO LTDA en la investigación que adelantó por encargo de la demandada.

Lo que sí se puede concluir del mismo trámite que adelantó la demandada, es que el causante, HOOVER RODOLFO BARBOSA TOVAR, se había trasladado a la ciudad de Neiva por motivos laborales (hecho que puso de presente por la misma demandante en el interrogatorio de parte), que allí vivía con un hermano, y que se desplazaba con frecuencia desde esa ciudad hacia Bogotá para encontrarse con la demandante y con sus hijos, con quienes integraba el núcleo familiar estable, que es lo que protege la prestación reclamada (ver página 130 a 229 archivo 01 del expediente digital, trámite de primera instancia).

En definitiva, coinciden INGRID JHOANA MORA MOSQUERA con OLGA LUCIA RODRIGUEZ POSSO y LUZ STELLA MUÑOZ PALACIO en afirmar que existía convivencia de la pareja desde principios del año 2001, y que el vínculo afectivo y de apoyo mutuo estuvo vigente hasta el fallecimiento del

causante, como lo exigen las normas y la jurisprudencia para acceder a la pensión reclamada en este proceso.

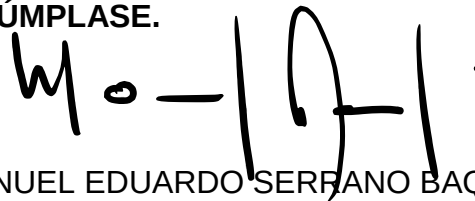
COSTAS en la apelación a cargo de PROTECCIÓN S.A.

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

RESUELVE

1. **CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia.
2. **COSTAS** en la apelación a cargo de PROTECCIÓN S.A.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado



LORENZO TORRES RUSSY

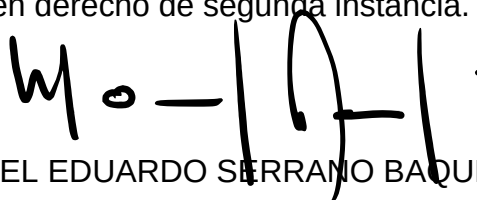
Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE

Magistrada

INCLÚYASE en la liquidación de costas, la suma de UN MILLÓN DE PESOS MCTE (\$1.000.000) como agencias en derecho de segunda instancia.



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO.

**PROCESO ORDINARIO DE SANDRA LORENA ECHEVERRIA
MONTENEGRO CONTRA FUNDACIÓN HOSPITAL SAN CARLOS Y
ADECCO COLOMBIA S.A.**

Bogotá D. C., treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintitrés (2023)

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito, como lo dispone el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reúne la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, para resolver los recursos de apelación interpuestos por ambas partes, contra la sentencia dictada el 24 de octubre de 2022 por el Juez Veinte (20) Laboral del Circuito de Bogotá, en la cual se DECLARÓ la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre la FUNDACIÓN HOSPITAL SAN CARLOS y SANDRA LORENA ECHEVERRIA MONTENEGRO, y se condenó al pago de indemnización por despido sin justa causa y de cálculo actuarial, y responsabilidad solidaria con la sociedad ADECCO COLOMBIA S.A.-

ANTECEDENTES

Mediante apoderado, SANDRA LORENA ECHEVERRIA MONTENEGRO presentó demanda contra la FUNDACIÓN HOSPITAL SAN CARLOS y ADECCO COLOMBIA S.A, para que, mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, se declare la existencia de un contrato de trabajo por duración de la obra o labor contratada con la FUNDACIÓN HOSPITAL SAN CARLOS en el cargo de COORDINADOR DE SALAS DE CIRUGÍA, y solidaridad con la otra demandada. Solicita la reliquidación del auxilio de alimentación por toda la relación laboral, y la reliquidación del salario que

realmente debió devengar en el cargo mencionado -coordinador de salas de cirugía-, y en consecuencia, la reliquidación de prestaciones sociales y vacaciones, indemnización por terminación del contrato sin justa causa, sanción moratoria del art 65 del CST, sanción por no consignación de las cesantías, reliquidación de los aportes pensionales, y la indexación.

Como fundamento de sus pretensiones, afirma que se vinculó a la sociedad ADECCO COLOMBIA S.A. mediante contrato de trabajo de duración definida por la obra o labor contratada el día 10 de diciembre de 2018, para prestar servicios como trabajadora en misión en la FUNDACIÓN HOSPITAL SAN CARLOS por un “incremento de la producción o ventas”, en el cargo de LÍDER OPERATIVO EN SALAS DE CIRUGÍA. No obstante, en el desarrollo de su contrato ocupó el cargo de COORDINADOR DE SALAS DE CIRUGÍA, con un salario de \$1.950.000 más auxilio de transporte de \$750.000, y una suma bajo el concepto de *bonificación no salarial*. Aduce que el 21 de enero de 2018 le fue entregado el cargo de Coordinadora de salas de cirugía, por Edison Díaz Marantes quien estaba vinculado de manera directa con la FUNDACIÓN HOSPITAL SAN CARLOS, cargo que además era permanente en la nómina de la demandada. Manifiesta, que realizaba sus labores de manera exclusiva y de tiempo completo, y debía cumplir el acuerdo de confidencialidad en los mismos términos que los trabajadores contratados directamente con el HOSPITAL. Las órdenes eran impartidas por el HOSPITAL, quien además le asignó un correo electrónico corporativo y un carnet. Para el año 2019 el salario básico devengado era de \$2.080.000 mensuales y el *auxilio* de alimentación \$1.120.000 mensuales, sumas que devengó hasta el 15 de noviembre de 2019 cuando se le anunció al finalización el contrato de trabajo por “*culminación de la obra o labor contratada*”. Indica que las demandadas pagaban un salario inferior al que recibía el anterior coordinador, y que no reconocieron ni pagaron a la fecha de culminación de la relación laboral indemnización por la terminación sin justa causa del contrato. Presentó derecho de petición a fin de que se le suministrara información relacionada con la estructura de la organización, información que fue negada por el empleador.

Notificada de la demanda y corrido el traslado legal, fue contestada por ambas demandadas mediante apoderado judicial.

ADECCO COLOMBIA S.A se opuso a todas las pretensiones. Aduce que se encuentra habilitada por el Ministerio del Trabajo para ejecutar actividades de tercerización laboral como Empresa de Servicios Temporales, y por ello, desde el 30 de julio de 2012 suscribió un contrato comercial de suministro de personal con la FUNDACIÓN HOSPITAL SAN CARLOS, cumpliendo con los presupuestos del artículo 71 de la ley 50 de 1990. Afirma que SANDRA LORENA ECHEVERRIA MONTENEGRO fue vinculada para atender un incremento de producción, y desarrolló actividades misionales desde el 10 de diciembre de 2018 como líder operativo de sala de cirugía, con un salario básico \$1.950.000 y auxilio de alimentación con exclusión salarial como lo autoriza al artículo 128 del CST. Manifiesta que dicho auxilio no tuvo vocación de permanencia y por ello no era su obligación concederlo de manera continua. Indica que la vinculación finalizó por solicitud de la empresa usuaria, y que su actuar estuvo revestido de la buena fe por lo que no resulta procedente el pago de indemnización moratoria. Propuso como excepciones de fondo las de *inexistencia de las obligaciones demandadas y cobro de lo no debido, enriquecimiento sin justa causa de la demandante, buena fe de la demandada, compensación y prescripción*. (ver páginas 3 a 26 archivo 07 tramite de primera instancia del expediente digital).

La FUNDACIÓN HOSPITAL SAN CARLOS también se opuso a todas las pretensiones de la demanda. Aduce que la trabajadora se vinculó mediante contrato por obra y labor como trabajadora en misión de ADECCO COLOMBIA S.A.- La función desempeñada fue *líder operativo* y no *coordinadora de salas de cirugía*, pues para el segundo cargo se requería cumplir con requisitos académicos superiores. Aduce que no había subordinación directa por parte del hospital, y que el salario devengado fue \$1.950.000 junto con el beneficio extralegal no constitutivo de salario, y que el contrato finalizó en razón a que cesó la necesidad, por lo cual, finalizada la relación contractual no fue necesario cubrir la plaza. Propuso como excepciones: *inexistencia de la*

obligación, buena fe y cobro de lo no debido. (ver páginas 4 a 15 archivo 08 tramite de primera instancia del expediente digital).

Terminó la primera instancia con sentencia dictada por el Juez Veinte (20) Laboral del Circuito de Bogotá, el 24 de octubre del 2022, en la cual DECLARÓ la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre la FUNDACIÓN HOSPITAL SAN CARLOS y SANDRA LORENA ECHEVERRIA MONTENEGRO, y condenó al pago de indemnización por despido sin justa causa y de cálculo actuarial, condenas respecto de las cuales declaró responsabilidad solidaria con la sociedad ADECCO COLOMBIA S.A.

Para tomar su decisión concluyó que el verdadero empleador de la demandante fue la FUNDACIÓN HOSPITAL SAN CARLOS y que la demandada no acreditó diferencias entre el cargo de líder y el de Coordinador de salas de cirugía. Tuvo en cuenta que era costumbre de esa demandada vincular a su personal por intermedio de ADECCO sin observar los requisitos establecidos en la ley. En cuanto al auxilio de alimentación, consideró que las partes pactaron válidamente la exclusión salarial. Absolvió de la nivelación salarial por falta de prueba de los requisitos para acceder al cargo de Coordinador. Impuso condena por despido sin justa causa, afirmando que la obra contratada es una función propia del HOSPITAL y por ello no tenía fundamento la terminación; y de sanción moratoria porque si bien no se demostró un actuar revestido de la buena fe, ADECCO pagó todas las acreencias a la demandante. Sin embargo condenó al pago de las diferencias en los aportes del sistema de seguridad social.

La parte resolutive de la sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR que entre la demandante señora SANDRA LORENA ECHEVERRIA MONTENEGRO y la FUNDACIÓN HOSPITAL SAN CARLOS., existió una verdadera relación laboral a término indefinido, vigente entre el 10 de diciembre de 2018 al 15 de noviembre de 2019, durante la cual desempeño los cargos de LÍDER OPERATIVO DE SALAS DE CIRUGÍA, y COORDINADOR DE SALAS DE CIRUGÍA, con una última asignación salarial*

de \$2.080.000 y se declara solidariamente a la sociedad ADECCO COLOMBIA S.A., de las acreencias laborales que se generaron en el desarrollo de la relación laboral que soportó la presunta empresa usuaria, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa de la presente providencia. SEGUNDO: CONDENAR a las demandadas a reconocer y pagar a favor de la demandante señora SANDRA LORENA ECHEVERRIA, la suma de \$2.080.000, por concepto de indemnización por despido sin justa causa, conforme a lo expuesto. TERCERO: CONDENAR a las demandadas FUNDACIÓN HOSPITAL SAN CARLOS Y ADECCO COLOMBIA S.A., a reconocer y pagar a favor de la demandante la diferencia de aportes al sistema de seguridad social en pensiones, que se deberán consignar al fondo que tenga o elija la demandante, el cual deberá efectuar el respectivo cálculo por el periodo comprendido entre el 10 de diciembre de 2018 al 15 de noviembre de 2019, teniendo como IBC el salario de \$2.080.000 y de acuerdo al artículo 30 de la Ley 1393 de 2010, conforme a lo antes expuesto en las consideraciones de la parte motiva. CUARTO: ABSOLVER a las demandadas FUNDACIÓN HOSPITAL SAN CARLOS Y ADECCO COLOMBIA S.A., de las demás pretensiones incoadas en su contra, conforme a lo expuesto. QUINTO: CONDENAR en costas a FUNDACIÓN HOSPITAL SAN CARLOS Y ADECCO COLOMBIA S.A. Inclúyase en la liquidación la suma de medio (1/2) SMLMV, las cuales deberán pagar a cuota parte". (min 1:03:06 audiencia del 24 de octubre de 2022 archivo 15 trámite de primera instancia expediente digital).

RECURSOS DE APELACIÓN

En el recurso de la DEMANDANTE, afirma que se debió tener como factor salarial el auxilio de alimentación y los demás emolumentos que se reconocieron a la demandante de manera extra legal, y que se debió otorgar nivelación salarial con el cargo que desempeñó de Coordinador, por ser el que le entregó el coordinador saliente, cargo para el cual cumplía los requisitos, pues no era necesario *sine qua non* el título de médico¹ (min 1:06:34 audiencia

¹ "Pues teniendo en cuenta los aspectos definidos en sentencia previamente, agradeciendo como siempre el juicioso estudio que realiza el despacho frente a la normatividad y los aspectos de debate probatorio no obstante, manifiesto al despacho que interpongo recurso de

apelación parcial a la determinación adoptada y que se concreta en los siguientes asuntos, primero en la solicitud, invocación que se hace respecto del factor salarial del auxilio de alimentación y demás aspectos, bonificación no salarial y demás emolumentos que han sido reconocidos de la demandante de manera extra legal, como no constitutivo de factor salarial y que se reclama por virtud de la demanda su establecimiento es salarial, en este aspecto, si bien el despacho a bien tiene resaltar las jurisprudencias y las normas aplicables al respecto, el concretamente en lo establecido o lo estipulado en el artículo 127 y 128 el código sustantivo del trabajo relativo a la constitución o no del factor salarial de los emolumentos, que son reconocidos al trabajador pues evidentemente me aparto del apreciación realizada por el despacho o la conclusión a la que llega el despacho frente al reconocimiento de las eventualidades o de los salarios, si bien es cierto, como lo resalta el despacho, la demandante acepta haber recibido esas sumas en el interrogatorio de parte, lo cierto es que por virtud de la ley y concretamente los artículos que ya he mencionado, establecen, y así mismo lo resalta el despacho de primer orden, que no importa o que debe dársele importancia final a la naturaleza por la cual fueron conocidos estos beneficios y no el nombre o denominación, e incluso podría establecer la eventualidad que planteaba el despacho frente a la actualidad de los pagos realizados a la demandante a título de auxilio de alimentación y demás valores no constitutivos de salario realizados y es que evidentemente, en cumplimiento de la de la carga probatoria en el interrogatorio de parte realizado por mi parte a los representantes legales de Adecco y incluso también de la demandada fundación, establecía o solicitaba invocaba, pues, a la representante legal para que estableciera cuál era la objetividad y cómo era la eliminación de estos beneficios diciendo simplemente que éstos habían sido pactados como en no constitutivos de salario y que pues finalmente la de la destinación pues se podían dar a estos rubros, eran libres y destinación autónoma de por parte de la trabajadora para realizar su gasto recordemos que la suma, cómo ha sido estudiada y analizada por el despacho, superan ampliamente los límites de la desalarización laboral para los efectos en no es desalarización como los claramente el despacho frente a como, con vocación de desalarización sino para los efectos de prestaciones sociales que estamos hablando de no cualquier suma, no cualquier emolumento que se está reconociendo por la demandada como carácter no salarial y que bajo esa órbita que presta bastante importancia del análisis jurídico que debe realizar, en este caso la honorable sala del tribunal superior de Bogotá frente a las causas y la destinación por la cual fue concedido este dinero, recordemos que la demandante estas interrogatorio de parte fue muy clara en establecer que se le vendió o que éste le prometió una única remuneración y que pues finalmente fue dividida en dos aspectos diferentes, 1 es analizado y otros analizado pero que comprendían los aspectos relativos a su compromiso remuneratorio, más no por virtud de los aspectos probatorios ni de interrogatorio de parte absolutos por las partes demandadas se logró clarificar o establecer por ellos mismos cuál era la designación cada o definitiva que debería darse este auxilio y es que es inconcebible a la luz digamos de la lógica establecer que pues más de la mitad del salario pactado va a ser un auxilio de alimentación, el cual la demanda no tenía ni siquiera que realizar una legalización o justificar un gasto tan alto para poder desarrollar auxilio extralegal de ese talante y que solamente se ampara la demanda en virtud de lo preceptuado en el artículo 128, esto es, a darle un visto de legalidad frente al establecimiento o al número, a la denominación del auxilio porque pues si fuese así en esas condiciones, pues todas las empresas o todos los empleadores podrían libre y venir voluntariamente desalarizar a cualquier tipo de suma bajo el concepto de auxilio de alimentación que expresamente lo establece el artículo 128 como un desalarizado entonces generalmente frente a ese aspecto de salario, tanto de este concepto de auxilio de alimentación como los demás rubros, no hay auxilios no salariales y bonificaciones pues que tampoco tendría ningún contexto o ninguna justificación tenemos que tener aquí la carga de la prueba es totalmente aplicable hacia la parte demandada que él debería justificar no es la evidencia pero finalmente la razón y la naturaleza jurídica por la cual el desalariza, ahí está realizando unos pagos extra legales a la trama recordemos, como decía el despacho, que la corte suprema de justicia avala al empleador frente al reconocimiento de sumas extra legales sin embargo, debemos resguardar el amparo de los derechos de los trabajadores y no también la vulneración de los derechos bajo el pretexto de realizar unas bonificaciones por unos derechos extra legales que presuntamente están atados, como en este caso, a un beneficio alimentación que pues realmente, como lo podemos ver con claridad, asumen la mitad de la remuneración prometida, trabajadora y este aspecto resaltó, para que sea analizado a profundidad por parte de la sala laboral del honorable tribunal superior de Bogotá para definir

que estos elementos al si la legalidad para ser no definidos como no constitutivos de salario, a pesar de la formación del lado del formato o como lo decía la demandante, la convicción de que, pues finalmente siempre, si le fueron reconocidos de manera no salarial, pero que sin embargo, no constituye esto un óbice para poder establecer que, pues realmente sí tenían una connotación de esa índole. Segundo punto para poder realizar en mi recurso de apelación lo resalto frente a la nivelación o diferencial que había sido invocada por la parte que represente en la demanda, y es evidentemente igualmente resaltó que el análisis jurídico y normativo realizado por el despacho, sin embargo, no comparto las conclusiones realizadas o desarrolladas por el despacho frente al análisis precisamente, la diferencia salarial y es que evidentemente, como lo ha establecido la corte en los parámetros que resaltaba el despacho frente a el parámetro de equidad y de igualdad frente a la funcionalidad y condiciones para que puedan reclamarse válidamente una nivelación salarial están específicamente dados en el presente, y es que evidentemente, a pesar de que el despacho de primer orden resalta que la ausencia del valor prueba del valor probatorio de las cargas probatorias por mi parte, frente a la convicción de las condiciones que formativas del aquí demandante, circunstancia que, pues evidentemente no es una carga que obedecía a mi representada, sino todo lo contrario, son unas cargas probatorias de la parte demandada, recordemos y así lo ha establecido el despacho con mediana claridad al dicho ha establecido lo afirmado y la concluido de esa manera que la demandante efectivamente cumplió las funciones de coordinación y que igual en ese cargo, que había sido entregado por su anterior o su antecesor en los días, quien fingía esas actividades recordemos igualmente que también a pesar de que el despacho concluye que sí desarrolló esa tenemos documentos probatorios que han sido aportados por mi parte, nuestra parte en donde igualmente la trabajadora, la aquí demandante fungía, afirmaba y en algunos documentos la relacionaban la misma demanda en su carácter de coordinadora, entonces establecer o deducir que no se tiene el parámetro con el cual se pueda definir la igualdad o la equidad, no tiene sentido frente al aspecto que evidentemente se ha presentado, como lo resalta el despacho la mala fe con la que actúa la demandada, y esto es el aprovechamiento de las condiciones de la demandante se puede vincular de manera temporal para obligarla a desarrollar una y ahora la cual igualmente, si la demandada combinó, estableció y concluyó que podría desarrollar las actividades o le asignó el cargo de coordinadora no podemos por virtud, entonces alguna descalificar el mérito de la misma para ganar devengará, misma remuneración y es que debemos resaltar igualmente que la demanda cuando resalte y cuando establezco para ocultar el perfil de cargo que fue solicitado por mi parte, que no lo obedeció funciones y demás aspectos fundamentales para establecer esta actividad, los oculto diciendo que el cargo había sido suprimido, circunstancia que, pues si bien es cierto la vigencia del despacho considera creerle porque lo dijeron a los testigos, pues finalmente tampoco documental y solamente testimonial que no le da ninguna firmeza nos demostró que el cargo haya sido eliminado y menos la formación de vida recordemos que en el cargo era otro o diferente bastante importante al tribunal superior de Bogotá sala laboral, no es cierto como lo concluye el despacho frente a este proceso que la demandante no tenía la calificación o la formación de vida recordemos que en los testimonios cuando puse en interrogatorio de parte restablecer o culpar a la demandante de su falencia frente al título universitario médico le preguntaba yo igualmente en el interrogatorio si el requisito era sine qua non para poder desarrollar esa actividad y el formato y lo así era clara, las partes demandadas que decía que era, sugirió más no un requisito sin el cual no o un requisito cerrado para decir que podía desarrollar las actividades entonces aquí no hay ninguna insuficiencia probatorias que se demuestra que la demandante tenía las capacidades y que si no las tenía entonces, por qué razón la demandada le encargó las funciones de coordinación y si no reunía el perfil porque razón la designan y le asignan esas funciones y que finalmente también con el perfil que no está adoleciendo la identidad frente al carácter profesional de la ante las testigos y la representante legal de la demandada, aceptaron que el perfil de cargo aceptaba y no era cerrado que destreza, desarrollar esas funciones nunca se quedó entonces, válidamente tiene que aceptar la parte demandada, la recuperación equivalente al cargo de sentir, de la necesidad que no fuera o fuera un profesional en medicina entonces en estos aspectos finalmente frente a la identidad frente a la indiferenciación salarial muy bien lo resaltaba el despacho estableciendo conforme a las reglas prácticas de la corte suprema de justicia a salario igual a funciones iguales o cargo igual salario igual, entonces bajo esa premisa estando totalmente demostrado documental testimonial y igualmente el salario demostrado que ya finalmente llegada la certificación que estábamos necesitando para

del 24 de octubre de 2022 archivo 15 trámite de primera instancia expediente digital).

En el recurso de la FUNDACIÓN HOSPITAL SAN CARLOS, pide que se revoque la declaración de existencia de un contrato de trabajo. Afirma que las funciones de líder de salas de cirugía no se cumplen con un cargo de planta del HOSPITAL y son diferentes a las del coordinador de salas de cirugía. En cuanto a los aportes a seguridad social afirma que se realizaron en su oportunidad, conforme las condiciones contractuales, y señala que la contratación de la demandante se hizo por un aumento en las ventas pues el volumen de trabajo del Hospital depende de las contrataciones que se realizan

equiparar salarialmente a la demandante si se debe realizar la equiparación del salario y condenar al pago de la diferencia de la remuneración que válidamente la trabajadora de buena fe con responsabilidad nunca tuvo inconveniente ninguna reclamación del desarrollo o la aptitud o la destreza para desarrollar esas destrezas nunca se quejó entonces válidamente tiene que aceptar la parte demanda la remuneración equivalente al cargo desempeñado y esto no puede ser en detrimento de la so prestó de que no tenía una formación que reitero y repito, no era exigible frente a ese aspecto si se presentan plenamente demostrados los elementos tercero, lo que quiero resaltar para como fue apelación, es la sanción moratoria que establece el artículo 65 si bien es cierto, el despacho válidamente, como no saltó ante él al juez de instancia establece los parámetros jurídicos y los para y los parámetros seguros jurisprudenciales frente a la aplicación del artículo 65 esto es, la buena o la mala fe pues evidentemente conforme lo estableció el mismo despacho, el actual de la demandada, pues de buena fe, teniendo en cuenta que las particularidades que señalaba el mismo despacho al resaltar la modalidad contractual que estaba establecido que es totalmente irregular, la manera cómo desarrollar las actividades, que pues finalmente también transgreden la el ingreso de la demandante, la extralimitación del aporte de los beneficios extra salariales, no salariales para la aplicación de las de los aportes a la seguridad sin fin totalmente algunos aspectos que de migran la real, buena fe de una parte o de un empleador para el desarrollo de sus funciones, por lo cual las normas del artículo 65 frente a la sanción moratoria que pues evidentemente como el despacho lo resaltaba, no encontraba ninguna prestación social o salario aplicable para poder restablecer esta sanción moratoria pues evidentemente, cuando los puntos anteriores donde establezco que evidentemente la desalarización y la reliquidación salarial grande presentes se daría aplicación igualmente entonces a la administración de vida de que contemplan el artículo 65, resaltando obviamente que la parte demandada obro totalmente de mala fe también puede ser, pues planeada frente a este a actuar, omisivo que realmente realizó el otro de los puntos cuarto punto, de apelación hace relación a la sanción por la no consignación oportuna por las cesantías porque pues finalmente evidentemente teniendo en cuenta que la reliquidación que se debe presentar frente a la cesantía establecer incumplimiento igualmente lo establecido en el artículo 99 de ley 50 de 1990 lo que pues evidentemente también partiendo de la aplicación de la mala fe de la parte demandada en la liquidación de los factores aplicables para la cesantía, pues igualmente debe ser condenada y favorablemente hacia las hacia mi representada la pretensión de invocatoria de la sanción por la consignación de las cesantías y finalmente, el último que no creo que esos son los puntos que tengo materia de apelación, concretamente, que los valores extralegales, la diferenciación es del, del parámetro del salario, la sanción moratoria del 65 y sanción del artículo 99 la ley 50 de 1990 muchas gracias señor juez."

con las IPS's² (min 1:23:07 audiencia del 24 de octubre de 2022 archivo 15 trámite de primera instancia expediente digital).

² "Muchas gracias, sí, señoría efectivamente mi calidad de apoderada de la fundación hospital san Carlos, sustento de manera parcial, el recurso de apelación frente a la sentencia hoy dictada frente al caso que hoy nos convoca y mi apelación parcial, la pongo en 3 términos, 1 definitivamente esta institución se opone, que se declare una relación laboral y a término indefinido, entre el demandante y la fundación, entre la demanda y la fundación hospital san Carlos pues no debemos olvidar que la fundación hospital san Carlos, con el fin de proveer e servicios o personal, para la prestación de algunos servicios de dentro del hospital este se hizo mediante un contrato de suministro de personal con Adecco quién fue el responsable y en esta era caso el empleador de la señora Sandra Echeverría tampoco se puede desconocer que la fundación hospital san Carlos, como empleo, como como persona o agente privado que tiene su deber y también su derecho de hacer sus estructuras organizacionales internas dependiendo de su necesidades contractuales y dependiendo de sus necesidades a la prestación del servicio y que efectivamente, entre sus estructura organizacional especialmente lo que tiene que ver con salas de cirugía, no considero que fuese necesario contratar de manera permanente los cargos del líder de salas de cirugía y coordinador de salas de cirugía, por cuanto estos estos perfiles no eran obligados por la ley y tampoco eran necesarios mantenerlos de manera temporal dentro de la estructura organizacional de la fundación, entre lo que tiene que ver con salas de cirugía están así que no se logró demostrar en está en este proceso que estos, estos perfiles se mantuvieran luego la terminación de la del contrato el por obra labor desempeñado por la señora Sandra Echeverría y así se demuestra por parte de la fundación hospital san Carlos que ese cargo no está actualmente dentro del organigrama, sino especialmente se encuentra el cargo de coordinador de salas de cirugía que, de hecho, también en este momento se presta por orden de prestación de servicios y no es un contrato de planta por parte de la fundación hospital San Carlos también hemos de reconocer que respecto a los perfiles que desempeña el coordinador de salas de cirugía y el líder de salas de cirugía, si bien es cierto comparten ciertas actividades con funciones en los dos perfiles, no podremos pues no sé qué si bien es cierto, también se indilga que podría ser entre los perfiles o lo experiencia y estudios relacionados podría ser un jefe de un jefe de enfermería o un médico, en este caso, quien desempeñaba la coordinación de las decía es un médico, por cuanto no podríamos hablar de una indemnización o un ajuste por un salario un salario igual a un trabajo, igual por cuando la señora Sandra Echeverría ostenta la calidad de jefe de enfermería y el señor Édison, en su tiempo coordinado era médico, quien desempeñaba su función de acuerdo a su especialidad y tecnicidad, relacionado con su profesión también hemos de recordar que es ser compartían funciones, pero que en ningún momento se logró demostrar que el señor Édison haya entregado a la señora Sandra Echeverría su cargo simplemente él hay una firma por parte de la señora Sandra Echeverría que recibe una carta o un comunicado por parte del señor Édison, pero que en ningún momento hay alguna instrucción por parte de Adecco por parte de la fundación hospital san Carlos que la demandante ahora ejerciera de ahora en adelante el cargo de coordinador de salas de cirugía y las funciones que desempeñó luego de que se reintegró el señor el coordinador de salas de cirugía, pues eran precisamente las funciones relacionadas con su cargo como líder de salas de cirugía entonces allí no hay alguna diferencia en cuanto al retiro del Édison con las funciones que la señora Sandra Echeverría hacía por cuanto seguía desempeñando las funciones que con o sin el señor Édison en el cargo aquí discutido, esto finalmente a esto con respecto a la relación laboral a término indefinido y respecto con la diferencia de aportes de salariales o pensiones, pues hemos de reconocer y se probó mediante todas las evidencias aportadas que Adecco, como su empleador precisó todos los aportes a seguridad social y teniendo en cuenta su asignación salarial, esto están conforme de ley y claramente no se podían hacer otros aportes distintos por tanto, el contrato por parte de la señora Sandra Echeverría era un contrato a término de obra o labor con un valor inferior a los dos millones cero ochenta mil pesos, que ya quedaron definidos en la en la certificación laboral que expide que expide, Adecco con esto, señor, juez ahí finalmente, para tener en cuenta el contrato por parte que se desarrolló por parte de la señora Sandra Echeverría, esto se dio finalmente, por un incremento en ventas, esto no puede ser objetado, por cuanto esto también depende exclusivamente de la fundación hospital san Carlos, de acuerdo a la

En el recurso de ADECCO, afirma -en resumen- que no se podía declarar la existencia de una relación laboral con el Hospital pues se cumplieron las condiciones legales para trabajadores en misión, no se superó el tiempo máximo permitido para este tipo de vinculación, ni se quería disfrazar una relación permanente, tanto es así que no se vinculó a nadie para que siguiera ejerciendo el cargo de la demandante. Indica que la terminación del contrato tuvo como fundamento la comunicación remitida por el HOSPITAL SAN CARLOS por cumplimiento de la obra o labor, tal como se acreditó en el proceso. En cuanto al salario, se hicieron los pagos sobre \$1.950.000 que fue el valor pactado como retribución salarial³ (min 1:23:07 audiencia del 24 de octubre de 2022 archivo 15 trámite de primera instancia expediente digital).

necesidad del servicio y de acuerdo a las contrataciones que se hagan por parte de sus clientes, que son las EPS, para la contratación que hace para efectivamente hacer prestación de salas de cirugía en este tiempo se tenía una efectivamente una incremento en ventas que se puede hacer un incremento, decía y por tanto se requería de estos cargos, pero finalmente se excluyeron dentro de la plata y dentro de la organización, dentro de la estructura organizacional de la fundación por cuanto este incremento en ventas se vio disminuido por varios factores que pues no ve discutir, en efecto finalmente entonces te pongo, señor juez de apelación parcialmente la sentencia aquí presentada, muchas gracias.”

³ *“muchas gracias con el respeto que merece su despacho, procedo a interponer el recurso de apelación el cual será de manera parcial y por lo cual solicitó a los señores magistrados tener en cuenta los siguientes puntos el primer el recurso de apelación se referirá a ineficiencia relación laboral permite un segundo, perdón por la interrupción era el sonido, entonces decía que presentaba el recurso de apelación de la siguiente manera y es que efectivamente no se puede declarar una existencia de una relación laboral entre la fundación San Carlos y la demandante por lo siguiente dentro del expediente está comprobado y está claro, señor, señores magistrados que si una relación de trabajo con Adecco Colombia al punto que dentro de la documental nunca se tachó de falso el contrato de trabajo y para la demandante era claro y evidente de que iba a desempeñar una actividad misional así lo manifestó ella también dentro del interrogatorio, dentro de las prueba de oficio que realizó su despacho, en ningún momento se naturalizó el contrato de trabajo como lo alude la sentencia porque si uno ve el primer ítem que analizó el despacho, los extremos de la relación laboral jamás superaron el año de temporalidad según lo dispuesto en la ley 50 de 1990 en su artículo 70 y siguientes así como tampoco e se buscó reemplazar una actividad propia del giro ordinario de la fundación san Carlos tan evidentes ellos, señor juez que posterior a la finalización el vínculo contractual con la señora demandante no se volvió a requerir o a contratar personas que ocupará dicho cargo de ahí la temporalidad y la necesidad, la que se necesitaba, la que se está demostrando en el proceso asimismo, dentro de los testigos, ninguno de los testigos logra acreditar de que esa función o actividad se hubiera prolongado después de la finalización del contrato la señora Sandra, Echavarría y ahí, señor juez que no existen elementos probatorios o señores magistrados no existe elementos probatorios que justifiquen la declaratoria de una intermediación ilegal porque no se cumplen los presupuestos, también no es así que no existe una intermediación ilegal Adecco Colombia siempre actuó como auténtico empleador de la demandante pues pago en debida forma sus prestaciones sociales, y liquidó su contrato conforme a derecho entonces, es inaudito que se pueda llegar a la conclusión de que existe una intermediación ilegal, en cuanto al tema de la indemnización sin justa causa señor juez, dentro del expediente se llaman señores magistrados dentro del*

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

No fueron objeto de discusión los siguientes hechos relevantes a la decisión que tomará el Tribunal: (i) que la demandante prestó servicios en favor de la FUNDACIÓN HOSPITAL SAN CARLOS con intermediación de la empresa ADECCO COLOMBIA S.A. desde el 10 de diciembre de 2018 hasta el 15 de noviembre de 2019; y (ii) que recibió como retribución por esos servicios, de ADECCO S.A., una suma fija de \$1.950.000 mensuales, y en diciembre y enero de 2019 y de febrero a noviembre de 2019 la suma fija aumentó a

expediente dentro del expediente, ustedes podrán encontrar correo electrónico en el cual la fundación San Carlos, le comunica a mi representada el motivo claro y expreso de la desvinculación de la demandante es decir realmente se demostró que un cumplimiento de la obra, labor que el cumplimiento de la labor no está a manos de la empresa temporal de servicios, si no está a manos de la empresa usuario, y una vez la empresa usuaria finaliza el incremento de producción o la necesidad que dio origen al contrato puede ser comunicada a la terminación del contrato a la demandante y así quedó acreditado dentro del proceso. situación que por hacer corroborada tanto con la carta de terminación del contrato, así como el correo electrónico, ha llegado dentro de las pruebas documentales que envía la fundación san Carlos a mi representada, de ahí a la improcedencia el pago de la indemnización sin justa causa, por otra parte no puede ser posible que la demandante se le se le pretenda liquidar el contrato de trabajo con un salario de Dos millones Ochocientos porque realmente hay lo que se está sumando, es el completo del devengo y así lo es manifestar despacho que lo asuma solicitada como declaratoria de factor salarial, en ningún momento que va a acreditar, y fue despachada desfavorable y ahí que existe una inconsistencia y por lo cual solicito que magistrados corrian esta eventualidad para qué quiere el eventual caso y en el caso que se llegara a confirmar este punto de la sentencia, pues se llegue a establecer de manera certera cuál es la asignación salarial de la demandante para la liquidación del contrato, esto como un factor que como una pretensión subsidiaria del recurso de apelación frente a la en el frente a la venta del caso que no se llegue a absolver frente al tema de la indemnización ahora en lo que corresponde a los aportes de la del sistema de seguridad social, pues debo manifestarle a los señores magistrados que se evalúe este punto de su integridad, porque el despacho está dando por cierto, que la demandante desde el año desde el 10 de diciembre de 2018 hasta el 15 de noviembre de 2019, tengo Dos Millones Ochocientos como factor salarial cuando esto no fue así, porque conforme al contrato de trabajo que está aportando dentro del expediente la asignación mensual de la demandante fue de 1.950.000 y ahí que no sea posible que en ninguno, en primer lugar, que la demandante hubiera tenido una institución, sus aportes a seguridad social, porque se Adecco Colombia procede hacer los aportes conforme a derecho y conforme a la realidad de lo que devenga la hoy demandante ahora y él, los honorables magistrados llegarán a concluir que existe lugar a la reliquidación de los aportes de seguridad social, pese a que está demostrado que Adecco Colombiano conforme a la ley de manera subsidiaria dentro del recurso de apelación, solicitó que se determine que se tenga claro cuáles fueron los salarios desde que momento la demandante supuestamente devengo los Dos Millones Ochocientos porque al día de hoy todavía me lo sigo preguntando porque, entre los apuradas documentales aportadas, el expediente no es posible concluir que desde el día 1 la señora demandante gana \$2.800.000, sino que realmente su devengo salarial está conforme a los desprendibles de nómina que hacen parte del expediente y que lo cual deberá evaluar el despacho así las cosas, pues solicitó a al facho de manera a los señores magistrados, de manera respetuosa, que procedan a absolver de cada una de las pretensiones a mi representada conforme a las pruebas documentales y a lo debatido dentro del proceso muchísimas gracias, señor juez.”

\$2.080.000. Además, recibió mensualmente bajo el rubro *auxilio de alimentación* la suma de \$750.000 que se incrementó a \$1.120.000; bajo el rubro *bonificación no salarial* en el mes de abril de 2019 la suma de \$50.000; y bajo el rubro *bonificación salarial* en los meses de diciembre de 2018 y enero de 2019 la suma de \$210.000 y \$300.000 respectivamente (ver páginas 10 a 28 archivo 01 y página 96 archivo 07 trámite de primera instancia del expediente digital).

En consonancia con el recurso de apelación el Tribunal debe definir (artículo 66-A del CPTSS): (i) si entre la demandante y la FUNDACIÓN HOSPITAL SAN CARLOS existió contrato de trabajo o no, (ii) si los valores recibidos bajo los rubros *auxilio de alimentación* y *bonificación* constituyen o no factor salarial; (iii) si procede la nivelación salarial con la persona que cumplió las funciones de Coordinación de salas de cirugía antes de su vinculación; (iv) si procede o no el pago de indemnización por despido sin justa causa, y (v) si hay lugar al pago de la indemnización moratoria por no pago de prestaciones, y/o de la sanción por no consignación de cesantías.

(i) RELACIÓN LABORAL. Para definir si el demandante ejecutó un contrato de trabajo con la FUNDACIÓN HOSPITAL SAN CARLOS, el Decreto 4369 de 2006 (mediante el cual se reglamentaron los artículos 71 a 94 de la Ley 50 de 1990) permite la vinculación de trabajadores con intermediación de una Empresa de Servicios Temporales. Si se cumplen las reglas dispuestas en la Ley para esta forma de vinculación, la relación de trabajo surgirá entre el trabajador con la Empresa de Servicios Temporales como empleador y no con el usuario de los servicios.

Esta forma de vinculación resulta válida para una cualquiera de las siguientes actividades: i) atender labores ocasionales, accidentales o transitorias, a las que se refiere el artículo 6° del Código Sustantivo del Trabajo; ii) reemplazar personal en vacaciones, en uso de licencia, en incapacidad por enfermedad o maternidad; o iii) atender incrementos en la producción, en el transporte, en

las ventas de productos o mercancías, o durante los períodos estacionales de cosechas, e incrementos en la prestación de servicios.

Las normas limitan además la procedencia de esta vinculación temporal a seis (6) meses, prorrogables por seis (6) meses adicionales, advirtiendo claramente, en el parágrafo del artículo 6º, que transcurrido el primer año NO se podrá prorrogar el contrato ni celebrar uno nuevo con la misma o con otra empresa de esta naturaleza aunque la causa que originó el servicio subsista en la empresa usuaria.

Si se cumplen estas reglas, la EST (Empresa de Servicios Temporales) será el real empleador del y ninguna responsabilidad tendrá la empresa usuaria frente a obligaciones que puedan haber surgido a cargo de dicho empleador.

Con estas premisas normativas y una vez revisado el expediente, el Tribunal revocará la decisión que en primera instancia declaró la existencia de un contrato de trabajo entre la demandante y la FUNDACION HOSPITAL SAN CARLOS, pues las pruebas portadas demuestran cumplidos los requisitos de esta forma especial de vinculación, específicamente y en lo que a la controversia interesa, se demostró que las funciones contratadas se enmarcan en el tercer supuesto que trae el artículo 77 de la Ley 50 de 1990 (atender incrementos en la producción o en la prestación de servicios) y que se respetaron los límites temporales dispuestos en las normas.

No procedían por ello condenas en contra la FUNDACIÓN HOSPITAL SAN CARLOS.

La forma de vinculación como trabajadora en misión permitida en el ordenamiento jurídico, se insiste, quedó clara de los documentos aportados a saber: (i) otrosíes suscritos por ADECCO COLOMBIA S.A y la FUNDACIÓN HOSPITAL SAN CARLOS (ver páginas 28 a 91 archivo 07 trámite de primera instancia del expediente digital) cuya cláusula primera estipuló como objeto suministrar el personal en misión que sea requerido por la empresa usuaria -

FUNDACIÓN HOSPITAL SAN CARLOS- por la labor temporal que se señale sin que supere el término de un año; (ii) contrato de trabajo por obra o labor con salario ordinario que suscribieron las partes, respetando el límite temporal que define la Ley, pues se ejecutó con SANDRA LORENA ECHEVERRIA MONTENEGRO durante aproximadamente 11 meses (del 10 de diciembre de 2018 al 15 de noviembre de 2019), como lo afirma la demanda en el libelo (la norma autoriza seis meses prorrogables por seis meses más).

La finalidad de la contratación (incrementos en los servicios) se obtiene de estos mismos documentos y de la declaración que rindió JENNY MARCELA PADILLA RODRÍGUEZ, quien informó que la vinculación de la “*Jefe Sandra*” se llevo a cabo por un *incremento de la producción o ventas en este caso, un tema de incremento, de operación como tal en salas de cirugía*”, y señaló que luego de su desvinculación desaparecieron de la organización los cargos de LÍDER y COORDINADOR DE SALAS DE CIRUGÍA.

Probada la vinculación de la demandante como trabajadora en misión de ADECCO COLOMBIA S.A. resultan inútiles por inconducencia los testimonios rendidos por MÓNICA CAROLINA VANEGAS RAMOS, ANA MILENA PARRADO PARDO y JENNY MARCELA PADILLA RODRÍGUEZ, quienes refirieron que la trabajadora prestó servicios al HOSPITAL, cumplía con las funciones de coordinación de salas de cirugía y que corresponden a *funciones misionales* de la entidad (audiencia del 18 de octubre de 2022 archivo 15 trámite de primera instancia del expediente digital), pues de ello no se deduce vinculación directa con la FUNDACIÓN HOSPITAL SAN CARLOS. La vinculación de trabajadores mediante EST es esencialmente distinta a otras modalidades de tercerización de la relación de trabajo para las cuales el ordenamiento jurídico establece condiciones diferentes de eficacia, como los contratistas independientes o los afiliados a Cooperativas de Trabajo Asociado.

En esta excepcional modalidad de contratación (Empresas de Servicios Temporales) los trabajadores en misión cumplen funciones *misionales* del

contratista, y la relación surge con la Empresa de Servicios Temporales, aunque la subordinación se hubiera ejercido por la empresa usuaria, como lo autoriza la ley.

Esta misma Sala ha dictado condenas en contra de las empresas usuarias cuando en el proceso se demuestra que los servicios no fueron temporales por haber sobrepasado el límite máximo de un año dispuesto en la ley, o cuando su objeto no se enmarcó en las actividades que el ordenamiento autoriza desarrollar en esta modalidad, lo que no ocurrió en este expediente.

Así las cosas, resulta válido el contrato suscrito con duración definida por la obra o labor que suscribió SANDRA LORENA ECHEVERRIA MONTENEGRO y ADECCO COLOMBIA S.A., como trabajadora en misión en la FUNDACIÓN HOSPITAL SAN CARLOS, contrato que se ejecutó desde el 10 de diciembre de 2018 hasta el 15 de noviembre de 2019.

Pasa ahora la Sala a estudiar las pretensiones del recurso propuesto por la demandante. Solicita que se dicten condenas adicionales a las dispuestas en primera instancia.

(ii) FACTOR SALARIAL – AUXILIO DE ALIMENTACIÓN Y BONIFICACIONES. Para resolver sobre esta materia, se debe advertir que todo pago que reciba el trabajador como retribución directa del servicio se presume salarial, según lo dispone el artículo 127 del CST ⁴.

Si bien el artículo 128 del CST, modificado por el artículo 15 de la Ley 50 de 1990 autorizó la exclusión de algunos pagos que recibe el trabajador de la base de liquidación de sus prestaciones sociales, dicha posibilidad solo cabe frente a una *duda razonable* que pudiera existir sobre la naturaleza salarial de

⁴ Artículo 127 del CST: “Constituye salario no sólo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte, como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas y comisiones”.

los pagos que se pretenden excluir, pues -a juicio de esta Sala- el pacto que deduzca de la base de liquidación de prestaciones sociales a pagos que tengan claramente las características que nuestro ordenamiento jurídico asigna al salario, implicaría una *renuncia* a derechos ciertos del trabajador y por ello sería ineficaz.

Así lo disponen los artículos 53 de la Constitución Política y 13 del CST, y lo adocrinó la sentencia C-710 de 1996, providencia en la cual la Corte Constitucional impartió una interpretación auténtica de la Ley que tiene efectos de cosa juzgada constitucional y es de forzosa aplicación para todos los jueces. Dijo la Corte: *“La definición de lo que es factor salarial, corresponde a la forma como se desarrolla el vínculo laboral, y no a la existencia de un texto legal o convencional que lo consagre o excluya como tal, pues todo aquello que recibe el trabajador como contraprestación directa de su servicio, sin importar su denominación, es salario. En esta materia, la realidad prima sobre las formalidades pactadas por los sujetos que intervienen en la relación laboral. Por tanto, si determinado pago no es considerado salario, a pesar de que por sus características es retribución directa del servicio prestado, la Juez laboral, una vez analizadas las circunstancias propias del caso, hará la declaración correspondiente”*. Advierte la sentencia más adelante que el artículo 128 define pagos que no constituyen salario, *“Sin que ello implique – en palabras de esa Corporación- que, en casos concretos, la Juez, una vez analizadas las circunstancias que rodean el caso puesto a su consideración, concluya que determinadas sumas de dinero que recibe el trabajador, a pesar de estar excluidas como factor salarial lo son, en razón al carácter retributivo de la labor prestada”*.

En consecuencia, para decidir controversias como la que se estudia, y en armonía con lo dispuesto en el artículo 15 del CST que permite la conciliación o transacción de derechos labores cuando tienen naturaleza incierta y discutible, el Juez laboral NO PUEDE otorgar validez al pacto de exclusión salarial que verse sobre pagos que tengan de forma *cierta e indiscutible* naturaleza salarial. Pero una *duda razonable* sobre esta situación (es decir

sobre el carácter retributivo del pago, o sobre su habitualidad, o sobre si constituye o no un ingreso efectivo en el patrimonio del trabajador) habilitará la transacción o el *pacto* mediante la cual las partes lo excluyan de la liquidación de los derechos laborales.

Atendiendo a estas reglas normativas y jurisprudenciales, y una vez revisada la evidencia aportada al expediente, el Tribunal revocará también este punto de la sentencia apelada, pues no encuentra una *duda razonable* sobre la naturaleza salarial del “AUXILIO DE ALIMENTACIÓN” que se demostró recibido por la demandante como pago por sus servicios durante la relación de trabajo.

De las pruebas aportadas se deduce sin duda alguna que tales pagos retribuían directamente los servicios de la trabajadora (carácter retributivo – primera característica del salario-)⁵, ⁶; que su pago se hacía de forma periódica (segunda característica del salario); y que la demandante destinaba las sumas que recibía como un ingreso personal a su patrimonio, por oposición a los pagos que –en palabras del artículo 128- pueda recibir el trabajador no para su beneficio personal sino para atender debidamente las funciones encomendadas por el empleador como los gastos de representación (tercera característica del salario).

Como no existía una *duda razonable* que permitiera entender que dichos pagos no tuvieran naturaleza salarial, resulta ineficaz el pacto mediante el cual

⁵ “Constituye salario no sólo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte, como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas y comisiones”.

⁶ Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral, Sentencia SL5159-2018 Rad. 68303 M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO: “(...), esta Corte ha sostenido que estos acuerdos en tanto son una excepción a la generalidad salarial que se reputa de los pagos realizados en el marco de una relación de trabajo, deben ser expresos, claros, precisos y detallados de los rubros cobijados en él, «pues no es posible el establecimiento de cláusulas globales o genéricas, como tampoco vía interpretación o lectura extensiva, incorporar pagos que no fueron objeto de pacto. Por ello, la duda de si determinado emolumento está o no incluido en este tipo de acuerdos, debe resolverse en favor de la regla general, esto es, que para todos los efectos es retributivo» (CSJ SL1798-2018)”.

las partes pretendieron excluirlos de la base de liquidación de las prestaciones sociales y de otros derechos laborales del demandante. La carga de probar las circunstancias que permitían la validez del pacto de exclusión salarial la tenía el empleador⁷, y no se cumplió.

Nótese que la cláusula segunda del otrosí de 10 de diciembre de 2018 (página 28 del trámite de primera instancia del expediente digital), señaló el pago de un “*auxilio de alimentación por valor mensual de (750.000)*” en forma permanente, valor que se pagaba directamente a la trabajadora junto con su salario, como se advierte en los desprendibles de pago allegados con la demanda y lo reconoció ADELAIDA PORTILLA representante legal de ADECCO COLOMBIA S.A. al absolver el interrogatorio (audiencia del 6 de octubre de 2022 trámite de primera instancia del expediente digital), y que su destino no era la atención de las funciones encomendadas. En realidad y *mutatis mutandi* los pagos recibidos bajo este rubro tenían la misma naturaleza del componente de los viáticos permanentes que se destinan a la manutención del trabajador, pagos a los cuales el artículo 130 del CST asigna naturaleza salarial.

No se demostró que la *Bonificación (No Salarial)*, percibida en el mes de abril de 2019 (página 31 archivo 01 del trámite de primera instancia del expediente digital) tuviera naturaleza salarial indiscutible pues se probó que no era habitual su pago, menos aún que fuera retributiva del servicio.

Con tales precisiones, y efectuados los cálculos correspondientes teniendo en cuenta los desprendibles de nómina que reposan a folios 30 a 34 del archivo 01 (expediente digital, trámite de primera instancia), y el otrosí de 10 de

⁷ Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral, Sentencia SL5159-2018 Rad. 68303 M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO: “(...), esta Corte ha sostenido que estos acuerdos en tanto son una excepción a la generalidad salarial que se reputa de los pagos realizados en el marco de una relación de trabajo, deben ser expresos, claros, precisos y detallados de los rubros cobijados en él, «pues no es posible el establecimiento de cláusulas globales o genéricas, como tampoco vía interpretación o lectura extensiva, incorporar pagos que no fueron objeto de pacto. Por ello, la duda de si determinado emolumento está o no incluido en este tipo de acuerdos, debe resolverse en favor de la regla general, esto es, que para todos los efectos es retributivo» (CSJ SL1798-2018)”.

diciembre de 2018 (página 28 del trámite de primera instancia del expediente digital), se obtienen como salarios promedios mensuales los siguientes:

Año	Salario
2018	\$ 2.910.000
2019	\$ 3.181.818

Se incluye en el mes de diciembre de 2018 la suma de \$210.000 y en el mes de enero de 2019 la suma de \$300.000 por Bonificación Salarial.

Así las cosas y según los valores probados, se efectuó la reliquidación de las PRESTACIONES SOCIALES (cesantías, intereses sobre las cesantías y primas) y VACACIONES solicitadas. No operó la prescripción al no haber transcurrido el término trienal desde la fecha en que terminó el vínculo laboral (15 de noviembre de 2019) hasta la presentación de la demanda (18 de marzo de 2021 archivo 01 pagina 69).

Así pues, se obtuvieron los siguientes valores adeudados como diferencias entre lo calculado por la Sala y los pagos que se encuentran acreditados en el expediente por parte del empleador (ver liquidación final página 96 archivo 07 trámite de primera instancia del expediente digital):

Concepto	Pagado	Reliquidado	Diferencia
Cesantías	\$ 1.871.918	\$ 2.775.252	\$ 903.334
Intereses a las cesantías	\$ 196.551	\$ 290.476	\$ 93.925
Prima de Servicios	\$ 771.069	\$ 1.184.343	\$ 413.274
Vacaciones	\$ 1.005.617	\$ 1.472.501	\$ 466.884
TOTAL DIFERENCIAS			\$ 1.877.418

En la parte resolutive de esta sentencia se dispondrá el pago de las sumas adeudadas y la reliquidación de aportes a seguridad social en pensión, con las diferencias salariales señaladas.

(iii) NIVELACIÓN O REAJUSTE SALARIAL. Los artículos 53 de la Constitución Política y 143 del CST conceden a los trabajadores el derecho a recibir como

remuneración la que corresponde a la labor desarrollada en condiciones de igualdad con otros trabajadores que cumplan igual función, en igual jornada y bajo situaciones de eficiencia similares.

La primera de tales normas es clara en definir el principio de igualdad salarial de los trabajadores, como el derecho a recibir una “*remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad del trabajo*”. Con ello, el ordenamiento jurídico estableció los parámetros que puede seguir el empleador para efectuar distinciones salariales: la calidad y la cantidad del trabajo. Sobre esta materia, la Corte Constitucional ha dicho reiteradamente desde la sentencia SU-519 de 1997, que en virtud del principio de igualdad salarial el empleador solo puede establecer diferencias en la remuneración de sus servidores basado en razones objetivas relacionadas con la cantidad y la calidad del servicio. Dice la sentencia referida: “*Pero -claro está- toda distinción entre las personas, para no afectar la igualdad, debe estar clara y ciertamente fundada en razones que justifiquen el trato distinto. Ellas no procederán de la voluntad, el capricho o el deseo del sujeto llamado a impartir las reglas o a aplicarlas, sino de elementos objetivos emanados cabalmente de las circunstancias distintas, que de suyo reclaman también trato adecuado a cada una. Así ocurre en materia salarial, pues si dos trabajadores ejecutan la misma labor, tienen la misma categoría, igual preparación, los mismos horarios e idénticas responsabilidades, deben ser remunerados en la misma forma y cuantía, sin que la predilección o animadversión del patrono hacia uno de ellos pueda interferir el ejercicio del derecho al equilibrio en el salario, garantizado por la Carta Política **en relación con la cantidad y calidad de trabajo**”.*

Bajo estas reglas normativas, cuando se reclama nivelación salarial en un proceso judicial, el demandante (quien tiene la carga de la prueba por mandato del artículo 167 del CGP) debe identificar a personas específicas frente a quienes reclama comparación y aportar al expediente pruebas de que cumplió iguales funciones con condiciones similares de eficiencia (cantidad y calidad del trabajo). Lo anterior aplica también para los trabajadores en misión en

virtud de lo contemplado en el artículo 79 de la Ley 50 de 1990, que prevé que *los trabajadores en misión tendrán derecho a un salario ordinario equivalente al de los trabajadores de la empresa usuaria que desempeñen la misma actividad.*

Bajo estas reglas y una vez revisado el expediente, la Sala confirmará en este punto la sentencia de primera instancia, pues no se demostró rendimiento similar en cantidad y calidad de trabajo de la demandante frente a otras personas específicas que hubieran prestado iguales servicios en condiciones similares de idoneidad.

Se probó que EDISON DIAZ MARENTES desempeñó el cargo de COORDINADOR SALAS DE CIRUGÍA, y el cargo que se certificó ocupado por la demandante es la de LÍDER OPERATIVO DE SALAS DE CIRUGÍA con denominación son diferentes (ver páginas 4 y 5 trámite de primera instancia expediente digital). Adicional a ello, del acta de entrega de cargo de coordinación medica de salas de cirugía suscrita por EDISON DIAZ MARENTES (archivo 01 página 58) y de la suscrita por SANDRA LORENA ECHEVERRIA (archivo 01 página 59), en los que sustenta parcialmente su pretensión no hay total identidad.

De los testimonios rendidos por MÓNICA CAROLINA VANEGAS RAMOS, ANA MILENA PARRADO PARDO y JENNY MARCELA PADILLA RODRÍGUEZ, no se obtiene la identidad pretendida en la demanda (Líder y Coordinador), pues para acceder al cargo de Coordinador se requiere el título académico de MEDICO y especialización en áreas administrativas afines a la salud, y el cargo de líder requiere ser profesional en ENFERMERÍA o INSTRUMENTACIÓN QUIRÚRGICA. De ello resulta claro a juicio de la Sala, que aunque se tratase del mismo cargo, las condiciones de eficiencia (cantidad y calidad del servicio) eran diferentes con las que ostentaba la persona de quien se reclama comparación y era *médico*.

(iv) DESPIDO SIN JUSTA CAUSA. Para decidir esta parte de la apelación, el artículo 61 de CST define las situaciones que generan de terminación del contrato de trabajo sin el pago de indemnización.

Entre ellas, el literal d) del numeral primero dispone como hecho válido de terminación del contrato pactado de *duración definida* por unas obra o labor, la culminación de dicha *obra* o labor, de lo cual resulta una estabilidad relativa del trabajador en su empleo mientras las obras o labores a las cuales se sometió la duración de la relación de trabajo no hayan concluido.

Con estas reglas y una vez revisado el expediente, el Tribunal revocará la decisión de primera instancia en cuanto ordenó el pago de indemnización por despido sin justa causa, pues se acreditó que para la fecha de la desvinculación había terminado la obra o la labor para la que fue contratada la demandante como trabajadora en misión de una E.S.T.-

En el contrato de trabajo suscrito con ADECCO COLOMBIA S.A. (ver página 19 a 22 archivo 01) se estipuló que la labor objeto del contrato era el “*Incremento de la producción o ventas*”, y se allegó al plenario el correo electrónico de fecha 18 de noviembre de 2019 remitido por YEIMMY ESTEBAN Coord. de Relaciones Laborales y SST de la FUNDACIÓN HOSPITAL SAN CARLOS, en el cual solicita la finalización por obra o labor del contrato de SANDRA LORENA ECHEVERRÍA MONTENEGRO de manera inmediata (ver página 95 archivo 07), lo que coincide con lo plasmado en la carta de terminación que expone que cesó la necesidad del servicio (ver página 29 a 22 archivo 01), y lo afirmado por la testigo JENNY MARCELA PADILLA RODRÍGUEZ, que se refirió a que la vinculación de la “*Jefe Sandra*” ocurrió mientras se necesitó el cargo por *incremento de la producción o ventas*. Además es indiciario del hecho en estudio que luego de la desvinculación de la demandante, no se vinculó a otra persona para desempeñar el empleo, como lo dijeron los testigos.

(v) SANCIÓN MORATORIA E INDEMNIZACIÓN POR CONSIGNACIÓN INCOMPLETA DE LAS CESANTÍAS. Para decidir si procede o no sanción moratoria por el pago incompleto de prestaciones sociales al trabajador, el artículo 65 del CST impone el pago de un día de salario por cada día de retardo desde la finalización del vínculo laboral. Por su parte, el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 sanciona al empleador que incumpla el plazo para efectuar la consignación de las cesantías, con el pago de un día de salario por cada retardo transcurrido desde el 15 de febrero de cada año calendario.

Sin embargo, dichas sanciones no operan de forma automática e inexorable, pues la demora u omisión del empleador puede estar revestida de buena fe y esta situación se deriva, entre otras causas, del entendimiento plausible, es decir, *con razones válidas* de no estar obligado a la consignación o al pago, según corresponda⁸.

Frente a esta circunstancia (el entendimiento plausible del empleador de no estar obligado a efectuar la liquidación de los derechos laborales incluyendo los valores sobre los cuales se hizo un pacto de exclusión salarial), resulta claramente pertinente recordar que sobre la validez de estos pactos ha existido una controversia razonable en la jurisprudencia nacional desde el año 1990, al punto que la misma Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha estimado en el pasado que tales acuerdos tienen plena validez⁹.

De ello resulta claro que el empleador actuó con buena fe, amparado en *razones* que la misma Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia validó en su momento, de no estar obligado al pago con una

⁸ Sobre la sanción moratoria ha dicho la Sala Laboral de la Corte que “(...) *no es de aplicación automática e inexorable, ya que el juez tiene el deber de estudiar las pruebas incorporadas al proceso a fin de establecer si la conducta del empleador estuvo o no justificada, al punto que el examen fáctico permitirá establecer si la omisión o pago tardío de acreencias laborales, estuvo o no asistido de la buena fe, pues de estar justificados en razones serias y atendibles, debidamente acreditadas en el proceso, que indiquen, sin lugar a dudas, que no hubo intención de defraudar al trabajador y que se obró con buena fe*”⁸.

⁹ Cfr. Sentencia SL9827 de 2015.

interpretación razonable y posible, aunque equivocada, del ordenamiento jurídico, lo que excluye la condena al pago de las sanciones reclamadas.

En lugar de la sanción moratoria y ante la pérdida de poder adquisitivo de los montos objeto de condena, por el paso del tiempo, se abre paso la indexación de las acreencias adeudadas al momento del pago¹⁰, de acuerdo con la siguiente fórmula¹¹:

$$VA = VH \times \frac{IPC \text{ Final}}{IPC \text{ Inicial}}$$

De donde:

VA = Valor actualizado

VH = Valor histórico

IPC Final = Índice de Precios al Consumidor vigente a la fecha en que se realice el pago.

IPC Inicial = Índice de Precios al Consumidor vigente a la fecha de terminación del vínculo.

Sin COSTAS en la apelación.

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

RESUELVE

- 1. REVOCAR** el numeral PRIMERO de la sentencia de primera instancia, para en su lugar declarar la existencia de un contrato de trabajo en misión entre SANDRA LORENA ECHEVERRIA MONTENEGRO y ADECCO

¹⁰ Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral – Sentencia SL3028 Rad. 40813 del 1 de febrero de 2017.

¹¹ Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral – Sentencia SL1628 Rad. 44057 del 16 de mayo de 2018.

COLOMBIA S.A., desde el 10 de diciembre de 2018 hasta el 15 de noviembre de 2019.

2. **REVOCAR** el numeral SEGUNDO de la sentencia de primera instancia.
3. **CONDENAR** a la demandada ADECCO COLOMBIA S.A. a pagar en favor de SANDRA LORENA ECHEVERRÍA MONTENEGRO: a) \$903.334 por diferencia de cesantías; b) \$93.925 por diferencia en intereses sobre las cesantías; c) \$466.884 por diferencia en primas de servicios; d) \$466.884 por diferencias en compensación en dinero de las vacaciones. Los valores anteriores se pagarán indexados con la formula definida en la parte motiva de esta sentencia.
4. **MODIFICAR** el numeral TERCERO de la sentencia de primera instancia, para señalar el valor del salario mensual que será tenido en cuenta para el pago del aporte mediante cálculo actuarial, así: en el año 2018 \$2.918.000; en el año 2019 \$3.181.818.
5. **CONFIRMAR** en lo demás la sentencia de primera instancia
6. **SIN CONDENA EN COSTAS** de segunda instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado



LORENZO TORRES RUSSY

Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE

Magistrada

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO.

