

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

Magistrado Sustanciador: MILLER ESQUIVEL GAITÁN

AUDIENCIA PÚBLICA DE TRÁMITE Y JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO
LABORAL DE HENRY AMAYA COBO CONTRA ALETTA S.A.S.

En Bogotá, D.C., a los veintiocho (28) días de abril de dos mil veintitrés (2023), siendo las tres de la tarde (3:00 p.m.), día y hora señalados por auto anterior para llevar a cabo la presente en el juicio referenciado, el Magistrado Sustanciador la declara abierta en asocio de los demás magistrados que integran la Sala Segunda de Decisión.

Acto seguido, se procede a dictar la siguiente,

S E N T E N C I A

Conoce el Tribunal del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 3 de agosto de 2022, por el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de esta ciudad dentro del proceso de la referencia.

A N T E C E D E N T E S

DEMANDA

Henry Amaya Cobo, obrando en nombre propio, demandó a Aletta SAS, con el fin que se declare que la existencia de un contrato de trabajo con dicha empresa y que el mismo, terminó por despido sin justa causa. Consecuencia de lo anterior, reclama se condene al reconocimiento y pago de cesantías, intereses a las cesantías, vacaciones, prima de servicios, horas extras, causados durante el vínculo laboral, así mismo, se ordene el pago de la indemnización por terminación

del contrato sin justa causa, indemnización moratoria, al pago de los aportes a pensión, salud y ARL y al pago de costas y agencias en derecho.

Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados a folios 1 a 2, de la carpeta 1, archivo 3 del expediente digital, en los que en síntesis indicó; que, el 10 de diciembre de 2016 suscribió contrato de prestación de servicios profesionales con la empresa Aletta SAS, para desempeñar el cargo de abogado asesor in situ; que, las funciones asignadas consistían en brindar asesoría legal a conductores de la empresa Uber; que, debía estar disponible para atender el requerimiento de manera personal; que, debían estar presentes en los puestos de control que efectuara tránsito; que debía presentar un informe de las personas a las cuales había asesorado durante el turno de trabajo; que, el cumplimiento del horario estaba supeditado a un dispositivo móvil GPS para asegurar su presencia en la jornada de trabajo; que se pactó el pago de \$3.000.000 mensuales; que, la labor fue desarrollada en forma personal por el actor, cumpliendo un horario de trabajo, sin que se presentara queja o llamado de atención; que, Aletta S.A.S. dio por terminado el contrato; que le adeudan el pago de acreencias laborales; que recibió órdenes del señor Felipe Cardozo y posteriormente de Valentina; que, se consignaba a la cuenta el salario mensual.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES

Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, fue contestada por Aletta SAS (archivo 2 de la carpeta 4 del expediente digital) en forma legal y oportuna, oponiéndose a las pretensiones formuladas, al estimar que el demandante prestó sus servicios de manera autónoma e independiente y, por tanto, sin cumplir los requisitos contenidos en el artículo 23 del CST; informó que no era cierto ninguno de ellos. Propuso las excepciones que denominó, inexistencia de la relación laboral entre mi representada y el señor Henry Amaya Cobo, inexistencia de las obligaciones y cobro de lo no debido, falta de título y causa del demandante, pago, compensación, cobro de lo no debido, prescripción, improcedencia de la sanción moratoria, buena fe, y la genérica.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa probatoria conforme a lo solicitado por las partes y decretado por la juez de conocimiento, ésta puso fin a la primera instancia mediante la sentencia

referida al inicio de este fallo, en la que absolvió a Aletta SAS de todas las pretensiones formuladas en su contra; declaró probada las excepciones de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, imponiendo condena en costas a cargo del demandante.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del a quo, la parte actora interpone recurso de apelación argumentando para tal efecto se encuentra acreditada la subordinación jurídica, de acuerdo al cronograma de actividades allegado y la disponibilidad que debía tener el demandante para prestar sus servicios, adicionalmente, solicita se realice una valoración probatoria, respecto al interrogatorio de parte rendido por el representante legal de la empresa Aletta SAS. y de la declaración de Lina Hurtado y Jorge Pulido, quienes informaron sobre la entrega de elementos de trabajo y disponibilidad de tiempo del abogado.

CONSIDERACIONES

De conformidad con lo expuesto en el artículo 66 A del CPT y SS, procede la sala a analizar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, atendiendo las razones expuestas en la sustentación.

EXISTENCIA DEL CONTRATO DE TRABAJO

El artículo 22 del CST define el contrato de trabajo así: “es aquél por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra natural o jurídica, bajo la continuada dependencia y subordinación de la segunda y mediante remuneración”, siendo elementos constitutivos de dicha vinculación la actividad personal del trabajador, su continuada subordinación o dependencia respecto del empleador y la percepción de un salario como contraprestación, conforme al art 23 del CST.

De tal suerte, para la existencia válida de un contrato de trabajo es necesario que concurren los tres elementos antes reseñados, pues de no ser así, indefectiblemente se estaría en presencia de otra clase de contrato, no sujeto por consiguiente a las leyes de nuestro ordenamiento positivo laboral.

Por ello, la H. Corte Suprema de Justicia categóricamente ha señalado que "Dada la multiplicidad de los aspectos y de las formas con que se realiza el contrato de trabajo, es criterio generalmente adoptado por la doctrina y la jurisprudencia, que no se debe estar a las denominaciones dadas por las partes o por una de ellas en la relación jurídica, sino observar la naturaleza de la misma respecto de las prestaciones de trabajo ejecutadas y de su carácter para definir lo esencial del contrato", de otra parte, el artículo 24 del CST consagra la presunción legal de que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo, de modo que, una vez el demandante demuestra la prestación personal de los servicios, es el demandado que niega la existencia de la relación laboral quien soporta la carga de desvirtuar la presunción legal, pues sabido es que en materia probatoria existe el principio universal de que quien afirma una cosa es quien está obligado a probarla, conforme a la máxima "onus probandi incumbit actori" (artículos 167 del CGP y 1757 del CC).

Sin pasar por alto el principio de la primacía de la realidad sobre formalidades que impera en materia laboral, según el cual en caso de discordancia entre lo que surge de los documentos y lo que emerge de los hechos, se le da prevalencia a estos últimos, esto es, lo que sucede en el terreno de los hechos, aceptado por la doctrina y la jurisprudencia, y que se constitucionalizó en 1991(art. 53 de la CP).

*Bajo tales derroteros, se adentra este Colegido a analizar el acervo probatorio que obra en el informativo. Así tenemos que en la carpeta 1 y 4 se encuentran los documentos denominados 4 y 5 respectivamente, en los que encontramos, a folios 1 a 8 y 1 a 4 “contrato de prestación de servicios profesionales jurídicos en materia de tránsito y transporte”, suscritos, el primero de ellos, entre el 10 de diciembre de 2016 y el 10 de enero de 2017 y el segundo, entre el 9 de enero de 2017 al 15 de diciembre de 2017, con un pago de honorarios de \$3.000.000 y se expresa como obligación del contratista **“QUINTAQ. Obligaciones de EL CONTRATISTA:** El CONTRATISTA se obliga a cumplir en forma eficiente y oportuna los trabajos encomendados, especialmente los siguientes: 1) A prestar en forma diligente, eficiente y con criterios en la ciudad de Bogotá. 2) A presentar a EL CONTRATANTE los respectivos informes de acuerdo con la naturaleza del servicio y en general con las cláusulas de este contrato. 3) Presentación mensual de la cuenta de cobro anexando los pagos de seguridad social respectivos de acuerdo a las exigencias legales”; fls. 9 a 12 copias de pago de aportes al sistema de seguridad social; fl. 21 certificación emitida por el representante legal de Aletta S.A.S., en la que se extrae “Que HENRY AMAYA COBO identificado con cédula de ciudadanía N.º 1.022.356.106 expedida en Bogotá, abogado en ejercicio y portador de la tarjeta profesional N.º 261.473 del C.S.J., ejecutó contrato de prestación de servicios profesionales jurídicos en materia de tránsito y transporte con la empresa ALETTA S.A.S., desde el*

10 de diciembre de 2016 hasta el 23 de julio de 2017”; a fl. 5 “convenio de confidencialidad” suscrito el 23 de octubre de 2015 por Uber y Aletta Asesoría Legal en Tránsito y Transporte; a folio 8 a 17 “otrosí” suscrito respecto al contrato de prestación de servicios realizado entre las personas jurídicas antes enunciadas; a fl. 18 misiva del 18 de septiembre de 2017 emitida por el representante legal de Uber a Aletta SAS, en el que informaron la terminación del contrato; fl. 28 a 42 “cuentas de cobro” y planillas de autoliquidación efectuada por pagos simples; fl. 44 a 54, correos electrónicos remitidos entre Aletta SAS y Uber.

Documentales de las que efectivamente es posible extraer que el actor prestó servicios a favor de Aletta S.A.S., desde el 10 de diciembre de 2016 hasta el 23 de julio de 2017.

A su turno, el representante legal de la empresa, aceptó la prestación del servicio de Henry Amaya Cobo, en calidad de asesor jurídico de los conductores de Uber, indicando, que, al abogado no se le indicaba cómo debía prestar el servicio, que, en ocasiones, no se podía atender todos los requerimientos, debido a la alta demanda de servicios solicitados al mismo tiempo, pero no ocurría nada, simplemente se atendía el servicio en el que se encontrara; que, en caso de rehusarse a prestar el servicio, podría darse un incumplimiento del contrato, pero ello nunca ocurrió, encontrándose que su exposición, en manera alguna, resulta contradictoria, pues, es apenas lógico, que al tenerse un objeto contractual, este sea cumplido a cabalidad por las partes.

Tampoco puede concluirse del testimonio rendido por los señores, Lina Paola Hurtado Pérez, Jorge Andrés Pulido Barrios y Manuel Camilo Ortiz Hernández, que, existiera subordinación alguna, nótese que los testigos fueron contestes en informar que, habían sido contratados con el fin de brindar asesoría jurídica a los conductores de Uber, cuando se presentaban retenes de tránsito; vigilando que se efectuara el trámite con el lleno de las garantías constitucionales y legales, pero que su labor no era supervisada, tampoco le decían cómo debían brindar la asesoría a los conductores, ya que esto dependía del conocimiento que se tuviera en el tema, aunque no desconocen, que les brindaron una capacitación sobre el tema; que, ellos mismos, en calidad de abogados, cuadraban sus turnos, dependiendo su disponibilidad de tiempo, escogían la zona y asumían los gastos que se generaran al prestar el servicio; que, la empresa Securitas les informaba

sobre los retenes vía WhatsApp o por llamada y el abogado que estuviera en turno acudía y en caso de presentarse algún percance otro profesional lo podía reemplazar, sin necesidad de pedir autorización o aval a Aletta S.A.S. y tampoco era indispensable que este tuviese contrato con la sociedad; por otro lado, señalaron que les fue suministrado un equipo móvil, pero ello, con el fin de revisar si las placas de los automóviles se encontraban adscritas a Uber, este dispositivo se podía apagar y ello no implicaba o generaba ninguna consecuencia para el abogado; que rendían un informe, sobre la atención brindada, pero este, consistía básicamente en registrar los datos del conductor, vehículo, grúa, de ser el caso, pero nada desgastante y los honorarios eran pagados de acuerdo a la prestación del servicio y que, por comentarios del mismo demandante, tenían entendido que este, en las mañanas estudiaba y estaba empezando a llevar procesos.

Refiere la parte actora que, Aletta era quien imponía al demandante estar en una zona específica, sin embargo, se disiente de tal perspectiva, ya que, los testigos, coinciden, en informar que eran ellos los que se encargaban de organizar sus turnos, su tiempo y escogían la zona en donde querían prestar el servicio, limitándose a informar a la empresa, qué abogado era el que, estaba de turno.

Así, con las pruebas anteriormente reseñadas, es claro para la Sala que se logró acreditar la prestación personal del servicio por parte del promotor de la litis, ya que conforme lo indicado por la demandada al dar respuesta a la demanda, aceptó la prestación del servicio de asesoría, naciendo así la presunción de tipo legal de existencia del contrato de trabajo y, por tanto, surgió la ventaja probatoria a favor de aquel, siendo el demandado a quien le correspondía desvirtuar dicha presunción de tipo legal; lo cual, en efecto hizo, toda vez que logró probar que el trabajo desarrollado por el demandante no era de tipo laboral, sino en virtud de un contrato de prestación de servicios, contando el demandante con plena libertad y autonomía para establecer quienes podían reemplazarlo en su labor.

De otro lado, si bien el promotor de la litis debía seguir las directrices o instrucciones dadas por la accionada como se desprende del contrato de prestación de servicios previamente referido, ello per se no es indicativo de la subordinación propia que caracteriza el contrato de trabajo, puesto que todo contrato lleva implícito el que el contratante dé instrucciones de la forma como se

debe ejecutar la actividad o labor, y no quede al arbitrio del contratista, por ser un acuerdo de voluntades destinado a crear obligaciones, por lo tanto de carácter bilateral y conmutativo (arts. 1495, 1496 y 1498 del CC), por eso la subordinación que configura el contrato de trabajo es la subordinación jurídica, entendida como el poder de disposición de la energía de trabajo, lo que significa que el empleador se encuentra, en todo momento, en posibilidad de disponer de la fuerza de trabajo del empleado, según convenga a los fines de la empresa, y de éste del deber correlativo a acatarla. Sobre este punto la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha sostenido que esas condiciones contractuales -de sujetarse a unas precisas instrucciones y directrices-, son normales o esenciales en el desarrollo de varios tipos de convenios en que no existe esta característica especial del trabajo, pues ellas no comportan la prestación de un servicio personal en condiciones subordinadas, sino que constituyen el resultado del cumplimiento del objeto del vínculo jurídico que unió a las partes (sentencia de 24 enero 2012, radicado 40121, reiterada en la del 19 de julio de 2016, con radicación 46874). Adicionalmente, en sentencia del 16 de junio de 1973, adoctrinó lo siguiente:

“Todo contrato comporta una serie de obligaciones mutuas, cuyo imperioso cumplimiento no es signo de la continuada dependencia o subordinación de una parte a la otra, que es lo que diferencia el laboral de otros similares. Tal dependencia consiste en la facultad que tiene el patrono de dar órdenes al trabajador y el deber correlativo de éste de acatarlas”.

Establecidas, así las cosas, y ante la inexistencia del elemento principal para la determinación de un vínculo de naturaleza laboral, es que la Sala concluye que la decisión absolutoria de primer grado fue acertada; imponiéndose confirmarla.

Como el resultado del recurso fue desfavorable, las costas de esta instancia se imponen a la parte actora.

En virtud de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., Sala Segunda de Decisión Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E

Primero.- Confirmar la sentencia apelada.

Segundo.- Las costas en esta instancia corren a cargo del demandante. Fíjese como agencias en derecho la suma de \$300.000,00.


MILLER ESQUIVEL GAITAN
Magistrado


MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA


LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

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

Magistrado Sustanciador: MILLER ESQUIVEL GAITÁN

AUDIENCIA PÚBLICA DE TRÁMITE Y JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO
LABORAL DE HECTOR JAVIER CASAS VANEGAS CONTRA ECOPETROL SA

En Bogotá, D.C., a los veintiocho (28) días de abril de dos mil veintitrés (2023), siendo las tres de la tarde (3:00 p.m.), día y hora señalados por auto anterior para llevar a cabo la presente en el juicio referenciado, el Magistrado Sustanciador la declara abierta en asocio de los demás magistrados que integran la Sala Tercera de Decisión.

Acto seguido, se procede a dictar la siguiente,

S E N T E N C I A

Conoce el Tribunal del recurso de apelación interpuesto por las partes en contienda contra la sentencia proferida el 8 junio de 2022, por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de esta ciudad dentro del proceso de la referencia.

A N T E C E D E N T E S

DEMANDA

Héctor Javier Casas Vanegas, actuando por intermedio de apoderado judicial, demandó a Ecopetrol SA, para que se declare que el demandante prestó sus servicios mediante contrato de trabajo a Ecopetrol SA por espacio de 29 años, 8 meses y 20 días dándose por terminado, sin justa causa el contrato, que se liquidó la pensión convencional con un salario inferior al realmente devengado, de acuerdo al plan 70, estipulado en la Convención del año 2009 a 2014, que el estímulo al ahorro constituye salario y por su naturaleza tiene incidencia a la

hora de liquidar las prestaciones sociales, que Ecopetrol S.A. no tuvo en cuenta el estímulo al ahorro a la hora de liquidar la pensión de jubilación convencional. Como pretensiones de condena, solicita se condene a ECOPETROL S.A. a pagar indemnización por despido sin justa causa, en cuantía de \$548.719.706, reajuste de mesadas pensionales causadas desde el reconocimiento de la prestación en cuantía de \$306.371.096 y hasta cuando se haga efectivo su pago.

Como pretensión subsidiaria reclama, que en caso de no tenerse como factor salarial el estímulo al ahorro, se condene a Ecopetrol S.A., a pagar el reajuste de las mesadas pensionales en un 2,5%, por los años laborados de manera adicional a los requeridos a la fecha de causación de la pensión convencional y consecuentemente se ordene el pago de las diferencias pensionales desde el 1 de abril de 2017 y hasta cuando se haga efectivo el pago, adicionalmente, se pague la indemnización moratoria prevista en el artículo 8 de la Ley 10 de 1972, por el no pago completo de las mesadas pensionales causadas o en subsidio la indexación, se reconozcan los derechos conforme a las facultades ultra y extra petita y al pago de las costas.

Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados de folios 7 del archivo 3 del expediente digital, en los que en síntesis se indicó que; prestó sus servicios a Ecopetrol SA entre el 6 de julio de 1987 y el 31 de marzo de 2017, más de 29 años; Ecopetrol S.A. tuvo inicialmente la condición de empresa industrial y comercial del estado sin embargo, en la actualidad es una sociedad de economía mixta; que se desempeñó como contador público, en los cargos de coordinador de gestión, contabilidad costos y presupuesto de la vicepresidencia de activos con socios VAS, asesor Staff vicepresidencia de producción, jefe de contabilidad general de Ecopetrol, coordinador contable y financiero E&P; Ecopetrol S.A. dio por terminado el contrato de trabajo del actor a partir del 1 de abril de 2017 alegando como justa causa el reconocimiento de la pensión convencional; el reconocimiento de la pensión convencional no está previsto como una causa legal para terminar el contrato de trabajo; que, la terminación del contrato causó daño al ex trabajador, al ver afectado su mínimo vital, dado que su ingreso promedio de \$16.529.092 sin sumar el factor prestacional legal disminuyó a \$8.922.119; que, sufrió un daño económico con su desvinculación, debido a la disminución de sus ingresos, respecto a prestaciones sociales y al valor de la pensión reconocida; se causó daño moral por la afectación de sus sentimientos de valía y

reconocimiento social; que vio frustrada su posibilidad de ascenso en la empresa; a la fecha de fenecimiento del vínculo laboral, el actor se encontraba en plena capacidad laboral, al contar solo con 57 años de edad; que presentó inconformidad respecto a la decisión de darse por terminado su contrato de trabajo el 24 de marzo de 201; la entidad estableció una política de compensación salarial para los trabajadores de nivel gerencial y profesional, denominada “estímulo al ahorro”; la escala salarial de los trabajadores del sector gerencial y profesional de la entidad era inferior comparado a trabajadores del sector nacional y extranjero; los salarios fijados no estimulaban la vinculación de trabajadores nuevos, ni retener a los trabajadores; el estímulo al ahorro reconocido al demandante era superior al 75%; el ahorro no tiene como propósito fomentar el sentido de previsión de los trabajadores para el futuro, pero no para reemplazar al salario o parte de éste como lo hizo Ecopetrol; el estímulo es de carácter salarial al retribuir sus servicios y que esta fuera equiparable a la devengada por los trabajadores nacionales y extranjeros; se le hizo firmar un documento al trabajador, en el que aceptaba que el pago quincenal no tendría naturaleza salarial; que se disfrazó el pago con carácter de contraprestación del servicio para esconder la naturaleza salarial al momento de liquidar las prestaciones sociales; solicitó a Ecopetrol el 6 de julio de 2012, se reconociera el carácter salarial al estímulo al ahorro; se acogió a la convención colectiva de trabajo a partir del 2 de junio de 2005; le fue reconocida pensión jubilación extralegal con los requisitos del “Plan 70”, contemplado en las Convenciones de 2009-2014 y 2014 a 2018; para el 30 de marzo de 2017 contaba con 57 años de edad y había prestado sus servicios por 29 años, 8 meses y 20 días, acreditando 86 puntos del Plan 70; la Convención 2009-2014 mantuvo el plan 70; Ecopetrol estaba obligada a reconocer la mesada pensional en monto del 75% del salario devengado en el último año de servicios, más 2,5% por año adicional a los 20 de servicios; el laudo arbitral del 9 de diciembre de 2003, mantuvo el reconocimiento pensional; la Corte Suprema de Justicia, resolvió no anular el laudo arbitral; no le fue reconocido el porcentaje adicional del 22,5% por años adicionales laborados; que, tampoco tuvo en cuenta a la hora de liquidar la pensión jubilación el estímulo al ahorro; el salario promedio con el cual se debió reconocer la pensión correspondía a \$16.896.011, teniendo en cuenta el estímulo al ahorro; que, se ha pagado la pensión de jubilación con unos montos inferiores; en caso de establecerse que el estímulo no constituye salario, se debe sumar el 2.5% de incremento fijado en el artículo 109 de la Convención Colectiva; el valor de la

mesada pensional con el incremento pensional arroja un valor de \$10.167.066; que presentó reclamación ante Ecopetrol.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES

Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, Ecopetrol SA dio contestación en forma legal y oportuna, oponiéndose a las pretensiones formuladas (archivo 7 del expediente digital). En cuanto a los hechos aceptó la existencia de la relación laboral por 29 años, 8 meses y 20 días; que el demandante renunció al Acuerdo 01 de 1977 o estatuto directivo para acogerse al beneficio de pensión Plan 70 o por puntos; que se le reconoció la pensión de jubilación, conforme a lo estipulado en la Convención Colectiva y se dio aviso con antelación a un mes; que en el texto convencional, se pactó que se podía dar por terminado el contrato cuando se reconociera la pensión jubilación y se diera aviso al futuro pensionado un mes de anticipación; sobre los restantes manifestó que no son ciertos o no le constan. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó falta de causa e inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, prescripción, buena fe y la genérica.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa probatoria conforme lo solicitado por las partes y decretado por el juez de conocimiento, éste puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo (archivo 9 del expediente digital) en la que; condenó a Ecopetrol S.A. a reconocer y pagar a favor del demandante, la pensión de jubilación con Plan 70, en cuantía de \$10.789.539, a partir del 1° de abril de 2017 y descontando el valor reconocido inicial de \$8.922.119, junto con sus reajustes legales, diferencias debidamente indexadas desde la fecha de causación y hasta cuando se paguen; se absolvió de las restantes pretensiones; condenó en costas a la demandada; ordenó la consulta de la providencia en caso de no ser apelada.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del a quo, la parte actora interpone recurso de apelación argumentando que no se encuentra conforme con la decisión de absolver a la demandada a reconocer y pagar la indemnización por despido sin

justa, el reajuste de la mesada pensional al no darse el valor de salario al estímulo al ahorro y la sanción contenida en la Ley 10 de 1972. Para tales efectos manifiesta que el reconocimiento de la pensión convencional, a una edad inferior (57 años) a la prevista legalmente (62 años), vulnera el mínimo de derechos y garantías del derecho al trabajo; que legalmente no se contempla como justa causa para terminar un contrato de trabajo, el reconocimiento de una pensión de jubilación, sino la de vejez; en segundo lugar señala que, se acreditó el carácter salarial del estímulo al ahorro, al ser un propósito de la Junta Directiva incrementar el salario de los trabajadores que ostentaban cargos de superior jerarquía y en el que se reconocía un 75% del salario; que se debe condenar a Ecopetrol a pagar la indemnización moratoria al haberse sustraído del cumplimiento de la Convención Colectiva 2009-2014 y no tener en cuenta para liquidar la primera mesada pensional los años laborados con posterioridad al año 2010, máxime que, ya se encontraba consolidado el derecho a la pensión de jubilación, por tanto, su actuar no fue de buena fe.