**PROCESO ORDINARIO DE ROSA CELIA BRAVO BURBANO CONTRA
CLAUDIA MARCELA BUITRAGO ACEVEDO.**

Bogotá D. C., treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintitrés (2023)

Surtido el traslado a las partes para que presentaran alegatos de conclusión por escrito, como lo establece el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reúne la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, para resolver el recurso de apelación presentado por la parte demandante, contra la sentencia dictada por la Juez Veinticuatro (24) Laboral del Circuito de Bogotá el 22 de noviembre de 2022. En ella se ABSOLVIÓ a la demandada de todas las pretensiones incoadas en su contra, con las cuales se procuraba la existencia de un contrato de trabajo.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, ROSA CELIA BRAVO BURBANO presentó demanda contra CLAUDIA MARCELA BUITRAGO ACEVEDO, para que, mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, se declare la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido desde el 22 de noviembre de 2008 hasta el 17 de marzo de 2020, que terminó por despido sin justa causa. En consecuencia, pide que se condene a la demandada a pagar salarios causados entre el 16 y 17 de marzo de 2020, calzado y vestido de trabajo, prestaciones sociales, aportes a seguridad social en salud y pensiones, cesantías, intereses de cesantías, prima de servicios y vacaciones causadas en vigencia de la relación laboral, indemnizaciones por no pago de las cesantías, por despido sin justa causa y la moratoria, indexación, y las costas del proceso.

Como fundamento de lo pedido, afirma que el 22 de noviembre de 2008 celebró un contrato verbal de trabajo a término indefinido con CLAUDIA MARCELA BUITRAGO ACEVEDO, para desempeñar el cargo de auxiliar de cocina en el restaurante “La Mulera” sedes calle 72 y calle 93 de la ciudad de Bogotá D.C., propiedad de la demandada. Tenía horario laboral de 7:00 am a 5:00 pm de lunes a sábado todas las semanas, y devengaba salario de \$37.000 por día, sin auxilio de transporte, ni vacaciones. Asegura que el 17 de marzo de 2020 la convocada le manifestó verbalmente *que no había más trabajo que se comunicara después vía telefónica con el restaurante*, pero a pesar de que llamó en varias ocasiones, le dijeron que no la conocían, dejando de esta forma a la actora sin salario para su sostenimiento y el de su familia, y a fecha de la presentación de la demandada no se le han reconocido sus acreencias laborales (ver demanda y su subsanación folios 2 a 19 del archivo 003 y del expediente digital, trámite de primera instancia).

Notificada la demanda y corrido el traslado legal, fue contestada por CLAUDIA MARCELA BUITRAGO ACEVEDO mediante apoderado judicial. Se opuso a las pretensiones afirmando que no existió un contrato de trabajo. Indicó que no es propietaria de ningún establecimiento de comercio y al no existir ningún contrato, no le resultan imputables las acreencias e indemnizaciones solicitadas. Negó haber suscrito alguna certificación laboral. En su defensa propuso como excepción previa la indebida acumulación de pretensiones y como excepciones de fondo las de *buena fe, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, temeridad y mala fe, inexistencia del contrato de trabajo, prescripción y la genérica*. (ver contestación folios 2 a 10 del archivo 05 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Terminó la primera instancia con sentencia del 22 de noviembre de 2022 a través de la cual la Juez (24) Laboral del Circuito de Bogotá ABSOLVIÓ a la demandada de las pretensiones incoadas en su contra, tras considerar que la demandante no cumplió con la carga de probar la prestación de un servicio personal en favor de la demandada.

La parte resolutive de la sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: ABSOLVER a la señora CLAUDIA MARCELA BUITRAGO ACEVEDO de todas y cada una de las pretensiones que fueran incoadas en su contra por la señora ROSA CELIA BRAVO BURBANO de acuerdo a lo expuesto en la parte motiva del presente proveído. SEGUNDO: DECLARAR probadas las excepciones de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, inexistencia del contrato de trabajo propuestas por la pasiva de acuerdo a lo expuesto en la parte motiva de la presente sentencia. TERCERO: CONDENAR en costas a la demandante para lo cual se estima las agencias en derecho en la suma de cien mil pesos líquídense por secretaria en la oportunidad procesal correspondiente. CUARTO: CONSULTAR esta providencia ante la Sala de decisión laboral del Tribunal Superior del Distrito judicial de Bogotá, en caso de no ser apelada oportunamente por la parte demandante, lo anterior de conformidad con lo expuesto en el artículo 69 del código procesal del trabajo y la seguridad social.”* (Audiencia virtual, archivo No. 21 del expediente digital, trámite de primera instancia, récord 32:51)”

RECURSO DE APELACIÓN

En el recurso, el apoderado de la DEMANDANTE solicita que se revoque la sentencia de primera instancia. Afirmo que se demostraron los elementos constitutivos del contrato de trabajo, y que el código laboral no establece que quien es demandado necesariamente deba ser propietario del negocio comercial donde se presten los servicios¹ (Audiencia virtual, archivo No. 21 del expediente digital, trámite de primera instancia, récord 33:54)

¹ Muchas gracias señora juez, comedidamente le manifiesto al despacho que interpongo recurso de apelación en contra de la sentencia proferida para ante la sala laboral del honorable Tribunal Superior del Distrito judicial de Bogotá, con la finalidad que la sentencia sea revocada y en tu lugar se condene a la demandada de conformidad con las pretensiones deprecadas en esta demanda, sustento el recurso manifestando qué ha quedado demostrado dentro del proceso, los elementos constitutivos de la existencia del contrato laboral esto es la prestación personal del servicio la continuada subordinación y la retribución o remuneración del servicio, además las órdenes que impartían la demandada ya fuera en forma directa o través de su administradora Diana Hurtado, con la decisión que se ha impartido en el día de hoy de absolver demandada sea vulnerado lo establecido en el artículo 24 del código sustantivo del trabajo junto con el artículo 23 y la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia manifestada en el alegato de conclusión la 13088 de 2000 y otras tantas relacionadas con el tema que hoy se debate, obsérvese que el código laboral no establece que quien es demandado necesariamente propietario negocio comercial donde se prestan los servicios y además tampoco existe prueba valederas sobre la representación legal que se alega por parte de la

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

La controversia que debe estudiar el Tribunal, en consonancia con el recurso propuesto (artículo 66-A del CPTSS), se centra en definir si se acreditó o no la existencia de un contrato entre las partes, y si proceden las acreencias labores reclamadas.

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

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

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

demandada; teniendo en cuenta lo anterior le suplico señora juez admitir el recurso de apelación ordenar el envío del expediente al tribunal y me reservo el derecho de ampliar esta sustentación ante el honorable Tribunal Superior del Distrito judicial de Bogotá muchas gracias.

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

Con estas reglas procesales y una vez revisado el expediente, el Tribunal confirmará la decisión de primera instancia, pues no encuentra prueba de la cual se pueda concluir que la prestación del servicio personal de la demandate se hubiera realizado en favor de la demandada CLAUDIA MARCELA BUITRAGO ACEVEDO.

Por el contrario, de los testimonios rendidos por ANGELICA MARÍA MORA, y KAREN LILIANA RUIZ HUERTAS (ver audiencia del 13 de septiembre de 2022 archivo 13 trámite de primera instancia del expediente digital) y de los documentos allegados se deduce que los servicios se prestaron en el establecimiento “LA MULERA” que es propiedad de la sociedad CARMEN Y MILAGROS S.A.S. identificada con NIT. 900.392.381-7. (ver página 15 a 18 archivo 01 y página 10 a 17 archivo 003 trámite de primera instancia del expediente digital).

Nada diferente aporta la certificación laboral de fecha 3 de febrero de 2020, allegada con la demanda (ver página 14 archivo 01 trámite de primera instancia del expediente digital), pues de ella no se deduce vínculo alguno con la persona natural traída a juicio. El membrete en la parte inicial indica “*Restaurante La Mulera*” y aparece suscrita por quien funge como *administradora general Chapinero*.

Se debe precisar que, si bien en el curso del proceso se evidenció que la aquí demandada CLAUDIA MARCELA BUITRAGO ACEVEDO impartía órdenes a ROSA CELIA BRAVO BURBANO, también se probó que lo hacía como representante legal de la sociedad “CARMEN Y MILAGROS S.A.S.”, calidad que se acreditó con el certificado de existencia y representación legal de la sociedad, a quien no se convocó al proceso como parte demandada.

Así las cosas, se confirmará la sentencia que absolvió a la CLAUDIA MARXCELA BUITRAGO ACEVEDO de las pretensiones incoadas en su contra, advirtiendo que ésta decisión solo produce el efecto de *cosa juzgada* sobre la persona natural que se convocó al proceso, y no frente a la persona jurídica a quien no se vinculó.

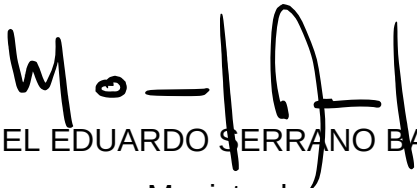
Costas en esta instancia a a cargo de la demandante.

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

RESUELVE

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

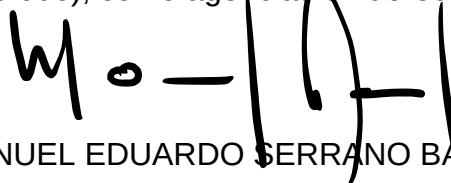
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado


LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

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


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO.

**PROCESO ORDINARIO DE MARTA INÉS LEGUIZAMO MUÑOZ CONTRA
LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES.**

Bogotá D. C., treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintitrés (2023).

Surtido el traslado a las partes para que presentaran alegatos de conclusión por escrito, como lo establece el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reúne la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, para estudiar en grado jurisdiccional de CONSULTA a favor de la demandante, la sentencia dictada por el Juez Veinticinco (25) Laboral del Circuito de Bogotá el 29 de julio de 2022. En ella se ABSOLVIÓ a COLPENSIONES de reliquidar la pensión de vejez reconocida a la demandante.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderada, MARTA INES LEGUIZAMO MUÑOZ presentó demanda contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, para que, mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, se ordene a la demandada reliquidar su pensión de vejez teniendo en cuenta que cotizó 1409,86 semanas, con una tasa de reemplazo del 90% sobre un IBL del promedio de los últimos 10 años. Además, pide que se condene a COLPENSIONES a pagar intereses moratorios sobre las diferencias causadas y la indexación.

Como fundamento de sus pretensiones afirma que mediante Resolución 048824 del 20 de octubre de 2008, COLPENSIONES le reconoció pensión de

vejez en cuantía inicial de \$419.571. El 20 de noviembre de 2017 solicitó la revisión y ajuste de su pensión, petición que le fue negada mediante Resoluciones SUB45791 del 23 de febrero de 2018, SUB74109 de 20 de marzo de 2018 y DIR6373 del 2 de abril de 2018 (ver demanda y su subsanación folios 4 a 11 y 86 a 93 del archivo No. 01 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Notificada de la demanda, la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES la contestó a través de apoderado judicial. Se opuso a las pretensiones, con fundamento en que los actos administrativos proferidos por la entidad se encuentran ajustados a derecho. En su defensa propuso las excepciones de prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación por falta de causa y título para pedir, cobro de lo no debido, *no configuración del derecho al pago del I.P.C., ni de indexación o reajuste alguno, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria*, buena fe, carencia del derecho y genérica (ver contestación folios 98 a 103, archivo 01 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Terminó la primera instancia con sentencia del 29 de julio de 2022, a través de la cual el Juez Veinticinco (25) Laboral del Circuito de Bogotá ABSOLVIÓ a COLPENSIONES de las pretensiones incoadas en su contra. La parte resolutive tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: ABSOLVER a la demandada COLPENSIONES de todas y cada una de las pretensiones de la demanda, conforme a lo considerado. SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia. TERCERO: De no ser apelada la presente decisión envíese al honorable Tribunal Superior de Bogotá - Sala laboral para que se surta el grado jurisdiccional de consulta”* (audiencia virtual, archivo 05 del expediente digital, trámite de primera instancia, récord 08:27).

Para tomar su decisión, el Juez de primera instancia concluyó que la liquidación efectuada por COLPENSIONES se ajusta a derecho pues concuerda con la información consignada en la historia laboral aportada por la

demandada, precisó que la demandante no incorporó elementos de juicio que dieran cuentas de semanas cotizadas o ingresos diferentes a los que tuvo en cuenta la entidad pensional.

Por ser esta providencia totalmente desfavorable al demandante y no haberse interpuesto recurso de apelación, se remitió al Tribunal para que se surta el grado jurisdiccional de consulta por mandato del artículo 69 del CPT y SS, que pasa la Sala a resolver previas las siguientes,

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

No fue objeto de controversia que mediante Resolución 048824 del 20 de octubre de 2008, el Instituto de Seguros Sociales reconoció pensión de vejez a la demandante a partir del 11 de enero de 2008, en cuantía inicial de \$1.548.400, con fundamento en el Decreto 758 de 1990, aplicable en virtud del régimen de transición¹, la cual se obtuvo de aplicar una tasa de reemplazo del 90% a un IBL de los últimos 10 años de \$1.720.440 (folios 12 a 13 del archivo 01 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Corresponde al Tribunal establecer si procede el pago de la mesada pensional en una suma superior a la que la entidad reconoció a la demandante.

Para resolver lo que corresponde, la Sala efectuó la liquidación de la prestación con el IBL de los últimos 10 años cotizados, como lo establece el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, por ser el método cuya aplicación se persigue por la demandante para calcular la pensión.

Se tomaron para ese efecto los pagos que certifica la historia laboral actualizada aportada por COLPENSIONES con el expediente administrativo (ver archivo 03 del expediente digital, trámite de primera instancia), dada la inexistencia de elementos de convicción dentro del expediente que conlleven

¹ Ver folios 37 a 43 del archivo No. 01 del expediente digital, trámite de primera instancia.

a la modificación o corrección de los datos consignados en dicho reporte. Se obtuvo así, como IBL de lo cotizado en los últimos 10 años, la suma de \$ \$1.627.428,28, que al aplicarle una tasa de reemplazo del 90% -respecto de la cual no se presentó controversia alguna- arrojó una mesada pensional para el año 2008 de **\$1.464.685,45**, cifra que resulta incluso levemente inferior a la que fue reconocida por COLPENSIONES (\$1.548.400).

Por ello se confirmará la decisión de primera instancia que negó la reliquidación de la mesada pensional perseguida por la demandante, advirtiendo, en virtud de los principios de legalidad² y *no reformatio in pejus*, que no es posible reducir el valor de la prestación que ya fue reconocida por la demandada.

OPERACIONES ARITMÉTICAS

Periodo	Días Cotizados	IBC	Índice Inicial	Índice final	IBL indexado
199212	3	\$ 254.730	9,7	64,82	\$ 1.702.227
199301	31	\$ 254.730	12,14	64,82	\$ 1.360.099
199302	28	\$ 254.730	12,14	64,82	\$ 1.360.099
199303	31	\$ 254.730	12,14	64,82	\$ 1.360.099
199304	30	\$ 321.540	12,14	64,82	\$ 1.716.822
199305	31	\$ 321.540	12,14	64,82	\$ 1.716.822
199306	2	\$ 321.540	12,14	64,82	\$ 1.716.822
199307	31	\$ 399.150	12,14	64,82	\$ 2.131.211
199308	31	\$ 399.150	12,14	64,82	\$ 2.131.211
199309	30	\$ 399.150	12,14	64,82	\$ 2.131.211
199310	31	\$ 234.720	12,14	64,82	\$ 1.253.258
199311	30	\$ 234.720	12,14	64,82	\$ 1.253.258
199312	31	\$ 234.720	12,14	64,82	\$ 1.253.258
199401	31	\$ 348.390	14,89	64,82	\$ 1.516.631
199402	28	\$ 246.746	14,89	64,82	\$ 1.074.149
199403	31	\$ 246.746	14,89	64,82	\$ 1.074.149
199404	29	\$ 246.746	14,89	64,82	\$ 1.074.149
199404	1	\$ 389.008	14,89	64,82	\$ 1.693.452
199405	31	\$ 274.695	14,89	64,82	\$ 1.195.818
199406	30	\$ 274.695	14,89	64,82	\$ 1.195.818
199407	31	\$ 274.695	14,89	64,82	\$ 1.195.818
199408	31	\$ 274.695	14,89	64,82	\$ 1.195.818

² No fue objeto del proceso, pues no se propuso demanda de reconvención por la demandada, una disminución del valor que reconoció COLPENSIONES en Acto Administrativo en firme que se viene ejecutando.

199409	30	\$ 274.695	14,89	64,82	\$ 1.195.818
199410	31	\$ 274.695	14,89	64,82	\$ 1.195.818
199411	30	\$ 274.695	14,89	64,82	\$ 1.195.818
199412	31	\$ 1.325.705	14,89	64,82	\$ 5.771.135
199501	0	\$ 362.628	18,25	64,82	\$ 1.287.975
199502	30	\$ 362.628	18,25	64,82	\$ 1.287.975
199503	30	\$ 362.628	18,25	64,82	\$ 1.287.975
199504	30	\$ 362.628	18,25	64,82	\$ 1.287.975
199505	30	\$ 697.405	18,25	64,82	\$ 2.477.030
199506	30	\$ 1.187.615	18,25	64,82	\$ 4.218.148
199507	30	\$ 362.628	18,25	64,82	\$ 1.287.975
199508	30	\$ 362.628	18,25	64,82	\$ 1.287.975
199509	30	\$ 362.628	18,25	64,82	\$ 1.287.975
199510	30	\$ 362.628	18,25	64,82	\$ 1.287.975
199511	30	\$ 362.628	18,25	64,82	\$ 1.287.975
199512	30	\$ 1.644.707	18,25	64,82	\$ 5.841.639
199601	30	\$ 449.384	21,8	64,82	\$ 1.336.196
199602	30	\$ 449.384	21,8	64,82	\$ 1.336.196
199603	30	\$ 449.384	21,8	64,82	\$ 1.336.196
199604	30	\$ 449.384	21,8	64,82	\$ 1.336.196
199605	30	\$ 449.384	21,8	64,82	\$ 1.336.196
199606	30	\$ 1.436.047	21,8	64,82	\$ 4.269.934
199607	30	\$ 449.384	21,8	64,82	\$ 1.336.196
199608	30	\$ 878.368	21,8	64,82	\$ 2.611.735
199609	30	\$ 449.384	21,8	64,82	\$ 1.336.196
199610	30	\$ 449.384	21,8	64,82	\$ 1.336.196
199611	30	\$ 449.384	21,8	64,82	\$ 1.336.196
199612	30	\$ 2.063.962	21,8	64,82	\$ 6.136.973
199701	30	\$ 563.395	26,52	64,82	\$ 1.377.046
199702	30	\$ 563.395	26,52	64,82	\$ 1.377.046
199703	30	\$ 563.395	26,52	64,82	\$ 1.377.046
199704	30	\$ 563.395	26,52	64,82	\$ 1.377.046
199705	30	\$ 3.256.050	26,52	64,82	\$ 7.958.415
199706	30	\$ 1.802.016	26,52	64,82	\$ 4.404.475
199707	30	\$ 563.395	26,52	64,82	\$ 1.377.046
199708	30	\$ 1.101.926	26,52	64,82	\$ 2.693.320
199709	30	\$ 563.395	26,52	64,82	\$ 1.377.046
199710	30	\$ 563.395	26,52	64,82	\$ 1.377.046
199711	30	\$ 563.395	26,52	64,82	\$ 1.377.046
199712	30	\$ 2.560.827	26,52	64,82	\$ 6.259.156
199801	30	\$ 698.398	31,21	64,82	\$ 1.450.502
199802	30	\$ 698.398	31,21	64,82	\$ 1.450.502
199803	30	\$ 698.398	31,21	64,82	\$ 1.450.502
199804	30	\$ 698.398	31,21	64,82	\$ 1.450.502
199805	30	\$ 698.398	31,21	64,82	\$ 1.450.502
199806	30	\$ 2.904.111	31,21	64,82	\$ 6.031.544
199807	30	\$ 698.398	31,21	64,82	\$ 1.450.502
199808	30	\$ 698.398	31,21	64,82	\$ 1.450.502
199809	30	\$ 698.398	31,21	64,82	\$ 1.450.502
199810	30	\$ 698.398	31,21	64,82	\$ 1.450.502
199811	30	\$ 698.398	31,21	64,82	\$ 1.450.502
199812	30	\$ 3.067.861	31,21	64,82	\$ 6.371.636

199901	30	\$ 835.916	36,42	64,82	\$ 1.487.756
199902	30	\$ 835.916	36,42	64,82	\$ 1.487.756
199903	30	\$ 835.916	36,42	64,82	\$ 1.487.756
199904	30	\$ 835.916	36,42	64,82	\$ 1.487.756
199905	30	\$ 835.916	36,42	64,82	\$ 1.487.756
199906	14	\$ 2.216.128	36,42	64,82	\$ 3.944.245
199909	30	\$ 500.000	36,42	64,82	\$ 889.896
200001	30	\$ 350.000	39,79	64,82	\$ 570.168
200002	30	\$ 350.000	39,79	64,82	\$ 570.168
200003	30	\$ 350.000	39,79	64,82	\$ 570.168
200004	30	\$ 350.000	39,79	64,82	\$ 570.168
200205	30	\$ 600.000	46,58	64,82	\$ 834.951
200206	30	\$ 600.000	46,58	64,82	\$ 834.951
200207	30	\$ 600.000	46,58	64,82	\$ 834.951
200208	30	\$ 600.000	46,58	64,82	\$ 834.951
200209	30	\$ 600.000	46,58	64,82	\$ 834.951
200210	30	\$ 600.000	46,58	64,82	\$ 834.951
200211	30	\$ 600.000	46,58	64,82	\$ 834.951
200212	30	\$ 600.000	46,58	64,82	\$ 834.951
200301	30	\$ 600.000	49,83	64,82	\$ 780.494
200302	30	\$ 600.000	49,83	64,82	\$ 780.494
200303	30	\$ 600.000	49,83	64,82	\$ 780.494
200304	30	\$ 600.000	49,83	64,82	\$ 780.494
200305	0	\$ 600.000	49,83	64,82	\$ 780.494
200306	30	\$ 600.000	49,83	64,82	\$ 780.494
200307	30	\$ 600.000	49,83	64,82	\$ 780.494
200308	30	\$ 600.000	49,83	64,82	\$ 780.494
200309	30	\$ 600.000	49,83	64,82	\$ 780.494
200310	30	\$ 600.000	49,83	64,82	\$ 780.494
200311	30	\$ 600.000	49,83	64,82	\$ 780.494
200312	30	\$ 600.000	49,83	64,82	\$ 780.494
200401	30	\$ 600.000	53,07	64,82	\$ 732.843
200402	30	\$ 600.000	53,07	64,82	\$ 732.843
200403	30	\$ 600.000	53,07	64,82	\$ 732.843
200404	30	\$ 600.000	53,07	64,82	\$ 732.843
200405	30	\$ 600.000	53,07	64,82	\$ 732.843
200406	30	\$ 600.000	53,07	64,82	\$ 732.843
200407	30	\$ 600.000	53,07	64,82	\$ 732.843
200408	30	\$ 600.000	53,07	64,82	\$ 732.843
200409	30	\$ 600.000	53,07	64,82	\$ 732.843
200410	30	\$ 600.000	53,07	64,82	\$ 732.843
200411	30	\$ 800.000	53,07	64,82	\$ 977.125
200412	30	\$ 600.000	53,07	64,82	\$ 732.843
200501	30	\$ 600.000	55,99	64,82	\$ 694.624
200502	30	\$ 600.000	55,99	64,82	\$ 694.624
200503	30	\$ 600.000	55,99	64,82	\$ 694.624
200504	30	\$ 600.000	55,99	64,82	\$ 694.624
200505	30	\$ 600.000	55,99	64,82	\$ 694.624
200506	30	\$ 600.000	55,99	64,82	\$ 694.624
200507	30	\$ 600.000	55,99	64,82	\$ 694.624
200508	30	\$ 600.000	55,99	64,82	\$ 694.624
200509	1	\$ 20.000	55,99	64,82	\$ 23.154

TOTAL DÍAS	3600,00	IBL 10 ÚLTIMOS AÑOS	IBL	\$ 1.627.428,28
			PENSIÓN	\$ 1.464.685,45

SIN COSTAS en esta instancia.

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

RESUELVE

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

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


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado


LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO.

**PROCESO ORDINARIO DE MARÍA DE LOS ÁNGELES BALLESTEROS
BALLESTEROS CONTRA EL FONDO DE PASIVO SOCIAL DE
FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA.**

Bogotá D. C., treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintitrés (2023).

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito, como lo dispone el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reúne la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, para resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia dictada por la Juez Veintiséis (26) Laboral del Circuito de Bogotá el 23 de febrero de 2023. En ella se ABSOLVIÓ a la demandada de las pretensiones incoadas en su contra, con las cuales se perseguía la indexación de una pensión plena de jubilación.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, MARÍA DE LOS ÁNGELES BALLESTEROS, actuando en nombre de su esposo LUIS ARTURO GONZÁLEZ ZAPATA (Q.E.P.D.), presentó demanda contra el FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA, para que mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, se ordene a la demandada indexar la pensión plena de jubilación, con efectividad a partir de la fecha de disfrute, esto es, desde el 29 de enero de 1997, y a pagar las diferencias causadas debidamente actualizadas a la fecha de pago.

Como fundamento de sus pretensiones, afirma que mediante Resolución 2604 de 1991 FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA reconoció a LUIS ARTURO GONZÁLEZ ZAPATA, pensión especial y proporcional de jubilación, efectiva a partir del 1 de septiembre de 1991 día siguiente al de su retiro definitivo de la entidad como trabajador oficial, la cual fue liquidada teniendo como ingreso base de liquidación el promedio de lo devengado durante los últimos 6 meses de servicio, esto es, la suma de \$156.000,14, a la que se le aplicó un 68% de tasa de reemplazo que arrojó una primera mesada de \$106.080,10. Sostiene que LUIS ARTURO GONZÁLEZ ZAPATA cumplió 50 años de edad el 28 de enero de 1997 y que por Resolución No. 696 del 16 de octubre de 1997 se reconoció pensión plena de jubilación correspondiente al 75% del salario promedio de lo devengado en los últimos 6 meses de servicio en cuantía de \$397.741,45, efectiva a partir del día siguiente al cumplimiento de la edad, la cual fue reliquidada mediante Resolución No. 0376 del 13 de marzo de 2020 tomado como base de liquidación la suma de \$186.104. Asegura que *el valor diferencial reconocido* entre la pensión especial y la pensión plena de jubilación (7%) perdió su poder adquisitivo debido al inexorable paso del tiempo, pero dicha diferencia nunca fue actualizada entre la fecha del retiro definitivo y la fecha del disfrute de la pensión plena. Refiere que solicitó a la entidad demandada el reajuste de la pensión, pero dicha solicitud le fue negada (ver demanda archivo 01 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Notificada de la demanda, el FONDO DE PASIVO SOCIAL FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA la contestó a través de apoderada judicial. Se opuso a las pretensiones con fundamento en que se trata de la misma pensión reconocida en dos momentos diferentes, la primera proporcional en un porcentaje del 68%, y la segunda con el 75% al cumplimiento del requisito de los 50 años de edad, por lo que se viene reconociendo de manera indexada año tras año y no hay lugar a su actualización monetaria. En su defensa propuso la excepción de prescripción (ver contestación archivo 05 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Terminó la primera instancia con sentencia del 23 de febrero de 2023, a través de la cual la Juez Veintiséis (26) Laboral del Circuito de Bogotá ABSOLVIÓ a la demandada de las pretensiones incoadas en su contra. Para tomar su decisión la juez consideró que los valores contenidos en la Resolución del 13 de marzo de 2020 se encontraban ajustados a derecho, pues en dicho acto administrativo se indexó tanto por pensión proporcional de jubilación como la pensión plena de jubilación, por lo que no había lugar a una nueva reliquidación.

La parte resolutive tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: ABSOLVER al FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por parte de la señora MARÍA DE LOS ÁNGELES BALLESTEROS BALLESTEROS. Conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. SEGUNDO: CONDENAR en costas de esta instancia en la parte demandante, fijándose como agencias en Derecho, la suma de \$500.000 mil pesos. TERCERO: en caso de que la sentencia no sea apelada, se remitirán en grado jurisdiccional de consulta ante la sala laboral del Tribunal Superior de Bogotá”* (audiencia virtual del 23 de febrero de 2023, récord 10:41, archivo 14 del expediente digital, trámite de primera instancia).

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior decisión el apoderado judicial de la demandante la apeló. Afirma que el Fondo Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia reconoció la pensión plena de jubilación en cuantía del 75% del salario promedio devengado en los últimos 6 meses de servicio, a partir del día siguiente a que el causante cumpliera los 50 años de edad, sin actualizar la diferencia entre una y otra pensión, con lo cual perdió su valor adquisitivo. Asegura que, de acuerdo con la postura constitucional y jurisprudencial actual, la indexación opera frente a todo tipo de pensiones, y que según criterios recientes de la Corte Suprema de Justicia, las pensiones proporcional y plena son diferentes, no sólo por sus requisitos de causación sino también por la

forma de liquidación. Considera que una cosa son los reajustes aplicados a la pensión proporcional y otra la indexación de la base salarial con la que se calcula la primera mesada de la pensión plena¹ (audiencia virtual del 23 de

¹ “Manifiesto al a la señora juez que, frente a la decisión de fondo adoptada, la cual es adversa y contraria a los intereses de mi defendida, procedo a interponer y sustentar el recurso de apelación en los siguientes términos y con soporte en las premisas de orden fáctico y legal jurisprudencial que procedo a exponer a continuación. El fondo de pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia le reconoció al pensionado causante del derecho a la pensión ordinaria o plena de jubilación en cuantía del 75% del salario promedio devengado en los últimos 6 meses de servicio y a partir del día siguiente, el cual cumplió el requisito de los 50 años de edad pero lo hizo, se insiste, sin actualizar la diferencia entre el porcentaje de la pensión especial proporcional de jubilación y el porcentaje de la pensión plena de jubilación, el cual perdió su poder adquisitivo y se mantuvo desactualizado entre la fecha del retiro definitivo del servicio de los ferrocarriles nacionales y el día en que le fue reconocido el derecho a su pensión plena de jubilación debido al inexorable e inevitable paso del tiempo, el fundamento constitucional y jurisprudencial actual, otorga pleno derecho a la actualización de la base salarial de las pensiones sin diferenciarlas por su origen y abarca todas las categorías de Pensionados, para lo cual se ha previsto el mecanismo de la indexación fenómeno inflacionario para todo tipo de pensiones, bien sea, pensiones legales, extralegales o convencionales y sin importar si se causaron antes o después de la Constitución de 1991, hoy en día es unánime el criterio de las altas cortes respecto a la aplicación de la protección y el derecho a la indemnización de la pensión en todos aquellos eventos en el que el pensionado causa su derecho al disfrute de la pensión varios años después de la fecha de su retiro, como acontece en el caso sub examine en donde la pensión plena le fue reconocida años después del retiro definitivo de ferrocarriles nacionales. En el caso de mi cliente está demostrado que con el fin de facilitar la liquidación de la empresa ferrocarriles nacionales de Colombia y para compensar económicamente a aquellos empleados oficiales que en virtud de dicha liquidación quedaron cesantes, se expidieron entre otras norma los decretos 895 de abril de 1991 y el 1651 de junio 27 de 1991 que establecieron algunos beneficios, entre ellos el derecho a unas pensiones especiales o proporcionales de jubilación y con porcentajes proporcionales directamente relacionados al tiempo servido en la empresa, pero acotando que no hubieran completado los requisitos legales para tener derecho a una pensión plena u ordinaria de jubilación en estas normas igualmente, se estableció que los trabajadores que se beneficiarán de esa pensión proporcional o especial tendrán derecho a una nueva pensión denominada pensión plena u ordinaria del 75% del salario promedio devengado en los últimos 6 meses de servicio al cumplir su beneficiario los 50 años como efectivamente aconteció y está probado en el presente proceso, en relación a mi cliente. Así las cosas, la pensión plena u ordinaria de jubilación debió ser reconocida una vez se cumplió con la edad de 50 años, pero debidamente indexada por cuanto entre el retiro del servicio y el cumplimiento de la edad mencionada, transcurrió un lazo de o periodo de tiempo en el cual el salario de liquidación perdió su poder adquisitivo y por lo tanto esa suma o valor que representa la diferencia entre el monto porcentual de la pensión proporcional inicial y el 75% como porcentaje de la pensión plena ordinaria de jubilación tiene un valor y un poder adquisitivo muy diferente e inferior para la fecha del retiro, frente al valor que se causa para la fecha en la que se completan los 50 años de edad para acceder a la pensión ordinaria o plena de jubilación asimismo, y como complemento a lo expuesto frente al tema de la indexación de la pensión plena de jubilación de los pensionados de la liquidada empresa ferrocarriles nacionales de Colombia, nuestro máximo tribunal ordinario en materia laboral en la sentencia SL 5334 con número de radicación 62891 de 27 de noviembre de 2018, magistrada ponente, Ana María Muñoz Seguro y ratificada en la sentencia CSL 5334 de 2018, SL 3063 de 2020, SL 3825 del 30 de septiembre del 2020 y, más recientemente, a través de la sentencia SL 880 del 22 de marzo de 2022 concluyó de manera contundente en relación a idénticas pretensiones, determinando que las pensiones de jubilación proporcional y plena u ordinaria son diferentes, no solo por los requisitos de su causación, sino también por la norma de la forma de liquidación cada vez que la segunda tasa de reemplazo es del 75% del promedio salarial de los últimos 6 meses, mientras que la primera

febrero de 2023, récord 11:23, archivo 14 del expediente digital, trámite de primera instancia).

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

No fue objeto de controversia en esta instancia (i) que mediante Resolución 604 del 29 de noviembre de 1991 FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA EN LIQUIDACIÓN reconoció a favor de LUIS ARTURO GONZÁLEZ ZAPATA pensión de jubilación especial a partir del retiro definitivo del servicio, en un porcentaje del 68% equivalente a \$106.080,10 (folios 36 a 38, archivo 01 del expediente digital, trámite de primera instancia); (ii) que una vez el pensionado cumplió 50 años de edad, por Resolución No. 696 de 1997,

es el porcentaje del último salario pero aplicado, de acuerdo con la tabla definida por el artículo 7° del Decreto 895 en 1991, en función del tiempo de servicio a la entidad. De otra parte, en sentencia de unificación de la Corte Constitucional, SU 1073 de 2012, vinculante para todas las autoridades judiciales y administrativas respecto a indexación de las pensiones, se consagró la universalidad del derecho a indexación de la primera mesada, la cual es predicable de todas las personas pensionadas y por supuesto de aquellas que adquirieron tal calidad con anterioridad a la expedición de la Constitución Política sin distinción alguna, no solo para garantizar que sus pensiones fueran actualizadas anualmente, una vez han sido reconocidas por la entidad competente, sino que también existiera el Derecho constitucional a la actualización del salario base para la liquidación de la primera mesada, se desprende de lo expuesto que en el caso de mi cliente están estructurados todos y cada uno de los elementos y probanzas para que se provea a la declaratoria y condena de las pretensiones deprecadas a su favor y por ende, evidenciándose claramente el derecho a la indemnización de la pensión plena de mi cliente, por lo cual se debe procederse a revocar la sentencia apelada, declarar el derecho a la indexación o actualización de la primera mesada pensional respecto de la pensión plena de jubilación y la condena al pago de las diferencias pensionales respectivas indexadas, incluidas las mesadas adicionales de junio y diciembre de cada año, la indemnización mes a mes, el pago de los reajustes ordenados anualmente para las pensiones del sector oficial y las costas del proceso a cargo de la demandada, debo insistir en que una cosa son los reajustes que le aplicaron a la pensión proporcional inicial desde el año siguiente a su disfrute, y otra cosa es las indexación de la base salarial con la cual se calculó el valor de la primera mesada pensional de la pensión plena, sustento de la defensa de la entidad demandada, teniendo en cuenta que al hacer el ejercicio de indexación del salario de liquidación y aplicar del IPC final que corresponde al de diciembre del año anterior al cumplimiento de la edad de 50 años, el IPC inicial corresponde al del diciembre del año anterior del retiro y aplicarle la tasa de reemplazo del 75%, no va a arrojar un valor superior al que le fue reconocido a mi cliente como primera mesada pensional de su pensión plena. Por lo anterior, debe aplicarse la posición de la Corte Suprema de Justicia, contenida en la reciente sentencia SL 3798 de noviembre, 1° del 2022 magistrada ponente, Dolly Amparo Casa Guango Villota en donde en un caso similar y contra el fondo del pasivo de ferrocarriles nacionales de Colombia se condenó a indexar el salario de liquidación del actor. Debo anotar que el salario de liquidación de la pensión plena de los últimos 6 meses, por expresa disposición legal de los decretos 895 y 1651 en 1991, y no del último año, se equivocó el juzgado, ya que ambas pensiones se liquidaron con el promedio de los últimos 6 meses de servicio, hasta aquí la interposición y sustentación del medio de impugnación vertical. Muchas gracias, señora juez”.

esa misma entidad modificó el anterior acto administrativo para reconocer a su favor la pensión plena de jubilación por valor de \$397.741,45 a partir del 29 de enero de 1997, para lo cual reajustó la mesada pensional que se le venía pagando al causante con la tasa de reemplazo que corresponde, el 75% del salario promedio devengado en los últimos 6 meses de servicio a la entidad (folios 40 y 41 ibidem y 32 a 35 del archivo 05); (iii) que LUIS ARTURO GONZÁLEZ ZAPATA falleció el 31 de marzo de 2011 según se constata del registro civil de defunción (folio 200, archivo 05); (iv) que mediante Resolución 1380 de 2011 la demandada sustituyó la pensión de jubilación del causante a favor de la MARÍA DE LOS ÁNGELES BALLESTEROS BALLESTEROS por valor de \$1.101.407, en su condición de cónyuge supérstite (folios 45 a 47 del archivo 01 del expediente digital, trámite de primera instancia); y (v) que mediante Resolución 0376 del 13 de marzo de 2020 el FONDO PASIVO SOCIAL FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA reliquidó la pensión proporcional de jubilación de LUIS ARTURO GONZÁLEZ ZAPATA (Q.E.P.D.) a \$124.511 a partir del 1 de septiembre de 1911, y la de jubilación a \$466.776 a partir del 29 de enero de 1997, y dispuso el pago de las diferencias causadas a partir del 13 de enero de 2017, por virtud de la prescripción (folios 55 a 57 archivo 01 del expediente digital, trámite de primera instancia).

En consonancia con el recurso de apelación (artículo 66-A del CPTSS), el Tribunal debe definir si hay lugar a indexar la base salarial para liquidar la primera mesada pensional de la pensión plena de jubilación reconocida a favor de LUIS ARTURO GONZÁLEZ ZAPATA (Q.E.P.D.).

Para definir si el causante tenía o no derecho a la indexación de la mesada de pensión que fue reconocida, se debe recordar que si bien la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia reconoce la indexación de la base sobre la cual se liquidan todas las pensiones, es decir las causadas antes y las causadas después de la constitución de 1991 (pues solo así se lleva a valor presente el último salario devengado por el trabajador a la fecha en que se va a pagar la primera mesada pensional -ver sentencia del 16 de octubre

de 2013 radicación 47709 M.P. RIGOBERTO ECHEVERRY BUENO, reiterada en la SL 4393 de 2020 y SL 2630 de 2021²), tal derecho surge por los cambios en el poder adquisitivo de la moneda que se generan por el paso del tiempo.

La indexación es entonces un mecanismo de corrección que mantiene en valor constante el ingreso base con el cual se va a liquidar la primera mesada pensional, cuando ha transcurrido tiempo entre la fecha de retiro del servicio (momento para el cual se recibía salario) y la fecha en que se paga la primera mesada pensional. Si ambos momentos coinciden, la primera mesada no habrá sufrido desactualización alguna en su valor por el paso del tiempo y nada habrá que indexar; el valor que corresponda se irá ajustando con los incrementos anuales que definen las normas.

Con las anteriores premisas normativas el Tribunal confirmará la decisión de primera instancia que negó la indexación reclamada, pues no transcurrió tiempo alguno entre el último salario devengado por el causante y la primera mesada de pensión restringida que pagó la demandada, y la pensión de jubilación que se reconoció inicialmente al causante con base en lo previsto en el artículo 7° del Decreto del Decreto 895 de 1991, modificado por el artículo 3° del Decreto 1651 de 1991³ desde la misma fecha de su retiro, es la misma

² Si bien esa alta Corporación de justicia consideraba procedente la actualización de la base salarial de liquidación de pensiones que se hubieran causado con posterioridad a la entrada en vigor de la Constitución de 1991 (Sala de Casación Laboral, sentencia del 5 de mayo de 2009. Radicado No. 32535. M.P. FRANCISCO JAVIER RICAURTE GÓMEZ), desde el 16 de octubre de 2013 en la sentencia dictada en el expediente de radicación 47709 con ponencia del magistrado RIGOBERTO ECHEVERRY BUENO, reconoció el derecho a la indexación de la base sobre la cual se liquidan todas las pensiones, es decir las causadas antes y las causadas después de la constitución de 1991.

³ **“Artículo 3°** La pensión de jubilación proporcional de que trata el artículo 7° del Decreto extraordinario 895 de 1991, quedará así:

- a) Quince (15) años de servicio, cincuenta y seis por ciento (56%) del salario promedio.
- b) Dieciséis (16) años de servicio, cincuenta y ocho por ciento (58%) del salario promedio.
- c) Diecisiete (17) años de servicio, sesenta por ciento (60%) del salario promedio.
- d) Dieciocho (18) años de servicio, sesenta y dos por ciento (62%) del salario promedio.
- e) Diecinueve (19) años de servicio, sesenta y cuatro por ciento (64%) del salario promedio.
- f) Veinte (20) años de servicio, sesenta y seis por ciento (66%) del salario promedio.
- g) Veintiún (21) años de servicio, sesenta y ocho por ciento (68%) del salario promedio.
- h) Veintidós (22) años de servicio, setenta por ciento (70%) del salario promedio.
- i) Veintitrés (23) años de servicio, setenta y dos por ciento (72%) del salario promedio.
- j) Veinticuatro (24) años de servicio, setenta y cuatro por ciento (74%) del salario promedio.

pensión que se ajustó en el *monto* porcentaje que corresponde a la pensión plena (75%) cuando cumplió los 50 años de edad sin que hubiera lugar a modificar el *ingreso base* de liquidación.

El valor de la mesadas que corresponden a la prestación que ahora recibe la demandante se han visto ajustando anualmente con los incrementos que ordena la ley.

De esto último dan cuenta los documentos visibles a folios 22 a 24, 27 y 28 del archivo 05 (trámite de primera instancia) en los que se observa que LUIS ARTURO GONZÁLEZ ZAPATA (Q.E.P.D.) se retiró del servicio el 31 de agosto de 1991 (folio 23) y que la pensión inicial restringida de jubilación le fue otorgada a partir del 1 de septiembre de ese mismo año, la cual se liquidó con los salarios de la época (1991) en \$106.080 mensuales. Este valor se fue ajustando con los incrementos anuales hasta alcanzar la suma de \$360.618,92 para la fecha en que mutó a una pensión PLENA (el 29 de enero de 1997) por lo cual se reajustó con el 75% hasta llegar a \$397.741,45 (folio 41, archivo 05 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Además, dicha prestación se reliquidó mediante Resolución 0376 del 13 marzo de 2020, como consecuencia de un reajuste de la base salarial tenida en cuenta para la liquidación de la pensión especial, lo que llevó a fijar como primera mesada la suma de \$124.511, y produjo a su vez el ajuste de la pensión plena de jubilación a la cuantía inicial de \$466.776 a partir del 29 de enero de 1997 (folio 56, archivo 01 del expediente digital, trámite de primera instancia).

k) A partir de veinticinco (25) años de servicio, setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio.

El empleado que se pensione acogéndose a este régimen tendrá derecho a la pensión de jubilación ordinaria del setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio devengado en los últimos seis (6) meses de servicio, con los reajustes anuales pertinentes al cumplir cincuenta (50) años de edad los hombres y las mujeres.

Parágrafo. *Igualmente tendrán derecho a las pensiones establecidas en el presente artículo, los empleados oficiales que hubieren prestado quince (15) años o más de servicios continuos o discontinuos en el sector oficial, diez de los cuales por lo menos en la Empresa, proyectados hasta el 17 de julio 1992, y que tengan una edad superior a cuarenta y cinco (45) años.”*

Es del caso precisar, atendiendo los argumentos de la apelación, que la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL 2054 de 2022, en un caso idéntico al que se estudia, aclaró -en virtud de la interpretación equivocada que hiciera la Sala de Descongestión de esa Corporación sobre la materia, en algunas providencias-, que la pensión especial proporcional de jubilación y la pensión plena de jubilación en efecto se consideran una sola prestación, razón por la cual no es aplicable la indexación adicional de esta última, y reiteró el criterio vertido de antaño, según la cual el artículo 7° del Decreto 895 de 1991 modificado por el artículo 3.° del Decreto 1651 de 1991, en realidad sí describe dos (2) pensiones diferentes: i) la de la parte primera del artículo (pensión especial de jubilación proporcional) y ii) la del párrafo que permite la acumulación de tiempos⁴.

⁴ “(...) No obstante que ese entendimiento sobre cuáles eran las dos prestaciones pensionales a las cuales se refería el mentado art. 7.° del Decreto 895 de 2007 era absolutamente claro, la Sala Laboral (Descongestión) en sentencia CSJ SL3825-2020 introdujo un elemento de equivocidad, pues si bien prohijó la tesis a que nos hemos venido refiriendo, e incluso citó pasajes de la sentencia CSJ SL, 07 nov. 2012, rad. 42807 y describió las diferencias entre la pensión que se obtiene con servicios prestados exclusivamente a Ferrocarriles Nacionales y aquella que permite acumular tiempos servidos a otras entidades y cuya regulación está en el párrafo del artículo en comento, al resolver el caso concreto que allí se ventilaba, traslapó los conceptos, concluyendo, erróneamente, que a quienes les fue concedida la pensión especial proporcional de jubilación (por haber trabajado exclusivamente en las condiciones allí descritas, sin importar la edad) y arribaban a los 50 años de edad, haciéndose acreedores a la pensión plena de jubilación (se itera, por haber trabajado exclusivamente con FFNN), les era aplicable la indexación respecto de esta última prestación por tratarse de pensiones distintas cuando, en verdad, en la tesis primigenia de la Corte se consideró como una sola prestación.

Es que el elemento diferenciador sustancial en la tipología de este tipo de pensiones especiales, que de tiempo atrás identificó la Corte Suprema de Justicia, no es si dichas prestaciones son proporcionales o plenas, sino, cuestión bien distinta, si permiten o no la acumulación de tiempos servidos en otras entidades, más el factor edad, entre otros requisitos, para acceder a ellas.

En ese sentido, la Sala reitera el criterio vertido en su momento en las providencias CSJ SL, 07 nov. 2012, rad. 42807; CSJ SL, 05 ag. 2009, rad. 36569; CSJ SL, 07 oct. 2008, rad. 34009 y CSJ SL, 19 sep. 2007, rad. 31238, entre otras, en el sentido de que el artículo 7.° del Decreto 895 de 1991, modificado por el artículo 3.° del Decreto 1651 de 1991, en efecto describe dos (2) pensiones diferentes: i) la de la parte primera del artículo (pensión especial de jubilación proporcional) que tiene como requisitos acreditar 15 años de servicios exclusivos a la entidad, bien para la entrada en vigencia del citado decreto, o para la fecha en que debía culminar el proceso de liquidación -17 de julio de 1992-, sin importar la edad, y que muta en pensión plena cuando se arriba a los 50 años de edad, con lo cual se aumenta la tasa de reemplazo al 75%; y una segunda, ii) la del párrafo del artículo, que exige demostrar 15 años en el sector oficial continuos o discontinuos, de los cuales 10 deben ser servidos en forma exclusiva a la

Por todo lo dicho, como se indicó, se confirmará la decisión de primera instancia

COSTAS en la apelación a cargo de la demandante.

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

RESUELVE

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

empleadora FFNN (permite la acumulación de tiempos) y 50 años de edad, a la fecha de su liquidación.

(...)

De lo dicho en precedencia, coligió que la segunda prestación mencionada no requería actualización de la base salarial porque entre la fecha de retiro y la de reconocimiento de la pensión especial proporcional no transcurrió un lapso del cual se pueda inferir que hubo una evidente pérdida del poder adquisitivo del salario que se tomó para calcular el valor de la prestación, lo cual se repitió para cuando les fue reconocida la prestación especial plena de jubilación a los causantes.

(...)

La postura adoptada por el Tribunal en la sentencia recurrida se acompasó con la tesis aquí expuesta respecto de la tipología de las pensiones a que se refiere el art. 7.º del Decreto 895 de 1991, de donde fluye que la pensión obtenida con tiempos servidos exclusivamente a la empresa Ferrocarriles Nacionales de Colombia, cumpliendo los requisitos allí referidos, es una sola prestación, que muta de proporcional a plena, cuando se llega a los 50 años de edad para alcanzar una tasa de reemplazo definitiva de 75% del IBL, calculado como lo señalan los artículos 9.º y 10.º.


LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

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


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO.

**PROCESO ORDINARIO DE ANA MARÍA REZK REZK CONTRA LA
ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES,
TRÁMITE AL QUE SE VINCULÓ A LUCY REZK DE REZK.**

Bogotá D. C., treinta (31) de marzo de dos mil veintitrés (2023).

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito, como lo dispone el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reúne la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, para estudiar en el grado jurisdiccional de CONSULTA a favor de COLPENSIONES, la sentencia dictada el 02 de diciembre de 2022 por la Juez Veintiocho (28) Laboral del Circuito de Bogotá, en la que CONDENÓ a la entidad demandada al reconocimiento y pago del 50% de la *pensión de sobrevivientes* en favor de la demandante, como hija inválida del causante.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, ANA MARÍA REZK REZK presentó demanda contra LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, para que, mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, se le reconozca y pague pensión de sobrevivientes (sustitución) causada por el deceso ELIE JOSEPH REZK HADAD, a partir de la fecha del fallecimiento, por ser hija inválida del causante, con intereses de mora e indexación.

Como fundamento de lo pedido, afirma que mediante Resolución No. 06821 del 27 de agosto de 1990, el ISS reconoció a favor del señor ELIE JOSEPH REZK HADAD (Q.E.P.D) -su padre-, quien falleció el 26 de agosto de 2017, pensión de vejez en cuantía de \$92,731. LUCY REZK DE REZK -su madre- solicitó, en calidad de cónyuge, la sustitución de dicha pensión, la cual le fue reconocida mediante Resolución SUB244076 del 30 de octubre de 2017 en cuantía de \$2.719.501. Aduce que desde muy temprana edad sufre un trastorno psicótico (*esquizofrenia paranoide, trastorno bipolar e hipotiroidismo*) fue calificado el 07 de septiembre de 2018 por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá, quien determinó una pérdida de capacidad laboral del 50.20%, estructurada desde el 3 de diciembre de 2015. Por lo anterior, asegura que nunca ha podido laborar y siempre dependió económicamente de su progenitor. Sostiene que el 14 de enero de 2019 solicitó a la convocada el reconocimiento y pago de la sustitución pensional en calidad de hija inválida del causante, pero dicha prestación le fue negada mediante Resoluciones No. SUB. 58293 del 08 de marzo y SUB109974 del 8 de mayo de 2019 (ver demanda folio 2 al 8 en el archivo 01 del expediente digital de primera instancia).

Notificada la admisión de la demanda y corrido el traslado legal, fue contestada por COLPENSIONES mediante apoderado. Se opuso a las pretensiones por cuanto mediante acto administrativo SUB244076 del 30 de octubre de 2017 reconoció la pensión de sobrevivientes en un 100% en favor de la cónyuge superviviente, precisando que este conflicto entre beneficiarios debe ser decidido judicialmente para que se asigne el porcentaje que en derecho corresponda. Sostiene que es incompatible solicitar la indexación y el pago de intereses moratorios, además, que los actos administrativos en los que determinó la falta de acreditación de la dependencia económica de la actora, los expidió bajo el

principio de buena fe. En su defensa formuló las excepciones de mérito: *inexistencia del derecho y cobro de lo no debido, pago de lo no debido, prescripción y caducidad parcial y/o total sobre mesadas pensionales y otros, buena fe y la genérica*. (Ver contestación folio 71 a 78 del archivo 01 del expediente digital de primera instancia).

Por auto del 16 de junio de 2021, el juzgado vinculó a LUCY REZK DE REZK como litisconsorte necesario (folio 89, archivo 01 del expediente digital), quien enterada de la demanda la contestó mediante apoderada judicial. No se opuso a las pretensiones, con fundamento en que su hija tiene derecho a que le sea reconocida la sustitución pensional junto con los intereses moratorios, pues desde su nacimiento dependía económicamente del causante. No propuso excepción alguna. (Ver contestación folio 1 a 5 del archivo 03 del expediente digital de primera instancia).

Terminó la primera instancia con sentencia del 02 de diciembre de 2022, a través de la cual la Juez Veintiocho (28) Laboral del Circuito de Bogotá CONDENÓ a COLPENSIONES al pago del 50% de la pensión de *pensión de sobrevivientes* a favor de la demandante. Para tomar su decisión la juez encontró acreditada la invalidez y la dependencia económica de la demandante respecto de su progenitor. Negó el pago de intereses moratorios al no darse los presupuestos facticos, ni la indexación.

La parte resolutive tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR que la señora ANA MARÍA REZX REZX es beneficiaria de la sustitución pensional en calidad de hija inválida respecto del causante el señor ELIE JOSEPH REZX a partir del 26 de agosto de 2017 de conformidad con lo establecido en el literal c) del artículo 47 de la Ley 100 de 1993 conforme se dijo la parte motiva de esta sentencia. SEGUNDO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA*

COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES a reconocer y pagar a la señora ANA MARÍA REZX que se identifica con la cédula de ciudadanía 41.789. 619 la sustitución pensional respecto del causante el señor ELIE JOSEPH REZX a partir de la ejecutoria de la presente sentencia en proporción del 50% del valor de la mesada pensional, prestación que se acrecentara ante la falta de la beneficiaria del 50% restantes de la señora LUCY REZX DE REZX sin que haya lugar al pago de retroactivo pensional alguno conforme se dijo en la parte motiva de la decisión. TERCERO: ABSOLVER a la demandada de las demás pretensiones incoadas en su contra. CUARTO: DECLARAR NO PROBADO los medios exceptivos propuestos por el extremo demandado y QUINTO: COSTAS de instancia estarán a cargo de la demandada COLPENSIONES, se señala como agencias en derecho la suma de \$2.000.000” (Audiencia virtual del 2 de diciembre de 2022, archivo 08 del expediente digital, trámite de primera instancia, récord 29:20).

Por ser esta providencia desfavorable a COLPENSIONES, se remitió al Tribunal para que se surta el grado jurisdiccional de consulta, que pasa la Sala a resolver previas las siguientes,

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

No fueron objeto de controversia los siguientes hechos relevantes para la decisión que tomará el Tribunal: (i) que mediante Resolución No. 06821 de 1990, Colpensiones reconoció pensión de vejez al causante ELIE JOSEPH REZK HADAD, quien falleció el 26 de agosto de 2017; (ii) que la demandante es hija del causante y de la codemandada LUCY REZK DE REZK, y fue calificada con una pérdida de capacidad laboral del 50,20% por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá con el diagnóstico *TRASTORNO AFECTIVO BIPOLAR NO ESPECIFICADO, HIPOTIROIDISMO*

NO ESPECIFICADO; (iii) que mediante Resolución SUB 244076 del 30 de octubre de 2017 COLPENSIONES reconoció el 100% de la pensión de sobrevivientes a favor de LUCY REZK DE REZK, cónyuge supérstite del causante (ver folios 11, 12, 25 a 29, 44 a 48 del archivo 01 del expediente digital, trámite de primera instancia).

El Tribunal debe definir si la demandante acreditó o no los requisitos para acceder a la sustitución de la pensión de vejez devengaba en vida el causante, como hija inválida.

Para resolver lo que corresponde, el artículo 47 literal c) de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, dispone como beneficiarios de la pensión por sobrevivientes del causante -entre otros- a los hijos menores de 18 años, los hijos mayores de 18 años y hasta los 25 años incapacitados para trabajar por estudios si dependían económicamente del causante, y los hijos inválidos si dependían económicamente del causante y mientras subsistan las condiciones de invalidez. Es inválida la persona calificada con una pérdida de capacidad laboral igual o superior al 50% por causa no profesional ni provocada intencionalmente, según el criterio previsto en el artículo 38 *ibídem*.

A tenor de tales normas, para acceder a la pensión por sobrevivencia de un hijo inválido, se debe probar: (i) el parentesco entre el causante y el solicitante, (ii) la condición jurídica de invalidez, y (iii) la dependencia económica del causante. Las condiciones referidas deben concurrir para la fecha del fallecimiento del afiliado o pensionado.

Sobre el requisito de dependencia económica, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha señalado que basta con probar que el aporte que

recibe el beneficiario es necesario para la subsistencia de quien reclama la pensión, lo que bien puede ocurrir aun cuando se reciban ingresos propios, o aunque no se destine la totalidad de los recursos del causante para ese efecto¹, y ello se debe entender probado con el presupuesto *habitual* del núcleo familiar del beneficiario para el momento del óbito, si se constata que los gastos del beneficiario se financiaban, en todo o en parte, con los aportes que hacía en vida el causante.

Con estas premisas normativas y una vez revisada la evidencia del expediente, la Sala confirmará la decisión que en primera instancia reconoció el derecho a ANA MARÍA REZK REZK pues se demostraron todas las condiciones que dan acceso a la pensión que reclama, para el momento en que ocurrió el deceso de su padre -26 de agosto de 2017-.

Como se dijo al inicio, no existe controversia acerca de la filiación de la actora como hija del causante (folio 11 del archivo 01 del expediente digital), ni sobre su condición de invalidez, que además se acredita con la calificación de pérdida de capacidad laboral de un 50,20% con fecha de estructuración desde el 03 de diciembre de 2015 -anterior al deceso de su progenitor- que obra en folios 44 a 48 del archivo 01 del expediente digital de primera instancia.

Sobre la dependencia económica, que fue motivo de la controversia planteada por COLPENSIONES, reposa en el expediente el *informe técnico de*

¹ Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Laboral, Sentencia SL1704-2021 Rad. 68725 del 17 de marzo de 2021, M.P. IVÁN MAURICIO LENIS GÓMEZ: “según los lineamientos trazados por la jurisprudencia la dependencia económica que exige el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, no es absoluta, es decir, que el beneficiario puede recibir otros ingresos propios o de terceros, entre ellos los alimentos, siempre y cuando estos no lo conviertan en autosuficiente económicamente (CSJ SL400-2013, CSJ SL816-2013, CSJ SL2800-2014, CSJ SL3630-2014, CSJ SL6690-2014 y CSJ SL14923-2014).”.

investigación emitido por COSINTE LTDA, al que se anexó la entrevista realizada a MARIA CLARA RESK RESK, hija del causante y hermana de la demandante. En ella informa que desde los 15 años ANA fue diagnosticada con esquizofrenia, que siempre dependió de su padre *quien era la persona que pagaba los gastos de la casa*, y que, aunque estuvo casada, *fue su padre el que se ocupó de los gastos de la casa “pues el esposo era un vago que no quería trabajar”*. Expresó que su madre trabajaba en un almacén y con lo que ganaba *no podía solventar los gastos de la casa*, que su padre destinaba \$2.500.000 para pagar *arriendo, alimentación, servicios públicos, administración y gastos personales de la demandante*. Adicionalmente, dijo que en la actualidad su progenitora recibe la pensión por la muerte de su padre y que es la persona encargada de los gastos de la hermana (ver carpeta 06 expediente administrativo, archivo “GEN-REQ-IN-2019_457043-20190220102008”.pdf)

Obran también como pruebas, las declaraciones *extrajuicio* rendidas por OLGA STELLA MARTÍNEZ DE TÉLLEZ y BEATRIZ VENEGAS DE GARCÍA, la primera, dijo ser amiga de la familia REZK desde hace más de 52 años, y la segunda vecina de estos desde hace 13 años. Fueron contestes en indicar que ANA MARÍA REZK REZK ha vivía con sus padres para la fecha de la muerte, que dependía económicamente de su progenitor ELIE JOSEPH REZK HADAD ya que padece una enfermedad mental que le impide trabajar, cumplir un horario y estar sometida a estrés (folios 57 a 60 del archivo 01 del expediente digital, trámite de primera instancia).

En igual sentido, LUCY REZK DE REZK², madre de la demandante, manifestó que la actora sufre de una enfermedad *esquizo-afectiva*, motivo por el cual dependía económicamente de su padre (causante) en la fecha de la muerte, y actualmente de ella, que debido a su condición de salud no ha podido emplearse

² Audiencia del 19 de octubre de 2022, récord 10:49.

y aunque realiza actividades artísticas no ha sacado ningún provecho económico de ello. Señaló, además, que la demandante estuvo casada, que dicho matrimonio no duró mucho precisamente por sus temas de salud (un año), y que quedó viuda hace mucho tiempo, pero no heredó ningún bien ni recibió algún beneficio monetario. Aseguró que, tras el fallecimiento del causante, ambas subsisten de la pensión de sobrevivientes que le fue reconocida, y de algunas ayudas de sus otros hijos.

Estos hechos que corroborados por el testigo SEGUNDO QUIROGA DÍAZ³, quien trabaja en el conjunto donde reside la demandante desde el año 2006 como guarda de seguridad, y sostuvo que la actora nunca ha trabajado, que padece de esquizofrenia, y que depende económicamente de sus progenitores pues, pese a que ha pintado, no ha vendido sus creaciones.

Para la Sala resultan entonces suficientes las declaraciones recibidas en el proceso y las documentales allegadas, para demostrar que la demandante dependía económicamente del causante, en tanto para la fecha del óbito no recibía ningún ingreso y sus gastos se financiaban en todo o en parte con los aportes que hacía en vida el causante. De hecho, por su condición de salud, se demostró que no ha podido ingresar al mercado laboral, y por ello sus necesidades básicas se encontraban a cargo del progenitor.

Bajo tal entendido, procedía el reconocimiento de la pensión en un 50%, tal como lo definió la juez de primera instancia.

SIN COSTAS en esta instancia.

³ Ibídem, archivo 05, récord 00:52.

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

RESUELVE

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

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



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO.

**PROCESO ORDINARIO DE ANA MARÍA REZK REZK CONTRA LA
ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES,
TRÁMITE AL QUE SE VINCULÓ A LUCY REZK DE REZK.**

Bogotá D. C., treinta (31) de marzo de dos mil veintitrés (2023).

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito, como lo dispone el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reúne la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, para estudiar en el grado jurisdiccional de CONSULTA a favor de COLPENSIONES, la sentencia dictada el 02 de diciembre de 2022 por la Juez Veintiocho (28) Laboral del Circuito de Bogotá, en la que CONDENÓ a la entidad demandada al reconocimiento y pago del 50% de la *pensión de sobrevivientes* en favor de la demandante, como hija inválida del causante.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, ANA MARÍA REZK REZK presentó demanda contra LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, para que, mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, se le reconozca y pague pensión de sobrevivientes (sustitución) causada por el deceso ELIE JOSEPH REZK HADAD, a partir de la fecha del fallecimiento, por ser hija inválida del causante, con intereses de mora e indexación.

Como fundamento de lo pedido, afirma que mediante Resolución No. 06821 del 27 de agosto de 1990, el ISS reconoció a favor del señor ELIE JOSEPH REZK HADAD (Q.E.P.D) -su padre-, quien falleció el 26 de agosto de 2017, pensión de vejez en cuantía de \$92,731. LUCY REZK DE REZK -su madre- solicitó, en calidad de cónyuge, la sustitución de dicha pensión, la cual le fue reconocida mediante Resolución SUB244076 del 30 de octubre de 2017 en cuantía de \$2.719.501. Aduce que desde muy temprana edad sufre un trastorno psicótico (*esquizofrenia paranoide, trastorno bipolar e hipotiroidismo*) fue calificado el 07 de septiembre de 2018 por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá, quien determinó una pérdida de capacidad laboral del 50.20%, estructurada desde el 3 de diciembre de 2015. Por lo anterior, asegura que nunca ha podido laborar y siempre dependió económicamente de su progenitor. Sostiene que el 14 de enero de 2019 solicitó a la convocada el reconocimiento y pago de la sustitución pensional en calidad de hija inválida del causante, pero dicha prestación le fue negada mediante Resoluciones No. SUB. 58293 del 08 de marzo y SUB109974 del 8 de mayo de 2019 (ver demanda folio 2 al 8 en el archivo 01 del expediente digital de primera instancia).

Notificada la admisión de la demanda y corrido el traslado legal, fue contestada por COLPENSIONES mediante apoderado. Se opuso a las pretensiones por cuanto mediante acto administrativo SUB244076 del 30 de octubre de 2017 reconoció la pensión de sobrevivientes en un 100% en favor de la cónyuge superviviente, precisando que este conflicto entre beneficiarios debe ser decidido judicialmente para que se asigne el porcentaje que en derecho corresponda. Sostiene que es incompatible solicitar la indexación y el pago de intereses moratorios, además, que los actos administrativos en los que determinó la falta de acreditación de la dependencia económica de la actora, los expidió bajo el

principio de buena fe. En su defensa formuló las excepciones de mérito: *inexistencia del derecho y cobro de lo no debido, pago de lo no debido, prescripción y caducidad parcial y/o total sobre mesadas pensionales y otros, buena fe y la genérica*. (Ver contestación folio 71 a 78 del archivo 01 del expediente digital de primera instancia).

Por auto del 16 de junio de 2021, el juzgado vinculó a LUCY REZK DE REZK como litisconsorte necesario (folio 89, archivo 01 del expediente digital), quien enterada de la demanda la contestó mediante apoderada judicial. No se opuso a las pretensiones, con fundamento en que su hija tiene derecho a que le sea reconocida la sustitución pensional junto con los intereses moratorios, pues desde su nacimiento dependía económicamente del causante. No propuso excepción alguna. (Ver contestación folio 1 a 5 del archivo 03 del expediente digital de primera instancia).

Terminó la primera instancia con sentencia del 02 de diciembre de 2022, a través de la cual la Juez Veintiocho (28) Laboral del Circuito de Bogotá CONDENÓ a COLPENSIONES al pago del 50% de la pensión de *pensión de sobrevivientes* a favor de la demandante. Para tomar su decisión la juez encontró acreditada la invalidez y la dependencia económica de la demandante respecto de su progenitor. Negó el pago de intereses moratorios al no darse los presupuestos facticos, ni la indexación.

La parte resolutive tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR que la señora ANA MARÍA REZX REZX es beneficiaria de la sustitución pensional en calidad de hija inválida respecto del causante el señor ELIE JOSEPH REZX a partir del 26 de agosto de 2017 de conformidad con lo establecido en el literal c) del artículo 47 de la Ley 100 de 1993 conforme se dijo la parte motiva de esta sentencia. SEGUNDO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA*

COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES a reconocer y pagar a la señora ANA MARÍA REZX que se identifica con la cédula de ciudadanía 41.789. 619 la sustitución pensional respecto del causante el señor ELIE JOSEPH REZX a partir de la ejecutoria de la presente sentencia en proporción del 50% del valor de la mesada pensional, prestación que se acrecentara ante la falta de la beneficiaria del 50% restantes de la señora LUCY REZX DE REZX sin que haya lugar al pago de retroactivo pensional alguno conforme se dijo en la parte motiva de la decisión. TERCERO: ABSOLVER a la demandada de las demás pretensiones incoadas en su contra. CUARTO: DECLARAR NO PROBADO los medios exceptivos propuestos por el extremo demandado y QUINTO: COSTAS de instancia estarán a cargo de la demandada COLPENSIONES, se señala como agencias en derecho la suma de \$2.000.000” (Audiencia virtual del 2 de diciembre de 2022, archivo 08 del expediente digital, trámite de primera instancia, récord 29:20).

Por ser esta providencia desfavorable a COLPENSIONES, se remitió al Tribunal para que se surta el grado jurisdiccional de consulta, que pasa la Sala a resolver previas las siguientes,

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

No fueron objeto de controversia los siguientes hechos relevantes para la decisión que tomará el Tribunal: (i) que mediante Resolución No. 06821 de 1990, Colpensiones reconoció pensión de vejez al causante ELIE JOSEPH REZK HADAD, quien falleció el 26 de agosto de 2017; (ii) que la demandante es hija del causante y de la codemandada LUCY REZK DE REZK, y fue calificada con una pérdida de capacidad laboral del 50,20% por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá con el diagnóstico *TRASTORNO AFECTIVO BIPOLAR NO ESPECIFICADO, HIPOTIROIDISMO*

NO ESPECIFICADO; (iii) que mediante Resolución SUB 244076 del 30 de octubre de 2017 COLPENSIONES reconoció el 100% de la pensión de sobrevivientes a favor de LUCY REZK DE REZK, cónyuge supérstite del causante (ver folios 11, 12, 25 a 29, 44 a 48 del archivo 01 del expediente digital, trámite de primera instancia).

El Tribunal debe definir si la demandante acreditó o no los requisitos para acceder a la sustitución de la pensión de vejez devengaba en vida el causante, como hija inválida.

Para resolver lo que corresponde, el artículo 47 literal c) de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, dispone como beneficiarios de la pensión por sobrevivientes del causante -entre otros- a los hijos menores de 18 años, los hijos mayores de 18 años y hasta los 25 años incapacitados para trabajar por estudios si dependían económicamente del causante, y los hijos inválidos si dependían económicamente del causante y mientras subsistan las condiciones de invalidez. Es inválida la persona calificada con una pérdida de capacidad laboral igual o superior al 50% por causa no profesional ni provocada intencionalmente, según el criterio previsto en el artículo 38 *ibídem*.

A tenor de tales normas, para acceder a la pensión por sobrevivencia de un hijo inválido, se debe probar: (i) el parentesco entre el causante y el solicitante, (ii) la condición jurídica de invalidez, y (iii) la dependencia económica del causante. Las condiciones referidas deben concurrir para la fecha del fallecimiento del afiliado o pensionado.

Sobre el requisito de dependencia económica, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha señalado que basta con probar que el aporte que

recibe el beneficiario es necesario para la subsistencia de quien reclama la pensión, lo que bien puede ocurrir aun cuando se reciban ingresos propios, o aunque no se destine la totalidad de los recursos del causante para ese efecto¹, y ello se debe entender probado con el presupuesto *habitual* del núcleo familiar del beneficiario para el momento del óbito, si se constata que los gastos del beneficiario se financiaban, en todo o en parte, con los aportes que hacía en vida el causante.

Con estas premisas normativas y una vez revisada la evidencia del expediente, la Sala confirmará la decisión que en primera instancia reconoció el derecho a ANA MARÍA REZK REZK pues se demostraron todas las condiciones que dan acceso a la pensión que reclama, para el momento en que ocurrió el deceso de su padre -26 de agosto de 2017-.

Como se dijo al inicio, no existe controversia acerca de la filiación de la actora como hija del causante (folio 11 del archivo 01 del expediente digital), ni sobre su condición de invalidez, que además se acredita con la calificación de pérdida de capacidad laboral de un 50,20% con fecha de estructuración desde el 03 de diciembre de 2015 -anterior al deceso de su progenitor- que obra en folios 44 a 48 del archivo 01 del expediente digital de primera instancia.

Sobre la dependencia económica, que fue motivo de la controversia planteada por COLPENSIONES, reposa en el expediente el *informe técnico de*

¹ Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Laboral, Sentencia SL1704-2021 Rad. 68725 del 17 de marzo de 2021, M.P. IVÁN MAURICIO LENIS GÓMEZ: “según los lineamientos trazados por la jurisprudencia la dependencia económica que exige el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, no es absoluta, es decir, que el beneficiario puede recibir otros ingresos propios o de terceros, entre ellos los alimentos, siempre y cuando estos no lo conviertan en autosuficiente económicamente (CSJ SL400-2013, CSJ SL816-2013, CSJ SL2800-2014, CSJ SL3630-2014, CSJ SL6690-2014 y CSJ SL14923-2014).”.

investigación emitido por COSINTE LTDA, al que se anexó la entrevista realizada a MARIA CLARA RESK RESK, hija del causante y hermana de la demandante. En ella informa que desde los 15 años ANA fue diagnosticada con esquizofrenia, que siempre dependió de su padre *quien era la persona que pagaba los gastos de la casa*, y que, aunque estuvo casada, *fue su padre el que se ocupó de los gastos de la casa “pues el esposo era un vago que no quería trabajar”*. Expresó que su madre trabajaba en un almacén y con lo que ganaba *no podía solventar los gastos de la casa*, que su padre destinaba \$2.500.000 para pagar *arriendo, alimentación, servicios públicos, administración y gastos personales de la demandante*. Adicionalmente, dijo que en la actualidad su progenitora recibe la pensión por la muerte de su padre y que es la persona encargada de los gastos de la hermana (ver carpeta 06 expediente administrativo, archivo “GEN-REQ-IN-2019_457043-20190220102008”.pdf)

Obran también como pruebas, las declaraciones *extrajuicio* rendidas por OLGA STELLA MARTÍNEZ DE TÉLLEZ y BEATRIZ VENEGAS DE GARCÍA, la primera, dijo ser amiga de la familia REZK desde hace más de 52 años, y la segunda vecina de estos desde hace 13 años. Fueron contestes en indicar que ANA MARÍA REZK REZK ha vivía con sus padres para la fecha de la muerte, que dependía económicamente de su progenitor ELIE JOSEPH REZK HADAD ya que padece una enfermedad mental que le impide trabajar, cumplir un horario y estar sometida a estrés (folios 57 a 60 del archivo 01 del expediente digital, trámite de primera instancia).

En igual sentido, LUCY REZK DE REZK², madre de la demandante, manifestó que la actora sufre de una enfermedad *esquizo-afectiva*, motivo por el cual dependía económicamente de su padre (causante) en la fecha de la muerte, y actualmente de ella, que debido a su condición de salud no ha podido emplearse

² Audiencia del 19 de octubre de 2022, récord 10:49.

y aunque realiza actividades artísticas no ha sacado ningún provecho económico de ello. Señaló, además, que la demandante estuvo casada, que dicho matrimonio no duró mucho precisamente por sus temas de salud (un año), y que quedó viuda hace mucho tiempo, pero no heredó ningún bien ni recibió algún beneficio monetario. Aseguró que, tras el fallecimiento del causante, ambas subsisten de la pensión de sobrevivientes que le fue reconocida, y de algunas ayudas de sus otros hijos.

Estos hechos que corroborados por el testigo SEGUNDO QUIROGA DÍAZ³, quien trabaja en el conjunto donde reside la demandante desde el año 2006 como guarda de seguridad, y sostuvo que la actora nunca ha trabajado, que padece de esquizofrenia, y que depende económicamente de sus progenitores pues, pese a que ha pintado, no ha vendido sus creaciones.

Para la Sala resultan entonces suficientes las declaraciones recibidas en el proceso y las documentales allegadas, para demostrar que la demandante dependía económicamente del causante, en tanto para la fecha del óbito no recibía ningún ingreso y sus gastos se financiaban en todo o en parte con los aportes que hacía en vida el causante. De hecho, por su condición de salud, se demostró que no ha podido ingresar al mercado laboral, y por ello sus necesidades básicas se encontraban a cargo del progenitor.

Bajo tal entendido, procedía el reconocimiento de la pensión en un 50%, tal como lo definió la juez de primera instancia.

SIN COSTAS en esta instancia.

³ Ibídem, archivo 05, récord 00:52.

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

RESUELVE

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

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



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

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

Magistrado Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

**PROCESO ORDINARIO DE JORGE AUGUSTO GUZMÁN ROMERO
CONTRA INDUHOTEL S.A.S**

Bogotá D. C., treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintitrés (2023)

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito, como lo dispone el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reúne la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, para resolver el recurso de apelación presentado por el demandante, contra la sentencia dictada el 20 de octubre de 2022 por la Juez veintiocho (28) Laboral del Circuito de Bogotá, en la que dispuso ABSOLVER a la demandada de todas las pretensiones incoadas, con las cuales perseguía la declaración de la existencia de una relación laboral.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, JORGE AUGUSTO GUZMÁN ROMERO presentó demanda contra INDUHOTEL S.A.S para que, mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, se declare la existencia de un contrato de trabajo entre el 5 de febrero y el 10 de julio de 2018 que finalizó por renuncia del trabajador. En consecuencia, pide que se condene al pago de salarios, prestaciones sociales, vacaciones, aportes al sistema de seguridad social, e indemnización moratoria. Como fundamento de lo pedido, afirma que el 5 de febrero de 2018 celebró contrato *de trabajo verbal* con la demandada para

desempeñarse como jefe del departamento de contabilidad, con salario de \$2.000.000 mensuales. La labor fue ejecutada de manera personal, atendiendo instrucciones del empleador y en el horario señalado por él de lunes a viernes de 8 am a 5 pm. Presentó carta de renuncia el 10 de junio de 2018, sin que a la fecha de presentación de la demanda se hayan realizado los pagos correspondientes a salarios, seguridad social e indemnización moratoria, prima de servicios, vacaciones e intereses de las cesantías. Presentó solicitud de conciliación ante el Ministerio del Trabajo, a la cual no compareció la demandada (Ver página 35 archivos 01 trámite de primera instancia expediente digital 5 a 7).

Notificada de la demanda a INDUHOTEL S.A.S. y corrido el traslado legal, fue contestada mediante apoderado. Señaló no constarle los hechos y se opuso a la totalidad de las pretensiones afirmando que no se existió contrato de trabajo con el señor JORGE AUGUSTO GUZMÁN ROMERO, nunca fue subordinado ni tenía un horario establecido. Contrario a ello -dijo- ocasionalmente asistía a la empresa por autorización del señor JOSÉ ÁNGEL CÁRDENAS ARENAS - revisor fiscal- quien presta servicios de manera independiente. Propuso como excepciones de fondo as de *falta de legitimidad en la causa por pasiva, inexistencia del vínculo de la relación laboral, temeridad y mala fe-fraude procesal y la genérica o innominada*". (Ver contestación y subsanación de la contestación páginas 53 a 56 y 60 a 63 trámite de primera instancia del expediente digital).

Terminó la primera instancia con sentencia del 20 de octubre de 2022, en la cual el Juez Veintiocho (28) Laboral del Circuito de Bogotá ABSOLVIÓ a la demandada de todas las pretensiones incoadas en su contra, y DECLARÓ probada la excepción de *"inexistencia del vínculo de la relación laboral"*. Para tomar la decisión precisó que si bien se encontró probada la prestación personal del servicio, pues se evidenció que el actor asistía a las instalaciones

del hotel para realizar tareas de contabilidad, no se demostró que la subordinación fuera ejercida por la demanda. Al efecto tuvo en cuenta que la única documental arrimada fue la carta de renuncia, y que JOSÉ ÁNGEL quien es el revisor fiscal de la encartada, aceptó que fue él quien contrató al convocante para que prestará servicios contables, por lo que la presunción de la existencia del contrato de trabajo de acuerdo al artículo 24 del CST.

La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: ABSOLVER de todas y cada una de las pretensiones de la demanda incoadas en su contra de la sociedad INDUHOTEL S.A.S., por parte de la demandante el señor JORGE AUGUSTO GUZMÁN ROMERO conforme se dijo en la parte motiva de esta sentencia. SEGUNDO: DECLARAR probada la excepción de mérito propuesta por el extremo demandado, que se denominó ineficiencia del vínculo de la relación laboral. TERCERO: COSTAS de esta instancia estarán a cargo del demandante, señalando como agencias en Derecho la suma de 150.000 pesos y CUARTO en caso de no ser apelada la presente decisión se deberá consultar superior en cuanto le resultó totalmente adverso a los intereses del demandante.”* (archivo 08 Min. 32:07 tramite primera instancia expediente digital).

RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado del demandante la parte, inconforme con la decisión afirma que contrario a lo señalado por la *a quo*, de las declaraciones de ANDRÉS ARÉVALO y WILSON JAHIR ROMERO se concluye que el demandante si prestaba actividades de tipo contable a INDUHOTEL SAS y que fue subordinado de la sociedad demandada. En aplicación del principio de la realidad sobre las formas aduce que si bien JOSÉ ÁNGEL fue quien contrató al actor, lo cierto es que los servicios se prestaban a favor de la llamada a juicio. Señala que se debe revisar el testimonio de MARGOTH PAEZ, pues se

encuentra vinculada laboralmente a la demandada y su declaración fue parcializada para beneficio del empleador (archivo 08 Min. 32:59 tramite primera instancia expediente digital)¹.

¹ Gracias su señoría por parte demandante, de forma muy respetuosa, procede a formular y a sustentar recurso de apelación en contra de la sentencia que pone fin a la primera instancia dada la dinámica de los juicios del trabajo, procede como lo indica anteriormente ha sustentarlo en el acto en los siguientes términos, honorables magistrados de la sala laboral del tribunal superior de Bogotá, el presente recurso de apelación tiene como alcance solicitar, honorables sala disponga revocar en su totalidad la sentencia de primera instancia, para que en su lugar disponga mediante sentencia de segunda instancia a coger las pretensiones de la demanda, primera medida para efectos de desarrollar el recurso de apelación, téngase en cuenta que, tal y como acertadamente lo determinó el fallado, la falladora de primera instancia en efecto, en este proceso judicial la parte actora logró acreditar que el demandante, Jorge Augusto Guzmán Romero, prestó sus servicios de manera personal a favor de la sociedad convocada a juicio en este proceso, durante el periodo comprendido por lo menos entre el 22 de febrero del año 2018 y el 4 de julio de esa misma anualidad tal y como lo aceptó, lo indicó el representante legal de la sociedad como fue señalado en la sentencia de primera instancia, dado lo anterior entonces a juicio de este apoderado tal y como lo señaló el despacho, se activó la presunción legal que establece el artículo 24 del código del código sustantivo del trabajo y contrario a lo manifestado en primera instancia, a juicio de este apoderado y con el respeto de las providencias judiciales, la sociedad demand, no logró decir cuál. dicha presunción en razón de lo siguiente, téngase en cuenta honorables magistrados que debe tener nexo partirse, que las relaciones laborales en Colombia, dada su informalidad, a veces impiden que de cierta prueba que puede suplirse tal y como lo indicó la falladora de primera instancia con prueba testimonial y por supuesto, la parte demandante hizo uso de tal medio probatorio y convocó a este proceso, a fin de que rindieran declaración a los señores Andrés Arévalo Una parte y al señor Jair Romero voy a referirme en primera medida a lo que señala el señor Andrés Arévalo durante el poco tiempo en que pudo estar en la compañía, refirió conocer al demandante, conocer que les realizaba a favor de la sociedad demandada actividades en el departamento de contable sí se puede denominar departamento contable más allá de la formalidad, lo cierto es que su actividad era desempeñar actividades de tipo contable en la sociedad, el testigo de manera muy conteste y refirió que saben de cosas que durante el tiempo que estuvo laborando en servicio de la convocada a juicio el señor Jorge Augusto Guzmán Romero recibió órdenes y estuvo subordinado por parte de la sociedad en cabeza de su representante legal, el señor Andrés Cierra de tal suerte entonces, honorables magistrados, que dicha prueba testimonial, además de contener el ejercicio probatorio que pretendió hacer la parte demandada para efectos de desvirtuar, la presunción legal lo que hace es ratificar el segundo de los requisitos que exige la norma que gobierna este asunto esto es el artículo 23 para efectos de abrirle paso al contrato de trabajo que en virtud del principio de primacía de la realidad sobre la formas, hace mucho la parte demandante ahora bien la parte actora también para efectos de acreditar la subordinación que me centro en la subordinación en este punto, dado que tal como se indicó en primera instancia, en efecto logramos acreditar la prestación del servicio en favor de las convocada a juicio, trae al proceso al señor Wilson Jair Romero quien rindió declaración, persona que laboró la sociedad según sus dichos en el área de licitaciones, durante el período comprendido entre febrero y mayo del año 2018 yo el tiempo similar al que laboró el demandante en donde da cuenta sabe y le consta, y así lo refirió de manera muy conteste, que en efecto, el empleo del trabajador Jorge Augusto Guzmán Romero recibía orden y si estaba totalmente subordinado respecto de la sociedad hoy demandada, insisto, a través de su representante legal del señor Andrés Cierra entorno a lo relacionado o la referidos por el testigo José Ángel Cárdenas, que se encuentra

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

La controversia que debe estudiar el Tribunal, en consonancia con el recurso propuesto (artículo 66-A del CPTSS), se centra en definir si se acreditó la existencia de un vínculo laboral entre las partes.

Para resolverla son pertinentes los artículos 22 y 23 del CST, que definen al contrato de trabajo como “*aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona natural o jurídica, bajo la*

vinculado actualmente a la convocada a juicio, el apodera judicial tiene por decir que resulta posible o era posible que en primera medida, el señor José Cárdenas fuese el que pudiese referido al demandante para que laborara al servicio de la compañía pero teniendo en cuenta ese principio del cual hizo uso o hizo alusión, honorable juez de primera instancia tal situación empezó a tomarse a tornarse que en realidad, dadas las funciones y las actividades desplegadas por el Jorge Augusto Guzmán Romero que se tuviera en efecto que desde entonces su empleador era la compañía Induhotel S.A.S., quien sin duda alguna tal y como se logró demostrar en este proceso judicial se benefició de las actividades que de lejos el señor Jorge Augusto Guzmán Romero durante el tiempo, se afirmó estuvo prestado los servicios personales en esa compañía, respecto a la testigo Margot Páez quien por demás laboral hace más de 8 años en la compañía y lo hace hasta la actualidad la parte demandante, extraer que ella sabe y le consta que el señor Augusto Romero trabajaba en la compañía, tenía una oficina, ella prefiere llevarle hasta ofrecerle, o prestar el servicios de llevarle tinto al demandante, es decir ella lo veía de manera presencial allá en las instalaciones de la compañía da unos datos exactos y en ese punto, del apoderado de apoderado de la parte actora se aparta de la credibilidad que imprima el despacho de tal testigo, insisto a juicio de este apoderado, es una testigo preparada su declaración es parcializada, honorables magistrados hay que revisarla y de con mucha atención, pues porque habla de un fiscal y pretende con su declaración beneficiar a la compañía para la cual trabaja, manifiesta un punto de por ejemplo, llama la atención del apoderado judicial, que conocía que el señor José Cárdenas se comunicaba con el representante legal para que se autorizara el pago de sumas de dinero, pero luego se le indaga con frecuencia, escuchaba eso en el periodo dice que no evade las preguntas, se evade las preguntas, no es totalmente conteste la señora Margot Páez, por eso le insiste este poder a ese testigo realmente lo que pretendió fue favorecer a la sociedad demandada por demás para el cual trabajo totalmente derecho un poco razonable, lo cierto es que si se extrae que el demandante es esa, que el demandante si se encontraba subordinado por parte de la sociedad Induhotel, quien se insiste en este recurso de apelación, sociedad que se beneficiaba de la actividades que desplegaba el demandante esos argumentos me permiten insistir en que hubo una debida valoración probatoria respeto pues de los testimonios en este proceso, en el sentido de que con los la declaración de la testigo contraídos por la parte pasiva no logra desvirtuarse la presunción que si se activó en favor de la parte demandante en esta forma sustento entonces, el recurso de apelación para ante la sala del tribunal superior de Bogotá con el alcance que se indicó al inicio de la sustentación del mismo en muchas gracias señoría.

continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración"; disponen como elementos esenciales del contrato (i) la actividad *personal* del trabajador, es decir, realizada por sí mismo, (ii) la continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador que implica la posibilidad jurídica de impartir órdenes en cualquier momento en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo e imponer reglamentos, y (iii) el salario, contraprestación directa del servicio.

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

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

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

Con estas reglas procesales y una vez revisado el expediente, el Tribunal confirmará la decisión de primera instancia, pues, como lo señaló la juez, las pruebas practicadas en el proceso desvirtúan que los servicios fueran prestados por el demandante de manera continua en favor de la sociedad traída a juicio, y que por ende fueran *subordinados* frente a ella.

Si bien no fue objeto de controversia que las labores contables se efectuaban sobre los libros de la demandada, situación puesta de presente al contestar el hecho 1 y aceptada por ANDRÉS SIERRA representante legal de demandada al absolver interrogatorio de parte, lo cierto es que las pruebas allegadas al plenario dejan claro, no solo que los servicios se desarrollaban de forma esporádica (no continua), sino además y fundamentalmente que ellos se ejecutaban en favor, bajo la dirección, y por encargo de JOSÉ ÁNGEL CÁRDENAS, quien era el encargado de las labores de revisoría fiscal de la demandada, labores que por esencia se desarrollan con plena autonomía.

Por ello no pudo existir continuada subordinación o dependencia, ni contrato de trabajo con INDUHOTEL S.A.S.

Al respecto, JOSÉ ÁNGEL CÁRDENAS² al rendir declaración manifestó que él es el Revisor Fiscal de INDUHOTEL desde el año 2016, dijo que el actor era su asistente y que lo vinculó sin ningún tipo de horario para que desarrollara actividad contable entre febrero y mediados de junio, que era él quien autorizaba su ingreso a la empresa y quien le daba las órdenes, y que fue él quien lo despidió porque -dijo- *dejó el trabajo botado* y no rindió los informes que le fueron solicitados. Afirmó que había acordado con el demandante el pago de \$1.000.000, que eran cancelados por la encargada de los pagos del hotel, previa autorización suya.

MARGOT PÁEZ³ en su declaración manifestó ser empleada de INDUHOTEL desde hace 8 años como Cheff, y es la encargada de las compras del restaurante. Dijo que conoció a JORGE GUZMÁN como asistente de JOSÉ ÁNGEL -revisor fiscal- con quien tenía reuniones. Afirmó que el demandante

² Archivo 06 min 21:29

³ Archivo 07 min 09:55

asistía algunos días y que no tenía horario en el 2018, sabe que estaba en la parte de contabilidad, pero no tiene certeza de las funciones. Dice que lo anterior le consta personalmente y que no vio que ANDRÉS SIERRA (representante legal) le impartiera órdenes.

Los anteriores testimonios coinciden con lo afirmado por ANDRÉS SIERRA⁴ representante legal de la demandada al absolver interrogatorio de parte, informó que el convocante fue llevado y retirado por el señor JOSÉ ÁNGEL CÁRDENAS para que lo asistiera en las labores que desempeñaba como revisor fiscal, las que se realizaban de manera autónoma. Preciso que el actor no tenía un horario laboral, no asistía todos los días y no tenía salario. Además, dijo que ingresaba a las instalaciones de la demandada por la autorización del revisor fiscal, y desconoce las tareas específicas que debía desarrollar. En lo relacionado con los pagos, informó que el señor JOSÉ ÁNGEL era quien autorizaba los pagos al actor y decía el monto. No conoció de la renuncia, y el recibido corresponde al de la recepcionista. Afirmó que el actor no trabajó para INDUHOTEL, que no era jefe del demandante y que la empresa no le realizó ningún pago.

No se desvirtúa la conclusión que se obtiene de los testimonios referidos, por las declaraciones de WILSON ROMERO⁵ y ANDRÉS ARÉVALO⁶ pues además de que no son contestes, estos dos testigos no dieron cuenta de manera precisa de las labores desarrolladas por el demandante, ni del cargo; además compartieron bajo el mismo empleador muy poco tiempo, tanto es así que ANDRÉS ARÉVALO ni siquiera conoce al Revisor Fiscal.

⁴ Archivo 06 min 04.26

⁵ Archivo 07 min 01:54

⁶ Archivo 06 min 33:26

Por el contrario, los testigos MARGOT PÁEZ y JOSÉ ÁNGEL CÁRDENAS fueron claros, contestes y coincidentes en afirmar que el actor debía seguir las instrucciones impartidas por el revisor fiscal y que iba a las oficinas de manera discontinua y no en jornada completa. Se resalta, que la declaración rendida por MARGOT PÁEZ no fue tachada de sospechosa en su oportunidad procesal, y a consideración de la Sala goza de plan credibilidad porque sus afirmaciones lucen espontáneas son coherentes y provienen del conocimiento directo de los hechos.

Tampoco se desvirtúa la conclusión anunciada, por la prestación del servicio en las instalaciones del hotel, pues es en las oficinas de la empresa donde reposa la información y documentación necesaria para el desarrollo de la labor de Revisoría Fiscal en la cual el demandante colaboraba por encargo y para beneficio de la Revisoría Fiscal -se insiste-. Menos aún se desvirtúa con la única prueba documental aportada al proceso (la renuncia al cargo de jefe del departamento de contabilidad con sustento en el *condicionamiento e incumplimiento* en el pago de los salarios), pues se trata de una comunicación proveniente del mismo actor

Por todo lo dicho se confirmará la sentencia apelada.

Costas en esta instancia a cargo de la demandante

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

RESUELVE

- 1. CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia
- 2. COSTAS** de segunda instancia a cargo de la demandante.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado


LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

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


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

EXP. 29 2022 00177 01

Angela María Ossa Jaramillo contra Colpensiones y otro.

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO.

**PROCESO ORDINARIO DE ÁNGELA MARÍA OSSA JARAMILLO CONTRA
LA COMPAÑÍA COLOMBIANA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE
PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. - COLFONDOS S.A. Y LA
ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintitrés (2023)

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito como lo dispone el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reúne la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, para resolver el recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES, y estudiar en grado jurisdiccional de consulta a su favor, la sentencia dictada el 3 de febrero del 2023 por la Juez Veintinueve (29) Laboral del Circuito de Bogotá, por el cual DECLARÓ la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS).

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, ÁNGELA MARÍA OSSA JARAMILLO, presentó demanda contra la COMPAÑÍA COLOMBIANA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. - COLFONDOS S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES para que, mediante los trámites de un proceso ordinario, se declare la *nulidad* de su afiliación al régimen de ahorro individual por la omisión de los deberes y obligaciones que *las etapas del proceso exigen*, por cuanto la asesoría careció de una información suficiente, clara y estricta sobre la transcendencia y

EXP. 29 2022 00177 01

Angela María Ossa Jaramillo contra Colpensiones y otro.

consecuencias futuras del cambio de régimen. En consecuencia, pide que se ordene a COLFONDOS S.A. el traslado a COLPENSIONES de todos los aportes junto con sus rendimientos y el detalle de los aportes, y a esta última, la activación de su afiliación en el régimen de prima media sin solución de continuidad y recibir los aportes provenientes del RAIS. En subsidio, pide que se condene a COLFONDOS S.A. pagar a su favor el valor del decremento o diferencia de la pensión respecto a aquella que le correspondería en el RPM, como indemnización por los perjuicios causados por la omisión en los deberes y obligaciones de las etapas del proceso de traslado de régimen (ver demanda y su subsanación archivos 01 y 05 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Notificadas de la demanda, las demandadas comparecieron a través de apoderado.

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES se opuso a la prosperidad de todas las pretensiones, con fundamento en que no se aporta prueba alguna que demuestre que la demandante hubiera incurrido en error o que existiera algún vicio del consentimiento. Por el contrario, afirma que las documentales acreditan que la afiliación se realizó de manera libre y voluntaria. Advierte que la actora no cumple con el requisito de 15 años de cotización antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 y le es aplicable la restricción contenida en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, por lo que su vinculación al RPM generaría una afectación al patrimonio público y al principio de sostenibilidad financiera. Precisa que no existe vicio del consentimiento, y de existir, derivaría en una nulidad relativa que es susceptible de saneamiento mediante ratificación como lo dispone el artículo 1741 del Código Civil. En su defensa propuso las excepciones que denominó *errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del código civil, inexistencia del derecho y de la obligación por falta de reunir los requisitos legales, prescripción y caducidad, imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal, cobro de lo no debido, buena fe, imposibilidad de condena*

EXP. 29 2022 00177 01

Angela María Ossa Jaramillo contra Colpensiones y otro.

en costas y la genérica (ver contestación folios 3 a 26 del archivo 08 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Por su parte COLFONDOS S.A. se opuso al éxito de las aspiraciones de la demanda, aduciendo para el efecto que brindó asesoría integral y completa a la demandante sobre las implicaciones de trasladarse de régimen, el funcionamiento del RAIS y su comparación con el RPM. Sostiene que la actora suscribió el formulario de vinculación de manera libre y con consentimiento expreso, como lo exige el artículo 11 del Decreto 692 de 1994. Considera que conforme a los artículos 13 y 271 de la Ley 100 de 1993, no existe alguna nulidad o vicio del consentimiento, y que no puede dejarse sin efecto un acto válido que nació a la vida jurídica y que ratifica los actos propios de la afiliada, quien lleva más de 20 años en esa AFP sin presentar inconformidad alguna. Se opuso a la pretensión subsidiaria, por no haberse acreditado perjuicio alguno. Formuló como excepciones de mérito las que denominó *inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado*, compensación y pago, *inexistencia de perjuicios* y la genérica (ver contestación folios 5 a 26 del archivo 11 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Terminó la primera instancia con sentencia del 03 de febrero de 2023, mediante la cual la Juez Veintinueve (29) Laboral del Circuito de Bogotá, DECLARÓ la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS). Para tomar su decisión, la Juez de primera instancia aplicó la jurisprudencia trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y concluyó que COLFONDOS S.A. no garantizó una afiliación libre y voluntaria, caracterizada por la entrega de una información suficiente y necesaria sobre las características, condiciones de acceso, riesgos y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, que le permitiera elegir a la

EXP. 29 2022 00177 01

Angela María Ossa Jaramillo contra Colpensiones y otro.

demandante aquella opción que mejor se ajustara a sus intereses. Por el contrario, consideró que en este caso no obra medio alguno de convicción que brinde certeza sobre el suministro de una información veraz, clara, precisa, comprensible y detallada, lo cual constituye una omisión del deber de información asignado a la AFP. Considera no hay lugar a reintegrar los valores destinados al pago de seguros previsionales en cuanto estos fueron disfrutados por la demandante durante su periodo de afiliación así no los haya utilizado.

La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen pensional que hiciere la señora ÁNGELA MARÍA OSSA JARAMILLO identificada con la cédula de ciudadanía 39.541.664 a la COMPAÑÍA COLOMBIANA ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., COLFONDOS S.A., solicitud elevada el 30 de abril de 1995, con fecha de efectividad del 01 de junio de 1995 por los motivos expuestos en esta providencia. En consecuencia, declarar que para todos los efectos legales la afiliada nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y por lo mismo siempre permaneció al régimen de prima media con prestación definida. SEGUNDO: ORDENAR a la COMPAÑÍA COLOMBIANA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., COLFONDOS S.A., a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES todos los valores que hubiese recibido con motivo de la afiliación de la señora ÁNGELA MARÍA OSSA JARAMILLO por concepto de cotizaciones, rendimientos y suma destinada para garantizar la pensión mínima para lo cual se concede el término de 30 días hábiles siguientes a la ejecución de esta providencia. TERCERO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a recibir de la compañía colombiana administradora de fondos y cesantías S.A., COLFONDOS S.A. todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora por concepto de cotizaciones, rendimientos y suma destinada a la garantía de pensión mínima que se hubiere causado y actualizar la historia laboral. CUARTO: SIN CONDENAS en costas y QUINTO:*

EXP. 29 2022 00177 01

Angela María Ossa Jaramillo contra Colpensiones y otro.

CONSULTAR la presente sentencia en caso de no ser apelada por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES en los términos del artículo 69 del código procesal del trabajo y de la seguridad social.” (Audiencia virtual, récord 43:08, archivo 16 del expediente digital, trámite de primera instancia).

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior decisión COLPENSIONES la apeló, con el fin de que se incluyan dentro de la condena los porcentajes destinados al pago de seguros provisionales y gastos de administración, pues conforme lo ha dispuesto la jurisprudencia, procede también la devolución de estos conceptos¹ (Audiencia virtual, récord 45:27, archivo 16 del expediente digital, trámite de primera instancia).

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Para resolver la controversia, el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 –modificado por el art. 2º de la Ley 797 de 2003-, dispuso para los afiliados al Sistema General de Pensiones, la posibilidad de escoger libremente uno de los dos regímenes pensionales y el derecho a trasladarse entre uno y otro régimen una vez cada cinco años contados a partir de la selección inicial. Sin embargo, por razones financieras y de estabilidad en el Sistema pensional, las normas limitaron el derecho a trasladarse de régimen cuando al afiliado le falten 10

¹ “Muchas gracias su señoría ateniendo a las instrucciones impartidas por la entidad que presento de manera muy respetuosa interpongo recurso apelación contra la sentencia proferida en el apartado correspondiente a la orden de reintegro de recursos al régimen de media para que ante el honorable tribunal superior sala laboral modifique o adicione dicha decisión en el sentido frente a la declaratoria de nulidad o en este caso ineficacia de traslado cuando, está tiene lugar conforma la jurisprudencia base de la sentencia la juez 29 laboral, esta de incluir todos los valores relacionados en la decisión, sino también lo correspondiente a los porcentajes destinados al pago de seguros previsionales y gastos de administración por ello honorables magistrados de manera respetuosa solicito adicionar la decisión proferida en primera instancia en efecto ordenar la devolución de los recursos de la cuenta de ahorro individual, las cuotas abonadas al fondo de pensión mínima, los rendimientos, la anulación de bobos pensionales si los hubiere y los porcentajes destinados al pago se seguros provisionales y al gasto de administración, muchas gracias.”.

EXP. 29 2022 00177 01

Angela María Ossa Jaramillo contra Colpensiones y otro.

años o menos para alcanzar la edad de pensión. Solo se conservó el derecho al traslado en cualquier tiempo para los afiliados que tuvieran más de quince (15) años cotizados para la fecha en que entró en vigor el Sistema de Seguridad Social en Pensiones (1º de abril de 1994).

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

Bajo estos lineamientos normativos se advierte de las pruebas aportadas que para la fecha en que se afilió al Fondo Privado de Pensiones la demandante

EXP. 29 2022 00177 01

Angela María Ossa Jaramillo contra Colpensiones y otro.

tenía 28² años de edad y había cotizado 253,86³ semanas, para la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994) tenía menos de 15 años de servicios (tenía 3 años, 9 meses, 28 días⁴), y para la fecha de presentación de la demanda se encontraba a menos de 10 años de alcanzar el requisito de edad de pensión (tenía 55 años de edad- ver archivo 02 del expediente digital).

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

Sin embargo, y al margen del criterio que tiene el magistrado ponente y que ha expresado en diferentes providencias dictadas en el pasado, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estableció un precedente al que asignó el carácter de obligatorio acatamiento para toda la jurisdicción ⁵, ⁶,

² Nació el 19 de septiembre de 1966.

³ Ver historia laboral expedida por Colpensiones actualizada al 26 de agosto de 2022, archivo 09 del expediente digital.

⁴ *Ibidem*.

⁵ Sentencia STL 3382-2020 Corte Suprema de Justicia “(...) *dada la importancia en materia de derechos pensionales, y en aras de garantizar tales prerrogativas, se hace necesario primero recoger el criterio de la Sala, en relación a los procesos en los que se pretende la nulidad del traslado de régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, donde por vía de tutela se ha negado la solicitud de amparo, dada la razonabilidad de los fallos cuestionados.*

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

⁶ Sentencia STL3187-2020: “*Debe insistir la Corte en que los funcionarios judiciales de la jurisdicción ordinaria están obligados a seguir la jurisprudencia emanada de la Corte Suprema de Justicia. Así lo imponen no solo razones de seguridad jurídica, buena fe, certeza y previsibilidad en la aplicación del derecho, sino también el derecho a la igualdad de trato, en cuya virtud los casos semejantes sometidos a consideración de los jueces deben resolverse del mismo modo a como lo definieron los máximos órganos de cierre de cada jurisdicción. Es normal que los jueces puedan disentir de los criterios judiciales de sus superiores; sin embargo, ello no los autoriza a desatender las construcciones jurisprudenciales trazadas por los órganos encargados por la Constitución de fijar, con carácter general, el sentido de los grandes dilemas jurídicos que suscita el Derecho en cada área. Si las percepciones, convicciones o divergencias de los juzgadores frente a una cuestión jurídica no pueden canalizarse a través de sólidos y persuasivos argumentos, estructurados acordes con la dimensión social de la Constitución Política de 1991, no es válido apartarse del precedente sentado por las Altas Cortes”.*

según el cual, se debe declarar la ineficacia del traslado cuando ocurran las circunstancias que definen las sentencias STL 3382-2020, STL 1452-2020 y STL 3187-2020 (entre otras).

En estas sentencias, la Corte considera que las AFP han tenido siempre la obligación de brindar toda la información pertinente del sistema al afiliado, y el cumplimiento de dicha obligación “(...) *debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión*”. En este sentido: (i) “*El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación, en este caso, en el de afiliación a otro Fondo, es insuficiente para afirmar que existió un consentimiento informado «entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riegos y consecuencias»*”. Además –dice la Corte- (ii) “*Si se arguye que, a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. Tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo*”; (iii) ello aplica para todos los afiliados al Sistema de Pensiones sin que importe que para el momento de la vinculación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad se vislumbraran o no consecuencias negativas por no tener el afiliado una expectativa pensional cercana o la pérdida del régimen de transición, pues: “*Ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información*” (Sentencia SL1688-2019 de 8 mayo de 2019, rad. 68838); y, (iv) –según la Corte- la ineficacia del traslado de régimen pensional no es subsanable “*en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo*

EXP. 29 2022 00177 01

Angela María Ossa Jaramillo contra Colpensiones y otro.

efectos”, y la acción para que se declare tal situación es imprescriptible “en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, pues, se reitera, forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social” (Ver SL 1689 de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

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

En palabras de la Sala Laboral de la Corte Suprema, el deber de brindar información “*debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión*”, lo que no se confesó en el interrogatorio de parte que rindió la demandante. Allí, según ilustró, en su lugar de trabajo le indicaron que el ISS se iba acabar, por lo que se acercó a un módulo de COLFONDOS donde sólo se le entregaron el formulario que procedió a firmar, pero nunca recibió una asesoría donde le explicaran que era o cómo funcionaba el RAIS (Audiencia virtual del 3 de febrero de 2023, récord 06:57).

Cabe advertir que en las conclusiones de la Corte Suprema de Justicia la ineficacia no es subsanable “*en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos*” (SL1688 de 2019), y por ello no es posible entender como “*saneamiento*” la permanencia en dicho régimen; y que la acción para el efecto

EXP. 29 2022 00177 01

Angela María Ossa Jaramillo contra Colpensiones y otro.

es imprescriptible *“en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, pues, se reitera, forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social”* -ha dicho la corte- (Ver SL1689 de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO), fenómeno que resulta igualmente inoperante frente a las consecuencias que deriven de la declaratoria de ineficacia, tales como la devolución de los gastos de administración y demás restituciones (Ver SL2611 de 2020, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA).

También se confirmará la decisión de primera instancia que dispuso a cargo de COLFONDOS S.A la devolución de los valores de la cuenta de ahorro individual con solidaridad de la demandante incluyendo cotizaciones, rendimientos y la *suma* destinada para garantizar la pensión mínima, pero se adicionará para ordenar a esa administradora que proceda a la devolución de los gastos de administración y montos de los seguros previsionales generados durante la afiliación (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA).

Para la Corte la declaración de ineficacia obliga a los fondos privados a devolver los gastos de administración y las comisiones con cargo a sus propias utilidades, *“pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES”* (SL 4360 del 9 de octubre de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO). Lo anterior también implica la devolución de las primas de las aseguradoras y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes (es decir, las comisiones) conforme a lo establecido en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993⁷, los cuales se deben devolver *“debidamente indexados”* (SL1688 del 8 de mayo de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

⁷ *“En el régimen de ahorro individual con solidaridad el 10% del ingreso base de cotización se destinará a las cuentas individuales de ahorro pensional. Un 0.5% del ingreso base de cotización se destinará al Fondo de Garantía de Pensión Mínima del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y el 3% restante se destinará a financiar los gastos de administración, la prima de reaseguros FOGAFÍN, y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes”.*

EXP. 29 2022 00177 01

Angela María Ossa Jaramillo contra Colpensiones y otro.

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

SIN COSTAS en esta instancia.

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

RESUELVE

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

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

EXP. 29 2022 00177 01
Angela María Ossa Jaramillo contra Colpensiones y otro.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado


LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO.

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR ALEXANDER
GEORGE MC MICHEN QUIN CONTRA CARBONES DEL CERREJÓN
LIMITED, LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES Y LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES
Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintitrés (2023)

Surtido el traslado a las partes para que presentaran alegatos de conclusión por escrito, como lo estableció el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reúne la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, para resolver el recurso de apelación presentado por el demandante, contra la sentencia dictada por la Juez Treinta y Uno (31) Laboral del Circuito de Bogotá el 15 de diciembre de 2022. En ella se ABSOLVIÓ de todas las pretensiones incoadas contra COLPENSIONES y PROTECCIÓN, encaminadas la reliquidación del bono pensional y el consecuente reajuste de la pensión de vejez otorgada.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, ALEXANDER GEORGE MC MICHEN QUIN presentó demanda ordinaria laboral contra CARBONES DEL CERREJÓN LIMITED, LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. y la NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA

Y CRÉDITO PÚBLICO – OBP, para que, previos los trámites de un proceso ordinario, ordene a CARBONES DEL CERREJÓN LIMITED que *reliquide los aportes pensionales* efectuados al ISS de 1989 a 1993, especialmente en junio de 1992 para que *correspondan el máximo legal* establecido -21 veces el SMLMV-, conforme al artículo 4 del Acuerdo 08 de 1989 aprobado mediante Decreto-Ley 2610 del mismo año, y se ordene a COLPENSIONES liquidar los intereses moratorios e informar al empleador y trabajador el porcentaje que les corresponda pagar por la diferencia de los aportes adeudados. Recibido dicho pago, proceda a informar a la NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO – OBP para que *liquide y pague el bono complementario* correspondiente, y a PROTECCIÓN para que solicite el pago del *bono* y sus *intereses*; entonces, deberá proceder la AFP a liquidar y pagar el retroactivo correspondiente al *aumento* de su mesada pensional, junto con intereses.

Como sustento de sus pretensiones afirma que laboró para CARBONES DEL CERREJÓN LIMITED desde el 1º de abril de 1981 hasta el 31 de agosto de 1995. Para el año 1992 su salario era de \$2.810.000 mensuales, pese a lo cual el empleador cotizó únicamente sobre \$665.070 y no sobre el máximo legal de la época -\$1.368.990-. Estuvo vinculado al ISS hasta el 1º de marzo de 1995, momento en que se trasladó a la AFP PROTECCIÓN S.A. El bono pensional a que había lugar fue válidamente liquidado conforme al salario de cotización a junio de 1992 por la NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO – OBP, tal como se declaró en el proceso 08001 31 05 007 2014 00274 adelantado por el accionante en contra de dicha entidad, trámite en el cual *no se solicitó la reliquidación de los aportes* efectuados por el empleador, por lo cual -considera- puede adelantar el presente proceso (ver archivos 002 y 010 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Mediante auto del 7 de julio de 2021, se rechazó la demanda contra la NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO – OBP y se admitió únicamente frente a las demás convocadas (archivo 011 ibídem).

Notificada la admisión de la demanda y corrido el traslado correspondiente, las demandadas la contestaron dentro del término legal, a través de apoderado judicial.

COLPENSIONES se opuso a la prosperidad de las pretensiones dirigidas en su contra con fundamento en que, de acuerdo con la historia laboral del demandante, para los periodos comprendidos entre 1989 y 1993 con el empleador INTERCOR se realizaron aportes en los que se tuvo como asignación básica mensual la suma de \$665.070, que se encuentra dentro de la categoría 51 establecida en el artículo 1 del Decreto 2610 de 1989, que aprobó el Acuerdo 049 de ese mismo año, emitido por el Consejo Nacional de Seguros Sociales Obligatorios, razón por la cual no existen elementos que motiven la corrección de su histórico de cotización, particularmente frente al periodo junio de 1992, no hay elementos que acrediten inconsistencias o diferencias respecto de los aportes efectuados por el empleador. En su defensa propuso como excepciones de mérito las de falta de legitimación en la causa por pasiva, prescripción, caducidad, *no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, buena fe y la innominada* (ver folios 1 a 13 del archivo 14 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Por su parte, CARBONES DEL CERREJÓN LIMITED se resistió igualmente al éxito de las pretensiones formuladas en la demanda, por cuanto, a su juicio y contrario a lo que afirma el actor, no efectuó aportes ilegales ni desconoció derecho alguno, toda vez que cotizó sobre la máxima categoría de aportes que regía para el caso de trabajadores que devengaban una suma superior al máximo asegurable -como el demandante-, conforme a los parámetros

señalados en el Decreto 2610 de 1989, es decir, se equiparaba a la cantidad mensual de \$665.070 -categoría 51-. Así mismo, indicó que cumplió con el artículo 117 de la Ley 100 de 1993 que establece que el salario de referencia para determinar el valor del bono pensional es *la base de cotización del afiliado a 30 de junio de 1992*, que para este caso es la cifra antes indicada. Asegura que pagó en forma completa y oportuna todos los aportes a seguridad social que le correspondían al actor desde su ingreso hasta su retiro de la compañía, por lo que no hay lugar a reajuste alguno. Formuló como excepciones las de pago, cobro de lo no debido, inexistencia de obligaciones y prescripción (ver contestación folios 1 a 45 del archivo 15 del expediente digital, trámite de primera instancia).

PROTECCIÓN S.A. se opuso también a las pretensiones elevadas en su contra, afirmando que no incumplió ninguno de sus deberes y se trata de un tercero de buena fe. Precisa que, de resultar procedentes el ajuste del salario realmente devengado en el año 1992, estará atenta a que COLPENSIONES lo cargue dicho en el archivo masivo a fin de que se actualice el salario base en el sistema de la oficina de bonos pensionales para reliquidar el bono pensional el cual, en la actualidad fue emitido y pagado en la cuenta pensional del demandante que se encuentra pensionado desde el 8 de noviembre de 2011. Presentó como excepciones las de buena fe, *hecho exclusivo de un tercero*, cobro de lo no debido, innominada, prescripción, pago e inexistencia de la obligación (ver contestación folios 1 a 18, archivo 17 del expediente digital).

En audiencia del 1º de diciembre de 2021 la Juez DECLARÓ la existencia de cosa juzgada frente a CARBONES DEL CERREJÓN LIMITED y *la NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO – OBP*¹ y, en

¹ Pese a que esta última entidad -la NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO – OBP no hace parte del presente trámite, pues mediante auto del 7 de julio de 2021 se dispuso rechazar la demanda en su contra – archivo 010.

consecuencia, dispuso la terminación del proceso frente a esas demandadas, advirtiéndole que la demanda continuaría frente a COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A. (Audiencia virtual del 3 de diciembre de 2021, archivo 33, Min. 25:06), decisión que fue confirmada por esta Corporación mediante proveído del 22 de febrero de 2022 (ver archivo 36 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Terminó la primera instancia con sentencia del 15 de diciembre de 2022, a través de la cual la Juez Treinta y Uno (31) Laboral del Circuito de Bogotá ABSOLVIÓ a COLPENSIONES y PROTECCIÓN de las pretensiones incoadas en su contra. Para tomar su decisión la juez estimó que no era posible pronunciarse sobre si Carbones del Cerrejón pagó deficitariamente aportes a favor del demandante dada la existencia de cosa juzgada sobre el asunto, según la cual esa sociedad cumplió con las normas vigentes sobre el límite máximo de cotizaciones para la época. En esa medida no había lugar a condenar a COLPENSIONES a efectuar reajuste alguno, ni a ordenar la reliquidación de la pensión a cargo de PROTECCIÓN, pues la entidad liquidó la mesada conforme al capital que se había depositado.

La parte resolutive tiene el siguiente tenor literal: *“ABSOLVER de la totalidad de las pretensiones incoadas por el demandante ALEXANDER GEORGE MC MICHEN QUIN a las demandadas ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES y a la ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. CONDENAR al demandante pago de costas y agencias en derecho en cuantía de medio SMLMV en favor de cada una de las demandadas”* (Audiencia virtual, archivo 43, récord 30:53).

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior decisión el demandante la apeló. Afirma que la sentencia se soporta en la *arbitrariedad, la ilegalidad, la inconstitucionalidad*

de las decisiones adoptadas por el Seguro Social en su momento al aplicar la tabla de categorías de salarios máximos asegurables que estableció el Decreto 2610 de 1989, norma que no podía aplicarse en 1992 en tanto era obligatorio *actualizarla con la inflación*, pero no se podía congelar. Indica que el ISS no tenía la facultad de reducir las pensiones² (Audiencia virtual, archivo 43, récord 31:33).

² “Si efectivamente interpongo recurso de apelación ante el Tribunal Superior de Bogotá y lo hago porque tengo la plena convicción, con el debido respeto de la señora jueza y de la señora Procuradora de que esta sentencia se soporta o avala la arbitrariedad, la ilegalidad, la inconstitucionalidad de las decisiones tomadas por el seguro social en su momento al aplicar la tabla de categorías de salarios máximos asegurables establecida en el Decreto 2610 para 1989, no para 1992, el seguro social es una entidad administrativa, no es la Corte Constitucional, no es el Congreso, no puede regular, no puede reducir las pensiones de los trabajadores, que fue lo que hizo, es tan absurda y esta es tan lamentable que la administración de justicia y la procuraduría avalen ese ese comportamiento que da la impresión de que la procuraduría no está para defender los derechos de la población, los derechos legales constitucionales, sino las arbitrariedades de las entidades, como el seguro social en ese entonces y es tan absurda esa decisión que tomó el seguro social pensiones en el 92, al aplicarlas las categorías que aprobó el Decreto 2610 para el 89 que si se aplica en el 88 que fue realmente cuando se calculó cuando la calculó el Consejo, el Consejo del Seguro Social eran equivalentes a los 21 salarios mínimos establecidos en la propia norma, ya en el 88 eso es en el 88, en el 89, ya no eran porque es que la inflación, ustedes son muy jóvenes, cierto, y no tienen por qué saber eso, la inflación en ese entonces era del orden del 25, 30 y 35%, de manera que un nivel salarial, una categoría, es de sentido común, una categoría que se establezca que se hubiera establecido en esos años en valores corrientes, era obligatorio actualizarla con la inflación o como lo establece con el salario mínimo, pero no se podía congelar, porque eso, eso reduce las pensiones de los trabajadores y esa no es facultad del seguro social, eso fue lo que hizo, es tan absurdo, tan absurdo lo que hizo el seguro social, que redujo la pensión de los trabajadores de los trabajadores que se afiliaron luego a los fondos privados. La pensión derivada del bono pensional, que tenían derecho de acuerdo con lo establecido en el artículo 117 de la Ley 100, redujo las pensiones de 21 salarios perdón proporcional a 21 salarios mínimos a 10 salarios mínimos. Tenía el seguro social esa facultad para hacerlo no viola eso el artículo 53 señora Procuradora, Señora jueza, no viola eso por Dios, si el Decreto, si la categoría de niveles salariales establecidas en el Decreto 2610 en el artículo segundo se aplicará hoy porque está vigente ese Decreto, el salario de base máximo asegurable sería equivalente al 66% del salario mínimo actual y así serían las pensiones proporcionales a esa a ese salario, que sería el máximo sobre el cual podrían los trabajadores a los de mejor, los empleadores aportar y eso en la categoría máxima en la categoría 32 sería equivalente al 16%. Al 16% del salario de base, así, perdón al salario mínimo actual es eso, es eso razonable, es eso racional, no viola eso el, el principio constitucional de progresividad laboral y prohibición de regresión. No viola eso el hecho de que las pensiones efectivamente no se pueden, no se pueden reducir, viola eso también en primer lugar, el propio Decreto 2610 del 89, lo que hizo Colpensiones viola ese decreto porque ese decreto en el artículo cuarto estableció, y lo dice la propia la señora jueza, lo dice acá en sus

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

En consonancia con el recurso de apelación, corresponde al Tribunal establecer si procede la reliquidación de los aportes a pensión efectuados por

consideraciones, pero después no lo aplicó al proferir la sentencia, dice que el salario de base máxima asegurable no podía ser inferior a 21 veces el salario mínimo de cada año y del año 82 no era precisamente las 21 veces no eran 6605 070 pesos, esos eran los 21 salarios mínimos del año 88 que fue cuando el Consejo del Seguro Social hizo el cálculo, cuando ya el Gobierno nacional expidió el Decreto 2610 ya no eran 21 salarios mínimos, claro, porque ya teníamos otro salario mínimo, teniendo en cuenta que no sea no sea justo por capricho, no porque la inflación en ese entonces, en esos años era del 25- 30 - 35%. Entonces, eso ahora, desafortunadamente, si hay que reconocer que desafortunadamente a la Corte Suprema de Justicia eso no lo ha visto la Corte Suprema no es no, eso no tiene por qué sorprender, la Corte Suprema de Justicia estuvo enfrentada con la Corte Constitucional porque por la indexación de la primera mesada pensional, cuando es de elemental justicia económica y social, con mayor razón en un Estado social de Derecho como es Colombia después de la Constitución del 91 la Corte Suprema por esa misma promesa de misma, disculpen miopía económica y social, dejó sin pensión durante 26 años a personas humildes que cumplieron que completaron los 1000 semanas cotizadas sumando, el tiempo que trabajaron al servicio de entidades oficiales, con el tiempo que trabajaron al servicio de entidades privadas de empresas privadas, la Corte no aceptaba que fueran 1000, aun cuando la norma y la norma no establecía cosas diferentes y la Corte Constitucional fue clara en el sentido de que las 1000 semanas aplicaban para casos en los cuales el trabajador había con las completaba con trabajos en el sector público o en el sector privado, la Corte mantuvo esa posición y dejó sin pensión a humildes familias desde el 94 hasta el 2020 y gracias a eso por culpa de la irresponsabilidad de la Independencia judicial no hubo nada, no pasó nada más que un titular de prensa, eso fue lo único, de manera que no es razón, no es razón, desafortunadamente, y algún día tendremos que lograr justicia pero esta sentencia no es precisamente eso no es porque no se vaya a fallar en equidad, no es porque es violatoria de como lo dije del Decreto. El Decreto Ley 433 del 71, violatoria en la medida en que avala esa ilegalidad de injusticia, inconstitucionalidad y decisión absurda del seguro social pensiones al congelar, al aplicar sin la actualización, los niveles salariales establecidos en los artículos primero, segundo y tercero del Decreto, 26 días, viola, repito el decreto 403 del 71 que estableció que la categoría máxima asegurable no podía ser inferior a 22 salarios mínimos en ese entonces, el Decreto 2610 del 89 que estableció que la categoría máxima asegurable no podía ser interior a 21 salarios mínimos y 665070 pesos, no son 21 salarios mínimos del año 92 y adicionalmente desconoce la sentencia, el Decreto 3366 del año 2005. Con mis disculpas por la, de pronto, por la efervescencia que le he puesto a estas palabras, pero esa es la realidad, desde lamentemos de que se haga, de que no se atienda a la constitución, de que se violen los derechos de las personas, de los trabajadores y eso que el trabajo, el trabajo tiene por orden, por mandato constitucional, debe ser protegido por el Estado. En esos términos dejó planteada las razones por las cuales interpongo el recurso de apelación ante el Tribunal Superior de Bogotá, gracias Señoría"

CARBONES DEL CERREJÓN a favor del demandante por los periodos comprendidos entre el 1 de abril de 1981 y el 28 de febrero de 1995, conforme lo estableció el artículo 4 del Acuerdo 049 de 1989.

Para resolver lo que corresponde es del caso precisar que, tal como se definió en decisiones anteriores, se configuró el efecto de Cosa Juzgada en la sentencia dictada por el Juzgado Séptimo de Barranquilla, confirmada por el Tribunal Superior del mismo circuito dentro del proceso 08001 31 05 007 2014 00274, pues en ese proceso y en el presente se expusieron pretensiones y hechos orientados a la reliquidación del bono pensional a que tenía derecho el demandante por el presunto reporte deficitario del *salario real devengado* y reportado al ISS por quien fue el empleador. Ambas situaciones obedecían al mismo supuesto fáctico que ya fue resuelto: que el empleador informó al ISS como salario devengado \$665.070, máxima categoría del Decreto 2610 de 1989 en lugar del *salario real devengado y máximo permitido*, con base en lo cual fue liquidado el bono pensional; hubo entonces decisión judicial en firme acerca de si había lugar o no a que los aportes se hubieran efectuado con un monto distinto al reportado por el empleador y si, en consecuencia, habría lugar o no a modificar la liquidación del referido bono pensional.

La decisión adoptada ocasionó la desvinculación de este trámite de la sociedad CARBONES DEL CERREJÓN y, consecuentemente, la exclusión de las pretensiones dirigidas en su contra, dentro de las cuales se encontraba, precisamente, la reliquidación de los aportes pensionales efectuados por esa sociedad a favor del demandante entre 1989 y 1993 y, particularmente en junio de 1992.

Conforme lo anterior, habrá de confirmarse la sentencia de primera instancia, como quiera que no le es dado al Tribunal pronunciarse sobre asuntos que fueron excluidos del debate por el fenómeno de la cosa juzgada, y hacerlo, sería atentar contra los derechos de defensa y contradicción que le asisten a

las partes, y los principios de seguridad jurídica, consonancia y cosa juzgada, efecto que operó sobre las materias que se podrían resolver en este expediente.

En todo caso, se precisa, que no hay lugar a que COLPENSIONES efectúe algún reajuste sobre los aportes efectuados por el empleador CARBONES DEL CERREJÓN a favor del actor pues, tal como lo indicó la juez de primer grado en la sentencia dictada por el Juzgado de Barranquilla, se estableció que los valores reportados se encontraban acordes con las disposiciones de la época que preveían un tope máximo de cotización.

COSTAS en esta instancia a cargo del demandante.