De la misma manera, la parte demandada interpuso recurso de apelación, tendiente a que se revoquen, los numerales 1 y 3 de la sentencia, al estimar que, el ex trabajador, no tenía consolidado su derecho pensional a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 1 de 2005; que la aludida preceptiva legal, eliminó los regímenes exceptuados a partir del 31 de julio de 2010; que tampoco se tenía un derecho adquirido antes de modificarse el artículo 48 de la Constitución Política; que, el reconocimiento pensional por puntos, estipulado en el artículo 109 de la Convención Colectiva no se debe aplicar a partir del año 2014, al ser abiertamente inconstitucional; que, en caso de reconocerse el incremento porcentual estipulado en la Convención Colectiva, debe tenerse en cuenta que la entidad al momento de reconocer la pensión, reconoció puntos adicionales hasta el año 2010, por lo que, estos deben ser descontados del 22,5% reconocido por el a quo y en tal sentido, disminuirse el valor porcentual y condena impuesta; finalmente, reprocha la condena en costas impuestas a cargo de la entidad, pues las pretensiones incoadas contra Ecopetrol, prosperaron solamente en un 20% y dada la naturaleza de la entidad, se deben cuidar sus recursos.

ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en el Decreto Legislativo 806 de 2020, las partes se pronunciaron reiterando los argumentos expuestos al momento de sustentar su recurso de apelación.

CONSIDERACIONES

Atendiendo el texto del artículo 66 A del CPT y SS, procede la Sala a analizar los puntos de inconformidad planteados por las partes al momento de sustentar su recurso de apelación.

Entonces, los problemas jurídicos que debe resolver la Sala, consiste en primer lugar en verificar, si la terminación del contrato de trabajo existente entre las partes obedeció a una justa causa; en segundo lugar, si el estímulo al ahorro debe tenerse en cuenta como parte integrante de su salario; en tercer lugar, si el incremento porcentual plasmado en la Convención Colectiva de Trabajo suscrita entre Ecopetrol y la USO, es aplicable al demandante y en caso de ser afirmativa esta premisa, revisar el cálculo matemático efectuado por el a quo, a la hora de ordenar el reajuste de la pensión convencional y finalmente, se estudiará la procedencia de la condena en costas a cargo de la demandada.

NEXO LABORAL - DURACIÓN - SALARIO

No se debate en el presente proceso la existencia del vínculo laboral entre Héctor Javier Casas Vanegas y Ecopetrol S.A., entre el 6 de julio de 1987 y el 31 de marzo de 2017 (folio 259 del archivo 7 del expediente digital); ni la condición de pensionado a partir del 1° de abril de 2017, de acuerdo con el Plan 70 convencional, hechos que fueron aceptados en la contestación de la demanda (folio 7 del archivo 7 del expediente digital); lo cual se encuentra corroborado con las documentales aportadas a folios 259 del archivo 7 del expediente digital y la carta de terminación del vínculo contractual (folio 44 y 298 del archivo 1 y 7 del expediente digital).

DE LA TERMINACIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO

El promotor de la litis disiente frente a la negativa de reconocimiento de la indemnización por terminación unilateral del contrato, al estimar, que, podía

seguir prestando su fuerza laboral a favor de Ecopetrol y que, la normatividad no preceptúa como una causal de despido el reconocimiento de una pensión extralegal.

Es así que, para resolver la controversia puesta bajo escrutinio se tiene que, el parágrafo 3° del artículo 9° de la Ley 797 de 2003, establece que;

“Parágrafo 3°. Se considera justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo o la relación legal o reglamentaria, que el trabajador del sector privado o servidor público cumpla con los requisitos establecidos en este artículo para tener derecho a la pensión. El empleador podrá dar por terminado el contrato de trabajo o la relación legal o reglamentaria, cuando sea reconocida o notificada la pensión por parte de las administradoras del sistema general de pensiones.

Transcurridos treinta (30) días después de que el trabajador o servidor público cumpla con los requisitos establecidos en este artículo para tener derecho a la pensión, si este no la solicita, el empleador podrá solicitar el reconocimiento de la misma en nombre de aquel”

Por otro lado, en el parágrafo 3° del artículo 118 de la Convención Colectiva de Trabajo se estipuló “La empresa, para efectos de jubilar a los trabajadores que reúnan los requisitos de la ley o de esta Convención, por ser estos acreedores al beneficio de la pensión de jubilación, podrá dar por terminado el contrato de trabajo, mediante aviso de un (1) mes dado por escrito, sin que haya lugar a reconocimiento de ninguna de las indemnizaciones a que se refiere este Artículo...”.

De ahí, que el reconocimiento de la pensión de jubilación, es una causa para dar por terminado el contrato de trabajo, tanto en el sector público como en el privado y adicional a ello, se aplicaría a cualquier tipo de pensión, incluyéndose en este aspecto las extralegales, al mantenerse en ambas situaciones, el estatus de pensionado (sentencias SL2303-2021, SL1178-2022 y SL1582-2022). Por ello, Ecopetrol procedió a estudiar y reconocer la prestación económica por Plan 70, con oficio No. 2-2017-046-971 del 13 de febrero de 2017, a partir del 1° de abril de 2017.

Acto seguido, el 27 de febrero de 2017, la demandada informó a Héctor Javier Casas Vanegas sobre la terminación del contrato de trabajo con justa causa, con ocasión al reconocimiento de la pensión de jubilación y respecto de esta decisión, el mismo demandante, presentó el 24 de marzo de 2017, escrito en el que informó “Dando alcance a su comunicación del día 27 de febrero de 2017, en la que se me

informa la decisión unilateral de ECOPETROL S.A. de dar por terminado mi contrato de trabajo y reconocer pensión de jubilación a mi favor...” (folio 46 archivo 1).

Deviniendo de estos documentos, certeza que el empleador comunicó a Casas Vanegas del fenecimiento del vínculo laboral con una antelación superior a los 30 días, estipulados en las normas objeto de estudio, haciendo inviable ordenar el reconocimiento y pago de la indemnización por terminación del contrato sin justa causa, aquí peticionada.

ESTÍMULO AL AHORRO

Anhela el demandante que se tenga como parte integrante del salario el estímulo al ahorro reconocido por Ecopetrol, arguyendo para tales efectos que, el monto reconocido por este concepto resulta alto a comparación del salario básico pagado al trabajador.

De cara a dirimir, la controversia planteada en este punto, se tiene que, el contexto y justificación de la política de compensación (fls. 155 a 235) del estímulo al ahorro fue creado en aplicación de la Política de Compensación, adoptada a partir del 1º de diciembre de 2007, como una medida de competitividad externa con el mercado laboral del sector petrolero, generada por la globalización, en el contexto de justificar la nivelación del ingreso monetario de un trabajador de Ecopetrol frente a las demás empresas del sector petrolero, con el fin de evitar el traslado de su personal entrenado y experimentado hacía la competencia. A raíz de lo anterior, en procura del mejoramiento de los salarios de sus empleados y a la vez garantizar el principio de igualdad entre grupos de trabajadores con regímenes prestacionales diferentes, identificó cuatro grupos de trabajadores, teniendo en cuenta para el efecto, situaciones tales como la antigüedad, el régimen de cesantías y jubilación, que, impactaban de manera el pago de cada uno de los trabajadores (folio 175 archivo 7). Veamos:

- 1. Sin retroactividad de cesantías y sin jubilación a cargo de la empresa para el 31 de julio de 2010.*
- 2. Sin retroactividad de cesantías y con posibilidad de jubilación a cargo de la Empresa para el 31 de julio de 2010.*
- 3. Con retroactividad de cesantías y sin jubilación a cargo de la empresa a 31 de julio de 2010.*
- 4. Con retroactividad de cesantías y con posibilidad de pensionarse a cargo de la empresa.*

De modo tal que al primer grupo de empleados se les hizo un incremento salarial del 30%, para los tres últimos grupos, aunque el incremento es inferior, la diferencia que se presenta frente al primer grupo tienen la posibilidad de obtenerla si lo desean con un aporte al Fondo de Pensiones Voluntarias; el cual recibió la denominación de estímulo al ahorro. Es bueno dejar sentado que los anteriores grupos no se hicieron al azar, sino que tienen su justificación, en tanto que cada uno tiene sus propias prerrogativas, vista la condición prestacional de cada trabajador en la empresa, por lo que no se puede aducir discriminación de la empresa y menos vulneración del principio de igualdad, pues en verdad lo pretendido con ese estímulo era lograr la igualdad entre los distintos trabajadores.

Ahora, en lo que hace al último de los anotados grupos, esto es, al personal próximo a jubilarse, que es en el que se encontraba el aquí demandante, según lo informado por la demandada, a este grupo le fue incluida la retroactividad en el ingreso monetario, estableciendo una compensación objetiva de acuerdo a la política de compensación y presentando alternativas a su aplicación, consistente, primero, en que, de vender la retroactividad de las cesantías se realizaría un aporte al fondo de pensiones voluntarias sin incluir la retroactividad y de no aceptar tales condiciones, se aportaría a un fondo de pensiones y se incluiría la retroactividad, ello, con el fin de no generar discriminación, y que se permitiera mantener la equivalencia económica igualitaria del ingreso monetario.

Fue por ello, que Ecopetrol con oficio fechado del 21 de enero de 2008, comunicó al demandante (folio 270 archivo 7), “se somete a su consideración la siguiente cláusula adicional a su contrato individual de trabajo: “Sobre el monto del estímulo al ahorro efectuado por el empleador, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 de la Ley 50 de 1990, que subrogó el artículo 128 del Código Sustantivo de Trabajo, las partes acuerdan que no tiene carácter salarial para ningún efecto”, modificación contractual que fue aceptada por el demandante, tal y como se avizora en la parte final del documento.

Por otro lado, de los recibos de pago de salarios y prestaciones sociales legales y extralegales pagadas al trabajador, se desprende que, entre enero de 2016 y febrero de 2017, la empresa reconoció al demandante, el estímulo al ahorro (folio 93 a 126 del archivo 1).

Bajo tales presupuestos, claro resulta que el concepto materia de debate no se estatuyó con el fin de remunerar directamente el servicio prestado, al punto de que no se fijó atendiendo la labor desarrollada, menos aún, se trató de un incremento al salario, sino simplemente lo que pretendía era nivelar el ingreso monetario de los trabajadores. Agregándose en este punto, que, las partes, pueden establecer que determinados beneficios, otorgados en forma extralegal por el empleador, aunque habituales no constituyen salario en dinero o en especie, el Código Sustantivo de Trabajo la concibe en su artículo 128, modificado por el artículo 15 de la ley 50 de 1990, que prevé:

“No constituye salario las sumas que ocasionalmente y por mera liberalidad recibe el trabajador del empleador, como primas, bonificaciones o gratificaciones ocasionales, participación de utilidades, excedentes de las empresas de economía solidaria y lo que reciba en dinero o en especie no para su beneficio, ni para enriquecer su patrimonio, sino para desempeñar cabalmente sus funciones, como gastos de representación, medios de transporte, elementos de trabajo y otros semejantes. Tampoco las prestaciones sociales de que tratan los títulos VIII y IX, ni los beneficios o auxilios habituales u ocasionales acordados convencional o contractualmente u otorgados en forma extralegal por el empleador, cuando las partes hayan dispuesto expresamente que no constituyen salario en dinero o en especie, tales como la alimentación, habitación o vestuario las primas extralegales, de vacaciones, de servicios o de navidad.” (negrilla de la sala).

Cabe puntualizar que uno de los aspectos que tuvo en cuenta el legislador de 1990, fue el de que los empleadores se abstenían de conceder determinados pagos por la incidencia prestacional que ello implica, por lo que en aras de que los trabajadores pudieran recibir pagos distintos a la remuneración básica y así tener mayores ingresos, como en el caso bajo estudio, dio la posibilidad que éstos pactaran que algunos pagos no constituían salario muy a pesar de que por su naturaleza sea remuneratoria de la labor desempeñada y aun cuando se paguen de forma habitual. Y si dicho reconocimiento no tuviera por causa la prestación del servicio o la contraprestación al mismo, no tendría razón de ser la norma, menos aún que ante ese acuerdo se dejará sin valor, como ahora se procura. Y es de precisar que a pesar de que el estímulo al ahorro se hizo en forma habitual, respecto de esos pagos habituales también se puede pactar que no constituyen salario, como expresamente lo establece la norma acaba de estudiar.

La Corte Suprema de Justicia, precisó la parte final del precepto acabado de transcribir, en los siguientes términos:

“Estas normas, en lo esencial, siguen diciendo lo mismo bajo la nueva redacción de los artículos 14 y 15 de la ley 50 de 1990, puesto que dichos preceptos no disponen, como pareciera darlo a entender una lectura superficial de sus textos, que un pago que realmente remunera el servicio, y por tanto constituye salario, ya no lo sea en virtud de disposición unilateral del empleador, o por convenio individual o colectivo con sus trabajadores. En efecto, ni siquiera al legislador le está permitido contrariar la naturaleza de las cosas, y por lo mismo no podría disponer que un pago que retribuye la actividad del trabajador ya no sea salario. Lo que verdaderamente quiere decir la última parte del artículo 15 de la ley 50 de 1990, aunque debe reconocerse que su redacción no es la más afortunada, es que a partir de su vigencia, pagos que son “salario” pueden no obstante excluirse de la base de cómputo para la liquidación de otros beneficios laborales. (prestaciones sociales, indemnizaciones, etc.)”

Entonces, si bien el demandante recibió el estímulo al ahorro, también es cierto que, las partes acordaron que este beneficio no tenía carácter salarial tal como consta cuaderno principal, conducta permitida por la ley, y por ello, no resulta procedente reclamar como salario algo que previamente las partes convinieron que no lo era, lo que además atentaría contra el principio de buena fe que debe seguir la ejecución de los contratos de trabajo (Art. 55 CST), muy a pesar de la limitación que rige en esta materia del principio de la autonomía de la voluntad (sentencias CSJ SL4850-2019, CSJ SL 161-2021).

Deviniendo de esta manera, la confirmación de la decisión proferida por el juez de primera instancia en este aspecto.

RELIQUIDACIÓN PENSIÓN JUBILACIÓN CONVENCIONAL

Se encuentra acreditado en el proceso que Héctor Javier Casas laboró para Ecopetrol SA desde el 6 de julio de 1987 hasta el 31 de marzo de 2017, para un total de 29 años, 8 meses y 20 días. Asimismo, está probado que, mediante comunicación No. 2-2017-046-971 del 13 de febrero de 2017, la sociedad accionada reconoció al actor la “pensión de jubilación convencional por Plan 70”, a partir del 1° de abril de 2017, tomando como base de liquidación un promedio devengado durante el último año de servicios equivalente a \$11.066.194,00, al que aplicó una tasa de reemplazo del 75%, empero, le reconoció al trabajador un 2,5% adicional

¹ Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral – Sección 2ª - Sentencia febrero 12 de 1993. Rad. 5481.

después de los 20 años de servicio, es decir, un 7,5%, por los tres años de servicio subsiguientes, correspondientes a \$622.473, arrojando una mesada equivalente a \$8.922.119 para el año 2017 (folio 302 del archivo 7 del expediente digital).

Así, el problema se circunscribe en determinar si el demandante tiene derecho al reconocimiento de esos puntos adicionales establecidos convencionalmente y, por otro lado, si la liquidación efectuada por Ecopetrol SA se encuentra acorde con la normatividad aplicable al caso.

Entonces, cumple señalar que el derecho pensional de Héctor Javier Casas Vanegas fue reconocido bajo las previsiones del artículo 109 de la Convención Colectiva de Trabajo suscrita entre el sindicato de industria Unión Sindical Obrera de la Industria del Petróleo “USO” y Ecopetrol SA, con vigencia julio 2009 – junio 2014, la cual fue allegada con la correspondiente constancia de depósito (art. 469 del CST), y que en lo pertinente contempla:

“ARTÍCULO 109.- La empresa continuará reconociendo la pensión legal vitalicia de jubilación o de vejez, equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) de promedio de los salarios devengados en el último año de servicio a los trabajadores que habiendo llegado a la edad de cincuenta (50) años, le hayan prestado servicios por veinte (20) años o más, continuos o discontinuos, en cualquier tiempo, de conformidad con el Decreto 807 de 1994. Con todo, la empresa reconocerá la pensión plena a quienes habiendo prestado servicios por más de veinte (20) años, reúnan setenta (70) puntos en un sistema en el cual cada año de servicio a Ecopetrol S.A. equivale a un (1) punto y cada año de edad equivale a otro punto. Esta pensión de jubilación se reconocerá a solicitud del trabajador o por decisión de la Empresa.

[...]

Parágrafo 3. Además de la pensión a que el trabajador tenga derecho, de acuerdo con las leyes del trabajo y con lo dispuesto en la norma anterior, la Empresa aumentará el monto de esta pensión en un dos punto cinco por ciento (2.5%) por cada año que el trabajador haya servido a la Empresa por encima de los veinte (20) años que le dan derecho a la pensión”.

La norma convencional en cita consagra dos componentes, el primero de ellos remite a las disposiciones legales en materia pensional, mientras que el segundo refiere a un incremento porcentual por cada año laborado adicional al tiempo mínimo exigido.

Ahora corresponde a la Sala analizar si el a quo erró al considerar que los incrementos adicionales contenidos en el citado artículo 109 convencional perdieron vigencia el 31 de julio de 2010 por virtud del Acto Legislativo 01 de 2005. En punto a este tema, se pronunció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL3198-2022, en la que, al analizar un caso de contornos fácticos similares al aquí estudiado, concluyó:

“Ahora bien, acorde con los supuestos fácticos antes mencionados, el actor logró la pensión de jubilación extralegal Plan 70 antes del 31 de julio de 2010, por lo que los incrementos adicionales contenidos en la norma convencional fuente de su prestación, se tratan, a no dudarlo, de un derecho adquirido por el trabajador y que, por lo tanto, se debe respetar en los términos del inciso cuarto del artículo 1° del A. L. 01 de 2005.

En efecto, como no había discusión acerca de que la pensión sería el 75 % del salario y que el monto de esa prestación se incrementada en un 2.5 % adicional por cada año subsiguiente a los primeros 20 de servicio, resultaba lógico y razonable entender que tales incrementos conforman un todo y que por lo mismo son parte intrínseca del derecho pensional, no susceptible de ser fraccionado.

Y es que, contrario a lo expuesto por el colegiado, la situación pensional del demandante no se hallaba en curso, sino que era un auténtico derecho adquirido, al punto que así lo reconoció la convocada al otorgarle la prestación extralegal con el plan 70, contenida en la referida cláusula ante el cumplimiento de todos los requisitos, en esa medida su aplicación, en manera alguna, podía restringirse a la fecha antes referida, como equivocadamente lo hizo la demandada, desconociendo el derecho adquirido que tenía el demandante.”

En esta perspectiva, y acudiendo a la literalidad del parágrafo transitorio 3 del Acto Legislativo 01 de 2005², no cabe duda que las que perderán vigor el 31 de julio de 2010 serán las “reglas de carácter pensional que rigen a la vigencia de este acto legislativo”, pero, como es obvio concluir, no los derechos que se hubieren causado antes de esa fecha, al amparo de esas reglas pensionales; como es el caso de la prestación jubilatoria del actor, la cual se constituye en un verdadero derecho adquirido, que se causó antes del 31 de julio de 2010 al haber satisfecho la totalidad de los requisitos estatuidos en el Convención Colectiva de Trabajo, es decir, que efectivamente ingresó a su patrimonio con anterioridad a esa data. Lo que impone el incremento de los puntos porcentuales por los 9 años laborados adicionales a los primeros 20, que equivalen a 22,5%.

Pese a lo anterior, no se pasa inadvertido que, al momento de reconocerse la prestación económica a Casas Vanegas, Ecopetrol reconoció el incremento del 2,5%, únicamente por tres años subsiguientes a los 20 de servicios, tal y como lo resaltó el apoderado de la demandada, quedando pendiente por reconocer y ordenar pagar, el 15% adicional. En conclusión, la cuantía inicial de la mesada pensional reconocida al actor para el año 2017, tanto para mesadas ordinarias como para la adicional de diciembre, asciende a \$10.167.066, que se obtiene al

² **Parágrafo transitorio 3.** Las reglas de carácter pensional que rigen a la fecha de vigencia de este Acto Legislativo contenidas en pactos, convenciones colectivas de trabajo, laudos o acuerdos válidamente celebrados, se mantendrán por el término inicialmente estipulado. En los pactos, convenciones o laudos que se suscriban entre la vigencia de este Acto Legislativo y el 31 de julio de 2010, no podrán estipularse condiciones pensionales más favorables que las que se encuentren actualmente vigentes. En todo caso perderán vigencia el 31 de julio de 2010.

sumar el promedio del salario devengado por el trabajador durante el último año de servicios, con la tasa de reemplazo del 75% (\$8.299.646) y \$1.867.420, por los años posteriores a los 20 de servicio (9 años).

CUANTIFICACIÓN DEL RETROACTIVO

Una vez efectuadas las operaciones aritméticas correspondientes, encuentra la Sala que el retroactivo adeudado sobre diferencias pensionales causadas desde el 1 de abril de 2017 hasta el 31 de marzo de 2023, asciende a la suma de \$107.471.005,00, como a continuación se detalla:

Certificado de ganancias	\$ 132,796,329.00
promedio último años	\$ 11,066,194.00
75% del promedio	\$ 8,299,646.00
2.5% después de 20 años 22.5%(9 años)	\$ 1,867,420.00
Valor de la pensión definitiva a 2017	\$ 10,167,066.00

Diferencia pensional desde 01/04/2017 al 31/03/2023							
Desde	Hasta	Incremento	Valor Mesada Reliquidada	Valor de la mesada pagada	Diferencia pensional	No. Pagos	Retroactivo
01/04/2017	31/12/2017		\$ 10,167,066.00	\$ 8,922,119.00	\$ 1,244,947.00	10	\$ 12,449,470.00
14/06/2018	31/12/2018	4.09%	\$ 10,582,899.00	\$ 9,287,034.00	\$ 1,295,865.00	13	\$ 16,846,245.00
01/01/2019	31/12/2019	3.18%	\$ 10,919,435.00	\$ 9,582,362.00	\$ 1,337,073.00	13	\$ 17,381,949.00
01/01/2020	31/12/2020	3.80%	\$ 11,334,374.00	\$ 9,946,492.00	\$ 1,387,882.00	13	\$ 18,042,466.00
01/01/2021	31/12/2021	1.61%	\$ 11,516,857.00	\$ 10,106,631.00	\$ 1,410,226.00	13	\$ 18,332,938.00
01/01/2022	31/12/2022	5.62%	\$ 12,164,104.00	\$ 10,674,624.00	\$ 1,489,480.00	13	\$ 19,363,240.00
01/01/2023	31/03/2023	13.12%	\$ 13,760,034.00	\$ 12,075,135.00	\$ 1,684,899.00	3	\$ 5,054,697.00
Valor del retroactivo de la diferencia pensional desde 01/04/2017 al 31/03/2023							\$ 107,471,005.00

El retroactivo pensional aquí obtenido deberá pagarse debidamente indexado, a fin de contrarrestar la pérdida de poder adquisitivo de la moneda; siendo del caso precisar que no se configuran los presupuestos establecidos en el artículo 8° de la Ley 10 de 1972 para acceder a la sanción allí establecida, dada la naturaleza jurídica de la entidad accionada.