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

RESUELVE

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado


LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

INCLÚYASE en la liquidación de costas la suma de CIENTO MIL PESOS MCTE (\$100.000) como costas en derecho de segunda instancia.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO.

**PROCESO ORDINARIO DE LUDUVINA CHIZABA DÍAZ CONTRA LA
ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**

Bogotá D. C., treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintitrés (2023)

Surtido el traslado a las partes para que presentaran alegatos de conclusión por escrito, como lo establece el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reúne la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, para resolver el recurso de apelación presentado por la demandante, contra la sentencia dictada por la Juez Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá el 27 de febrero de 2023, en la cual se absolvió a COLPENSIONES de las pretensiones incoadas en su contra, con las que se procuraba el reconocimiento de una pensión de sobrevivientes.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, LUDUVINA CHIZABA DÍAZ presentó demanda contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES para que mediante los trámites de un proceso ordinario le sea reconocida pensión de sobreviviente desde la fecha de muerte de su compañero permanente JOSE LAURENTINO GÓMEZ GUERRERO (el 4 de diciembre de 2018), con intereses de mora e indexación.

Como sustento de sus pretensiones afirma que convivió en unión marital de hecho con LAURENTINO GÓMEZ GUERRERO (Q.E.P.D.), compartiendo techo, lecho y mesa de manera continua e ininterrumpida durante 37 años (del 20 de marzo de 1981 al 3 de diciembre de 2018). Aduce que el causante era

quien con su salario cubría los gastos del grupo familiar. Asegura que el señor GÓMEZ GUERRERO empezó a realizar cotizaciones a los riesgos de vejez, invalidez y muerte y que para la fecha de su fallecimiento el 3 de diciembre de 2018, contaba más de 50 semanas de aportes en los 3 años anteriores; sin embargo, en la historia laboral del causante no se tuvieron en cuenta los aportes realizados por su empleador VIDA FUTURO LLANOS S.A.S. entre enero y diciembre de 2018. Refiere que solicitó el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, que le fue negada por la demandada mediante Resolución SUB254821 del 17 de septiembre de 2017, por no acreditar las semanas mínimas requeridas. Advierte que COLPENSIONES no cumplió con el deber de *realizar investigación administrativa exhaustiva* con el fin de incluir semanas que no fueron tenidas en cuenta en la historia laboral (ver demanda, archivo 02 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Notificada la demanda y corrido el traslado legal, fue contestada por COLPENSIONES mediante apoderado. Se opuso a las pretensiones afirmando que JOSE LAURENTINO GÓMEZ GUERRERO no cumplió con el presupuesto de semanas que contempla el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 de 2003, vigente para el momento del fallecimiento (3 de diciembre de 2018), pues en los 3 años anteriores al deceso acumuló un total de 44 semanas. Sostiene que no hay lugar a la aplicación de la *condición mas beneficiosa*, definida por la Corte Suprema de Justicia, pues el causante falleció con posterioridad al 29 de enero de 2006. En su defensa formuló como excepciones de fondo: *prescripción, inexistencia del derecho reclamado por falta de los requisitos legales, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, buena fe* y la innominada (ver contestación archivo 07 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Terminó la primera instancia con sentencia que dictó la Juez Treinta y Uno (31) Laboral del Circuito de Bogotá el 27 de febrero de 2023, en la cual ABSOLVIÓ a COLPENSIONES de pagar pensión de sobreviviente en favor de la

demandante. Para tomar su decisión estimó que JOSE LAURENTINO GÓMEZ GUERRERO no dejó causado el derecho, en tanto no contaba 50 semanas de cotización en los tres años anteriores al fallecimiento, y no había lugar a realizar ajustes a la historia laboral pues no se acreditó relación laboral alguna con VIDA FUTURO LLANO S.A.S.

La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: ABSOLVER de la totalidad de las pretensiones incoadas por la demandante, LUDUVINA CHIZABA DÍAZ a la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES como quiera que el fallecido JOSÉ LAURENTINO GÓMEZ GUERRERO no dejó causado el derecho al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes. CONDENAR al pago de costas y agencias en derecho a la demandante en cuantía de \$100.000.”* (Audiencia virtual, archivo 37 del expediente digital, récord 19:44).

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión, el apoderado de la demandante la apeló con el fin de que se revoque y, en su lugar, se acceda a las pretensiones de la demanda. Afirmo, contrario a lo que concluyó la juez, que JOSÉ LAURENTINO GÓMEZ GUERRERO cotizó 51 semanas en los últimos 3 años, necesarias para acceder a la pensión. Refiere que la afiliación al sistema de seguridad social del causante se dio a través de la Cooperativa VIDA FUTURO LLANO S.A.S. a pesar de que trabajaba en una finca como lo indicaron los testigos, por lo que deben tenerse en cuenta tales tiempos¹ (Audiencia virtual, archivo 37 del expediente digital, récord 20:34).

¹ *"Muchas gracias, Señoría. Me permito presentar recurso de apelación en contra del fallo acabado de dictar por su despacho para que el Honorable Tribunal Superior de Bogotá, lo estudie, lo revoque y en su lugar acceda al reconocimiento de la pensión de mi poderdante a partir del día cuatro de diciembre del año 2018, en ocasión del fallecimiento del señor JOSÉ LAURENTINO GÓMEZ GUERRERO y los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 a partir del mismo día cuatro de diciembre del año 2018. Para esto se debe tener en cuenta primero que todo que tal como lo indicó la señora juez en el presente proceso se demostró que mi poderdante convivió con el causante por más de 37 años, hasta la fecha de su fallecimiento. Adicional a esto, pues se debe tener en cuenta que entre el año 2015 y el año 2018 el señor JOSE LAURENTINO, cotizó más de 50 semanas en los últimos 3 años, El*

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

No fueron objeto de controversia: que JOSÉ LAURENTINO GÓMEZ GUERRERO falleció el 3 de diciembre de 2018, hecho que se verifica del registro civil de defunción aportado a las diligencias (folio 14, archivo 02 del expediente digital); su afiliación a COLPENSIONES al momento del óbito; ni la calidad de beneficiaria de los derechos pensionales que se deriven por su muerte en la demandante, como compañera permanente, conclusión ésta última a la que llegó la juez de primera instancia y sobre la cual no se formuló reparo alguno.

En consonancia con el recuso propuesto, el Tribunal debe definir si la demandante demostró las condiciones legales de acceso a la pensión de sobrevivencia por muerte de su compañero permanente.

Para resolver lo que corresponde, el artículo 46 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 12 de la Ley 797 de 2003 –norma vigente para la fecha del óbito- establece el derecho a la pensión de sobrevivientes por muerte para “[l]os miembros del grupo de familiar del afiliado al sistema que fallezca, siempre y cuando éste hubiere cotizado cincuenta semanas dentro de los tres últimos inmediatamente anteriores al fallecimiento”.

cotizó 51 semanas y teniendo en cuenta porque las semanas que se ordenó tener en cuenta en el presente proceso, es decir, la que fueron pagadas con posterioridad y que fueron acreditadas Historia laboral se acredita o se logra acreditar las 50 semanas que se necesitan para tener el reconocimiento de la pensión adicional a esto, pues me permito pronunciarme respecto de la afiliación o el pago de la seguridad social a través de la cooperativa VIDA FUTURO LLANO SAS en la medida en que a pesar de que los testigos informaban que el señor LAURENTINO trabajaba con una persona propietaria de una finca, pues también debe tenerse en cuenta que a través de esta cooperativa se pagaron los aportes a seguridad social, lo que significa que él sí podía dejar cubierta a su familia en la medida que no se estaban evadiendo aportes, sino que se estaban pagando a través de esta cooperativa, aporte que llegaban al sistema de seguridad social integral en un 100%, es decir, pues que no hay ninguna posibilidad de que se deje por fuera, por el estudio o se deje por fuera de la prestación, a la que tiene derecho mi poderdante adicional a eso. Pues si hacemos el conteo de las semanas del señor JOSÉ LAURENTINO encontramos que sí cumplía con el requisito de las 50 semanas cotizadas en los últimos 3 años, por lo que me permito solicitar al honorable tribunal sea nuevamente este conteo y se ordena el reconocimiento de la pensión, así como los intereses moratorios como consecuencia de reconocimiento de la pensión, intereses que están contemplados en el artículo 141 de la Ley 1993. De esta forma dejó sustentado el recurso muchísimas gracias”

Con la anterior premisa normativa y una vez revisado el expediente, el Tribunal confirmará la sentencia de primera instancia que negó el reconocimiento de la pensión, pues en los 3 años anteriores a su deceso (del 3 de diciembre de 2015 al 3 de diciembre de 2018) JOSE LAURENTINO GÓMEZ GUERRERO cotizó únicamente **43,85** semanas (ver reporte de semanas cotizadas en pensiones aportada con el expediente administrativo actualizada al 15 de octubre de 2021), que resultan insuficientes para causar la prestación por muerte del afiliado.

Es del caso anotar que, en la historia laboral del causante se encuentran incluidos periodos cotizados de manera interrumpida entre diciembre de 2017 y diciembre de 2018 por la sociedad VIDA FUTURO LLANO S.A.S. a través de la planilla de autoliquidación de aportes PILA (folios 44 a 46, archivo 02 del expediente digital), algunos de los cuales se cancelaron con posterioridad al fallecimiento de JOSÉ LAURENTINO GOMEZ, y que para el conteo de semanas no es posible tener en cuenta ciclos dobles.

Aunque VIDA FUTURO LLANO S.A.S., entre diciembre de 2017 y noviembre de 2018 no reportó novedad de retiro, no es posible imputar a la historia laboral del causante periodos por mora u otras circunstancias, como quiera que no se aportaron elementos probatorios que den cuenta de la existencia de una relación laboral del afiliado fallecido con sociedad compañía, pese a que en más de una oportunidad, la juez de primer grado la requirió para que aclarara la vinculación que tuvo con el causante.

Por el contrario, tanto los testigos AURA ULLOA² y JAIRO GUTIERREZ³, como la demandante⁴, fueron contestes en señalar que JOSÉ LAURENTINO GÓMEZ *trabajaba en fincas* y que no tenía ninguna relación con esa empresa. La misma demandante dijo que la empresa mencionada era donde se hacían los aportes a salud, circunstancia que contrastada con el objeto social que desarrollaba (asesoramiento para afiliación al sistema), resulta ser un claro indicio de que la

² Audiencia virtual del 17 de febrero de 2023, récord 14:41

³ Ibídem, récord 26:00

⁴ Ibídem, récord 4:30.

sociedad sirvió como intermediaria para las cotizaciones al Sistema que interrumpidamente efectuó el causante, de manera independiente.

En esa medida, y como quiera que la parte actora no acreditó tiempos o ciclos adicionales que dieran lugar a la corrección de la historia laboral, solo podían tenerse en cuenta para el cómputo de semanas aquellas que figuraban en el reporte entregado por la demandada que, como se dijo, son insuficientes para cumplir con el presupuesto exigido por la ley que regía para el acceso de la prestación.

COSTAS en esta instancia a cargo de la demandante.

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

RESUELVE

1. **CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia.
2. **COSTAS** de segunda instancia a cargo de la demandante.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

Exp. 31 2021 00598 02

Luduvina Chizaba Díaz contra la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones.

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

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Mo - H' with a period at the end.

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado

EXP. 31 2022 00160 01
Isabel del Carmen Agatón Santander contra Colpensiones y otro.

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO.

**PROCESO ORDINARIO DE ISABEL DEL CARMEN AGATÓN
SANTANDER CONTRA LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS
DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A Y LA ADMINISTRADORA
COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintitrés (2023)

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito como lo dispone el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reúne la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, para resolver los recursos de apelación interpuestos por PORVENIR y COLPENSIONES, y estudiar en grado jurisdiccional de consulta a favor de esta última, la sentencia dictada el 17 de febrero del 2023 por la Juez Treinta y Uno (31) Laboral del Circuito de Bogotá, por el cual DECLARÓ la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS).

ANTECEDENTES

Por medio de apoderada, ISABEL DEL CARMEN AGATÓN SANTANDER presentó demanda contra la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES para que, mediante los trámites de un proceso ordinario, se declare la ineficacia del traslado de régimen realizado mediante la afiliación a PORVENIR en el año 2000, por

EXP. 31 2022 00160 01

Isabel del Carmen Agatón Santander contra Colpensiones y otro.

cuanto la misma careció de *información veraz*, clara, completa y comprensible sobre la manera como estaba diseñado el régimen de ahorro individual e incumplimiento el consentimiento informado y detallado en la asesoría de tránsito de régimen. En consecuencia, se ordene a PORVENIR S.A. trasladar a COLPENSIONES todos los aportes efectuados junto con sus rendimientos, frutos, intereses, gastos de administración, seguros y demás emolumentos, y a esta última, activar su afiliación en el régimen de prima media y recibir los aportes (ver demanda folios 01 al 13 del archivo No. 02 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Notificadas de la demanda, las demandadas comparecieron a través de apoderado para la litis.

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES se opuso a la prosperidad de todas las pretensiones con fundamento en que la demandante no acreditó causal alguna de que la afiliación a PORVENIR es nula como lo manifiesta y, por el contrario, la misma *cumple* con los presupuestos legales para su existencia y no infringe norma alguna, por lo que no resulta procedente su *regreso automático*. Advierte que la actora no cumple con el requisito de 15 años de cotización antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 y le es aplicable la restricción contenida en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2 de la Ley 797. Precisa que no existe ningún vicio del consentimiento, y de existir, este derivaría en una nulidad relativa que es susceptible de saneamiento mediante ratificación como lo dispone el artículo 1741 del Código Civil. En su defensa propuso las excepciones que denominó *falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida*, prescripción, caducidad, *inexistencia de la causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, buena fe* y la innominada o genérica (ver contestación folios 22 a 37 del archivo 12 del expediente digital, trámite de primera instancia).

EXP. 31 2022 00160 01

Isabel del Carmen Agatón Santander contra Colpensiones y otro.

Por su parte PORVENIR S.A. se opuso al éxito de las aspiraciones de la demanda aduciendo para el efecto que siempre brindó información clara, precisa, veraz y suficiente sobre el régimen de ahorro individual, de allí que la afiliación realizada por la actora el 24 de enero de 2000 a ese fondo, fue producto de una decisión libre, voluntaria e informada, como se verifica del formulario de afiliación que contiene la declaración escrita a la que se refiere el artículo 114 de la Ley 100. En todo caso, advierte, la demandante está inmersa en la prohibición a la que refiere el artículo 2 de la Ley 797 de 2003. Explica que garantizó el derecho al retracto mediante comunicado en el diario el tiempo, el cual informaba a los afiliados las modificaciones de la Ley 797 de 2003; que no existe algún vicio del consentimiento y que la demandada no era beneficiaria del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993. Formuló como excepciones de mérito las de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica (ver contestación folio 2 a 36 archivo 13 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Terminó la primera instancia con sentencia del 17 de febrero de 2023, mediante la cual la Juez Treinta y Uno (31) Laboral del Circuito de Bogotá, DECLARÓ la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS). Para tomar su decisión, la Juez de primera instancia aplicó la jurisprudencia trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y concluyó que PORVENIR S.A. no garantizó una afiliación libre y voluntaria, caracterizada por la entrega de una información suficiente y necesaria sobre las características, condiciones de acceso, riesgos y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, que le permitiera elegir a la demandante aquella opción que mejor se ajustara a sus intereses. Por el contrario, consideró que en este caso no obra medio alguno de convicción que brinde certeza sobre el suministro de una información veraz, clara, precisa, comprensible y detallada, lo cual constituye una omisión del deber de información asignado a la AFP.

EXP. 31 2022 00160 01

Isabel del Carmen Agatón Santander contra Colpensiones y otro.

La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen de la demandante ISABEL DEL CARMEN AGARRÓN SANTANDER teniéndola como válidamente afiliada en el régimen de prima media con prestación definida administrado con la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES. CONDENAR a la demandada SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES, la totalidad de sumas de dinero que recibió de la demandante por concepto de aportes junto con sus intereses y frutos civiles, sin que pueda descontar suma alguna de dinero por concepto de gastos de administración, comisiones, aportes al fondo de garantía de pensión mínima y valores utilizados en seguros previsionales. CONDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones- COLPENSIONES a recibir a la demandante en el régimen de prima media con prestación definida como si nunca se hubiese trasladado de régimen. CONDENAR a la sociedad administradora de fondo de pensiones y cesantías PORVENIR S. A, al pago de costas y agencias en derecho cuantía de medio salario mínimo legal mensual vigente. Como quiera que el resultado de la presente sentencia es adverso a los intereses de la Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES dada la naturaleza jurídica de la entidad, se concede el grado jurisdiccional de consulta en el evento en que la sentencia no sea apelada”* (Audiencia virtual, récord 1:06:16, archivo 28 del expediente digital, trámite de primera instancia).

RECURSOS DE APELACIÓN

En el recurso de COLPENSIONES, su apoderado sostiene que conforme a los presupuestos normativos de la Ley 797 de 2003 a la demandante no le asiste derecho a reintegrarse al RPM, pues se encuentra a menos de 10 años para adquirir la edad para la pensión. Además, dice, no se advierte vicio

EXP. 31 2022 00160 01

Isabel del Carmen Agatón Santander contra Colpensiones y otro.

alguno del consentimiento, se cumplió con el deber de información y la actora dejó sentada su intención de permanecer en el RAIS con el tiempo que ha transcurrido desde su afiliación¹ (Audiencia virtual, récord 01:07:37, archivo 28 del expediente digital, trámite de primera instancia).

En el recurso de PORVENIR, advierte que el precedente jurisprudencial no puede aplicarse de manera objetiva, sino que debe analizarse el caso concreto y por esa razón, no resulta viable disponer la devolución de los gatos de administración. En esa orientación, indica que en el régimen de prima media también se destina el 3% de las cotizaciones a financiar este concepto, el cual no forma parte de la pensión y está sujeto a la prescripción. Asegura que no procede la indexación sobre la devolución de los gastos administración pues la pérdida del poder adquisitivo se compensa con los rendimientos obtenidos² (Audiencia virtual, récord 01:08:39, archivo No. 15 del expediente digital, trámite de primera instancia).

¹ *“Sí su señoría, de manera respetuosa, me permito interponer recurso de apelación frente a la decisión proferida por este despacho, en el sentido de establecer y reiterar que la aquí demandante, no le asiste el derecho de reintegrarse al régimen de prima media, por un lado en consideración a las prerrogativas del artículo segundo de Ley 797 del año 2003, teniendo de presente la fecha de nacimiento y encontraste a menos de 10 años para adquirir la categoría de pensionada y asimismo de acuerdo con lo manifestado por la accionante dentro de interrogatorio no observa por un lado ningún vicios del consentimiento que permitan definir qué su afiliación al RAIS preste mérito para declarar su nulidad contrario a ello, se ve cumplido el deber de información suscrito para el año 2002 . Aunado a lo anterior ruego al Tribunal Superior de Bogotá tener de presente que el aquí accionante en consideración al margen de tiempo en que se encontraba plenamente vinculado en el RAIS ha dejado señal mente clara su intención de permanecer bajo la cobertura de este sistema con todo lo que ello implica, disipando así todo campo de incertidumbre en cuanto controvertir su afiliación a PORVENIR, eso una atención a lo reiterado por la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 413 del año 2018 .En estos términos su señoría dejo sustentado el recursos, muchísimas gracias.”.*

² *Su señoría muy respetuosamente interpongo recurso de apelación ante el honorable Tribunal Sala Laboral para que se revoque el fallo proferido en el cual me permitió sustentar así: Señores magistrados expongo en consideración que si bien existe un presente del órgano de cierre, como la jurisdicción citada en el a quo bajo los argumentos que manifestó el honorable tribunal en diferentes salas, no se aplica el precedente de manera objetiva, ya que se deben analizar las circunstancias de cada caso en concreto y es por eso que no es factible ordenar la devolución de gastos de administración pues de acuerdo con lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 20 de la ley 100 del 93, también el régimen de prima media se destina el 3% de las cotizaciones a financiar gastos de administración, pensión de invalidez y sobrevivencia. Dicho gasto de administración no forma parte integral de la pensión de vejez por ello están sujetos a la prescripción además es necesario resaltar que a la fecha la superintendencia financiera de Colombia , indico en el 2020 de forma expresa que en los eventos en que proceda la ineficacia del traslado las únicas sumas a retornar son los aportes y rendimientos de la cuenta del afiliado, sin que proceda la devolución de primas de*

EXP. 31 2022 00160 01

Isabel del Carmen Agatón Santander contra Colpensiones y otro.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Para resolver la controversia, el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 – modificado por el art. 2º de la Ley 797 de 2003-, dispuso para los afiliados al Sistema General de Pensiones, la posibilidad de escoger libremente uno de los dos regímenes pensionales y el derecho a trasladarse entre uno y otro régimen una vez cada cinco años contados a partir de la selección inicial. Sin embargo, por razones financieras y de estabilidad en el Sistema pensional, las normas limitaron el derecho a trasladarse de régimen cuando al afiliado le falten 10 años o menos para alcanzar la edad de pensión. Solo se conservó el derecho al traslado en cualquier tiempo para los afiliados que tuvieran más de quince (15) años cotizados para la fecha en que entró en vigor el Sistema de Seguridad Social en Pensiones (1º de abril de 1994).

Sobre la validez constitucional de la restricción temporal del traslado, se pronunció claramente la Corte Constitucional en la sentencia C-1024 de 2004, cuyo contenido reprodujeron en lo pertinente las sentencias SU-062 de 2010 y SU-130 de 2013. Dijo la Corte: *el objetivo perseguido con el señalamiento del período de carencia en la norma acusada, consiste en*

seguros previsionales y en consideración a que la compañía aseguradora cumplió con el deber contractual de mantener la cobertura durante la vigencia de la póliza, ni tampoco la Comisión de Administración. Es por eso señores magistrados que debe declararse incluso la prescripción respecto de devoluciones de gastos de administración, primas de seguros o cualquier otra suma diferente capital de la cuenta individual de la afiliada o sus rendimientos financieros por cuanto no le corresponden estos valores a los afiliados en ninguno de los regímenes pensionales en cuanto no financia la prestación de vejez, no puede predicarse su imprescriptibilidad característica que gozan el derecho pensional y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, en el proceso 2021-489 frente a la indexación nos indica la Sala considera que no hay lugar a dicha imposición toda vez que con el traslado los rendimientos se compensan la depreciación del poder adquisitivo de la moneda que pudiese haberse generado en los monumentos a retornar por tal razón se revoca esta determinación y en su lugar se ordena devolver todas las sumas junto con sus respectivos rendimientos así también lo indicó el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca y Amazonas, Sala Laboral, en el proceso 2021 111 como lo refiere se está ordenando la devolución de los rendimientos financieros, rubro este que incluye los frutos e intereses que se obtuvieron con los dineros recibidos por la AFP, como consecuencia de la filiación de la demandante por lo que se entiende esta sala que es el rubro sería excluyente con la indemnización ordenada por lo que se revocar dicha decisión frente a este aspecto; De manera entonces considero que los supuestos sobre los cuales se condenan a mi representada no se encuentran acreditados y en consecuencia solicito de manera muy respetuosa al honorable tribunal revocar la condena interpuesta a mi representada, muchas gracias su señoría.”

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

Bajo estos lineamientos normativos se advierte de las pruebas aportadas que para la fecha en que se afilió al Fondo Privado de Pensiones la demandante tenía 30³ años de edad y había cotizado 364,29⁴ semanas, para la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994) no tenía 15 años de servicios, pues de acuerdo con la historia laboral allegada solo se acreditan 1 año, 3 meses, 28 días⁵, y para la fecha de presentación de la

³ Nació el 22 de marzo de 1969.

⁴ Ver historia laboral expedida por Ministerio de Hacienda, folios 94 a 96 archivo 13 del expediente digital.

⁵ *Ibídem*.

EXP. 31 2022 00160 01

Isabel del Carmen Agatón Santander contra Colpensiones y otro.

demanda se encontraba a menos de 10 años de alcanzar el requisito de edad de pensión (tenía 53 años de edad- ver archivo 06 y expediente administrativo del expediente digital).

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

Sin embargo, y al margen del criterio que tiene el magistrado ponente y que ha expresado en diferentes providencias dictadas en el pasado, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estableció un precedente al que asignó el carácter de obligatorio acatamiento para toda la jurisdicción ^{6, 7}, según el cual se debe declarar la ineficacia del traslado cuando ocurran las circunstancias que definen las sentencias STL 3382-2020, STL 1452-2020 y STL 3187-2020 (entre otras).

En estas sentencias, la Corte considera que las AFP han tenido siempre la obligación de brindar *toda* la información pertinente del Sistema Pensional al

⁶ Sentencia STL 3382-2020 Corte Suprema de Justicia “(...) *dada la importancia en materia de derechos pensionales, y en aras de garantizar tales prerrogativas, se hace necesario primero recoger el criterio de la Sala, en relación a los procesos en los que se pretende la nulidad del traslado de régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, donde por vía de tutela se ha negado la solicitud de amparo, dada la razonabilidad de los fallos cuestionados.*

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

⁷ Sentencia STL3187-2020: “*Debe insistir la Corte en que los funcionarios judiciales de la jurisdicción ordinaria están obligados a seguir la jurisprudencia emanada de la Corte Suprema de Justicia. Así lo imponen no solo razones de seguridad jurídica, buena fe, certeza y previsibilidad en la aplicación del derecho, sino también el derecho a la igualdad de trato, en cuya virtud los casos semejantes sometidos a consideración de los jueces deben resolverse del mismo modo a como lo definieron los máximos órganos de cierre de cada jurisdicción. Es normal que los jueces puedan disentir de los criterios judiciales de sus superiores; sin embargo, ello no los autoriza a desatender las construcciones jurisprudenciales trazadas por los órganos encargados por la Constitución de fijar, con carácter general, el sentido de los grandes dilemas jurídicos que suscita el Derecho en cada área. Si las percepciones, convicciones o divergencias de los juzgadores frente a una cuestión jurídica no pueden canalizarse a través de sólidos y persuasivos argumentos, estructurados acordes con la dimensión social de la Constitución Política de 1991, no es válido apartarse del precedente sentado por las Altas Cortes”.*

afiliado, y el cumplimiento de dicha obligación “(...) *debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión*”. En este sentido: (i) “*El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación, en este caso, en el de afiliación a otro Fondo, es insuficiente para afirmar que existió un consentimiento informado «entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias»*”. Además –dice la Corte- (ii) “*Si se arguye que a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. Tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo*”; (iii) ello aplica para todos los afiliados al Sistema de Pensiones sin que importe que para el momento de la vinculación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad se vislumbraran o no consecuencias negativas por no tener el afiliado una expectativa pensional cercana o la pérdida del régimen de transición, pues: “*Ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información*” (Sentencia SL1688-2019 de 8 mayo de 2019, rad. 68838); y, (iv) –según la Corte- la ineficacia del traslado de régimen pensional no es subsanable “*en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos*”, y la acción para que se declare tal situación es imprescriptible “*en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, pues, se reitera, forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social*” (Ver SL 1689 de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

EXP. 31 2022 00160 01

Isabel del Carmen Agatón Santander contra Colpensiones y otro.

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

En palabras de la Sala Laboral de la Corte Suprema, el deber de brindar información “*debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión*”, lo que no se confesó en el interrogatorio de parte que rindió la demandante. Allí, según ilustró, le indicaron que al afiliarse al fondo privado obtendría una mesada superior, sin explicar cómo, y le advirtieron que el ISS estaba en crisis, pero nunca le explicaron cómo funcionaba el RAIS, como se liquidaba la pensión o cuáles eran los requisitos para acceder a ella, circunstancias que, de haber conocido -dijo- le habrían impedido vincularse con PORVENIR (Audiencia virtual del 17 de febrero de 2023, récord 05:50).

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

EXP. 31 2022 00160 01

Isabel del Carmen Agatón Santander contra Colpensiones y otro.

CECILIA DUEÑAS QUEVEDO), fenómeno que resulta igualmente inoperante frente a las consecuencias que deriven de la declaratoria de ineficacia, tales como la devolución de los gastos de administración y demás restituciones (Ver SL2611 de 2020, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA).

También se confirmará la decisión de primera instancia que dispuso a cargo de PORVENIR la devolución de los valores de la cuenta de ahorro individual con solidaridad de la demandante incluyendo cotizaciones y rendimientos, así como la devolución de los gastos de administración y montos de las primas previsionales a cargo de aquella. (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA). Para la Corte la declaración de ineficacia obliga a los fondos privados a devolver los gastos de administración y las comisiones con cargo a sus propias utilidades, *“pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES”* (SL 4360 del 9 de octubre de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO). Lo anterior también implica la devolución de las primas de las aseguradoras y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes (es decir, las comisiones) conforme a lo establecido en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993⁸, los cuales se deben devolver *“debidamente indexados”* (SL1688 del 8 de mayo de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

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

⁸ *“En el régimen de ahorro individual con solidaridad el 10% del ingreso base de cotización se destinará a las cuentas individuales de ahorro pensional. Un 0.5% del ingreso base de cotización se destinará al Fondo de Garantía de Pensión Mínima del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y el 3% restante se destinará a financiar los gastos de administración, la prima de reaseguros FOGAFÍN, y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes”.*

EXP. 31 2022 00160 01

Isabel del Carmen Agatón Santander contra Colpensiones y otro.

COSTAS en esta instancia a cargo de PORVENIR.

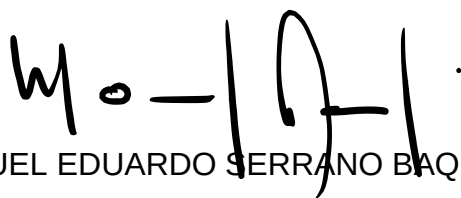
Por lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

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



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado



LORENZO TORRES RUSSY

Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE

Magistrada

EXP. 31 2022 00160 01

Isabel del Carmen Agatón Santander contra Colpensiones y otro.

INCLÚYASE en la liquidación de costas la suma de UN MILLÓN DE PESOS (\$1.000.000) como agencias en derecho de segunda instancia.

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Mo-10-11' with a period at the end.

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO.

**PROCESO ORDINARIO DE DIEGO ANDRÉS MARÍN MATEUS y LUCILA
GONZALES DE MATEUS CONTRA LA ADMINISTRADORA
COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.**

Bogotá D. C., treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintitrés (2023)

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito como lo dispone el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reúne la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, para resolver los recursos de apelación presentado por ambas partes, contra la sentencia dictada el 4 de octubre de 2022 por la Juez Primera (1) Transitoria Laboral de Bogotá, en la que se RECONOCIERON intereses moratorios a favor de LUCILA GONZÁLEZ DE MATEUS.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, DIEGO ANDRÉS MARÍN MATEUS y LUCILA GONZÁLEZ DE MATEUS presentaron demanda contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, para que mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, se le condene a pensión de sobrevivientes a partir de la muerte de su madre e hija MARÍA CONSUELO MATEUS GONZALES, ocurrida el 03 de noviembre de 2017, junto con las mesadas causadas y no pagadas y los intereses moratorios de que trata en artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

Como sustento de sus pretensiones, afirman que MARIA CONSUELO MATEUS GONZALES falleció el 03 de noviembre de 2017, y que desde el

05 de abril de 2013 se encontraba recibiendo pensión de vejez. Informaron que su hijo, DIEGO ANDRÉS MARÍN MATEUS, estuvo a cargo del cuidado de la causante por lo cual no trabajaba ni estudiaba, y le fue negada la pensión de sobrevivientes con fundamento en que para el 3 de noviembre del 2017 no acreditó que estaba estudiando. Frente a la anterior decisión, el 22 de mayo de 2018 interpuso recurso de apelación, y como complemento, solicitaron el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes en favor de LUCILA GONZÁLEZ DE MATEUS, madre de la causante, con sustento en que dependía económicamente de su hija.

Notificada la demanda y corrido el traslado legal, la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES la contestó mediante apoderada judicial. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Aceptó que mediante resolución GNR 054021 de 2013 le fue reconocida pensión de vejez a la causante. Sostuvo que no reconoció la pensión pretendida por los actores al no haberse acreditado los requisitos previstos en las normas: en el caso de DIEGO ANDRÉS MARÍN MATEUS -hijo- no se probó que dependía económicamente de la causante al momento del fallecimiento, ni que además estuviera estudiando; en cuanto a la madre LUCILA GONZÁLEZ DE MATEUS, no se acreditó la dependencia económica respecto de la causante. Se opuso al reconocimiento de intereses moratorios, pues proceden en relación con pensiones ya reconocidas. Propuso como excepciones de mérito *inexistencia de la obligación al reconocimiento de la mesada pensional, buena fe, prescripción, improcedencia de los intereses moratorios e indexación y la genérica* (ver páginas 186 a 196, tramite de primera instancia del expediente digital).

En la audiencia del artículo 77 del C.P.T. y S.S., la apoderada de la parte demandante puso de presente que en el expediente administrativo que allegó COLPENSIONES, consta que la entidad reconoció la pensión de sobrevivientes en favor de la demandante LUCILA GONZÁLEZ DE MATEUS, mediante la resolución SUB 241046 de 4 de septiembre de 2019, y precisó que únicamente quedaba pendiente el reconocimiento de los

intereses moratorios (archivo 11 min 8:44 tramite de instancia expediente digital).

Terminó la primera instancia con sentencia del 04 de octubre de 2022, mediante la cual la Juez Primera (1) Laboral Transitorio de Bogotá ordenó el pago de intereses moratorios en su favor.

Para tomar su decisión, declaró como hecho superado el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a la demandante LUCILA GONZÁLEZ DE MATEUS, reconoció intereses moratorios a partir del 08 de marzo de 2018 hasta el 04 de septiembre de 2019. En relación con DIEGO ANDRÉS MARÍN MATEUS concluyó que obtuvo título de tecnólogo en mantenimiento mecatrónico de automotores el 10 de mayo de 2017, y si bien en el año 2018 retomó sus estudios en la universidad ECCI de ingeniería mecánica con una intensidad de 22 horas a la semana, para la fecha del deceso (3 de noviembre de 2017) ya había culminado los estudios.

La parte resolutive tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO. ABSOLVER a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por el demandante. DIEGO ANDRÉS MARÍN MATEUS, conforme quedo explicado en la parte motiva de esta sentencia. SEGUNDO ABSOLVER a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES, del reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes a favor de LUCILA GONZÁLEZ DE MATEUS, conforme quedo explicado en la parte motiva de esta sentencia. TERCERO. CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES a pagar a la demandante Lucila González de Mateus intereses moratorios desde el 8 de marzo al 4 de septiembre de 2019, de conformidad con lo establecido en el artículo 141 de la ley 100 de 1993. CUARTO. DECLARAR no probadas las excepciones de improcedencia de los intereses moratorios y prescripción propuestas por la pasiva en su contestación y el Despacho se declara relevado de los demás medios exceptivos planteados. QUINTO.*

COSTAS. Lo serán a cargo de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES. Tásense como agencias en derecho conforme al Acuerdo PSAA16-10554 de la Presidencia del Consejo Superior de la Judicatura en la suma de \$200.000. SEXTO. Si no es apelada esta decisión CONSÚLTESE ante la H. Sala Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, conforme lo establece el artículo 69 del C.P.L. respecto de los demandantes y de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones.” (archivo 11 min 42:01 tramite de instancia expediente digital).

RECURSO DE APELACIÓN

En el recurso de la parte DEMANDANTE, se reclama el reconocimiento de intereses moratorios desde el 24 de marzo de 2018 teniendo en cuenta la solicitud inicial, o en su defecto a partir del 22 de julio de 2018 partiendo de la fecha en la que se radicó el recurso contra la decisión inicial y se solicitó la inclusión de la señora LUCILA GONZÁLEZ DE MATEUS en nómina. El reconocimiento se debe realizar hasta la fecha del pago (archivo 11 min 42:01 tramite de instancia expediente digital).

En el recurso de la demandada, COLPENSIONES, pide que se revoque la condena de intereses moratorios y la condena en costas. Afirma que una vez se acreditó la dependencia por parte de LUCILA GONZÁLEZ DE MATEUS se hizo el reconocimiento (archivo 11 min 42:01 tramite de instancia expediente digital).

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

No fueron objeto de controversia: (i) el derecho de LUCILA GONZALEZS DE MATÉUS a pensión de sobrevivencia por la muerte de su hija, MARÍA CONSUELO MATEUS GONZÁLEZ ocurrida el 3 de noviembre de 2017 (ver registro civil de defunción obrante en el expediente administrativo aportado por la entidad demandada), derecho torgado mediante resolución SUB

241046 de 4 de septiembre de 2019 (ver expediente administrativo aportado por la entidad demandada), (ii) la ausencias de derecho a dicha pensión en el otro demandante, DIEGO ANDRÉS MATEUS.

El Tribunal debe definir si resulta procedente la condena al pago de intereses moratorios y costas del proceso.

Para resolver lo que corresponde, el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 dispone el pago de INTERESES MORATORIOS a cargo de las entidades del Sistema de Pensiones que retardan el pago de las mesadas a sus afiliados.

Tratándose de la primera mesada, el retardo se entiende ocurrido cuando transcurre el plazo legal dispuesto en el ordenamiento jurídico para que la entidad agote los trámites administrativos *internos* pertinentes para la asignación del derecho, contado desde la fecha en que el afiliado o beneficiario presentó la solicitud con los documentos que sean pertinentes al efecto y que no se encuentren en poder de la entidad pagadora.

En pensiones de sobrevivencia, dicho plazo es de dos meses (artículo 1º de la ley 717 de 2003) y corre para la entidad desde la fecha en que el beneficiario de la prestación haya entregado las pruebas que demuestren su derecho: la defunción del causante y la dependencia económica, según lo dispone el literal D del artículo 47 de la Ley 100 de 1993.

Con estos referentes normativos y revisado el expediente, se modificará la sentencia de primera instancia, pues el pago de intereses moratorios sobre cada una de las mesadas adeudadas corre a partir del 22 de julio de 2018, dos meses después de que la demandante presentó la reclamación administrativa con los documentos pertinentes (el 22 de mayo de 2018, ver expediente administrativo aportado por la entidad demandada), y se deben pagar hasta el 30 de septiembre de 2019, como quiera que la beneficiaria de

la prestación fue ingresada en nómina en el mes de septiembre, que se paga en el mes de octubre de 2019.

No es posible acoger los argumentos que expone la demandada para la exoneración de esta condena, pues la demandante acreditó el lleno de los requisitos -incluida la dependencia económica- cuando solicitó el reconocimiento de su prestación, el 22 de mayo de 2018, tal como lo plasmó la misma administradora en la resolución que reconoció la prestación (ver expediente administrativo Resolución SUB 241046 de 4 de septiembre de 2019, aportado por la entidad demandada).

Tampoco se puede excluir la condena al pago de las costas de primera instancia, pues el artículo 365 del CGP impone dicha carga a la parte que resulta vencida en el proceso, es decir, a quien se opone a las pretensiones de una demanda y es derrotado en sus argumentos, lo que ocurrió con COLPENSIONES (ver contestación en las páginas 186 a 196, trámite de primera instancia del expediente digital).

Por el resultado de los recursos, las COSTAS de segunda instancia también corren a cargo de COLPENSIONES.

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

RESUELVE

1. **MODIFICAR** el numeral **TERCERO** de la sentencia dictada en primera instancia para disponer que los intereses moratorios corren desde el 22 de julio de 2018 hasta el 30 de septiembre de 2019, sobre cada una de las mesadas adeudadas.
2. **CONFIRMAR** en lo demás la sentencia de primera instancia.
3. **COSTAS** de segunda instancia a cargo de COLPENSIONES.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

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



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

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



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO.

**PROCESO ORDINARIO DE MAGDALENA MELO ALGARRA CONTRA LA
ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.**

Bogotá D. C., treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintitrés (2023).

Surtido el traslado a las partes para que presentaran alegatos de conclusión por escrito, como lo establece el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reúne la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, para resolver el recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES, y en grado jurisdiccional de consulta a su favor, la sentencia dictada por la Juez Primera Laboral Transitoria del Circuito de Bogotá el 28 de junio de 2022. En ella se CONDENÓ a COLPENSIONES a reliquidar la mesada de pensión de vejez reconocida a la demandante.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderada, MAGDALENA MELO ALGARRA presentó demanda contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, para que mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, se ordene a la demandada reliquidar su pensión de vejez teniendo en cuenta lo cotizado en los 10 años anteriores *al retiro del servicio*, y una tasa de reemplazo del 75%, se indexe la primera mesada, y se paguen las diferencias debidamente indexadas.

Como fundamento de sus pretensiones, afirma que nació el 5 de junio de 1946, mediante Resolución No. 4889 del 27 de marzo de 2003 el Instituto de Seguros Sociales le reconoció una pensión de vejez, el 1 de agosto solicitó el reajuste

de su pensión teniendo en cuenta lo cotizado en los 10 años anteriores al retiro y la indexación de su primera mesada como quiera que *se retiró del servicio el 20 de octubre de 1989* y adquirió el estatus pensional el 5 de junio de 2001, pero dicha solicitud le fue negada mediante Resoluciones SUB 312563 del 14 de noviembre de 2019 y DPE 1513 del 28 de enero de 2020 (ver demanda folios 3 a 9, archivo 01 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Notificada de la demanda, la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES la contestó a través de apoderada judicial. Se opuso a las pretensiones con fundamento en que conforme a los valores y factores salariales reportados en la historia laboral de la demandante, el IBL más favorable es el liquidado con el tiempo que *le hacía falta* para adquirir el derecho, toda vez que reliquidada la pensión con el IBL de los últimos 10 años el valor de la mesada de 2020 sería de \$1.199.931, es decir, disminuía en comparación de la que viene percibiendo -\$1.213.419-, por lo que no hay lugar al reajuste. Con relación a la suma de tiempos públicos y privados para la liquidación de la prestación, con el Decreto 758 de 1990, advierte que ello resulta posible únicamente para *conseguir su derecho pensional*, no así para la liquidación. Frente a la indexación de la primera mesada, explica que dio aplicación a lo previsto en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993. En su defensa propuso las excepciones de *inexistencia del derecho reclamado*, buena fe de Colpensiones, *presunción de legalidad de los actos administrativos*, cobro de lo no debido, *no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria*, *carencia de causa para demandar*, prescripción, compensación, *no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público* y la innominada o genérica (ver contestación folios 2 a 21 del archivo 06 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Por auto del 21 de julio de 2022, el Juzgado Primero Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá avocó el conocimiento del proceso, dada la remisión que hiciera el Juzgado 34 Laboral del Circuito de Bogotá a ese Despacho,

conforme lo previsto en el Acuerdo CSJBTA22-15 del 1 de marzo de 2022 (archivos 09 y 11 del expediente digital, trámite primera instancia).

Terminó la primera instancia con sentencia del 28 de julio de 2022, a través de la cual la Juez Primera (1ª) Laboral Transitoria del Circuito de Bogotá CONDENÓ a COLPENSIONES a reliquidar la pensión reconocida a la demandante al valor inicial de \$579.808,70 a partir del 5 de junio de 2001. Para tomar su decisión, la juez consideró que para el cálculo de la prestación pensional de la demandante, conforme lo previsto en el Acuerdo 049 de 1990 aplicable en virtud del régimen de transición del cual era beneficiaria, debían tenerse en cuenta tanto los tiempos cotizados al ISS como los tiempos servidos al Banco Popular entre enero y diciembre de 1966, con lo cual se obtenía un total de 1137 semanas en toda su vida laboral, mismas que arrojaban una tasa de reemplazo del 83,16%. Sobre el IBL, estableció que este debía liquidarse con el tiempo que le hacía falta para adquirir el estatus pensional desde la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es, 7 años, según el inciso 3 del artículo 36 de ese estatuto normativo, el cual le resultaba más favorable. Así entonces, luego de efectuar los cálculos correspondientes obtuvo una mesada pensional de \$579.808,70 para el 5 de junio de 2001, cifra que resultaba superior a la reconocida por COLPENSIONES. Por prescripción, ordenó el pago de las diferencias causadas a partir del *1 de agosto de 2019* - fecha de la reclamación- y liquidó el retroactivo hasta el 30 de junio de 2022.

La parte resolutive tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES corregir la historia laboral de la demandante de las demandante, señora MAGDALENA MELO ALGARRA como se relaciona a continuación desde el 25 de enero de 1966, al 31 de enero de 1966, días cotizados 6, semanas 0.86; febrero de 1966, 28 días de cotización, semanas cuatro 4.00; marzo de 1996, días cotizados 31, semanas cuatro 4.43; abril de 1966 30 días, 4.29 semanas; mayo de 1966 31 días de cotización, 4.43 semanas; junio de 1966 30 días, 4.29 semanas; julio de 1966 31 días, 4.43 semanas; agosto de ese mismo año, 31 días 4.43 semanas; septiembre de 1966, 30 días, 4.29 semanas; octubre*

de 1996, 31 días cotizados 4.43 semanas; noviembre de 1996, 1966 perdón, 30 días cotizados, 4.29 semanas diciembre de 1966 31 días 4.43 semanas, que equivale a un total 48,57 semanas. SEGUNDO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a indexar la primera mesada pensional de la demandante MAGDALENA MELO ALGARRA, reconociendo la suma de \$579.808.70 como valor primigenio del 5 de junio de 2001. TERCERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a pagar a la demandante, señora MAGDALENA MELO ALGARRA, la suma de \$7'375.605 por concepto de diferencia de mesadas pensionales retroactivas causadas desde el 01 de agosto de 2019 y liquidadas por este juzgado hasta el 30 de junio de 2022, valores que deberán ser indexados desde el momento de su causación hasta el momento efectivo de su pago. CUARTO: DECLARAR probada parcialmente la excepción de prescripción y no probada las demás propuestas por la entidad en su contestación. QUINTO: COSTAS serán a cargo de la parte demandada. Tásense las agencias en la suma de un salario mínimo legal mensual vigente. SEXTO: Por la naturaleza jurídica de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES establecida en el Decreto 4121 de 2011, se dispone consultar la presente decisión si ésta no es apelada, ante la honorable Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, de conformidad con lo establecido en el artículo 69 del Código Procesal Laboral” (Audiencia virtual del 28 de julio de 2022, archivo 14 del expediente digital, trámite de primera instancia, récord 38:13).

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior decisión COLPENSIONES la apeló. Afirma que, de acuerdo con los diferentes actos administrativos expedidos, liquidó la pensión conforme a derecho; solicita que se revisen los cálculos efectuados por la juez, y que se tengan en cuenta los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia que advierten que no procede la reliquidación en asuntos como el que

se estudia¹ (Audiencia virtual del 28 de julio de 2022, archivo 14 del expediente digital, trámite de primera instancia, récord 42:19).

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

No fue objeto de controversia que mediante Resolución 4889 de 2003 el Instituto de Seguros Sociales – ISS, reconoció a favor de la demandante pensión de vejez a partir del 5 de junio de 2001, en cuantía inicial de \$505.764, con fundamento en el Decreto 758 de 1990, aplicable en virtud del régimen de transición², la mesada se obtuvo de aplicar una tasa de reemplazo del 78% a un IBL de \$648.416, liquidado conforme a lo previsto en el inciso 3 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993³ por faltarle a la demandante menos de 10 años para adquirir el derecho⁴.

El Tribunal debe definir si procedía o no la reliquidación de la pensión reconocida a la demandante por la inclusión de tiempos de servicio público, y en dado caso revisar el valor de la mesada que corresponde (consulta).

Para resolver lo que corresponde, se debe advertir que por elementales reglas de hermenéutica las normas que aplican en materia de pensiones a un caso concreto son las que rigen al momento en que se causa el derecho, es decir las vigentes cuando se cumple la edad y se completa el tiempo de servicios o de cotizaciones al sistema. No obstante, cuando esas condiciones o requisitos

¹ “Gracias, su Señoría me permito interponer recurso de apelación contra el fallo que se acaba de proferir, toda vez que nos comparte el criterio usado por el despacho, por cuánto debo reiterar que, de acuerdo con los diversos actos administrativos la entidad que represento liquidado dicha pensión conforme en derecho igualmente debo solicitar a los señores magistrados se verifique cada una de las liquidaciones realizadas por el despacho y se tenga en cuenta los diversos pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia, como son las sentencias, SL- 1974 y SL- 1981 del año 2020 en el sentido de que no procede dicha reliquidación a la hoy demandada en estos términos dejó presentados mis mi recurso, muchas gracias”.

² Ver folios 17 a 18 del archivo 02 del expediente digital, trámite de primera instancia.

³ “El ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso anterior que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE”

⁴ Ver liquidación, archivo GRP-HPE-EV-CC-41369260 del expediente administrativo

se modifican por la entrada en vigencia de una nueva reglamentación, ésta puede crear un régimen de transición normativa cuya finalidad es mantener - para algunas personas- la aplicación de todas o algunas de las reglas que fueron derogadas, o lo que es lo mismo, para darle relevancia o sanción jurídica a las expectativas pensionales de algunos trabajadores.

Esto último fue lo que ocurrió al entrar en vigencia la Ley 100 de 1993, cuyo artículo 36 dispuso un régimen de transición normativa que le fue aplicado a la demandante por tener más de 35 años de edad en el momento en que el nuevo sistema de pensiones entró en vigencia⁵. Dicho régimen mantuvo los requisitos de *edad, tiempo de servicio o número de semanas cotizadas, y el monto –o porcentaje-* para acceder a la pensión de vejez de sus beneficiarios, “*establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados*” (para la situación de la demandante el consagrado en el Acuerdo 049 de 1990).

En consecuencia, para la demandante el monto o porcentaje aplicable a la pensión causada se regula por la norma anterior: el artículo 20 del Acuerdo 049 de 1990, cuyo parágrafo 2º dispone un 45% sobre el IBL cuando la densidad de aportes cotizados sea igual o superior a 500 semanas, y aumentos del 3% por cada 50 semanas adicionales, sin que se pueda superar el 90% sobre el salario base⁶.

Con este criterio normativo procedía la reliquidación de la pensión de vejez de la demandante, pues se demostraron **1.137,14** semanas en toda la vida laboral, sumando tiempos laborados en el sector público (48,57 semanas

⁵ La demandante contaba con 47 años de edad al momento en que entró en vigencia la Ley 100 de 1993, pues nació el 5 de junio de 1946 – ver cédula de ciudadanía aportada con el expediente administrativo (archivo “GEN-ANX-CI-2017_3436338-20170403021053”).

⁶ Esta norma contempla un monto o porcentaje inicial del cuarenta y cinco por ciento (45%) del salario mensual de base y, aumentos equivalentes al tres por ciento (3%) del mismo salario mensual de base por cada cincuenta (50) semanas de cotización que el asegurado tuviere acreditadas con posterioridad a las primeras quinientas (500) semanas de cotización. El valor total de la pensión no podrá superar el 90% del salario mensual de base ni ser inferior al salario mínimo legal mensual ni superior a quince veces este mismo salario.

laboradas por la demandante en BANCO POPULAR⁷ – ver formulario CLEPB en el expediente administrativo⁸), y semanas cotizadas a COLPENSIONES (1088,57 – ver historia laboral actualizada a 12 de agosto de 2021⁹).

De dicha densidad de semanas (1137,14 semanas) resultaba en favor de la demandante una tasa de remplazo del 81%, la que resulta inferior a la obtenida por la juez de primera instancia (83,16%), pero superior a la que tuvo en cuenta COLPENSIONES al momento del reconocimiento pensional (78%).

Los tiempos servidos por la demandante en el sector público se deben computar para definir el monto de la prestación, pues el artículo 17 de Ley 549 de 1999 ordena claramente que *“todos los tiempos laborados o cotizados en el sector público y los cotizados al ISS serán utilizados para financiar la pensión”*. No sobra señalar que COLPENSIONES bien puede adelantar los trámites administrativos pertinentes para obtener de la caja de previsión social y/o del empleador demandado el traslado de aportes con el fin de financiar la pensión reconocida.

Sobre ésta materia, reciente jurisprudencia la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia (SL1947 de 2020, radicado 70918), recogió de forma explícita el criterio que había expresado con anterioridad y dispuso la procedencia de computar los tiempos laborados a entidades públicas con las semanas efectivamente cotizadas al ISS a efectos de conceder la pensión de vejez contemplada el Acuerdo 049 DE 1990. Sobre la materia, dijo la Corte: *“(…) el régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 implicó una protección especial para quienes se encuentran cobijados por éste, en el sentido de que la normativa anterior aplicable tendría los mencionados efectos ultraactivos solamente en los aspectos de edad, tiempo y monto, pues el resto de condiciones pensionales se encuentran regidas por las disposiciones de la Ley 100 de 1993 (...) entonces la forma de computar*

⁷ Antes del cambio de naturaleza jurídica.

⁸ Archivo “GEN-REQ-IN-2019_10399670-20191113065943.pdf”.

⁹ Ver archivo “GRP-SCH-HL-66554443332211_2054-20210812111458.pdf” del expediente administrativo (carpeta 07 del expediente digital).

las semanas para estas prestaciones se rige por el literal f) del artículo 13, el párrafo 1° del artículo 33 y el párrafo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que disponen expresamente la posibilidad de sumar tiempos privados y tiempos públicos, así éstos no hayan sido objeto de aportes a cajas, fondos o entidades de previsión social”, y advirtió que “el propósito de unicidad normativa y sistemática de la ley en comento fue ponerle fin a la injusticia de no conceder pensiones a personas que cumplían el mismo tiempo de trabajo, pero cuyo valor y eficacia frente a la generación de la protección del riesgo difería frente al segmento en el que se prestaba” (SL 1947 dictada el 1° de julio del 2020, M.P. IVÁN MAURICIO LENIS GÓMEZ).

El ingreso base de liquidación de pensiones en el régimen de transición se encuentra regulado en los artículos 21 y 36 de la Ley 100 de 1993, según los cuales se debe tomar para el efecto, cuando falten menos de 10 años para adquirir el derecho, el promedio de lo “*devengado en el tiempo que le hiciere falta [PARA ELLO] o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, actualizado anualmente actualizado con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE*”.

Con esta premisa normativa, se realizarán las operaciones aritméticas para definir la primera mesada con los factores que contempla el decreto referido, durante los últimos 2622 días de cotización de la demandante o toda la vida laboral, lo que sea más favorable para su situación pensional, pues a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 le faltaban 7 años, 2 meses y 4 días para causar la pensión de vejez (el 5 de junio de 2001¹⁰).

Efectuados los cálculos pertinentes para tasar el valor de la mesada, tomando los valores que certifica la historia laboral actualizada de COLPENSIONES y el formato CETIL emitido por el BANCO POPULAR, se obtuvo, con el IBL de lo cotizado en toda la vida laboral una mesada pensional de \$482.849 para el

¹⁰ Ver folio 17 archivo 02 del expediente digital.

año 2001, y con el IBL de lo cotizado en los últimos 7 años, 2 meses y 4 días **\$ 528.296,76**, valor éste último que resulta más favorable a la demandante aunque inferior al que definió la juez de primera instancia (\$579.8058,70), por lo que se modificará tal decisión, conociendo esta materia en consulta a favor de COLPENSIONES.

Es del caso precisar que las pensiones liquidadas conforme lo previsto en la Ley 100 de 1993, incluso en aplicación del régimen de transición, cuentan con su propio sistema de actualización, como quiera que para la liquidación del IBL se aplica la variación del índice de precios al consumidor, según certificación expedida por el DANE (artículo 36 de la Ley 100 de 1993)¹¹. De allí que no resulte exacto referirse a la *indexación de la primera mesada*, como se anotó en la parte resolutive de la sentencia de primer grado, pues el valor obtenido ya se encuentra debidamente actualizado a la data de reconocimiento del derecho pensional.

OPERACIONES ARITMÉTICAS

Periodo	Días Cotizados	IBC	Índice Inicial	Índice final	IBL indexado
ene-66	6	\$ 102,00	0,08	43,27	\$ 55.169
feb-66	28	\$ 510,00	0,08	43,27	\$ 275.846
mar-66	31	\$ 534,00	0,08	43,27	\$ 288.827
abr-66	30	\$ 630,00	0,08	43,27	\$ 340.751
may-66	31	\$ 630,00	0,08	43,27	\$ 340.751
jun-66	30	\$ 630,00	0,08	43,27	\$ 340.751
jul-66	31	\$ 630,00	0,08	43,27	\$ 340.751
ago-66	31	\$ 630,00	0,08	43,27	\$ 340.751
sep-66	30	\$ 630,00	0,08	43,27	\$ 340.751
oct-66	31	\$ 630,00	0,08	43,27	\$ 340.751
nov-66	30	\$ 630,00	0,08	43,27	\$ 340.751
dic-66	31	\$ 630,00	0,08	43,27	\$ 340.751
ene-67	31	\$ 660,00	0,09	43,27	\$ 317.313
feb-67	28	\$ 660,00	0,09	43,27	\$ 317.313
mar-67	31	\$ 660,00	0,09	43,27	\$ 317.313
abr-67	30	\$ 660,00	0,09	43,27	\$ 317.313
may-67	31	\$ 930,00	0,09	43,27	\$ 447.123
jun-67	30	\$ 930,00	0,09	43,27	\$ 447.123
jul-67	31	\$ 930,00	0,09	43,27	\$ 447.123
ago-67	31	\$ 930,00	0,09	43,27	\$ 447.123
sep-67	30	\$ 930,00	0,09	43,27	\$ 447.123

¹¹ Artículo 36 de la Ley 100 de 1993: (...) *“El ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso anterior que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho, **será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE**”*

oct-67	31	\$ 930,00	0,09	43,27	\$ 447.123
nov-67	30	\$ 930,00	0,09	43,27	\$ 447.123
dic-67	31	\$ 930,00	0,09	43,27	\$ 447.123
ene-68	31	\$ 930,00	0,1	43,27	\$ 402.411
feb-68	29	\$ 930,00	0,1	43,27	\$ 402.411
mar-68	31	\$ 930,00	0,1	43,27	\$ 402.411
abr-68	30	\$ 930,00	0,1	43,27	\$ 402.411
may-68	31	\$ 930,00	0,1	43,27	\$ 402.411
jun-68	30	\$ 930,00	0,1	43,27	\$ 402.411
jul-68	31	\$ 930,00	0,1	43,27	\$ 402.411
ago-68	31	\$ 930,00	0,1	43,27	\$ 402.411
sep-68	30	\$ 930,00	0,1	43,27	\$ 402.411
oct-68	31	\$ 930,00	0,1	43,27	\$ 402.411
nov-68	30	\$ 930,00	0,1	43,27	\$ 402.411
dic-68	31	\$ 930,00	0,1	43,27	\$ 402.411
ene-69	31	\$ 930,00	0,1	43,27	\$ 402.411
feb-69	28	\$ 930,00	0,1	43,27	\$ 402.411
mar-69	31	\$ 1.241,00	0,1	43,27	\$ 536.981
abr-69	30	\$ 1.770,00	0,1	43,27	\$ 765.879
may-69	31	\$ 1.770,00	0,1	43,27	\$ 765.879
jun-69	30	\$ 1.770,00	0,1	43,27	\$ 765.879
jul-69	31	\$ 1.770,00	0,1	43,27	\$ 765.879
ago-69	31	\$ 1.770,00	0,1	43,27	\$ 765.879
sep-69	30	\$ 1.770,00	0,1	43,27	\$ 765.879
oct-69	31	\$ 1.770,00	0,1	43,27	\$ 765.879
nov-69	30	\$ 1.770,00	0,1	43,27	\$ 765.879
dic-69	31	\$ 1.770,00	0,1	43,27	\$ 765.879
ene-70	31	\$ 1.770,00	0,11	43,27	\$ 696.254
feb-70	28	\$ 1.770,00	0,11	43,27	\$ 696.254
mar-70	31	\$ 1.770,00	0,11	43,27	\$ 696.254
abr-70	30	\$ 1.770,00	0,11	43,27	\$ 696.254
may-70	31	\$ 1.770,00	0,11	43,27	\$ 696.254
jun-70	30	\$ 1.770,00	0,11	43,27	\$ 696.254
jul-70	31	\$ 1.770,00	0,11	43,27	\$ 696.254
ago-70	31	\$ 1.770,00	0,11	43,27	\$ 696.254
sep-70	30	\$ 1.770,00	0,11	43,27	\$ 696.254
oct-70	31	\$ 1.770,00	0,11	43,27	\$ 696.254
nov-70	30	\$ 1.770,00	0,11	43,27	\$ 696.254
dic-70	31	\$ 1.770,00	0,11	43,27	\$ 696.254
ene-71	31	\$ 1.770,00	0,12	43,27	\$ 638.233
feb-71	28	\$ 1.770,00	0,12	43,27	\$ 638.233
mar-71	31	\$ 1.770,00	0,12	43,27	\$ 638.233
abr-71	30	\$ 2.430,00	0,12	43,27	\$ 876.218
may-71	31	\$ 2.430,00	0,12	43,27	\$ 876.218
jun-71	30	\$ 2.430,00	0,12	43,27	\$ 876.218
jul-71	31	\$ 2.430,00	0,12	43,27	\$ 876.218
ago-71	31	\$ 2.430,00	0,12	43,27	\$ 876.218
sep-71	30	\$ 2.430,00	0,12	43,27	\$ 876.218
oct-71	31	\$ 2.430,00	0,12	43,27	\$ 876.218
nov-71	30	\$ 2.430,00	0,12	43,27	\$ 876.218
dic-71	31	\$ 2.430,00	0,12	43,27	\$ 876.218
ene-72	31	\$ 2.430,00	0,14	43,27	\$ 751.044
feb-72	29	\$ 2.430,00	0,14	43,27	\$ 751.044
mar-72	31	\$ 2.430,00	0,14	43,27	\$ 751.044
abr-72	30	\$ 2.430,00	0,14	43,27	\$ 751.044
may-72	31	\$ 2.430,00	0,14	43,27	\$ 751.044
jun-72	30	\$ 2.430,00	0,14	43,27	\$ 751.044
jul-72	31	\$ 2.430,00	0,14	43,27	\$ 751.044
ago-72	31	\$ 2.430,00	0,14	43,27	\$ 751.044
sep-72	30	\$ 2.430,00	0,14	43,27	\$ 751.044
oct-72	31	\$ 2.430,00	0,14	43,27	\$ 751.044
nov-72	30	\$ 2.430,00	0,14	43,27	\$ 751.044
dic-72	31	\$ 2.430,00	0,14	43,27	\$ 751.044
ene-73	31	\$ 3.540,00	0,16	43,27	\$ 957.349
feb-73	28	\$ 3.540,00	0,16	43,27	\$ 957.349
mar-73	31	\$ 3.540,00	0,16	43,27	\$ 957.349
abr-73	30	\$ 3.540,00	0,16	43,27	\$ 957.349
may-73	31	\$ 3.540,00	0,16	43,27	\$ 957.349
jun-73	30	\$ 3.540,00	0,16	43,27	\$ 957.349
jul-73	31	\$ 3.540,00	0,16	43,27	\$ 957.349

ago-73	31	\$ 3.540,00	0,16	43,27	\$ 957.349
sep-73	30	\$ 3.540,00	0,16	43,27	\$ 957.349
oct-73	31	\$ 3.540,00	0,16	43,27	\$ 957.349
nov-73	30	\$ 3.540,00	0,16	43,27	\$ 957.349
dic-73	31	\$ 3.540,00	0,16	43,27	\$ 957.349
ene-74	31	\$ 3.540,00	0,19	43,27	\$ 806.188
feb-74	28	\$ 3.540,00	0,19	43,27	\$ 806.188
mar-74	31	\$ 3.540,00	0,19	43,27	\$ 806.188
abr-74	30	\$ 3.540,00	0,19	43,27	\$ 806.188
may-74	31	\$ 3.540,00	0,19	43,27	\$ 806.188
jun-74	30	\$ 3.540,00	0,19	43,27	\$ 806.188
jul-74	31	\$ 3.540,00	0,19	43,27	\$ 806.188
ago-74	31	\$ 3.540,00	0,19	43,27	\$ 806.188
sep-74	30	\$ 1.770,00	0,19	43,27	\$ 403.094
oct-74	31	\$ 1.770,00	0,19	43,27	\$ 403.094
nov-74	30	\$ 1.770,00	0,19	43,27	\$ 403.094
dic-74	31	\$ 1.770,00	0,19	43,27	\$ 403.094
ene-75	31	\$ 1.770,00	0,25	43,27	\$ 306.352
feb-75	28	\$ 1.770,00	0,25	43,27	\$ 306.352
mar-75	31	\$ 1.770,00	0,25	43,27	\$ 306.352
abr-75	30	\$ 1.770,00	0,25	43,27	\$ 306.352
may-75	31	\$ 1.770,00	0,25	43,27	\$ 306.352
jun-75	30	\$ 1.770,00	0,25	43,27	\$ 306.352
jul-75	31	\$ 1.770,00	0,25	43,27	\$ 306.352
ago-75	1	\$ 1.770,00	0,25	43,27	\$ 306.352
nov-76	15	\$ 4.410,00	0,29	43,27	\$ 658.002
dic-76	31	\$ 4.410,00	0,29	43,27	\$ 658.002
ene-77	31	\$ 4.410,00	0,36	43,27	\$ 530.058
feb-77	28	\$ 4.410,00	0,36	43,27	\$ 530.058
mar-77	31	\$ 4.410,00	0,36	43,27	\$ 530.058
abr-77	30	\$ 4.410,00	0,36	43,27	\$ 530.058
may-77	31	\$ 4.410,00	0,36	43,27	\$ 530.058
jun-77	30	\$ 4.410,00	0,36	43,27	\$ 530.058
jul-77	31	\$ 4.410,00	0,36	43,27	\$ 530.058
ago-77	31	\$ 4.410,00	0,36	43,27	\$ 530.058
sep-77	30	\$ 4.410,00	0,36	43,27	\$ 530.058
oct-77	31	\$ 4.410,00	0,36	43,27	\$ 530.058
nov-77	30	\$ 4.410,00	0,36	43,27	\$ 530.058
dic-77	31	\$ 4.410,00	0,36	43,27	\$ 530.058
ene-78	31	\$ 4.410,00	0,47	43,27	\$ 406.001
feb-78	28	\$ 4.410,00	0,47	43,27	\$ 406.001
mar-78	31	\$ 4.410,00	0,47	43,27	\$ 406.001
abr-78	30	\$ 4.410,00	0,47	43,27	\$ 406.001
may-78	31	\$ 4.410,00	0,47	43,27	\$ 406.001
jun-78	30	\$ 5.790,00	0,47	43,27	\$ 533.050
jul-78	31	\$ 5.790,00	0,47	43,27	\$ 533.050
ago-78	31	\$ 5.790,00	0,47	43,27	\$ 533.050
sep-78	30	\$ 5.790,00	0,47	43,27	\$ 533.050
oct-78	31	\$ 5.790,00	0,47	43,27	\$ 533.050
nov-78	30	\$ 5.790,00	0,47	43,27	\$ 533.050
dic-78	31	\$ 5.790,00	0,47	43,27	\$ 533.050
ene-79	31	\$ 5.790,00	0,56	43,27	\$ 447.381
feb-79	28	\$ 5.790,00	0,56	43,27	\$ 447.381
mar-79	31	\$ 4.741,00	0,56	43,27	\$ 366.327
abr-79	30	\$ 4.410,00	0,56	43,27	\$ 340.751
may-79	31	\$ 4.410,00	0,56	43,27	\$ 340.751
jun-79	30	\$ 4.410,00	0,56	43,27	\$ 340.751
jul-79	31	\$ 4.410,00	0,56	43,27	\$ 340.751
ago-79	31	\$ 4.410,00	0,56	43,27	\$ 340.751
sep-79	30	\$ 4.410,00	0,56	43,27	\$ 340.751
oct-79	31	\$ 7.470,00	0,56	43,27	\$ 577.191
nov-79	30	\$ 7.470,00	0,56	43,27	\$ 577.191
dic-79	31	\$ 7.470,00	0,56	43,27	\$ 577.191
ene-80	31	\$ 7.470,00	0,72	43,27	\$ 448.926
feb-80	29	\$ 7.470,00	0,72	43,27	\$ 448.926
mar-80	31	\$ 7.470,00	0,72	43,27	\$ 448.926
abr-80	30	\$ 7.470,00	0,72	43,27	\$ 448.926
may-80	31	\$ 7.470,00	0,72	43,27	\$ 448.926
jun-80	30	\$ 7.470,00	0,72	43,27	\$ 448.926
jul-80	31	\$ 9.480,00	0,72	43,27	\$ 569.722

ago-80	31	\$ 9.480,00	0,72	43,27	\$ 569.722
sep-80	30	\$ 9.480,00	0,72	43,27	\$ 569.722
oct-80	31	\$ 9.480,00	0,72	43,27	\$ 569.722
nov-80	30	\$ 9.480,00	0,72	43,27	\$ 569.722
dic-80	31	\$ 9.480,00	0,72	43,27	\$ 569.722
ene-81	31	\$ 9.480,00	0,9	43,27	\$ 455.777
feb-81	28	\$ 9.480,00	0,9	43,27	\$ 455.777
mar-81	31	\$ 9.480,00	0,9	43,27	\$ 455.777
abr-81	30	\$ 9.480,00	0,9	43,27	\$ 455.777
may-81	31	\$ 11.850,00	0,9	43,27	\$ 569.722
jun-81	30	\$ 11.850,00	0,9	43,27	\$ 569.722
jul-81	31	\$ 11.850,00	0,9	43,27	\$ 569.722
ago-81	31	\$ 11.850,00	0,9	43,27	\$ 569.722
sep-81	30	\$ 11.850,00	0,9	43,27	\$ 569.722
oct-81	31	\$ 11.850,00	0,9	43,27	\$ 569.722
nov-81	30	\$ 11.850,00	0,9	43,27	\$ 569.722
dic-81	31	\$ 11.850,00	0,9	43,27	\$ 569.722
ene-82	31	\$ 11.850,00	1,14	43,27	\$ 449.780
feb-82	28	\$ 11.850,00	1,14	43,27	\$ 449.780
mar-82	31	\$ 11.850,00	1,14	43,27	\$ 449.780
abr-82	30	\$ 11.850,00	1,14	43,27	\$ 449.780
may-82	31	\$ 17.790,00	1,14	43,27	\$ 675.240
jun-82	30	\$ 17.790,00	1,14	43,27	\$ 675.240
jul-82	31	\$ 17.790,00	1,14	43,27	\$ 675.240
ago-82	31	\$ 17.790,00	1,14	43,27	\$ 675.240
sep-82	30	\$ 17.790,00	1,14	43,27	\$ 675.240
oct-82	31	\$ 17.790,00	1,14	43,27	\$ 675.240
nov-82	30	\$ 17.790,00	1,14	43,27	\$ 675.240
dic-82	31	\$ 17.790,00	1,14	43,27	\$ 675.240
ene-83	31	\$ 17.790,00	1,41	43,27	\$ 545.939
feb-83	28	\$ 17.790,00	1,41	43,27	\$ 545.939
mar-83	31	\$ 17.790,00	1,41	43,27	\$ 545.939
abr-83	30	\$ 21.420,00	1,41	43,27	\$ 657.336
may-83	31	\$ 21.420,00	1,41	43,27	\$ 657.336
jun-83	30	\$ 21.420,00	1,41	43,27	\$ 657.336
jul-83	31	\$ 21.420,00	1,41	43,27	\$ 657.336
ago-83	31	\$ 21.420,00	1,41	43,27	\$ 657.336
sep-83	30	\$ 21.420,00	1,41	43,27	\$ 657.336
oct-83	31	\$ 21.420,00	1,41	43,27	\$ 657.336
nov-83	30	\$ 21.420,00	1,41	43,27	\$ 657.336
dic-83	31	\$ 21.420,00	1,41	43,27	\$ 657.336
ene-84	31	\$ 21.420,00	1,65	43,27	\$ 561.723
feb-84	7	\$ 21.420,00	1,65	43,27	\$ 561.723
oct-84	30	\$ 25.530,00	1,65	43,27	\$ 669.505
nov-84	30	\$ 25.530,00	1,65	43,27	\$ 669.505
dic-84	31	\$ 25.530,00	1,65	43,27	\$ 669.505
ene-85	31	\$ 25.530,00	1,95	43,27	\$ 566.504
feb-85	28	\$ 25.530,00	1,95	43,27	\$ 566.504
mar-85	31	\$ 25.530,00	1,95	43,27	\$ 566.504
abr-85	30	\$ 25.530,00	1,95	43,27	\$ 566.504
may-85	31	\$ 25.530,00	1,95	43,27	\$ 566.504
jun-85	30	\$ 25.530,00	1,95	43,27	\$ 566.504
jul-85	31	\$ 25.530,00	1,95	43,27	\$ 566.504
ago-85	31	\$ 25.530,00	1,95	43,27	\$ 566.504
sep-85	30	\$ 25.530,00	1,95	43,27	\$ 566.504
oct-85	31	\$ 25.530,00	1,95	43,27	\$ 566.504
nov-85	30	\$ 25.530,00	1,95	43,27	\$ 566.504
dic-85	31	\$ 25.530,00	1,95	43,27	\$ 566.504
ene-86	31	\$ 25.530,00	2,38	43,27	\$ 464.153
feb-86	28	\$ 25.530,00	2,38	43,27	\$ 464.153
mar-86	31	\$ 25.530,00	2,38	43,27	\$ 464.153
abr-86	30	\$ 25.530,00	2,38	43,27	\$ 464.153
may-86	31	\$ 25.530,00	2,38	43,27	\$ 464.153
jun-86	30	\$ 25.530,00	2,38	43,27	\$ 464.153
jul-86	31	\$ 25.530,00	2,38	43,27	\$ 464.153
ago-86	31	\$ 25.530,00	2,38	43,27	\$ 464.153
sep-86	30	\$ 39.310,00	2,38	43,27	\$ 714.682
oct-86	31	\$ 39.310,00	2,38	43,27	\$ 714.682
nov-86	30	\$ 39.310,00	2,38	43,27	\$ 714.682
dic-86	31	\$ 39.310,00	2,38	43,27	\$ 714.682

ene-87	31	\$ 39.310,00	2,88	43,27	\$ 590.605
feb-87	28	\$ 39.310,00	2,88	43,27	\$ 590.605
mar-87	31	\$ 39.310,00	2,88	43,27	\$ 590.605
abr-87	30	\$ 39.310,00	2,88	43,27	\$ 590.605
may-87	31	\$ 47.370,00	2,88	43,27	\$ 711.701
jun-87	30	\$ 47.370,00	2,88	43,27	\$ 711.701
jul-87	31	\$ 47.370,00	2,88	43,27	\$ 711.701
ago-87	31	\$ 47.370,00	2,88	43,27	\$ 711.701
sep-87	30	\$ 47.370,00	2,88	43,27	\$ 711.701
oct-87	31	\$ 47.370,00	2,88	43,27	\$ 711.701
nov-87	30	\$ 47.370,00	2,88	43,27	\$ 711.701
dic-87	31	\$ 47.370,00	2,88	43,27	\$ 711.701
ene-88	31	\$ 47.370,00	3,58	43,27	\$ 572.542
feb-88	29	\$ 47.370,00	3,58	43,27	\$ 572.542
mar-88	31	\$ 47.370,00	3,58	43,27	\$ 572.542
abr-88	30	\$ 61.950,00	3,58	43,27	\$ 748.764
may-88	31	\$ 61.950,00	3,58	43,27	\$ 748.764
jun-88	30	\$ 61.950,00	3,58	43,27	\$ 748.764
jul-88	31	\$ 61.950,00	3,58	43,27	\$ 748.764
ago-88	31	\$ 99.630,00	3,58	43,27	\$ 1.204.187
sep-88	30	\$ 61.950,00	3,58	43,27	\$ 748.764
oct-88	31	\$ 61.950,00	3,58	43,27	\$ 748.764
nov-88	30	\$ 89.070,00	3,58	43,27	\$ 1.076.553
dic-88	31	\$ 61.950,00	3,58	43,27	\$ 748.764
ene-89	31	\$ 61.950,00	4,58	43,27	\$ 585.279
feb-89	28	\$ 79.290,00	4,58	43,27	\$ 749.100
mar-89	31	\$ 79.290,00	4,58	43,27	\$ 749.100
abr-89	30	\$ 79.290,00	4,58	43,27	\$ 749.100
may-89	31	\$ 89.070,00	4,58	43,27	\$ 841.498
jun-89	30	\$ 89.070,00	4,58	43,27	\$ 841.498
jul-89	31	\$ 89.070,00	4,58	43,27	\$ 841.498
ago-89	31	\$ 89.070,00	4,58	43,27	\$ 841.498
sep-89	30	\$ 89.070,00	4,58	43,27	\$ 841.498
oct-89	20	\$ 89.070,00	4,58	43,27	\$ 841.498

	IBL TODA LA VIDA	IBL ÚLTIMOS 7 AÑOS 2 MESES 4 DÍAS
TOTAL DÍAS COTIZADOS	7960	2622
TOTAL DEVENGADO	\$ 158.167.750	\$ 57.003.873
IBL	\$ 596.110	\$ 652.218,23
MONTO	81%	81%
VALOR MESADA PENSIONAL (AÑO 2001)	\$ 482.849	\$ 528.296,76

Para los años subsiguientes, aplicando los incrementos anuales pertinentes, se obtienen las siguientes sumas:

AÑO	IPC	VALOR MESADA
2001	7,65%	\$ 528.296,76
2002	6,99%	\$ 568.711,47
2003	6,49%	\$ 608.464,40
2004	5,50%	\$ 647.953,74
2005	4,85%	\$ 683.591,19
2006	4,48%	\$ 716.745,37
2007	5,69%	\$ 748.855,56

2008	7,67%	\$ 791.465,44
2009	2,00%	\$ 852.170,84
2010	3,17%	\$ 869.214,25
2011	3,73%	\$ 896.768,35
2012	2,44%	\$ 930.217,81
2013	1,94%	\$ 952.915,12
2014	3,66%	\$ 971.401,67
2015	6,77%	\$ 1.006.954,97
2016	5,75%	\$ 1.075.125,83
2017	4,09%	\$ 1.136.945,56
2018	3,18%	\$ 1.183.446,64
2019	3,80%	\$ 1.221.080,24
2020	1,61%	\$ 1.267.481,29
2021	5,62%	\$ 1.287.887,74
2022	13,12%	\$ 1.360.267,03
2023		\$ 1.538.734,06

Se confirmará la decisión de primer grado en cuanto dispuso el pago de las diferencias a partir del 1 de agosto de 2019, pues si bien con la reclamación administrativa presentada en esa fecha¹² se interrumpió la prescripción de las diferencias causadas en los tres años anteriores -desde el 1 de agosto de 2016-, por haberse presentado la demanda el 9 de septiembre de 2020 (archivo 01 del expediente digital), modificar dicha situación haría más gravosa la situación de la entidad en favor de quien se surte la consulta. Sin embargo, se revocará la decisión de primera instancia en cuanto tasó en concreto el retroactivo pensional de las diferencias pensionales adeudadas, pues además de que se está definiendo la mesada pensional en un valor superior, cuando se trata de prestaciones periódicas el saldo final a cargo del deudor sólo se obtiene en el momento en que la entidad hace el pago o la inclusión en nómina.

Finalmente, se confirmará la indexación del retroactivo como quiera que mantener su valor adquisitivo constituye una garantía constitucional¹³.

SIN COSTAS en esta instancia.

¹² Ver folio 19, archivo 02 del expediente digital.

¹³ Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral, Sentencia SL359-2021 Rad. 86405 M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO.

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

RESUELVE

1. **MODIFICAR** el numeral SEGUNDO de la sentencia de primera instancia para definir que la mesada pensional para el año 2001, como consecuencia de la reliquidación ordenada, asciende a la suma de \$528.296,76, y para el año 2023 a \$ 1.538.734,06.
2. **REVOCAR** el numeral **TERCERO** de la sentencia de primera instancia. En su lugar, se **CONDENA** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a reajustar la mesada pensional que viene pagando a MAGDALENA MELO ALGARRA hasta llegar a los siguientes valores: \$1.221.080,24 para el 2019, \$1.267.481,29 para el 2020, \$1.287.887,74 para el 2021, \$1.360.267,03 para el 2022 y \$1.538.734,06 para el 2023.
3. **CONFIRMAR** en lo demás la sentencia de primera instancia.
4. **SIN COSTAS** en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

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



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

**PROCESO ORDINARIO DE MARIELA FERNÁNDEZ VIVAS CONTRA LA
ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**

Bogotá D. C., treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintitrés (2023).

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito, como lo dispone el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reúne la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, para resolver el recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES, y estudiar en grado jurisdiccional de consulta a su favor, la sentencia dictada el 12 de diciembre de 2022 por la Juez Treinta y Cuatro (34) Laboral del Circuito de Bogotá, en la cual se CONDENÓ a la demandada a pagar pensión de vejez e intereses moratorios.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderada, MARIELA FERNÁNDEZ VIVAS presentó demanda contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, para que, mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, se reconozca, liquide y pague, pensión de vejez, con base en el Acuerdo 049 de 1990, intereses moratorios e indexación. Como fundamento de lo pedido afirma que cotizó al ISS, hoy COLPENSIONES, un total de 1.083 semanas, y de forma *alterna* laboró para el Magisterio como docente oficial entidad que, mediante Resolución No. 11484 del 19 de diciembre de 2019, le reconoció pensión vitalicia de jubilación. Solicitó a CLOLPENSIONES el reconocimiento y pago de su pensión de vejez, petición que fue negada. (Ver demanda en archivo 02 folios 7 a 18).

Notificada de la demanda, la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES la contestó mediante apoderada. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones, con fundamento en que la demandante adquirió estatus de pensionada en el FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – FOMAG a partir del 19 de diciembre de 2019, esto es, después del 19 de junio de 2002 (día anterior a la vigencia del Decreto 1278 de 2002), y de conformidad con la Circular Interna No. 1 numeral 1.6.9. de la entidad, la pensión de jubilación que percibe a cargo del FOMAG es incompatible con la pensión de vejez que reclama. Propuso como excepciones de mérito: *inexistencia del derecho reclamado, cobro de lo no debido, buena fe, presunción de legalidad de los actos administrativos, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, carencia de causa para demandar, prescripción, compensación, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público e innominada o genérica.* (Ver contestación en archivo 4 folios 3 a 15).

Terminó la primera instancia con sentencia del 12 de diciembre de 2022, mediante la cual la Juez Treinta y Cuatro (34) Laboral del Circuito de Bogotá CONDENÓ al pago de la pensión reclamada e intereses moratorios. Para tomar su decisión concluyó que la demandante es beneficiaria del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, por edad y semanas, y que cumple los requisitos dispuestos en el Acuerdo 049 de 1990 para el acceso a pensión de vejez. Señaló que la pensión de jubilación reconocida por servicios al magisterio no tuvo en cuenta los aportes efectuados al Sistema General de Pensiones, lo que hace compatibles las prestaciones por tener diferente fuente de financiación. Declaró probada parcialmente la excepción de prescripción y ordenó el pago de intereses moratorios.

La parte resolutive de dicha decisión tiene el siguiente tenor literal: “*PRIMERO: DECLARAR que la demandante Mariela Fernanda Vivas es beneficiaria del régimen de transición de que trata el artículo 36 de la Ley 100 de 1993. SEGUNDO: DECLARAR que la demandante Mariela Fernanda Vivas tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de vejez con base en el*

acuerdo 049 de 1990 y su decreto reglamentario 758 del mismo año a partir del 3 de mayo del 2012 en una suma equivalente \$901.392 pesos junto con los incrementos anuales posteriores y por 13 mesadas al año. TERCERO: DECLARAR la compatibilidad pensional entre la pensión vitalicia de jubilación reconocida la demandante Mariela Fernanda Vivas por el Fondo Nacional de prestaciones sociales del magisterio a través de la resolución 11484 del 19 de diciembre del 2019 y la pensión de vejez que con esta sentencia le es reconocida a cargo de la administradora colombiana de pensiones Colpensiones. CUARTO: CONDENAR a la administradora colombiana de pensiones Colpensiones a pagar a la demandante Mariela Fernanda Vivas, la suma de \$81.195.436 pesos, por concepto de retroactivo pensional causado a partir del 11 de noviembre del 2017 y hasta el 30 de noviembre del 2022. QUINTO: ORDENAR a la administradora colombiana de pensiones Colpensiones incluir en nómina de pensionados a la demandante a partir del primero de enero del 2023, junto con una mesada pensional equivalente a la suma de \$1.318.114 pesos para esta anualidad y los incrementos anuales y posteriores por 14 mesadas anuales. SEXTO: CONDENAR la administradora colombiana de pensiones Colpensiones a pagar a la demandante Mariela Fernanda Vivas, los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 sobre las mesadas causadas y no pagadas a partir del 11 de marzo del 2021 y que se causan hasta cuando se verifique su pago. SÉPTIMO: AUTORIZAR a la demanda para que efectué los descuentos correspondientes por salud. OCTAVO: ABSOLVER a la administradora colombiana de pensiones Colpensiones de las demás pretensiones. NOVENO: DECLARAR parcialmente probada la excepción de prescripción y no probados los demás medios exceptivos formulados por la administradora colombiana de pensiones Colpensiones. DECIMO: CONDENAR a la demandada a las costas del proceso inclúyase en la liquidación la suma equivalente a dos salarios mínimos legales mensuales vigentes valor en que se estiman las agencias en derecho y que deberán ser reconocidos a favor de la demandante Mariela Fernanda Vivas. ONCE: En caso de no ser apelada la presente decisión envíese en grado jurisdiccional de consulta a favor de la administradora colombiana de pensiones Colpensiones de conformidad con lo señalado en el inciso tercero

del artículo 69 del código procesal del trabajo y la seguridad social.” (Audiencia virtual archivo 013 Min. 36:50).

RECURSO DE APELACIÓN

En el recurso, COLPENSIONES pide que se revoque la decisión de primer grado. Afirma que el artículo 128 de la Constitución Política y 19 de la Ley 4 de 1993 prohíben percibir dos prestaciones del *erario*. Subsidiariamente solicita que se revoque la condena por intereses moratorios, pues considera que la negativa *tiene respaldo normativo*, y que se revoque la condena en costas, pues en primera instancia se declaró probada parcialmente la excepción de prescripción. Señala que el reconocimiento debe ser por trece (13) mesadas al año (Audiencia virtual archivo 013 Min. 40:22)¹.

¹ “Su señoría, me permitió interponer respetuosamente el recurso de apelación contra la sentencia proferida por su despacho para que el honorable Tribunal Superior de Bogotá y en su Sala laboral, revoque el anterior y en su lugar se absuelva a mi representada Colpensiones de todas y cada una de las pretensiones o de las condenas impuestas en esta sentencia conforme a los siguientes argumentos: el primero pues quiero mencionar el artículo 128 de la Constitución Política de Colombia que señala “artículo 128 nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público ni recibir más de una asignación que provenga del Tesoro Público o de empresas o instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado salvo los casos expresamente determinados por la ley entiéndase por Tesoro Público el de la nación el de las entidades territoriales y el de las descentralizadas” también me permito reiterar el artículo 19 de la Ley 4 de 1993 en su literal g que dice ordena “Nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público ni recibir más de una asignación que provenga del Tesoro Público o de empresas o instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado”, las normas constitucionales y legales citadas son claras en determinar que por mandato expreso nadie puede devengar o desempeñar más de un empleo público ni recibir más de una asignación que provenga del Tesoro Público también la Corte Constitucional se ha pronunciado sobre eso en sentencia C 674 del 28 de junio del 2011, en donde indicó “El anterior análisis permite concluir que los imperativos de eficiencia que gobiernan la Seguridad Social y el carácter unitario de este sistema hace razonable que el legislador evite que en principio una misma persona goce de dos prestaciones que cumplan idéntica función pues solo eso podría llegar a ser inequitativo sino que además implicaría una gestión ineficiente de recursos que por definición son limitados esta situación explica que el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 al definir las características generales del sistema de pensiones haya precisado en el literal j que ningún afiliado podrá recibir simultáneamente dos pensiones, la razón es elemental estas dos pensiones pretenden proteger a la persona frente a un riesgo común ya que buscan ampararlas en aquellas situaciones en que ella ya no tiene la misma capacidad para seguir trabajando ya sea por los efectos inevitables de las vejez o bien por una enfermedad o un accidente que haya mermado sus capacidades laborales” también en concordancia con el artículo en el decreto 549 de 1990, en su artículo 17 pues también habla de que todos los tiempos laborados o cotizados en el sector público y los cotizados al ISS serán utilizados para financiar la pensión también el artículo 2 del Decreto 2527 de 2002 establece que todos los tiempos laborados o cotizados en el sector públicos y las cotizados al ISS serán utilizados para financiar la pensión y reitera pues el artículo 17 de la Ley 547 de 1999, también quiero solicitarles al honorable Tribunal de Bogotá en su sala laboral que en

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

No fue objeto de controversia que mediante la Resolución 11484 del 19 de diciembre de 2019, la SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DE BOGOTÁ - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, reconoció pensión vitalicia de jubilación a la demandante, a partir del 24 de marzo de 2019, en cuantía inicial de \$2.731.445, por la prestación de servicios como docente de vinculación nacional (archivo 02 folios 71 a 73).

El Tribunal debe definir: (i) si procede o no el reconocimiento de pensión de vejez a cargo de COLPENSIONES; y en dado caso, (ii) si hay lugar al pago de

caso de confirmar esta decisión del juez de primera instancia que sean revocados los intereses moratorios impuestos acá de conformidad con la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, sala de casación laboral, con ponencia del Doctor Jorge Luis Quiroz Alemán, bajo radicado 42556 del 5 de julio del 2017 en donde dijo “La sala como consecuencia de su nueva integración ha considerado pertinentemente moderar esta posición jurisprudencial para aquellos eventos en las que actuaciones de las administradoras de pensiones públicas o privadas, al no reconocer o pagar las prestaciones periódicas a su cargo encuentra en plena justificación bien porque tenga respaldo normativo o porque su postura provenga de la aplicación minuciosa de la ley, sin los alcances o efectos que en un momento dado puedan darle los jueces en la función que le es propia de interpretar las normas sociales y ajustarlas a los postulados y objetivos fundamentalmente la Seguridad Social y que la entidad que la gestiona le compete y le es imposible predecir”, en este punto pues me permito resaltar que Colpensiones en primera medida negó la pensión de vejez solicitada por aquí por la demandante teniendo plena validez, justificación como lo acabo de mencionar en la sentencia anterior pues en el artículo 128 de la Constitución Política en Colombia y las leyes que fueron nombradas como el artículo 19 de la ley 4 192 en el artículo dos de la ley 100 de 1993, en concordancia con el decreto 549 de 1999, en su artículo 17 por lo tanto tiene respaldo normativo y como dice la sentencia aplicación minuciosa de la Ley. Por lo anterior solicitó al honorable magistrado que revoque estos intereses pues Colpensiones ha actuado de buena fe aplicando la normatividad y cuidando los recursos propios que le son asignados. También solicitó al honorable magistrado en caso de confirmar esta sentencia de primera instancia revocar las condenas en costas, ya que salió adelante, la excepción propuesta por mi representada en la contestación de la demanda que fue la de prescripción por lo tal porque lo reitero pues Colpensiones ha actuado de buena fe aplicando la normatividad vigente para el caso en este caso aplicando, dándole prioridad dándole importancia o resaltando el artículo 128 de la Constitución política De Colombia, en caso también de ser confirmada solicitó también que pues según el fundamento de esta sentencia la demandante solo tendría 13 mesadas al año. Por lo anterior, ruego a los honorables magistrados del Tribunal Superior de Bogotá, sala laboral que sean considerados esos argumentos y en consecuencia sea revocada en su integridad la sentencia proferida por este juzgado, una vez me corra traslado el tribunal para presentar alegatos de forma escrita ampliaré sobre estos puntos acá mencionados, muchas gracias.”.

intereses moratorios, y (iii) si procedía la condena en costas de primera instancia a cargo de COLPENSIONES.

(i) PENSIÓN DE VEJEZ. Para resolver lo primero, el inciso segundo del artículo 279 de la Ley 100 de 1993, exceptúa a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio de la aplicación de las reglas del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, y advierte clara y perentoriamente que las prestaciones a cargo de dicho Fondo son *“compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración”*.

En los términos de la norma referida, las asignaciones o prestaciones que surgen a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio por la prestación de servicios docentes son plenamente compatibles con las que surjan del Sistema General de Pensiones regulado por la Ley 100 de 1993.

Sobre la materia se ha pronunciado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia desde antaño y en forma reiterada². En la sentencia con radicado No. 40848 del 6 de diciembre de 2011, esa corporación señaló que los reglamentos del ISS no eliminaron la obligación que tienen los empleadores de afiliar al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones a los trabajadores docentes que presten servicios en centros educativos de naturaleza privada; por el contrario, los señaló como afiliados forzosos del Sistema. Por ello, bien pueden causar las pensiones que nacen de tales aportes. Advirtió además la Corte que los pagos efectuados por el ISS como pensión a sus afiliados no son *asignaciones* del tesoro público, *“en tanto los*

² Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, radicado 40848 del 6 de diciembre de 2011, M.P. Camilo Tarquino Gallego: *“(…) los docentes oficiales vinculados a la entidad que maneja las pensiones de ese sector, si paralelamente laboran para una persona jurídica o natural de carácter privado, pueden afiliarse a una administradora de pensiones, cotizar a la misma, con el subsecuente efecto de que al cumplimiento de las exigencias previstas en su régimen, accederán a las prestaciones propias del mismo”*.

El anterior precedente ha sido reiterado por la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL 451 del 17 de julio de 2013 (M.P. RIGOBERTO ECHEVERRI BUENO), en la cual se concluyó la procedencia de la devolución de saldos en favor de una persona que percibía una pensión de jubilación reconocida por la prestación de sus servicios como docente oficial.

aportes que sirven para su financiación no tienen origen en fondos de naturaleza pública, dado que son realizados por empleadores y trabajadores”³.

Sobre esta materia es particularmente claro el contenido del artículo 13 literal m) de la Ley 100 de 1993.

Se debe señalar, además, que el Acto Legislativo 01 de 2005 no afectó el derecho de la demandante, pues el párrafo transitorio No 14 estableció que el régimen exceptuado de los afiliados al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO se continúa aplicando a los docentes oficiales que se encontraban vinculados con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003 (26 de junio de 2003), como ocurrió con la demandante, pues se vinculó a dicho Fondo el 11 de marzo de 1999 según consta en la Resolución que le reconoció la pensión (archivo 02 folios 71 a 73).

Dicho lo anterior, se debe verificar si la prestación reclamada a cargo del Sistema de Pensiones se causó o no.

Para el efecto se advierte que la demandante conservó el régimen de transición de la Ley 100 de 1993, hasta el 31 de diciembre 2014⁵, pues tenía 36 años de edad para el 1° de abril de 1994 (fecha de entrada en vigencia del régimen de pensiones que creó la Ley 100)⁶ y sumaba más de 750 semanas para la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005 (acreditó **1083,86** semanas para el 25 de julio de 2005 según la historia laboral aportada por

³ *Íbidem.*

⁴ *“El régimen de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial es el establecido para el Magisterio en las disposiciones legales vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, y lo preceptuado en el artículo 81 de esta. Los docentes que se hayan vinculado o se vinculen a partir de la vigencia de la citada ley, tendrán los derechos de prima media establecidos en las leyes del Sistema General de Pensiones, en los términos del artículo 81 de la Ley 812 de 2003”*

⁵ Párrafo transitorio 4° del Acto Legislativo 01 de 2005: *“El régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen, no podrá extenderse más allá del 31 de julio de 2010; excepto para los trabajadores que estando en dicho régimen, además, tengan cotizadas al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigencia del presente Acto Legislativo, a los cuales se les mantendrá dicho régimen hasta el año 2014”.*

⁶ La demandante tenía 36 años (ver cédula de ciudadanía página 75 archivo 01, trámite de primera instancia del expediente digital).

COLPENSIONES -ver expediente administrativo trámite de primera instancia del expediente digital-).

En consecuencia, podía causar la pensión con las reglas dispuestas en el Acuerdo 049 de 1990, que asigna el derecho a las mujeres que llegan a la edad de 55 años, si han efectuado quinientas (500) semanas de cotización durante los veinte (20) años anteriores al cumplimiento de dicha edad, o 1.000 semanas en cualquier tiempo.

Tales requisitos se demuestran cumplidos con la historia laboral referida atrás, y con la copia de la cédula de ciudadanía (ver página 75 archivo 01, trámite de primera instancia del expediente digital) de la cual se deduce que MARIELA FERNÁNDEZ VIVAS cumplió 55 años el 2 de mayo de 2012, fecha para la cual había cotizado al Sistema de Pensiones 1.083,86 semanas.

Frente a la fecha en que procedía el pago de la pensión y en consonancia con reiterado criterio jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, debe recordar el Tribunal que el cumplimiento de los requisitos legales de edad y tiempo de servicios no siempre habilitan el pago de la primera mesada pensional. El ordenamiento jurídico exige para este efecto, el retiro del afiliado del Sistema de pensiones, pues sólo cuando ello ocurre se podrá entender renunciado el derecho que le otorgan las normas legales a incrementar el valor de la pensión con cotizaciones adicionales al número mínimo que exige la Ley para el acceso al derecho (artículo 35 del acuerdo 049 de 1990).

Dicha voluntad de retiro se puede manifestar de forma expresa (cuando se realizan los trámites administrativos de retiro), o se debe entender expresada tácitamente cuando el afiliado que cumple los requisitos legales para acceder a la pensión deja de efectuar aportes al Sistema, o eleva la reclamación de su pensión con los requisitos cumplidos, pues de ambas situaciones se puede entender que renunció al derecho que protege la norma consistente –se repite-

en obtener aumentos en su mesada por cotizaciones adicionales a las mínimas.

Con este referente normativo se advierte del reporte de semanas cotizadas aportado por COLPENSIONES (ver expediente administrativo trámite de primera instancia del expediente digital), que la última cotización de la demandante se hizo en el ciclo de diciembre de 2003 y la edad de pensión la alcanzó el 2 de mayo de 2012 cuando la demandante cumplió 55 años de edad y contaba con 1.083,86 semanas cotizadas en toda la vida laboral. Procedería entonces el pago de la mesada desde esa fecha. No obstante, sobre las mesadas causadas entre el 2 de mayo de 2012 y el 10 de noviembre de 2017 operó la prescripción, pues el término trienal se interrumpió con la reclamación elevada el 11 de noviembre de 2020 (ver página 21 trámite de primera instancia del expediente digital), y la demanda se interpuso el 24 de mayo de 2021 (archivo 01 trámite de primera instancia del expediente digital).

Estudiando en grado jurisdiccional de CONSULTA a favor de COLPENSIONES, el Tribunal liquidó el valor de la primera mesada -para el año 2012- indexando los salarios devengados en los últimos 10 años de cotizaciones, como lo establece el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, pues la actora cuenta con menos de 1250 semanas cotizadas en toda la vida laboral. Para el efecto se tomó el detalle de los salarios certificados en la historia laboral de COLPENSIONES, aplicando a la base salarial una tasa de reemplazo del 78% según la tabla establecida en el parágrafo 2° del Decreto 758 de 1990. De dichas operaciones se obtuvo una suma levemente superior (**\$902.024**) a la reconocida por la juez de primera instancia (**\$901.392**), que no será modificada por estar conociendo esta materia en CONSULTA en favor de COLPENSIONES.

OPERACIONES ARITMÉTICAS

Cálculo Últimos 10 Años							
AÑO	Nº. Días	IPC inicial	IPC final	Factor de indexación	Sueldo promedio mensual	Salario actualizado	Salario anual
1993	36	12,190	76,19	6,250	\$ 150.270	\$ 939.218	\$ 1.127.062
1994	324	14,930	76,19	5,103	\$ 174.525	\$ 890.627	\$ 9.618.771
1995	360	18,290	76,19	4,166	\$ 204.922	\$ 853.635	\$ 10.243.618
1996	360	21,840	76,19	3,489	\$ 280.437	\$ 978.318	\$ 11.739.822
1997	360	26,550	76,19	2,870	\$ 332.306	\$ 953.613	\$ 11.443.353
1998	360	31,230	76,19	2,440	\$ 411.482	\$ 1.003.869	\$ 12.046.432
1999	360	36,420	76,19	2,092	\$ 602.941	\$ 1.261.342	\$ 15.136.110
2000	360	39,790	76,19	1,915	\$ 744.667	\$ 1.425.890	\$ 17.110.677
2001	360	43,270	76,19	1,761	\$ 951.909	\$ 1.676.125	\$ 20.113.501
2002	360	46,580	76,19	1,636	\$ 842.337	\$ 1.377.795	\$ 16.533.539
2003	360	49,830	76,19	1,529	\$ 744.500	\$ 1.138.339	\$ 13.660.073
Total días	3600	Total devengado actualizado a:				2012	\$ 138.772.959
Total semanas	514,29	Ingreso Base Liquidación					\$ 1.156.441
Total Años	10	Porcentaje aplicado					78%
		Primera mesada					\$ 902.024

Se modificará la decisión de la *a quo*, en cuanto dispuso el pago de la prestación en 14 mesadas anuales, con base en el parágrafo transitorio No. 6 del Acto Legislativo 01 de 2005, pues la pensión se causó después del 31 de julio de 2011 (en el año 2012)-; y se revocará el numeral que tasó un valor concreto para la condena de mesadas adeudadas en el pasado, pues en prestaciones periódicas el saldo final a cargo del deudor solo se puede obtener de manera precisa y concreta cuando la entidad haga la inclusión en la nómina de pensionados.

(ii) INTERESES MORATORIOS. Frente a la segunda materia anunciada como objeto de estudio por el Tribunal, el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 ordena el pago de intereses por la mora o retardo en el pago de las mesadas a los afiliados al Sistema.

Si bien esta Sala ha estimado su improcedencia cuando se presenta una controversia razonable en torno al reconocimiento del derecho pensional, o

cuando se asigna la prestación con base en una interpretación judicial, lo cierto es que para el día de hoy la controversia que fue objeto de decisión en este proceso está claramente definida y decantada, desde antaño, por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, razón por la cual se confirmará también la decisión de primera instancia en este punto.

(iii) **CONDENA EN COSTAS.** Igualmente se confirmará la condena en costas a COLPENSIONES, pues el artículo 365 del CGP impone este pago a la parte que resulta vencida en el proceso, es decir, a quien se opone a las pretensiones de una demanda con argumentos que son derrotados, como ocurrió con la demandada en este expediente (Ver contestación en archivo 04 folios 3 a 15).

SIN condena en COSTAS de segunda instancia.

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

RESUELVE

1. **REVOCAR** el numeral CUARTO de la sentencia dictada en primera instancia, en cuanto tasó un valor concreto por concepto de retroactivo pensional.
2. **MODIFICAR** el numeral QUINTO de la sentencia dictada en primera instancia, únicamente en el sentido de establecer (i) que en virtud de la prescripción declarada el retroactivo debe pagarse a partir del 11 de noviembre de 2017, y (ii) que la prestación procede en 13 mesadas al año.
3. **CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia, en lo demás.
4. **SIN COSTAS** en segunda instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

Exp. 35 2022 00192 01

Luz Mery Tovar Salinas contra la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social - UGPP

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

**PROCESO ORDINARIO DE LUZ MERY TOVAR SALINAS CONTRA LA
UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y
CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL –
UGPP**

Bogotá D. C., treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintitrés (2023).

Surtido el traslado a las partes para que presentaran alegatos de conclusión por escrito, como lo establece el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reúne la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, para resolver el recurso de apelación presentado por el demandante, contra la sentencia dictada por la Juez Treinta y Cinco (35) Laboral del Circuito de Bogotá el 20 de febrero de 2023. En dicha providencia se absolvió a la UGPP de pagar pensión de jubilación con fundamento en la Convención Colectiva de Trabajo 2001-2004 suscrita por el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES - ISS y SINTRASEGURIDADSOCIAL.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderada, LUZ MERY TOVAR SALINAS presentó demanda contra la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP, para que mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, se reconozca a su favor pensión de jubilación bajo los parámetros del artículo 98 de la Convención Colectiva de Trabajo suscrita entre el ISS y SINTRASEGURIDADSOCIAL para la vigencia 2001-2004, en cuantía equivalente al 100% del promedio mensual de lo percibido en los últimos 4 años, a partir del 30 de marzo de 2017, en 14 mesadas al año, junto con los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

Además, pide que se disponga el pago de la bonificación prevista en el artículo 103 de la Convención Colectiva, debidamente indexada.

Como fundamento de sus pretensiones afirma que nació el 30 de marzo de 1967 por lo que el mismo día mes y año del 2017 cumplió 50 años, trabajó con el Instituto de Seguros Sociales del 25 de enero de 1993 al 31 de marzo de 2015, tiempo durante el cual ostentó la calidad de trabajadora oficial; el 13 de octubre de 2021 solicitó ante la UGPP el reconocimiento de la pensión de jubilación convencional que le fue negada mediante Resoluciones RDP 002593 del 2 de febrero de 2022 y RDP 008024 del 29 de marzo de ese mismo año (ver demanda y su subsanación folios 1 a 13 archivo 01 y archivo 04 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Notificada la demanda y corrido el traslado legal, fue contestada por la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP mediante apoderada. Se opuso a las pretensiones con fundamento en que la demandante no cumplió los requisitos establecidos en la Convención durante su vigencia, esto es, antes del 31 de octubre de 2004, convención que aun cuando se hubiere prorrogado perdió vigor el 31 de julio de 2010 conforme a lo dispuesto en el Acto Legislativo 01 de 2005. En su defensa propuso como excepciones de mérito las de inexistencia del derecho y la obligación, prescripción, buena fe de la UGPP y la genérica (ver contestación y su subsanación folios 1 a 7 archivo 09 y archivo 12 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Terminó la primera instancia con sentencia del 20 de febrero de 2023, a través de la cual la Juez Treinta y Cinco (35) Laboral del Circuito de Bogotá ABSOLVIÓ a la UGPP de las pretensiones incoadas. Para tomar su decisión, la Juez de primera instancia consideró que la demandante no cumplió con el requisito de tiempos de servicios previsto en la norma convencional (20 años al servicio del ISS como trabajadora oficial) en tanto sólo acumuló 17 años, 10 meses y 28 días. Preciso, con apoyo en jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, que para el cómputo del tiempo no puede considerarse el tiempo servido como empleada pública.

Exp. 35 2022 00192 01

Luz Mery Tovar Salinas contra la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social - UGPP

La parte resolutive de la sentencia apelada tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: ABSOLVER a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL, UGPP de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por parte de LUZ MERY TOVAR SALINAS. SEGUNDO: DECLARAR probada la excepción denominada inexistencia del Derecho y de la obligación propuesta por la UGPP. TERCERO: CONDENAR en COSTAS a la parte demandante, por lo tanto, se fija a su cargo la suma de \$100.000 como agencias en derecho. CUARTO: En caso de no ser apelada la presente sentencia CONSÚLTESE con el superior.”* (Audiencia virtual, archivo No. 015 del expediente digital, récord 50:50, trámite de primera instancia).

RECURSO DE APELACIÓN

En recurso, la demandante afirma que la pensión de jubilación convencional se adquiere por cumplir 20 años de servicio continuos o discontinuos al ISS y la edad, sin que de manera alguna se exija que dicho tiempo deba ser como trabajador oficial. Esta última condición, debe verificarse, a su juicio, únicamente para determinar si está o no cobijado por la Convención Colectiva de Trabajo. Sostiene que el artículo 101 de la Convención también prevé la posibilidad de acumular tiempos con otras entidades públicas, de allí que se entienda que podía haber trabajado como empleada pública. En ese sentido, advierte, se trata de una servidora oficial que de acuerdo con la literalidad del artículo prestó 20 años continuos de servicios al ISS¹ (Audiencia virtual,

¹ “Me permito interponer recursos de apelación, buscando con ello que los honorables magistrados puedan revocar el fallo de instancia considerando los siguientes puntos de acuerdo con lo señalado por la misma colección colectiva de trabajo suscrito entre ISS y la Seguridad Social el 31 de octubre, el año 2001, el reconocimiento de la pensión de jubilación convencional se adquiere por cumplir 20 años de servicio continuos o discontinuos al ISS junto con la edad, esa es la textualidad del artículo. Nunca se señala en el artículo que sus 20 años de servicio continuo discontinuo al ISS deben ser en calidad de trabajador oficial, afirmación que genera que la UGPP, en este caso la jurisdicción, añade un requisito adicional que no contempla el articulado, teniendo en cuenta que este debate ya fue resuelto por la Corte Suprema de Justicia en un caso exacto al de mi poderdante en este evento, la Corte Suprema de Justicia señaló efectivamente nos aplicamos al clausulado 20 años de servicio al ISS no dice absolutamente nada de la calidad, una cosa diferente es con qué calidad yo adquiero el beneficio de poder afiliarme y beneficiarme de una convención colectiva de trabajo, para yo poder afiliarme que a un sindicato y poder ser beneficiario de la Convención colectiva, tengo que tener al momento en que se expide o que se da la Convención colectiva de trabajo la calidad de trabajador oficial. Efectivamente, teniendo en cuenta que un empleado público no

Exp. 35 2022 00192 01

Luz Mery Tovar Salinas contra la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social - UGPP

archivo No. 015 del expediente digital, récord 51:24, trámite de primera instancia).

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

No fue objeto de controversia que la demandante laboró, de manera interrumpida para el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, entre el 25 de enero de 1993 y el 31 de diciembre de 2014, así: (i) del 23 de enero de 1993 al 1 de febrero de 1997 en el cargo de Auxiliar de Servicios, vinculada mediante relación legal y reglamentaria como empleada pública; y (ii) del 3 de marzo de 1997 al 31 de diciembre de 2014 en el cargo de *Técnico Administrativo*, vinculada a través de contrato de trabajo como *trabajadora oficial* (ver CETIL

se puede beneficiar de una convención colectiva de trabajo y eso es así porque en un 90% la calidad de los empleos de los trabajadores del ISS en su momento entre empleados públicos y trabajadores oficiales, en algún momento fueron trabajadores de la Seguridad Social, ni siquiera contemplados como oficiales o públicos. Esa es la razón por la cual la redacción del articulado del artículo 98 y 101 de la Convención no hizo claridad o específicos y tenían que ser trabajadores oficiales o empleados públicos. Simplemente consagró que tenían que ser trabajadores al servicio del ISS que prestarán 20 años continuos o discontinuos, teniendo en cuenta lo anterior, se debe tener en cuenta la calidad de trabajador oficial para poder ser cobijado por la Convención colectiva de trabajo. Suscrita entre el ISS y la Seguridad Social el 31 de octubre de 2001, la calidad para ese 31 de octubre de 2001 y para ese año, las certificaciones anexas dentro del plenario se verifica que el poderdante a esa fecha y es más hasta el año 2003, cuando el Seguro Social se terminó y mi poderdante continúa en 2014 tuvo la calidad de trabajador oficial, razón por la cual sí se podía ver cobijada por dicha Convención, sin embargo, quisiera precisarle también a los honorables magistrados que el Seguro Social en su momento también comentó la posibilidad del artículo 101 de poder tener a empleados públicos antes de tener la calidad de trabajadores oficiales del ISS en el artículo 101, y esto es para diferentes personas que hubieran trabajado en entidades públicas bajo la calidad de empleados públicos y que pudieran sumar el tiempo para qué pudieran tener verse beneficiados. Esto es, más allá de generar que las partes si tuvieron en cuenta esta posibilidad de que durante el transcurso de los 20 años hubieran personas que hubieran trabajado como empleados públicos, sí podían verse, cobijadas aún de la convención colectiva de trabajo. Ahora bien, le permitió traer a colación, adicional a lo anteriormente expuesto a la sentencia de mi ubicación SU 347 de 2022 donde la Corte Constitucional, a través de la magistrada doctora Cristina Pardo Zinger, manifestó respecto a las pensiones convencionales del ISS de la Tecno 98 del artículo 101, lo siguiente, Hablo con ellas en el expediente 8.500 14.250. Después de realizar el análisis correspondiente, la sala plena estableció que en el asunto bajo revisión se cumplían los requisitos generales de procedencia formal de la acción de tutela contra providencias judiciales posteriormente, la Corte concluyó que la sala de descongestión número dos de la Sala de casación laboral de la Corte Suprema de Justicia había incurrido en un defecto procedimental, por exceso ritual manifestado al desestimar los cargos de casación a la luz de un estándar valorativo flexible a los requisitos de técnica, al efectuar una lectura interesante de los cargos alegados para determinar si la acusación podría entenderse esencialmente práctica”, textuales, para poder concluir lo que a grandes rasgos o señala esta sentencia de unificación y es que se debe aplicar la convención colectiva de trabajo aún más allá del 31 de julio del año 2010, que se debe aplicar en el contexto del articulado tal cual como lo contempla y posteriormente que en el caso de mi poderdante, no hay duda alguna y así lo certifica la UGPP, y el Seguro Social en su momento que hay para el año 2003 hasta que estuvo vigente mi poderdante para ser cobijada por la Convención colectiva de trabajo. Era una trabajadora oficial y que, de acuerdo con la literalidad del artículo, prestó 20 años continuos al ISS, muchas gracias”.

Exp. 35 2022 00192 01

Luz Mery Tovar Salinas contra la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social - UGPP

folios 94 a 96 y certificación laboral folios 98 a 100, archivo 01 del expediente digital trámite de primera instancia).

En consonancia con el recurso de apelación, corresponde al Tribunal establecer si la demandante causó o no el derecho a la pensión de jubilación extralegal prevista en el artículo 98 de la Convención Colectiva 2001 – 2004 suscrita entre el ISS y SINTRASEGURIDADSOCIAL.

Para resolver lo que corresponde se debe precisar que las Convenciones Colectivas de Trabajo en las cuales se reconocían derechos extralegales en materia pensional fueron terminadas por mandato de los parágrafos segundo y tercero transitorios del artículo 48 de la Constitución Política. Por ello, los derechos pensionales extralegales que no se hubieran causado o consolidado para el 31 de julio de 2010 se tornaron en expectativas fallidas y sin posibilidad de generar un derecho en el futuro por ausencia de fundamento normativo.

Solamente los trabajadores que para el 31 de julio de 2010 hubieran cumplido la totalidad de requisitos que el acuerdo extralegal estipulaba para causar la pensión tendrán un derecho laboral cierto, indiscutible y adquirido, que por ser así no se podía derogar en normas posteriores.

Aplicando este razonamiento al asunto bajo estudio, se advierte que la Convención Colectiva de trabajo vigente en el periodo 2001-2004, suscrita entre el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES y el SINDICATO NACIONAL DE TRABAJADORES DE LA SEGURIDAD SOCIAL – SINTRASEGURIDADSOCIAL (páginas 16 a 86, archivo 01, carpeta 01 del expediente digital), otorgaba pensión de jubilación a los trabajadores oficiales que tuvieran 20 años de servicios al Instituto y 50 años de edad para las

mujeres² (página 47 ibídem.), norma que permitía la acumulación de tiempos de servicio a otras entidades de derecho público (página 48, ibíd.)³.

Sobre el momento en que nace la prestación reclamada en la demanda, la sentencia SL 3343 de 2020 (M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO) de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, cambió el criterio jurisprudencial de interpretación que venía aplicando sobre el artículo 98 de la Convención Colectiva, y estableció que la edad es un requisito de exigibilidad del derecho y no de causación, pues -en palabras de las Corte- :*“el derecho pensional puede ser adquirido por los ex trabajadores que al momento del retiro tengan acreditado el tiempo de servicios, pero no la edad. Lo anterior, en tanto si bien el artículo alude a trabajadores oficiales, ello no excluye el beneficio a quienes tuvieron tal condición, pero arribaron a la edad enunciada con posterioridad a la finalización de sus contratos, pues dicha circunstancia no desvirtúa la calidad que una vez tuvieron: la de trabajadores oficiales al servicio de la entidad que, en últimas, es lo que exige la norma referida”*.

Por ello los requisitos convencionalmente dispuestos para causar la pensión - a juicio de la Corte- se reducen a dos: ostentar la calidad de trabajador oficial de la entidad, y haber prestado servicios por más de 20 años.

Frente a la posibilidad de acumular tiempos servidos en relaciones *legales y reglamentarias* (empleados públicos) para para acceder a la prestación reclamada, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia estableció que solo los tiempos acumulados en condición de trabajador oficial dan lugar a la pensión, y los servicios prestados en virtud de formas de vinculaciones diferentes como la de los empleados públicos no pueden ser

² El artículo 98 de la Convención Colectiva referida tiene el siguiente tenor literal: *“El trabajador oficial que cumpla veinte (20) años de servicio continuo o discontinuo al Instituto y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) años si es hombre y cincuenta (50) años si es mujer, tendrá derecho a pensión de jubilación en cuantía equivalente al 100% del promedio de los percibido en el periodo que se indica a continuación para cada grupo de trabajadores oficiales: (...) [p]ara quienes se jubilen entre el primero de enero de 2007 y treinta y uno de diciembre de 2016, 100% del promedio mensual de lo percibido en los tres últimos años de servicio (...)”*.

³ El artículo 101 de la norma convencional dispone: *“Los servicios prestados sucesiva o alternativamente en las demás entidades de derecho público podrá acumularse para el cómputo de tiempo requerido para poder tener derecho a pensión de jubilación y el monto correspondiente se distribuirá en proporción al tiempo laborado en cada una de tales entidades”*.

tenidos en cuenta, pues a este tipo de servidores no se aplican las convenciones colectivas (sentencia SL678 de 2020)⁴

Con las anteriores premisas normativas y jurisprudenciales, el Tribunal confirmará la decisión de primera instancia que negó las pretensiones incoadas, pues no se cumplieron las condiciones que contemplaba la norma convencional. El tiempo servido por la demandante como trabajadora oficial corrió entre el 3 de febrero de 1997 y el 31 de diciembre de 2014 (folios 94 a 96 y 98 a 100, archivo 01), y es inferior 20 años exigidos para hacerse beneficiaria de la pensión de jubilación convencional que reclama (suma 17 años, 10 meses y 28 días).

Sobre el artículo 101 de la Convención Colectiva, del cual se reclama aplicación en el recurso, se pronunció también el órgano de cierre de esta jurisdicción recientemente, para precisar que, bajo ese precepto, tampoco es posible considerar los tiempos servidos en una relación legal y reglamentaria. Dijo la Corte: *“(...) Tampoco considera la Sala que la integración del artículo 101 de la convención colectiva de trabajo 2001-2004 revierta la decisión del Tribunal, pues es una cláusula que regula una situación diferente de la que aquí se debate, esto es, cuando un trabajador oficial del ISS pretende sumar*

⁴ “Pues bien, para dar al traste con el ataque solo basta decir que la decisión del juzgador se encuentra a tono con la línea de pensamiento mayoritaria de esta Corte en cuanto a que la convención colectiva de trabajo del I.S.S. 2001-2004, en lo que atañe al asunto bajo examen, perdió vigencia el 31 de julio de 2010 y, en ese sentido, la actora para dicha data no verificó los supuestos estatuidos en el acuerdo colectivo.

*Pero hay más. La promotora del proceso tampoco probó haber laborado al menos 20 años en condición de **trabajadora oficial**, durante todo el tiempo de servicios.*

*En efecto, como se dejó claro en la demanda y en la sentencia del Tribunal, hecho que además la censura aduce no discutir, se insiste, la demandante prestó sus servicios en dos distintas oportunidades al ISS, la primera de ellas, del **11 de julio de 1988 al 10 de julio de 1989 cuando lo hizo en calidad de empleada pública**, lapso que, por ende, no puede computarse para efectos de satisfacer las exigencias de la cláusula convencional, toda vez que a ese tipo de servidores no se les aplican las convenciones colectivas de trabajo. Aunado a que el precepto convencional es palmario en establecer que los 20 años deben ser en calidad de trabajador oficial, pues su artículo 98 disponía: “**El Trabajador oficial** que cumpla veinte (20) años de servicio continuo o discontinuo al Instituto (...)”.*

En consecuencia solamente el tiempo en que fue trabajadora oficial, es decir, del 23 de septiembre de 1993 al 31 de marzo de 2013, podía contabilizarse para los efectos prestacionales, lapso que no suman los 20 años exigidos como requisito de temporalidad para lograr la pensión de jubilación convencional.” (Negrilla del texto original).

Exp. 35 2022 00192 01

Luz Mery Tovar Salinas contra la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social - UGPP

tiempos de servicios prestados en otras entidades de derecho público, que no fue lo invocado desde la demanda inicial. Ni siquiera es posible darle el alcance que a esta última norma le quiere otorgar la casacionista, cuando dice que la lectura conjunta de los artículos 98 y 101 de la convención permite entender que se pueden sumar tiempos servidos en condición distinta a la de trabajadora oficial, dado que una cosa es que en la convención se acordó aprovechar vinculaciones con terceros para causar la pensión, pero eso no significa que la empleadora y el sindicato hayan acordado que otras «calidades» de servicios prestados a la misma entidad pudieran ser tenidas en cuenta. Esta es una deducción de la casacionista que carece de soporte, pues no es un acuerdo que emerja del texto del artículo convencional” (SL3170 de 2022)

En todo caso, precisa la Sala, de tenerse en cuenta los periodos en los que la demandante tuvo una vinculación legal y reglamentaria con el ISS, tampoco habría lugar al reconocimiento de la pensión, pues el derecho se habría causado en el año 2013, fecha para la cual la convención colectiva había perdido vigencia, conforme a las previsiones del Acto Legislativo 01 de 2005 antes mencionadas.

COSTAS en esta instancia a cargo de la demandante.

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

RESUELVE

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Exp. 35 2022 00192 01
Luz Mery Tovar Salinas contra la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social - UGPP


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado


LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

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


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

**PROCESO ORDINARIO DE MABEL XIMENA ANDRADE HERNÁNDEZ
CONTRA LA COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO SERVICOPAVA Y
SOLIDARIAMENTE FRESENIUS MEDICAL CARE**

Bogotá D. C., treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintitrés (2023).

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito, como lo dispone el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reúne la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, para resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la parte demandante, contra la sentencia dictada el 30 de septiembre de 2022 por la Juez Treinta y Seis (36) Laboral del Circuito de Bogotá. En ella se DECLARÓ probada la excepción de inexistencia de la obligación y se ABSOLVIÓ de las pretensiones incoadas en la demanda, con las que se procuraba el reintegro por estabilidad laboral reforzada.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, MABEL XIMENA ANDRADE HERNÁNDEZ presentó demanda contra la COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO SERVICOPAVA y solidariamente contra FRESENIUS MEDICAL CARE, para que, mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, se declare la ineficacia de la terminación del contrato de trabajo asociativo, ocurrida el 6 de julio de 2016. En consecuencia, pide que se ordene la reinstalación sin solución de continuidad. De manera subsidiaria solicita que se declare que entre las demandadas SERVICOPAVA y la demandante existió un convenio

asociativo, en virtud del cual se remitió a la señora MABEL XIMENA a FRESENIUS MEDICAL CARE para desempeñar allí sus funciones, que se declare que el despido se realizó sin mediar la autorización del inspector del trabajo y por ello se trata de un despido sin justa causa. En consecuencia, pide que se ordene el pago de las prestaciones sociales, junto con la indemnizaciones moratorias, la indemnización por despido sin justa causa, y la prevista en la Ley 361 de 1997.

Como fundamento de sus pretensiones, MABEL XIMENA ANDRADE HERNÁNDEZ afirma que celebró contrato de trabajo asociativo con la COOPERATIVA SERVICOPAVA, en virtud del cual ingresó a laborar el 4 de diciembre de 2008 en FRESENIUS MEDICAL CARE en el cargo de auxiliar de lavandería, y devengaba la suma de \$900.000 mensuales. En vigencia de la relación, desarrolló las patologías *SÍNDROME DE MANGUITO ROTATORIO y SÍNDROME DE TÚNEL CARPIANO, EPICONDILITIS LATERAL, TENDINITIS DE BICEPS BRAQUIAL, CABIOS DEGENERATIVOS ACROMOS BILATERALES, BURSITIS SUBACOMIO-SUBDELTOIDEA Y SOBCONRACOLDEA*, que no han sido calificadas. Mediante resolución No. 094 de 6 de julio de 2016, emanada de SERVICOPAVA, fue notificada de la decisión de retiro. En virtud de la orden impartida en la acción de tutela que conoció el Juzgado 21 Penal Municipal con Función de Garantías y que confirmó el Juzgado 50 Penal del Circuito, fue reintegrada el 27 de octubre de 2016 al cargo de auxiliar de oficina en la COOPERATIVA SERVICOPAVA. Aduce que FRESENIUS MEDICAL CARE no cumplió con la orden de tutela. Afirma que no se han pagado los salarios dejados de percibir entre el 6 de julio de 2016 y el 27 de octubre de 2016. Finalmente señala que SERVICOPAVA pagó la liquidación definitiva de compensaciones por terminación del convenio de asociación (ver demanda y su subsanación folios 5 a 18 y 208 a 221 del archivo 01 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Notificada la admisión de la demanda y corrido el traslado legal, fue contestada por la COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO SERVICOPAVA y por FRESENIUS MEDICAL CARE.

FRESENIUS MEDICAL CARE, a través de apoderado judicial, se opuso a las pretensiones aduciendo que la demandante no tuvo vinculación como trabajadora con esa empresa. Afirma que suscribió un contrato de prestación de servicios de carácter mercantil con SERVICOPAVA, mediante el cual ésta última le presta el servicio de aseo a través de sus asociados. En su defensa propuso como excepciones las que denominó *falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de fuero o estabilidad legal reforzada, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, compensación y la genérica* (ver contestación folios 265 a 273 del archivo 01 del expediente digital, trámite de primera instancia).

La COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO SERVICOPAVA, a través de apoderado judicial, se opuso también a las pretensiones de la demanda. Afirma que no existió relación laboral con MABEL XIMENA ANDRADE HERNÁNDEZ, pues el vínculo entre las partes se originó en un convenio de asociación firmado y aceptado por la demandante el 4 de diciembre de 2008, previa solicitud de afiliación elevada por ella misma. En ese orden, lo devengado correspondió a las compensaciones previstas en los estatutos y regímenes de la cooperativa. Aseveró que SERVICOPAVA cubre la totalidad de procesos no misionales de FRESENIUS MEDICAL CARE COLOMBIA S.A. mediante contrato de prestación de servicios y orden de compra. En su defensa propuso como excepciones las que denominó *cobro de lo no debido, compensación, inexistencia de la obligación, buena fe, pago parcial y total, inexistencia de contrato de trabajo, prescripción y genérica* (ver contestación folios 340 a 352 del archivo 01 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Terminó la primera instancia con sentencia del 30 de septiembre de 2022, a través de la cual la Juez Treinta y Seis (36) Laboral del Circuito de Bogotá DECLARÓ que entre la demandante y SERVICOPAVA existió un convenio asociativo entre el 4 de diciembre de 2008 y el 6 de julio de 2016. Encontró probada la excepción de inexistencia de la obligación, y ABSOLVIÓ a las demandadas de las pretensiones incoadas en su contra. Para tomar su decisión, tuvo en cuenta que entre la demandante y la demandada SERVICOPAVA se ejecutó un convenio de asociación entre el 4 de diciembre de 2008 y el 6 de julio de 2016. Frente a la estabilidad laboral, tuvo en cuenta la calificación que le fue realizada a la demandante por COMPENSAR EPS, junto con la historia clínica, y de ahí estableció que a la fecha de terminación del vínculo asociativo no se encontraba en situación de debilidad manifiesta, no tenía ninguna recomendación, ni incapacidad médica. Frente a las pretensiones subsidiarias, encontró probado el convenio de Trabajo Asociado con SERVICOPAVA, mediante el cual prestó un servicio a FRESENIUS MEDICAL CARE COLOMBIA S.A. y por ello las acreencias laborales se rigen por dicho convenio y no por el CST.

La parte resolutive de esta providencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR que entre la demandante y SERVICOPAVA existió un convenio de asociación del 4 de diciembre de 2008 al 6 de julio de 2016. SEGUNDO: ABSOLVER a COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO SERVICOPAVA y a FRESENIUS MEDICAL CARE COLOMBIA S.A. de todas y cada una las pretensiones incoadas por la demandante. TERCERO: DECLARAR probada la excepción de inexistencia de la obligación. CUARTO: Sin costas en esta instancia. QUINTO: CONSÚLTESE con el superior la presente sentencia en favor de la demandante, en caso de no ser apelada acorde con lo dispuesto en el Art. 69 del C.P.T. y S.S.”* (Audiencia virtual, archivo 21 del expediente digital, trámite de primera instancia, récord 1:08:18).

RECURSO DE APELACIÓN

En el recurso de apelación, la apoderada de la DEMANDANTE afirma, en síntesis, que la pretensión principal de la demanda se dirigía a que se declarará ineficaz la terminación del *contrato de trabajo*, al existir estabilidad laboral reforzada, por lo que estima que existió una indebida interpretación de la demanda. Expone que lo pretendido es la estabilidad laboral reforzada que hace referencia a un vínculo laboral. Enfatizó que en la demanda se hizo referencia al trabajador y a la declaratoria de la existencia de un contrato de trabajo, lo que se debió estudiar como pretensión principal. Por lo anterior solicita que se estudie la existencia del contrato de trabajo y las obligaciones que de este se derivan, así como la presunción prevista en el artículo 24 del CST y la prevalencia de la realidad sobre las formas. En cuanto a la ineficacia de la terminación, asevera que el desconocimiento de la limitación del trabajador obliga al juez a indagar el verdadero estado de salud, refiere como precedente en la materia la sentencia SL6850-2016. Plantea que tan solo cinco (5) días después de levantarse la incapacidad se da el despido de la trabajadora, lo que indica un nexo causal entre las patologías y el despido, y que en el dictamen no se tuvieron en cuenta la totalidad de las patologías; además, en el año 2015 la Junta Regional había calificado a la demandante, y si bien no le dio un porcentaje de pérdida de capacidad laboral, ya estaban estructuradas las patologías y el empleador tenía conocimiento de esta situación. Precisa que lo pretendido es el reintegro definitivo, y que la demandada solo dio cumplimiento de manera transitoria a tal pretensión por orden de tutela. Solicita que, de no acceder a las pretensiones principales, se acceda a las peticiones subsidiarias¹ (Audiencia virtual, archivo 14 del expediente digital, trámite de primera instancia, récord 1:09:45).

¹ “Gracias, señora juez si voy a interponer recurso de apelación, usted me indica si de una vez lo sustentó, uso de la palabra para que proceda a sustentarlo bueno, gracias bueno interpongo recurso apelación, conforme en los argumentos que a continuación me permito exponer en primer lugar, en lo que respecta a las pretensiones formuladas como principales en la demanda solicitó el honorable tribunal, se revoque la sentencia por indebida valoración de la prueba relacionada con el libelo de mandatorio conforme a lo siguiente principalmente la demanda fue leída la sentencia del a quo a partir de una interpretación en la que indica que se estaba solicitando la ineficacia de un convenio de asociación situación que resulta totalmente equivocada, pues me permito leer la pretensión principal de la demanda para determinar que ello no corresponde a la realidad “uno declarar la terminación del contrato de trabajo”, y para quien se determinó esta pretensión, pues para que se declarara ineficaz y “por

estabilidad reforzada laboral por debilidad, manifiesta claramente allí queda indicado entonces que de ninguna manera se estuvo afirmando ni pretendiendo la declaratoria de un convenio de asociación por lo que consideró una indebida interpretación de la demanda adicionalmente, para reforzar en caso de existencia de una duda sobre aquella lectura de la demanda también es importante observar que es coherente la demanda en su integridad por lo siguiente porque en la prevención subsidiaria, también se ordena la declaratoria de la demandada a FRESENIUS MEDICAL CARE, la demandante y “existió un contrato emanado de la realidad a término indefinido es decir, en las pretensiones subsidiarias largamente, se estableció que se estaba acudiendo al principio de la primacía de la realidad sobre las formas para declarar la existencia de un contrato a término indefinido y un contrato de trabajo pero esto es coherente porque antes de este numeral primero de las pretensiones subsidiarias hay una un párrafo explicativo donde dice lo siguiente, “en el evento que su despacho considere que el despido del trabajador sí produce efectos” está hablando todo el tiempo o está tratando la demanda todo el tiempo de un trabajador más, no de un asociado adicionalmente, para resaltar la coherencia de la demanda en el numeral tercero de las pretensiones subsidiarias, se trata del cuando se le dice que se “declarar que el último salario devengado por mi representada fue la suma de 900.000,” claramente hace referencia al salario, más no al pago de compensaciones derivadas de un convenio de asociación situación que además, ya se había aclarado cuando la señora juez anterior cuando sé que terminó cuando se fijó la litigio ella misma resaltó estos puntos que yo les estoy indicando en este momento de manera que sí, resulta bastante desatinado que la mayoría de las pretensiones hayan sido descartadas por una indebida interpretación de la demanda pero no bastando con ellos también voy a resaltar los hechos de la demanda que dan cuenta de que si trataba de una declaratoria de existencia de contrato de trabajo porque en el hecho 16 del libelo de mandatorio hace referencia a que las demandadas no han pagado los salarios, ojo salarios, no se habla de ningún tipo de compensación dejado de percibir desde la fecha de la terminación, es decir desde el 06 de julio 2016 a la fecha reintegro que se produjo el 27 de octubre de 2016, punto que también se resaltó al momento de fijar la que determinar la fijación del indio en la audiencia del 77, porque la juez al preguntarle en ese momento, la apoderada de la parte demandante, que aclarara ese punto se resaltó que se estaban hablando de salarios más no del pago de compensaciones entonces resulta extraño para la parte actora que ahora se pretende decir que toda la demanda pretendía una declaratoria de ineficacia de un convenio de esas de asociación, cuando ni expresa ni tácitamente el libelo de mandatorio así lo indica, pero por otra parte para denotar la coherencia de todo el texto de mandatorio resaltó otros puntos, uno que se pretendió todo el tiempo la ineficacia por estabilidad laboral no por estabilidad laboral ocupacional recordemos que la estabilidad ocupacional hace referencia a una estabilidad laboral de trabajadores que no tengan vínculo laboral aquí todo el tiempo en todo el transcurso de la demanda y del proceso se discutió la estabilidad reforzada laboral de lo cual sí tiene y se conoce jurídicamente que es derivada de la existencia de un contrato de trabajo pero no, no bastando con todo lo anterior al referirnos o al remitirnos a los fundamentos de derecho, a las razones de derecho expuestas en el libelo de mandatorio pues encontramos específicamente que la demanda se sustenta en normas relacionadas con el contrato de trabajo, como por ejemplo el decreto 019 del 10 de enero de 2012, el artículo 137 de la ley 369 del 97, relacionado con la estabilidad laboral reforzada redundando, hago referencia a contrato de trabajo también hace referencia al artículo 53 de la constitución política, que trata del principio del primacía, realidad sobre las formas, entre los otros principios aplicables al contrato de trabajo también se sustenta en lo contenido en el código sustantivo del trabajo, relativo con las obligaciones de las partes dentro de una relación laboral y todas las normas concordantes derivadas de las obligaciones de las partes, dentro de un vínculo laboral como son las normas relacionadas con las cesantías, las prestaciones sociales, las vacaciones, las primas de servicios en general están los artículos anotados y descritos, los artículos 56 y 56, 57, 64, 65 del código sustantivo del trabajo, así como el 249 al 253 de esa misma norma, el 306 y 307 de ese mismo código, el 186 187 y 190 y 192 desde mismo código significa lo anterior no existe motivo alguno para el cual o por el cual se pueda llegar a concluir que la parte demandada siquiera tuvo demandante, siquiera tuvo la intención de plantear una supuesta pretensión de existencia de convenio de asociación todo lo contrario, si ustedes observan de

todo lo que acabo de escribir en todos los componentes de la demanda hay una coherencia en la pretensión relacionada con la existencia de un contrato de trabajo y de lo que se deriva de un contrato de trabajo como es la protección laboral reforzada o la estabilidad laboral reforzada si hubiera sido lo contrario expresamente, si hubiera establecido que se pretendía la declaratoria de convenio de asociación o la ineficacia del mismo, y si hubiera hablado en cualquier momento de un fuero de salud ocupacional, situación que aquí no ocurrió en ninguna parte del proceso conforme lo anterior, solicitó a su despacho a la sala del tribunal, se estudia de fondo la demanda y se interprete conforme realmente fue propuesta, bajo el entendido de pues de la existencia de un contrato de trabajo con las demandas y los derechos derivados de un contrato de trabajo relacionados con los hechos del despido o fingir actos discriminatorios en razón de su salud y las demás pretensiones derivadas de un contrato de trabajo eso por un lado por otro lado solicito amablemente se de aplicación a los artículos 23 y 24 del código sustantivo del trabajo en qué sentido claro, el artículo 15 del código de trabajo establece entonces elementos del contrato de trabajo que aquí se encuentran acreditados por las siguientes razones la primera, la prestación personal del servicio, quedó plenamente acreditada en este expediente con base en las pruebas documentales que obran en el cuaderno, primero de a partir del folio 33 hasta el folio 53 del cuaderno (1) uno del expediente dentro de cualquier que se encuentra los certificados de prestación de servicios emitidos por Servicopava, en el cual evidencia que la demanda es prestó los servicios personales a favor de la empresa usuaria a FRESENIUS MEDICAL CARE COLOMBIA S.A durante los períodos pretendidos en la demanda desde el 04 de diciembre de 2008 hasta el 6 de julio del 2016 además, encontrar estos certificados también encontramos el certificado de Servicopava donde notifica las vacaciones otorgadas a las demandantes y se les notifica también a FRESENIUS MEDICAL CARE COLOMBIA S.A., también encontramos que están todos los desprendibles de nómina donde Servicopava indica que los servicios prestados por la demandante durante ese periodo de tiempo fueron para mí en beneficio de FRESENIUS MEDICAL CARE COLOMBIA S.A., situación que permite acreditar además de la comisión de Servicopava y la contestación de la demanda que, en efecto la demanda que prestó todo el tiempo los servicios a FRESENIUS MEDICAL CARE COLOMBIA S.A., a través de una vinculación que le hizo Servicopava adicionalmente, solicitó se analice íntegramente los testimonios de interrogatorios recepcionados dentro de este proceso porque ellos dan cuenta que en efecto, FRESENIUS MEDICAL CARE, que ejerció control y subordinación directa respecto de las labores de la demandante de esta forma FRESENIUS MEDICAL CARE, sí ejerció actividades como verdadero empleador ejerció control y subordinación directa respecto de la demandante y entonces se puede comprender esta entidad la figura de intermediación laboral para contar una verdadera relación de trabajo de otra parte, cabe destacar que la cooperativa trabajo demandada no se servirá de sus propios medios operacionales para llevar a cabo la labor de la demandante pues los elementos de trabajo utilizados por la por la demandante, los acontecimientos, técnicos y demás, fueron suministrados por FRESENIUS MEDICAL CARE que era la empresa usuaria, tal como se extrae de dos cosas uno de los documentos obrantes en el expediente relacionados con las ofertas mercantiles y los contratos mercantiles celebrados entre estas 2 empresas, así como las declaraciones rendidas en este expediente de manera que solicitó a al honorable tribunal para que la misma sea estudiada en el Grado Jurisdiccional de Consulta, teniendo en cuenta lo establecido por el que además de acredita la prestación del servicio y atribuirse la presunción de la existencia del contrato de trabajo del artículo 24 del código sustantivo del trabajo, pues se tenga en cuenta que la parte demandada no logró desvirtuar dicha presunción además, las mismas demandas aceptan en la contestación de la demanda, como la relación de trabajo de la demandante dependió realmente del convenio comercial que tenía la cooperativa de trabajo asociado con FRESENIUS MEDICAL CARE, tan es así que al afirmar que en el 2016 le terminaron el nuevo contrato la demandante fue y allega nuevamente como prueba la terminación del contrato con FRESENIUS MEDICAL CARE es decir que contrato de la demanda si dependiera de ese contrato comercial FRESENIUS MEDICAL CARE por lo tanto, por lo consiguiente solicito el amparo de la primacía de la realidad conforme fue solicitado al inicio de la demanda el principio la primacía realidad sobre las formas pues tiene que ir a mencionada cooperativa

actuó como una simple intermediaria, como quiera que no era el organizaba el trabajo y la demandante tampoco controlada y tampoco era la beneficiaria directa de los servicios prestados por la demandante, pues es indiscutible que quien organizaba el trabajo de la demandante era la empresa usaría como se deriva de los documentos comerciales de las empresas así como las declaraciones rendidas en este proceso adicionalmente, solicito al tribunal se valore todas y cada una de las funciones que desempeño la demandante como auxiliar de lavandería y como auxiliar de aseo dentro de la empresa FRESENIUS MEDICAL CARE, pues uno de los objetos de esta empresa es prestar los servicios médicos y dentro de esos servicios médicos es indiscutible garantizar ese auxilio de lavandería y de aseo propio de un servicio médico y entonces se puede comprender que la demandante desempeño el cargo esos cargos y que por su naturaleza están en el experto de dirección, administración y control de la empresa demandada FRESENIUS MEDICAL CARE pues tiene una relación más que directa con el objeto social de esta empresa de manera conclusiva, las empresas llamadas a juicio no cumplieron con su carga probatoria pues no derrotaron la presunción de que la prestación de servicios de la demandante deriva es decir que estuvo regida por un contrato de trabajo pues estas empresas no acreditaron que este servicio fuera ejecutado mediante un vínculo distinto laboral y además, no acreditaron que no se realizó con servicios con las documentales, donde superficial se puede evidenciar de subordinación y dependencia no bastando con las pruebas documentales donde superficialmente se puede evidenciar que la demandante prestó servicios subordinado y que le correspondía firmar unos supuestos acuerdos, acuerdos en una cooperativa de trabajo asociado para prestar una labor esencial es poder giro ordinario de la empresa usuaria en ese orden de ideas solicitó a su despacho se revoque la decisión del a quo teniendo en cuenta que en efecto aquí sí existió un contrato de trabajo, conforme fue solicitado la demanda y de ese derivan todas las consecuencias propias del amparo de un código sustantivo del trabajo además por qué pues con extrañeza encuentra la parte demandada que la interpretación y la lectura que se le haya dado la demanda no haya sido conforme a los principios que gobiernan el origen y la naturaleza del derecho del trabajo ahora bien, el segundo punto que tiene que ver con las pretensiones relacionadas con la ineficacia de la terminación del vínculo laboral por existir una estabilidad laboral, por la condición de debilidad manifiesta solicitó al honorable tribunal, se acceda a las pretensiones invocadas sobre esta sobre este fundamento jurídico, conforme lo siguiente y es que, si bien es cierto estamos de acuerdo con la aplicación de las normas relacionadas a la no discriminación y situación de discapacidad esta parte difiere en lo que respecta a la interpretación de las sentencias emitidas por la corte suprema y la corte constitucional en lo que respecta a la carga de la prueba por las siguientes razones primero si bien es cierto, la corte suprema de justicia en su sala laboral, ha dispuesto que el ámbito de aplicación del fuero de salud, que debe estar amparado o delimitado dentro del limitación marco de la educación moderada que es aquella comprendida con una pérdida de capacidad laboral que oscila entre el 15 y el 25 % de la pérdida de la capacidad laboral no lo es menos que la misma sala laboral ha establecido que esta no es una prueba solemne y que no requiere que el trabajador haya tenido un dictamen previo al despido donde determine ese es su estado de discapacidad por el contrario han habido varias sentencias hasta el momento se han proferido por la misma sala de corte suprema de justicia dentro de las cuales me permito mencionarla, SL – 6858 de 2016, donde la corte de destaca que en virtud principio de la libertad probatoria y la formación del convencimiento en el evento no exista una calificación y por lo tanto se desconozca el grado de limitación que pone al trabajador en una situación de capacidad, debe el juez analizar el estado de salud en que se encontraba el trabajador a través de otros medios probatorios determinando si ha sido videntes y ha sido perceptible la situación de limitación del trabajador al fin de constatar la necesidad de esta protección dentro de esas otras circunstancias puede analizar el juez si el trabajador estaba en un tratamiento médico especializado sí tenía unas limitaciones para desempeñar de manera regular su trabajo o dependiendo también de la severidad de su lesión en ese orden de ideas considero que si existe un hierro en el análisis de las pruebas que obran en el expediente de la referencias por las siguientes razones primero es que en este proceso quedo evidenciado que la parte demandada conocía claramente de la gravedad de las patologías que tenía la demandante, primero porque en el expediente, obran sendos exámenes médicos

ocupacionales donde indican que la empresa se pondría si la demandante tenía las siguientes patologías y la menciones no por decoración si no porque me voy a referir cuando analicé el dictamen de la perdida de la capacidad laboral y es que tenía epicondilitis lateral, tendinitis de bises braquial cambios degenerativos acromion bilaterales bursitis subdiácono subdeatoldea y subrecaldoldea estas patologías y con base en estas patologías, a la demandante le fueron expedidas ciertas recomendaciones y restricciones medico laborales obrantes a folios 48 y subsiguientes durante los años 2014, 2016 claro no fueron recomendaciones y/ o restricciones interrumpidas no fueron de manera ininterrumpidas sin embargo, es importante observar los certificados de incapacidad médica que le ponemos a la demanda durante los años 2014, 2015 y 2015 pero no bastando con eso, es importante recalcar que a la demandante le dejó otorgaron incapacidad médica desde 30 días , del 30 de marzo, al 28 abril de 2016 por estas patologías luego capacidad de 30 días del 30 de abril en 2016 al 28 mayo 2016 luego otra incapacidad por 30 días de 30 de mayo al 27 junio del 2016 y con extrañeza encuentro yo que en los fundamentos de la sentencia dice que y no se encuentra una determinación en el caso de que existiera una interpretación basada en las sentencias de la corte constitucional que permitieran entender que en la parte demandada tuvieron una limitación para su salud para desempeñar de manera normal o regular sus funciones porque no tenía restricciones y recomendaciones claramente se puede evidenciar que no tenía restricciones ni recomendaciones, porque tener incapacidad médica, pues la incapacidad médica impide totalmente el ejercicio de sus funciones no necesito una restricción médica para poder determinar que la incapacidad médica le impide el ejercicio de sus funciones claro esto tiene un nexo causal porque solo 5 días de a ver estado, más de 90 días de incapacidad automáticamente las empresas demandadas deciden dar por terminada con su vinculación laboral entonces claro que si está demostrado en el expediente una limitación considerable en el desempeño normal de sus funciones, pero además establece un nexo causal, uno derivado en que no se probó por la parte demandada una causa objetiva que diera lugar a comprender que no había sido despedida con base o con fundamento en razón por su salud y por el contrario apenas se levantan a ella las órdenes de incapacidad, la orden que tienen es emitir una resolución a través de la cual le terminan el vínculo laboral resaltó aquí, claro no tiene restricciones porque apenas se termina la incapacidad continua a quien le correspondía realizar estas restricciones médico laborales eran a la empresa mediante salud ocupacional haciéndole el examen médico ocupacional de regreso con las restricciones y recomendaciones no se le puede castigar a la demandante negándole el reintegro o este fuero por una omisión no sé si voluntaria o involuntariamente y eso el empleador de no ver emitido ese examen de ingreso con las restricciones ahora bien, no basta con ello, también la parte demandante cumple con la carga probatoria relacionada con acreditar la suficiente incapacidad en su salud al momento del despido con el dictamen emitido por Compensar EPS y en el cual se estableció que la demandante que tenía el 20% de la pérdida de la capacidad y para ello solicito a la honorable tribunal se haga una evaluación, un análisis probatorio integral con la hoja de vida y con la coherencia propia del dictamen llamo la atención los siguientes puntos del dictamen se determinó si el 27,61% de la pérdida de capacidad laboral y estableció una fecha de estructuración de marzo del 2022 eso es cierto allí aparece en la documental sin embargo, quiero destacar que en ese mismo dictamen no se tuvo en cuenta para efectos de la del porcentaje de la calificación las deficiencias relacionadas con síndrome de túnel carpiano, tendinitis de bíceps y epicondilitis lateral, si ustedes observan bien en el título de la calificación de la valoración de la deficiencia esas cuatro patologías y el síndrome de manguito rotador esas cuatro patologías fueron descartados para la determinación del porcentaje es decir que técnicamente, a ella solamente le fue calificado con este porcentaje los trastornos de disco cervical y el síndrome de manguito rotatorio es decir, que en realidad su porcentaje equivale a uno mucho mayor, pero no bastando con eso si ustedes se observan en los antecedentes de medicina laboral todo lo que tiene que ver con epicondilitis lateral, síndrome del manguito rotador, tendinitis ya sido calificados por la junta regional a partir del 2015 y allí, aunque no se determinó el porcentaje, sí se determinó que ella ya tenía esas patologías estructuradas entonces, no podemos desconocer que lo que ella ha tenido claro es una evolución, pero no significa como pareciera dar a entender esta sentencia, que ellas tuvieran sus óptimas condiciones de salud al momento de la terminación del contrato, y mucho

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

No fue objeto de controversia, en esta instancia: (i) que MABEL XIMENA ANDRADE HERNÁNDEZ y la COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO SERVICOPAVA suscribieron un contrato de trabajo asociativo (ver páginas 485 y 486 archivo 01 tramite de primera instancia del expediente digital), en cuya virtud desempeño el cargo de auxiliar de lavandería, asignada a FRESENIUS MEDICAL CARE COLOMBIA S.A., y fue retirada del servicio mediante resolución No. 095 de 6 de julio de 2016 (ver páginas 492 a 494 archivo 01 tramite de primera instancia del expediente digital); (ii) que a la demandante le fueron pagadas las compensaciones correspondientes a ese tipo de vinculación (ver página 491 archivo 01 tramite de primera instancia del expediente digital); (iii) que la demandante fue calificada por COMPENSAR EPS el 28 de febrero de 2022 con una PCL del 27.61% de origen común, con fecha de estructuración el 8 de marzo de 2022 (archivo 13 tramite de primera instancia del expediente digital).

En consonancia con el recurso de apelación (artículo 66-A del CPTSS), el Tribunal debe definir (i) si existió un contrato de trabajo bajo el principio de

menos que si tuviera alguna enfermedad fuera de carácter leve de carácter mínimo por el contrario sigo, observamos ella ya las tenía y las conocía al empleador tan es así que eran las incapacidades las que le impedían ejercer sus funciones en ese orden de ideas, solicitó acceder a todas y cada una de las pretensiones relacionadas con la ineficacia de la terminación del contrato por no derivarse de un acto discriminatorio en razón de salud de la demandante conforme lo acabo de exponer sin embargo, también quiero aclarar que podría ser la decisión que se pretende con este proceso es una decisión definitiva con relación al despido el 16 de julio del 2016 y que la parte demandada únicamente cumplió como si fuera una decisión transitoria y dentro de unos cuatro meses, siguió opto por darle terminación nuevamente al contrato de trabajo de la demandante, situación que entonces deja como indefinido y lo que ocurrió del 6 de julio en adelante, razón por la cual solicitó a su despacho se acceda a la pretensión relacionada con el reintegro a partir del 6 de julio hasta la fecha en que efectivamente se haga el reintegro descontando pues lo que haya lugar dentro del interregno que haya pretendido dar cooperativa Servicopava, ahora bien si no se accede eventualmente a la pretensiones principales solicito amablemente se su honorable despacho se accedan a las prestaciones subsidiarias necesitamos un día ahora bien, si no se hace actualmente, las prestaciones principales solicito amablemente será mejor que esta costumbre a ver si accedan a las diarias teniendo en cuenta a los argumentos que acabo de exponer anteriormente en los anteriores términos y con los anteriores argumentos dejo sustentado mi recurso de apelación gracias.”

primacía de la realidad sobre las formas, (i) si la demandante tiene derecho a la estabilidad reforzada que regula la Ley 361 de 1997, y/o (ii) si proceden las pretensiones subsidiarias -pago de la liquidación de prestaciones sociales, indemnización moratoria y por despido sin justa causa-.

(i) RELACIÓN LABORAL. Para garantizar el efectivo acceso a la administración de justicia, y dado que el contexto y alcance de la demanda permite inferir que en últimas lo que se pretende por la demandante es la declaración de una relación laboral con FRESENIUS MEDICAL CARE COLOMBIA S.A., la Sala estudiará la existencia de un contrato de trabajo.

Para resolver sobre esta materia, son pertinentes (i) los artículos 22, 23 y 24 del CST, que definen al contrato de trabajo y sus elementos, y (ii) el artículo 59 de la Ley 79 de 1988, que regula el *trabajo asociado*.

Según dichas normas, en Colombia coexisten dos modalidades de trabajo subordinado, a saber, el que presta un trabajador en favor de terceros con subordinación de aquellos (al cual le es aplicable la legislación laboral), y el que presta un asociado en favor de una cooperativa de la cual forma parte, al cual no se le aplica la legislación laboral.

Sobre esta última modalidad de trabajo se ha pronunciado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, para señalar la validez de la estipulación normativa que excluye al trabajo asociado de las regulaciones propias del contrato de trabajo, siempre y cuando dicha forma de vinculación no se utilice de *“manera fraudulenta para disfrazar u ocultar la existencia de verdaderas relaciones de trabajo o para evadir el reconocimiento y pago de derechos laborales legítimamente causados en cabeza de quienes, pese a que en apariencia fungieron como cooperados, en realidad han ostentado la*

calidad de trabajadores subordinados al servicio de [TERCERAS] personas naturales o jurídicas”².

En la sentencia referida, la Corte entendió que se disfraza una verdadera relación de trabajo, cuando quien recibe el servicio obra como un verdadero empleador, y que dicha situación se evidencia del ejercicio del poder subordinante propio de un contrato laboral, en forma directa por dicho beneficiario.

Dijo la Corte: *“no podrá considerarse legalmente en tales eventos [de trabajadores asociados al servicio de terceros] que la subordinación laboral que se ejerza sobre los asociados que haya enviado la cooperativa para el cumplimiento del contrato sea adelantada por delegación de ésta, porque, en primer lugar, en la relación jurídica que surge entre el trabajador cooperado y la cooperativa de trabajo asociado no puede darse una subordinación de índole estrictamente laboral por cuanto esa relación no se encuentra regida por un contrato de trabajo, según lo dispone el artículo 59 de la Ley 79 de 1988, y, en segundo lugar, porque la posibilidad de delegar la subordinación laboral en un tercero la ha previsto la ley para otro tipo de relaciones jurídicas, como las surgidas entre una empresa usuaria y una empresa de servicios temporales, calidad que, importa destacar, no puede asumir una cooperativa de trabajo asociado por ser sus funciones legales diferentes a las del envío de trabajadores en misión”.*

² Sentencia del 6 de diciembre de 2006. MP. GUSTAVO JOSE GNECCO MENDOZA radicación 25713. *“Debe la Corte precisar que la contratación con cooperativas de trabajo asociado para la producción de bienes, ejecución de obras o prestación de servicios se halla permitida y reglamentada por la ley, pues constituye una importante fuente de trabajo a través de la organización autogestionaria de personas que deciden asociarse para trabajar de manera solidaria bajo sus propias reglas. Pero es claro que la celebración de contratos con esas entidades no puede ser utilizada de manera fraudulenta para disfrazar u ocultar la existencia de verdaderas relaciones de trabajo, con el fin de evadir el reconocimiento y pago de derechos laborales legítimamente causados en cabeza de quienes, pese a que en apariencia fungieron como cooperados, en realidad han ostentado la calidad de trabajadores subordinados al servicio de una persona natural o jurídica.”.*

Por ello, en vigencia del artículo 59 de la Ley 79 de 1988 (declarado exequible por la Corte Constitucional en la sentencia C-211 de 2000), cuando el servicio del *trabajador asociado* se preste en favor de la cooperativa (aunque se beneficie un tercero) y la subordinación la ejerza ella directamente, la excepción normativa cobra vigencia, y no se podrán aplicar las normas que regulan al contrato de trabajo.

Pero si el servicio del asociado se presta en favor de un tercero, y es dicho tercero quien ejerce la subordinación de la relación, la excepción normativa no se podrá aplicar, y el juez debe otorgar los derechos que se pudieran haber causado en favor del aparente asociado aplicando las normas y los principios que regulan el contrato de trabajo, específicamente los principios constitucionales del *contrato realidad* y de *garantía de un mínimo de derechos al trabajador*.

Con las anteriores razones normativas y jurisprudenciales, y una vez revisado el expediente, no se advierte que el beneficiario de las labores prestadas por la demandante (FRESENIUS MEDICAL CARE COLOMBIA S.A.) hubiera ejercido directamente sobre ella el poder subordinante, lo que excluye la existencia de un contrato de trabajo.

Quien tenía la carga de probar que la subordinación era ejercida por FRESENIUS MEDICAL CARE COLOMBIA S.A. en forma directa, era la demandante, pues de tal hecho se derivan las consecuencias jurídicas que se reclaman en este proceso (artículo 167 del CGP).

Esa situación no se deduce de las pruebas aportadas al expediente.

Por el contrario, las pruebas aportadas desvirtúan tal conclusión y demuestran las condiciones de validez de una relación de *trabajo asociativo* de la demandante con la Cooperativa de Trabajo Asociado SERVICOPAVA.

Fue la misma demandante quien al absolver interrogatorio de parte³ dijo que ingresó como auxiliar de lavandería a SERVICOPAVA y prestaba sus servicios a FRESENIUS, pero quien pagaba sus *compensaciones* era SERVICOPAVA, y quienes ejercían la subordinación eran los coordinadores de SERVICOPAVA (en los primeros cinco (5) años JAIME PEÑA y al final EDUARDO MAZUERA trabajadores de esa Cooperativa) pues en su dicho eran quienes daban las instrucciones de trabajo y a quienes se debía acudir para solicitar vacaciones y permisos.

En igual sentido declararon MILTON DELGADILLO⁴ – jefe de relaciones laborales de FRESENIUS- y ARIANA ANDREA ARCINIEGAS CHAMORRO⁵ –jefe jurídica de SERVICOPAVA.

De las documentales arrimadas al plenario, se advierte además, la validez formal de la vinculación de la demandante como como trabajadora asociada. Obra la solicitud de ingreso (página 487 archivo 01, tramite primera instancia expediente digital), la aceptación de su vinculación a SERVICOPAVA aprobada por el Director Ejecutivo de esa CTA (página 488 archivo 01, tramite primera instancia expediente digital), la copia del convenio de asociación suscrito entre la actora y SERVICOPAVA (página 485 y 486 archivo 01, tramite primera instancia expediente digital), la autorización de descuento de aportes voluntarios (página 489 archivo 01, tramite primera instancia expediente digital), un diploma de curso básico de economía solidaria con énfasis en trabajo asociado (página 490 archivo 01, tramite primera instancia expediente digital), liquidación definitiva de compensación (página 491 archivo 01, tramite primera instancia expediente digital), la resolución de retiro de la CTA (página 492 a 494 archivo 01, tramite primera instancia expediente digital), la constancia del pago de aportes a seguridad social efectuados por SERVICOPAVA a favor de la convocante (página 417 a 484 archivo 01, tramite

³ Archivo 02 min 23:10, tramite de primera instancia del expediente digital.

⁴ Archivo 02 min 39:13, tramite de primera instancia del expediente digital

⁵ Archivo 02 min 29:15, tramite de primera instancia del expediente digital.

primera instancia expediente digital), el contrato de prestación de servicios de limpieza y cafetería, mantenimiento locativo y jardinería suscrito entre FRESENIUS y SERVICOPAVA junto con los otrosí 1 y 2 (página 496 a 525 archivo 01, tramite primera instancia expediente digital).

En ese orden de ideas, y como se indicó, no se probó que en realidad la demandante hubiera ejecutado un contrato de trabajo con la demandada FRESENIUS MEDICAL CARE COLOMBIA S.A.

(ii) PRESTACIONES Y DERECHOS CAUSADOS. La ausencia de contrato de trabajo excluye la existencia de los derechos reclamados al amparo del CST, y frente a los derechos que pudieran surgir de la Ley 361 de 1997, no se probó que la demandante fuera objeto de la protección de estabilidad reforzada por salud.

Sobre la materia se debe advertir, inicialmente, que la referida Ley prohíbe la terminación del *contrato de trabajo*, lo que excluiría, en principio, su aplicación a otras formas de vinculación como el Trabajo Asociativo que ejecutó la demandante.

No obstante y aun si se pudiera aplicar la protección a casos como el presente (Trabajo Asociado), lo cierto es que tampoco se probaron las condiciones para el efecto. Particularmente no se demostró que la demandante tuviera una limitación calificada en su situación de salud o que fuera una persona en estado de debilidad manifiesta, menos aún que la vinculación con la Cooperativa hubiera terminado por causa o con ocasión de tal situación de salud.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en ejercicio de la función que le asigna la Constitución Política para unificar la jurisprudencia nacional interpretando las normas legales vigentes frente a casos concretos, ha dispuesto que las “*personas limitadas*” a quienes se destinaron las

garantías contenidas en la Ley 361 de 1997 son aquellas que han sufrido una reducción en su capacidad laboral superior al 15%⁶ o que por otras razones se encuentren en un estado de debilidad manifiesta.

Con ello fijó, mediante clara jurisprudencia, los parámetros objetivos que permiten a los jueces dilucidar, en casos concretos, cuales personas son objeto de la protección especial de la Ley y cuales no. No toda afectación en la salud del trabajador, ni cualquier limitación de su capacidad laboral, generan una dificultad cierta para la reinserción en el sistema competitivo laboral, y ese es el objeto protegido por la Ley 361 de 1997.

En el caso presente no se probó que para la fecha de terminación del vínculo asociativo -6 de julio de 2016- la demandante tuviera una pérdida de capacidad laboral cierta en el porcentaje definido por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, o una situación de debilidad manifiesta. El dictamen emitido por COMPENSAR EPS que calificó una PCL del 27.61% de origen común, establece como fecha de estructuración 8 de marzo de 2022, más de 5 años después de terminado el contrato de trabajo, y por ello no es prueba pertinente y útil para las pretensiones de la demanda.

De la historia clínica de la actora (ver páginas 43 a 131 archivo 01 tramite de primera instancia del expediente digital) se advierte además que pese a sus quebrantos de salud la relación de trabajo asociado se venía ejecutando sin

⁶ SL 10538 de 2016. M.P Fernando Castillo Cadena “Con las precisiones que anteceden, el Tribunal sí incurrió en los desaciertos fácticos y jurídicos que le endilga el censor, al exigirle a la demandada la autorización del Ministerio del Trabajo para poder despedir a la demandante, sin que existiera certeza de la limitación o discapacidad en el porcentaje que se exige para merecer la especial protección de que trata el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, pues el «stress laboral» que padecía la actora y la solicitud de reubicación laboral que se le formuló al empleador, no son suficientes para considerarla como una trabajadora con limitación física, psíquica o sensorial en los grados a que se refiere la norma en cita, máxime que en el sub judice, como lo destacó el mismo Juzgador de la apelación, la demandante no fue incapacitada, ni se le diagnosticó médicamente discapacidad alguna para el momento de su desvinculación”.

novedad y terminó por una reestructuración de la Cooperativa. Después de realizados los exámenes necesarios, se le diagnosticó en el año 2014 síndrome del túnel del carpo, presentó molestias en los hombros y bursitis y tendinitis, enfermedades que no impidieron en su momento, la continuidad de la relación de trabajo asociado que continuó acogiendo las recomendaciones laborales que se iban dando.

Tampoco se probó que para el 6 de julio de 2016 -fecha de terminación del convenio de asociación- la demandante estuviera en licencia por enfermedad o tuviera recomendaciones laborales vigentes, lo que se corrobora con los testimonios de ARIANA ANDREA ARCINIEGAS CHAMORRO⁷ – jefe jurídica de SERVICOPAVA- y MILTON DELGADILLO⁸ – jefe de relaciones laborales de FRESENIUS-.

Frente a las causas de terminación del vínculo, fue la misma demandante quien reconoció en el interrogatorio de parte⁹ que su desvinculación fue por un *recorte de personal*, lo que corrobora el contenido de la resolución No. 095 de 6 de julio de 2016 (ver páginas 492 a 494 archivo 01 tramite de primera instancia del expediente digital), reestructuración permitida en el Régimen legal de Trabajo Asociado de la CTA, artículo 29¹⁰ (ver páginas 401 a 416, archivo 01 tramite de primera instancia del expediente digital). Es decir, tampoco se probó que la terminación del vínculo tuviera como causa eficiente una situación de salud de la demandante.

Por todo lo dicho se confirmará la decisión de primera instancia, advirtiendo que ninguna controversia se planteó en la demanda sobre los derechos que

⁷ Archivo 02 min 29:15, tramite de primera instancia del expediente digital.

⁸ Archivo 02 min 39:13, tramite de primera instancia del expediente digital

⁹ Archivo 02 min 23:10, tramite de primera instancia del expediente digital.

¹⁰ Artículo 29. *El retiro por razones ajenas a su voluntad del asociado se hará cuando no pueda continuar desempeñándose en su puesto de trabajo por: (...) 29.4 Necesidad de la Cooperativa de cancelar el puesto de labor asociativa que ocupa el trabajador asociado. (...)*

podieron haber surgido de la relación de trabajo asociado, lo que impide al Tribunal pronunciarse sobre esta materia.

SIN COSTAS en esta instancia atendiendo el amparo de pobreza concedido a la parte actora.

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

RESUELVE

1. **CONFIRMAR** la sentencia apelada.
2. **SIN COSTAS** en la apelación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

EXP. 36 2018 00790 01

José Alberto Quesada Coló y otros vs General Motors Colmotores S.A.

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO.

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE JOSÉ ALBERTO QUESADA COLÓ
Y OTROS CONTRA GENERAL MOTORS COLMOTORES S.A**

Bogotá D. C., treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintitrés (2023)

Surtido el traslado a las partes para que presentaran alegatos de conclusión por escrito, como lo establece el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reúne la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, para estudiar el recurso de apelación presentado por la parte demandante, contra la sentencia dictada el once (11) de noviembre de 2022 por el Juzgado Treinta y Seis (36) Laboral del Circuito de Bogotá, en la cual se ABSOLVIÓ a la demandada de las pretensiones incoadas en su contra, con las que se procuraba el reintegro por estabilidad laboral reforzada.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderada, JOSÉ ALBERTO QUESADA COLÓ, presentó demanda en nombre propio y en representación de las menores MARIANA QUESADA ACOSTA, NATALIA QUESADA ACOSTA Y de las mayores de edad VALENTINA QUESADA ACOSTA y LEYLA ACOSTA OSORIO, contra GENERAL MOTORS COLMOTORES S.A, para que mediante los trámites de un proceso ordinario laboral se declare que la terminación del vínculo fue unilateral y sin previa autorización del Ministerio del Trabajo, momento para

el cual el actor gozaba de un fuero de estabilidad laboral reforzada. En consecuencia, solicita que se ordene el reintegro o reinstalación en un cargo de iguales o mejores condiciones en el cual no sufra riesgo de empeorar su estado de salud y se condene a la demandada al pago de la indemnización del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, junto con los salarios dejados de percibir, prestaciones sociales, vacaciones, los aportes a seguridad social, además de los beneficios contenidos en la convención colectiva de trabajo. Pide de igual manera se imparta condena por daños y perjuicios materiales, daños morales, daños a la vida en relación, junto con la indexación de la sumas reconocidas e intereses moratorios y corrientes.

Como fundamento de lo pedido afirma que el 06 de de septiembre de 2011 se vinculó a la empresa GENERAL MOTORS COLMOTORES S.A. y al poco tiempo de iniciada la relación laboral empezó a presentar un dolor dorsal. Indica que ante la persistencia del mismo asistió a consulta en el Departamento de Salud Ocupacional de la compañía y el 20 de septiembre de 2012 le fue diagnosticada dorsalgia que en el mes de septiembre se definió como “*Dorsalgia y esclerosis*”, motivo por el cual se emitieron recomendaciones médicas por las cuales fue reubicado a labores de menor esfuerzo físico. Indica que tuvo que asistir en varias oportunidades a consultas médicas con diferentes especialistas en su EPS Compensar siendo diagnosticado inicialmente el 22 de febrero de 2014 con síndrome de *aducción dolorosa de hombro*, posteriormente el 5 de mayo de 2014 con *síndrome de manguito rotador y contractura muscular* y para el 08 de mayo de 2015 con *Bursitis de hombro*, fue remitido a medicina laboral para valoración del puesto de trabajo el 4 de noviembre de 2015. Manifiesta que, para el 18 de diciembre de 2015, la convocada a juicio tenía conocimiento de su estado de salud, sin embargo, terminó unilateralmente el contrato de trabajo sin justa causa previo el pago de la indemnización tasada en las Ley.

EXP. 36 2018 00790 01

José Alberto Quesada Coló y otros vs General Motors Colmotores S.A.

Afirma que la demandada no siguió las recomendaciones médicas y que en la actualidad continua en tratamiento médico y no ha sido posible reintegrarse al mercado laboral. Sostiene que el día 15 de marzo de 2012 se afilió al sindicato de trabajadores de General Motors Colmotores – SINTRAGMCOL, organización a la que estuvo vinculado hasta la terminación de su contrato (Ver demanda y su reforma folios 216 a 242 del archivo No. 01 del expediente digital).

Notificada la demanda y corrido el traslado legal, fue contestada por GENERAL MOTORS COLMOTORES S.A., mediante apoderado, quien aceptó únicamente lo relacionado con el examen de ingreso y se opuso a las pretensiones. Afirma que el actor se vinculó en el cargo de ayudante de logística interna mediante contrato suscrito el 5 de septiembre de 2011, contrato que en ejercicio de las facultades conferidas por el artículo 64 del C.S.T. le fue terminado unilateralmente y sin justa causa con el pago de la liquidación y la indemnización por despido, sin causar algún perjuicio o daño moral. Sostiene que el actor no es beneficiario de fuero de estabilidad laboral reforzada al no acreditar alguna discapacidad o limitación moderada, conforme a lo dispuesto en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, por lo que no procede el reintegro y tampoco el pago de las acreencias laborales pues durante la vigencia del contrato de trabajo se cumplieron las obligaciones contractuales y legales a su cargo. Propuso como excepción previa la *inepta demanda por acumulación de pretensiones* y como excepciones de fondo las de *inexistencia de las obligaciones y cobro de lo debido, falta de título y causa en el demandante, pago, compensación, enriquecimiento sin justa causa, buena fe general de General Motors Colmotores S. A, prescripción, alcance de la Ley 361 de 1997, inexistencia del nexo causal entre la terminación del contrato de trabajo y el estado de salud del actor,*

EXP. 36 2018 00790 01

José Alberto Quesada Coló y otros vs General Motors Colmotores S.A.

improcedencia e imposibilidad del reintegro. (ver páginas 2 al 74 archivo 05 trámite de primera instancia expediente digital)

Terminó la primera instancia con sentencia del 11 de noviembre de 2022, por medio de la cual la Juez Treinta y Seis (36) Laboral del Circuito de Bogotá, NEGÓ las pretensiones de la demanda y condenó a la demandante a pagar las costas del proceso. Para tomar su decisión, la Juez la primera instancia aplicó la jurisprudencia trazada por la Corte Suprema de Justicia y concluyó del material probatorio allegado, que no existía estabilidad laboral reforzada para el momento de terminación del contrato de trabajo.

La parte resolutive de dicha providencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: ABSOLVER a GENERAL MOTORS COLMOTORES S.A. de todas y cada una las pretensiones incoadas por el señor JOSÉ ALBERTO QUESADA COLO, en nombre propio y en representación de sus menores hijas MARIANA QUESADA ACOSTA y NATALIA QUESADA ACOSTA, VALENTINA QUESADA ACOSTA y LEYLA ACOSTA OSORIO, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión. SEGUNDO: CONDÉNENSE en costas a la parte actora, liquídense como agencias en derecho la suma de \$300.000, a favor de GENERAL MOTORS. TERCERO: En caso de no ser apelada la presente sentencia debe CONSULTARSE con el Superior a favor del demandante conforme a las reglas establecidas en el artículo 69 del Código de procedimiento del trabajo y la seguridad social.* (Audiencia virtual, archivo No. 16 del expediente digital, minuto 01:12:15).

RECURSO DE APELACIÓN

En el recurso de apelación, la apoderada del demandante afirma que el fallo de primera instancia va en contravía de los principios constitucionales

EXP. 36 2018 00790 01

José Alberto Quesada Coló y otros vs General Motors Colmotores S.A.

consagrados en el artículo 53 de la Constitución Política, al no aplicar el principio de la norma más favorable al trabajador y sustentarse en sentencias de la Corte Suprema de Justicia que van en contra de lo dispuesto por la Corte constitucional. Señala que sí se demostró una disminución significativa de la capacidad laboral, y que el demandante al momento del despido se encontraba en un estado de debilidad manifiesta al estar en proceso de rehabilitación. Sostiene que de acuerdo a lo dicho por la Corte Suprema de Justicia la calificación no es prueba indispensable para decretar una estabilidad laboral, ya que lo que se busca es garantizar que el trabajador no sea discriminado por su condición de salud. En consecuencia, solicita que se de aplicación al artículo 9° del CST y al Convenio 159 de la OIT.¹ (Audiencia virtual, archivo No. 16 del expediente digital, minuto 1:20:27).

¹ Señora juez voy a presentar el recurso de apelación frente a su sentencia que si bien respeto su fallo no lo comparto en tanto y cuando va en contra vía de los principios constitucionales consagrados en el artículo 53 de la Constitución Política, porque el artículo 53 de la Constitución Política de Colombia habla de la estabilidad en el empleo de la irrenunciabilidad de los beneficios mínimos establecidos en las normas laborales la facultad para transigir y conciliar sobre los derechos ciertos e indiscutibles y la aplicación de la situación más favorable al trabajador. Es así señor Juez que si bien usted ha aplicado la sentencia las enumeradas sentencias de la Corte Suprema de Justicia esto se contra viene y es violatorio este fallo frente el artículo 53, en cuanto no, en cuanto usted no aplica el principio de la norma más favorable al trabajador simplemente acoge las sentencias de la Corte Suprema de Justicia que han ido en contra de las sentencias emitidas por la Corte Constitucional, Señora juez, si se probó señora Juez que había una disminución significativa tanto así que ya tenía un diagnóstico una enfermedad que ya había dado restricciones laborales y que pese a ello no fueron tomadas en cuenta por su despacho pues estas restricciones y las enfermedades no se han ausentado y el diagnostico que él tenía es un diagnóstico que no puede ser superado en cuanto y tanto, el cuerpo del señor Coló, se encuentra enfermo todavía y las enfermedades que este padece no se irán de su cuerpo simplemente pobra un proceso de recuperación y readaptación profesional para que pueda seguir con su vida proceso que no fue posible terminarlo por que General Motors despidió al señor Coló en un estado de indefensión debe usted tener señora juez en cuenta que la calificación no es determinante como bien lo ha sostenido la propia Corte Suprema de justicia en sentencia de la Doctora Sáchica quien sin duda alguna se había pronunciado diciendo que no es una prueba indispensable y que no es un requisito para que los jueces protejan la estabilidad laboral reforzada con motivo de la salud por lo que se protege es que trabajador enfermo no sea discriminado por su salud por situación de salud eso es lo que se protege señora juez y en este caso el acervo probatorio de la historia clínica probaba que estaba enfermo y que por lo tanto era conocido para el empleador su situación médica y patología y que la justificación suficiente que estos allegaron no es suficiente en cuanto y tanto se prefirió entonces sacrificar a un trabajado para que la empresa siguiera en pie y siguiera sosteniéndose económicamente frente a la situación significativa señora juez, la

EXP. 36 2018 00790 01

José Alberto Quesada Coló y otros vs General Motors Colmotores S.A.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

No fue objeto de controversia en esta instancia que (i) entre JOSÉ ALBERTO QUESADA COLÓ Y GENERAL MOTORS COLMOTORES, existió un contrato de trabajo a término fijo desde el 6 de septiembre de 2011 al 18 de diciembre de 2015 en el cargo de ayudante de logística interna con una remuneración de \$2.001.164, (ii) que fueron pagados los salarios, prestaciones sociales y beneficios de la convención de trabajo causados

situación significativa es que exista una patología, patología que si bien usted puede leer impedía el proceso productivo normal del señor Coló pues ya se habían establecido restricciones y no se revisó por parte de su despacho los protocolos médicos aplicados al señor Coló y los protocolos médicos que se deben aplicar para las personas que padecen el tipo de enfermedad o diagnóstico que el señor Coló tenía, Señora Juez es así como llamo la atención para que el tribunal aplique la protección al trabajo del artículo 9 del Código Sustantivo, cuando se dice: "El trabajo goza de especial protección del estado en la forma prevista en la Constitución nacional en las leyes" y también llamo su atención en la no aplicación del artículo 93 de los tratados internacionales donde se establece la protección a las personas con discapacidad en el entendido en la ameba de sus funciones o en el entendido de que no podrá llevar una vida plena si tuviera la salud sino padeciera algún tipo de diagnóstico médico y que no podrá llevar la vida plena que se llevaba es así señora juez que dentro de su fallo usted no aplico lo determinado en la Constitución Política de Colombia siendo usted salvaguarda del esta misma antes de las innumerables sentencias que ha dictado la Corte Suprema de Justicia señora juez la limitación física se refiere al padecimiento y a la condición médica que tenía el señor Coló y este señor Coló presenta enfermedades que no han sido superadas, ni podrán superadas por que su cuerpo ya enfermo y que revisado los protocolos médicos de tratamiento de rehabilitación y readaptación profesional que se encuentran también normados en el Convenio 159 de la OIT donde se exige que las empresas participen de forma dinámica en estos procesos y el Estado y se colabore, en este caso no fue así señora juez y la empresa no participo, violento y no tomo en cuenta este convenio internacional ratificado por Colombia y en su sentencia señora juez tampoco usted lo toma en cuenta a de entenderse que la calificación que se establece de un porcentaje mínimo señora juez hoy ya está llamado a recogerse en virtud de los principios constitucionales que la misma Corte Suprema de Justicia que en este último año ya ha determinado y años anteriores que no es obligatorio tener la calificación y que su fallo es restrictivo y va en contra vía de la misma Corte Suprema de Justicia, además de ir en contra vía de la sentencias de la Corte Constitucional que usted debe aplicar antes que las de la misma Corte Suprema de Justicia porque es su obligación salvaguardar la constitución, señora juez, mi cliente dentro del proceso se logró determinar y las pruebas allegadas logro determinar que padecía una enfermedad que había tenido restricciones y que ya no era posible lograr una vida común y corriente porque su salud se encontraba afectada y que General Motors lo único que hizo fue hacer un check list a parte de saber si estaba o no estaba calificado y no de un proceso de rehabilitación y readaptación profesional como lo

EXP. 36 2018 00790 01

José Alberto Quesada Coló y otros vs General Motors Colmotores S.A.

durante la referida relación de trabajo, (iii) que la terminación del contrato se originó en un despido sin justa causa y que la demandada pagó la indemnización correspondiente (ver páginas 216 a 242 del archivo 01, páginas 2 a 74 archivo 05 trámite de primera instancia del expediente digital).

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

Previo a determinar la existencia del fuero por estabilidad reforzada que regula la Ley 361 de 1997 a favor del demandante, se pronunciará la Sala sobre la excepción de prescripción.

De conformidad con los extremos temporales de la relación laboral referida, la prescripción de la acción judicial comenzó a correr desde el día siguiente a la fecha de terminación del contrato, esto es, desde el 19 de diciembre de 2015.

Habida cuenta de ello, se tiene que el demandante presentó reclamación ante la demandada el 18 de diciembre de 2018 (archivo 08) y elevó la presente acción el 13 de diciembre de 2018 (ver página 200 archivo 01), la demanda se admitió en auto de 12 de junio de 2019 en auto que fue notificado en estado publicado el 13 de junio de 2019 (ver páginas 268 y 269 archivo 01), con lo cual –en principio- se pudo interrumpir el término prescriptivo de tres años.

exige la ley, señora juez dejo hasta aquí mi recurso de apelación, el cual ampliare cuando

No obstante, entre la fecha de notificación de la referida providencia al extremo demandante, hasta el momento en que fue debidamente notificada GENERAL MOTORS COLMOTORES S.A. (lo que ocurrió con el envío de la “DILIGENCIA DE NOTIFICACIÓN” el 9 de abril de 2021– archivo 04) transcurrió más de un año.

Es de anotar, que en virtud de la Emergencia Económica, Social y Ecológica ocasionada por el COVID-19 el Gobierno Nacional emitió el Decreto 564 de 2020, en cuyo artículo primero estableció: *“Artículo 1. Suspensión términos de prescripción y caducidad. Los términos de prescripción y de caducidad previstos en cualquier norma sustancial o procesal para ejercer derechos, acciones, medios de control o presentar demandas ante la Rama Judicial o ante los tribunales arbitrales, sean de días, meses o años, se encuentran suspendidos desde el 16 marzo 2020 hasta el día que el Consejo Superior de la Judicatura disponga la reanudación de los términos judiciales. El conteo de los términos de prescripción y caducidad se reanudará a partir del día hábil siguiente a la fecha en que cese la suspensión de términos judiciales ordenada por el Consejo Superior de la Judicatura. No obstante, cuando al decretarse la suspensión de términos por dicha Corporación, el plazo que restaba para interrumpir prescripción o inoperante la caducidad era inferior a treinta (30) días, el interesado tendrá un mes contado a partir del día siguiente al levantamiento de la suspensión, para realizar oportunamente la actuación correspondiente. Parágrafo. La suspensión de términos de prescripción y caducidad no es aplicable en materia penal.”*

La suspensión de los términos judiciales fue dispuesta por el Consejo Superior de la Judicatura mediante acuerdos PCSJA20-11517, PCSJA20-11518, PCSJA20-11519, PCSJA20-11526, PCSJA20-11532, PCSJA20-

los alegatos de conclusión ante el tribunal.

EXP. 36 2018 00790 01

José Alberto Quesada Coló y otros vs General Motors Colmotores S.A.

11546, PCSJA20-11549, PCSJA20-11556 y PCSJA20-11567, ocurrió entre el 16 de marzo y el 30 de junio de 2020, reanudándose a partir del 1 de julio de ese año.

Bajo tal entendido y conforme a la norma previamente citada, aun si se descontase el tiempo transcurrido entre el 16 de marzo y el 30 de junio de 2020 (3 meses y 14 días), resulta claro que entre la notificación del auto admisorio de la demanda (13 de junio de 2019) y la notificación de la demandada bajo las previsiones del Decreto 806 de 2020 (9 de abril de 2021), transcurrió 1 año, 5 meses y 12 días.

En consecuencia, y en atención a lo dispuesto en el artículo 94 del CGP², aplicable en el presente asunto por remisión expresa el artículo 145 del CPTSS, la presentación de la demanda no pudo interrumpir el término de prescripción trienal establecido en los artículos 488 del CST y 151 del CPTSS, el cual siguió corriendo y operó con todas sus consecuencias, pues desde la fecha de la terminación del vínculo (18 de diciembre de 2015) hasta la fecha en que se notificó efectivamente el auto admisorio de la demanda a la convocada (9 de abril de 2021), transcurrieron más de 5 años y 3 meses, sin que se evidencie causal de justificación alguna por “*negligencia del juzgado o por actividad elusiva del demandado*”³, en palabras de la Corte

² “La presentación de la demanda interrumpe el término para la prescripción e impide que se produzca la caducidad siempre que el auto admisorio de aquella o el mandamiento ejecutivo se notifique al demandado dentro del término de un (1) año contado a partir del día siguiente a la notificación de tales providencias al demandante. Pasado este término, los mencionados efectos solo se producirán con la notificación al demandado. (...)”

Si fueren varios los demandados y existiere entre ellos litisconsorcio facultativo, los efectos de la notificación a los que se refiere este artículo se surtirán para cada uno separadamente, salvo norma sustancial o procesal en contrario. Si el litisconsorcio fuere necesario será indispensable la notificación a todos ellos para que se surtan dichos efectos”.

³ Ver Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral, Sentencia SL8716-2014 “Frente a dicho tema, esta Sala de la Corte ha previsto en su jurisprudencia que entre la presentación de una demanda y su notificación pueden generarse diversas eventualidades, que no son imputables a quien funge como demandante y que, por lo mismo, no pueden redundar en su perjuicio. En tal orden,

EXP. 36 2018 00790 01

José Alberto Quesada Coló y otros vs General Motors Colmotores S.A.

Suprema de Justicia-, en tanto se trata de mora cuyo único responsable es el extremo accionante.

Al respecto, nótese que ninguna actuación tendiente a la notificación de la pasiva realizó el demandante, pues el correo electrónico remitido el 9 de abril de 2021 con el cual se logró la integración de la litis con GENERAL MOTORS COLMOTORES S.A. fue enviado directamente por el juzgado (ver archivo 04 trámite de primera instancia del expediente digital).

Por todo lo dicho, se confirmará la decisión de primera instancia, pero por las razones aquí expuestas.

COSTAS en la apelación a cargo del demandante.

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

RESUELVE

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

contrario a lo argüido por la censura, ha admitido excepciones a la regla prevista en el artículo 90 del Código de Procedimiento Civil y, concretamente, como lo dedujo el Tribunal, ha aceptado que «...la sola presentación de la demanda interrumpe la prescripción cuando la notificación del auto admisorio de la misma no se efectúa oportunamente por negligencia del juzgado o por actividad elusiva del demandado...». “Precisamente, en este mismo sentido, expresó la Corte, Sala de Casación Civil, que la sola interposición de la demanda no interrumpe la prescripción salvo que el retardo en notificar a éste (el demandado) no se deba a culpa del demandante (...) sino al demandado, por haber eludido esta, o al personal del Juzgado encargo (sic) de hacerla, casos en los cuales la interrupción se entiende consumada con la presentación de la demanda”.

EXP. 36 2018 00790 01
José Alberto Quesada Coló y otros vs General Motors Colmotores S.A.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado


LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

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


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

EXP. 36 2020 00149 01

Pedro Julio Chica Quintero contra Fondo Pasivo Social de los Ferrocarriles Nacionales de Colombia

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

**PROCESO ORDINARIO DE PEDRO JULIO CHICA QUINTERO CONTRA
FONDO PASIVO SOCIAL DE LOS FERROCARRILES NACIONALES DE
COLOMBIA**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintitrés (2023)

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito como lo dispone el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reúne la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, para resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandada y estudiar en grado jurisdiccional de consulta a su favor, la sentencia dictada el 21 de febrero del 2023 por la Juez Treinta y Seis (36) Laboral del Circuito de Bogotá, en la cual se le CONDENÓ a reajustar la mesada pensional por invalidez reconocida al demandante.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, PEDRO JULIO CHICA QUINTERO presentó demanda contra el FONDO PASIVO SOCIAL DE LOS FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA para que, mediante los trámites de un proceso ordinario, se declare que la demandada es la obligada al pago de la pensión de invalidez causada por el demandante, y debe pagar los reajustes previstos en la Ley 6 de 1992 y el Decreto 2108 de 1992, con los respectivos incrementos anuales de los años 1993, 1994 y 1995, junto con las diferencias pensionales debidamente indexadas.

Como fundamento de sus pretensiones afirma que mediante la resolución No. 0292 del 29 de abril de 1985, el FONDO PASIVO SOCIAL DE LOS

EXP. 36 2020 00149 01

Pedro Julio Chica Quintero contra Fondo Pasivo Social de los Ferrocarriles Nacionales de Colombia

FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA le reconoció pensión mensual de invalidez, efectiva a partir del 1 de noviembre de 1984, con una primera mesada de \$31.587,53. Afirma que nunca le fueron reconocidos ni aplicados los reajustes previstos en la Ley 6 de 1992 y el Decreto 2108 de 1992 (ver demanda folios 2 al 28 del archivo No. 01 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Notificada de la demanda, fue contestada por el FONDO PASIVO SOCIAL DE LOS FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA. Se opuso a la prosperidad de todas las pretensiones, dijo que la Ley 6 de 1992 y el Decreto 2108 de 1992 son aplicables a las pensiones de jubilación, más no a la pensión de invalidez, y que ha reconocido los reajustes pensionales que la Ley autoriza. En su defensa propuso las excepciones que denominó *prescripción, cobro de lo no debido e inexistencia de la obligación, buena fe y compensación*. (ver contestación folios 2 a 7 del archivo No. 06 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Terminó la primera instancia con sentencia del 21 de febrero de 2023, mediante la cual la Juez Treinta y Seis (36) Laboral del Circuito de Bogotá, DECLARÓ que el demandante tiene derecho al reajuste previsto en la Ley 6ª de 1945 para los años 1993 y 1994, en consecuencia, ordenó el pago del retroactivo. Para tomar la decisión, considero, con sustento en jurisprudencia del Consejo de Estado¹, que el reajuste en la Ley 6 de 1992 se extiende a las pensiones de invalidez. En consecuencia, como la pensión se causó con posterioridad al año 1982 tiene el actor derecho al reajuste pensional en el 7% para los años 1993 y 1994. Finalmente, declaró parcialmente probada la excepción de prescripción respecto de las diferencias en las mesadas pensionales causadas antes del 6 de febrero del 2016.