CONDENA EN COSTAS

Finalmente, no es viable revocar la condena en costas impuesta a Ecopetrol SA, puesto que a lo largo del proceso esta demandada ha presentado oposición a las pretensiones de la demanda, siendo ésta la carga económica que dentro de un proceso debe afrontar la parte que obtuvo una decisión desfavorable y comprende además de las expensas erogadas por la otra parte, las agencias en derecho, cuya condena tiene por finalidad la de resarcir a la parte vencedora, los gastos en que incurrió en defensa de sus intereses.

Así, pues, el artículo 365 del CGP, que regula la materia señala:

“(…)

1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a la que se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, súplica, queja, anulación o revisión que haya propuesto. (…)”.

Bajo tales presupuestos, al haber prosperado las pretensiones de la demanda, es viable que la demandada Ecopetrol asuma el pago de las costas procesales, por tanto, se mantendrá la condena de la primera instancia en este sentido. No obstante, como el resultado del recurso fue parcialmente favorable, en esta instancia no se le impondrán costas.

En virtud de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., Sala Segunda de Decisión de la Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E

Primero.- *Modificar el ordinal primero de la parte resolutive de la sentencia apelada, en el sentido que la cuantía de la mesada inicial reconocida a Héctor Javier Casas Vanegas a partir del 1° de abril de 2017, tanto la ordinaria como la adicional de diciembre, asciende a \$10.167.066; cuyo retroactivo causado a 31 de marzo de 2023 equivale a \$107.471.005,00, el cual deberá pagarse debidamente indexado.*

Segundo.- *Confirmar en lo demás la sentencia apelada.*

Tercero.- *Sin costas en esta instancia.*

Notifíquese, cúmplase y remítase el expediente al juzgado de origen, una vez ejecutoriada la sentencia.

~~MILLER ESQUIVEL GAPPAN~~
Magistrado


MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA


LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE
Salvo voto parcial

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

Magistrado Sustanciador: MILLER ESQUIVEL GAITÁN

AUDIENCIA PÚBLICA DE TRÁMITE Y JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO
LABORAL DE EFRAÍN MANCERA ROMERO CONTRA PRABYC INGENIEROS SAS

En Bogotá, D.C., a los veintiocho (28) días de abril de dos mil veintitrés (2023), siendo las tres de la tarde (3:00 p.m.), día y hora señalados por auto anterior para llevar a cabo la presente en el juicio referenciado, el Magistrado Sustanciador la declara abierta en asocio de los demás magistrados que integran la Sala Tercera de Decisión.

Acto seguido, se procede a dictar la siguiente,

S E N T E N C I A

Conoce el Tribunal del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 5 de abril de 2022, por el Juzgado Once Laboral del Circuito de esta ciudad dentro del proceso de la referencia.

A N T E C E D E N T E S

DEMANDA

Efraín Mancera Romero, actuando por intermedio de apoderado judicial, demandó a Prabyc Ingenieros SAS., con el fin de que, se declare la existencia de una única relación laboral regida por un contrato a término indefinido. Como pretensión subsidiaria, solicita se declare, que la existencia del contrato es a

término fijo superior a un año. Por otro lado, reclama se declare la estabilidad laboral reforzada de pre pensionado al momento de ser desvinculado y, consecuencia, se declare la ilegalidad del despido y se ordene el reconocimiento y pago de salarios y prestaciones sociales causados desde la fecha de su desvinculación hasta cuando se verifique su re vinculación; se ordene el pago de la indemnización por despido sin justa causa, se indexen los valores dejados de percibir y se condene al pago de costas y agencias en derecho, así como a los derechos que se puedan acreditar conforme a las facultades ultra y extra petita.

Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados en el archivo 2 del expediente digital, en los que en síntesis se indicó; que fue vinculado por la demandada mediante contrato de trabajo a término indefinido, desde el 1° de julio de 2003 hasta el 21 de enero de 2020; que, la convocada efectuó cotizaciones al sistema de seguridad social entre el 1 de julio de 2003 hasta el 21 de enero de 2020; que el 1° de marzo de 2016 su contrato de trabajo fue modificado, desmejorando sus condiciones laborales; que, el nuevo cargo, fue el de oficios varios, mediante contrato de obra o labor; que se cambió la naturaleza del contrato pero no se varió el salario; que, durante su vinculación laboral, desempeñó sus funciones en los diferentes proyectos que la empresa dirigía y, por tanto, su labor no era temporal; que, el 21 de enero de 2020, se dio por terminado su contrato de trabajo, sin tener en cuenta la calidad de pre pensionado, al contar con 1211 semanas cotizadas al 21 de enero de 2020; que el empleador le expidió una certificación laboral del período comprendido entre el 1° de marzo de 2016 y el 21 de enero de 2020.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES

Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, Prabyc Ingenieros SAS. dio contestación en forma legal y oportuna, oponiéndose a las pretensiones formuladas (archivo 008 del expediente digital); en cuanto a los hechos manifestó que no son ciertos o no le constan. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe, la genérica o innominada y prescripción.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa probatoria conforme lo solicitado por las partes y decretado por el juez de conocimiento, éste puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo (archivo 14 del expediente digital) en la que absolvió a Prabyc Ingenieros SAS de todas las pretensiones formuladas en su contra; declaró probadas las excepciones de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido propuestas por la demandada, condenó en costas al demandante.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del a quo, la parte actora interpone recurso de apelación argumentando para tal efecto, que se debe aplicar el principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, tal y como se había sentado en sentencia C023 de 1994 y la recomendación 198 de la OIT; que tampoco se hizo un estudio respecto al cambio, modificación y desmejora que tuvo el demandante en la empresa; que no se encuentra acreditada la interrupción de los contratos de obra o labor sucesivos, con el fin de evitar la mala fe; que, se disfrazaron los contratos suscritos entre las partes; que, se encuentra acreditada la continuidad en el desarrollo comercial de la empresa, conforme al certificado de existencia y representación legal de la demandada; que, el actor gozaba de estabilidad laboral reforzada dada su edad.

CONSIDERACIONES

De conformidad con lo expuesto en el artículo 66 A del CPT y SS, procede la sala a analizar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, atendiendo las razones expuestas en la sustentación.

En ese orden de ideas, el problema jurídico que debe resolver la Sala, consiste en primer lugar, en verificar, si en efecto, la contratación real entre las partes fue un único contrato a término indefinido en los extremos alegados por el demandante, o si lo que existió fueron varios contratos por obra o labor contratada, debidamente terminados y liquidados como lo adujo el empleador y lo aceptó el juzgador de primera instancia; y segundo, si a la terminación del vínculo laboral, el demandante era beneficiario de la estabilidad laboral reforzada por fuero de prepensionado.

DE LOS CONTRATOS DE OBRA

El artículo 45 del Código Sustantivo del Trabajo señala que, “El contrato de trabajo puede celebrarse por tiempo determinado, por el tiempo que dure la realización de una obra o labor determinada, por tiempo indefinido o para ejecutar un trabajo ocasional, accidental o transitorio.” Sobre la naturaleza de este contrato, la jurisprudencia laboral ha señalado que debe atender a un criterio objetivo, esto es, que corresponda realmente a una obra y no quede supeditado a la voluntad del empleador, o atado a una condición incierta de difícil realización o a diversos avatares, que impiden establecer, en realidad cuál es la labor desarrollada, su desarrollo y terminación, con el fin de no desnaturalizar su objeto y vulnerar derechos del trabajador.

Precisamente, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha señalado que, “(...) desde luego, que la obra o labor contratada debe ser un aspecto claro, bien delimitado e identificado en el convenio, o que incontestablemente se desprenda de «la naturaleza de la labor contratada», pues de lo contrario el vínculo se entenderá comprendido en la modalidad residual a término indefinido. En otras palabras, ante la ausencia de claridad frente a la obra o labor contratada, el contrato laboral se entiende suscrito a tiempo indeterminado” (CSJ SL2600-2018).

Así mismo, si bien es cierto, las partes pueden valerse de diversa modalidad contractual, por ejemplo, el contrato por obra o labor contratada, todo ello bajo el principio de libertad, también es cierto que esa autonomía dada a los sujetos contractuales tiene un límite, tal como lo explicó la Corte en sentencia CSJ SL1052-2022, así:

En efecto, de acuerdo con el artículo 45 del Código Sustantivo del Trabajo las partes están habilitadas para suscribir un contrato de trabajo por «el tiempo que dure la realización de una obra o labor determinada». De ahí que su duración queda sujeta a la consecución de un resultado determinado, «impidiéndose de esa manera perpetuarse en el tiempo, caso en el cual sería de carácter indefinido» (CSJ SL2176-2017); sin embargo, en ningún caso, el término de este tipo de acuerdos puede depender llanamente de la voluntad o capricho del empleador, sino que deberá tenerse en cuenta la esencia misma del servicio prestado, porque de lo contrario, su finalización se tornaría sin justa causa.

Precisamente, esta Corporación en la sentencia CSJ SL, 6 mar. 2013, rad. 39050, reiterada en la CSJ SL3282-2019, resaltó lo siguiente:

Ha de tomarse en cuenta, como de antaño lo ha sostenido esta Corporación, que la duración de estos contratos no depende de la voluntad o el capricho del empleador, sino que corresponde a la esencia misma del servicio prestado, habida cuenta que razonablemente la duración de una obra o labor especial depende de su naturaleza. Por ello cuando se echa mano de esta clase de contrato la ley entiende que el convenio va a durar tanto tiempo cuanto se requiera para dar fin

a las labores determinadas.

Lo anterior, constituye un claro límite a la libertad contractual de las partes, pues si bien estas gozan de la suficiente autonomía y libertad para acordar las condiciones y demás obligaciones que caracterizarán el contrato de trabajo, también existen límites porque los acuerdos no pueden desconocer derechos mínimos e irrenunciables de los trabajadores, pues de hacerlo, serían ineficaces conforme lo previsto en el artículo 43 del Código Sustantivo del Trabajo.

En ese contexto, la consecuencia de la previsión que otorgó libre discrecionalidad al empleador para dar por terminado el contrato de trabajo por la duración de una obra o labor determinada cuando esta no esté justificada, no puede ser otra que la del despido sin justa causa, pues en este tipo de contratos en comento su vigencia no puede depender del mero «capricho» del empleador, porque ello constituye una grave transgresión a los derechos laborales del trabajador.

Finalmente, debe tenerse en cuenta, que no todo tipo de labor u oficio puede desarrollarse mediante el contrato de obra o labor contratada, o, en otras palabras, valerse de esta modalidad contractual que requiere de precisión o delimitación en el objeto a desarrollar, al punto que, en la práctica se utiliza para labores especializadas o que requieren de una consecución compleja y precisa, para aplicarlo indiscriminadamente a todo tipo de labores con el único propósito de contrarrestar la configuración de un único vínculo laboral y desconocer la causación de las acreencias laborales propias de un contrato a término indefinido, eliminando los derechos que surgen de la acumulación de antigüedad del trabajador.

Es así, como al aterrizar al caudal probatorio recaudado, encontramos lo siguiente;

- *Contrato de trabajo por duración de obra o labor, con fecha de iniciación de labores 18 de marzo de 2005, para desempeñar **el cargo de vigilante** en la obra, Gerona del Tintal (folio 40 archivo 8).*
- *Contrato de trabajo por duración de obra o labor, con fecha de iniciación de labores 2 de junio de 2010, para desempeñar **el cargo de vigilante** de obra, hasta un 20% de la realización de las obras preliminares del proyecto World Business Center.*
- *Contrato de trabajo por duración de obra o labor, con fecha de iniciación de labores 1° de marzo de 2016, para desempeñar **el cargo de oficios varios**, hasta un 10% de la cimentación y otrosí suscritos respecto al contrato de trabajo suscrito el 1 de marzo de 2016, de la siguiente manera;*

- a. Otrosí suscrito en agosto de 2017, para que el demandante se desempeñe en la obra “hasta el 30% de la Estructura del Proyecto La Quinta”, manteniéndose el restante clausulado intacto (folio 28 archivo 3).
- b. En marzo de 2019, se modificó la duración y el cargo que desempeñaría el demandante, pasando a ostentar **el cargo de oficios varios** en el proyecto CC Plaza de las Américas, a partir del 22 de marzo de 2019 y mientras dure la obra “Hasta el 100% de la Cimentación Etapa 2 edificio 3a del Proyecto CC PLAZA DE LAS AMÉRICAS” (folio 27 archivo 3).
- c. El 1° de mayo de 2019, las partes mantienen **el cargo de oficios varios**, a partir de la enunciada fecha, pero esta vez para prestar su fuerza laboral en la obra “Hasta el 90% de Estructura del Proyecto UNIDAD QUIRÚRGICA DEL CHICO” (folio 26 del archivo 8).
- d. Otrosí del 1 de agosto de 2019, en el que, se asignó al actor al proyecto “ASAFI”, pero “Hasta el 60% de las Post-Ventas del proyecto ASAFI” (folio 25 archivo 3).
- e. En el Otrosí del 22 de agosto de 2019, en el que se asignó al trabajador al proyecto “GERONA DEL CIPRES OBRA”, fijándose en este documento la duración de la obra “Hasta el 90% de Acabados de la Torre 4” (folio 24 del archivo 3).

De igual forma, se allegó certificación emitida por la Directora de Obra de Gerona del Cipres, en el que, informó “En la ciudad de Bogotá, a los 21 días del mes de Enero de 2020, GLADYS SHIRLEY ORTIZ PULIDO en su condición de Directora de Obra, deja constancia que a la fecha el proyecto GERONA DEL CIPRES, ya cumplió el 90% de ACABADADOS DE LA TORRE 4”.

Por otro lado, fueron allegadas certificaciones de servicios prestados emitido por Prabyc a favor de su trabajador, en las que indican que, “El Señor EFRAIN MANCERA ROMERO, identificado con Cédula de Ciudadanía No. 19.379.448 de Bogotá, trabajo en nuestra Compañía en el período comprendido entre el 18 de Marzo de 2005 y el 16 de Abril de 2009, desempeñándose como Vigilante en varios de nuestros proyectos vinculado bajo contrato a duración de obra” (folio 14 del archivo 3). Igualmente, certificación de tiempo laborado por Mancera Romero en el cargo de oficios varios desde el 2 de junio de 2010 al 29 de febrero de 2016 y del 1° de marzo de 2016 al 21 de enero de 2020 (folios 15 y 16 archivo 3).

Así mismo, el demandante allegó reporte de semanas cotizadas emitido por Colpensiones, en el que, se refleja que estuvo cotizando como trabajador de la empresa Prabyc entre el 1 de julio de 2003 y el 30 de septiembre de 2004, luego, entre abril de 2005 y el 30 de abril de 2009; sin embargo, entre octubre de 2004 y febrero de 2005 y, posteriormente, de abril de 2009 a febrero de 2010, realizó cotizaciones teniendo como empleadores a la Unión Temporal Praby y a Constructora Gerona, empresas ajenas al presente trámite, retomando sus cotizaciones con la convocada a partir de junio de 2010 y hasta enero de 2020, fecha del finiquito contractual.

Al absolver interrogatorio de parte, el actor indicó que ingresó a trabajar con un contrato de obra o labor a Prabyc Ingenieros SAS y que prestó sus servicios como vigilante y después en el cargo de oficios varios, bajo la modalidad de contratos de obra o labor. En cuanto a la terminación del contrato de trabajo, se verifica que, en la misiva de fecha 21 de enero de 2020, la Directora Nacional de Talento Humano, informó al demandante “Por medio de la presente le informamos que se ha dado cumplimiento al plazo de duración de labor acordada en su contrato de trabajo. Le solicitamos pasar por la autorización de exámenes médicos de retiro en el área de Recursos Humanos la cual tiene vigencia de 5 días hábiles” (folio 17 archivo 3).

A su turno, la representante legal de Prabyc Ingenieros SAS, informó que el demandante había prestado sus servicios en el cargo de vigilante y otro, el de oficios varios, y que existe en la empresa un Departamento de Talento Humano, encargado de hacer las cotizaciones y análisis de las historias de los ttrabajadores .

Con base en dicha reseña, para la Sala, no cabe duda que los contratos fueron suscritos entre las partes en forma voluntaria, exteriorizando de esta manera su consentimiento, frente a la información que allí se registró; sin embargo, se tiene que la labor desplegada por el trabajador, primero como vigilante y luego en el cargo de oficios varios, fue siempre la misma, en los sitios u obras, a los cuales era enviado por su empleador; por otro lado, la labor fue desarrollada entre junio de 2010 y enero de 2020, es decir, por un espacio superior a nueve (9) años, tiempo en el que, se hicieron dos contratos de trabajo y se suscribieron otrosí para prestar el mismo servicio a favor de la convocada, se reitera, en diferentes sitios, pero, sin que se logre acreditar que, estas obras, fueron contratadas,

desarrolladas y ejecutadas por Prabyc Ingenieros, ni mucho menos, que se hubiesen cumplido los lineamientos establecidos en los documentos suscritos entre las partes.

Es así, como de la prueba recaudada y de acuerdo a lo preceptuado en el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo, se encuentra que, a pesar de haberse suscrito tres diferentes contratos de obra o labor entre las partes, el primero, para que el demandante se desempeñara como vigilante y, posteriormente, como trabajador de oficios varios, lo cierto es que, la fuerza laboral y el servicio prestado fue el mismo, y no se acreditó por parte de Prabyc, que en efecto, el objeto contractual se hubiere desarrollado de acuerdo a lo establecido en los contratos de obra.

Así, teniendo en cuenta la modalidad de contratación del demandante (contrato por duración de la obra o labor), encuentra la Sala que, en el presente caso, estamos en presencia de un contrato desnaturalizado, pues no es posible, que se haya utilizado esa figura contractual para desempeñar los cargos de vigilante y luego, de oficios varios, labores que no tienen como fin consustancial la realización, como tal, de una obra, sino complementar labores naturales y propias de cualquier actividad, y peor, supeditar el cargo a los porcentajes de obra de diversas construcciones, tratando de disimular la claridad y concreción que se exige de ese tipo de contrato, que, como quedó reseñado, en el fondo, el empleador fue el mismo, hubo continuidad de la labor, se acumuló un buen número de años ejerciendo la actividad, con el agravante de que, según el reporte de historia laboral emitido por Colpensiones, el empleador cotizó en forma continua y constante, y solo con una interrupción del servicio entre abril de 2009 y junio de 2010, con otro empleador, pero, de resto, con la demandada, es decir, propio de un contrato de trabajo a término indefinido, en lugar de los contrato por obra, que no se compadecen con el criterio jurisprudencia expuesto.

Ahora bien, no se pasa inadvertido que, se alega la existencia de un solo contrato de trabajo, sin embargo, de las pruebas recaudadas en el plenario, se puede constatar que, la demandada emitió sendas certificaciones, en las que señalaba el tiempo de servicio prestado por el demandante y que las mismas resultan coincidentes con el reporte de historia laboral emitido por Colpensiones, en el que, se verifica una interrupción del servicio entre abril de 2009 y junio de 2010, se procederá a declarar la existencia de dos contratos a término indefinido, el

primero de ellos, entre el 18 de marzo de 2004 y el 16 de abril de 2009 y el segundo entre el 2 de junio de 2010 y el 21 de enero de 2020 (sentencia SL2600-2018 y SL 2905-2020).

ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA

Aunque no es del todo claro, el recurso de alzada, en este punto, se entiende que la parte actora, centra su inconformidad en la estabilidad que se debe reconocer, teniendo en cuenta la edad, ostentada por el trabajador a la fecha de su desvinculación.

En tal sentido, deberá indicarse que, la Corte Constitucional, en abundante jurisprudencia ha establecido la estabilidad laboral reforzada para quienes se encuentran a portas de adquirir el status de pensionado indicando que es la garantía que tiene todo trabajador de permanecer en el empleo y obtener los correspondientes beneficios salariales y prestacionales, incluso contra la voluntad del empleador, si no existe una causa relevante que justifique el despido, por lo que el derecho a la estabilidad de los prepensionados no es de orden legal si no de contenido constitucional, tal y como quedó expuesto en la sentencia T - 638 de 2016.

De la misma manera la alta corporación ha sostenido que no basta la mera calidad de prepensionados, para proteger a las personas que se encuentran en esa situación, ya que se requiere que además se ponga en riesgo sus derechos fundamentales, como el mínimo vital dada la edad en que se encuentra quien es retirado del mercado laboral, por las dificultades en que queda para obtener su sustento y el de su familia, es decir, en los eventos en los de retiro de personas a quienes les faltare 3 años o menos para adquirir el status de pensionados, indistintamente del régimen pensional al que se encuentren afiliados, tal y como quedó establecido en las sentencias T - 537 de 2016 y SU - 003 de 2018.

En este orden, las personas próximas a pensionarse fueron concebidas como un grupo poblacional puesto en estado de debilidad o sujeto a vulneración que debía ser protegido especialmente, equiparándolo en tal sentido con las madres y padres cabeza de familia y los discapacitados. Los tres conjuntos de personas protegidas fueron identificados por el legislador como las personas más afectadas con decisiones de terminación de las relaciones laborales y en tal sentido se les uniformó

como personas sujetas a protección a través de acciones afirmativas cuyo sustento emana del artículo 13 de la Constitución.

Así lo ha sostenido la H. Corte Constitucional, en tanto los tres grupos de población revisten condiciones uniformes, como quiera que son los sujetos considerados por el legislador como merecedores de una especial protección.

*“Para analizar si tal trato diferencial constituye una vulneración se debe establecer, primero, si los sujetos entre los cuales se presenta el trato diferencial están bajo iguales supuestos que impliquen un trato igual. La Sala observa que si bien materialmente se trata de sujetos con características diversas -en virtud de que una madre cabeza de familia no tiene las mismas calidades que un discapacitado o un sujeto próximo a pensionarse- jurídico-constitucionalmente están en igual posición, a saber, son **sujetos con especial protección constitucional** en virtud de su estado de debilidad manifiesta (art. 13 constitucional).*

En efecto, según el artículo 43 constitucional, “el Estado apoyará de manera especial a la mujer cabeza de familia”; el artículo 47 de la Constitución señala que “el Estado adelantará una política de previsión, rehabilitación e integración social para los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a quienes se prestará la atención especializada que requieran”; esta disposición se ve complementada con el artículo 68 constitucional que fija que “la erradicación del analfabetismo y la educación de personas con limitaciones físicas o mentales, (...) son obligaciones especiales del Estado”; por su parte, la Corte Constitucional ha señalado que el legislador, en caso de tránsito legislativo, debe velar por la protección de los sujetos próximos a pensionarse. En efecto, esta Corporación, mediante Sentencia C-789/02, Magistrado Ponente Rodrigo Escobar Gil, precisó que aunque la protección a los derechos adquiridos tiene rango constitucional, y no así la de las meras expectativas, el legislador no puede ser ajeno a las esperanzas de quienes están próximos a adquirir una pensión, razón por la cual los cambios que se presenten deben respetar los principios de razonabilidad y proporcionalidad, puesto que se trata de expectativas legítimas. En fallo reciente, Sentencia C-754/04, Magistrado Ponente Álvaro

Tafur Galvis, se reiteró el criterio de necesidad de cambios razonables y proporcionales en los regímenes de pensiones, establecido en la Sentencia C-789/02, con lo cual se protegió de manera especial a los sujetos próximos a pensionarse.” Corte Constitucional, sentencia C 991 de 2004, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

Sobre el particular, se tiene que, Efraín Mancera Romero, allegó reporte de semanas cotizadas al Régimen de Prima Media, administrado por Colpensiones, en el que, acredita haber cotizado 1.211 semanas al 31 de enero de 2020, y contar con 60 años, al fenecimiento del vínculo laboral, de lo que era sabedora la empresa, según el interrogatorio de parte de la demandada, luego entonces, al demandante, le falta por cotizar un total de 89 semanas, para alcanzar esas mínimas requeridas o lo que es lo mismo, 1 año, 8 meses y 23 días, siendo claro, que era beneficio del status de pre pensionado, máxime, que para la fecha de emisión de la presente sentencia, cuenta con 63 años, al ser su natalicio el 18 de octubre de 1959, contrario a lo sostenido en la contestación de la demanda.

Es así como salta palmario, que aún a pesar de haberse terminado el contrato de trabajo a término indefinido, la obra en la cual laboraba el accionante, en el cargo de oficios varios, proyecto “GERONA DEL CIPRES OBRA”, no había finalizado por lo que pudo mantenerlo en el mismo cargo u otro similar, en las instalaciones de esta, con el fin, de que, el trabajador cumpliera el tiempo que le hacía falta para el reconocimiento pensional, luego entonces, la decisión, en el presente evento, no puede ser otra, que el reintegro de Efraín Mancera Romero, al cargo de oficios varios o a un cargo de igual o superior jerarquía en las instalaciones de la convocada a juicio, con el respectivo pago de salarios, prestaciones sociales, aportes al sistema de seguridad social causados desde el 22 de enero de 2020 y hasta cuando se haga efectiva la reinstalación, con el salario mínimo legal vigente para cada anualidad (T-002-2022).

Adicionalmente, se ordenará a Prabyc Ingenieros S.A.S. que, mantenga en el cargo a Efraín Mancera Romero, hasta que Colpensiones, lo incluya en nómina de pensionados.

Colorario de lo anterior se revocará la sentencia recurrida, en este punto.

En virtud de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., Sala Segunda de Decisión de la Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E

Primero. – Revocar la sentencia apelada, que absolvió a Prabyc Ingenieros S.A.S., de las pretensiones incoadas por Efraín Mancera Romero, para en su lugar, declarar que entre las partes existieron dos contratos de trabajo a término indefinido, siendo el primero de ellos, entre el 18 de marzo de 2004 y el 16 de abril de 2009 y el segundo del 2° de junio de 2010 al 21 de enero de 2020.

Segundo.- Declarar que la terminación del contrato de trabajo fue ineficaz, por vulnerar el principio de estabilidad laboral reforzada por fuero de prepensionado.

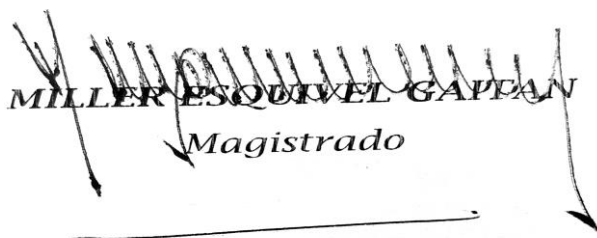
Tercero. Ordenar el reintegro del demandante, en el cargo de oficios varios o uno de igual o superior jerarquía en las instalaciones de la empresa demandada,

con el respectivo pago de salarios, prestaciones sociales, aportes al sistema de seguridad social causados desde el 22 de enero de 2020 y hasta cuando se haga efectiva la reinstalación, con el salario mínimo legal mensual vigente para cada anualidad.

Cuarto. - Ordenar a Prabyc Ingenieros SAS, que mantenga en el cargo de oficios varios o uno de igual categoría hasta que Colpensiones, lo incluya en nómina de pensionados.

Quinto. Costas de las instancias a cargo de la parte demandada. Inclúyase en la liquidación respectiva la suma de \$1.000.000,00 por concepto de agencias en derecho de esta instancia.

Notifíquese, cúmplase y remítase el expediente al juzgado de origen, una vez ejecutoriada la sentencia.


MILLER ESQUIVEL GAPPAN
Magistrado


MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA


Salvo voto
LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

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

Magistrado Sustanciador: MILLER ESQUIVEL GAITÁN

AUDIENCIA PÚBLICA DE TRÁMITE Y JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO
LABORAL DE ORLANDO ESCOBAR FORERO CONTRA COTRANSCOPETROL

En Bogotá, D.C., a los veintiocho (28) días de abril de dos mil veintitrés (2023), siendo las tres de la tarde (3:00 p.m.), día y hora señalados por auto anterior para llevar a cabo la presente en el juicio referenciado, el Magistrado Sustanciador la declara abierta en asocio de los demás magistrados que integran la Sala Segunda de Decisión.

Acto seguido, se procede a dictar la siguiente

S E N T E N C I A

Conoce el Tribunal en el grado jurisdiccional de consulta en favor del demandante contra la sentencia proferida el 23 de agosto de 2022, por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de esta ciudad dentro del proceso de la referencia.

A N T E C E D E N T E S

DEMANDA

Orlando Escobar Forero, actuando por intermedio de apoderado judicial, demandó a Cotranscopetrol, para que se declare la existencia de un contrato laboral a término indefinido vigente, entre el 20 de junio de 2011 y el 27 de diciembre de 2014, en consecuencia, se condene a la demandada a pagarle las sumas faltantes correspondientes a prestaciones sociales, aportes a seguridad social en pensión y salud, conforme al salario real; la indemnización contemplada en el artículo 65

del CST y cualquier condena derivada de las facultades extra y ultra petita, más las costas del proceso.

Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados en el archivo 001 del expediente digital, en los que en síntesis se indicó que: ingresó a laborar en la sociedad Cotranscopetrol el 20 de junio de 2011, desempeñando el cargo de conductor de tracto camión; que el salario pactado ascendía a \$3.780.000.00 divididos en \$1.780.000.00 consignados a la cuenta de ahorros Bancolombia No. 24617919121, y \$2.000.000.00 a la tarjeta debito Bancolombia No. 4468460031799235-576, dineros que se pagan de manera habitual como contraprestación del servicio; que presentó carta de renuncia, el 27 de diciembre de 2014; que, posteriormente, la empresa realizó liquidación del contrato, pero con un salario base de \$1.714.148,94; que el 10 de marzo de 2015, la demandada fue citada a conciliación con resultado infructuoso.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES

Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, Cotranscopetrol dio contestación en forma legal y oportuna, oponiéndose a las pretensiones formuladas (archivo 01 del expediente digital). Aceptó los extremos temporales de la relación contractual y el cargo para el que fue contratado el actor, sobre los restantes manifestó que no eran ciertos, y otros, que no le constan. Indicó en su defensa, que al trabajador se le cancelaba el salario básico y aparte se le entregaba una tarjeta prepago-caja menor de Bancolombia, con la única finalidad de que los dineros allí depositados fueran utilizados para los gastos que generara el viaje, de acuerdo con las funciones y actividades adelantadas por el trabajador, por lo tanto, ese dinero no era considerado salario. Propuso la excepción que denominó cobro de lo no debido.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa probatoria conforme lo solicitado por las partes y decretado por la juez de conocimiento, ésta puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo (archivo 16 del expediente digital) en la que declaró probada la excepción de cobro de lo no debido propuesta por la demandada y condenó en costas al actor.

Para el efecto, consideró que el empleador había demostrado que, efectivamente, el rubro alegado por el demandante no podía ser considerado salario, en cuanto no retribuía el servicio, pues fue reconocido para satisfacer los gastos de viaje propios de la operación de la empresa.

ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en la Ley 2213 de 2022, las partes no presentaron alegatos en esta instancia.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala en el grado jurisdiccional de consulta en favor del demandante a efectuar el estudio de la sentencia proferida en primera instancia, conforme a lo establecido en el artículo 69 del CPT y SS.

EXISTENCIA DEL CONTRATO DE TRABAJO

No es objeto de discusión que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido vigente entre el 20 de junio de 2011 y el 27 de diciembre de 2014, en virtud del cual el accionante desempeñó el cargo de conductor de tractocamión; tal como se establece con el contrato de trabajo y sus otrosí modificatorios, los desprendibles de pago de nómina, la carta de terminación, la liquidación final de salarios y prestaciones sociales, la certificación expedida por la demandada el 27 de diciembre de 2014; así como de lo aceptado por la pasiva al dar contestación a la demanda, y por su representante legal al absolver interrogatorio de parte; supuestos fácticos establecidos en primera instancia.

En ese orden de ideas, el problema jurídico a resolver consiste en establecer si el concepto de gastos de viaje reconocidos por el empleador en una “tarjeta prepago”, en efecto deben considerarse salario por retribuir la prestación personal del servicio, lo cual implica la reliquidación de las prestaciones sociales, o, si como lo alegó el empleador y lo aceptó el juzgado, ese rubro tenía como propósito cubrir unas necesidades del servicio y, por ende, no ingresó al patrimonio del trabajador.

SALARIO DEVENGADO

Afirma el actor en la demanda que, en vigencia de la relación laboral, se pactó un salario de \$3.780.000.00, los cuales eran pagados mensualmente en dos cuentas diferentes, así: una en la que se pagaba la suma de \$1.780.000.00 en la cuenta personal del trabajador y la otra por \$2.000.000.00, consignada en una tarjeta debito de Bancolombia de propiedad de la empresa y de este manera se efectuaban los pagos del salario pactado mensualmente.

A fin de resolver el problema jurídico planteado, se recuerda que, el trabajador, inicialmente debe demostrar la regularidad o habitualidad de los pagos, y para evitar las consecuencias legales, el empleador tiene la carga de acreditar que dichos emolumentos no tienen como finalidad directa la de retribuir los servicios del trabajador ni enriquecer su patrimonio, sino que tienen una destinación diferente, como puede ser la de garantizar el cabal cumplimiento de las labores o cubrir determinadas contingencias. Así se dijo, por ejemplo, en sentencia CSJ SL5159-2018:

En estos términos, deberá dilucidarse si el auxilio por pensión voluntaria de \$600.000 y el auxilio por gastos médicos de \$1.090.000 son o no salario. Previo a ello, estima pertinente la Sala esbozar un marco doctrinario que sirva de derrotero para la adecuada solución del conflicto, de la siguiente manera.

3.1. EL CONCEPTO DE SALARIO

El artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo señala que es salario todo lo que recibe el trabajador, en dinero o en especie, como contraprestación directa del servicio. Así, el salario es la ventaja patrimonial que se recibe como contrapartida del trabajo subordinado o, dicho de otro modo, es la prestación básica correlativa al servicio prestado u ofrecido.

En cuanto a su función, el salario, además de ser el valor con el que el empresario retribuye el servicio o la puesta a disposición de la fuerza de trabajo, también cumple una misión socioeconómica al procurar el mantenimiento o subsistencia del trabajador y su familia. Por esto, a nivel constitucional y legal goza de especial protección a través de un articulado que garantiza su movilidad, irrenunciabilidad, inembargabilidad, pago, igualdad salarial, prohibición de cesión, garantía de salario mínimo, descuentos prohibidos, entre otros (arts. 53 CP y 127 y ss. CST).

Adicionalmente, la definición del salario es un asunto sensible para el trabajador, su familia y su futuro de cara a las contingencias a las que está expuesto. A partir de él se determina la base de liquidación de las prestaciones sociales, vacaciones, indemnizaciones, cotizaciones a la seguridad social y parafiscales, así como el valor de los subsidios por incapacidad laboral, indemnizaciones a cargo del sistema de riesgos laborales, pensiones por vejez, invalidez y sobrevivencia. De allí la importancia de que en su fijación se tengan en cuenta los elementos retributivos del trabajo.

3. 2. CRITERIOS PARA DELIMITAR EL SALARIO

Atrás se explicó que es salario toda ventaja patrimonial que recibe el trabajador como consecuencia del servicio prestado u ofrecido. Es decir, todo lo que retribuya su trabajo. Por tanto, no son salario las sumas que entrega el empleador por causa distinta a la puesta a disposición de la capacidad de trabajo. De esta forma, no son tal, (i) las sumas recibidas por el trabajador en dinero o en especie, no para su beneficio personal o enriquecer su patrimonio sino para desempeñar a cabalidad sus funciones, tales como gastos de representación, medios de transporte, elementos de trabajo y otros semejantes; (ii) las prestaciones sociales; (iii) el subsidio familiar, las indemnizaciones, los viáticos accidentales y permanentes, estos últimos en la parte destinada al transporte y representación; (iv) las sumas ocasionales y entregadas por mera liberalidad del empleador que, desde luego, no oculten o disimulen un propósito retributivo del trabajo.

Aunque esta Corporación en algunas oportunidades se ha apoyado en criterios auxiliares tales como la habitualidad del pago (CSJ SL1798-2018) o la proporcionalidad respecto al total de los ingresos (CSJ SL, 27 nov. 2012, rad. 42277), debe entenderse que estas referencias son contingentes y, en últimas, han sido utilizadas para descifrar la naturaleza retributiva de un emolumento. Quiere decir lo anterior, que el criterio conclusivo o de cierre de si un pago es o no salario, consiste en determinar si su entrega tiene como causa el trabajo prestado u ofrecido. De otra forma: si esa ventaja patrimonial se ha recibido como contraprestación o retribución del trabajo.

De acuerdo con lo anterior, podrían existir créditos ocasionales salariales, si, en efecto, retribuyen el servicio; también dineros que en función del total de los ingresos representen un porcentaje minúsculo y, sin embargo, sean salario. Por ello, en esta oportunidad, vale la pena insistir en que el salario se define por su destino: la retribución de la actividad laboral contratada.

3.3. LOS DENOMINADOS PACTOS NO SALARIALES

El artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo otorga la facultad a las partes de acordar que ciertos beneficios o auxilios no posean carácter salarial, «tales como la alimentación, habitación o vestuario, las primas extralegales, de vacaciones, de servicios o de navidad».

La jurisprudencia de esta Corporación ha sostenido, de modo insistente, en que esa posibilidad no es una autorización para que los interlocutores sociales resten incidencia salarial a los pagos retributivos del servicio, en tanto que «la ley no autoriza a las partes para que dispongan que aquello que por esencia es salario, deje de serlo» (CSJ SL, 13 jun. 2012, rad. 39475 y CSJ SL12220-2017).

Si, con arreglo al artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo, es salario «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», sumado a que el derecho del trabajo, es por definición, un universo de realidades (art. 53 CP), no podrían las partes, a través de acuerdo, contrariar la naturaleza de las cosas o disponer que deje de ser salario algo que por esencia lo es. Así, independientemente de la forma, denominación (auxilio, beneficio, ayuda, etc.) o instrumento jurídico que se utilice, si un pago se dirige a retribuir el trabajo prestado, es salario.

Aunque podría surgir una aparente contradicción entre la facultad de excluir incidencia salarial a unos conceptos y a la vez prohibirlo cuando retribuyan el servicio, para la Corte no existe esa oposición. Lo anterior teniendo en cuenta que la posibilidad que le otorga la ley a las partes no recae sobre los pagos retributivos del servicio o que tengan su causa en el trabajo prestado u ofrecido, sino sobre aquellos emolumentos que pese a no compensar directamente el trabajo, podrían llegar a ser considerados salario.

Tal es el caso de los auxilios extralegales de alimentación, habitación o vestuario, las primas de vacaciones o de navidad. Nótese que estos conceptos no retribuyen

directamente la actividad laboral en tanto que buscan mejorar la calidad de vida del trabajador o cubrir ciertas necesidades; sin embargo, de no mediar un acuerdo de exclusión salarial podrían ser considerados salario o plantearse su discusión. Por lo tanto, no es correcto afirmar que se puede desalarizar o despojar del valor de salario a un pago que tiene esa naturaleza, sino, más bien, anticiparse a precisar que un pago esencialmente no retributivo, en definitiva, no es salario por decisión de las partes.

Además de lo anterior, 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).

3.4. LAS CARGAS PROBATORIAS DE LA EMPRESA

Por último, esta Corte ha insistido en que por regla general los ingresos que reciben los trabajadores son salario, a menos que el empleador demuestre su destinación específica, es decir, que su entrega obedece a una causa distinta a la prestación del servicio. Lo anterior, hace justicia al hecho de que el empresario es el dueño de la información y quien diseña los planes de beneficios, de allí que se encuentre en una mejor posición probatoria para acreditar la destinación específica de los beneficios no salariales, como podría ser cubrir una contingencia, satisfacer una necesidad particular del empleado, facilitar sus funciones o elevar su calidad de vida.

Sobre el particular, en la sentencia CSJ SL12220-2017, la Corte adoctrinó:

[...] no sobra recordar que el binomio salario-prestación personal del servicio es el objeto principal del contrato de trabajo y, por consiguiente, los pagos realizados por el empleador al trabajador por regla general son retributivos, a menos que resulte claro que su entrega obedece a una finalidad distinta. Bajo esta consideración, el empleador es quien tiene la carga de probar que su destinación tiene una causa no remunerativa.

Al respecto, en sentencia CSJ SL8216-2016 la Corte señaló:

Se pactó así, en favor del trabajador el pago de \$362.000 mensuales a título de auxilio y se le restó incidencia salarial. Sin embargo, en dicho documento no se presentó una explicación circunstancial del objetivo de ese pago, ya que no se justificó para qué se entrega, cuál es su finalidad o qué objetivo cumple de cara a las funciones asignadas al trabajador. Es decir, las partes en el referido convenio le niegan incidencia salarial a ese concepto sin más, de lo que habría que concluir que se trata de un pago que tiene como causa inmediata retribuir el servicio subordinado del demandante. (Resaltado propio).

De manera que, se insiste, al trabajador le basta con demostrar que el pago era realizado por su empleador de manera constante y habitual, para que, recaiga en el empleador el deber procesal de acreditar lo contrario. Así mismo, en relación con el carácter remuneratorio de un pago, se ha dicho que este no emana directamente de la ley, sino que, en cada caso, deben analizarse los elementos fácticos en aras de establecer cómo se consagró, y si con él se retribuyen o no

directamente los servicios prestados, ello, comoquiera que “el binomio salario-prestación personal del servicio es el objeto principal del contrato de trabajo y, por consiguiente, los pagos realizados por el empleador al trabajador por regla general son retributivos, a menos que resulte claro que su entrega obedece a una finalidad distinta” (CSJ SL4866-2020 y SL1993-2019).

Enfatizando, igualmente que, si la denominación de un rubro coincide con aquellos que consagra taxativamente el artículo 128 del CST, como pagos no salariales, no implica su exclusión salarial, puesto que, si cumple las condiciones previstas en la ley, aun cuando exista estipulación en contrario, se impone la realidad sobre las formalidades, a más de que la naturaleza salarial proviene de lo dispuesto en el artículo 127 ibídem, y no es dable su desconocimiento por un pacto en sentido contrario (CSJ SL12220-2017).

Con dichos parámetros, debe verificarse entonces, si conforme a la realidad probatoria, el pago cuestionado remuneraba o no el servicio prestado.

Cumple destacar que en el sub judice se encuentra demostrado que al momento de iniciar la vinculación laboral que unió a las partes, se pactó un salario mensual de \$750.000.00 (página 58, archivo 1 del expediente digital). De igual manera, en el párrafo de la cláusula tercera del referido documento se dejó constancia de lo siguiente:

*“Se acuerda entre las partes que los dineros entregados **para gastos de rodamiento, mantenimiento o los requeridos para el funcionamiento de las actividades de transporte no están incluidos dentro del salario**, al igual que todas aquellos emolumentos que legalmente no constituyen salario, por consiguiente se entiende que el EMPLEADOR confía en la buena fe del CONDUCTOR en el sentido del buen manejo de los dineros entregados para este fin” (Resaltado propio).*

También, en la cláusula cuarta del contrato se acordó:

“PAGOS QUE NO CONSTITUYEN SALARIO: Las partes acuerdan que no constituyen salario para efecto de prestaciones sociales o laborales, las sumas que ocasionalmente y por mera liberalidad recibe el trabajador de la empresa, como las primas, bonificaciones y gratificaciones ocasionales; tampoco lo que recibe en dinero o especie, no para su beneficio, ni para subvenir a sus necesidades, ni para enriquecer su patrimonio, sino para desempeñar a cabalidad sus funciones, como los gastos de representación, medios de transporte, el subsidio familiar, ni las vacaciones, ni su compensación en dinero, ni los elementos de trabajo u otras semejantes, ni tampoco las prestaciones sociales de que tratan los títulos VII y IX del C.S.T. que se refieren a los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, auxilio monetario por enfermedad no profesional, lo que recibe la trabajadora por descanso remunerado en la época del parto, el auxilio de Cesantía, la pensión de Jubilación, Invalidez, lo del seguro de vida y prima de servicio. Tampoco constituye salario para efecto de prestaciones sociales o laborales, los beneficios

o auxilios habituales u ocasionales acordados convencionalmente o contractualmente, u otorgados en forma extralegal por la Empresa o que se llegan a otorgar valor de las primas que paga el EMPLEADOR por el seguro de vida”.

Igualmente, para desarrollar las condiciones de pago de ese rubro por concepto de gastos de viaje, las partes celebraron un “otro sí” el 16 de noviembre de 2012 y 12 de marzo de 2014, (páginas 70 a 75 del archivo 01 del expediente digital), en donde acordaron que la empresa le entregaría al trabajador una “tarjeta prepago-caja menor” por cuenta de un convenio con Bancolombia-Visa, entre las condiciones de manejo, se encuentran las siguientes:

(...) “El TRABAJADOR para el manejo de la TPCM se sujetará a las siguientes indicciones:

- 1. La tarjeta TPCM es de propiedad del EMPLEADOR, para su control la tarjeta es identificada con un número impreso sobre el plástico lo cual la convierte en única y será utilizada para efectos de control de parte del empleador.*
- 2. La TPCM es un elemento de trabajo que será manejada de manera personal y exclusiva por parte del TRABAJADOR y no podrá ser transferida.*
- 3. La pérdida o extravío de la TPCM, será responsabilidad exclusiva del TRABAJADOR y su reposición será por cuenta y cargo del mismo.*
- 4. Los recursos económicos de la TPCM deben ser destinados exclusivamente para los gastos que genere el transporte de líquidos y demás productos que la empresa moviliza a sus clientes de acuerdo a las funciones y actividades que adelante el TRABAJADOR en el desarrollo del cabal cumplimiento de las tareas encomendadas.*
- 5. Solo se deben retirar esos recursos económicos en los cajeros electrónicos de la entidad financiera Bancolombia, en consecuencia, cualquier retiro que se realice cajeros electrónicos que no sean de la entidad financiera anotada, el costo financiero que se genere por dicha transacción será a cargo del TRABAJADOR, responsable del manejo de la tarjeta.*
- 6. Por ningún concepto el TRABAJADOR, podrá acumular más de dos viajes sin legalizar, de modo que el incumplimiento genera las sanciones previstas por la Ley y el reglamento interno de trabajo (...). Resaltado propio.*

Así mismo, esta documental plantea la forma de legalizar dichos gastos, así:

- 1. Una vez finalizado el viaje el TRABAJADOR de forma inmediata debe enviar los soportes que corresponden al servicio prestado, en los sitios definidos por el EMPLEADOR para la respectiva recepción.*
- 2. Debe diligenciar la planilla de registro de gasto de viajes (PRGV), la cual debe ser entregada con los soportes correspondientes de acuerdo al numeral anterior. En la planilla se deben señalar todos los gastos generados en el viaje y la deben allegar firmada y con número de identificación.*
- 3. Como respaldo de los gastos se deben anexar documentos que soporten el viaje, junto con el cumplido de guía y se enviarán a la oficina principal del EMPLEADOR.*

(...)

Se tiene igualmente, acorde con los comprobantes de nómina aportados por el empleador (páginas 108 a 161 del archivo 01 del expediente digital), que el

demandante recibió por concepto de salario básico en el 2012, la suma de \$1.555.000; en el 2013, la suma de \$1.620.000, y para el 2014, la cifra de \$1.695.000, que, en ocasiones, por cuenta del trabajo suplementario, ascendía a \$1.780.000. Dicho salario era consignado en la cuenta de ahorros del trabajador, tal como se acredita con la documental aportada por el actor de páginas 13 a 16 del archivo 01 del expediente digital, por lo menos, eso da cuenta los extractos de junio a diciembre de 2014 de la cuenta de ahorros del demandante No. 24617919121, con la descripción de “PAGO DE NOM COTRANSCOPETROL”, que coinciden con los valores de los extractos de nómina aportados por el empleador.

*De otra parte, recibió el testimonio del señor Alfonso Contreras Jaramillo Director Administrativo y Financiero de la demandada, quien manifestó que a los conductores en general se les realizó entrega de una tarjeta prepago de propiedad de la compañía en la que recibirían consignaciones denominadas anticipos, las cuales debían ser utilizadas para los gastos en que incurrieran los trabajadores en el desarrollo de sus labores como **pago de peajes, pago de combustible, pagos eventuales de mantenimiento de los vehículos**, entre otros. Agregó, que los conductores contaban con un salario básico y que se les reconocía una suma fija mensual por concepto de viáticos, los cuales tienen incidencia salarial y se reconocen al momento de liquidar las prestaciones.*

Así mismo, ante el requerimiento del juzgado, aportó la documental relacionada con los trámites de legalización de los gastos de viaje realizados por el trabajador, entre 2013 y 2014, (páginas 225 a 642 del archivo 01 del expediente digital), que dan cuenta de los formatos diligenciados por el demandante junto con las facturas que dan cuenta de diversos pagos, tales como pago de parqueadero, mantenimiento del vehículo, peajes, limpieza, entre otros aspectos relacionados con el viaje.

Finalmente, la parte actora no concurrió a la audiencia de que trata el artículo 80 del CPT y de la SS y con ocasión a ello se tuvo confeso de los hechos contenidos en la contestación demanda: 1, 5, 6.1, 7, 21, 22, 25, 25.1, 27 a 27.13, 30, 31, 33, 33.1.1.1, 34, 35 y 39, referentes a los pagos realizados por el empleador.

Así las cosas, analizado en su conjunto el material probatorio, considera la Sala que, si bien el extremo activo acreditó que el empleador le consignó de manera

regular unos dineros que fueron denominados “tarjeta prepago”, lo cierto es, que el empleador logró demostrar, que esos rubros tenían como finalidad, contribuir en el desempeño o ejercicio de la labor contratada por la empresa, como fue, la de pagar los gastos en que se incurría en el transporte de las mercancías, verbigracia, peajes, mantenimiento de los vehículos y algunos costos propios de la operación, es decir, que no tenían como propósito retribuir la labor de conducción, y como tal, no ingresaba al patrimonio del trabajador.

Es más, se acreditó que existía un control a esos gastos por parte del empleador, dando cumplimiento a lo pactado en las modificaciones al contrato sobre la forma en que se legalizarían esos rubros, lo cual confirma que dichos dineros no estaban al arbitrio del trabajador, descartando que se tratara del salario, en donde, como se sabe, allí no interviene el empleador, pues éste no puede indicarle o sugerirle al dependiente cómo debe hacer uso de esa retribución, precisamente, porque se trata de una esfera propia del trabajador, por haber ingresado a su patrimonio, pero, en este caso, es evidente, que se trata de unos conceptos destinados a la ejecución de la labor, que por su finalidad, el empleador podía ejercer control.

En ese orden, el empleador, ni en vigencia de la relación ni a su terminación estaba obligado a liquidar las prestaciones sociales con la inclusión de dicho concepto, porque, se insiste, no tenía connotación salarial alguna. Como a dicha conclusión llegó la primera instancia, se confirmará la decisión consultada.

No se impondrán costas en el grado jurisdiccional.

En virtud de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., Sala Segunda de Decisión de la Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E

Primero.- Confirmar la sentencia consultada.

Segundo.- Sin costas en esta instancia.

Notifíquese legalmente a las partes y cúmplase.


MILLER ESQUIVEL GAITAN
Magistrado


MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado


LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE
Magistrada

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

Magistrado Sustanciador: MILLER ESQUIVEL GAITÁN

*AUDIENCIA PÚBLICA DE TRÁMITE Y JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO
LABORAL DE MÓNICA ORIETA ARREGOCÉS TORREGROZA CONTRA
ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, COLPENSIONES Y
COLFONDOS SA PENSIONES Y CESANTÍAS*

*En Bogotá, D.C., a los veintiocho (28) días de abril de dos mil veintitrés (2023), siendo
las tres de la tarde (3:00 p.m.), día y hora señalados por auto anterior para llevar
a cabo la presente en el juicio referenciado, el Magistrado Sustanciador la declara
abierta en asocio de los demás magistrados que integran la Sala.*

Acto seguido, se procede a dictar el siguiente,

A U T O

*Reconocer personería al abogado Michael Cortázar Camelo quien se identifica
con C.C. No 1.032.435.292 y la T.P. No. 289.256 del CS de la J, como apoderado
sustituto de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, en los
términos y para los efectos del poder de sustitución conferido.*

Notifíquese.

Acto seguido, se procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

Conoce el Tribunal del recurso de apelación interpuesto por Colpensiones contra la sentencia proferida el 21 de marzo de 2023, por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de esta ciudad dentro del proceso de la referencia, y en consulta contra aquellas condenas no apeladas y que afectan a Colpensiones.

ANTECEDENTES

DEMANDA

Mónica Orieta Arregocés Torregroza, actuando por intermedio de apoderada judicial, demandó a la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, y a la AFP Colfondos SA, para que se declare la ineficacia de su traslado al RAIS, dada la omisión al deber de información. En consecuencia, se condene a Colpensiones a tenerla como afiliada. Se condene a Colfondos SA a trasladar a Colpensiones la totalidad de los aportes desde octubre de 1994, junto con los rendimientos y la historia laboral. Asimismo, se condene al pago de costas procesales, y lo que resulte probado en uso de las facultades ultra y extra petita.

Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados en el archivo 01 del expediente digital, en los que en síntesis se indicó que: nació el 16 de junio de 1959; se afilió al ISS desde el 19 de febrero de 1987 hasta el 30 de noviembre de 1990, acumulando un total de 83 semanas; el 4 de octubre de 1994 se trasladó a la AFP Colfondos SA; el asesor no le entregó información transparente y necesaria al momento de la vinculación, que garantizará un correcto traslado de régimen pensional; cuenta con un total de 1.278,71 semanas cotizadas; presentó petición ante Colfondos SA, solicitando constancia de la asesoría y los estudio técnicos para la proyección de la pensión; dicha entidad respondió manifestando que la información fue verbal y el único soporte es el formulario de afiliación; nuevamente presentó reclamación ante Colfondos SA, solicitando la ineficacia de traslado; en similares términos presentó petición ante Colpensiones; obteniendo respuesta negativa por parte de las administradoras.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES

Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, Colpensiones dio contestación en forma legal y oportuna, oponiéndose a las pretensiones formuladas (archivo 02 del expediente digital); en cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento de la actora, su inicial vinculación al ISS, su traslado a Colfondos SA, la reclamación presentada, y su respuesta negativa; sobre los restantes manifestó que no son ciertos o no le constan. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, y la innominada o genérica.

Colfondos SA en oportunidad contestó oponiéndose a todos los pedimentos de la demanda (archivo 14 del expediente digital); frente a los hechos aceptó su vinculación a esa AFP, la petición, solicitando los estudios técnicos para las proyecciones de pensión, y su negativa de anulación del traslado al RPMPD; sobre los restantes manifestó que no son ciertos o no le constan. Propuso las excepciones 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 RAIS, ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos SA, prescripción de la acción para solicitar la nulidad de traslado, compensación y pago, y la innominada o genérica.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa probatoria conforme lo solicitado por las partes y decretado por la juez de conocimiento, ésta puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo (archivo 19 del expediente digital), en la que declaró la ineficacia del traslado efectuado por la actora del RPMPD al RAIS, por intermedio de la AFP Colfondos SA, el 4 de octubre de 1994. Condenó a Colfondos SA a devolver a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, como cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos causados, gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, dentro de los 45 días siguientes a la ejecutoria de la

sentencia. Ordenó a Colpensiones a aceptar los valores trasladados y a tener como válida la afiliación efectuada por la actora al RPMPD el 31 de enero de 1983. Declaró no probadas las excepciones propuestas y condenó en costas a las demandadas.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del a quo, Colpensiones interpuso recurso de apelación argumentando que la decisión de primer grado afecta la sostenibilidad financiera del sistema; aunado a que la actora se encuentra inmersa dentro de la prohibición legal de traslado, y que, en todo caso, no se configuró la ineficacia del traslado, porque la demandante aceptó en el interrogatorio de parte, que la AFP demandada le informó las características generales del régimen al cual se trasladaría. Por último, cuestionó la condena en costas de primera instancia que le fue impuesta.

ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en la Ley 2213 de 2022, Colpensiones presentó alegatos en esta instancia reiterando los argumentos expuestos al momento de sustentar su apelación.

La demandante también presentó alegatos en esta instancia solicitando que se confirme la sentencia de primer grado.

C O N S I D E R A C I O N E S

Atendiendo el texto del artículo 66 A del CPT y SS, procede la Sala a analizar los puntos de inconformidad planteados por Colpensiones al momento de sustentar su recurso, y en consulta frente aquellas condenas no apeladas y que afectan a esa entidad de seguridad social.

ACLARACIÓN PREVIA

Colpensiones hace referencia en su recurso de apelación a la restricción de traslado de la parte actora, pues insiste que la misma no resulta procedente por cuanto a la

fecha no cumple con la edad requerida para retornar al RPMPD conforme los parámetros del literal e, del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, asistiéndole razón en tal aspecto, por cuanto, es un hecho indiscutible que en la actualidad la demandante cuenta con 63 años de edad, en tanto nació el 16 de junio de 1959, conforme se establece con la copia de su cédula de ciudadanía (página 22 del archivo 01 del expediente digital); sin embargo, se le recuerda que lo que se debate en el sub examine es la nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional efectuado el 4 de octubre de 1994, con destino a la AFP Colfondos SA; diferente a la procedencia del traslado de régimen cuando no se cumplen con los mandatos legales sobre estos temas, por lo que no son de recibo los argumentos esgrimidos por Colpensiones en este punto.

DE LA INEFICACIA DEL TRASLADO DE RÉGIMEN - CONDENA IMPUESTA A COLPENSIONES

Colpensiones interpone recurso de apelación en el que indica que en el sub examine no se configuran los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado; en este sentido se recuerda que era la AFP Colfondos SA quien tenía la carga de probar que efectivamente a la afiliada se le dio toda la información veraz, pertinente y segura de cuáles eran las condiciones de su eventual pensión en el RAIS (Ver sentencias del 9 de septiembre de 2008, radicación 31989; de 18 de octubre de 2017, radicación 46292, y del 3 de abril de 2019, rad. 68.852), por ser quien tiene la información sobre el particular, al haber sido la que impulsó el traslado de régimen pensional; sin que Colpensiones tenga injerencia alguna ni legitimidad para cuestionar este punto, ya que no participó en el mentado negocio jurídico y la AFP Colfondos SA en momento alguno se mostró inconforme con esa decisión al no recurrirla. Por lo que la alzada se restringe únicamente a revisar la inconformidad sobre la afectación a la sostenibilidad financiera del sistema, y la procedencia o no de las demás condenas impuestas a Colpensiones.

Bien, según lo tiene sentado la Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria en la especialidad civil, el efecto de la declaración de nulidad es retrotraer la situación jurídica a aquel estado más probable en que se hallaría si el acto o negocio jurídico no hubiera existido, es decir con ineficacia ex tunc (desde siempre), o desde el momento mismo en que el acto nulo tuvo su origen (art. 1746 CC). En similares términos, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de

Justicia, en relación con la ineficacia o nulidad del traslado ha indicado que “En la medida en que el legislador no previó un camino específico para declarar la ineficacia distinto al de la nulidad, la Sala en la sentencia CSJ SL1688-2019 explicó que las consecuencias prácticas de la primera declaración son idénticas a la de la segunda (vuelta al statu quo ante). Con asidero en este argumento, la Sala Civil de esta Corporación igualmente ha afirmado que «cualquiera sea la forma en que se haya declarado la ineficacia jurídica (entendida en su acepción general), bien porque falte uno de sus requisitos estructurales, o porque adolezca de defectos o vicios que lo invalidan, o porque una disposición legal específica prevea una circunstancia que lo vuelva ineficaz, la consecuencia jurídica siempre es la misma: declarar que el negocio jurídico no se ha celebrado jamás» (CSJ SC3201-2018).” (SL 3463-2019).

*Así, al dejarse sin valor y efecto la afiliación al RAIS, esta declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al régimen de ahorro individual con solidaridad debiendo restituirse las cosas a su estado original; de igual manera, trae aparejada la devolución de los aportes con sus respectivos rendimientos, incluidos los dineros descontados por la AFP por concepto de gastos de administración, así como las sumas destinadas al seguro previsional y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima; pues, como ya se dijo, la consecuencia de la declaratoria de ineficacia es, precisamente, restarle cualquier efecto al contrato celebrado entre la administradora de fondos pensiones y la demandante; imponiéndose modificar en ese punto la decisión de primera instancia, en el sentido que Colfondos SA, además de los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual y sus rendimientos, deberá devolver a Colpensiones el porcentaje correspondiente a los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, **debidamente indexados** y con cargo a sus propios recursos. Así mismo, al momento de cumplir esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.*

Y es que es apenas natural que se devuelvan todos los dineros aportados y generados en el RAIS para que pueda retrotraer el estado de afiliación de la demandante. De no operar dicho reembolso, se le estaría dando efectos parciales a dicha declaratoria, y ello, además, implicaría un enriquecimiento sin justa causa a costa de los aportes del cotizante y su empleador.

Sobre el particular, cumple recordar que ha sido posición reiterada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia que las AFP deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. También ha dicho que esta declaración obliga a las administradoras del RAIS a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propios recursos, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos dineros han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones. Así lo señaló la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL2937-2021:

Ahora bien, en la medida que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación, como se explicó, solo es posible bajo la ficción que el mismo nunca ocurrió. Luego, si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al de ahorro individual con solidaridad, y si estuvo afiliado a este último, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por Colpensiones.

Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que tal declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad 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 (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020 y CSJ SL373-2021); criterio que igualmente aplica en relación con el porcentaje destinado a seguros previsionales y a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, tal como se adoctrinó en recientes sentencias CSJ SL2209-2021 y CSJ SL2207-2021.

En consideración a lo anterior, es claro que la declaratoria de ineficacia del traslado implica para Colpensiones como administradora del régimen de prima media, aunque no haya participado en el traslado de régimen pensional, que deba mantener la afiliación de la accionante como si no se hubiera realizado el traslado de régimen, debiendo asimismo recibir las sumas trasladadas por la AFP accionada, incluidos los gastos de administración, lo descontado por concepto de seguro previsional y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima; lo que a su vez garantiza la financiación de la pensión sin que existan detrimentos de la cosa administrada, por ello, es que resulta válida la devolución total de los aportes junto con sus rendimientos, sin lugar a descuentos, también la devolución de los gastos de administración, que incluye el valor descontado por seguro previsional (artículo 20 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 7 de la ley 797 de 2003). Sin que pueda considerarse un enriquecimiento sin justa causa de la administradora de prima media por recibir los gastos de administración, rendimientos y demás emolumentos, dado que el artículo 32 de

la Ley 100 de 1993, expresa con claridad que una de las características distintivas del RPMPD es que no existe una cuenta individual, sino un fondo común que va a garantizar las pensiones de todos los afiliados que pertenecen a éste (Corte Constitucional Sentencia C-398 de 1998).

Al respecto, no puede perderse de vista que el propósito del legislador al garantizar los derechos en un marco de sostenibilidad financiera presupone acabar con “desequilibrios pensionales”, entendiendo por tales los que exigían menos cargas pero otorgaban mayores beneficios, sin una justificación aparente; circunstancia que no se configura en el sub examine, toda vez que la declaratoria de nulidad o ineficacia de traslado de ninguna manera implica que la accionante pueda acceder a las prerrogativas prestacionales del régimen de prima media con una menor carga contributiva.

Bajo este entendimiento, ante la indiscutible falta de información que se le debió brindar a la demandante en el momento de su traslado, se confirmará la decisión apelada y consultada, con la única modificación expresada en párrafos anteriores, pues hizo falta que el juzgador precisara la condena en el punto de la indexación y la forma en que se realizaría la devolución de las diferentes sumas.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN

Por otra parte, en relación con la excepción de prescripción de nulidad del traslado del régimen pensional la Sala advierte que el artículo 48 de la Carta Política, define a la seguridad social como un derecho irrenunciable regido por el principio de progresividad, de modo que, estando en juego un tema de tal trascendencia como el régimen pensional aplicable a la demandante y, de contera, los requisitos para acceder al reconocimiento de un derecho pensional, en últimas, la nulidad del traslado de régimen pensional es imprescriptible, por guardar este asunto una estrecha relación con la construcción o posibilidad de adquirir el derecho pensional, tema que de añeja jurisprudencia se ha indicado que es imprescriptible. En tal sentido se ha pronunciado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia entre otras en sentencias SL1421-2019, SL1688-2019, SL1689-2019 y SL2611-2020.

CONDENA EN COSTAS

En este punto, es criterio de la mayoría de la Sala la improcedencia de la condena en costas contra Colpensiones en primera instancia, debiendo imponerse únicamente a cargo de los fondos privados, en la medida que la administradora del RPMPD no tuvo injerencia en el acto jurídico del traslado de régimen pensional, ni es éste consecuencia directa o indirecta de la acción u omisión de Colpensiones; criterio del cual se aparta el Magistrado sustanciador, toda vez que la condena en costas debe imponerse a cargo de todas las demandadas, esto es, Colpensiones y Colfondos SA, tal como lo peticiona el extremo demandante en su apelación, puesto que, a lo largo del proceso estas administradoras han presentado oposición a las pretensiones de la demanda, siendo las costas esa carga económica que dentro de un proceso debe afrontar la parte que obtuvo una decisión desfavorable y comprende además de las expensas erogadas por la otra parte, las agencias en derecho, cuya condena tiene por finalidad la de resarcir a la parte vencedora, los gastos en que incurrió en defensa de sus intereses.

Así, pues, el artículo 365 del CGP, que regula la materia señala:

“(…)

1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a la que se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, súplica, queja, anulación o revisión que haya propuesto. (...)”.

Bajo tales presupuestos, es claro que la condena en costas atiende un criterio netamente objetivo, en la medida que no se evalúa la conducta de las partes (temeridad o mala fe), debiendo valorarse únicamente la configuración de cualquiera de las hipótesis previstas por el legislador en la norma transcrita. Así, al haber prosperado las pretensiones de la demanda, es válido que Colpensiones, y Colfondos SA asuman el pago de las costas procesales. Al respecto, recuérdese que, tal como lo ha adoctrinado la Corte Suprema de Justicia, la finalidad de las costas es la de “otorgar a la parte vencedora una razonable compensación económica por la gestión procesal que realizó” (Sala de Casación Civil y Agraria, auto de 25 de agosto de 1998). Y en similares términos se pronunció la Sala de Casación Laboral al indicar que “las costas son una simple consecuencia procesal del ejercicio de la acción o de la excepción” (sentencia del 20 de noviembre de 2007, con radicación No. 32200). Para finalizar, resulta pertinente destacar que los criterios señalados en el numeral 4 del artículo 366 del CGP únicamente se aplican para la graduación de las

agencias en derecho dentro de los límites máximos y mínimos establecidos por el Consejo Superior de la Judicatura, mas no comportan pautas de exoneración de las costas procesales. Fuera que, con dicha exoneración se vulnera el principio de igualdad procesal e las partes.

Empero, de conformidad con el criterio asumido por la mayoría de la Sala, se revocará parcialmente el ordinal quinto de la parte resolutive de la sentencia apelada y consultada para, en su lugar, absolver a Colpensiones de las costas de primer grado; y en segunda instancia, igualmente, siguiendo el criterio mayoritario, en razón a que el estudio incluyó el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, no se le impondrá condena en costas.

En virtud de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., Sala Segunda de Decisión de la Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E

Primero.- *Modificar el ordinal segundo de la sentencia apelada y consultada, en el sentido de que Colfondos S.A., además de los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual y sus rendimientos, deberá devolver a Colpensiones el porcentaje correspondiente a los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos. Al momento de cumplir esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.*

Segundo.- *Revocar parcialmente el ordinal quinto de la sentencia de primera instancia, en el sentido de absolver a Colpensiones de las costas.*

Tercero.- *Confirmar en lo demás la sentencia apelada y consultada.*

Cuarto.- *Sin costas en esta instancia.*

Notifíquese, cúmplase y remítase el expediente al juzgado de origen, una vez ejecutoriada la sentencia.

MILLER ESQUIVEL GAPPAN

Salvo voto parcial

MARCELLANO CHÁVEZ ÁVILA

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Aclaro voto

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

Magistrado Sustanciador: MILLER ESQUIVEL GAITÁN

*AUDIENCIA PÚBLICA DE TRÁMITE Y JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO
LABORAL DE ROBERTO CARLOS BALANTA BANGUERA CONTRA COMPAÑÍA
TRANSPORTADORA DE VALORES PROSEGUR DE COLOMBIA SA*

En Bogotá, D.C., a los veintiocho (28) días de abril de dos mil veintitrés (2023), siendo las tres de la tarde (3:00 p.m.), día y hora señalados por auto anterior para llevar a cabo la presente en el juicio referenciado, el Magistrado Sustanciador la declara abierta en asocio de los demás magistrados que integran la Sala Tercera de Decisión.

Acto seguido, se procede a dictar el siguiente,

S E N T E N C I A

Conoce el Tribunal del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 30 de junio de 2022, por el Juzgado Treinta y Cuatro Laboral del Circuito de esta ciudad dentro del proceso de la referencia.

A N T E C E D E N T E S

DEMANDA

Roberto Carlos Balanta Banguera, actuando por intermedio de apoderado judicial, demandó Compañía Transportadora de Valores Proseguir de Colombia SA para que se declare que entre las partes existe un contrato de trabajo a término indefinido, el cual está vigente desde el 20 de septiembre de 2011 y, por ello, le es aplicable la Convención Colectiva de Trabajo suscrita entre la empresa y el

sindicato SINTRAVALORES, adicionalmente, que estaba amparado por el fuero circunstancial para el 15 de febrero de 2018, fecha en la que fue despedido, siendo inexistente tal determinación. Consecuencialmente reclama se ordene su reintegro al cargo que venía desempeñando o a uno de igual o mejor categoría y salario. Así mismo que, se condene a la entidad demandada a pagar a título de indemnización, salarios y prestaciones legales y convencionales dejadas de percibir, desde el momento de su desvinculación hasta que se reintegre efectivamente. Finalmente, que de oponerse la parte demandada y de resultar condenados deben pagar las costas del proceso y se condene a lo que resulte probado en uso de las facultades ultra y extra petita, y al pago de las costas del proceso.

Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados en el archivo 1 del expediente digital, en los que en síntesis se indicó; que desde el 20 de septiembre del 2011 hasta el 15 de febrero del año 2018 el actor prestó sus servicios como escolta ATM y tripulante a Prosegur SA; devengó un salario promedio mensual de \$2.637.133 para el momento del despido; entre el 20 de septiembre de 2011 hasta el 15 de noviembre de 2016 fue contratado de manera aparente por las intermediarias SERDEMPO S.A.S. y EMPOSER LTDA, para realizar actividades propias del giro ordinario de Prosegur de Colombia S.A.; Prosegur y Emposer Ltda son entidades del grupo empresarial Thomas Greg & Sons; que, Prosegur vinculó personal a través de Serdempo SAS para el cumplimiento de labores propias del giro ordinario de la empresa; Prosegur S.A., le entregó uniformes con insignias de la compañía, carné, armas para protección personal y de valores y prestó servicios en las instalaciones locales y vehículos de propiedad de la empresa; que recibió capacitación, supervisión, le impusieron horarios y recibió órdenes de Prosegur S.A; que, estaba afiliado al Sindicato de Trabajadores de la Compañía Transportadora de Valores Prosegur de Colombia SA "Sintravalores" desde el 18 de septiembre de 2017; el Sindicato comunicó a la demandada de la afiliación realizada por el demandante el 18 de septiembre de 2017; entre SINTRAVALORES y PROSEGUR se suscribió convención colectiva, la cual aplica sin distinción a todos los trabajadores de la compañía; se encuentra prohibido contratar personal con otras compañías para desempeñar labores propias del objeto social de la empresa; que el Ministerio de Trabajo sancionó a Prosegur por violación del artículo 5° de la Convención Colectiva; que se encuentra afiliado al sindicato Sintraprosegur desde el 18 de septiembre de 2017; que el sindicato comunicó

sobre su afiliación el 18 de septiembre de 2017; que, Sintraprosegur presentó pliego de peticiones ante Prosegur y el Ministerio de Protección Social; que el conflicto iniciado entre Sintraprosegur y la empresa persiste en la actualidad; que los trabajadores afiliados a Sintraprosegur se encuentran amparados por fuero circunstancial; que se comunicó la terminación del contrato sin justa causa; que, se encuentra amparado por los beneficios del fuero circunstancial.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES

Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, Prosegur SA dio contestación en forma legal y oportuna, oponiéndose a las pretensiones formuladas (folio 309, archivo 1 del expediente digital); en cuanto a los hechos aceptó que en la empresa se encuentra constituido el Sindicato "Sintravalores" y "Sintraprosegur" y que estos comunicaron el 18 de septiembre de 2017 de la afiliación del demandante a dichos sindicatos; Sintraprosegur presentó pliego de peticiones ante la empresa y en la actualidad persiste el conflicto laboral; sobre los restantes fundamentos, manifestó que no son ciertos o no le constan. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó cobro de lo no debido, inexistencia de la obligación que se pretende declarar en juicio, pago, buena fe del empleador, compensación, prescripción y la genérica.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa probatoria conforme lo solicitado por las partes y decretado por la juez de conocimiento, ésta puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo (archivo 22 del expediente digital) en la que absolvió a la Compañía Transportadora de Valores Prosegur S.A. de todas y cada una de las pretensiones de la demanda y se abstuvo de imponer condena en costas a las partes.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del a quo, la parte demandante interpone recurso de apelación argumentando para tal efecto que, no se encuentra acreditado con prueba documental o testimonial, que certifique que SINTRAPROSEGUR haya abandonado la etapa de negociación colectiva o la etapa de arreglo directo y, por

tanto, la culpable de que esta etapa no se haya surtido de manera completa; pues, en su sentir, la organización abrió el conflicto y al no ser atendida por la empleadora procedió a presentar derecho de petición y por ello, el conflicto colectivo persiste en el tiempo; en segundo lugar, estima que la Convención Colectiva aplicable al presente caso, es la suscrita entre 2007-2009 y específicamente los artículos 3 y 5 del aludido acuerdo, que señala que los contratos de los trabajadores serán vinculados a término indefinido y por otro lado, se prohíbe la vinculación de trabajadores en misión con otras empresas; en tercer lugar, al no encontrarse acreditada una justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo, se debe aplicar la protección circunstancial reclamada, al persistir el conflicto y por ello, reclama se reintegre al trabajador, con el consecuencial pago de salarios.

CONSIDERACIONES

Atendiendo el texto del artículo 66 A del CPT y SS, procede la Sala a analizar los puntos de inconformidad planteados por el apoderado de la parte actora al momento de sustentar su recurso.

Entonces, los problemas jurídicos que debe resolver la Sala, consiste en primer lugar, en establecer si el contrato de trabajo celebrado entre las partes en contienda mutó de término fijo a indefinido, de acuerdo a las disposiciones convencionales; en segundo lugar, si Carlos Balanta Banguera es beneficiario del fuero circunstancial surgido de la etapa de negociación colectiva entablada entre el Sindicato Sintraprosegur y Prosegur y en caso de ser afirmativa esta premisa, se resolverá el pedimento de reintegro reclamado en la demanda y el reconocimiento de salarios y prestaciones sociales.

FUERO CIRCUNSTANCIAL - RELACION LABORAL -TERMINACIÓN

Se debe en primer lugar, señalar que, son hechos indiscutidos en esta instancia que Carlos Balanta Banguera, mantuvo un contrato de trabajo con Emposer desde el 10 de abril de 2012 al 15 de noviembre de 2016, interregno respecto del cual se declaró probada la excepción de cosa juzgada, teniendo en cuenta para ello, la transacción celebrada entre Prosegur, el trabajador y Emposer Ltda., decisión, que en su oportunidad fue estudiada y confirmada en segunda

instancia; también se encuentra acreditado que Balanta Banguera se afilió a los sindicatos Sintravalores y Sintraprosegur el 18 de septiembre de 2018 y que las organizaciones sindicales informaron sobre dicha novedad a Prosegur de Colombia en la misma data (folio 64, 65, 103 y 104 archivo 1).

Es así como la controversia que se formula en el proceso y se reitera a través de la alzada, radica en establecer la naturaleza del contrato de trabajo, pues mientras la parte demandante insiste que lo fue a término indefinido en virtud de la aplicación de la Convención Colectiva de Trabajo suscrita entre la sociedad demandada y Sintraprosegur, y en razón de ello la terminación del contrato fue sin justa causa, al encontrarse en negociación el pliego de peticiones presentado por la organización sindical, es decir, se encontraba amparado por fuero circunstancial; mientras que la parte demandada menciona que la vinculación fue la suscripción de un contrato de trabajo a término fijo el cual terminó de manera legal por el vencimiento del plazo pactado y previa comunicación de no prorroga; y por ello, no le es aplicable la convención colectiva de trabajo debido a que el demandante se adhirió voluntariamente al pacto colectivo vigente desde el momento de su vinculación, el cual en efecto le fue aplicado, no siendo aplicable la convención colectiva de trabajo en lo que considera más favorable y no procede la garantía foral excepcional reclamada.

Al punto el decreto 2351 de 1965, artículo 24, prevé:

“Los trabajadores que hubieren presentado al patrón un pliego de peticiones no podrán ser despedidos sin justa causa comprobada, desde la fecha de la presentación del pliego y durante los términos legales de las etapas establecidas para el arreglo del conflicto”

Así mismo, el Decreto 1469 de 1978, en su artículo 36, señala:

“La protección a que se refiere el artículo 25 del Decreto 2351 de 1965, comprende a los trabajadores afiliados a un sindicato o a los no sindicalizados que hayan presentado un pliego de peticiones, desde el momento de su presentación al empleador hasta cuando se haya solucionado el conflicto colectivo mediante la firma de la convención o del pacto, o hasta que quede ejecutoriado el laudo arbitral, si fuere el caso.”

Con arreglo a tales disposiciones es que surge la figura del fuero circunstancial, según el cual, los trabajadores sindicalizados o no sindicalizados que hayan presentado pliego de peticiones, no pueden ser despedidos sin justa causa comprobada durante el trámite del conflicto colectivo, esto es, desde la presentación del pliego hasta la firma de la convención, del pacto o la firmeza del

laudo arbitral, de modo que, cuando un trabajador es despedido en ese interregno el mismo es ineficaz. El objeto de la prohibición legal, que por tal razón se extiende durante los términos legales de las etapas establecidas para el arreglo del conflicto económico colectivo, es el de procurar la intangibilidad de estos trabajadores con el fin de que no resulten afectados por medidas retaliatorias y, así mismo, la de evitar que se afecten las proporciones entre trabajadores vinculados o no al conflicto, para impedir que de tal forma se generen cambios en las mayorías, que habrán de ser muy importantes al momento de tomar determinaciones sobre el objetivo del conflicto (CSJ, SL, sentencia del 28 de agosto de 2003, radicación 20155).

En el caso que nos ocupa no existe discusión que el momento de la terminación del contrato de trabajo del demandante, se encontraba vigente la negociación colectiva de trabajo, lo cual fue aceptado por la demandada desde la contestación de la demanda y se verifica con la presentación del pliego de peticiones el 18 de julio de 2016 (hecho 21 de la demanda y folio 106 del archivo 1 del expediente digitalizado).

Ahora, se encuentra acreditado dentro del proceso que Roberto Carlos Balanta Banguera laboró para la Compañía Transportadora de Valores Prosegur de Colombia S.A., del 16 de noviembre de 2016 al 15 de febrero de 2018, en el cargo de Tripulante, con un salario inicial de \$690.000, el cual sería pagado en períodos mensuales, según se colige del contrato de trabajo (folio 336 a 342) y de la certificación suscrita por Luz Aydee Junco, en calidad de Coordinadora de Nómina (folio 33), el preaviso (folio 344) y la liquidación final de acreencias laborales (folio 346).

El 18 de septiembre de 2017, Balanta Banguera se afilió a Sintraprosegur y Sintravalores, como da cuenta la comunicación enviada al Gerente General de la empleadora (fl. 65 y 104 del expediente digitalizado); y en comunicación del 11 de enero de 2018, la empresa informó al accionante que no renovarían el contrato de trabajo, precisando como fecha de terminación el 15 de febrero del mismo año.

Establecido lo anterior, procede la Sala a resolver el asunto sometido a su consideración, atendiendo lo expuesto en la alzada. Es de precisar que en los términos de los artículos 467 y 481 del CST, la convención colectiva se suscribe

entre uno o varios empleadores o asociaciones patronales y uno o varios sindicatos o federaciones sindicales de trabajadores, para fijar las condiciones que regirán los contratos de trabajo durante su vigencia; a su vez, los pactos entre empleadores y trabajadores no sindicalizados, quienes se reúnen en una coalición momentánea mientras se suscribe el acuerdo, pacto que aplica exclusivamente a quienes lo hayan suscrito o se adhieran posteriormente; y, en los artículos 470 y 471 ibídem, las convenciones colectivas se aplican a todos los trabajadores cuando los afiliados al sindicato superen más de la tercera parte del total de los trabajadores de la empresa, de lo contrario si el número de afiliados es inferior, el convenio solo aplica a los miembros de la organización sindical que lo hayan suscrito, se adhieran a él o, ingresen posteriormente al sindicato.

En el proceso se encuentra probado que Prosegur S.A. suscribió varias convenciones colectivas con Sintravalores, organización que a la firma del convenio en 2015 agrupaba 148 afiliados; asimismo, la convocada a juicio suscribió pacto colectivo con 482 trabajadores no sindicalizados, como dan cuenta los depósitos de los acuerdos mencionados; por lo que la organización sindical es minoritaria que no agrupa más de tercera parte de la totalidad de los trabajadores de la sociedad encartada, por ello, el empleador contaba con la posibilidad de suscribir pactos y convenios colectivos, circunstancia que no transgrede, ni desmejora los derechos constitucionales de asociación sindical y negociación colectiva. Aunado que, la doctrina constitucional ha precisado que la coexistencia dentro de una misma empresa del pacto colectivo y la convención colectiva desarrolla instrumentos internacionales ratificados por Colombia, ya que, los pactos colectivos y las convenciones colectivas constituyen fuente de derecho laboral que materializan la libertad sindical, por ello, no transgreden la negociación colectiva ni el derecho de asociación sindical, siempre que se regulen objetivamente las relaciones de trabajo de la empresa, de forma que las condiciones de trabajo que se ofrezcan de modo general y en forma unilateral a sus trabajadores no sindicalizados, sean iguales a las establecidas en la convención colectiva, sin que se pueden utilizar los acuerdos para discriminar a trabajadores sindicalizados y debilitar la organización sindical¹.

¹ Corte Constitucional, Sentencias SU - 342 de 02 de agosto de 1995, C - 1491 de 02 de noviembre de 2000 y, T - 079 de 18 de febrero de 2015.

Así las cosas, deberá traerse a estudio las cláusulas 3 y 5 de la Convención 2008-2009 señaladas como conculcadas por el apelante (folio 69).

“Artículo 3. – Campo de aplicación: La presente convención colectiva de trabajo se aplicará a todo el personal de THOMAS PROSEGUR S.A., dentro del territorio nacional donde ésta compañía preste sus servicios, sin desconocer en ningún momento las disposiciones legales pertinentes distintas a esta convención que sean más favorables a sus trabajadores.

(...)

Artículo 5.- Contratación de personal: Todos los trabajadores que entren a prestar sus servicios a THOMAS PROSEGUR S.A., tendrán contrato de trabajo con la empresa a término indefinido. La empresa podrá celebrar contratos por tiempo determinado, por el tiempo que dure la realización de una obra o labor determinada distinta al giro propio de las actividades de la empresa, para ejecutar un trabajo ocasional, accidental o transitorio.”

A su turno, los artículos 3 y 5 de la Convención del año 2015-2019, a la letra señalan (folio 378);

“Artículo 3. – Campo de aplicación: La presente convención colectiva de trabajo se aplicará a todo el personal de la **COMPAÑÍA TRANSPORTADORA DE VALORES PROSEGUR DE COLOMBIA S.A.**, dentro del territorio nacional donde ésta compañía preste sus servicios, sin desconocer en ningún momento las disposiciones legales pertinentes distintas a esta convención que sean más favorables a sus trabajadores.

Parágrafo. Circunscripción de Beneficios. La presente Convención Colectiva de Trabajo se aplicará exclusivamente al personal que en la actualidad se encuentre vinculado mediante contrato de trabajo con la **COMPAÑÍA TRANSPORTADORA DE VALORES PROSEGUR DE COLOMBIA S.A.**, y aquellas personas que se vinculen mediante contrato de trabajo en el futuro de conformidad con lo establecido en el Capítulo Especial que más adelante se contenga.

(...)

Artículo 5.- Contratación de personal: Todos los trabajadores que entren a prestar sus servicios a la **COMPAÑÍA TRANSPORTADORA DE VALORES PROSEGUR DE COLOMBIA S.A.**, tendrán contrato de trabajo con la empresa a término indefinido. La empresa podrá celebrar contratos por tiempo determinado, por el tiempo que dure la realización de una obra o labor determinada distinta al giro propio de las actividades de la empresa, para ejecutar un trabajo ocasional, accidental o transitorio...”

El artículo 49 del Pacto Colectivo suscrito entre la Compañía Transportadora de Valores Prosegur de Colombia SA y los trabajadores (folio 423):

“ARTÍCULO 49.- CONTRATOS A TÉRMINO FIJO:

La empresa podrá celebrar contratos de trabajo a término fijo menores a un año que se regirán en todos sus aspectos de acuerdo con lo establecido en la ley laboral y en el capítulo especial pactado en el presente documento”

Siguiendo con el contrato de trabajo suscrito entre el demandante y Prosegur, el 16 de noviembre de 2016, acopiado a folio 336 del expediente digital enseña:

“SEGUNDA.- El presente contrato de trabajo es a término fijo, por lo que tendrá vigencia a partir del día 16 de Noviembre de 2016 y su vencimiento será el día 15 de abril de 2017.”

*Agregándose en la cláusula quince, del documento, que, “...El presente contrato de trabajo reemplaza íntegramente cualquier otra estipulación que con anterioridad hubiere regido entre las partes que lo suscribe. **PARÁGRAFO 1-** Las partes dejan constancia que han transigido las diferencias que entre ellas se han presentado respecto de la naturaleza jurídica de este contrato y respecto del régimen legal y extralegal aplicable, conviniendo como parte integrante de dicha transacción que el citado régimen será el establecido en la ley y el Capítulo Especial previsto en el Pacto Colectivo vigente en la Empresa, Pacto al cual se adhiere EL TRABAJADOR A) por toda la vigencia de este contrato y sus prórrogas. Por virtud de esta transacción las partes convienen que no será aplicable entre ellas ningún otro régimen extralegal diferente al aludido Pacto Colectivo en su capítulo especial”.*

Así mismo, el demandante, de su puño y letra suscribe documento de fecha 16 de noviembre de 2016, en el que, en forma expresa indicó “me permito manifestar q” (sic) me adhiero al pacto colectivo vigente en la empresa Prosegur de Colombia por toda su vigencia y manifiesto también expresamente q” en mi condición de trabajador vinculado con contrato de trabajo a término fijo entiendo y estoy de acuerdo a que se me de aplicación al capítulo especial en cuanto a prestaciones, salarios y otras condiciones laborales” (folio 343 del archivo 1).

Pudiéndose concluir de esta manera que, al momento de vincularse el demandante a Prosegur, el 16 de noviembre de 2016, este expresó su voluntad de adherirse al Pacto Colectivo de Trabajo que había suscrito la empresa con sus trabajadores.

Así, si bien la cláusula tercera del convenio colectivo 2008 - 2009, disponía que esta aplicaba a todo el personal de THOMAS PROSEGUR S.A., esta debe

interpretarse en armonía con el artículo 470 del CST, esto es, aplicaba a todos los trabajadores afiliados a la organización sindical Sintravalores, calidad que no ostentaba Roberto Carlos Balanta Banguera para la fecha de su vinculación con la accionada, por ello, no fue beneficiario de la convención colectiva de trabajo, ni era dable aplicarle la cláusula quinta que disponía la contratación a término indefinido.

De otra parte, el artículo 46 del Código Sustantivo del Trabajo, subrogado por el artículo 3º de la Ley 50 de 1990:

“El contrato de trabajo a término fijo debe constar siempre por escrito y su duración no puede ser superior a tres años, pero es renovable indefinidamente.

1. Si antes de la fecha del vencimiento del término estipulado, ninguna de las partes avisare por escrito a la otra su determinación de no prorrogar el contrato, con una antelación no inferior a treinta (30) días, éste se entenderá renovado por un período igual al inicialmente pactado, y así sucesivamente.

2. No obstante, si el término fijo es inferior a un (1) año, únicamente podrá prorrogarse sucesivamente el contrato hasta por tres (3) períodos iguales o inferiores, al cabo de los cuales el término de renovación no podrá ser inferior a un (1) año, y así sucesivamente...”.

A su vez, el máximo tribunal de justicia ordinaria laboral ha explicado que el vínculo a plazo determinado es “un contrato que, por definición legal, es renovable indefinidamente, conforme lo dispone el artículo 46 del Código Sustantivo del Trabajo, subrogado por el artículo 3º de la Ley 50 de 1990; por manera que la continuidad en la prestación de los servicios es una circunstancia que puede presentarse en los contratos convenidos a plazo determinado, toda vez que no es exclusiva de los suscritos sin fijación de término”².

Como se indicó en precedencia, al plenario se incorporó el contrato de trabajo a término fijo, suscrito el 16 de noviembre de 2016 por un término inicial de 5 meses, es decir, hasta el 15 de abril de 2017, el cual se prorrogó automáticamente en dos oportunidades hasta el 11 de enero de 2018, en cuyos términos la relación laboral estuvo vigente entre el 16 de noviembre de 2016 y el 15 de febrero de 2018.

Cumple mencionar, que la modalidad contractual de duración definida no estuvo prohibida para el accionante, pues, no era beneficiario de la convención colectiva que dispuso la vinculación indefinida, adicionalmente, el pacto colectivo en su

² CSJ, Sala Laboral, sentencia 11356 de 12 de febrero de 1999.

artículo 49, permitía a la empresa suscribir con los trabajadores no sindicalizados contratos a término fijo menores a un año regulados por el capítulo especial acordado, al que Balanta Banguera se adhirió de manera voluntaria con la comunicación de 16 de noviembre de 2016, sin que aplique el principio de favorabilidad, ya que, nunca hubo conflicto de normas, en tanto, el demandante de manera expresa acogió el pacto colectivo, que se incorporó a su contrato laboral al adherirse a él, por ello, no se advierte vicio del consentimiento ni ineficacia de la adhesión.

Ahora, el 18 de septiembre de 2017, el accionante se afilió a Sintraprosegur, sin embargo, su afiliación no modificaba la modalidad contractual, pues, la convención colectiva 2015 - 2019, vigente al momento de la suscripción de contrato, permitía la vinculación de trabajadores a término fijo, además, no establecía la modificación de los contratos de trabajo vigentes en su naturaleza, por lo que no existe duda que la vinculación del demandante se rigió por un contrato de trabajo a término fijo, imponiéndose confirmar la sentencia apelada en este aspecto.

Por otro lado, se debe resaltar que, el hecho de presentarse un pliego de petición, no implica per se, mantener una protección de manera indefinida, como lo señala el recurrente, pues, se debe acreditar la etapa en la que se encontraba la negociación colectiva, para la fecha de desvinculación del trabajador, así como la respuesta dada por Prosegur, respecto al pliego de peticiones presentado, o establecer si hubo acuerdo o no, entre las partes, frente a los puntos objeto de reclamo o si por el contrario, hubo necesidad de prorrogar el término contenido en el artículo 434 del CST, situación que aquí no ocurrió, evidenciándose una falta de intereses en culminar la negociación por parte de la organización sindical (sentencia SL 3366-2021).

De lo precedente se concluye que si bien al momento de la terminación del contrato de se encontraba vigente el conflicto colectivo entre la demandada y Sintravalores, lo cual fue aceptado por la demandada y se encuentra probado en el plenario; no se puede perder de vista que, el contrato de trabajo terminó por la decisión del empleador de no prorrogarlo a la expiración de la segunda prórroga -del 16 de septiembre de 2017 a 15 de febrero de 2018, pues, en comunicación del 11 de enero de esa anualidad se le preavisó la no prórroga

del contrato de trabajo, precisándole que finalizaría el 15 de febrero de 2018, tal como lo permite el artículo 46 del CST. En ese orden el demandante no fue despedido sin justa causa comprobada, pues como se dijo, el contrato de trabajo entre las partes terminó por expiración del plazo pactado (Art. 61, numeral 1, literal c del CST, evento que no constituye despido sin justa causa como lo refieren la CSJ en entre otras las SL 341424 de 25 de marzo de 2009, reiterada en la STL310-2020 y la Corte Constitucional en entre otras las sentencias T-592 de 2009, para concluir que no es que el trabajador no tenga la protección foral, sino que el fuero no es protegido contra la terminación del contrato de trabajo por la expiración del plazo fijo pactado.

En consecuencia, se confirmará la sentencia recurrida, pero por las razones aquí expuestas.

En virtud de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., Sala Segunda de Decisión de la Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E

Primero.- *Confirmar la sentencia apelada, conforme a las anteriores consideraciones.*

Segundo.- *Costas en esta instancia a cargo de la parte demandante. Inclúyase en la liquidación respectiva la suma de \$300.000,00 por concepto de agencias en derecho.*

Notifíquese y cúmplase.

~~MILLER ESQUIVEL GAPPAN~~
Magistrado


MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA


LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

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

Magistrado Sustanciador: MILLER ESQUIVEL GAITÁN

AUDIENCIA PÚBLICA DE TRÁMITE Y JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE OLGA LUCIA FONSECA NORATO CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.

En Bogotá, D.C., a los veintiocho (28) días de abril de dos mil veintitrés (2023), siendo las tres de la tarde (3:00 p.m.), día y hora señalados por auto anterior para llevar a cabo la presente en el juicio referenciado, el Magistrado Sustanciador la declara abierta en asocio de los demás magistrados que integran la Sala Segunda de Decisión.

Acto seguido, se procede a dictar el siguiente,

A U T O

Reconocer personería al abogado Giovanni Alexis Grego Cardona quien se identifica con C.C. No 1.053.826.799 y la T.P. No. 302.837 del CS de la J, como apoderado sustituto de la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, en los términos y para los efectos del poder de sustitución conferido.

Notifíquese.

Acto seguido, se procede a dictar la siguiente,

S E N T E N C I A

Conoce el Tribunal de los recursos de apelación interpuestos por las demandadas Colpensiones y Porvenir S.A. contra la sentencia proferida el 2 de marzo de 2023, por el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de esta ciudad dentro del proceso de la referencia, y en consulta frente aquellas condenas no apeladas y que afectan a Colpensiones.

A N T E C E D E N T E S

DEMANDA

Olga Lucia Fonseca Norato, actuando por intermedio de apoderado judicial, demandó a la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, y a las AFP Porvenir S.A. y Protección S.A., para que se declare la nulidad y/o ineficacia de su traslado al RAIS, dada la omisión en el deber de información. En consecuencia, se ordene a Colpensiones a activar y registrar la afiliación. Se ordene a Protección SA a trasladar a Colpensiones todos los aportes, junto con los rendimientos; debiendo Colpensiones aceptar y recibir el traslado de aportes y rendimientos. Asimismo, se condene al pago de las costas del proceso, y a lo que lo que resulte probado en uso de las facultades ultra y extra petita.

Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados en el archivo 01 del expediente digital, en los que en síntesis se indicó que: nació el 15 de diciembre de 1963; realizó cotizaciones al RPMPD desde agosto de 1986 hasta abril de 1997, con un total de 553,71 semanas cotizadas; los asesores de la AFP Protección SA no brindaron información adecuada y completa para que procediera el cambio de régimen, solo le manifestaron que podía pensionarse en un tiempo menor que en el RPMPD; mediante simulación pensional por parte de Protección SA se proyectó una pensión de \$2.254.691; de igual forma, se realizó proyección pensional en el RPMPD, la cual correspondería a \$4.700.365; presentó petición ante Protección SA, solicitando la nulidad de traslado; en similares términos presentó petición ante Colpensiones; obteniendo respuesta negativa por parte de ambas entidades.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES

Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, Colpensiones dio contestación en forma legal y oportuna, oponiéndose a las pretensiones formuladas (archivo 06 del expediente digital); en cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento de la actora, las cotizaciones efectuadas en el RPMPD, la reclamación presentada y su respuesta negativa; sobre los restantes manifestó que no son ciertos o no le constan. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (Acto Legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política), 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 innominada o genérica.

Protección S.A. presentó contestación en término oponiéndose a los pedimentos de la demanda (archivo 02 del expediente digital); frente a los hechos aceptó la fecha de nacimiento de la actora, la petición presentada y su respuesta negativa; sobre los restantes manifestó que no son ciertos o no le constan. Propuso las excepciones que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, y la innominada o genérica.

Mediante auto del 30 de marzo de 2022 se ordenó vincular al trámite a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., quien contestó oponiéndose a los pedimentos de la demanda (archivo 12 del expediente digital); frente a los hechos aceptó la fecha de nacimiento de la actora; sobre los restantes manifestó que no son ciertos o no le constan. Propuso las excepciones

que denominó prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, y buena fe.

Mediante auto del 21 de junio de 2022, se ordenó la vinculación de Skandia SA, quien, pese al llamado y trámite de notificación, guardó silencio, tal como se declaró en auto del 10 de octubre de 2022 (archivo 22 del expediente digital).

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa probatoria conforme lo solicitado por las partes y decretado por la juez de conocimiento, ésta puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo (archivo 26 del expediente digital), en la que declaró la ineficacia del traslado efectuado de la actora del RPMPD al RAIS, con efectividad el 1° de abril de 1997, por intermedio de la AFP Protección SA. Ordenó a Protección SA a normalizar la afiliación de la actora en el SIAFP y a trasladar a Colpensiones la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual, incluidos rendimientos, bonos pensionales, gastos de administración, comisiones, primas de seguros previsionales y aportes realizados al fondo de garantía de pensión mínima, sumas que deberán ser indexadas. Ordenó a Porvenir SA a trasladar a Colpensiones la totalidad de los valores descontados de la cuenta de ahorro individual de la actora, durante la vigencia de la afiliación a esa AFP, como gastos de administración, comisiones, primas de seguros previsionales y aportes realizados al fondo de garantía de pensión mínima, sumas que deberán ser indexadas. Ordenó a Skandia SA a trasladar a Colpensiones la totalidad de los valores descontados de la cuenta de ahorro individual de la actora, durante la vigencia de la afiliación a esa AFP, como gastos de administración, comisiones, primas de seguros previsionales y aportes realizados al fondo de garantía de pensión mínima, sumas que deberán ser indexadas. Ordenó a Colpensiones a recibir los dineros trasladados y a actualizar la historia laboral de la accionante. Declaró no probada la excepción de prescripción y condenó en costas a todas las demandadas con excepción de Skandia SA.

RECURSOS DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión del a quo, Colpensiones y Porvenir S.A. interpusieron recursos de apelación, así: Porvenir SA argumentó que el traslado se dio de manera libre y voluntaria, cumpliendo con el deber de información, como se evidencia en el formulario de afiliación; aunado a que todas sus actuaciones han sido de buena fe. Agregó, que no es posible devolver los gastos de administración y seguros previsionales, ya que estos fueron causados por su correcta administración y fueron trasladados a las respectivas aseguradoras, además, que devolver estos emolumentos constituiría un enriquecimiento sin justa causa a favor de Colpensiones. Finalmente, manifestó que no es procedente la indexación de las sumas ordenadas, en cuanto los rendimientos generados satisfacen ostensiblemente cualquier actualización del poder adquisitivo de la cotización.

Por su parte, Colpensiones manifestó que no puede recaer exclusivamente en las AFP, la carga de la prueba, toda vez que la demandante contaba con los medios y capacidades para comprender lo que estaba firmando. Señaló, que la actora se encuentra inmersa en la prohibición legal de traslado consagrada en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003. Agregó, que todas las actuaciones de Colpensiones se han ejecutado de buena fe, que la decisión de primer grado afecta la sostenibilidad financiera del sistema, y solicitó que se le absuelva de la condena en costas.

ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en la Ley 2213 de 2022, Colpensiones y Porvenir SA presentaron alegatos en esta instancia, reiterando los argumentos expuestos al momento de sustentar sus recursos de apelación.

C O N S I D E R A C I O N E S

Atendiendo lo expuesto en el artículo 66 A del CPT y SS, procede la Sala a analizar los puntos de inconformidad propuestos por Colpensiones y por Porvenir SA al momento de sustentar sus respectivos recursos de apelación, y en consulta frente aquellos puntos no apelados y que afectan a Colpensiones.

ACLARACIÓN PREVIA

Colpensiones hace referencia en su recurso de apelación a la restricción de traslado de la parte actora, pues insiste que el mismo no resulta procedente por cuanto a la fecha no cumple con la edad requerida para retornar al RPMPD conforme los parámetros del literal e, del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, asistiéndole razón en tal aspecto, pues, es un hecho indiscutible que en la actualidad la demandante cuenta con 59 años de edad, en tanto nació el 15 de diciembre de 1963, conforme se establece con la copia de su cédula de ciudadanía (página 37 del archivo 01 del expediente digital); sin embargo, se le recuerda que lo que se debate en el sub examine es la ineficacia de traslado de régimen pensional efectuado a partir del 1° de abril de 1997, con destino a la AFP Porvenir SA; diferente a la procedencia del traslado de régimen cuando no se cumplen con los mandatos legales sobre estos temas, por lo que no son de recibo los argumentos esgrimidos por Colpensiones en este punto.

DE LA INEFICACIA DEL TRASLADO DE RÉGIMEN - CONDENA IMPUESTA A COLPENSIONES

Como antesala al análisis del problema jurídico planteado, se debe señalar que en casos como el aquí propuesto opera el principio de la carga dinámica de la prueba, esto es, que la parte a quien se le facilite probar los hechos debatidos o se encuentre en mejores condiciones de suministrar la prueba, es quien tiene esta carga procesal, contrario a la regla general de onus probandi incumbit actori; que si bien es un principio universal, lleva consigo en muchos casos injusticia, en tanto que impone una carga imposible de cumplir, cuando quien la tiene no la suministra por astucia, aprovechándose del rigor de la norma, desconociendo que la finalidad del proceso es obtener la verdad de los hechos debatidos sin importar quién proporciona la prueba, ni quién sea el litigante más hábil. Es así, que en situaciones como las aquí controvertidas son las AFP demandadas quienes tienen la carga de probar que efectivamente a la afiliada se le dio toda la información veraz, pertinente y segura de cuáles eran las condiciones de su eventual pensión en el RAIS, pues es la administradora la que tiene la información sobre el particular, al haber sido la que impulsó el traslado de régimen pensional, como se verá más adelante.

Aunado a lo anterior, debe considerarse que una manifestación del tipo "(...) dichos asesores al momento de suscribir el formato de traslado no le brindaron a mi poderdante una información adecuada y completa para proceder con el cambio de régimen (...) mi poderdante sufrió engaño y asalto en su buena fe no solamente por falta de información (...)” (hechos 5 y 6 de la demanda), son hechos indefinidos negativos que invierten la carga de la prueba hacia el demandado. Sobre el particular, el inciso cuarto del artículo 167 del CGP enseña que "Los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba", en los segundos se trata de hechos que por su carácter fáctico ilimitado hacen imposible su prueba para la parte que los aduce. Las negaciones o afirmaciones indefinidas no envuelven proposiciones que puedan ser determinadas por circunstancias de tiempo, modo o lugar. La imposibilidad lógica de probar un evento o suceso indefinido radica en que no habría límites a la materia o tema a demostrar. Ha dicho la Corte Suprema de Justicia que, en el caso de las negaciones, éstas no pueden demostrarse, no por negativas, sino por indefinidas.

Acerca del derecho de información a cargo de la AFP para la validez del traslado de régimen pensional la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en la sentencia del 9 de septiembre de 2008, radicación 31989, criterio que fue ratificado en la sentencia 18 de octubre de 2017, radicación 46292, y en sentencia del 10 de abril 2019, Rad. 56174, 14 de agosto de 2019, rad. 76284, explicitó que:

“Las administradoras de pensiones lo son de un patrimonio autónomo propiedad de los afiliados, según lo prescribe el artículo 97 de la Ley 100 de 1993; la ley radica en ellas el deber de gestión de los intereses de quienes se vinculen a ellas, y cuyos deberes surgen desde las etapas previas y preparatorias a la formalización de su afiliación a la administradora.

Es razón de existencia de las Administradoras la necesidad del sistema de actuar mediante instituciones especializadas e idóneas, con conocimientos y experiencia, que resulten confiables a los ciudadanos quienes les van a entregar sus ahorros y sus seguros de previsión para su vejez, su invalidez o para su familia cercana en caso de muerte prematura.

Esas particularidades ubican a las Administradoras en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la calidad de instituciones de carácter previsional, la misma que, por ejercerse en un campo que la Constitución Política estima que concierne a los intereses públicos, tanto desde la perspectiva del artículo 48 como del artículo 335, se ha de estimar con una vara de rigor superior a la que se utiliza frente a las obligaciones entre particulares.

Por lo dicho es que la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone el deber de cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, cumplirlas todas con suma diligencia, con prudencia y pericia, y además

todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo manda el artículo 1603 del C.C., regla válida para las obligaciones cualquiera que fuere su fuente, legal, reglamentaria o contractual.

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

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

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

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

Bajo los anteriores derroteros, los requisitos que establece la máxima corporación para la validez de traslado de régimen pensional, se centran únicamente al deber de informar que tiene la AFP a los afiliados, sin distinguos de que éstos tengan o no algún beneficio adicional al momento del reconocimiento pensional, expectativa de la pensión de vejez, conocimientos especializados o determinado tiempo en dicho régimen, en tal sentido la Sala procederá a analizar los medios probatorios allegados al proceso. Ya que lo que se debe analizar es la información que se debió dar por la AFP Porvenir SA, al momento del traslado del régimen pensional, efectuado el 1° de abril de 1997. Precizando que uno son los principios que orientan el derecho del trabajo y la seguridad social, artículos 48 y 53 de CP, 1° y ss del CST, y otros los que informan el derecho común.

La demandante, al absolver interrogatorio de parte, indicó que se encontraba en su lugar de trabajo, cuando un asesor de Porvenir S.A. les dijo a los trabajadores que el ISS se acabaría y que se perdería el tiempo cotizado. Agregó, que firmó el formato de afiliación que el entregaron en el Departamento de Recursos Humanos, pero que nadie le brindó ningún tipo de información con respecto a sus aportes y al manejo de la cuenta de ahorro individual. Indicó que sus traslados hacia los otros fondos privados se dieron sin recibir información.

Una vez examinado el acervo probatorio, en su totalidad, debe indicarse que en el caso objeto de estudio no obra medio de convicción alguno que demuestre que, efectivamente, la AFP Porvenir SA, al momento de acoger como afiliado a la actora, le hubiese suministrado información veraz, clara, precisa y detallada sobre las consecuencias de su traslado a un fondo privado, situación que constituye omisión de su deber de información, en los términos señalados en la jurisprudencia antes citada. Al respecto, cumple precisar que las manifestaciones relativas a que “podía pensionarse en un tiempo mucho menor y la mesada pensional sería mayor a la que recibiría en el RPMPD”, no puede tomarse como confesión sobre la actividad calificada que se exige de la AFP en este tipo de casos, pues ha sido consistente la jurisprudencia laboral al indicar que expresiones de este tipo no son válidas cuando la persona desconoce la incidencia que éstas puedan tener frente a sus derechos prestacionales, por ende, no puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica, ni siquiera con la mención o repetición de las características del régimen al cual se traslada, pues es obligación de la administradora de pensiones suministrar la información detallada, precisa y clara, informando a la potencial afiliada sobre las condiciones particulares de cada régimen que son aplicables a su caso, así estén contenidas en la ley de forma general y abstracta, y cómo éstas impactan su proyección pensional. Por el contrario, se concluye que, en su empeño de atraer afiliados, los asesores o promotores de la AFP que logró la vinculación de la demandante, no constataron que la información brindada al momento de analizar la posibilidad de traslado, fuera verídica y suficiente para tomar una decisión consciente del riesgo y las eventualidades que influyen en el cumplimiento de la obligación pensional.

Lo anterior, se reitera, configura una anomalía de tal grado que hace ineficaz el traslado y por tanto justifica la declaración de nulidad del traslado de régimen pensional, sin que la sola suscripción por parte de la demandante de la solicitud de vinculación y la ausencia de tacha o desconocimiento de dicho documento permita desvirtuar tal conclusión, pues la constancia inserta en la misma conforme a la cual “HAGO CONSTAR QUE REALIZO DE FORMA LIBRE, ESPONTÁNEA Y SIN PRESIONES LA ESCOGENCIA AL REGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL (...)” (página 5 del archivo 17 del expediente digital) no acredita el cumplimiento de las obligaciones exigibles a la AFP Porvenir S.A., conforme a lo analizado y no condensa lo que realmente se dio previo al traslado de régimen pensional. Además, como se ha visto en múltiples casos conocidos por esta sala de decisión, se trata de proformas, que

incuestionable el afiliado debe acceder y de dicha constancia nada se infiere respecto al deber de información a cargo de la AFP.

Incluso, de la revisión de la solicitud de vinculación o traslado al fondo de pensiones obligatorias, se advierte que dicha administradora ni siquiera informó a la activa sobre su derecho de retracto, consagrado en el artículo 3° del Decreto 1161 de 1994, el cual concede al afiliado la posibilidad de dejar sin efecto su selección, ya sea de régimen pensional o de administradora, “dentro de los 5 días hábiles siguientes a la fecha en la cual aquél haya manifestado por escrito la correspondiente selección (...)” por lo que no puede utilizarse como argumento la omisión en el ejercicio de una facultad legal que no le fue advertida por la entidad que debía suministrarle tal información.

Asociado a lo anterior, es claro que el deber de información ya se encontraba estipulado en el art. 12 del Decreto 720 de 1994, en cuyos términos:

“Artículo 12. OBLIGACIÓN DE LOS PROMOTORES. Los promotores que empleen las sociedades administradoras del sistema general de pensiones deberán suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación, durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.

Igualmente, respetarán la libertad de contratación de seguros de renta vitalicia por parte del afiliado según las disposiciones pertinentes.”

Así, se hace preciso destacar que la información u orientación de que trata la citada norma podía ser acreditada a través de cualquier medio probatorio que otorgue al juez certeza del cumplimiento de las obligaciones de buena fe, como la transparencia, la vigilancia y el deber de información, no necesariamente con las herramientas financieras a las que refieren la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015, lo cual no ocurrió en el caso que nos ocupa, por el contrario, brillan por su ausencia en el sub judice medios de convicción que acrediten la información suministrada a la promotora del presente proceso al momento del traslado de régimen pensional. Y a pesar que ésta se haya dado verbalmente, ello no la exime de la carga probatoria del artículo 167 del CGP.

Un punto importante en el presente caso es que, cuando una persona firma un formulario de vinculación o traslado a un determinado fondo de pensiones, independientemente de si es o no beneficiario del régimen de transición, debe

demostrarse que se le suministró una información clara, precisa y detallada en relación con las desventajas o beneficios que acarrea trasladarse de un régimen pensional a otro, pues, lo que se protege es el designio del afiliado de pensionarse conforme a las reglas establecidas para el régimen pensional por el que optó en aras de construir su derecho, el cual debe ser, obviamente, en mejores condiciones, como reiteradamente lo ha manifestado la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia, entre otras en sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008 y CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, así como en las proferidas a la fecha CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, SL1452-2019 y SL1688-2019 del 8 de mayo de 2019, con radicación No. 68838, criterio que resulta aplicable en el caso que nos ocupa ya que el punto esencial de debate se centra en la nulidad o ineficacia de traslado de régimen ante el incumplimiento del deber de información por parte del fondo.

Se debe, asimismo, señalar que, según lo tiene sentado la Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria en la especialidad civil, el efecto de la declaración de nulidad es retrotraer la situación jurídica a aquel estado más probable en que se hallaría si el acto o negocio jurídico no hubiera existido, es decir con ineficacia ex tunc (desde siempre), o desde el momento mismo en que el acto nulo tuvo su origen (art. 1746 CC). Así, al dejarse sin valor y efecto la afiliación al RAIS, esta declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al régimen de ahorro individual con solidaridad debiendo restituirse las cosas a su estado original; de igual manera, trae aparejada la devolución de los aportes con sus respectivos rendimientos, incluidos los dineros descontados por las AFP por concepto de gastos de administración, así como las sumas destinadas al seguro previsional y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima; pues, como ya se dijo, la consecuencia de la declaratoria de nulidad o ineficacia es, precisamente, restarle cualquier efecto al contrato celebrado entre la administradora de fondos pensiones y la demandante; sin que sean de recibo para la Sala los argumentos expuestos por Porvenir SA en su apelación referente a que no hay lugar a devolver los dineros descontados por concepto de gastos de administración dado que fueron usados en la correcta administración; imponiéndose confirmar la decisión apelada y consultada en este punto. Y es que es apenas natural que se devuelvan todos los dineros aportados y generados en

el RAIS para que pueda retrotraer el estado de afiliación de la demandante. De no operar dicho reembolso, se le estaría dando efectos parciales a dicha declaratoria, y ello, además, implicaría un enriquecimiento sin justa causa a costa de los aportes del cotizante y su empleador.

Sobre el particular, cumple recordar que ha sido posición reiterada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia que las AFP deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. También ha dicho que esta declaración obliga a las administradoras del RAIS a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propios recursos, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos dineros han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones. Así lo señaló la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL2937-2021:

Ahora bien, en la medida que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación, como se explicó, solo es posible bajo la ficción que el mismo nunca ocurrió. Luego, si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al de ahorro individual con solidaridad, y si estuvo afiliado a este último, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por Colpensiones.

Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adocinado que tal declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad 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 (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020 y CSJ SL373-2021); criterio que igualmente aplica en relación con el porcentaje destinado a seguros previsionales y a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, tal como se adocinó en recientes sentencias CSJ SL2209-2021 y CSJ SL2207-2021.

En lo que respecta a la inconformidad planteada por Porvenir SA frente al tema de la indexación, cumple precisar que las sumas que se ordenan devolver se agrupan en dos rubros diferentes: por un lado, los aportes pensionales con sus respectivos rendimientos; y, por otro; los gastos de administración, las sumas destinadas al seguro previsional y los montos dirigidos al fondo de garantía de pensión mínima; cuyos porcentajes de distribución están consagrados en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993.

Ahora, si bien los aportes pensionales, por disposición legal, deben generar una rentabilidad mínima, con lo que se busca contrarrestar su pérdida de poder

adquisitivo, razón por la cual se ordena la devolución tanto de las cotizaciones como de los rendimientos causados; no ocurre así con los restantes conceptos, esto es, gastos de administración, sumas destinadas al seguro previsional y montos dirigidos al fondo de garantía de pensión mínima, lo que implica que, para el momento de su devolución al RPMPD, se encuentran devaluados y por ello la necesidad de traerlos a valor presente; además, esta misma consecuencia negativa se daría si la AFP no pone a disposición de Colpensiones dentro del plazo concedido por el a quo. En consecuencia, la indexación opera sólo frente a estos tres últimos conceptos; lo que impone modificar la decisión apelada y consultada en este punto.

Siguiendo con el análisis del problema jurídico, es claro que la declaratoria de ineficacia del traslado implica para Colpensiones como administradora del régimen de prima media, aunque no haya participado en el traslado de régimen pensional, que deba mantener la afiliación del accionante como si no se hubiera realizado el traslado de régimen, debiendo asimismo recibir las sumas trasladadas por las AFP accionadas, incluidos los gastos de administración, lo descontado por concepto de seguro previsional y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima; lo que a su vez garantiza la financiación de la pensión sin que existan detrimentos de la cosa administrada, por ello se ordena la devolución total de los aportes junto con sus rendimientos, sin lugar a descuentos; razón por la cual se confirmará la sentencia de primer grado en lo que respecta la condena impartida a Colpensiones. Sin que pueda considerarse un enriquecimiento sin justa causa de la administradora de prima media por recibir los gastos de administración, rendimientos y demás emolumentos, dado que el artículo 32 de la Ley 100 de 1993, expresa con claridad que una de las características distintivas del RPMPD es que no existe una cuenta individual, sino un fondo común que va a garantizar las pensiones de todos los afiliados que pertenecen a éste (Corte Constitucional Sentencia C-398 de 1998).

Al respecto, no puede perderse de vista que el propósito del legislador al garantizar los derechos en un marco de sostenibilidad financiera presupone acabar con “desequilibrios pensionales”, entendiendo por tales los que exigían menos cargas pero otorgaban mayores beneficios, sin una justificación aparente; circunstancia que no se configura en el sub examine, toda vez que la declaratoria de nulidad o ineficacia de traslado de ninguna manera implica que la accionante

pueda acceder a las prerrogativas prestacionales del régimen de prima media con una menor carga contributiva.

Bajo este entendimiento, ante la indiscutible falta de información que se le debió brindar a la demandante en el momento de su traslado, se modificará un punto de la decisión apelada y consultada en los términos previamente indicados.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN

Por otra parte, en relación con la excepción de prescripción de ineficacia del traslado del régimen pensional la Sala advierte que el artículo 48 de la Carta Política, define a la seguridad social como un derecho irrenunciable regido por el principio de progresividad, de modo que, estando en juego un tema de tal trascendencia como el régimen pensional aplicable a la demandante y, de contera, los requisitos para acceder al reconocimiento de un derecho pensional, en últimas, la nulidad del traslado de régimen pensional es imprescriptible, por guardar este asunto una estrecha relación con la construcción o posibilidad de adquirir el derecho pensional, tema que de añeja jurisprudencia se ha indicado que es imprescriptible. En tal sentido se ha pronunciado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia entre otras en sentencias SL1421-2019, SL1688-2019, SL1689-2019 y SL2611-2020.

PLAZO PARA EL TRASLADO DE LOS DINEROS

Pese a que el juzgador de primer grado acertó en la decisión de declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional de la actora y los efectos respectivos, para evitar controversias futuras, se le concederá un plazo de 30 días a las AFP Porvenir SA, Protección SA y Skandia SA, contados a partir de la ejecutoria de la presente decisión, para que pongan a disposición de Colpensiones las sumas ordenadas.

CONDENA EN COSTAS

En este punto, es criterio de la mayoría de la Sala la improcedencia de la condena en costas contra Colpensiones en primera instancia, debiendo imponerse únicamente a cargo de los fondos privados, en la medida que la administradora

del RPMPD no tuvo injerencia en el acto jurídico del traslado de régimen pensional, ni es éste consecuencia directa o indirecta de la acción u omisión de Colpensiones; criterio del cual se aparta el Magistrado sustanciador, toda vez que la condena en costas debe imponerse a cargo de todas las demandadas, esto es, Colpensiones, Porvenir SA, Protección SA y Skandia SA, tal como lo petitiona el extremo demandante en su apelación, puesto que a lo largo del proceso estas administradoras han presentado oposición a las pretensiones de la demanda, siendo las costas esa carga económica que dentro de un proceso debe afrontar la parte que obtuvo una decisión desfavorable y comprende además de las expensas erogadas por la otra parte, las agencias en derecho, cuya condena tiene por finalidad la de resarcir a la parte vencedora, los gastos en que incurrió en defensa de sus intereses.

Así, pues, el artículo 365 del CGP, que regula la materia señala:

“(...)

1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a la que se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, súplica, queja, anulación o revisión que haya propuesto. (...)”.

Bajo tales presupuestos, es claro que la condena en costas atiende un criterio netamente objetivo, en la medida que no se evalúa la conducta de las partes (temeridad o mala fe), debiendo valorarse únicamente la configuración de cualquiera de las hipótesis previstas por el legislador en la norma transcrita. Así, al haber prosperado las pretensiones de la demanda, es válido que Colpensiones, Porvenir SA, Protección SA y Skandia SA asuman el pago de las costas procesales. Al respecto, recuérdese que, tal como lo ha adocinado la Corte Suprema de Justicia, la finalidad de las costas es la de “otorgar a la parte vencedora una razonable compensación económica por la gestión procesal que realizó” (Sala de Casación Civil y Agraria, auto de 25 de agosto de 1998). Y en similares términos se pronunció la Sala de Casación Laboral al indicar que “las costas son una simple consecuencia procesal del ejercicio de la acción o de la excepción” (sentencia del 20 de noviembre de 2007, con radicación No. 32200). Para finalizar, resulta pertinente destacar que los criterios señalados en el numeral 4 del artículo 366 del CGP únicamente se aplican para la graduación de las agencias en derecho dentro de los límites máximos y mínimos establecidos por el Consejo Superior de la Judicatura, mas no comportan pautas

de exoneración de las costas procesales. Además, la postura mayoritaria vulnera el principio de igualdad procesal de las partes.

Empero, de conformidad con el criterio asumido por la mayoría de la Sala, se revocará parcialmente el ordinal séptimo de la parte resolutive de la sentencia apelada y consultada para, en su lugar, absolver a Colpensiones de las costas de primer grado; y en segunda instancia, igualmente, siguiendo el criterio mayoritario, en razón a que el estudio incluyó el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, no se le impondrá condena en costas, no así, a la recurrente Porvenir SA.

En virtud de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., Sala Segunda de Decisión de la Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E

Primero.- *Modificar los ordinales segundo, tercero y cuarto de la parte resolutive de la sentencia apelada y consultada, en el entendido que las AFP demandadas deben trasladar a Colpensiones, además de los valores ordenados por la a quo, relacionados con los saldos de la cuenta de ahorro individual, los rendimientos y bonos pensionales a que haya lugar, lo descontado por concepto de gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, y en el evento de que las AFP no pongan a disposición de Colpensiones las sumas ordenadas dentro del plazo concedido en el ordinal siguiente, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, por todo el tiempo en que la actora estuvo afiliada a dichas AFP. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen, conforme a lo considerado.*

Segundo.- *Adicionar la sentencia apelada y consultada en el sentido de conceder a Porvenir SA, Protección SA y Skandia SA el término de 30 días para que pongan a disposición de la Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones- las sumas ordenadas.*

Tercero.- Revocar parcialmente el ordinal séptimo de la parte resolutive de la sentencia apelada y consultada para, en su lugar, absolver a Colpensiones de la condena en costas.

Cuarto.- Confirmar en lo demás la sentencia apelada y consultada

Quinto.- Costas en esta instancia a cargo de la recurrente Porvenir SA. Inclúyase en la liquidación respectiva la suma de \$800.000,00 por concepto de agencias en derecho.

Notifíquese, cúmplase y remítase el expediente al juzgado de origen, una vez ejecutoriada la sentencia.

~~MILLER ESQUIVEL GAPPAN~~
Salvo voto parcial


MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA


Aclaro voto
LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

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

Magistrado Sustanciador: MILLER ESQUIVEL GAITÁN

*AUDIENCIA PÚBLICA DE TRÁMITE Y JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO
LABORAL DE HERNANDO ENRIQUE URREA PIÑEROS CONTRA
ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, COLPENSIONES Y
COLFONDOS SA PENSIONES Y CESANTÍAS*

En Bogotá, D.C., a los veintiocho (28) días de abril de dos mil veintitrés (2023), siendo las tres de la tarde (3:00 p.m.), día y hora señalados por auto anterior para llevar a cabo la presente en el juicio referenciado, el Magistrado Sustanciador la declara abierta en asocio de los demás magistrados que integran la Sala Segunda de Decisión.

Acto seguido, se procede a dictar el siguiente,

A U T O

Reconocer personería al abogado Mauricio Alejandro Capera Bermúdez quien se identifica con C.C. No 1.110.497.079 y la T.P. No. 247.587 del CS de la J, como apoderado sustituto de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, en los términos y para los efectos del poder de sustitución conferido.

Notifíquese.

Acto seguido, se procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

Conoce el Tribunal del recurso de apelación interpuesto por Colpensiones contra la sentencia proferida el 1° de marzo de 2023, por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de esta ciudad dentro del proceso de la referencia, y en consulta contra aquellas condenas no apeladas y que afectan a esa entidad de seguridad social.

ANTECEDENTES

DEMANDA

Hernando Enrique Urrea Piñeros, actuando por intermedio de apoderada judicial, demandó a la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, y a la AFP Colfondos SA, para que se declare la nulidad de su traslado al RAIS, dada la omisión en el deber de información. De igual manera, se declare vigente y sin solución de continuidad su afiliación a Colpensiones. En consecuencia, se condene a Colfondos SA al pago de los deterioros sufridos, como son mermas sufridas en la financiación de la pensión de vejez, gastos de administración, los que se deberán asumir con cargo a su propio patrimonio. En similar sentido, se condene a Colfondos SA a devolver a Colpensiones todos los valores recibidos con motivo de la afiliación que se encuentren en la cuenta de ahorro individual, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, frutos e intereses, y rendimientos; debiendo Colpensiones aceptar el traslado y recibir los aportes. Asimismo, se condene al pago de las costas procesales.

Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados en el archivo 01 del expediente digital, en los que en síntesis se indicó que: nació el 10 de febrero de 1955; se afilió al ISS el 1° de febrero de 1982; se trasladó a Colfondos el 1° de noviembre de 1995; el asesor de dicha AFP no le brindó ningún tipo de información, acerca de las características y consecuencias de su traslado, solo le indicó que el ISS se acabaría; presentó reclamación ante Colpensiones, solicitando el traslado de régimen; obteniendo respuesta negativa.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES

Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, Colpensiones dio contestación en forma legal y oportuna, oponiéndose a las pretensiones formuladas (archivo 08 del expediente digital); en cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento del actor, la reclamación presentada ante esa entidad, y su respuesta negativa; sobre los restantes manifestó que no son ciertos o no le constan. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó inexistencia del derecho y de la obligación, el error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas, y la innominada o genérica.

Mediante auto del 28 de febrero de 2022, se tuvo por no contestada la demanda de Colfondos SA, decisión que fue confirmada por esta Corporación al resolver el recurso de apelación de dicha demandada.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa probatoria conforme lo solicitado por las partes y decretado por la juez de conocimiento, ésta puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo (archivo 21 del expediente digital), en la que declaró la ineficacia del traslado efectuada por el actor del RPMPD al RAIS, por intermedio de la AFP Colfondos SA, el 6 de octubre de 1995, con efectividad el 1° de noviembre de 1995. Declaró que, para todos los efectos legales el actor, nunca se trasladó al RAIS, en consecuencia, siempre permaneció en el RPMPD. Ordenó a Colfondos SA a trasladar a Colpensiones los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual del demandante junto con sus rendimientos, así como el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de la pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, por lo que, al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen. Ordenó a Colpensiones a reactivar la afiliación y corregir la historia laboral. Declaró no probada la excepción de prescripción propuesta por Colpensiones, relevándose de las demás excepciones propuestas por dicha parte, condenando en costas a Colfondos SA.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del a quo, Colpensiones interpone recurso de apelación argumentando que el actor es una persona consciente, capaz y con formación profesional, con capacidad para entender la información que recibió por parte de la AFP al momento de su traslado. Agregó, que no se demostró la existencia de algún vicio en el consentimiento y que aceptar el traslado de régimen afectaría la sostenibilidad financiera del sistema, aunado a que no podía ignorar la ley, dado que las características, condiciones y ventajas se encontraban contempladas en la Ley 100 de 1993. Finalmente, indicó que el accionante se encuentra inmerso dentro de la prohibición legal de traslado.

ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en la Ley 2213 de 2022, Colpensiones presentó alegatos en esta instancia reiterando los argumentos expuestos al momento de sustentar su recurso de apelación.

CONSIDERACIONES

Atendiendo el texto del artículo 66 A del CPT y SS, procede la Sala a analizar los puntos de inconformidad planteados por Colpensiones al momento de sustentar su recurso, y en consulta frente aquellas condenas no apeladas y que afectan a esa entidad de seguridad social.

ACLARACIÓN PREVIA

Colpensiones hace referencia en su recurso de apelación a la restricción de traslado de la parte actora, pues insiste que el mismo no resulta procedente por cuanto a la fecha no cumple con la edad requerida para retornar al RPMPD conforme los parámetros del literal e, del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, asistiéndole razón en tal aspecto, por cuanto es un hecho indiscutible que en la actualidad el demandante cuenta con 68 años de edad, en tanto nació el 10 de febrero de 1955, conforme se establece con la copia de su cédula de ciudadanía (páginas 18 y 19 del archivo 01 del expediente digital); sin embargo, se le recuerda que lo que se debate en el

sub examine es la nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional efectuado el 6 de octubre de 1995, con destino a la AFP Colfondos SA; diferente a la procedencia del traslado de régimen cuando no se cumplen con los mandatos legales sobre estos temas, por lo que no son de recibo los argumentos esgrimidos por Colpensiones en este punto.

DE LA INEFICACIA DEL TRASLADO DE RÉGIMEN - CONDENA IMPUESTA A COLPENSIONES

Colpensiones interpone recurso de apelación en el que indica que en el sub lite no se configuran los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado; en este sentido se recuerda que era la AFP Colfondos SA quien tenía la carga de probar que efectivamente al afiliado se le dio toda la información veraz, pertinente y segura de cuáles eran las condiciones de su eventual pensión en el RAIS (Ver sentencias del 9 de septiembre de 2008, radicación 31989; de 18 de octubre de 2017, radicación 46292, y del 3 de abril de 2019, rad. 68.852), por ser quien tiene la información sobre el particular, al haber sido la que impulsó el traslado de régimen pensional; sin que Colpensiones tenga injerencia alguna ni legitimidad para cuestionar este punto, ya que no participó en el mentado negocio jurídico y la aludida AFP en momento alguno se mostró inconforme con esa decisión al no recurrirla. Por lo que la alzada se restringe únicamente a revisar la inconformidad sobre la afectación a la sostenibilidad financiera del sistema, así como las demás condenas impuestas a Colpensiones.

Bien, según lo tiene sentado la Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria en la especialidad civil, el efecto de la declaración de nulidad es retrotraer la situación jurídica a aquel estado más probable en que se hallaría si el acto o negocio jurídico no hubiera existido, es decir con ineficacia ex tunc (desde siempre), o desde el momento mismo en que el acto nulo tuvo su origen (art. 1746 CC). En similares términos, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en relación con la ineficacia o nulidad del traslado ha indicado que “En la medida en que el legislador no previó un camino específico para declarar la ineficacia distinto al de la nulidad, la Sala en la sentencia CSJ SL1688-2019 explicó que las consecuencias prácticas de la primera declaración son idénticas a la de la segunda (vuelta al statu quo ante). Con asidero en este argumento, la Sala Civil de esta Corporación igualmente ha afirmado que «cualquiera sea la forma en que se haya declarado la ineficacia jurídica (entendida en su acepción general), bien porque falte uno de sus requisitos estructurales, o porque adolezca de defectos o vicios que lo

invalidan, o porque una disposición legal específica prevea una circunstancia que lo vuelva ineficaz, la consecuencia jurídica siempre es la misma: declarar que el negocio jurídico no se ha celebrado jamás» (CSJ SC3201-2018)." (SL 3463-2019).

Así, al dejarse sin valor y efecto la afiliación al RAIS, esta declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al régimen de ahorro individual con solidaridad debiendo restituirse las cosas a su estado original; de igual manera, trae aparejada la devolución de los aportes con sus respectivos rendimientos, incluidos los dineros descontados por la AFP por concepto de gastos de administración, así como las sumas destinadas al seguro previsional y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima; pues, como ya se dijo, la consecuencia de la declaratoria de nulidad o ineficacia es, precisamente, restarle cualquier efecto al contrato celebrado entre la administradora de fondos pensiones y el demandante; imponiéndose confirmar la decisión apelada y consultada en este punto. Y es que es apenas natural que se devuelvan todos los dineros aportados y generados en el RAIS para que pueda retrotraer el estado de afiliación del demandante. De no operar dicho reembolso, se le estaría dando efectos parciales a dicha declaratoria, y ello, además, implicaría un enriquecimiento sin justa causa a costa de los aportes del cotizante y su empleador.

Sobre el particular, cumple recordar que ha sido posición reiterada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia que las AFP deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. También ha dicho que esta declaración obliga a las administradoras del RAIS a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propios recursos, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos dineros han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones. Así lo señaló en la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL2937-2021:

Ahora bien, en la medida que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación, como se explicó, solo es posible bajo la ficción que el mismo nunca ocurrió. Luego, si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al de ahorro individual con solidaridad, y si estuvo afiliado a este último, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por Colpensiones.

Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que tal declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad 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 (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020 y CSJ SL373-2021); criterio que igualmente aplica en relación con el porcentaje destinado a seguros previsionales y a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, tal como se adoctrinó en recientes sentencias CSJ SL2209-2021 y CSJ SL2207-2021.

En consideración a lo anterior, es claro que la declaratoria de nulidad o ineficacia del traslado implica para Colpensiones, como administradora del régimen de prima media, que deba mantener la afiliación del accionante como si no se hubiese realizado el traslado de régimen, así no hubiera participado en el curso del traslado de régimen pensional, dadas las consecuencias de la declaratoria de ineficacia, debiendo asimismo recibir las sumas trasladadas por la AFP accionada, incluidos los gastos de administración, lo descontado por concepto de seguro previsional y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima; lo que a su vez garantiza la financiación de la pensión sin que existan detrimentos de la cosa administrada, por ello se ordena la devolución total de los aportes junto con sus rendimientos, sin lugar a descuentos; razón por la cual se confirmará la sentencia de primer grado en lo que respecta la condena impartida a Colpensiones. Sin que pueda considerarse un enriquecimiento sin justa causa de la administradora de prima media por recibir los gastos de administración, rendimientos y demás emolumentos, dado que el artículo 32 de la Ley 100 de 1993, expresa con claridad que una de las características distintivas del RPMPD es que no existe una cuenta individual, sino un fondo común que va a garantizar las pensiones de todos los afiliados que pertenecen a éste (Corte Constitucional Sentencia C-398 de 1998).

Al respecto, no puede perderse de vista que el propósito del legislador al garantizar los derechos en un marco de sostenibilidad financiera presupone acabar con “desequilibrios pensionales”, entendiendo por tales los que exigían menos cargas pero otorgaban mayores beneficios, sin una justificación aparente; circunstancia que no se configura en el sub examine, toda vez que la declaratoria de nulidad o ineficacia de traslado de ninguna manera implica que el accionante pueda acceder a las prerrogativas prestacionales del régimen de prima media con una menor carga contributiva.

Bajo este entendimiento, ante la indiscutible falta de información que se le debió brindar al demandante en el momento de su traslado, se confirmará la decisión apelada y consultada.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN

Por otra parte, en relación con la excepción de prescripción de ineficacia del traslado del régimen pensional propuesta por Colpensiones, la Sala advierte que el artículo 48 de la Carta Política, define a la seguridad social como un derecho irrenunciable regido por el principio de progresividad, de modo que, estando en juego un tema de tal trascendencia como el régimen pensional aplicable al demandante y, de contera, los requisitos para acceder al reconocimiento de un derecho pensional, en últimas, la nulidad del traslado de régimen pensional es imprescriptible, por guardar este asunto una estrecha relación con la construcción o posibilidad de adquirir el derecho pensional, tema que de añeja jurisprudencia se ha indicado que es imprescriptible. En tal sentido se ha pronunciado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia entre otras en sentencias SL1421-2019, SL1688-2019, SL1689-2019 y SL2611-2020.

PLAZO PARA EL TRASLADO DE LOS DINEROS

Pese a que el juzgador de primer grado acertó en la decisión de declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional del actor y los efectos respectivos, para evitar controversias futuras, se le concederá un plazo de 30 días a la AFP Colfondos SA, contados a partir de la ejecutoria de la presente decisión, para que ponga a disposición de Colpensiones las sumas ordenadas.

COSTAS DE ESTA INSTANCIA

Finalmente, dada la improsperidad de lo cuestionado por la entidad pública, se le impondrá condena en costas de esta instancia, siendo ésta la carga económica que dentro de un proceso debe afrontar la parte que obtuvo una decisión desfavorable y comprende además de las expensas erogadas por la otra parte, las agencias en derecho, cuya condena tiene por finalidad la de resarcir a la parte vencedora, los gastos en que incurrió en defensa de sus intereses.

Así, pues, el artículo 365 del CGP, que regula la materia señala:

“(...) 1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a la que se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, súplica, queja, anulación o revisión que haya propuesto. (...)”.

Bajo tales presupuestos, es claro que la condena en costas atiende un criterio netamente objetivo, en la medida que no se evalúa la conducta de las partes (temeridad o mala fe), debiendo valorarse únicamente la configuración de cualquiera de las hipótesis previstas por el legislador en la norma transcrita. Al respecto, recuérdese que, tal como lo ha adoctrinado la Corte Suprema de Justicia, la finalidad de las costas es la de “otorgar a la parte vencedora una razonable compensación económica por la gestión procesal que realizó” (Sala de Casación Civil y Agraria, auto de 25 de agosto de 1998). Y en similares términos se pronunció la Sala de Casación Laboral al indicar que “las costas son una simple consecuencia procesal del ejercicio de la acción o de la excepción” (sentencia del 20 de noviembre de 2007, con radicación No. 32200).

En virtud de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., Sala Segunda de Decisión de la Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E

Primero.- *Adicionar la sentencia apelada y consultada en el sentido de conceder a Colfondos SA el término de 30 días para que ponga a disposición de la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, las sumas ordenadas.*

Segundo.- *Confirmar en lo demás la sentencia apelada y consultada.*

Tercero.- *Costas en esta instancia a cargo de Colpensiones. Inclúyase en la liquidación respectiva, la suma de \$800.000,00, por concepto de agencias en derecho.*

Notifíquese, cúmplase y remítase el expediente al juzgado de origen, una vez ejecutoriada la sentencia.


MILLER ESQUIVEL GAPPAN
Magistrado


MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado


Aclaro voto
LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE
Magistrada