¹ Consejo de Estado Radicado 130 01 23 31 000 1997 1266201 Radicado 067603, sentencia del 12 de febrero del 2004

EXP. 36 2020 00149 01

Pedro Julio Chica Quintero contra Fondo Pasivo Social de los Ferrocarriles Nacionales de Colombia

La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR que el FONDO PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA es la entidad encargada de efectuar el pago de la pensión de invalidez reconocida al actor mediante la Resolución 292 del 85. SEGUNDO: DECLARAR que el señor PEDRO JULIO CHICA QUINTERO tiene derecho al reajuste de su mesada pensional por invalidez para los años del 93 y el 94, según las reglas establecidas en la ley 6 de 1992. TERCERO: CONDENAR al FONDO PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA a pagar al demandante como retroactivo pensional causado por las diferencias en las Mesadas pensionales entre el 6 de febrero del 2016 y el 28 de febrero del 2023, la suma de \$5.444.723,83, sumas que deberán ser debidamente indexadas al momento de su pago, Así mismo que deberá reconocer las demás diferencias que se causen con posterioridad y hasta el momento en que se reajusten debida forma la prestación. CUARTO. DECLARAR no probada la excepción de cobro de lo no debido e inexistencia de la obligación propuesta por la demanda y declarar parcialmente probada la excepción de prescripción conforme lo expuesto en la parte motiva de esta decisión. QUINTO: CONDENAR en costas a la pasiva, liquídese como agencias en Derecho, la suma de \$500.000.”* (Audiencia virtual, récord 19:15, archivo No. 13 del expediente digital, trámite de primera instancia).

RECURSOS DE APELACIÓN

En el recurso, el FONDO PASIVO SOCIAL DE LOS FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA afirma que las diferencias previstas en la Ley 6 de 1992 y el Decreto 2108 de 1992 son para las pensiones de jubilación del sector público nacional y la prestación reconocida al demandante fue una pensión de invalidez, adicional a ello, aduce que ha realizado los ajustes

EXP. 36 2020 00149 01

Pedro Julio Chica Quintero contra Fondo Pasivo Social de los Ferrocarriles Nacionales de Colombia

legales correspondientes² (Audiencia virtual, récord 1:02:34, archivo No. 16 del expediente digital, trámite de primera instancia).

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

No fue objeto de controversia que mediante Resolución 0292 del 29 de abril de 1985 el FONDO PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA reconoció pensión de invalidez a favor del demandante, a partir del 1° de noviembre de 1984 (folios 26 a 28 archivo 06 trámite de primera instancia del expediente digital).

En consonancia con el recurso de apelación (artículo 66-A del CPTSS), el Tribunal debe definir si procede el pago del reajuste pensional previsto en el artículo 116 de la Ley 6ª de 1996.

Sea lo primero señalar que el ajuste a las pensiones establecido en el artículo 116 de la Ley 6ª de 1992³ y reglamentado en los artículos 1° y 2° del Decreto 2108 de 1992⁴, se estableció para compensar las diferencias entre los

² “Gracias, señora juez. Voy a presentar recurso de apelación frente a la decisión que acaba de tomar en razón primero que todo al señor PEDRO JULIO CHICA QUINTERO mediante resolución número 292 del 29 de abril de 1985, se le reconoció una pensión de invalidez conforme lo dispone también el expediente administrativo allegado junto con la contestación de la demanda y haciendo mención en virtud del artículo 116 de la Ley 6 de 1992 y el Decreto 2108 de 1992, que indica claramente que las diferencias que se van a compensar son las referenciadas de las pensiones de jubilación del sector público nacional y como observamos dentro del proceso de la referencia se confirió, se otorgó fue una pensión de invalidez a la aquí demandante. Entonces, por este motivo presentó recurso de apelación con el fin que el Tribunal pueda revisar la decisión que se tomó en primera instancia gracias, señora juez.”.

³ ARTÍCULO 116. Para compensar las diferencias de los aumentos de salarios y de las pensiones de jubilación del sector público nacional, efectuados con anterioridad al año 1989, el Gobierno Nacional dispondrá gradualmente el reajuste de dichas pensiones, siempre que se hayan reconocido con anterioridad al 1o de enero de 1989. Los reajustes ordenados en este artículo comenzarán a regir a partir de la fecha dispuesta en el decreto reglamentario correspondiente y no producirán efecto retroactivo.”

⁴ ARTICULO 1°— Las pensiones de jubilación del Sector Público del Orden Nacional reconocidas con anterioridad al 1o. de enero de 1989 que presenten diferencias con los aumentos de salarios, serán reajustadas a partir del 1o. de enero de 1993, 1994 y 1995 así (...).
ARTICULO 2°. Las entidades de previsión social o los organismos o entidades que están encargadas del pago de las pensiones de jubilación tomarán el valor de la pensión mensual a

EXP. 36 2020 00149 01

Pedro Julio Chica Quintero contra Fondo Pasivo Social de los Ferrocarriles Nacionales de Colombia

aumentos de salarios y los aumentos de las pensiones de jubilación del sector público nacional que se habían reconocido con anterioridad al año 1989, por ello por ello, el artículo 1º del decreto reglamentario dispuso expresa y claramente que el incremento se otorgaría únicamente para las mesadas pensionales que presentaran diferencias con los aumentos de salarios.

Dicha norma fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional, mediante la sentencia C-531 de 1995. Sin embargo, es Corporación estableció que los efectos de la declaración de inconstitucionalidad se darían en el futuro –a partir de la notificación del fallo-. Con ello mantuvo la vigencia de los incrementos de quienes, para esa fecha, habían cumplido los requisitos de pensión.

En consecuencia, procede el ajuste para las pensiones de jubilación causadas antes de 1989⁵; siempre y cuando: i) los aumentos a la pensión efectuados por la entidad pagadora en el pasado hubieran sido inferiores a los incrementos al

31 de diciembre de 1992 y le aplicarán el porcentaje del incremento señalado para el año de 1993 cuando se cumplan las condiciones establecidas en el artículo 1º.

El 1º de enero de 1994 y 1995 se seguirá igual procedimiento con el valor de la pensión mensual a 31 de diciembre de los años 1993 y 1994 respectivamente, tomando como base el porcentaje de la columna correspondiente a dichos años señalada en el artículo anterior.

Estos reajustes pensionales son compatibles con los incrementos decretados por el Gobierno Nacional en desarrollo de la Ley 71 de 1988.

⁵ “La Corte ha señalado que es a ella a quien corresponde fijar los efectos de sus sentencias, a fin de garantizar la integridad y supremacía de la Constitución. En este caso, esta Corporación considera que, en virtud de los principios de buena fe (CP art. 83) y protección de los derechos adquiridos (CP art. 58), la declaración de inexecutable de la parte resolutoria de esta sentencia sólo tendrá efectos hacia el futuro y se hará efectiva a partir de la notificación del presente fallo. Esto significa, en particular, que la presente declaratoria de inexecutable no implica que las entidades de previsión social o los organismos encargados del pago de las pensiones puedan dejar de aplicar aquellos incrementos pensionales que fueron ordenados por la norma declarada inexecutable y por el Decreto 2108 de 1992, pero que no habían sido efectivamente realizados al momento de notificarse esta sentencia, por la ineficiencia de esas mismas entidades, o de las instancias judiciales en caso de controversia. En efecto, de un lado, el derecho de estos pensionados al reajuste es ya una situación jurídica consolidada, que goza entonces de protección constitucional (CP art. 58). Mal podría entonces invocarse una decisión de esta Corte, que busca garantizar la integridad de la Constitución, para desconocer un derecho que goza de protección constitucional. De otro lado, en virtud del principio de efectividad de los derechos (CP art. 2º) y eficacia y celeridad de la función pública (CP art. 209), la ineficiencia de las autoridades no puede ser una razón válida para desconocer los derechos de los particulares. Nótese en efecto que tanto el artículo 116 de la Ley 6º de 1992 como el Decreto 2108 de 1992 ordenaban una nivelación oficiosa de aquellas pensiones reconocidas antes de 1989 que presentaran diferencias con los aumentos de salarios, por lo cual sería discriminatorio impedir, con base en esta sentencia de inexecutable, que se haga efectivo el incremento a aquellos pensionados que tengan derecho a ello”.

EXP. 36 2020 00149 01

Pedro Julio Chica Quintero contra Fondo Pasivo Social de los Ferrocarriles Nacionales de Colombia

salario decretados por el Gobierno Nacional; y ii) se tratase de funcionarios del orden nacional.

Sobre este último requisito, reiterado criterio de la H. Corte Suprema de Justicia dictado como juez de casación laboral para unificar la jurisprudencia nacional, estableció que los ajustes contenidos en las normas que se estudian no se pueden hacer extensivos a servidores del nivel territorial (Ver sentencias SL 1361 de 2015, SL 15775 de 2014 y las dictadas el 12 de noviembre de 2014 con rad. 47697, el 11 de diciembre de 2003 con rad. 22107 y el 17 de julio de 2002 con rad. 18189⁶).

Bajo esa misma línea interpretativa, y *mutatis mutandi*, no es posible extender estos reajustes de las pensiones de *jubilación* a los pensionados por *invalidez*. Si la Corte no estimó válido el test de igualdad frente al origen nacional o territorial de la prestación, con mayor razón se debe negar la aplicación de estas normas, *por igualdad*, a pensiones que cubre otra contingencia y que se tasan de forma diferente.

En consecuencia, y dado que la pensión reconocida al demandante es una pensión de invalidez (no de jubilación), no se cumplen las exigencias legales que darían acceso al derecho que se reclama en este expediente, razón suficiente para revocar la sentencia de primera instancia.

No sobra señalar que tampoco se probó en el expediente que los aumentos a la pensión que efectuó la entidad pagadora hubieran sido inferiores a los incrementos al salario decretados por el Gobierno Nacional, por el contrario, de la tabla de liquidación remitida al actor el 11 de septiembre de 2009 (ver páginas 60 y 61, archivo 06 trámite de primera instancia del expediente digital),

⁶ La última sentencia citada, dice: “De todos modos, no está por demás señalar que de concluirse acerca de la aplicabilidad de tales preceptos, ellos únicamente lo serían respecto de pensiones del orden Nacional, pues así está dispuesto en sus textos, de tal manera que habría que descartar su extensión a los pensionados del ámbito Departamental y Municipal como es el caso de los demandantes, ello sin perder de vista que tales normas fueron declaradas inconstitucionales por sentencia C – 531 de la Corte Constitucional, que desde luego no permite entonces su legal aplicación”.

EXP. 36 2020 00149 01
Pedro Julio Chica Quintero contra Fondo Pasivo Social de los Ferrocarriles Nacionales de Colombia

se advierte que el FONDO PASIVO SOCIAL DE LOS FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA realizó ajustes a la mesada pensional del actor en montos superiores a los decretados por el Gobierno, como se ve en el siguiente cuadro:

Año	REAJUSTES DE LEY :			VALOR	AÑOS	PENSION
	%	SUMA FIJA		PENSION		MINIMA
1984	12,49%	+ 925,50		25.270,02	1984	11.298,00
1985	11,00%	+ 1.018,50	hasta \$25.462,50 y de \$56.490,	25.270,02	1985	13.557,60
1985	15,00%	+	de \$25.462,51 hasta \$56.490,00	0,00	1985	
1986	10,00%	+ 1.129,80	hasta \$22.596,00 y de \$67.788,	0,00	1986	16.811,42
1986	15,00%	+	de \$22.596,01 hasta \$67.788,00	29.060,52	1986	
1987	12,00%	+ 1.626,91	hasta \$54.230,33 y de \$84.057,	34.174,69	1987	20.509,90
1987	15,00%	+	de \$54.230,34 hasta \$84.057,09	0,00	1987	
1988	11,00%	+ 1.849,24	hasta \$46.229,99 y de \$102.549,	39.783,15	1988	25.637,40
1988	15,00%		de \$46.230,00 hasta \$102.548,9	0,00	1988	
1989	27,00%			50.524,60	1989	32.559,60
1990	26,00%			63.661,00	1990	41.025,09
1991	26,0692%			80.256,91	1991	51.720,00
1992	26,04408%			101.159,08	1992	65.190,00
1993	25,03451%			126.483,76	1993	81.510,00
1993	12,00%	Para los pensionados: hasta el 31-DIC/8		0,00	1993	
1993	7,00%	Desde el 1-ENERO/82 hasta el 31-DIC/8		135.337,62	1993	
1994	21,09%			163.880,32	1994	98.700,00
1994	12,00%	Para los pensionados: hasta el 31-DIC/8		0,00	1994	
1994	7,00%	Desde el 1-ENERO/82 hasta el 31-DIC/8		175.351,94	1994	
1995	22,59%			214.963,94	1995	118.933,50
1995	4,00%	Para los pensionados: hasta el 31-DIC/8		0,00	1995	
1996	19,46%	MAS AJUSTE 50 CENTAVOS PARA REDONDEAR		256.796,42	1996	
1997	21,64%			312.367,17	1997	172.005,00
1998	17,68%			367.593,69	1998	203.826,00

SIN COSTAS en la instancia.

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

RESUELVE

- 1. **REVOCAR** la sentencia de primera instancia.
- 2. **ABSOLVER** a la demandada de todas las pretensiones incoadas en su contra.
- 3. **COSTAS** de la primera instancia a cargo del demandante.
- 4. **SIN COSTAS** en segunda instancia.

EXP. 36 2020 00149 01
Pedro Julio Chica Quintero contra Fondo Pasivo Social de los Ferrocarriles Nacionales de Colombia

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado


LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

EXP. 36 2022 00081 01
Edgar Zapata Rodríguez contra Colpensiones y Otros.

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

PROCESO ORDINARIO DE EDGAR ZAPATA RODRIGUEZ CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y LAS SOCIEDADES ADMINISTRADORAS DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Y PROTECCIÓN S.A.

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintitrés (2023)

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito, como lo dispone el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reúne la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, para resolver los recursos de apelación interpuestos por PORVENIR S.A y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, y estudiar en grado jurisdiccional de consulta a su favor, la sentencia dictada el 25 de febrero del 2023 por la Juez Treinta y Seis (36) Laboral del Circuito de Bogotá, por la cual DECLARÓ la ineficacia del traslado del demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS).

ANTECEDENTES

Por medio de apoderada, EDGAR ZAPATA RODRIGUEZ presentó demanda contra la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES para que, mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, se declare la *ineficacia o nulidad* de su afiliación a COLPATRIA hoy PORVENIR S.A

EXP. 36 2022 00081 01
Edgar Zapata Rodríguez contra Colpensiones y Otros.

realizada en enero del año 2001 con la cual se trasladó del régimen de prima media, por *existir engaño y asalto a su buena fe induciéndole al error y viciando su consentimiento para que se trasladara de régimen, desconociendo por completo el perjuicio que se le estaba causando*. En consecuencia, pide que se condene a PORVENIR S.A. retornar a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora con todos sus frutos, intereses y los rendimientos que se hubieran causado, y se ordene a esta última aceptar y validar el traslado y actualizar la historia laboral, sin solución de continuidad (ver demanda folios 06 al 21 del archivo No. 01 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Notificadas de la demanda, las demandadas comparecieron a través de apoderados.

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES se opuso a la prosperidad de todas las pretensiones, dijo que desconoce las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se llevó a cabo la asesoría por parte del fondo, además no se aportan pruebas tendientes a demostrar que el actor incumplió con su deber de información, por el contrario, el formulario de afiliación indica que fue una decisión libre, voluntaria e informada, la cual se ratificó con los aportes por más de 15 años en el RAIS. Advierte que el traslado no es viable porque el convocante no cumple con el requisito de 15 años de cotización antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1994 y está inmerso en la prohibición prevista en la Ley 797 de 2003, siendo imposible afiliarlo a ese régimen y, en todo caso, su traslado resultaría contrario al principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema. En su defensa propuso las excepciones que denominó *la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, en casos de ineficacia del traslado de régimen; responsabilidad SUI GENERIS de las entidades de seguridad social; sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación; el error de derecho no vicia el consentimiento; inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (Acto Legislativo 01 de*

EXP. 36 2022 00081 01
Edgar Zapata Rodríguez contra Colpensiones y Otros.

2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política), buena fe de Colpensiones, cobro de lo debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción y la innominada o genérica.(ver contestación folios 2 a 26 del archivo No. 05 del expediente digital, trámite de primera instancia).

PORVENIR S.A. se opuso también a las pretensiones de la demanda con fundamento en que el traslado al RAIS fue válido pues se brindó asesoría clara, expresa, veraz y oportuna, ajustada a lo dispuesto en el artículo 30 del Decreto No. 633 de 1993, por lo que no evidencia alguna omisión o vicio que lo invalide. Sostiene que el demandante tuvo la oportunidad de ejercer su derecho al retracto y de trasladarse de régimen, pero decidió seguir aportando al mismo. Advierte que es improcedente el traslado de los rendimientos económicos y los valores correspondientes a los seguros previsionales, al ser un beneficio propio del RAIS y al haber cumplido el seguro su finalidad. Como excepciones de mérito propuso las de *prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.* (ver contestación folio 02 a 27 archivo No. 07 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Igualmente PROTECCIÓN S.A. se opuso a las pretensiones de la demanda, con fundamento en que existe un acto válido, libre de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, como se evidencia en el formulario de vinculación suscrito por el demandante, el cual se ajusta a los parámetros del artículo 11 del Decreto 692 de 1994 y al derecho de libre elección. Afirmo que el demandante podía ejercer el derecho de retracto y trasladarse de régimen dentro de los términos legales, por lo que considera improcedente declarar la ineficacia solo por las expectativas económicas que tiene el demandante sobre la mesada pensional. En consecuencia, asegura que el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento y de existir deriva en una nulidad relativa la cual se encuentra prescrita. Como excepciones de mérito propuso las de *inexistencia de la obligación y falta de*

EXP. 36 2022 00081 01
Edgar Zapata Rodríguez contra Colpensiones y Otros.

causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa; inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe (ver contestación folio 3 a 24 y archivo No. 08 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Terminó la primera instancia con sentencia del 25 de febrero de 2023, mediante la cual la Juez Treinta y Seis (36) Laboral del Circuito de Bogotá DECLARÓ la ineficacia del traslado del demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS). Para tomar su decisión, el Juez de primera instancia aplicó la jurisprudencia trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y concluyó que PORVENIR S.A., teniendo el deber de información, no garantizó una afiliación libre y voluntaria, caracterizada por la entrega de una información suficiente y necesaria sobre las características, condiciones de acceso, riesgos y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, que le permitiera decidir que régimen se ajustaba a sus intereses. También indica que el proceso de ineficacia es imprescriptible al estar relacionado con el derecho a la seguridad social.

La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal:
“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado efectuado por el señor EDGAR ZAPATA RODRÍGUEZ del RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA CON PRESTACIÓN DEFINIDA, al de AHORRO INDIVIDUAL con efectiva a partir del 01 de septiembre del 94 a través de COLPATRIA, posteriormente HORIZONTE hoy PORVENIR SEGUNDO: ORDENAR a PORVENIR a normalizar la afiliación de la actora en el Sistema de información de los afiliados a los fondos de pensiones SIAF y a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores de la cuenta de AHORRO INDIVIDUAL del

demandante incluido, rendimientos y bonos pensionales lo recaudado por concepto de gastos de administración y comisiones, los costos de las primas de seguros previsionales y los aportes realizados al fondo de Garantía de pensión mínima, debidamente indexados. Dicha medida cubre tanto el periodo de permanencia en COLPATRIA como en HORIZONTE, como directamente con PORVENIR. TERCERO: ORDENAR a PROTECCIÓN a transferir a COLPENSIONES los dineros que hayan podido ser descontados durante la permanencia del demandante en dicha entidad cómo sería lo recaudado por concepto de gastos de administración y comisiones, incluido los costos de las primas de seguros previsionales y los aportes realizados al fondo de garantía de pensión mínima, sumas que deberán ser debidamente indexadas a la fecha de su pago, en aras de corregir la pérdida del poder adquisitivo de la moneda, señalando que dicha medida cubre tanto el periodo de permanencia en ING como en el que directamente se estuvo en PROTECCIÓN lo anterior en virtud del proceso de fusión por el cual esta última absorbió a la primera. CUARTO: ORDENAR a COLPENSIONES a recibir e imputar una vez recibidos los aportes a la historia laboral del demandante. QUINTO, DECLARAR no probada la excepción de prescripción, SEXTO: CONDENAR en costas a PORVENIR, PROTECCIÓN y COLPENSIONES, liquidándose como agencias en Derecho la suma de un salario mínimo legal mensual vigente a cargo de cada una de las mismas SÉPTIMO: CONSÚLTESE con el superior la presente sentencia a favor de COLPENSIONES según las reglas del artículo 69 del Código de Procedimiento del trabajo y la seguridad social.” (Audiencia virtual, récord 1:00:05, archivo No. 16 del expediente digital, trámite de primera instancia).

RECURSOS DE APELACIÓN

En el recurso de COLPENSIONES, afirma que en el proceso no se probó la omisión al deber de información, pues de acuerdo con la jurisprudencia, para la fecha del traslado no era exigible realizar proyecciones ni existían requisitos adicionales, más allá de la suscripción del formulario de afiliación. Sostiene que así no se hubiere cumplido con tal deber, esta situación se

EXP. 36 2022 00081 01
Edgar Zapata Rodríguez contra Colpensiones y Otros.

entiende saneada con la permanencia del actor en el fondo privado por más de 28 años, teniendo en cuenta que la omisión de la ley no es eximente y no es válido alegar la ineficacia del traslado por las condiciones económicas de la mesada pensional. Por lo anterior solicita se analicen las circunstancias de tiempo, modo y lugar de la afiliación, los traslados horizontales y las pruebas allegadas por las demandadas que demuestran en si el cumplimiento del deber de información.¹ (Audiencia virtual, récord 1:02:34, archivo No. 16 del expediente digital, trámite de primera instancia).

PORVENIR en el recurso afirma que no existían razones fácticas, ni jurídicas para ser declarada la ineficacia, de acuerdo con las obligaciones exigidas a las AFP para la fecha de traslado. Sostiene que es posible ratificar la voluntad del demandando de permanecer en el RAIS a partir de los traslados horizontales y la permanencia en el fondo privado. En consecuencia,

¹ “Respetuosamente me permito presentar recurso de apelación contra la sentencia que se acaba de emitir para que el Tribunal Superior de Bogotá Sala laboral se sirva revocarla en su totalidad. Como quieras que mi representada Colpensiones difiere de las consideraciones del despacho, al no encontrarse probada la omisión de información y del deber de información en cabeza de los fondos de pensiones para la época en la que el demandante Edgar Zapata, de manera libre y consciente y voluntaria, decide trasladarse en 1994 con Colpatria, hoy porvenir, por lo tanto, solicito tener en cuenta al honorable tribunal que bien es cierto la jurisprudencia la sentencia traídas a colación por la juez de primer grado, el cual indica que las ha afiliados al sistema pensional, deben recibir información adecuada y precisa sobre las características de cada régimen pensional a partir de la entrada en vigencia de la ley 100 del 93. También es importante recordar que el deber de asesoría brindada por el Consejo ha venido evolucionando con el paso del tiempo y ya que para la fecha del traslado es de 1994, con el fin de vincular a los potenciales afiliados, pues no era exigible ni condicionado para los fondos de pensiones efectuar simulaciones o proyecciones pensionales y el implantar requisitos diferentes o adicionales a la suscripción del formulario de afiliación adicionalmente, es importante indicar que en el caso en el que efectivamente el demandante no hubiera recibido la asesoría respecto de las características de cada región de pensional, esta situación ya se encuentra debidamente saneada. Como quiera que el actor, pues desde hace más de 28 años se encuentra vinculado al régimen de ahorro individual con solidaridad y además por voluntad propia, podría hacerse una asesorarse, leer los documentos que suscribe, elevar peticiones, quejas o reclamos, entre otras actividades para definir un aspecto importante como lo era su futuro pensional y como quiera que la ley no sirve de excusa, pues no es de recibo al llegar e ineficacia del traslado del régimen pensional, alegando desventaja respecto de las condiciones económicas que sobrevendría pensionarse en el régimen de ahorro individual, por lo tanto, pues solicitó al Tribunal tener en cuenta las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que se efectuó el traslado de inicial y el traslado horizontal del demandante, así como también solicitó analizar las pruebas han llegadas por las codemandadas porvenir y protección, las cuales, pues demuestran que el deber de información que se exigía para la época de traslado era ese, cumplió, y pues esta situación ya se dio ratificada por el demandante a no elevar ningún interna petición queja o reclamo o de estar o de solicitar el traslado antes de encontrarse inhabilitado por la ley. De esta manera, su Señoría dejó sustentado el recurso de apelación. Muchas gracias. ”.

considera que debe ser revocada la sentencia de primera instancia, y solicita, en caso contrario, que no se ordene el reintegro de los valores correspondientes a los gastos de administración, seguros previsionales y las sumas destinadas al fondo de pensión mínima, al ser beneficios que el demandante ya disfrutó. Advierte que el traslado de los rendimientos más la indexación, generaría un enriquecimiento ilícito a favor de Colpensiones y solicita por último no se condene en costas a Porvenir teniendo en cuenta que el mismo siempre ha actuado de buena fe.² (Audiencia virtual, récord 1:05:17, archivo No. 16 del expediente digital, trámite de primera instancia).

² Gracias, señora juez manifiesto que voy a interponer recurso de apelación de forma total contra la sentencia proferida en esa primera instancia, en cuanto al numeral primero de la sentencia que declara la ineficacia de la afiliación manifiesto que, a juicio de esta apoderado, no existían razones ni fácticas ni jurídicas para tal declaratoria, lo primero es que en cuanto a la prueba documental que extraña a la juez de primera instancia en su fallo frente a la acreditación, pues de esta información que se le brindó al demandante al momento de su vinculación inicial con Colpatria cabe resaltar que el guardar esos soportes documentales de forma estricta y escrita no era una obligación vigente para esa época, es decir, que a mi representada no se le exigía o no existe una normatividad en el ordenamiento que le exigiera a porvenir guardar esos soportes documentales, n todo caso, también hay, considero que quedó probado que el demandante sí tuvo acceso a una asesoría verbal por parte de porvenir que estuvo acompañado asesores comerciales y que su ratificación de voluntad de pertenecer al régimen de ahorro individual se puede visualizar en el traslado horizontal que efectuó ante la AFP de protección y luego posteriormente nuevamente el traslado horizontal que hizo ante mi representada y no solo eso, sino también el tiempo de permanencia que ha tenido durante todo ese tiempo el demandante, pues permite colegir que el demandante quería pertenecer al régimen de ahorro individual, como así lo hizo efectivamente, quiero poner también de presente a los magistrados que manifestó el demandante que en ningún momento radicó algún tipo de queja o inconformidad con relación a la afiliación durante todo ese tiempo ni a porvenir ni a protección, sino que esperó, pues todo ese tiempo para demandar, y lo hizo tal como se puede concluir de la demanda por esta diferencia en las mesadas pensionales que tendría o porque considera que económicamente le es más beneficioso el régimen de prima media Sin embargo, a mi juicio, pues esta no es una pretensión válida dado que específicamente ese tipo de procesos deberían analizarse más de cara a cuál fue la falencia en el deber de información y no es de expectativas económicas de los demandantes en todo caso, y pues ya en cuanto a la condena consistente en trasladar a Colpensiones todos los dineros recibidos con motivo de la afiliación, considero que, teniendo en cuenta los anteriores argumentos, esto también deberá ser revocado por parte del Tribunal sin embargo, si los magistrados deciden dejar en firme esta ineficacia de la filiación, me gustaría solicitar de forma respetuosa que no se condene a trasladarlos, emolumentos por conceptos de cuotas de administración, seguros previsionales y los aportes al fondo de garantía de pensión mínima de forma indexada, dado que en primer lugar estos conceptos como lo son gastos de administración, se utilizaron para generar frutos y rendimientos que hoy se pueden ver de forma positiva en la cuenta de ahorro del afiliado en cuanto a los seguros previsionales, se tratan de gastos que se destinaron a un tercero, que es una aseguradora y que en todo caso ya no están en el patrimonio de porvenir porque se destinaron a cubrir las contingencias de invalidez y muerte, es decir, que es un servicio del cual ya ha disfrutado durante todo ese tiempo el demandante por lo tanto, no es dable que se retrotraigan estas sumas en cuanto a la indemnización ordenada en la sentencia, también es claro que, y si bien pues la juez manifestó que ello iba dirigido a

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Para resolver la controversia, el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 – modificado por el art. 2º de la Ley 797 de 2003–, dispuso para los afiliados al Sistema General de Pensiones, la posibilidad de escoger libremente uno de los dos regímenes pensionales y el derecho a trasladarse entre uno y otro régimen una vez cada cinco años contados a partir de la selección inicial. Sin embargo, por razones financieras y de estabilidad en el Sistema pensional, las normas limitaron el derecho a trasladarse de régimen cuando al afiliado le faltan 10 años o menos para alcanzar la edad de pensión. Solo se conservó el derecho al traslado en cualquier tiempo para los afiliados que tuvieran más de quince (15) años cotizados para la fecha en que entró en vigor el Sistema de Seguridad Social en Pensiones (1º de abril de 1994).

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

resarcir el detrimento que ha tenido el dinero en el tiempo, cabe resaltar que en la sentencia también se ordenó el traslado de rendimientos. Entonces, a mi juicio, ese ese detrimento, pues ya se vería compensado de cierta forma con los rendimientos que también se ordenó trasladar a mi representada entonces el hecho de que se esté condenando a rendimientos más indexación de cierta forma implica una doble condena a porvenir y un enriquecimiento sin justa causa en favor de compensaciones. Por último, solicitó también a los magistrados que se revoque la condena consistente, pues en las costas procesales, dado que porvenir siempre ha obrado de buena fe, acorde con el ordenamiento jurídico vigente, pues sí y siempre obrando con toda esta normatividad. Muchas gracias, señora juez.

EXP. 36 2022 00081 01
Edgar Zapata Rodríguez contra Colpensiones y Otros.

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

Bajo estos lineamientos normativos se advierte de las pruebas aportadas que para la fecha en que se afilió al Fondo Privado de Pensiones el demandante tenía 30 años de edad³ y había cotizado 195,43⁴ semanas, para la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994) no tenía 15 años de servicios (tenía 3 años, 1 meses y 5 días)⁵, y para la fecha de presentación de la demanda (16 de febrero de 2022) se encontraba a menos de 10 años para adquirir la pensión (tenía 57 años de edad - folio 01 del archivo 02 del expediente digital).

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

Sin embargo, y al margen del criterio que tiene el magistrado ponente y que ha expresado en diferentes providencias dictadas en el pasado, la Sala

³ Nació el 22 de mayo de 1964.

⁴ Ver historia laboral expedida por el Ministerio de Hacienda, folios 78 a 82 del archivo 07 del expediente digital.

⁵ *Ibidem*.

Laboral de la Corte Suprema de Justicia estableció un precedente al que asignó el carácter de obligatorio acatamiento para toda la jurisdicción ^{6,7}, según el cual se debe declarar la ineficacia del traslado cuando ocurran las circunstancias que definen las sentencias STL3382-2020, STL1452-2020 y STL3187-2020 (entre otras).

En estas sentencias, la Corte considera que las AFP han tenido siempre la obligación de brindar toda la información pertinente del sistema pensional al afiliado, y el cumplimiento de dicha obligación “(...) *debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión*”. En este sentido: (i) “*El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación, en este caso, en el de afiliación a otro Fondo, es insuficiente para afirmar que existió un consentimiento informado «entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio,*

⁶ Sentencia STL 3382-2020 Corte Suprema de Justicia “(...) *dada la importancia en materia de derechos pensionales, y en aras de garantizar tales prerrogativas, se hace necesario primero recoger el criterio de la Sala, en relación a los procesos en los que se pretende la nulidad del traslado de régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, donde por vía de tutela se ha negado la solicitud de amparo, dada la razonabilidad de los fallos cuestionados.*

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

⁷ Sentencia STL3187-2020: “*Debe insistir la Corte en que los funcionarios judiciales de la jurisdicción ordinaria están obligados a seguir la jurisprudencia emanada de la Corte Suprema de Justicia. Así lo imponen no solo razones de seguridad jurídica, buena fe, certeza y previsibilidad en la aplicación del derecho, sino también el derecho a la igualdad de trato, en cuya virtud los casos semejantes sometidos a consideración de los jueces deben resolverse del mismo modo a como lo definieron los máximos órganos de cierre de cada jurisdicción. Es normal que los jueces puedan disentir de los criterios judiciales de sus superiores; sin embargo, ello no los autoriza a desatender las construcciones jurisprudenciales trazadas por los órganos encargados por la Constitución de fijar, con carácter general, el sentido de los grandes dilemas jurídicos que suscita el Derecho en cada área. Si las percepciones, convicciones o divergencias de los juzgadores frente a una cuestión jurídica no pueden canalizarse a través de sólidos y persuasivos argumentos, estructurados acordes con la dimensión social de la Constitución Política de 1991, no es válido apartarse del precedente sentado por las Altas Cortes”.*

la comprensión por el usuario de las condiciones, riegos y consecuencias». Además –dice la Corte- (ii) “*Si se arguye que, a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. Tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo*”; (iii) ello aplica para todos los afiliados al Sistema de Pensiones sin que importe que para el momento de la vinculación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad se vislumbraran o no consecuencias negativas por no tener el afiliado una expectativa pensional cercana o la pérdida del régimen de transición, pues: “*Ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información*” (Sentencia SL1688-2019 de 8 mayo de 2019, rad. 68838); y, (iv) –según la Corte- la ineficacia del traslado de régimen pensional no es subsanable “*en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos*”, y la acción para que se declare tal situación es imprescriptible “*en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, pues, se reitera, forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social*” (Ver SL 1689 de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

Acatando la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte y dejando a salvo el criterio del magistrado ponente, como se dijo, el Tribunal confirmará la sentencia de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de régimen del demandante, pues la AFP COLPATRIA S.A. (hoy PORVENIR S.A.) no probó haberle brindado *toda la información pertinente* del Sistema en el momento en que suscribió el documento de traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, como lo exige la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y

EXP. 36 2022 00081 01
Edgar Zapata Rodríguez contra Colpensiones y Otros.

por ello no se puede entender que hubo un “*consentimiento informado*”. La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estima necesario, no solo una ilustración sobre las ventajas del régimen y sus características, sino también sobre las desventajas que pudiera tener para cada afiliado.

En palabras de la Sala Laboral de la Corte Suprema, el deber de brindar información “*debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión*”, lo que no se confesó en el interrogatorio de parte que rindió el demandante. Allí, según ilustró, le indicaron que el ISS se iba a acabar, incertidumbre que lo llevó a trasladarse a un fondo privado, el cual nunca le explicó el funcionamiento del RAIS sus ventajas y desventajas, el régimen de transición, o su derecho al retracto, entre otras características del RAIS (Audiencia virtual del 23 de febrero de 2022, récord 11:56).

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

También se confirmará la decisión de primera instancia que dispuso a cargo de PORVENIR S.A, la devolución de los valores de la cuenta de ahorro individual con solidaridad del demandante incluyendo cotizaciones y rendimientos, así como a cargo de ésta y de PROTECCIÓN S.A. devolver las

EXP. 36 2022 00081 01
Edgar Zapata Rodríguez contra Colpensiones y Otros.

sumas descontadas a título de gastos de administración y comisiones, los costos de las primas de seguros previsionales y los aportes realizados al fondo de Garantía de pensión mínima, debidamente indexados a COLPENSIONES, sin que sea posible deducir suma alguna por cualquier causa (Sentencias SL1421 del 10 de abril de 2019 y SL4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA). Para la Corte la declaración de ineficacia obliga a los fondos privados a devolver los gastos de administración y las comisiones con cargo a sus propias utilidades, *“pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES”* (SL 4360 del 9 de octubre de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO). Lo anterior también implica la devolución de las primas de las aseguradoras y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes (es decir, las comisiones) conforme a lo establecido en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993⁸, los cuales se deben devolver *“debidamente indexados”* (SL1688 del 8 de mayo de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

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

En respuesta al recurso de PORVENIR SA, se confirmará la condena en costas que se le impuso, pues el artículo 365 del CGP impone este pago a la parte que resulte vencida en el proceso, es decir, a quien se opone a las

⁸ *“En el régimen de ahorro individual con solidaridad el 10% del ingreso base de cotización se destinará a las cuentas individuales de ahorro pensional. Un 0.5% del ingreso base de cotización se destinará al Fondo de Garantía de Pensión Mínima del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y el 3% restante se destinará a financiar los gastos de*

EXP. 36 2022 00081 01
Edgar Zapata Rodríguez contra Colpensiones y Otros.

pretensiones de una demanda, como ocurrió con en el caso bajo estudio (ver contestación folio 02 a 27 archivo No. 07 del expediente digital, trámite de primera instancia).

COSTAS en apelación a cargo de COLPENSIONES y PORVENIR S.A.

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

RESUELVE

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado


LORENZO TORRES RUSSY

Magistrado


MARLENY RUEDA OLARTE

Magistrada

administración, la prima de reaseguros FOGAFÍN, y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes”.

EXP. 36 2022 00081 01
Edgar Zapata Rodríguez contra Colpensiones y Otros.

INCLÚYASE en la liquidación de costas la suma de SEISCIENTOS MIL PESOS (\$600.000) como agencias en derecho de segunda instancia a cargo de cada una de las demandadas.

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Mo-10-11' with a period at the end.

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

**PROCESO ORDINARIO DE ARNOLDO TORRES NOGUERA CONTRA
WEATHERFORD SOUTH AMERICAN GMBH Y WEATHERFORD
COLOMBIA LTD**

Bogotá D. C., treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintitrés (2023)

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito, como lo dispone el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reúne la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, para resolver el recurso de apelación interpuesto por ambas partes, contra la sentencia dictada el 10 de febrero de 2023. En ella se DECLARÓ la existencia de una relación de trabajo entre el actor y GENERAL PIPE SERVICE INC hoy WEATHERFORD SOUTH AMERICA GMBH, se ordenó el pago del calculo actuarial ante COLPENSIONES para convalidar el tiempo de servicio cumplido entre el 26 de enero de 1981 a 31 de octubre de 1990, y se ABSOLVIÓ a WEATHERFORD COLOMBIA LIMITED de todas las pretensiones incoadas en su contra.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, ARNOLDO TORRES NOGUERA presentó demanda contra WEATHERFORD COLOMBIA LTD y WEATHERFORD SOUTH AMERICA GMBH (antes GENERAL PIPE SERVICE INC., y WEATHERFORD SOUTH AMERICA INC.), para que mediante los trámites de un proceso ordinario laboral se reconozca a través de cálculo actuarial el valor de los aportes que corresponden al periodo laborado para GENERAL PIPE SERVICE INC entre el 26 de enero de 1981 y el 31 de octubre de 1990.

Sobre los hechos que fundamentan las pretensiones, aduce que nació el 21 de mayo de 1958, prestó sus servicios para GENERAL PIPE SERVICE INC en el cargo de soldador entre el 26 de enero de 1981 y el 31 de octubre de 1990, fecha en la cual se retiró voluntariamente. Dijo que el último salario devengado ascendió a \$270.344. Aseveró que el pasivo pensional de GENERAL PIPE SERVICE INC se encuentra a cargo de WEATHERFORD COLOMBIA LTD y WEATHERFORD SOUTH AMERICA GMBH. Aduce que acumula mas de 20 años de servicios en el sector petrolero.

Notificadas de la demanda, las demandadas comparecieron a través de apoderado para la litis.

WEATHERFORD COLOMBIA LTD, mediante apoderada contestó la demanda. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones con fundamento en que no tiene ningún tipo de obligación o pasivo pendiente por reconocer al demandante pues entre las partes nunca existió relación laboral, ni existe fundamento fáctico o jurídico por el cual pueda ser condenada. Propuso como excepciones de mérito las de *falta de legitimación en la causa por pasiva, cobro de lo no debido por inexistencia de la obligación, buena fe y prescripción* (ver contestación archivo 05 del trámite de primera instancia expediente digital).

WEATHERFORD SOUTH AMERICA GMBH, mediante apoderada también contestó la demanda. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones con fundamento en que no tenía obligación de realizar afiliación o aportes a pensión, por pertenecer a la industria del petróleo, sector que fue llamado a la inscripción obligatoria de los trabajadores hasta el 1 de octubre 1993. Propuso como excepciones de mérito las de *cobro de lo no debido por inexistencia de la obligación y ausencia de causa, carácter bipartito y tripartito de los aportes a seguridad social, buena y prescripción* (ver contestación archivo 07 del trámite de primera instancia expediente digital).

Terminó la primera instancia con sentencia del 10 de febrero de 2023, a través de la cual el Juez Treinta y ocho (38) Laboral del Circuito de Bogotá DECLARÓ la existencia del contrato de trabajo, y ORDENÓ a GENERAL PIPE SERVIC INC hoy WEATHERFORD SOUTH AMÉRICA GMBH, en calidad de empleador, el pago del cálculo actuarial que para el efecto realice el fondo de pensiones. Para tomar su decisión, el Juez de primera instancia encontró probada la relación laboral entre el demandante y GENERAL PIPE SERVICE INC en el periodo comprendido entre el 26 de enero de 1981 a 31 de octubre de 1990, y estimó que al haber asumido WEATHERFORD SOUTH AMERICA GMBH el pasivo de dicha empresa (GENERAL PIPE SERVICE INC) debía pagar los aportes a través de cálculo actuarial, al margen de que la normatividad, para la fecha de la relación de trabajo, no obligara a las empresas dedicadas a las actividades petroleras a realizar cotizaciones a pensiones de sus trabajadores. En relación con la demandada WEATHERFORD COLOMBIA LTD no impuso condena, al advertir que el actor no tuvo relación laboral con esa demandada y tampoco se demostró que hubiera asumido la carga pensional del demandante.

La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR que entre ARNOLDO TORRES NOGUERA y la SOCIEDAD GENERAL PIPE SERVIC INC hoy WEATHERFORD SOUTH AMÉRICA GMBH existe un contrato de trabajo vigente en el lapso comprendido entre el 26 de enero de 1981 al 31 de octubre de 1990, en los terminos reseñados en la parte motiva de la presente sentencia. SEGUNDO: DECLARAR que la demanda GENERAL PIPE SERVIC INC ahora WEATHERFORD SOUTH AMÉRICA GMBH, en su calidad de empleador de ARNOLDO TORRES NOGUERA, no efectuó aportes al sistema de pensiones en el periodo que el demandante le prestó de sus servicios. TERCERO: DECLARAR que la demanda GENERAL PIPE SERVIC INC hoy WEATHERFORD SOUTH AMÉRICA GMBH en su calidad de empleador debe asumir el valor del cálculo actuarial que para el efecto realice la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES para convalidar el tiempo de servicio cumplido entre el 26 de enero de 1981 al*

31 de octubre de 1990, debiendo tomar en cuenta la administradora las asignaciones salariales certificadas por la empresa empleadora en los términos señalados en la parte motiva de la presente sentencia sin incluir como factor salarial para la determinación para el cálculo actuarial intereses moratorios. CUARTO: CONDENAR a la SOCIEDAD GENERAL PIPE SERVIC INC hoy WEATHERFORD SOUTH AMÉRICA GMBH adelantar las gestiones administrativas y financieras pertinentes ante la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES con el fin de que se realice el cálculo actuarial que se ha ordenado y se efectué el pago correspondiente de manera oportuna y a más tardar dentro de los dos meses siguientes a la ejecutoria de la presente sentencia. QUINTO: CONDENAR a la SOCIEDAD GENERAL PIPE SERVIC INC hoy WEATHERFORD SOUTH AMÉRICA GMBH, a pagar el cálculo actuarial que elabore COLPENSIONES por el periodo laborado por el señor ARNOLDO TORRES NOGUERA a favor de GENERAL PIPE SERVIC INC hoy WEATHERFORD SOUTH AMÉRICA GMBH en el lapso comprendido entre el 26 de enero de 1981 al 31 de octubre de 1990, partiendo como último salario de la suma de \$ 180.500 pesos. SEXTO: excepciones dadas las resultas del juicio el despacho declara no probadas las propuestas, SÉPTIMO: ABSOLVER a la SOCIEDAD WEATHERFORD COLOMBIA LTD de todas y cada una las pretensiones incoadas en su contra de la demanda, por las partes señaladas en la parte motiva de la presente sentencia. OCTAVO: sin costas en la instancia.” (archivo 14, Minuto 41:41 trámite de primera instancia del expediente digital).

RECURSOS DE APELACIÓN

En el recurso del demandante, solicita que se declare la responsabilidad solidaria de las demandadas, pues -dice- ellas asumieron el pasivo pensional de GENERAL PIPE SERVICES. Precisa que dado el resultado del proceso se debe imponer condena en costas (archivo 14, Minuto 45:11 trámite de primera instancia del expediente digital)¹.

¹ “ Respetuosamente me permito interponer recurso de apelación en el sentido de que no se declaró la solidaridad existente entre las empresas el Weatherford Colombia Limitada, que es

En el recurso de la demandada WEATHERFORD SOUTH AMERICA GMBH, su apoderado afirma que durante la ejecución del contrato de trabajo las empresas petroleras no tenían la obligación de afiliar a los trabajadores para los riesgos de invalidez, vejez y muerte, pues dicha obligación surgió en octubre de 1993, y el pago de cálculo actuarial no se creó para empleadores que no pudieron pagar los aportes por falta de cobertura del ISS. Además, considera que los empleadores no tenían la obligación de constituir reserva por los aportes durante dichos tiempos, de conformidad con lo establecido en el artículo 72 de la Ley 90 de 1946. Finalmente, de confirmarse la decisión dictada en primera instancia, solicita que se tenga en cuenta lo dispuesto en el artículo 33 del decreto 3041 de 1966 para que el pago de los aportes a pensión sea proporcional tanto del empleador como del trabajador (archivo 14, Minuto 48:15 trámite de primera instancia del expediente digital)².

la que asumió en últimas la carga pensional de la empresa Genera Pipe Services y lógicamente Weatherford South América GMBH, pues obra en el expediente certificaciones de la Cámara de comercio donde se demuestra que el objeto de las mismas explotación de petróleos de prestación de servicios petroleros cuenta con la misma dirección y domicilio, mismo representante legal además dentro del proceso obran certificaciones de General perdón de Weatherford Colombia Limitada donde se hace referencias digamos a la relación laboral del demandante, en este sentido pues solicito que el superior lo tenga en cuenta para imponer condenas de manera solidaria y vincule de manera solidaria Weatherford Colombia Limitada, por otro lado pues dentro de este proceso si bien no se condenó costas en este proceso a la parte demandada de todas formas se hizo por parte de este apoderado un trabajo que digamos merece o alguna retribución por parte de la parte de las costas, si merece una retribución en virtud al decreto, perdón señoría al acuerdo 1887 de junio 27 de 2003 y teniendo en cuenta que a la parte demandada se le requirió antes de presentar esta este proceso con el fin de que se pronunciare sobre el cálculo solicitado a lo que hizo caso omiso, situación que obligo a este apoderado a instaurar la demanda correspondiente ante su despacho situación por la cual Solicito se condenen costas por la primera instancia en este proceso en estos términos dejo el recurso de apelación interpuesto para ante el superior y no es más su señoría."

² " Gracias su señoría de manera respetuosa y su cinta presento recurso de apelación en contra de la provincia dictada por su despacho, para que lo honorable tribunal superior del distrito judicial está sede judicial de Bogotá se proceda a revocar en su totalidad la condena interpuesta en contra de mi representada por Weatherford South América GBMH, esta apoderado con todo respeto cimiento mi recurso manifestando que no comparte en su totalidad los argumentos esgrimidos por el despacho en la medida que sea lo primero mencionar que la sentencia condenatoria en la cual se condena a Weatherford South América GBMH al pago del cálculo actuarial comprendido por el tiempo y la vinculación laboral que quedó acreditado en el plenario de cara a los motivos, por los cuales Considero que no se debe condenar a mi representada ese título actuarial es conforme al principio de confianza legítima y seguridad jurídicas a la normatividad oponible para la data en la aplicación y de igual manera a que la relación laboral entre el accionante y mi representada feneció

antes entre el 01 de octubre de 1993, si tal como quedo acreditado pues finalizo por voluntad del accionante del 31 de octubre 1990, en este sentido antes de la fecha indicada pues asido reconocido incluso por el despacho de que no éxito una obligación legal, reglamentaria oponible a mi representada de afiliar y realizar los aportes al sistema general de la seguridad social, incluso de la jurisprudencia de la honorable corte suprema de justicia hasta el año 2015, estaba sementada a señalar que no existía una omisión por parte de los empleadores como quiera que queda acreditado que incluso para las empresas características tales pertenecientes a la industria del petróleo pues no existía esa cobertura o ese llamado a la inscripción al instituto de seguros sociales o de afiliación los trabajadores tal y como consta en la resolución que se llegó como prueba documental la resolución 4250 de 1993. Por ende y como quedó acreditado que funciones y actividades desempeñadas estaban relacionadas directamente con la explotación y perforación petróleo pues esas afiliaciones aportes al sistema de seguridad social estaban sujetos al momento en el que el instituto de seguro social es era llamado o hacía ese llamado inscripción es decir a partir del 01 de octubre de 1993 como lo dispuso dicha resolución ante referida, adicionalmente a ello no se comparte la tesis por la cual se ha cimentado todo este tiempo de que se debe asumir por parte del empleador algún tipo de Asunción del riesgo una obligación que vulnera al principio de confianza legítima en la medida que no había un parámetro legal que le exigiera se aprovisionamiento por parte de mi representada nótese incluso que el artículo 260 del código sustantivo del trabajo estipula las obligaciones bajo tres eventos específicos por los cuales debía asumir ese riesgo el empleador de manera pues muy genérica se está prevaleciendo un principio en este caso para atender de manera arbitraria sancionar a través de un pago de un título actuarial que vulnera si el principio comienza legítima, porque no había un fundamento normativo que le exigiera provisionar ese tipo de riesgos y aunado a ello porque incluso de la ley 100 de 1993. Pues solamente hasta ese momento ese vuelve obligatoria esa obligación por parte de todos los trabajadores dependientes en ese orden de ideas pues ni siquiera en el artículo 72 de la ley 90 de 1940, es que es que crea el instituto de seguro social es pues se desprende esa conclusión de que debía asumirse esa prestación o esa contingencia adicionalmente a lo anterior Considero que se vulnera al principio de confianza legítima y se genera un perjuicio como quiera que mi representada pues no tenía esa obligación y de igual manera pues no está atada a los cambios jurisprudenciales porque como se reitera hasta el año 2015 la tesis cimentada era que el empleador no debía asumir porque no ogo de mala fe y tampoco se comprueba que haya actuado en incumplimiento de una normatividad vigente en ese orden de ideas pues está atado a una comisión legislativa a lo que se ordene por el legislador más no por circunstancias adversas como lo es un cambio jurisprudencial y si en gracia de discusión se continúa las tesis y se continúa como ya se ha cimentado de manera pacífica y reiterada que debe asumir mi representada al pago del cálculo actuarial esta apoderada así considera que debe analizarse cuál es la teleología del sistema de seguridad social porque no se busca un enriquecimiento tampoco sin justa causa ni tampoco de manera arbitraria que después de 20 años se pretenda el pago en cargo actuarial si como está cimentada el sistema de seguridad social lo que busca es que en armonía con el aporte del trabajador y el aporte que realiza el empleador pues se realice esa contingencia de vejez, pues se debería ordenar y analizar el porcentaje que también debió haber sido descontado el trabajador eso con fundamento al decreto 3041 de 1966, en donde se habla de un carácter bipartito en donde corresponde pues un porcentaje tanto del trabajador como el empleador y de manera pues muy somera también mencionó el aspecto analizado por la corte constitucional en sentencia T-281 del 3 de agosto del 2020 magistrado ponente Luis Guillermo guerrera Pérez, en donde también se analiza ese aspecto como no se está tratando de sancionar al empleador eso garantizaron derecho fundamental del trabajador pues entonces debe analizarse que al momento de condenar y eso sin que constituye una manifestación en contra de los intereses de mi representada que esos dineros tampoco pueden ser devueltos o cancelados a través de ese pago de título actuarial de manera total y como sí se afirmaron responsabilidad plena del empleador cuando también existía una obligación por parte del trabajador esto los cimientos también con un reciente pronunciamiento en expediente del 2019 533 Magistrado sustanciador del tribunal superior de este Distrito judicial de Bogotá Miller Esquivel Gaitán, en donde un caso similar inclusivo con las mismas partes aquí condenas en este caso Weatherford South América GBMH se analizó y se tuvo en cuenta que “se analizó de manera muy rápida que sobre el pago del cálculo actuarial concluye la sala que Weatherford South

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

No fue objeto de controversia la existencia de un contrato de trabajo entre ARNOLDO TORRES NOGUERA y GENERAL PIPE SERVICE INCORPORATED (hoy WEATHERFORD SOUTH AMERICA GMBH) entre el 26 de enero de 1981 y el 31 de octubre de 1990, periodo durante el cual devengó como último salario promedio mensual \$180.500 (ver página 64 certificación laboral, contrato de trabajo a folios 140 y 141, y la liquidación final de prestaciones obrante a página 66, archivo 12 tramite de primera instancia del expediente digital).

La Sala no se pronunciará sobre la solidaridad que pretende el demandante se declare en segunda instancia, pues este asunto no hizo parte de las pretensiones de la demanda, ni en dicho instrumento se expusieron hechos pertinentes a tal declaración³.

América GBMH, si bien debe pagar a Colpensiones el título pensional que la entidad pública establezca por los periodos determinado por el juez de primera instancia, teniendo en cuenta el salario devengado es mencionar que le corresponda también al trabajador es decir al demandante concluir con el pago de porcentaje a su cargo por ser obligación de ambas partes y no solo del empleador pues en la actualidad la contribución de una pensión es la cotización en cabeza del trabajador y del patrono pues por lo que se busca financiar de manera legal los aportes toda vez que sería un enriquecimiento ilícito sin justa causa que no es una cuenta de obligación conforme al artículo 1524 del código civil”, en ese orden le solicito muy respetuosamente al tribunal superior de este Distrito judicial se analice la teología del sistema general de pensiones se tenga en cuenta también el pronunciamiento ya enunciado por parte de esa sede y se tenga en cuenta Incluso el salvamento de Voto en sentencia SL 3500 de 2019 ante que se analice el principio de confianza legítima y seguridad jurídica y el carácter tripartito de los aportes al sistema de seguridad social en ese orden de ideas dejó cimentado mi recurso de apelación y muchas gracias por la oportunidad señoría”.

³ Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral, Sentencia SL2808-2018 Radicación No. 69550, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO: “Principio de congruencia (...). Conforme dicho principio, los fallos de primera y segunda instancia deben guardar coherencia entre el contenido del fondo de la relación jurídico procesal, de los hechos y las peticiones de la demanda, de su contestación y de las excepciones formuladas, así como de lo alegado por las partes en las oportunidades procesales pertinentes, con lo resuelto por el juzgador. Luego el sentenciador, debe obrar dentro del marco trazado por las partes en conflicto. Es así que esta Sala de la Corte, de antaño ha señalado que es base esencial del debido proceso laboral, que las sentencias se enmarquen dentro de la causa petendi invocada por el promotor del proceso. Si es el fallador de segundo grado quien desborda ese estricto límite y resuelve ex

En consonancia con el recurso de apelación (artículo 66-A del CPTSS), el Tribunal debe definir: (i) si procede el pago del cálculo actuarial por el periodo laborado por el demandante a favor de GENERAL PIPE SERVICE INC, y (ii) si se debía dictar condena en costas de primera instancia.

Para resolver las materias objeto de apelación, el Tribunal seguirá el criterio jurisprudencial expresado por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en ejercicio de la función que le asigna el ordenamiento jurídico, como Juez de Casación Laboral, para unificar la jurisprudencia en asuntos como el que se decide.

En la sentencia dictada el 16 de julio de 2014, radicación N° 41745, y en copiosa jurisprudencia dictada con posterioridad⁴, esa Corporación recogió expresamente el criterio que había expresado con anterioridad y dispuso responsabilidad del empleador por las cotizaciones que no se pagaron al Sistema de Pensiones en los periodos durante los cuales no había cobertura de los riesgos de Invalidez, Vejez o Muerte por parte del extinto Instituto de Seguros Sociales.

Para este efecto estimó la Sala Laboral de la Corte –en la primera de las sentencias referidas-, lo siguiente: “(...) *no puede estimarse que el empleador no tuviera responsabilidades ni obligación respecto de los periodos efectivamente trabajados por su empleado, pues la disposición que reguló el tema no lo excluyó de ese gravamen, es decir, no puede interpretarse aquella*

no -sobre pretensiones que no fueron debatidas en las instancias-, también incurriría en un quebranto de dicho principio y si la transgresión a tal institución es determinante y afecta el derecho de defensa de una de las partes involucradas en el proceso, tal decisión será susceptible de cuestionamiento en el recurso extraordinario de casación, porque a través de la violación medio de la disposición procesal referida, se reconoce un derecho sustancial, mediante el quebranto de los presupuestos constitucionales y legales del debido proceso (SL911-2016)”.

⁴ Reiterada mediante sentencias SL 939 de 2019, M.P. RIGOBERTO ECHEVERRI BUENO, SL 197 de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO, SL 14388 de 2015, M.P. RIGOBERTO ECHEVERRI BUENO.

previsión en forma restrictiva, ni menos bajo la lectura del 1613 del C.C., porque se desconoce la protección integral que se debe al trabajador, la cual se logra a través de la entidad de Seguridad Social, si se dan las exigencias legales y reglamentarias, a cargo de la empleadora, en cualquier evento en que deba la atención de riesgos, esto es, por las diferentes causas que no distingue el legislador, como la ausencia de aportes a la Seguridad Social ante la falta de cobertura del I.S.S., o por la omisión del responsable de la afiliación respectiva o del pago de las cotizaciones debidas. (...) bajo la égida de que no existía norma que regulara el pago de las cotizaciones en cabeza del empleador, en el período en que no existió cobertura del I.S.S., parece desconocerse que el trabajador no tenía por qué ver frustrado su derecho al desconocerse el periodo en el que realmente prestó el servicio, sin que sea viable gravarlo, ante la aparente orfandad legislativa a la que hace referencia la sentencia, pues ciertamente esos lapsos tienen una incidencia directa en la satisfacción de su derecho pensional”.

Con este referente jurisprudencial, el Tribunal confirmará la sentencia de primera instancia que dispuso el pago, mediante cálculo actuarial, de los aportes a pensión que correspondían a los servicios que prestó bajo contrato de trabajo ARNOLDO TORRES NOGUERA a GENERAL PIPE SERVICES INC (hoy WEATHERFORD SOUTH AMERICA GMBH).

No obstante y atendiendo a las razones -subsidiarias- del recurso propuesto por demandada, se ordenará que dicho cálculo actuarial sea sufragado por el empleador en la parte que él corresponde, en la medida en que desde la expedición del Decreto 3041 de 1966 el trabajador ha tenido también a su cargo la obligación de asumir un porcentaje de la cotización para cubrir los riesgos de IVM, situación que resulta particularmente clara en casos como el que se estudia, en el cual la falta de afiliación del trabajador no obedeció a una omisión del empleador frente a obligaciones laborales que estaban vigentes en esa fecha, sino a la ausencia de una norma que dispusiera *expresamente* para las empresas petroleras la obligación de afiliar a sus trabajadores al ISS para el cubrimiento de los riesgos de IVM, o hacer las reservas pertinentes.

Para el pago de dicho cálculo, la administradora de pensiones a la que se encuentra afiliado el demandante, deberá efectuar las operaciones necesarias para definición el valor del cálculo actuarial con base en el salario base certificado por la empresa (ver página 64 certificación laboral, contrato de trabajo a folios 140 y 141) y la liquidación final de prestaciones obrante a página 66, archivo 12 tramite de primera instancia del expediente digital), de conformidad con lo establecido en el artículo 3° del Decreto 1887 de 1994. Durante los tiempos que no exista certificación del salario devengado deberá tomar el valor del SMLMV.

Se precisa, que en el expediente no se acreditó a que administradora de fondos se encuentra afiliado el demandante, comoquiera que en el reporte de semanas de COLPENSIONES allegado con la demanda actualizado a 28 de julio de 2017, se advierte que el estado de afiliación es trasladado (ver página 33, archivo 01 tramite de primera instancia del expediente digital).

(ii) Finalmente, se atenderá la solicitud que hace el demandante en el recuso, sobre costas, y se impondrá condena a cargo de la demandada WEATHERFORD SOUTH AMERICA GMBH, pues el artículo 365 del CGP ordena el pago de las *costas* a la parte que resulte vencida en el proceso, es decir, a quien se opone a las pretensiones de una demanda y resulta derrotado en sus argumentos, como ocurrió en el caso bajo estudio con la referida sociedad (ver contestación archivo 07 del expediente digital, trámite de primera instancia).

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

RESUELVE

- 1. MODIFICAR** el numeral TERCERO de la sentencia de primera instancia, para ordenar que el cálculo actuarial a cargo de

WEATHERFORD SOUTH AMERICA GMBH, se tase sobre el porcentaje de cotización que correspondía al empleador, únicamente.

2. **REVOCAR** el numeral TERCERO de la sentencia de primera instancia para CONDENAR a la sociedad WEATHERFORD SOUTH AMERICA GMBH a pagar costas del proceso de primera instancia.
3. **CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia en lo demás.
4. Sin condena en **COSTAS** de segunda instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado



LORENZO TORRES RUSY

Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE

Magistrada

Salvo voto parcialmente

Exp. 39 2018 00585 02
Amparo del Rosario Padilla Montes y otros vs Espermas Llama Viva y otro.

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO.

PROCESO ORDINARIO DE AMPARO DEL ROSARIO PADILLA MONTES, JORGE ENRIQUE, CESAR RICARDO Y ERIKA PAOLA RUIZ PADILLA en calidad de compañera permanente e hijos de JORGE ENRIQUE RUIZ (Q.E.P.D.), respectivamente, CONTRA ABELARDO PEÑA RINCÓN COMO PROPIETARIO DEL ESTABLECIMIENTO COMERCIAL ESPERMAS LLAMA VIVA, Y PRODUCTOS PRIMASOL S.A.S.

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintitrés (2023).

Surtido el traslado a las partes para que presentaran alegatos de conclusión por escrito, como lo establece el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reúne la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, para estudiar en grado jurisdiccional de consulta a favor de la parte demandante, la sentencia dictada por el Juez Treinta y Nueve (39) Laboral del Circuito de Bogotá el 21 de noviembre de 2022. En ella se ABSOLVIÓ de todas las pretensiones incoadas, encaminadas a la declaración de existencia de un contrato *realidad* entre JORGE ENRIQUE RUIZ y cada una de las demandadas, con el consecuente pago de salarios, prestaciones sociales, vacaciones, aportes a seguridad social y las indemnizaciones por despido injusto y moratorias.

ANTECEDENTES

Mediante apoderado, AMPARO DEL ROSARIO PADILLA MONTES, JORGE ENRIQUE, CESAR RICARDO Y ERIKA PAOLA RUIZ PADILLA, en calidad de

Exp. 39 2018 00585 02

Amparo del Rosario Padilla Montes y otros vs Espermas Llama Viva y otro.

compañera permanente e hijos de JORGE ENRIQUE RUIZ (Q.E.P.D.), presentaron demanda contra ABELARDO PEÑA RINCÓN propietario del establecimiento de comercio ESPERMAS LLAMA VIVA, para que, previos los trámites de un proceso ordinario, se declare la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido del 12 de febrero de 2007 al 1 de noviembre de 2016, el cual terminó por muerte del trabajador. En consecuencia, piden que se condene al demandado a reconocer la suma de \$49.025.184,2 como *indemnización por no afiliarse al causante al sistema de salud*; así como las cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, auxilio de transporte y vacaciones causadas en vigencia de la relación laboral, junto con la sanción por no consignación de las cesantías y la indemnización por despido sin justa causa.

Como fundamento de las pretensiones, afirman que JORGE ENRIQUE RUIZ laboró con ABELARDO PEÑA RINCÓN, propietario del establecimiento de comercio ESPERMAS LLAMA VIVA, como asesor comercial, entre el 12 de febrero de 2007 y el 1 de noviembre de 2016 en los departamentos de Tolima, Casanare, Cundinamarca, Boyacá, Meta y Norte de Santander; que como retribución mensual recibía la suma de \$850.000 más comisiones por ventas, y que su horario era de lunes a sábado de 8:00 a.m. a 6:00 p.m. Aseguran que durante la relación laboral el señor RUIZ no fue afiliado al sistema general de seguridad social (salud, pensión y riesgos profesionales), ni se efectuó el pago de cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicio, auxilio de transporte ni vacaciones. Sostienen que JORGE ENRIQUE RUIZ falleció el 1 de noviembre de 2016 en un accidente de tránsito ocurrido en la vía Bogotá – Tunja, cuando se dirigía a cumplir su trabajo (ver demanda y su subsanación folios 6 a 11 y 154 a 165, archivo 01 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Notificada la admisión de la demanda y corrido el traslado legal, fue contestada por ABELARDO PEÑA RINCÓN, propietario del establecimiento de comercio

Exp. 39 2018 00585 02

Amparo del Rosario Padilla Montes y otros vs Espermas Llama Viva y otro.

ESPERMAS LLAMA VIVA, mediante apoderada, quien se opuso a las pretensiones, con fundamento en que JORGE ENRIQUE RUIZ trabajó para el establecimiento en calidad de asesor comercial mediante contrato de comisión, que es una modalidad del contrato de mandato, por lo que el ingreso cancelado no era a título de salario sino de honorarios. Asegura que JORGE ENRIQUE RUIZ no cumplía un horario de trabajo, que nunca le fue impuesto, que él manejaba las zonas de campo a visitar y los días en los que realizaría dicha laboral. Sostiene que por estas mismas circunstancias se adelanta proceso contra PRODUCTOS PRIMASOL S.A.S.- Asevera que no había lugar efectuar pago alguno derivado de una relación laboral, por cuanto no existía la misma. En su defensa propuso como excepciones las de *inexistencia de la relación laboral, existencia de contrato de comisión comercial, indebida jurisdicción aplicable al asunto, imposibilidad de doble relación laboral en igualdad de condiciones, falta de legitimidad en la causa por activa, terminación del contrato por comisión y prescripción de los derechos* (ver contestación y su subsanación folios 173 a 186 y 195 del archivo 01, expediente digital, trámite de primera instancia).

A este expediente se acumuló el proceso de radicación 39 2018 00584 00, en el cual los aquí demandantes presentaron demanda contra PRODUCTOS PRIMASOL S.A.S., para que se declare que entre esa sociedad y JORGE ENRIQUE RUIZ existió un contrato de trabajo verbal a término indefinido el cual terminó por muerte del trabajador. En consecuencia, se condene a la demandada a pagar a favor de sus herederos, la indemnización por falta de afiliación al sistema general de seguridad social (salud, pensión y riesgos laborales), las prestaciones sociales, vacaciones, viáticos, auxilio de transporte causadas en vigencia de la relación laboral, junto con la sanción por no consignación de las cesantías y la sanción por despido sin justa causa y la moratoria.

Exp. 39 2018 00585 02

Amparo del Rosario Padilla Montes y otros vs Espermas Llama Viva y otro.

Fundamentaron sus pedimentos en que JORGE ENRIQUE RUIZ (Q.E.P.D.) laboró con la empresa PRODUCTOS PRIMASOL S.A.S. como asesor comercial, del 1 de marzo de 2006 al 1 de noviembre de 2016, fecha en la que falleció en un accidente de tránsito cuando cumplía con sus obligaciones laborales. Refieren que percibía un ingreso base de \$800.000 más comisiones por ventas; que su horario era de lunes a sábado de 8:00 a.m. a 6:00 p.m.; que desarrollaba sus actividades en Tolima, Casanare, Cundinamarca, Boyacá y Meta. Indican que el trabajador no fue afiliado al sistema integral de seguridad social ni le cancelaron las prestaciones y demás acreencias derivadas del contrato de trabajo (ver demanda y su subsanación folios 7 a 13 y 263 a 279, archivo 01 de la carpeta 02, expediente digital, trámite de primera instancia).

Enterada de la demanda, PRODUCTOS PRIMASOL S.A.S. la contestó a través de apoderado judicial. Se opuso a todas las pretensiones por carecer de sustento fáctico y legal en razón a que el causante no tuvo vínculo laboral con JORGE ENRIQUE RUÍZ, pues si bien ofreció sus servicios como independiente a la empresa, lo hizo de manera esporádica, no cumplió horario, ni fue subordinado, en tanto laboraba para diferentes empresas en el oficio de cobrar facturas, y por cada una se cancelaban unos honorarios previa presentación de cuenta de cobro. Asegura que JORGE ENRIQUE RUÍZ no estaba compelido a cumplir órdenes de ninguna clase, lo cual no se acredita con los pagos que se le efectuaron. Como excepciones de fondo formuló las de *falta de legitimación en la causa de la señora AMPARO DEL ROSARIO PADILLA MONTES, inexistencia de la relación laboral, inexistencia de la obligación, prescripción, mala fe de los demandantes, temeridad* y la genérica (ver contestación folios 303 a 325, archivo 01, carpeta 02, trámite de primera instancia).

Terminó la primera instancia con sentencia del 21 de noviembre de 2022, en la cual la Juez Treinta y Nueve (39) Laboral del Circuito de Bogotá ABSOLVIÓ de todas las pretensiones incoadas. Para tomar la decisión, señaló que, si bien

Exp. 39 2018 00585 02

Amparo del Rosario Padilla Montes y otros vs Espermas Llama Viva y otro.

de la prestación personal del servicio por parte del causante se deriva la presunción de existencia de un contrato de trabajo, la demandada cumplió la carga de desvirtuarla al probar que no existió subordinación. Así, concluyó a partir de los medios de prueba recaudados que JORGE ENRIQUE RUIZ como comisionista era quien buscaba los clientes, recogía el dinero y se responsabilizaba de él. Además, no tenía una ruta de cumplimiento ni el deber de informar lo que comercializaba.

La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR probadas las excepciones de inexistencia de la obligación e inexistencia de la relación laboral invocadas por las demandadas. En consecuencia, NEGAR las pretensiones de la demanda presentada por la señora AMPARO DEL ROSARIO PADILLA MONTES, JORGE ENRIQUE, CESAR RICARDO y ERIKA PAOLA RUIZ PADILLA. SEGUNDO: CONDENAR en COSTAS a la parte demandada (sic) dentro de los cuales se deberá incluir como agencias en derecho la suma \$800.000, perdón de la parte demandante, CONDENAR en costas a la parte demandante, en favor de la parte demandada dentro de los cuales se deberá incluir como agencias en derecho la suma de \$800.000 para cada una de las personas que conforma el extremo pasivo, esto es, a favor del señor ABELARDO PEÑA RINCÓN y a favor de PRIMASOL S.A.S. TERCERO: CONCÉDASE el grado jurisdiccional de consulta a favor del demandantes por haber resultado adversa a los intereses de los beneficiarios del trabajador”* (Audiencia virtual 21 de noviembre de 2022 récord 2:13:18).

Por ser esta providencia totalmente desfavorable al demandante y no haber sido objeto de recurso de apelación, se remitió al Tribunal para que se surta el grado jurisdiccional de consulta por mandato del artículo 69 del C.P.T. y S.S., que pasa la Sala a resolver previas las siguientes,

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

No fueron objeto de controversia los siguientes hechos relevantes para la decisión que tomará la Sala: (i) que JORGE ENRIQUE RUIZ (Q.E.P.D.) prestó sus servicios personales como *asesor comercial* de las demandadas hasta el 1 de noviembre de 2016, fecha esta última en la que falleció en un accidente de tránsito, situaciones estas admitidas por las demandadas en su contestación y que se verifica con la documental que milita a folios 12 y 128 del archivo 01 del cuaderno 01 y 15 del archivo 01 del cuaderno 2 del expediente digital (trámite de primera instancia); y (ii) la calidad de compañera permanente e hijos del causante que ostentan los demandantes AMPARO DEL ROSARIO PADILLA MONTES, JORGE ENRIQUE, CESAR RICARDO Y ERIKA PAOLA RUIZ PADILLA, respectivamente, situación definida en esos términos por la juez de primer grado sin objeción alguna de las partes.

El Tribunal debe definir (i) si se acreditó la existencia de un contrato de trabajo entre JORGE ENRIQUE RUIZ (Q.E.P.D.) y cada una de las convocadas a juicio y, de ser el caso, (ii) si a cargo de las demandadas hay lugar al pago de cesantías, intereses sobre las cesantías con su correspondiente sanción por no pago, primas de servicios y compensación en dinero de las vacaciones, indemnización por despido sin justa causa, e indemnización moratoria por no pago de salarios y prestaciones al terminar el vínculo.

(i) CONTRATO REALIDAD. Para resolver el primer punto son pertinentes los artículos 22, 23 y 24 del CST. El primero define al contrato de trabajo como *“aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración”*. El segundo (artículo 23) dispone como elementos esenciales del contrato de trabajo: la actividad personal del trabajador, la continuada subordinación (facultad del empleador de impartir órdenes de trabajo en cualquier momento sobre el modo, el tiempo o la cantidad del servicio, e imponer reglamentos), y el salario. Una vez

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

De ésta última norma y del artículo 24 del código, la doctrina y la jurisprudencia entienden la existencia de una *presunción legal*. Por virtud de ella, toda relación en la que se involucre la prestación de un *servicio personal* se presume regida por contrato de trabajo. Ello invierte las cargas probatorias del proceso, pues el artículo 167 del CGP excluye del *thema probandum* a los hechos que presume el legislador.

En consecuencia, si el trabajador demandante en un proceso laboral prueba que prestó en forma personal un servicio en favor del demandado (hecho causal de la presunción), la ley entiende que se ejecutó mediante un contrato de trabajo, es decir, bajo subordinación, y corresponderá al demandado la carga de procesal de probar que no existió este último elemento: la subordinación.

Con estas premisas normativas y revisado el expediente, el Tribunal confirmará la sentencia de primera instancia pues si bien está acreditada la prestación personal del servicio de JORGE ENRIQUE RUIZ (Q.E.P.D.) como *asesor comercial* o vendedor, entre el 12 de febrero de 2007 al 1 de noviembre de 2016 a favor de ABELARDO PEÑA RINCÓN, propietario del establecimiento de comercio ESPERMAS LLAMA VIVA; y del 1 de marzo de 2006 al 1 de noviembre de 2016 con la sociedad PRODUCTOS PRIMASOL S.A.S., por la aceptación de las demandadas plasmada en la contestación de la demanda, hecho del cual surgiría la presunción del elemento subordinación en estos lapsos, lo cierto es que no hay evidencia de que esta prestación haya sido *continua*; y en todo caso, la presunción de subordinación fue desvirtuada por los llamados a juicio, al acreditar que las actividades realizadas se ejecutaban con plena autonomía.

Así, frente a la relación que se alega ocurrida con ABELARDO PEÑA RINCÓN como propietario del establecimiento de comercio ESPERMAS LLAMA VIVA, en el expediente reposan copias de las cuentas de cobro presentadas por JORGE ENRIQUE RUÍZ a ese demandado únicamente para algunos meses del 2011 (febrero, marzo, abril, mayo y julio), 2013 (noviembre), 2014 (febrero, abril, junio, julio, agosto, septiembre, noviembre y diciembre), 2015 (marzo, mayo, julio, agosto, octubre, diciembre) y 2016 (enero a octubre) (ver folios 13 a 39, 41 a 56 del archivo 01, carpeta 01 del expediente digital, trámite de primera instancia). Además, el detalle de las facturas entregadas para el cobro por parte del señor RUIZ el 16 de abril de 2013, 5 de diciembre de 2014, 7 y 27 de enero de 2015, 9, 27 y 28 de marzo de 2015, 23 de abril, 2 y 17 de julio de 2015, 13 y 20 de agosto de 2015, 18 de septiembre, 28 de octubre de 2015, 18 de marzo, 2 de junio y 1 de octubre de 2016, cuentan únicamente con la calenda de su entrega al señor RUIZ, pero no ofrece certeza sobre del momento en el que se adelantaron dichas gestiones de cobranza (ver folios 57 a 78 del archivo 01, carpeta 01 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Adicionalmente, el testigo PEDRO ANTONIO TORRES¹, vendedor y encargado de oficios varios en el establecimiento ESPERMAS LLAMA VIVA, aseguró que en el 2007 Jorge le cuestionó si tenía la posibilidad de vender algo de ese negocio donde él laboraba, por lo que habló con su jefe con quien acordó ser *vendedor comisionista*. Refirió que el señor JORGE RUIZ, sólo acudía al establecimiento cada 2 o 3 meses y que conocía que también *trabajaba* con PRIMASOL, que era una distribuidora de productos de aseo, haciendo lo mismo. Sostuvo que, como *comisionista* a diferencia de él -quien estaba vinculado directamente al establecimiento como vendedor-, debía encargarse de conseguir sus propios clientes, recaudar el valor de las facturas a estos y fijar sus propias rutas, pues la *empresa no le indicaba a donde debía*

¹ Audiencia del 21 de noviembre de 2022, archivo 30, récord 52:34.

ir. Además, señaló que la remuneración dependía de lo que este recaudara, que debía responder por el dinero de las facturas por ser quien hacía el negocio con el cliente, así como cubrir los gastos de transporte requeridos para su desplazamiento a los departamentos de Tolima, Cundinamarca, Boyacá y Casanare y demás requeridos para la realización de las funciones, advirtiendo que el causante podía establecer la ciudad a la que se desplazaría y la fecha.

Por su parte JOSÉ ALIRIO PARRA LUGO², empleado de oficios varios desde hace más de 30 años del establecimiento ESPERMAS LLAMA VIVA indicó que JORGE RUIZ era vendedor de productos derivados de la parafina, no tenía ningún horario, lo veía *esporádicamente* cuando llegaba a recoger los pedidos y a hacer la transacción con ABELARDO. Informó que JORGE RUIZ, laboraba bajo comisión y tenía sus propios clientes en Boyacá, el llano y Tolima.

De acuerdo con tales medios de convicción, no es posible concluir que los servicios se prestaron de manera continua e ininterrumpida para ABELARDO PEÑA RINCÓN, por el contrario, estos dan cuenta que la actividad era *esporádica* y se realizaba por algunos meses del año.

Además, de acuerdo con lo relatado por los testigos antes mencionados, la actividad de JORGE RUIZ era *autónoma e independiente* en cuanto al modo, el lugar y la cantidad, porque él mismo definía los lugares a visitar, la oportunidad en la que se desplazaría hasta determinado municipio, conseguía los clientes, asumía el pago de transportes y alojamientos requeridos y no estaba sujeto a horario u orden alguna del contratante. Tampoco hay elementos que den cuenta que estaba sujeto al cumplimiento de metas definidas por el demandado.

² Audiencia del 21 de noviembre de 2022, récord 40:27

De lo anterior, resulta claro que el elemento de subordinación característico del vínculo laboral, fue desvirtuado por la pasiva con pruebas suficientes y pertinentes.

(ii) Frente a la sociedad PRIMASOL S.A.S., se advierten pagos por comisiones únicamente de febrero a septiembre y diciembre de 2010, febrero a mayo, julio, agosto a octubre y diciembre 2011, enero a junio, septiembre a diciembre de 2012, enero a marzo, mayo a diciembre de 2013, febrero, enero a noviembre de 2014, enero, febrero, abril, mayo a agosto y diciembre de 2015, (folios 17 a 33 y 95 a 2017 archivo 01, carpeta 02 del expediente digital, trámite de primera instancia), así como comprobantes de consignaciones realizadas por JORGE RUIZ por recaudo de facturas, calendadas enero, julio, septiembre y octubre de 2016 (folios 34 a 40 y 67 ibídem).

Además, el testigo RODOLFO VAQUERO GÓNGORA³, jefe de producción desde hace más de 20 años, fue conteste en indicar que JORGE RUIZ se presentaba esporádicamente a la empresa, por ahí cada 2 o 3 meses.

Para demostrar la continuidad del servicio no resultan útiles las facturas de venta de folios 59 a 94, por cuanto en algunas no figura el nombre del vendedor y otras son elaboradas a puño y letra por el mismo Jorge Ruíz. Tampoco los formatos de pedidos pues allí no aparece la demandada PRIMASOL S.A.S. (folios 223 a 236), ni el testimonio de JORGE ALIRIO CALDERÓN CASTILLO⁴ porque en realidad no conoció al demandante y la información que brindó al estrado judicial provino de los comentarios que le hicieran los empleados de la compañía con la que únicamente tenía relaciones de tipo comercial.

³ Audiencia del 21 de noviembre de 2022, récord 21:46

⁴ Ibídem., récord 29:35

Exp. 39 2018 00585 02

Amparo del Rosario Padilla Montes y otros vs Espermias Llama Viva y otro.

Ningún otro elemento de convicción se incorporó al plenario a partir del cual se pudiera verificar la forma en que se llevó a cabo el vínculo con la demandada y que este se ejecutó sin solución de continuidad.

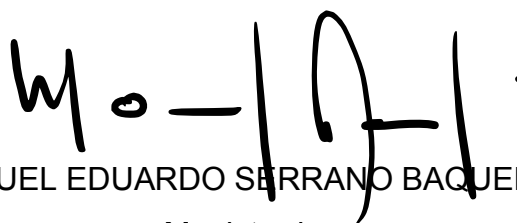
SIN COSTAS en esta instancia.

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

RESUELVE

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado



LORENZO TORRES RUSSY

Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE

Magistrada

EXP. 39 2019 00123 01
Nelsa Salguero Martínez vs Colpensiones y Otro.

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO.

**PROCESO ORDINARIO DE NELSA SALGUERO MARTÍNEZ CONTRA
COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS Y LA ADMINISTRADORA
COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintitrés (2023)

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito, como lo dispone el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reúne la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, para resolver el recurso de apelación interpuestos por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y estudiar en grado jurisdiccional de consulta a favor de esta última entidad, la sentencia dictada el 25 de enero del 2023 por la Juez Treinta y Nueve (39) Laboral del Circuito de Bogotá, por la cual DECLARÓ la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS).

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, NELSA SALGUERO MARTÍNEZ presentó demanda contra la AFP COLFONDOS S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES para que, mediante los trámites de un proceso ordinario, se declare la *invalidéz o nulidad* de su afiliación al régimen de ahorro individual y la validez de su afiliación hecha al ISS hoy COLPENSIONES, con fundamento en que la decisión de trasladarse fue producto de un error inducido por la AFP COLFONDOS, al no brindar una información completa y veraz sobre la naturaleza, condiciones y desventajas

EXP. 39 2019 00123 01
Nelsa Salguero Martínez vs Colpensiones y Otro.

del RAIS, además de generar una errónea expectativa legítima sobre la mesada pensional y no informar sobre las prestaciones a que tiene derecho por tener un hijo que padece un déficit cognitivo. En consecuencia, solicita se ordene a COLFONDOS S.A. a devolver a COLPENSIONES todos los aportes que obren en su historia laboral con sus respectivos rendimientos y se ordene a esta última a activar su afiliación. Pide además se condene a las demandadas al pago de las costas y agencias en derecho. (Ver demanda folios 02 al 07 del archivo No. 01 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Notificadas de la demanda, las demandadas comparecieron a través de apoderado para la litis.

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES se opuso a la prosperidad de todas las pretensiones con fundamento en que la demandante no cumple con el requisito de 15 años de cotización antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 y le es aplicable la restricción contenida en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2 de la Ley 797. En consecuencia, sostiene, que la demandante al momento de afiliarse al RAIS solo tenía una mera expectativa al no cumplir con los requisitos de edad y semanas. Por lo que advierte que hay un acto válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, precisando que el vicio del consentimiento deriva en una nulidad relativa que es susceptible de saneamiento mediante ratificación como lo dispone el artículo 1741 del Código Civil. En su defensa propuso las excepciones que denomino *descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de la causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia del pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la genérica* (ver contestación folios 76 a 109 del archivo No. 01 del expediente digital, trámite de primera instancia).

EXP. 39 2019 00123 01
Nelsa Salguero Martínez vs Colpensiones y Otro.

Por su parte COLFONDOS S.A. se opuso a las pretensiones con fundamento en que brindó a la demandante asesoría integral y completa sobre todas las implicaciones del traslado, indicando las características diferencias, ventajas, desventajas y el derecho a la rentabilidad que producen los aportes. Advierte que no se demuestra la existencia de algún vicio del consentimiento, siendo libre y consiente la suscripción del formulario de afiliación, como lo exige el artículo 11 del Decreto 692 de 1994. En consecuencia, asegura que el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento y de existir derivaría en una nulidad relativa que es susceptible de saneamiento mediante ratificación, como lo dispone el artículo 1741 del Código Civil. Afirma que no se frustró la expectativa pensional de la demandante al darse la condición dentro de la vigencia de la Ley 100 de 1993 y no existir un tránsito legislativo posterior. Como excepciones de mérito propuso las de *inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por COLFONDOS S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, y compensación y pago* (Ver contestación folio 3 a 18 archivo No. 09 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Terminó la primera instancia con sentencia del 25 de enero de 2023, mediante la cual la Juez Treinta y Nueve (39) Laboral del Circuito de Bogotá, DECLARÓ la ineficacia del traslado del demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS). Para tomar su decisión, el Juez de primera instancia aplicó la jurisprudencia trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y concluyó que COLFONDOS S.A no cumplió con la carga probatoria, ni garantizó una afiliación libre y voluntaria, caracterizada por la entrega de una información suficiente y necesaria sobre las características, condiciones de acceso, riesgos y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, siendo prueba insuficiente el formulario de afiliación suscrito por el demandante. También indica que conforme a la jurisprudencia no es posible dar por probada la nulidad teniendo en cuenta la afinidad del proceso con los

EXP. 39 2019 00123 01
Nelsa Salguero Martínez vs Colpensiones y Otro.

derechos a la seguridad social y dignidad humana. Considera que con la afiliación de la demandante no se genera algún detrimento al sistema de pensiones, ni una nulidad al versar sobre derechos irrenunciables. Por lo anterior se abstuvo de imponer condena en costas a cargo de COLPENSIONES al considerar que de condenarla estaría actuando en favor de COLFONDOS quien es la verdadera causante del proceso.

La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR que el traslado que hizo la señora Nelsa Salguero Martínez, del régimen de prima media al régimen de ahorro individual, cuya efectividad comenzó el primero de septiembre de 1999, es ineficaz y por ende, no produjo efecto alguno. Por lo que se deberá entender que la demandante jamás se separó del régimen de prima media. SEGUNDO: CONDENAR a COLFONDOS, a que transfiera a COLPENSIONES todas las sumas de dinero obrantes en la cuenta de ahorro individual, junto con sus rendimientos, bono pensional de haberse redimido así, como los gastos o comisiones de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión mínima, esos últimos emolumentos desde gastos de administración en adelante, debidamente indexados al momento del pago. TERCERO: CONDENAR a COLPENSIONES que reciba los dineros de que trata el numeral anterior y reactive la afiliación de la demandante al régimen de prima media, sin solución de continuidad. CUARTO: DECLARAR no probadas las excepciones presentadas por las demandadas. QUINTO: INFORMARLE a COLPENSIONES que puede acudir a las acciones judiciales para obtener el resarcimiento de los perjuicios que pueda causar esta ineficacia en contra de COLFONDOS. SEXTO: CONDENAR en costas a COLFONDOS, dentro de las cuales deberá incluir como agencias en derecho, la suma de \$2.000.000, se exonera a COLPENSIONES conforme a las argumentaciones expuestas en la parte motiva de esta sentencia. Por último, SÉPTIMO: CONCÉDASE el grado jurisdiccional de consulta, por resultar algunas órdenes a cargo de COLPENSIONES.”* (Audiencia virtual, récord 42:19, archivo No. 15 del expediente digital, trámite de primera instancia).

RECURSOS DE APELACIÓN

COLPENSIONES afirma que para el traslado la demandante no cumple con la permanencia mínima de 10 años en el régimen de prima media y con su afiliación se estaría desfinanciando el Sistema. Considera que, conforme a una tesis del Tribunal Superior de Bogotá, es viable contabilizar la prescripción desde que se tuvo conocimiento de la negación del traslado por parte de las AFP, siendo procedente la excepción de prescripción al manifestar la demandante en el interrogatorio de parte que, en el año 2009, se le negó el traslado al RPM, y transcurrió más de 10 años para la presentación de la demanda. Sostiene que COLFONDOS cumplió con el deber de información conforme el art 13 de la Ley 100 de 1993, además de la ratificación que se evidencia por el número de años de permanencia en el RAIS, finalmente solicita que no se le imponga condena en costas de segunda instancia¹

¹ “Gracias Señoría, estando en la oportunidad para ello me permito presentar el recurso de apelación contra la sentencia proferida en esta instancia, el cual me permito sustentar bajo los siguientes argumentos: pues con todo el respeto acostumbrado, teniendo en cuenta que dicha decisión vulnera, pues si bien en la sentencia de primera instancia, se indica que se toman unas medidas tales como el traslado de todos los aportes, con todo y seguros debidamente indexado para soslayar el tema de la descapitalización no es menos cierto tal y como se indica, desde sentencia SU 062 del año 2010 cuando se estudia el traslado en cualquier tiempo de régimen con los requisitos que allí se estipulan, en esta sentencia se indica la necesidad de permanencia de estos 10 años de los afiliados al régimen de Prima Media o al régimen de ahorro individual, y es precisamente que, de no respetarse este término de permanencia mínimo de 10 años, se estaría ayudando a desfinanciar el sistema poniendo o vulnerando también derechos de afiliados que vienen debidamente igualmente, reitero, tal como indiqué en mis alegatos de conclusión, la administradora colombiana de pensiones ha indicado que de seguir este tipo de decisiones por parte de la jurisdicción ordinaria laboral, se está causando no solo un hueco fiscal al régimen de prima media administrado por COLPENSIONES, sino a la nación por más de 35000 billones de pesos, por lo cual luego al honorable Tribunal tenga en cuenta sobre todo, este argumento de descapitalización del sistema con la declaratoria de esta ineficacia. Ahora bien, partiendo al caso concreto y de la excepción de prescripción. Si bien el a quo manifiesta que al estadio y pues así ya lo viene reiterando también la honorable Corte Suprema de Justicia, que al estar ligado este derecho al régimen, al Derecho pensional, no prescribe. Sin embargo, en algunas tesis del honorable Tribunal Superior de Bogotá se ha indicado que se podría contabilizar el ejercicio, ya de la acción a partir del conocimiento o de la negación que se realiza por parte de los fondos de pensiones cuando se solicita el traslado; del interrogatorio de parte se pudo precisar que la demandante hacia el año 2009, solicitó el respectivo traslado del régimen, el cual fue negado tanto por la AFP Colfondos como por el Instituto de Seguros Sociales, por lo cual si tenemos en cuenta esta fecha, podemos determinar que transcurrido 3 años, no se ejerció las acciones legales como la que se vino a presentar para el año 2019, esto es, 10 años después de que se le hubiera negado el traslado del régimen en su oportunidad. Por último, ruego al honorable Tribunal Superior de Bogotá también tenga en cuenta los argumentos ya esbozados, tales como que la demandante se le realizó su respectivo traslado de conformidad a lo establecido en la primera etapa del deber

EXP. 39 2019 00123 01
Nelsa Salguero Martínez vs Colpensiones y Otro.

(Audiencia virtual, récord 44:08, archivo No. 15 del expediente digital, trámite de primera instancia).

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Para resolver la controversia, el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 –modificado por el art. 2º de la Ley 797 de 2003–, dispuso para los afiliados al Sistema General de Pensiones, la posibilidad de escoger libremente uno de los dos regímenes pensionales y el derecho a trasladarse entre uno y otro régimen una vez cada cinco años contados a partir de la selección inicial. Sin embargo, por razones financieras y de estabilidad en el Sistema pensional, las normas limitaron el derecho a trasladarse de régimen cuando al afiliado le falten 10 años o menos para alcanzar la edad de pensión. Solo se conservó el derecho al traslado en cualquier tiempo para los afiliados que tuvieran más de quince (15) años cotizados para la fecha en que entró en vigor el Sistema de Seguridad Social en Pensiones (1º de abril de 1994).

Sobre la validez constitucional de la restricción temporal del traslado, se pronunció claramente la Corte Constitucional en la sentencia C-1024 de 2004, cuyo contenido reprodujeron en lo pertinente las sentencias SU-062 de 2010 y SU-130 de 2013. Dijo la Corte: *el objetivo perseguido con el señalamiento del período de carencia en la norma acusada, consiste en evitar la descapitalización del fondo común del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, que se produciría si se permitiera que las personas que*

de información de régimen pensional, que se establecía tanto por el Estatuto financiero como por el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, así como la ratificación que se puede dar por el gran número de años que permaneció la demandante en el régimen de ahorro individual con solidaridad al realizar estos actos, se puede consolidar o determinar que la demandante quería pertenecer a este régimen y pues así se viene haciendo hasta esta época. En este sentido, igualmente, en caso de no ser de acogida los argumentos por parte del Tribunal, ruego no se condena en segunda instancia a mi representada por la presentación de este recurso, si bien así lo determina el artículo 365, no es menos cierto que este sea con ocasión a la defensa, más que todo del patrimonio público, pues, como ya lo indiqué, en la mayoría parte de mi recurso, se busca es no generar una des financiación del sistema, por lo cual se da la necesidad de insistir con las tesis ante las segundas instancias, en este caso, no siendo más su Señoría, dejó sustentado mi recurso de apelación para que sea concedido con su eminencia. Muchas gracias.”.

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

Bajo estos lineamientos normativos se advierte de las pruebas aportadas que para la fecha en que se afilió al Fondo Privado de Pensiones la demandante tenía 37² años de edad y había cotizado 185,86³ semanas, para la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994) no tenía 15 años de servicios (la historia laboral allegada solo acredita 12 semanas⁴), y para la fecha de presentación de la demanda le faltaban menos de 10 años para cumplir la edad de pensión (ya la había superado, tenía 58 años de edad- ver folios 71 No 01 del expediente digital).

² Nació el 07 de octubre de 1961.

³ Ver historia laboral expedida por COLPENSIONES, folios 137 archivo 02 del expediente digital.

⁴ *Ibidem* e historia laboral expedida por Colpensiones, del archivo 1.1.

EXP. 39 2019 00123 01
 Nelsa Salguero Martínez vs Colpensiones y Otro.

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

Sin embargo, y al margen del criterio que tiene el magistrado ponente y que ha expresado en diferentes providencias dictadas en el pasado, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estableció un precedente al que asignó el carácter de obligatorio acatamiento para toda la jurisdicción ^{5,6}. Según dicho precedente se debe declarar la ineficacia del traslado cuando ocurran las circunstancias que definen las sentencias STL3382-2020, STL1452-2020 y STL3187-2020 (entre otras).

En estas sentencias, la Corte considera que las AFP han tenido siempre la obligación de brindar toda la información pertinente del Sistema Pensional al afiliado, y el cumplimiento de dicha obligación “(...) *debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión*”. En

⁵ Sentencia STL 3382-2020 Corte Suprema de Justicia “(...) *dada la importancia en materia de derechos pensionales, y en aras de garantizar tales prerrogativas, se hace necesario primero recoger el criterio de la Sala, en relación a los procesos en los que se pretende la nulidad del traslado de régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, donde por vía de tutela se ha negado la solicitud de amparo, dada la razonabilidad de los fallos cuestionados.*

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

⁶ Sentencia STL3187-2020: “*Debe insistir la Corte en que los funcionarios judiciales de la jurisdicción ordinaria están obligados a seguir la jurisprudencia emanada de la Corte Suprema de Justicia. Así lo imponen no solo razones de seguridad jurídica, buena fe, certeza y previsibilidad en la aplicación del derecho, sino también el derecho a la igualdad de trato, en cuya virtud los casos semejantes sometidos a consideración de los jueces deben resolverse del mismo modo a como lo definieron los máximos órganos de cierre de cada jurisdicción. Es normal que los jueces puedan disentir de los criterios judiciales de sus superiores; sin embargo, ello no los autoriza a desatender las construcciones jurisprudenciales trazadas por los órganos encargados por la Constitución de fijar, con carácter general, el sentido de los grandes dilemas jurídicos que suscita el Derecho en cada área. Si las percepciones, convicciones o divergencias de los juzgadores frente a una cuestión jurídica no pueden canalizarse a través de sólidos y persuasivos argumentos, estructurados acordes con la dimensión social de la Constitución Política de 1991, no es válido apartarse del precedente sentado por las Altas Cortes”.*

EXP. 39 2019 00123 01
Nelsa Salguero Martínez vs Colpensiones y Otro.

este sentido: (i) *“El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación, en este caso, en el de afiliación a otro Fondo, es insuficiente para afirmar que existió un consentimiento informado «entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias».* Además –dice la Corte- (ii) *“Si se arguye que a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. Tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo”;* (iii) ello aplica para todos los afiliados al Sistema de Pensiones sin que importe que para el momento de la vinculación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad se vislumbraran o no consecuencias negativas por no tener el afiliado una expectativa pensional cercana o la pérdida del régimen de transición: *“Ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información”* (Sentencia SL1688-2019 de 8 mayo de 2019, rad. 68838); y, (iv) -según la Corte- la ineficacia del traslado de régimen pensional no es subsanable *“en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos”*, y la acción para que se declare tal situación es imprescriptible *“en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, pues, se reitera, forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social”* (Ver SL 1689 de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

Acatando la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte y dejando a salvo el criterio del magistrado ponente, como se dijo, el Tribunal confirmará la sentencia de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de régimen de la demandante, pues COLFONDOS S.A. no probó haberle

EXP. 39 2019 00123 01
Nelsa Salguero Martínez vs Colpensiones y Otro.

brindado *toda la información pertinente* del Sistema en el momento en que suscribió el documento de traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, como lo exige la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y por ello no se puede entender que hubo un *“consentimiento informado”*.

La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estima necesario, no solo una ilustración sobre las ventajas del régimen y sus características, sino también sobre las desventajas que pudiera tener para cada afiliado.

En palabras de la Sala Laboral de la Corte Suprema, el deber de brindar información *“debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión”*, lo que no se confesó en el interrogatorio de parte que rindió la demandante. Allí, según ilustró le indicaron que el ISS se iba a acabar y que iba a perder sus aportes, razón por la cual era necesario afiliarse a un fondo privado, pero nunca le explicaron cómo funcionaba el RAIS, como se liquidaba la pensión o cuáles eran los requisitos para acceder a ella (Audiencia virtual del 25 de enero de 2023, récord 6:55).

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

EXP. 39 2019 00123 01
Nelsa Salguero Martínez vs Colpensiones y Otro.

También se confirmará la decisión de primera instancia que dispuso a cargo de la AFP la devolución de los valores de la cuenta de ahorro individual con solidaridad de la demandante incluyendo cotizaciones y rendimientos, así como la devolución de los gastos de administración y montos de las primas previsionales a cargo de aquella. (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA). Para la Corte la declaración de ineficacia obliga a los fondos privados a devolver los gastos de administración y las comisiones con cargo a sus propias utilidades, *“pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES”* (SL 4360 del 9 de octubre de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO). Lo anterior también implica la devolución de las primas de las aseguradoras y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes (es decir, las comisiones) conforme a lo establecido en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993⁷, los cuales se deben devolver *“debidamente indexados”* (SL1688 del 8 de mayo de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

Igualmente, el Tribunal confirmará la decisión de primera instancia que dispuso que COLPENSIONES puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le causan por asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en las omisiones en las que incurrió el fondo de pensiones.

COSTAS en apelación a cargo de COLPENSIONES.

⁷ *“En el régimen de ahorro individual con solidaridad el 10% del ingreso base de cotización se destinará a las cuentas individuales de ahorro pensional. Un 0.5% del ingreso base de cotización se destinará al Fondo de Garantía de Pensión Mínima del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y el 3% restante se destinará a financiar los gastos de administración, la prima de reaseguros FOGAFÍN, y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes”.*

EXP. 39 2019 00123 01
Nelsa Salguero Martínez vs Colpensiones y Otro.

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

RESUELVE

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado


LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

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


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO.

**PROCESO ORDINARIO DE DARÍO GONZÁLEZ GÓMEZ CONTRA LA
ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.**

Bogotá D. C., treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintitrés (2023).

Surtido el traslado a las partes para que presentaran alegatos de conclusión por escrito, como lo estableció el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reúne la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, para resolver los recursos de apelación interpuestos por ambas partes, y estudiar en grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, la sentencia dictada por la Juez Cuarenta (40) Laboral del Circuito de Bogotá el 1 de febrero de 2023. En ella se le CONDENÓ a reliquidar la mesada pensional reconocida al demandante teniendo en cuenta el IBL de los últimos 10 años de aportes.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, DARÍO GONZÁLEZ GÓMEZ presentó demanda contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, para que, mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, se condene a la demandada a reliquidar su pensión de vejez teniendo en cuenta el índice base de liquidación (IBL) de los últimos 10 años laborados, a partir del 1 de septiembre de 2019, de conformidad con el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, junto con los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de esa misma normatividad, y la indexación.

Como fundamento de sus pretensiones afirma que nació el 15 de junio de 1954 y cumplió 62 años el mismo día y mes del año 2016; cotizó al sistema general

de pensiones desde el 1 de febrero de 1974 hasta el 30 de agosto de 2019; mediante Resolución SUB 216324 del 12 de agosto de 2019, COLPENSIONES reconoció a su favor pensión de vejez bajo los parámetros y condiciones de la Ley 797 de 2003, a partir del 1 de septiembre de 2019, en cuantía inicial de \$7.001.111, la cual fue liquidada teniendo en cuenta 1.498 semanas cotizadas. Asegura que por Resolución SUB 13625 del 17 de enero de 2020, la entidad demandada reliquidó su prestación en cuantía de \$7.280.620 para el año 2019, teniendo en cuenta 1.545 semanas, sin embargo, para dicho cálculo no se consideró el IBL de los últimos 10 años de cotizaciones, razón por la cual el 23 de septiembre de 2020 solicitó nuevamente la reliquidación de su pensión, sin recibir respuesta alguna (ver demanda archivo 05 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Notificada de la demanda, la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES la contestó a través de apoderada judicial. Se opuso a las pretensiones con fundamento en que la entidad reliquidó la pensión del demandante de conformidad con la Ley 797 de 2003, y aplicando el artículo 21 de la Ley 100 de 1993 tuvo en cuenta los últimos 10 años de servicios, por lo que las súplicas invocadas se encuentran plenamente satisfechas. Asegura que no procede el pago de intereses moratorios, pues no ha incurrido en una mora injustificada en el pago de las mesadas pensionales, y que no hay lugar a la indexación pues al momento de efectuar los pagos de prestaciones se indexan los valores conforme lo ordena la ley. En su defensa propuso las excepciones de mérito cobro de lo no debido, inexistencia del derecho reclamado, prescripción, buena fe y genérica (ver contestación archivo 15 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Terminó la primera instancia con sentencia del 1 de febrero de 2023, a través de la cual el Juez Cuarenta (40) Laboral del Circuito de Bogotá CONDENÓ a COLPENSIONES a reliquidar la mesada pensional reconocida al demandante al valor inicial de \$7.490.340.16, a partir del 1 de septiembre de 2019. Para tomar su decisión se apoyó en la liquidación efectuada por ese Despacho con el promedio de lo devengado en toda la vida laboral y los últimos 10 años, para

concluir que este último era el más favorable y que las sumas canceladas por la entidad resultaban levemente inferiores, por lo que debía reliquidarse la prestación.

La parte resolutive tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR que el señor DARÍO GONZÁLEZ GÓMEZ con cédula de ciudadanía 19.250.248, le asiste derecho a la liquidación de la pensión de vejez reconocida con fundamento en las cotizaciones efectuadas por este durante los 10 años anteriores a la última cotización, lo cual resulta más favorable frente a la totalidad de cotizaciones efectuadas por el mismo a lo largo de toda su vida laboral conforme ha quedado expuesto en esta decisión. SEGUNDO: DECLARAR no probadas las excepciones formuladas por la demanda ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES conforme a lo señalado en esta providencia. TERCERO: DECLARAR que el valor de la mesada pensional a favor del accionante para el año 2019 deberá ascender a la suma de \$7.490.340,16 y que dicho valor debe ser incrementado cada anualidad como lo establece el Gobierno Nacional de conformidad con lo expuesto en esta decisión. CUARTO: DECLARAR que el señor DARÍO GONZÁLEZ GÓMEZ con cédula de ciudadanía 19.250.248 le asiste el derecho al pago del valor del retroactivo pensional por concepto de diferencias pensionales entre el valor reconocido en esta sentencia y el valor reconocido por la demanda ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES en la suma de \$10.055.498,63. QUINTO: CONDENAR a la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a favor del señor DARÍO GONZÁLEZ GÓMEZ, el valor correspondiente al retroactivo pensional por concepto de diferencia pensional entre el valor reconocido en esta sentencia y el que fuera reconocido por COLPENSIONES en la suma de \$10.055.498,63 conforme ha quedado expuesto en la parte motiva de esta decisión y como se indicó se autoriza a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES para que de dicho monto realice el descuento respectivos con destino al sistema de seguridad social en salud. SEXTO: CONDENAR a la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a*

pagar a favor del demandante DARÍO GONZÁLEZ GÓMEZ el valor correspondiente a los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la ley 100 del 93 sobre el valor del retroactivo pensional ordenado en esta sentencia esto es \$10.055.498.63 desde el 01 de septiembre del 2019, hasta le fecha que se verifique su pago de conformidad con lo expuesto. SÉPTIMO: ABSOLVER a la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES de las demás pretensiones incoadas en su contra por parte del aquí demandante. OCTAVO: CONCEDER el grado jurisdiccional de consulta de conformidad con el artículo 69 del C.P.T. y la S.S. en favor de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES. NOVENO: COSTAS en esta instancia a cargo de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, se fijan como agencias en derecho la suma de 1 SMLMV en favor del demandante.” (Audiencia virtual del 1 de febrero de 2023, archivo 30 del expediente digital, trámite de primera instancia, récord 47:36).

RECURSO DE APELACIÓN

En el recurso de demandante, afirma que el valor no se ajusta a lo que corresponde y debió reconocerse la suma de \$7.753.699 como valor de la primera mesada pensional¹ (Audiencia virtual del 1 de febrero de 2023, archivo 30 del expediente digital, trámite de primera instancia, récord 51:42).

En el recurso de COLPENSIONES, asegura, en síntesis, que en los actos administrativos se liquidó correctamente la prestación teniendo en cuenta

¹ “Su Señoría, muchísimas gracias en este estado de la diligencia me permite interponer recurso de apelación contra el fallo. Acabo de enterar por sus despachos, para que lo honorable Tribunal Superior de Bogotá lo modifique en cuanto al monto que le fue ordenado, reconocer a mi poderdante. Si bien esta instancia se ordenó, reconocer la suma de \$7.490.340 pesos al examinar la liquidación de la pensión del poderdante, teniendo en cuenta el último, IBL de los últimos 10 años te según indica el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, la primera Mesa del señor González Gómez debió reconocerse en la suma de \$7.753.699 pesos, es decir, todavía se encuentra una diferencia de \$263.359 pesos para el año 2019 y como consecuencia de esto se ordene la realización de retroactivo pensional que fue ordenado en esta diligencia. Muchísimas gracias”.

precisamente el promedio de lo devengado en los últimos 10 años² (Audiencia virtual del 1 de febrero de 2023, archivo 30 del expediente digital, trámite de primera instancia, récord 52:38).

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

No fue objeto de controversia que mediante Resolución SUB216324 del 12 de agosto de 2019 COLPENSIONES reconoció a favor del demandante pensión de vejez a partir del 1 de septiembre de 2019, en cuantía inicial de \$7.001.111, con fundamento en la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003 (folios 13 a 19 del archivo 05 del expediente digital, trámite de primera instancia), cuyo valor fue reliquidado den la Resolución No. SUB13625 del 17 de enero de 2020 a \$7.280.620 para el 2019, para lo cual se aplicó una tasa de reemplazo del 64.71% al IBL de los últimos 10 años (\$11.251.152), conforme a lo previsto en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993 (folios 20 a 28 ibídem).

En consonancia con los recursos y en consulta a favor de Colpensiones, el Tribunal debe establecer: (i) si procede el pago de la mesada pensional en una suma superior a la que la entidad reajustó en la Resolución SUB13625 del 17 de enero de 2020, y de ser así, (ii) si hay lugar al pago de intereses moratorios.

² “Muchas gracias, señor juez, me permito de manera muy respetuosa interponer recurso de apelación en contra del citado fallo, notificado en estrados judiciales de manera virtual, toda vez que encuentro oposición con la totalidad del fallo, acudiendo o manifestando mejor que mi representada no adeuda sumas por concepto de retroactivo pensional de la pensión otorgada, en beneficio del actor, el señor DARÍO GONZÁLEZ GÓMEZ, toda vez que mediante acto administrativo número SUB216324 del 12 de agosto del 2019, se reconoce una pensión de vejez de conformidad con lo establecido en la Ley 797 del 2003, otorgando una mesada pensional en cuantía inicial de \$7.001.111 que fue efectiva a partir del 1 de septiembre del 2019, otorgando una tasa de reemplazo del 63.32% sobre 1498 semanas. Acaba de decir el estrado judicial que dicha mesada pensional fue liquidada a través del acto administrativo 13625 del 17 de enero de 2020, por medio de la cual se otorga una mesada pensional de \$7.557.284, efectiva a partir del 1° de septiembre de 2014, otorgando una tasa de reemplazo del 64.71%, finalmente es de manifestar al despacho que se tomó un promedio de los últimos 10 años devengados por la parte actora, lo cual representa una liquidación de \$11.251.152 pesos quiere decir, entonces, señor juez, que no le asiste razón a acceder a las pretensiones de la demanda, por cuanto mi representado acá toda del cumplimiento de conceder la pensión de vejez conforme a los derechos otorgados a al demandante, por lo cual solicitó al superior jerárquico revocar la decisión adoptada en primera instancia y, en su lugar, absolver a mi representada de todas las pretensiones de la demanda, muchas gracias”.

(i) RELIQUIDACIÓN PENSIONAL: Para resolver lo que corresponde la Sala efectuará la liquidación de la prestación con el IBL de los últimos 10 años cotizados como lo establece el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, por ser el método utilizado tanto por el juez de primer grado como por COLPENSIONES para calcular la pensión.

Tomando el detalle de los pagos que se certifican en la historia laboral actualizada que aportó COLPENSIONES con el expediente administrativo (ver archivo “GRP-SCH-HL-66554443332211_2062-2021082.pdf”, carpeta No. 14 del expediente digital, trámite de primera instancia), el Tribunal obtuvo como IBL de las cotizaciones de los últimos 10 años la suma de \$11.653.039,28, y al aplicar una tasa de reemplazo del 64.71% -aspecto sobre el cual no se presentó controversia alguna en el proceso-, se obtuvo una mesada pensional para el año 2019 de \$7.540.681,71 cifra que levemente superior a la reconocida por COLPENSIONES (\$7.280.620) y a la fijada por el juez en la sentencia de primer grado (\$7.490.340,16).

Por lo anterior, se modificará la decisión de primera instancia a favor del demandante, para establecer que su mesada pensional para el año 2019 es de **\$7.540.681,71**.

OPERACIONES ARITMÉTICAS:

Periodo	Días Cotizados	IBC	Índice Inicial	Índice final	IBL indexado
200909	30	\$ 4.734.000,00	69,8	100	\$ 6.782.235
200910	30	\$ 4.734.000,00	69,8	100	\$ 6.782.235
200911	30	\$ 4.734.000,00	69,8	100	\$ 6.782.235
200912	30	\$ 4.734.000,00	69,8	100	\$ 6.782.235
201001	30	\$ 4.734.000,00	71,2	100	\$ 6.648.876
201002	30	\$ 4.900.000,00	71,2	100	\$ 6.882.022
201003	30	\$ 4.900.000,00	71,2	100	\$ 6.882.022
201004	30	\$ 4.900.000,00	71,2	100	\$ 6.882.022
201005	30	\$ 4.900.000,00	71,2	100	\$ 6.882.022
201006	30	\$ 4.900.000,00	71,2	100	\$ 6.882.022
201007	30	\$ 4.900.000,00	71,2	100	\$ 6.882.022
201008	30	\$ 4.900.000,00	71,2	100	\$ 6.882.022

201009	30	\$ 4.900.000,00	71,2	100	\$ 6.882.022
201010	30	\$ 4.900.000,00	71,2	100	\$ 6.882.022
201011	30	\$ 4.900.000,00	71,2	100	\$ 6.882.022
201012	30	\$ 4.900.000,00	71,2	100	\$ 6.882.022
201101	30	\$ 4.900.000,00	73,45	100	\$ 6.671.205
201102	30	\$ 4.900.000,00	73,45	100	\$ 6.671.205
201103	30	\$ 4.900.000,00	73,45	100	\$ 6.671.205
201104	30	\$ 4.900.000,00	73,45	100	\$ 6.671.205
201105	30	\$ 4.900.000,00	73,45	100	\$ 6.671.205
201106	30	\$ 4.900.000,00	73,45	100	\$ 6.671.205
201107	30	\$ 4.900.000,00	73,45	100	\$ 6.671.205
201108	30	\$ 4.900.000,00	73,45	100	\$ 6.671.205
201109	30	\$ 4.900.000,00	73,45	100	\$ 6.671.205
201110	30	\$ 4.900.000,00	73,45	100	\$ 6.671.205
201111	30	\$ 4.900.000,00	73,45	100	\$ 6.671.205
201112	30	\$ 4.900.000,00	73,45	100	\$ 6.671.205
201201	30	\$ 5.157.000,00	76,19	100	\$ 6.768.605
201202	30	\$ 5.157.000,00	76,19	100	\$ 6.768.605
201203	30	\$ 5.157.000,00	76,19	100	\$ 6.768.605
201204	30	\$ 5.157.000,00	76,19	100	\$ 6.768.605
201205	30	\$ 5.157.000,00	76,19	100	\$ 6.768.605
201206	30	\$ 5.157.000,00	76,19	100	\$ 6.768.605
201207	30	\$ 5.157.000,00	76,19	100	\$ 6.768.605
201208	30	\$ 5.157.000,00	76,19	100	\$ 6.768.605
201209	30	\$ 5.157.000,00	76,19	100	\$ 6.768.605
201210	30	\$ 5.157.000,00	76,19	100	\$ 6.768.605
201211	30	\$ 5.157.000,00	76,19	100	\$ 6.768.605
201212	30	\$ 5.157.000,00	76,19	100	\$ 6.768.605
201301	30	\$ 5.157.000,00	78,05	100	\$ 6.607.303
201302	30	\$ 5.572.000,00	78,05	100	\$ 7.139.013
201303	30	\$ 5.364.000,00	78,05	100	\$ 6.872.518
201304	30	\$ 5.364.000,00	78,05	100	\$ 6.872.518
201305	30	\$ 5.364.000,00	78,05	100	\$ 6.872.518
201306	30	\$ 5.364.000,00	78,05	100	\$ 6.872.518
201307	30	\$ 5.364.000,00	78,05	100	\$ 6.872.518
201308	30	\$ 5.364.000,00	78,05	100	\$ 6.872.518
201309	30	\$ 5.364.000,00	78,05	100	\$ 6.872.518
201310	30	\$ 5.364.000,00	78,05	100	\$ 6.872.518
201311	30	\$ 5.364.000,00	78,05	100	\$ 6.872.518
201312	30	\$ 5.364.000,00	78,05	100	\$ 6.872.518
201401	30	\$ 5.606.000,00	79,56	100	\$ 7.046.254
201402	30	\$ 5.606.000,00	79,56	100	\$ 7.046.254
201403	30	\$ 5.606.000,00	79,56	100	\$ 7.046.254
201404	30	\$ 5.606.000,00	79,56	100	\$ 7.046.254
201405	30	\$ 5.606.000,00	79,56	100	\$ 7.046.254
201406	30	\$ 6.160.000,00	79,56	100	\$ 7.742.584
201407	30	\$ 6.160.000,00	79,56	100	\$ 7.742.584
201408	30	\$ 6.160.000,00	79,56	100	\$ 7.742.584
201409	30	\$ 6.160.000,00	79,56	100	\$ 7.742.584
201410	30	\$ 6.160.000,00	79,56	100	\$ 7.742.584
201411	30	\$ 6.160.000,00	79,56	100	\$ 7.742.584

201412	30	\$ 6.160.000,00	79,56	100	\$ 7.742.584
201501	30	\$ 6.160.000,00	82,47	100	\$ 7.469.383
201502	30	\$ 6.160.000,00	82,47	100	\$ 7.469.383
201503	30	\$ 7.302.000,00	82,47	100	\$ 8.854.129
201504	30	\$ 6.370.000,00	82,47	100	\$ 7.724.021
201505	30	\$ 13.492.000,00	82,47	100	\$ 16.359.888
201506	30	\$ 8.463.000,00	82,47	100	\$ 10.261.913
201507	30	\$ 6.370.000,00	82,47	100	\$ 7.724.021
201508	30	\$ 14.662.000,00	82,47	100	\$ 17.778.586
201509	30	\$ 13.972.000,00	82,47	100	\$ 16.941.918
201510	30	\$ 7.000.000,00	82,47	100	\$ 8.487.935
201511	30	\$ 14.080.000,00	82,47	100	\$ 17.072.875
201512	30	\$ 14.980.000,00	82,47	100	\$ 18.164.181
201601	30	\$ 14.139.000,00	88,05	100	\$ 16.057.922
201602	30	\$ 10.038.000,00	88,05	100	\$ 11.400.341
201603	30	\$ 15.785.000,00	88,05	100	\$ 17.927.314
201604	30	\$ 16.260.000,00	88,05	100	\$ 18.466.780
201605	30	\$ 13.413.000,00	88,05	100	\$ 15.233.390
201606	30	\$ 14.690.000,00	88,05	100	\$ 16.683.702
201607	30	\$ 16.216.000,00	88,05	100	\$ 18.416.809
201608	30	\$ 12.432.000,00	88,05	100	\$ 14.119.250
201609	30	\$ 16.070.000,00	88,05	100	\$ 18.250.994
201610	30	\$ 17.236.000,00	88,05	100	\$ 19.575.241
201611	30	\$ 17.236.000,00	88,05	100	\$ 19.575.241
201612	30	\$ 17.082.000,00	88,05	100	\$ 19.400.341
201701	30	\$ 18.442.925,00	93,11	100	\$ 19.807.674
201702	30	\$ 18.442.925,00	93,11	100	\$ 19.807.674
201703	30	\$ 18.442.925,00	93,11	100	\$ 19.807.674
201704	30	\$ 18.442.925,00	93,11	100	\$ 19.807.674
201705	30	\$ 18.442.925,00	93,11	100	\$ 19.807.674
201706	30	\$ 18.442.925,00	93,11	100	\$ 19.807.674
201707	30	\$ 18.442.925,00	93,11	100	\$ 19.807.674
201708	30	\$ 18.442.925,00	93,11	100	\$ 19.807.674
201709	30	\$ 18.442.925,00	93,11	100	\$ 19.807.674
201710	30	\$ 18.442.925,00	93,11	100	\$ 19.807.674
201711	30	\$ 18.442.925,00	93,11	100	\$ 19.807.674
201712	30	\$ 18.442.925,00	93,11	100	\$ 19.807.674
201801	30	\$ 19.531.000,00	96,92	100	\$ 20.151.671
201802	30	\$ 19.531.000,00	96,92	100	\$ 20.151.671
201803	30	\$ 19.531.000,00	96,92	100	\$ 20.151.671
201804	30	\$ 19.531.000,00	96,92	100	\$ 20.151.671
201805	30	\$ 19.531.000,00	96,92	100	\$ 20.151.671
201806	30	\$ 19.261.000,00	96,92	100	\$ 19.873.091
201807	30	\$ 19.531.050,00	96,92	100	\$ 20.151.723
201808	30	\$ 19.531.050,00	96,92	100	\$ 20.151.723
201809	30	\$ 19.531.050,00	96,92	100	\$ 20.151.723
201810	30	\$ 19.531.050,00	96,92	100	\$ 20.151.723
201811	30	\$ 16.136.000,00	96,92	100	\$ 16.648.783
201812	30	\$ 18.324.000,00	96,92	100	\$ 18.906.314
201901	30	\$ 16.426.000,00	100	100	\$ 16.426.000
201902	30	\$ 14.621.000,00	100	100	\$ 14.621.000

201903	30	\$ 16.136.000,00	100	100	\$ 16.136.000
201904	30	\$ 14.886.000,00	100	100	\$ 14.886.000
201905	30	\$ 15.407.000,00	100	100	\$ 15.407.000
201906	30	\$ 19.261.000,00	100	100	\$ 19.261.000
201907	30	\$ 16.744.000,00	100	100	\$ 16.744.000
201908	30	\$ 18.324.000,00	100	100	\$ 18.324.000
TOTAL DÍAS	3600		IBL 10 ÚLTIMOS AÑOS	IBL	\$ 11.653.039,28
				PENSIÓN	\$ 7.540.681,71

Para los años subsiguientes, aplicando los incrementos anuales pertinentes, se obtienen las siguientes sumas:

AÑO	IPC	VALOR MESADA
2019	3,80%	\$ 7.540.681,71
2020	1,61%	\$ 7.827.227,62
2021	5,62%	\$ 7.953.245,98
2022	13,12%	\$ 8.400.218,41
2023	N/A	\$ 9.502.327,06

El pago de las diferencias se debe efectuar desde el 1 de septiembre de 2019, como lo dispuso la sentencia apelada, pues no operó la prescripción de los valores causados por este concepto. La demanda se presentó el 27 de abril de 2021 (archivo 02 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Sin embargo, se revocará la decisión de primer grado en cuanto tasó en concreto el valor de las diferencias pensionales adeudadas, pues además de que se está definiendo la mesada pensional en un valor superior, cuando se trata de prestaciones periódicas el saldo final a cargo del deudor sólo se obtiene en el momento en que la entidad hace el pago o la inclusión en nómina.

(ii) INTERESES MORATORIOS: Para resolver esta materia, el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 estableció a cargo de las entidades del Sistema de pensiones, intereses de mora por el retardo en el pago de las mesadas de pensión a sus afiliados.

Tratándose de la primera de ellas, en pensiones de vejez, el interés corre cuando transcurre el plazo de cuatro meses que tienen dichas entidades para

agotar el trámite administrativo y de investigación pertinente a la asignación del derecho, contado desde la fecha en que el afiliado presenta la solicitud con los documentos pertinentes.

Dicho interés, en palabras de la Corte Constitucional (sentencia C-601 de 2000) se aplica a la mora de pago en todas las pensiones reconocidas con posterioridad a la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones, pues la Ley 100 de 1993 no creó “*privilegios entre quienes han adquirido su estatus bajo diferentes regímenes jurídicos*” ni distinguió entre pensionados. Sobre la materia, además, la Sala Laboral de la Corte Suprema estimó inicialmente la integración normativa del Acuerdo 049 con la Ley 100 de 1993 para efectos del interés moratorio (sentencia del 28 de marzo de 2006, radicación 26223 y sentencia SL464 de 2021), y en reciente jurisprudencia dispuso que los intereses moratorios proceden frente a las pensiones legales (CSJ SL1681-2020) sin que importe si se trata del reconocimiento inicial o de un **reajuste** en la mesada (CSJ SL3130 y SL4773 de 2020)³.

Con estas premisas y dado que al demandante se le adeudan diferencias sobre las mesadas de pensión causadas desde el 1 de septiembre de 2019, se deben pagar intereses moratorios sobre los mayores valores objeto de condena. El interés corre a partir del día siguiente a la fecha en que debió ser pagada cada una de las mesadas correspondientes, tal como lo definió el juez de primer grado, cuya sentencia será confirmada en este aspecto.

COSTAS en esta instancia a cargo de COLPENSIONES.

³ Ver Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral, Sentencia SL3130-2020 Rad. 66868 del 19 de agosto de 2020, M.P. JORGE LUIS QUIROZ ALEMÁN: “(...), la Corte encuentra suficientes razones para modificar su jurisprudencia hasta ahora vigente, y sostener que la correcta interpretación del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 permite inferir que los intereses moratorios allí consagrados proceden tanto por la falta de pago total de la mesada como por la falta de pago de alguno de sus saldos o ante reajustes ordenados judicialmente.”.

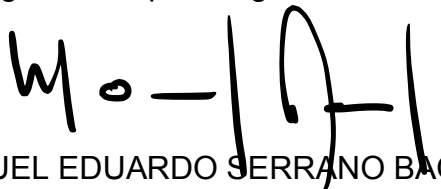
Por lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D. C., Sala Sexta Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

1. **MODIFICAR** el numeral TERCERO de la sentencia de primera instancia para definir como valor de la mesada pensional del demandante para el año 2019, la suma de \$7.540.681,71.
2. **REVOCAR** el numeral CUARTO y PARCIALMENTE los numerales QUINTO y SEXTO de la sentencia de primera instancia, en cuanto definieron un valor concreto de retroactivo. En su lugar, se **CONDENA** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a reajustar la mesada pensional que viene pagando a DARÍO GONZÁLEZ GÓMEZ, hasta llegar a los siguientes valores: \$7.827.227,62 para el 2020, \$7.953.245,98 para el 2021, \$8.400.218,41 para el 2022 y \$9.502.327,06 para el 2023.
3. **CONFIRMAR** en lo demás la sentencia de primera instancia.
4. **COSTAS** en esta instancia a cargo de COLPENSIONES.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

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


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado


LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

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

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Mo-10-11' with a period at the end.

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado