

TRIBUNAL SUPERIOR
DISTRITO JUDICIAL DE CUNDINAMARCA
SALA LABORAL

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

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR MILCIADES MORENO GONZÁLEZ contra ESTRUCTURAS Y ACABADOS JC S.A.S. Radicación No. 11001-31-05-018-**2018-00591**-01.

Bogotá D. C. veintiuno (21) de abril de dos mil veintitrés (2023)..

Se conoce este proceso atendiendo la medida de descongestión dispuesta por el Consejo Superior de la Judicatura en Acuerdo PCSJA22-11978 del 29 de julio de 2022; se emite la presente sentencia de manera escrita conforme lo preceptúa el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022 con el fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandada contra el fallo de fecha 22 de julio de 2021 proferido por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Bogotá.

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

SENTENCIA

- 1.** El demandante, el 12 de octubre de 2018, instauró demanda ordinaria laboral contra la entidad antes referida, para que se declare que existió un contrato a término indefinido desde el año 2002 hasta el 14 de octubre de 2017, el cual terminó sin justa causa por parte de la demandada. Como consecuencia, se condene al pago de cesantías, intereses a las cesantías, vacaciones, primas de servicios, indemnización por mora en el pago de las prestaciones sociales, los aportes en pensiones al fondo Colpensiones con sus intereses e indexación. Así mismo, solicita el pago del saldo por concepto de la última quincena, el suministro de calzado y vestido de labor y las costas procesales.
- 2.** Como sustento de sus pretensiones, manifiesta el demandante que en noviembre de 2015 suscribió un contrato a término indefinido a través del cual se vinculó para desempeñar el cargo de oficial de construcción en Bogotá y en el municipio de Girardot; que en los últimos 5 años el salario se pactó en la suma de \$2.500.000 mensuales. Señala que ejecutó la labor de forma personal, atendiendo las instrucciones del empleador y cumpliendo con el horario de trabajo señalado por aquel. Manifiesta que la relación contractual se mantuvo

por 15 años y 9 meses, terminándose el 14 de octubre de 2017, fecha en que el señor José Jesús Carvajal Tarazona, representante legal de la empresa demandada decidió finiquitarlo de manera unilateral y sin justa causa. Indica que la empresa le pagó únicamente la suma de \$820.000 por concepto de un abono de quincena del mes de noviembre de 2017. Que citó a la demandada ante el Ministerio de Trabajo, pero no compareció.

3. El Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Bogotá, mediante auto de fecha 11 de marzo de 2018 (sic) inadmitió la demanda; una vez subsanada, se admitió por auto del 21 de mayo de 2019 y ordenó notificar a la demandada (PDF 08).
4. El 25 de julio de 2019, se notificó personalmente la demandada (PDF 10); contestó el 8 de agosto de ese año, oponiéndose a todas las pretensiones. Frente a los hechos manifestó que *“el señor MILCIADES MORENO GONZÁLEZ estuvo vinculado laboralmente con la empresa que represento en los siguientes períodos de tiempo: del 15 de noviembre de 2007 hasta el 31 de mayo de 2009, en la obra denominada CENTRO EMPRESARIAL METROPOLITANO, el cual se encuentra ubicado en la Autopista a Medellín, KM 3.5 de la vía Siberia a Cota. Del 17 de mayo de 2013 hasta el día 03 de agosto de 2013, en la obra o proyecto denominado VILLAS DEL TRÉBOL, en Funza, Cundinamarca”*. Aclaró que con el demandante no existió contrato de trabajo desde noviembre de 2015 hasta el 14 de octubre de 2017 pues en ese período trabajó en el proyecto urbanístico Cabo Verde ubicado en la ciudad de Girardot, en calidad de *“empleado, colaborador o socio contratista del señor JORGE EMIGDIO GÁRNICA CASTIBLANCO.”* Que la empresa con el señor Garnica tuvo una relación contractual no laboral desde noviembre de 2015 a octubre de 2017 en la *“realización de trabajos de construcción consistentes en pegado de ladrillo, bloque, pañete y trabajo de remate en apartamentos”*. Propuso las excepciones de mérito de inexistencia de las obligaciones que se reclaman, buena fe, cobro de lo no debido, prescripción y la genérica (PDF 11).
5. El Juzgado de conocimiento, por auto del 24 de septiembre de 2019, tuvo por contestada la demanda y se señaló para audiencias de los artículos 77 y 80 del CPTSS, el 21 de enero de 2019 (sic) (PDF 15), diligencia que se llevó a cabo y se fijó el 27 de marzo de 2020 para audiencia de trámite y juzgamiento (PDF 17), la cual se reprogramó por solicitud de la demandada para el 5 de octubre de 2020 (PDF 18), cuando se realizó, la que se celebró ese día y se fijó el 12 de noviembre de 2020 para proferir respectiva sentencia (PDF 20), y se reprogramó para el 22 de julio de 2021 (PDF 21).
6. El Juez Dieciocho Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 22 de julio de 2021, declaró que entre las partes *“existieron dos contratos de trabajo a término indefinido, y el primero de ellos entre el día 17 de mayo de 2013 al 03 de agosto de 2013, y el segundo*

de ellos del día **13 de noviembre de 2015 hasta 17 de mayo de 2017**, acorde a la parte motiva de esta sentencia”, condenó a la demandada al pago de: “a. \$3.137.777, por concepto de cesantías. b. \$453.333 por concepto de intereses a las cesantías. c. \$3.137.777, por concepto de prima de servicios. d) \$1.888.888, por concepto de vacaciones. e) \$83.333 diarios, desde el día 17 de mayo de 2017 hasta el día 16 de mayo de 2019, por concepto de indemnización moratoria, corriendo a partir de dicha data, esto es, 17 de mayo de 2019 en adelante solamente los intereses moratorios a la tasa más alta certificada por la Superintendencia Financiera, conforme a la parte motiva de esta providencia”, “aportes al sistema general de seguridad social en pensión a Colpensiones por el período comprendido entre el **13 de noviembre de 2015 a 17 de mayo de 2017**, teniendo en cuenta como ingreso base de cotización por todo el período la suma de \$2.500.000”, absolvió a la demandada de las demás pretensiones; declaró probada parcialmente la excepción de prescripción; y condenó en costas a la demandada, señalando como agencias en derecho la suma de \$1.300.000.

- 7.** Contra la anterior decisión el apoderado de la parte demandada interpuso recurso de apelación, indicando: “(...). “Su señoría, no estoy de acuerdo con la decisión que acaba de adoptar el despacho y por tanto, presento el recurso de apelación para que sea el honorable Tribunal Superior de Bogotá en su Sala Laboral, quien determine si esta decisión está acorde con lo evidenciado y demostrado dentro del proceso. Para ello me permito exponer mis argumentos y las razones por las cuales no estoy de acuerdo. En primer lugar, darle la credibilidad que el despacho le ha dado a una certificación que desde la misma demanda se pidió la tacha de esta por la falsedad o por la manera que desconocemos cómo la obtuvieron y en donde pretendieron reforzarla con unos recibos con unos supuestos pagos que no tienen firma de nadie. Pues simplemente es darle credibilidad vuelvo y reitero a algo que es una de las más mentiras con las cuales se interpuso esta demanda, y es que señor juez usted no le ha dado ningún tipo de credibilidad a lo que ha expuesto la parte demandada, soportado en que el mismo demandante, señor Milcíades Moreno, le mintió a su despacho y le mintió claramente cuando desde la misma demanda plantearon que era un contrato indefinido ininterrumpido desde el año 2002 hasta el año 2017. Y frente a las preguntas que usted formuló y frente a las preguntas que le formulé al señor Garnica fue dejando ver esa gran mentira cuando ya dijo que era casi continuo, pero más adelante ya confesó que había tenido diferentes empleadores. Entonces, si una persona que demanda, soportado o fundamentado en mentiras se le da la credibilidad acerca de una certificación que como lo he reiterado ahora como en los alegatos, la obtuvo de una manera que desconocemos cómo fue y que el mismo representante legal de la demandada en su interrogatorio manifestó frente a la pregunta que le hizo el señor juez mostrándole el documento que esa no era la firma, siendo el señor juez el director del proceso, siendo quien tiene la obligación legal de determinar la veracidad de los hechos lo lógico era, señor juez, que se hubiese solicitado la prueba grafológica, se hubiese oficiado para la prueba grafológica y determinar si la firma que aparece en esta certificación es o no del señor Garnica, porque es que es claro pretendieron también allegar esos dos recibos junto con esta certificación para demostrar cosas que no son y es que es muy claro en una de las audiencias, el señor Milcíades confesó o manifestó estando en el despacho de que el salario de él era más o menos \$1.300.000, \$1.400.000, pero en esta certificación que es falsa, en esta certificación que no es la realidad y que no la expidió el empleador, indican que \$2.500.0000 y sobre eso el despacho no hace ninguna observación, tan sólo porque

aparece con el logotipo y una firma supuestamente del señor Carvajal, representante legal. El director del proceso es el señor juez y el señor juez, reitero debió en aras de establecer la verdad, en aras de llegar a la verdad procesal, haber oficiado para que se llevara a cabo la prueba grafológica, nunca se hizo, pero si se le da toda la credibilidad. Los testimonios, por el contrario, lo acaba de manifestar en su decisión no carecen de la veracidad suficiente, no sé la razón por la cual el señor, pues no le da la veracidad o no le da la credibilidad, toda vez que ellos de manera clara, de manera precisa, indicaron que el señor Garnica había llegado a trabajar en el 2015 y había llevado como su ayudante al señor Milcíades. Los dos testigos lo manifestaron las preguntas que les que les hizo el señor juez que les hice y que les hizo la apoderada de la parte demandante, fueron respondidas sin ninguna duda, sin ningún titubeo, sin ninguna situación de duda y no merecen credibilidad, claramente lo indicaron, el señor Milcíades Moreno era el ayudante del señor Garnica, indicaron que labor desempeñaba, indicaron cómo le pagaban al señor Garnica, que era el subcontratista de Estructura y Acabados JC S.A.S. y no merece nada de credibilidad, entonces, en ese sentido no puedo estar de acuerdo con esa decisión, más a un señor juez, no es posible que se tenga en cuenta un documento que desde el mismo comienzo se tachó de falso como lo he indicado y no es posible que habiendo demostrado el empleador su buena fe, su buen comportamiento y el respeto por el artículo 55 del Código Sustantivo Del Trabajo, cuál es el de llevar a cabo o efectuar o mantener esa relación laboral bajo los principios de la buena fe, en donde en las ocasiones en que estuvo vinculado ahí si laboralmente con Estructura y Acabados, el demandante, se le pagaron sus aportes pensionales, no hay asomo de una reclamación de prestaciones sociales, porque se le pagaron. Ahora en esta relación, en donde queda esa incertidumbre, en donde se demuestra que no hemos llegado a la verdad procesal, sino a una interpretación rápida de un documento que, como lo ha dicho la Corte Suprema de Justicia en su Sala Laboral en diferentes oportunidades, no todos los documentos que se allegan, certificaciones y demás, se les puede dar la credibilidad, si no se tienen en cuenta las demás circunstancias y claro es señor juez, que esa certificación, junto con dos recibos que no están suscritos por nadie, pretendían y como lo han logrado, inducir a error al despacho, en emitir un fallo con base en un documento que no es la realidad. Y es que esto se ve acentuado por la otra situación desde la primera audiencia, solicitar respetuosamente al despacho se convocará al señor Garnica porque era la única persona que podía dirimir con claridad, con precisión si el señor Milcíades Moreno había sido empleado de él, socio o colaborador como le quiera o las figuras que haya tenido y no empleado de estructuras. El despacho no hizo nada para que hiciera presencia el señor Jorge Emilio Garnica y lo dije desde la primera audiencia, no fue en los alegatos desde la primera audiencia, lo manifesté y lo solicite respetuosamente, no se dieron las cosas de esa manera, pero si vuelvo y repito, se da toda la credibilidad a un documento que presentaron de manera malintencionada y obtenido no sé bajo qué condición o por parte de quién. Acá el señor Milcíades Moreno dijo que era a través de una señora Laura y que trabajaba con estructuras, pero quedó demostrado que ninguna Laura ni ninguna otra persona diferente a Angélica Carvajal es la persona autorizada para expedir ese tipo de certificaciones y, en aras de establecer esa verdad hay dos hechos que realmente lo dejan a uno estupefacto, por no decir otra cosa, y es el hecho de que habiendo solicitado la presencia del señor Garnica, no se logró y habiendo manifestado y habiendo pedido la tacha de esos documentos por falsedad, no se tuvieron en cuenta por parte del despacho. Y peor aún el despacho condena por la sanción moratoria del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo y es que la Corte Suprema de Justicia lo hacen de manera reiterada, repetitiva, contundente. Y es que

la condena no se puede dar de manera automática, como lo expresó el señor juez ahorita, pero acá se le dice que de mala fe, cuando el señor todo lo edificó sobre mentiras, cuando el despacho no exigió y no hizo que se cumplieran los requisitos, que se hiciera presente el señor Garnica y que se solicitara un dictamen grafológico acerca de la veracidad o no de la firma y no se hizo y lo están condenando por mala fe, cuando tenía la certeza del señor Carvajal como representante de Estructuras y Acabados JC S.A.S., tenía la plena seguridad, la plena certeza de que ahí no había lugar a prestaciones sociales y lógicamente ni aportes pensionales, porque es que el señor Milcíades Moreno, nunca en ese periodo 2015 al 2017, nunca fue empleado y si no fue empleado, cómo le va a generar una carga prestacional y unos aportes pensionales, y es que eso es lo que a uno, digamos lo deja inquieto en el sentido de que se le condene por mala fe, es exactamente la misma figura de que si se alega un contrato de prestación de servicios, se tienen las pruebas del contrato de prestación de servicios y luego el empleado considera que no, que cumplir horario que la que la prestación del servicio era personal y discuten los 3 elementos y se declara un contrato realidad, pero se condena por mala fe, porque si la convicción y lo ha dicho la Corte Suprema de Justicia, si en ese evento se tiene la convicción de que no era una relación laboral, que luego por circunstancias se ordena el pago de unas prestaciones sociales, está bien, ordene el pago de las prestaciones sociales, pero no la condena por mala fe, porque es que no hay mala fe. Acá no hay mala fe, el señor Carvajal y Estructura y Acabados partieron de la base de que no era su empleado porque el que prestaban los servicios realmente era al señor Jorge Emilio Garnica y lo ratificaron los testigos. Otra cosa es que a los testigos no se les dé la credibilidad y eso está dentro de la sana crítica, dentro de la experiencia que debe tener el director del proceso, que es el señor juez y me aterra que de las pruebas allegadas, de los testimonios, de la contestación de la demanda y de los hechos que acá se pudieron evidenciar, el señor juez no haya determinado o no haya llegado a la conclusión de que no hay mala fe, mala fe si no se hubieran pagado los aportes pensionales ni las prestaciones sociales de las relaciones laborales anteriores o en las que existieron, que fue el 2007 al 2009 y en el transcurso del año 2013 y los aportes pensionales se hicieron, el pago de las prestaciones sociales se hizo y el señor Milcíades Moreno, con sus mentiras, pretendía que todo esto fuera desde el 2002 hasta el 2017 y a eso si se le dio credibilidad, a todo lo que dijo el señor Milcíades en su demanda y en una supuesta relación laboral del 2015 a 2017, le dan credibilidad cuando demostrado está que hay un sinnúmero de mentiras en esa demanda, un sinnúmero de mentiras en el interrogatorio que él rindió porque el señor juez tiene la prueba en el audio, hay un sinnúmero de mentiras en lo que pretendían. Pero aun así se condena a mi representado a pagar una sanción moratoria dizque por mala fe, o sea la parte demandada no merece ninguna credibilidad. La parte demandada no dijo absolutamente nada que el señor juez pudiera tener en cuenta. Pero la parte demandante que edificó su demanda en mentiras, que edificó su demanda en unas pretensiones que no tienen ningún soporte real, se le brinda toda la credibilidad con una certificación que obtuvo de manera no sé cómo, porque no tengo el calificativo y no quiero incurrir en errores y mucho menos en adentrarme en otros campos, en campos de orden jurídico. Pero lo que sí es cierto es que no podía ser condenado a la sanción moratoria porque no tenía la certeza, no tenía la convicción y nunca estableció relación laboral con el señor Milcíades Moreno. Por lo tanto, no estoy de acuerdo con esa sanción moratoria del artículo 65, tampoco estoy de acuerdo con él con que en ese salario que se habla de \$2.500.000 habiéndose establecido, y lo dijo el representante legal, le pagaba un poquito más del mínimo en dos preguntas que le hizo el señor juez tampoco mereció credibilidades. Entonces, no puedo compartir esa decisión, señor juez,

y por eso solicito de la manera más respetuosa, comedida al honorable Tribunal Superior de Bogotá. En su sala laboral se revoque la decisión que ha adoptado el despacho en el día de hoy en declarar que existió la relación laboral del 2015 al 2017, que se revoque la condena que se ha impuesto para el pago de prestaciones sociales, que se revoque la condena de la mala fe porque lo he reiterado, no puede haber mala fe. Pido al honorable Tribunal Superior de Bogotá en su Sala Laboral que se revoque la decisión y por tanto se declare que no existió contrato laboral entre el año 2015 y 2017, que por tanto no hay lugar a condenas a pago de prestaciones sociales y mucho menos a condena por mala fe, porque ya se demostró que mi representado actuó de buena fe. En el tema de los aportes pensionales, si no hubo relación laboral, tampoco hay lugar a ellos. En las costas procesales si no hay lugar a condena solicitó al honorable tribunal se revoque también en este sentido.”.

8. Recibido el expediente digital en la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, se admitió el recurso de apelación mediante auto del 28 de septiembre de 2021; luego, con auto del 19 de agosto de 2022, se dispuso el envío del expediente a esta Corporación en cumplimiento de lo ordenado en el Acuerdo PCSJA22-11978 de 2022 y se ordenó correr traslado a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión, dentro del cual, la parte demandante guardó silencio.

9. La parte **demandada** insiste en que no existió contrato laboral con el demandante entre el 13 de noviembre de 2015 y el 17 de mayo de 2017; que durante ese período el actor fue empleado o socio del señor Jorge Emigdio Gárnica, quien fue subcontratista de la empresa demandada en la obra Cabo Verde y que para realizar los trabajos que contrató, el señor Gárnica vinculó a varias personas, entre ellas el señor MILCIADES. Señala que “a pesar de la solicitud que hizo la parte demandada para que el Despacho convocara al señor **JORGE EMIGDIO GARNICA**, acudiendo a su facultad para convocar y hacer que una persona asista al Juzgado, no fue atendida y, por tanto, el proceso se quedó sin el principal testigo y empleador real del demandante en el período de noviembre de 2016 hasta mayo de 2017”. Así mismo, manifiesta que la certificación laboral que la parte actora allegó al proceso no corresponde a la realidad salarial, porque la persona que diligenció de manera inconsulta y fraudulenta incluyó por ejemplo el concepto de bonificación \$795.000, sin mediar ningún tipo de acuerdo en donde se dijera que la supuesta bonificación sería factor salarial. Luego agregó: “y es que desde el mismo comienzo del proceso, por la parte demandada solicitó o planteó la tacha de la veracidad de la certificación laboral allegada y eso no fue tenido en cuenta por parte del Despacho al momento de proferir su fallo. No hubo un análisis preciso de ese documento y como tal, no se acudió por parte del señor Jue (sic) a lo establecido por la Corte Suprema de Justicia, en relación con las certificaciones laborales y el valor probatorio que se debe dar a las mismas, dependiendo de las circunstancias”. También indica que el despacho no dio credibilidad al dicho de los testigos, pese a que con toda certeza, claridad y seguridad indicaron que el actor no fue empleado de la demandada en el período de noviembre de 2015 hasta mediados del año 2017.

CONSIDERACIONES

De conformidad con lo preceptuado en el artículo 35 de la Ley 712 de 2001 esta Sala de Decisión emprende el estudio de los puntos de inconformidad planteados por el recurrente en el momento de interponer y sustentar el recurso ante el juez de primera instancia, como quiera que el fallo que se profiera tiene que estar en consonancia con tales materias, sin que le sea permitido al Tribunal abordar temas distintos de estos.

Así las cosas, se tiene que los principales problemas jurídicos por resolver son: i) establecer si entre las partes existió un vínculo laboral desde el **13 de noviembre de 2015 hasta 17 de mayo de 2017**, como lo determinó el a quo, o si el demandante en ese período tuvo como empleador a un tercero, para lo cual se deberá verificar el valor probatorio de la certificación laboral aportada con la demanda y que la parte demandada insiste que no fue suscrita por el representante legal de la misma; así mismo, se deberá revisar todo el acervo probatorio en especial los testimonios recibidos, que, a juicio del recurrente, no fueron valorados en debida forma en primera instancia; en caso de establecer el vínculo laboral en el período señalado, se deberá ii) verificar si el salario devengado por el actor es el señalado en la certificación laboral o uno diferente; iii) estudiar la procedencia de la indemnización moratoria, o contrario a ello, si se debe absolver de la misma, como lo solicita el recurrente.

Frente a la existencia o no de un contrato de trabajo, se ha de indicar que el quo declaró que entre las partes existieron dos vínculos laborales a término indefinido, el primero entre el **17 de mayo de 2013 al 03 de agosto de 2013**, y el segundo del **13 de noviembre de 2015 hasta 17 de mayo de 2017**; frente al primero, la parte demandada no mostró inconformidad, incluso desde la contestación de la demandada aceptó su existencia. No ocurre lo mismo con el segundo contrato, pues insiste que en ese período el demandante le colaboraba “*como empleado o socio*” al señor Jorge Emigdio Gárnica quien a su vez era subcontratista de la empresa.

El a quo, al proferir su decisión consideró: “*En ella el despacho verifica que a folio 14 del expediente obra certificación laboral emitida por la empresa demandada Estructuras y Acabados S.A.S. en la cual certifica el señor José de Jesús Carvajal Tarazona, representante legal de la misma lo siguiente: que el señor Milcíades Moreno González, identificado con la cédula (...), trabaja para la compañía desempeñando el cargo de oficial de construcción desde el 13 de noviembre de 2015, actualmente con un contrato a término indefinido, devengando una asignación mensual de \$2.500.000. Se expide en Bogotá a solicitud del interesado a los 17 días del mes de mayo del año 2017. Documento este que la parte demandada al momento de contestar la demanda señaló que no*

era correcto, pues lo que señala la parte demandante (sic) es que la persona encargada de emitir este tipo de certificaciones no es el señor José de Jesús Carvajal, sino otra persona, que hace muchos años que tiene dicha labor, más exactamente en la labor propia del área de talento humano y quien lo hace es la señora Angélica Carvajal. Indica también la parte demandada que ese documento carece de validez e incluso en los alegatos de conclusión el apoderado de la parte pasiva señaló que dicho documento es falso. No obstante lo anterior, y a pesar de todas las réplicas que ha desplegado en la parte demandada frente al documento ya señalado anteriormente, considera este despacho que tal replica es simplemente una réplica de carácter oral, no allegó ningún tipo de prueba que pudiera derruir la validez de dicho documento, es decir que la que aparece a folio 14 del expediente, pues insiste a pesar de atacarlo y denunciar que él mismo es falso, no aportó ninguna otra prueba para derruir tal presunción. A pesar de ello, los testigos, la señora Gina y el señor Iván Daniel Caicedo testigos de la parte demandada señalaron que el demandante no laboró para dicha empresa, considera este despacho que tales pruebas testimoniales no son lo suficientemente fuertes para derruir tal presunción, más cuando dicho documento se encuentra debidamente firmado por el señor José de Jesús Carvajal Tarazona y dicha firma no fue atacada por la parte demandada. De la misma manera, no debe olvidar este despacho que durante este trámite procesal, el mismo representante legal, propietario de la empresa, podía asistir a esta diligencia y aportar las pruebas en la cual corroborara que ese documento fuere falso, lo cual no se hizo”. Mas adelante concluyó “Así las cosas, considera este despacho que queda demostrada la existencia del vínculo contractual desde el día 13 de noviembre del año 2015 hasta el día 17 de mayo del año 2017. Lo anterior, de conformidad con la certificación emitida por la entidad demandada folio 14 del del plenario y se tendrá en cuenta que el contrato es un contrato a término indefinido, como lo señala dicha certificación y que la base salarial durante todo ese tiempo será de \$2.500.000 pesos.”

Precisado lo anterior, cabe anotar que, de acuerdo con los criterios sobre carga de la prueba establecidos en el artículo 167 del CGP, incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen. De acuerdo con esta pauta, corresponde a quien alega la condición de trabajador acreditar la existencia del contrato de trabajo, aunque valga aclarar que de conformidad con el artículo 24 del CST la simple prestación de un servicio personal hace presumir la existencia de contrato de trabajo sin que se requiera la demostración de todos sus elementos, pues la parte que niega el contrato de trabajo es la que debe demostrar que la relación es independiente o autónoma, sin que sea suficiente la simple alegación en tal sentido, sino acreditándolo con prueba firme y sólida. Por consiguiente, quien alega un contrato de trabajo solo está obligado a demostrar la prestación personal de unos servicios en favor de otro. Por su parte, el artículo 23 ídem preceptúa que para que exista un contrato de trabajo deben concurrir tres elementos esenciales a saber, la actividad personal del trabajador, la continuada subordinación o dependencia y el salario.

En cuanto a la prestación del servicio por parte de la demandante, lo primero que se evidencia es que con la demanda se adjuntó una certificación laboral expedida el 17 de mayo de 2017, en la que se indica: “El Sr. MILCIADES MORENO GONZALEZ identificado con cédula de ciudadanía número 11.336.674 trabaja para la compañía desempeñando el cargo de **OFICIAL DE CONSTRUCCIÓN**, desde el 13 de Noviembre de 2015- Actualmente, con un **CONTRATO A TERMINO INDEFINIDO**, devengando una asignación mensual de **DOS MILLONES QUINIENTOS MIL PESOS M/CTE. \$2.500.000 M/cte.**). Documento que aparece suscrito por el señor José de Jesús Carvajal Tarazona en calidad de representante legal de ESTRUCTURAS Y ACABADOS JS S.A.S.; sin embargo, la empresa al contestar la demanda lo tachó por falsedad “en atención a que la firma que allí aparece no corresponde a la firma de quien lo suscribe.

El recurrente al advertir que el a quo dio credibilidad a la certificación laboral, señaló que el juez como director del proceso tiene la obligación legal de determinar la veracidad de los hechos, por lo que debió solicitarle la prueba grafológica para determinar si la firma que aparece en la certificación es o no del representante legal de la demandada. Frente a esta manifestación la Sala considera que conforme al artículo 269 y s.s. del C.G.P. aplicable al procedimiento laboral por disposición del artículo 145 del CPTSS, a quien se le atribuye un documento, afirmándose que está suscrito o manuscrito por ella, podrá tacharlo de falso en la contestación de la demanda, si se acompañó a esta; situación que ocurrió en este caso; sin embargo, el artículo 270 de esa misma norma señala “*Quien tache el documento deberá expresar en qué consiste la falsedad y pedir las pruebas para su demostración. No se tramitará la tacha que no reúna estos requisitos*” y en el caso concreto se advierte que la parte demandada se limitó a indicar que tachaba por falsedad dicho documento sin pedir prueba alguna para su demostración; además de ello, durante el proceso tampoco solicitó al juzgado tramitar la tacha ni mucho menos que se decretara la prueba grafológica que echó de menos luego de cerrado el debate probatorio. La actitud pasiva de la demandada frente al tema se puede observar desde que asintió el decreto de pruebas a favor de la parte actora, que tuvo el a quo como tal “*todos los documentos aportados con la respectiva demanda*”, pues luego de notificado el auto no presentó reparo alguno, ni siquiera hizo referencia frente a la tacha, y al momento en que el a quo dispuso cerrar el debate probatorio tampoco realizó manifestación alguna al respecto; con lo que entiende la Sala que existió un desistimiento tácito de la tacha. No se comparte la postura de la demandada al pretender endilgar la responsabilidad al a quo al no haber decretado de oficio la prueba grafológica, pues sin desconocer que es el director del proceso, eso no implica dejar de lado las cargas probatorias que tienen las partes, pues no bastaba tachar el documento, sino que tenía que pedir las pruebas para su demostración, lo cual, como ya se indicó, no hizo. En estos términos, al no acreditarse lo contrario, la Sala tiene el

documento como suscrito por quien allí aparece, esto es, el señor José de Jesús Carvajal Tarazona en calidad de representante legal de ESTRUCTURAS Y ACABADOS JS S.A.S.

Ahora, si bien el documento denominado por la parte actora como *“desprendible de pago del año 2016”*, carece de valor probatorio al no tener firmas o sellos de la empresa, ello no implica que la certificación laboral corra la misma suerte, pues la misma si se encuentra suscrita y no se demostró que la firma no es del representante legal de la demandada; así mismo, si bien los testigos Ginna Milena Alegro Gómez e Iván Daniel Caicedo González coincidieron en indicar que cuando se requería una certificación laboral debían comunicarse directamente con la oficina de Bogotá con la gerente de la parte administrativa, que era Angelica Carvajal, sin embargo, eso no es óbice para que el señor José de Jesús Carvajal Tarazona en calidad de representante legal de la empresa haya expedido la certificación allegada con la demanda, pues es la persona que aparece como gerente en el certificado de existencia y representación legal de la empresa.

Respecto al contenido de la certificación laboral, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha sido clara en señalar que *“Los hechos expresados en los certificados laborales deben reputarse como ciertos, a menos que el empleador demandado acredite contundentemente que lo registrado en esas constancias no se aviene a la verdad”* (Sentencia SL-6621-2017 Rad. 49346 del 3 de mayo de 2017). De acuerdo con ello, en el caso concreto, en principio se reputa como cierto que el demandante laboró para la empresa demandada mediante un contrato a término indefinido en el cargo de oficial de construcción desde el 13 de noviembre de 2015 hasta la fecha en que se expidió la certificación, 17 de mayo de 2017, devengando como asignación mensual \$2.500.000, correspondiéndole a la demandada acreditar que esos hechos no corresponden a la realidad.

El recurrente asegura que los testigos Ginna Milena Alegro Gómez e Iván Daniel Caicedo González, que el a quo no valoró en debida forma, son suficientes para acreditar que lo registrado en la certificación laboral no es cierto. No obstante, dichas declaraciones estas lejos de suministrar información con la precisión suficiente para acreditar que el demandante no laboró para la empresa desde el 13 de noviembre de 2015 hasta el 17 de mayo de 2017, pues ninguno de los declarantes indica de forma clara, la manera en que habría presenciado los hechos que los llevó a concluir que el demandante laboraba para el señor Jorge Garnica y no para la empresa. Es así que la señora Ginna Milena Alegro Gómez, quien trabaja como almacenista en estructuras y acabados hace 5 años, sostuvo que conoció al demandante porque trabajó con el señor Jorge Garnica, quien era

subcontratista de la empresa, y si bien adujo que la empresa le pagaba a don Jorge y él a su vez era el que le pagaba al demandante porque era su ayudante de pañete, sin embargo, no señaló la razón por la cual le consta esa situación, por el contrario, manifestó que no sabe cuánto le pagaba al demandante. Incluso a la pregunta: *“dentro de la actividad que usted cumplía, a usted le correspondía darle alguna instrucción o exigirles alguna situación a los subcontratistas o a los trabajadores de los subcontratistas”*, contestó *“no señor no porque mi trabajo es almacenista, lo único que hago es recibir y entregar material, pero yo ayudaba en el momento al ingeniero cuando se hacían los cortes, pero de resto no”*. Respuesta de la que se evidencia que no tenía contacto con el demandante como para que le pudiera constar de manera directa quien era su empleador, pues incluso no hizo referencia alguna y tampoco se le preguntó respecto a quien era que le daba ordenes o ejercía subordinación sobre él. Ahora, el testigo, Iván Daniel Caicedo González quien trabajó como residente de obra para la demandada desde noviembre de 2015 a noviembre de 2017 y volvió en febrero de 2020, manifestó que el demandante fue ayudante de obra del señor Jorge Gárnica, quien era subcontratista de pañete con quien se tenía un contrato verbal en la obra Cabo Verde. Señaló que por su cargo tenía contacto con el personal y que el demandante no estaba vinculado directamente con la empresa y que el señor Gárnica era el encargado de pagarle a sus empleados, entre ellos el actor. Manifestó que él le daba instrucciones al señor Jorge Gárnica y el a su vez se las daba a los empleados, porque de forma verbal así lo acordaron; sin embargo, para la Sala su dicho no es suficiente pues incluso en el evento que se tuviera por cierto que el demandante laboró para el señor Gárnica, esa no es razón suficiente para descartar un vínculo laboral con la empresa, en virtud de la coexistencia de contratos regulada en el artículo 26 del C.S.T. máxime cuando la misma demandada no aseguró que el vínculo que existía entre el actor y el señor Gárnica fuera de tipo laboral, pues da a entender que podía ser su socio. Ante este panorama y en la medida que tal como lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia en la sentencia ya citada *“la carga de probar en contra de lo que certifique el propio empleador corre por su cuenta y debe ser de tal contundencia que no deje sombra de duda, de manera que, para destruir el hecho admitido documentalmente, el juez debe acentuar el rigor de su juicio valorativo de la prueba en contrario y no atenerse a la referencia genérica que haga cualquier testigo sobre constancias falsas”*; al no haberse acreditado que el contenido de la certificación no corresponde a la realidad, se ha de señalar que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido desde el 13 de noviembre de 2015 al 17 de mayo de 2017, confirmando la decisión de la a quo en este aspecto.

Ahora, muestra inconformidad el recurrente en cuanto a que no se escuchó el testimonio del señor Jorge Gárnica Castiblanco; al respecto se advierte que tal prueba fue decretada por el a quo, incluso accedió a librar boleta de citación

ante la manifestación de la parte demandada; sin embargo, el testigo no hizo parte de la audiencia a la cual se citó, por lo que no se pudo escuchar. Luego se cerró el debate probatorio, sin que la demandada haya indicado algún tipo de inconformidad frente a esa decisión, pues era la oportunidad para hacerlo, esperando hasta cuando presentó los alegatos y más tarde en el recurso para reprocha el actuar del juez, porque en su sentir *“no hizo nada para que hiciera presencia el señor Jorge Emilio Garnica”*, pues si creía que el testimonio era importante para decidir el asunto, debió manifestárselo al Juez antes de que quedará el firme el cierre del debate probatorio, ya que con su silencio asintió la decisión del a quo.

Por otra parte, si bien el demandante en el interrogatorio de parte incurrió en varias imprecisiones, pues en un comienzo señaló que laboró con el señor José Carvajal antes de existir la empresa Estructura y Acabados desde el año 2002 al 2017, sin embargo, luego aceptó que en el año 2010 trabajó para una cooperativa, en el año 2013 tuvo como empleador al señor Héctor Ramón Latorre, en el 2015 sin decir hasta que fecha tuvo como empleador al señor Camargo Araque Carlos; sin embargo, no confesó que dentro del período 13 de noviembre de 2015 hasta el 17 de mayo de 2017 haya laborado para una empleador diferente a la demandada, incluso frente al señor Garnica señaló que nunca fue su empleador y que fueron compañeros de trabajo en la obra Cabo Verde de la empresa demandada.

Ahora, el recurrente insiste en que en la medida que la parte actora mintió en cuanto a los extremos laborales, el tipo de contrato, no se le puede dar credibilidad a una certificación laboral que desconoce de donde proviene; sin embargo la Sala encuentra que son situaciones diferentes, pues una cosa es que no haya acreditado los extremos señalados en la demanda, y otra cosa es que existe una certificación laboral en la cual aparece que fue expedida por el representante legal de la demandada, y contra la que no se adelantó trámite alguno en el que se hubiese podido corroborar que no era su firma; por tanto, tales imprecisiones y el hecho que no quedar acreditados en su totalidad los hechos narrados en la demandada, no son situaciones que permitan concluir que la demanda se basó en mentiras y que se deba absolver a la demandada de todas las pretensiones incoadas en su contra, pues como ya se indicó existen cargas probatorias de las partes que no se pueden pasar por alto.

De acuerdo con lo anterior, se confirma la sentencia del a quo, en cuanto a la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido desde el 13 de noviembre de 2015 al 17 de mayo de 2017.

Frente al salario que tuvo en cuenta el a quo, para la Sala se debe tener como salario el señalado en la certificación laboral, pues no se acreditó que hubiera devengado una suma distinta, pues si bien el recurrente señaló que “ *el señor Milcíades confesó o manifestó estando en el despacho de que el salario de él era más o menos \$1.300.000, \$1.400.000*”, sin embargo no se evidencia que en el interrogatorio de parte, el demandante haya hecho referencia al salario que devengaba, incluso no se le preguntó al respecto, por tanto, en el evento que el actor haya hecho referencia al monto salarial en otro espacio diferente al interrogatorio de parte, no podría dársele el carácter de confesión. Ahora, el hecho que el representante legal haya indicado que cuando el actor fue vinculado por la empresa le pagaban un poquito más del mínimo, no puede tenerse en cuenta, pues ha de recordarse que la parte no puede crear su propia prueba, además estaba haciendo referencia a una época diferente, pues se ha de tener presente que aquel no aceptó el vínculo laboral entre 2015 y 2017. Así las cosas, se tendrá como salario devengado por el actor desde el 13 de noviembre de 2015 a 17 de mayo de 2017 la suma mensual de \$2.500.000, debiéndose confirmar la sentencia en este punto.

De otro lado, el recurrente, aduce que no hay lugar a condenar a la demandada por concepto de la indemnización moratoria contemplada en el artículo 65 del CST, porque no han actuado de mala fe “*porque lo ha dicho la Corte Suprema de Justicia, si en ese evento se tiene la convicción de que no era una relación laboral, que luego por circunstancias se ordena el pago de unas prestaciones sociales, está bien, ordene el pago de las prestaciones sociales, pero no la condena por mala fe, porque es que no hay mala fe. Acá no hay mala fe, el señor Carvajal y Estructura y Acabados partieron de la base de que no era su empleado porque el que prestaban los servicios realmente era al señor Jorge Emilio Garnica y lo ratificaron los testigos. Otra cosa es que a los testigos no se les dé la credibilidad y eso está dentro de la sana crítica, dentro de la experiencia que debe tener el director del proceso, que es el señor juez y me aterra que de las pruebas allegadas, de los testimonios, de la contestación de la demanda y de los hechos que acá se pudieron evidenciar, el señor juez no haya determinado o no haya llegado a la conclusión de que no hay mala fe*”.

Respecto a la indemnización moratoria, el a quo consideró: *Así las cosas, entonces el despacho debe entrar a examinar si la parte demandada obró de buena o mala fe. Y es que en el presente asunto considera el despacho que no se evidencia buena fe dentro de este trámite, máximo, cuando dentro de este mismo asunto quedó plenamente demostrada la existencia del vínculo contractual a través de la certificación emitida por el representante legal de la empresa demandada, prueba más que suficiente para que este despacho pueda señalar que hubo un contrato de trabajo y que a la terminación del mismo la entidad demandada no demostró la existencia de pago alguno, por ese período. Debe también señalar que la sola manifestación que hace la parte demandada, en señalar que no existió contrato de trabajo, considera este togado que no es suficiente para exonerarlo de la indemnización moratoria, pues bastaría simplemente que en cualquier momento cualquier*

empresa negara la existencia de un vínculo contractual para ajustarse a un principio de la buena fe, lo cual considera este despacho no es correcto.

De acuerdo con ello, en primer lugar, se debe tener en cuenta que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha señalado que la alegación de no existir contrato de trabajo no es suficiente para que se declare buena fe. Al respecto se puede consultar la Sentencia SL4566-2019 Rad. 68600 del 23 de octubre de 2019, donde se indicó: *"De otro lado, no son de recibo las alegaciones sobre la buena fe del demandado en perspectiva de la indemnización moratoria que le fue impuesta, pues cumple memorar que la simple manifestación de haber obrado bajo la convicción de que no existía contrato de trabajo, no es suficiente para deducir que obró en forma correcta y leal"*.

Al revisar el proceso, para la Sala resulta relevante tener en cuenta la existencia de una certificación laboral expedida por la parte demandada, pues no se acreditó que esa información no fuera cierta, situación que no permite concluir que sea razonable que no se haya tenido claridad respecto del tipo de vínculo que se tuvo con el demandante, pues si bien la demandada insiste en que el actor no le prestó directamente el servicio desde el 13 de noviembre de 2015 al 17 de mayo de 2015, lo que se certificó indica todo lo contrario. Así las cosas, se confirmará la sentencia en este aspecto.

En la medida que no prosperó el recurso de apelación, no hay lugar a revocar la sentencia de primera instancia, ni absolver de las condenas allí impuestas, incluyendo la condena en costas.

Así queda resuelto el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada.

Se condena en costas de esta instancia a la parte demandada, porque el recurso no prospero. Se fijan como agencias en derecho la suma de 2 SMMLV.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de fecha 22 de julio 2021 proferida por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de MILCIADES MORENO GONZÁLEZ contra ESTRUCTURAS Y ACABADOS JC S.A.S, por las razones señaladas en la parte motiva de la presente sentencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandada y a favor

del demandante. Se fijan como agencias en derecho la suma de 2 SMMLV.

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

LAS PARTES SE NOTIFICAN EN EDICTO Y CÚMPLASE,



EDUIN DE LA ROSA QUESSEP

Magistrado



JAVIER ANTONIO FERNÁNDEZ SIERRA

Magistrado



MARTHA RUTH OSPINA GAITÁN

Magistrada

LEIDY MARCELA SIERRA MORA

Secretaria



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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO
Proceso: 110013105007201800575-01

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

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

Procede la sala, a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados judiciales de Colpensiones, Porvenir S.A. y Colfondos S.A., en contra de la sentencia de primera instancia proferida el veintiún (21) de septiembre de 2022 por el Juzgado Séptimo (07) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **MARIA ASTRID TRIANA CIFUENTES** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS**.

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

ANTECEDENTES

María Astrid Triana Cifuentes, instauró demanda ordinaria laboral en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES**, **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE**

PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, para que se declare que la nulidad y/o ineficacia del traslado que la demandante realizó al RAIS por omisión de PORVENIR S.A. al deber de información, ordenar traslado y activación de afiliación a COLPENSIONES en el RPM, ordenar a PORVENIR S.A. la devolución a COLPENSIONES de todos los dineros recibidos con motivo de la afiliación, como cotizaciones, bonos pensionales con los rendimientos, gastos de administración y cualquier otro, debiendo asumir el fondo con su propio patrimonio la disminución en el capital de financiación de la pensión por el pago de las mesadas, condenar a HORIZONTE hoy PORVENIR S.A. en caso de haber otorgado pensión seguir pagando la misma hasta tanto se dé el traslado de régimen, se condene en costas procesales, se apliquen las facultades extra y ultra petita.

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

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señaló que se afilió al sistema de seguridad social en pensiones a partir del 25 de agosto de 1989, que se trasladó al RAIS a través de Horizonte hoy PORVENIR S.A. la cual se llevó acabo el 18 de octubre de 1996, que Horizonte fue absorbida por PORVENIR, que al momento del traslado el asesor de la entidad se limitó a diligenciar un formato, sin otorga una información, veraz completa y suficiente, que se solicitó a COLPENSIONES y PORVENIR S.A. la anulación del traslado. (Archivo 01CuadernoPrincipal.pdf)

Contestación de la demanda

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

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, propuso las excepciones de mérito que denomino; prescripción de la acción que pretende atacar la nulidad de la afiliación, inexistencia de la obligación a cargo de mi representada, cobro de lo no debido, buena fe, compensación, innominada o genérica. (Archivo 01CuadernoPrincipal.pdf, fl. 280).

La **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS**, propuso las excepciones de fondo; inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, innominada o genérica, ausencia de vicio del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con

solidaridad, ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por COLFONDOS S.A. y prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado. (Archivo 01CuadernoPrincipal.pdf, fls. 355 al 357).

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES**, propuso las excepciones de 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 configuración del derecho al pago de intereses moratorios, ni indemnización moratoria, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, innominada o genérica. (Archivo 01CuadernoPrincipal.pdf, fls. 230 a 241).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia proferida el veintiún (21) de septiembre de 2022 por el Juzgado Séptimo (07) Laboral del Circuito de Bogotá, declaró la ineficacia de la afiliación del traslado realizado por la demandante a través de AFP HORIZONTE hoy PORVENIR S.A. de fecha 18 de octubre de 1996, así como los traslados horizontales, ordenar a PORVENIR a trasladar la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual de la que es titular la demandante dineros que deben incluir los rendimientos que se hubieren generado hasta que se haga efectivo dicho traslado al RPM administrado por COLPENSIONES, ordenar a PORVENIR y COLFONDOS devolver a COLPENSIONES el porcentaje correspondiente a los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, para cumplir la orden se condene un término de 30 días contados a partir del auto de obediencia al superior, deberá presentarse informe debidamente discriminado con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes, descuentos objeto de devolución, su indexación y demás información relevante que los justifiquen y que prevengan controversias posteriores a la ejecutoria de la sentencia, condenar a COLPENSIONES a recibir sin solución de continuidad como afiliada al RPM al ISS hoy COLPENSIONES, declarar no probadas las excepciones presentadas por las demandadas, condena en costas a las demandadas.

De los recursos de apelación

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

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, interpuso recurso de apelación de forma parcial, para que se revoque el numeral tercero; estando en total desacuerdo por la condena de indexar los porcentajes de los seguros de invalidez y sobrevivientes, así como su pago, ya que se desconoce que mientras la demandante estuvo vinculada a la entidad se cubrieron los riesgos correspondientes en su favor, recordemos que la demandante estuvo vinculada a COLFONDOS y después retornar a la entidad, fecha para la cual era imposible volver al RPM por encontrarse en prohibición legal al contar con menos de 10 años para adquirir su derecho pensional, máxime cuando estos se pagaron a un tercero.

La **ADMINISTRADORA COLOMBIA DE PENSIONES COLPENSIONES**, presentó recurso de apelación para que se revoque en su totalidad la sentencia, manifestó que; no obra prueba de que se esté frente algún vicio del consentimiento, que es un punto de derecho que no puede repercutir en la ineficacia al acto jurídico celebrado entre la demandante y el fondo de pensiones, cuando no existe esfuerzo procesal mínimo por parte de la demandante, recayendo la carga de la prueba en la AFP, siendo una apreciación que quiebra las lógicas del derecho además de existir obligación como consumidor financiero de informarse, máxime cuando existe la suscripción de un formulario de afiliación. De otro lado, se incurriría en una descapitalización del sistema pensional que afecta el estado financiero, además la Corte Constitucional a través de varios pronunciamientos ha indicado que nadie puede favorecerse del sistema financiero en seguridad social pensional, en cuanto a personas que no contribuyen a su financiamiento, pues la entidad es un tercero de buena fe.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Una vez corrido el traslado correspondiente la demandada COLPENSIONES se pronuncio reiterando su solicitud de revocatoria, para lo cual argumento; la existencia de una prohibición legal, sobre no acreditar vicios del consentimiento, en cuanto a la carga de la prueba, respecto al deber de información y sobre la descapitalización del sistema, de forma subsidiaria de confirmarse la decisión ordenar la devolución de los aportes con rendimientos y sin descuento alguno y no condenar en costas. Por su parte, la apoderada de PORVENIR S.A. dijo; que la demandante se encontraba en una prohibición legal ya que contaba con menos de 10 años para adquirir su derecho pensional, que es conocido que la demandante estuvo cubierta por los riesgos de invalidez, vejez y muerte, por lo que se cumplió el objeto generándose rendimientos financieros, por último, la parte demandante guardo silencio.

CONSIDERACIONES

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

Problema Jurídico:

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

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

RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA – ART. 6° DEL CPTSS

Se encuentra suplido este requisito con la solicitud radicada ante Colpensiones el 13 de diciembre de 2017 y su respuesta en la misma fecha, donde le fue negado el traslado o afiliación al RPMPD. (Archivo 01CuadernoPrincipal.pdf, fls. 60 a 62)

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

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

Ahora bien, el Legislador en la Ley 100 de 1993, estableció dos regímenes de pensiones, estos son, el régimen de prima media con prestación definida y el régimen de ahorro individual con solidaridad, y aunque la afiliación a uno de estos dos regímenes es obligatoria, la selección de uno de los dos sistemas es libre, siendo que una vez hecha la selección el afiliado tiene la

posibilidad de poder trasladarse de un régimen pensional a otro, siempre y cuando se cumplan las condiciones establecidas en el literal e) del artículo 13 de la norma en cita.

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

*“las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad, pues la elección del régimen pensional, depende del simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, **entonces la administradora tiene el deber de un buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aun a llegar, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, si ese fuera el caso**”.* (Negrilla fuera de texto)

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

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

De ahí que, se falta al deber de información cuando la entidad guarda silencio, esto es, omite indicar al posible afiliado los aspectos benéficos, sus condiciones particulares sobre cada sistema, situaciones que deben influir

en la toma de decisión del cambio de régimen de prima media al régimen de ahorro individual, precisamente, en razón a la naturaleza de las administradoras pensionales en cuanto a su carácter profesional, ello de conformidad a lo previsto en el Decreto 656 de 1994 y el artículo 97 de la Ley 100 de 1993, ordenamiento legal que se encontraba vigente al momento de la afiliación de la demandante.

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

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

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

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

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

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

Por lo expresado en el precedente jurisprudencial hasta aquí reseñado, el cual se acoge en su integridad, es posible concluir que cuando se solicite la ineficacia del traslado de régimen pensional por motivo de la deficiente información brindada, es presupuesto determinar cuál fue la asesoría que tuvo el afiliado en el régimen de ahorro individual con solidaridad en cuanto a los elementos exigidos, ya que, son precisamente esos los aspectos que deben demostrarse dentro del proceso, sin que necesariamente deba acreditarse un vicio específico del consentimiento, principalmente porque el desconocimiento por parte del afiliado de las consecuencias no permiten que su decisión sea concreta y real.

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

disposiciones legales que sobre la materia se rigen, sino para documentar las situaciones que se presentaron respecto de los hechos que ha puesto de presente no solo la parte demandante, sino la propia demandada en cuanto a su gestión.

Dicho lo anterior, se advierte que se encuentra acreditado dentro del plenario que: i) la demandante nació el dieciséis (16) de enero de 1958 (archivo 01CuadernoPrincipal.pdf, fl. 52), ii) cotizó al extinto Instituto de Seguros Sociales hoy COLPENSIONES entre el 25 de agosto de 1989 al 30 de junio de 1996 un total de 132.86 semanas (Archivo 01CuadernoPrincipal.pdf, fl. 45), iii) que el dieciocho (18) de octubre de 1996 se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la A.F.P. HORIZONTE hoy Porvenir S.A., con fecha de efectividad desde el 01 de diciembre de 1996 (Archivo 01CuadernoPrincipal.pdf, fls. 50 y 53).

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

Del material probatorio puede colegir la Sala que de ninguna manera se le informó a la demandante de una forma expedita, aun cuando Porvenir S.A. y Colfondos S.A. estaban obligados a demostrar dentro del proceso que la información que se le había proporcionado a la afiliada era suficiente en los términos previamente indicados, esto es, el fondo no logro demostrar en el curso de esta actuación haberle suministrado a la señora María Astrid Triana Cifuentes asesoría suficiente en cuanto a; las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, así como la eventual pérdida de beneficios pensionales. Todo lo anterior en contravía del artículo 128 de la Ley 100 de 1993 que prevé que la afiliación implica la aceptación de las condiciones al régimen al cual se ha afiliado el ciudadano, con lo cual puede colegirse que en tal afiliación no se le brindó una asesoría especializada, completa, adecuada, suficiente, cierta y comprobable, por lo que resultaría ineficaz esta afiliación, máxime

cuando el actuar comprende una conducta omisiva del fondo en el desconocimiento del principio de confianza legítima, pues no es de recibo el argumento de la recurrente al manifestar que retorno a PORVENIR cuando ya estaba a menos de 10 años para adquirir su derecho pensional, ya que lo importante es verificar si se cumplió con la obligación de informar al momento del traslado.

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

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

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

Continuando con lo que es tema de apelación, en cuanto a la condena por la devolución de gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de la pensión mínima, debidamente indexados, es procedente dado que la principal consecuencia de la declaratoria de la ineficacia del traslado se contrae a negarle efecto al mismo, bajo la ficción de que nunca

ocurrió, esto es, entendiendo que nunca se produjo el cambio al sistema privado de pensiones, lo que comporta que además del traslado de los dineros y rendimientos a Colpensiones se deben devolver los gastos de administración, comisiones con cargo a sus propias utilidades y demás como quiera que el surgimiento del acto ineficaz, dichos recursos habrían ingresado al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones. En tal sentido conveniente resulta traer a colación lo decidido por la Honorable Corte Suprema de Justicia en sentencia con radicado 78667 del 29 de julio de 2020 Magistrado ponente Dra. Clara Cecilia Dueñas de Quevedo en la que frente a las consecuencias de las restituciones mutuas suplidas con ocasión de la declaratoria de ineficacia de traslado señala:

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

(...)

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

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

Ahora, los efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional cobija a todas las entidades a las cuales estuvo vinculado el accionante en el RAIS, aun cuando, como es lógico, no todas participaron en el acto de afiliación inicial, porque las consecuencias de tal declaratoria

implica dejar sin efectos jurídicos el acto de vinculación a tal régimen; en otros términos, es la inscripción en ese esquema pensional la que se cuestiona como una sola, lo que involucra a las demás AFP, así ellas no hayan intervenido, se reitera, en la primera admisión. Por ello, es que todas las cotizaciones efectuadas por el promotor del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, tal como asentó el Tribunal.

(...)

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

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

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

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

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

(...)

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

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

En conclusión, como en este asunto se incumplió con el deber de información cuando la demandada Porvenir S.A. enseñó de manera incompleta las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, sin ni siquiera enseñar las características de cada uno de los regímenes, brilla por su ausencia algún estudio, debiendo hacerlo, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, indudablemente la afiliación realizada por la demandante a la AFP Porvenir S.A. el dieciocho (18) de octubre de 1996 con efectividad el 1 de diciembre de ese mismo año se torna ineficaz, por la falta de información de la entidad pensional, debiéndose por tanto confirmar la sentencia de primera instancia. Ineficacia que valga la pena recordar, en los términos del artículo 1746 del C.C. da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo.

Del fenómeno de la prescripción

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

De la imposición en costas

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

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

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

(...)

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

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

Por lo tanto, como quiera que las costas se imponen a las partes vencidas en el proceso, al tenor de lo dispuesto en el artículo 365 del CGP, es por lo que evidencia la Sala que los argumentos en los que fincó su inconformidad la censura, encuentran soporte legal y fáctico para que se acceda a su revocatoria y posterior condena.

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

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

“Por último, en lo que si le asiste razón a la parte demandante, es en cuanto a la no imposición de costas por parte del juzgado, puesto que las mismas tienen lugar frente a la parte vencida en el litigio, que en este caso los fueron las demandadas, quienes hicieron oposición a las reclamaciones del actor (art. 365 del CGP), sin que se observen causales para eximirlos de dicho rubro.”

Es claro entonces que se deberá condenar en costas a la parte vencida en el proceso, situación que se evidenció en la sentencia de primera instancia con relación a las demandadas, quienes se opusieron a la prosperidad de todas y cada una de las pretensiones.

Resultan suficientes los anteriores argumentos para confirmar la sentencia apelada. Costas en esta instancia a cargo de las recurrentes COLPENSIONES y POVENIR S.A. por haberle sido desfavorable la alzada.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el veintiún (21) de septiembre de 2022 por el Juzgado Séptimo (07) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de primera instancia, promovido por **MARÍA ASTRID TRIANA CIFUENTES** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** y la **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS**, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

En uso de permiso
DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado

**TRIBUNAL SUPERIOR
DISTRITO JUDICIAL DE CUNDINAMARCA Y AMAZONAS
SALA LABORAL**

Magistrado: **JAVIER ANTONIO FERNÁNDEZ SIERRA**
Proceso: Ordinario
Radicación No. 11001-31-05-027-2018-00257-01
Demandante: **CIHARA VALESSA AVENDAÑO PADILLA**
Demandado: **CORPORACIÓN NUESTRA IPS**

En Bogotá D.C. a los **25 DIAS DEL MES DE ABRIL DE 2023**, la Sala de decisión Laboral integrada por los Magistrados **MARTHA RUTH OSPINA GAITÀN**, **EDUIN DE LA ROSA QUESSEP**, y quien actúa como ponente **JAVIER ANTONIO FERNÁNDEZ SIERRA**, procedemos a proferir la presente sentencia escrita de conformidad con lo establecido por la Ley 2213 de 2022, y en acatamiento de la medida de descongestión adoptada mediante Acuerdo PCSJA22-11987 de 29 de julio de 2022, emanado del Consejo Superior de la Judicatura.

Examinadas las alegaciones de las partes, se procede a resolver el recurso de apelación presentado por la parte demandada, contra la sentencia proferida el 27 de agosto de 2020, por el Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá D.C., dentro del proceso de la referencia.

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES.

CIHARA VALESSA AVENDAÑO PADILLA instauró demanda laboral en contra de la **CORPORACIÓN NUESTRA IPS**, para que previo el trámite del proceso ordinario se declarara la existencia de un contrato de trabajo a término fijo, entre el 17 de enero de 2013 y el 23 de septiembre de 2016, que el *auxilio de alimentación y rodamiento* pagado durante toda la vigencia del contrato, es constitutivo de salario y como tal debe computarse para la liquidación y pago de sus prestaciones sociales; en consecuencia, se le condene a pagarle las sumas que indica por salario proporcional de 23 días de septiembre de 2016, la diferencia por prestaciones sociales de todo el tiempo laborado –cesantías, intereses a las

cesantías, prima de servicios-, vacaciones, indemnización moratoria, ultra y extra petita, y costas.

En apoyo de las peticiones, expuso que entre las fechas señaladas, suscribió contrato de trabajo a término fijo con la Corporación IPS Corvesalud Coodontólogos, antes denominada Corporación IPS Saludcoop Cundinamarca hoy *Corporación Nuestra IPS*, para desempeñar el cargo de *Médico General* en las instalaciones de la demandada; que como contraprestación por sus servicios, se pactó que recibiría el salario más una bonificación de manera continua, permanente que no fue excluida como concepto salarial, denominada “*auxilio de alimentación y rodamiento*”; que el salario de agosto de 2016 le fue cancelado de manera retardada dentro de los 15 días del mes subsiguiente, es decir en septiembre de 2016, sin justificación alguna, razón por la cual el 23 de septiembre de 2016 presentó carta de renuncia; que a la fecha de terminación del contrato la accionada no canceló la mora en el pago del salario de agosto de 2016 ni el salario de los 23 días laborados en septiembre de esa anualidad; desde esa fecha a la de presentación de la demanda la sociedad accionada no ha cumplido con su obligación de cancelar los valores correspondientes a prestaciones sociales generadas con ocasión de la finalización de la relación laboral; el 21 de febrero de 2017 elevó derecho de petición ante las oficinas administrativas para el pago de las acreencias laborales que ahora reclama con esta acción ordinaria laboral (PDF 03).

Correspondió la demanda por reparto del 04/05/2018 al **Juzgado 27 Laboral del Circuito de Bogotá D.C.** (PDF 05), autoridad judicial quien, mediante auto de 4 de julio de 2018, la admitió disponiendo la notificación a la parte demandada, en los términos allí indicados (PDF 06).

La demandada **CORPORACIÓN NUESTRA IPS** a través de apoderada, dio respuesta a la demanda, con oposición a las pretensiones, sostuvo que el beneficio reconocido a la trabajadora se estableció que no era constitutivo de salario y que se otorgaba por mera liberalidad de la empresa, que es un beneficio

extralegal “...es facultativo del empleador y no se encuentra sometido a obligatoriedad por su naturaleza la cual no es retributiva de los servicios prestados por el trabajador...”; que para entender la existencia de un pago no constitutivo de salario, se debe tener en cuenta los criterios de “...**OCASIONALIDAD, MERA LIBERALIDAD Y RETRIBUCION POR EL SERVICIO PRESTADO**...”; ya que el auxilio de rodamiento “...no buscó de ninguna forma retribuir la prestación del servicio prestado, porque corresponde a un pago que ha hecho el empleador en atención a la posibilidad que tiene de disponer de lo propio...”; reitera que “...Teniendo en cuenta lo anterior es imposible asumir que tales pagos puedan constituir un factor salarial y mucho menos que dicho beneficio haga parte de la retribución por los servicios que presto el trabajador para con la empresa, pues es claro que durante la relación laboral recibió de manera mensual un salario como contraprestación directa a su servicio y del cual no hizo parte el **AUXILIO DE RODAMIENTO**, pues se reitera que como su nombre lo indica es un beneficio que no está contemplado en la norma y que por mera liberalidad la empresa decidió otorgar a sus empleados como estímulo a los servicios que los mismos prestan...”.

Sostuvo que pagó a la demandante salarios y acreencias laborales como se evidencia de los desprendibles de nómina y documentos probatorios que anexa; que “...por parte de mi representada **NO** se actuó de mala fe, tampoco se vulneró ningún derecho a la trabajadora durante la relación laboral, siempre se cumplió con el pago de salarios, prestaciones sociales, y demás emolumentos causados a favor de la señora **CIHARA VALESSA AVENDAÑO PADILLA**...”; aunado a que la accionante “...presentó ante mi representada la **CORPORACIÓN NUESTRA IPS**, de manera voluntaria carta de renuncia el 23 de septiembre del año 2016, en la cual manifestó “decisión que corresponde estrictamente a motivos de índole personal”, si bien es cierto como se ha manifestado a lo largo de la contestación de la demanda era conocimiento de todos los trabajadores que la **CORPORACION NUESTRA IPS**, garantizo siempre la efectiva y oportuna cancelación de las diferentes acreencias laborales, no obstante, en los últimos meses del año 2016 y principios del año 2017 se presentó una situación ajena al control y voluntad de la entidad, sin que desconozca el pago de las acreencias laborales pues las mismas se han venido cancelando. Esta institución ha adelantado las gestiones necesarias para superar las dificultades hoy presentadas, y precisamente con el objeto de no dejar desamparados a nuestros colaboradores con sus compromisos, progresivamente se han obtenido los recursos para cancelar los salarios. Así las cosas, es de aclarar que no fue una decisión de la empresa con el ánimo de perjudicar o desmejorar las condiciones de nuestros colaboradores pues en ningún momento esta Institución ha actuado de manera caprichosa o de mala fe, al contrato ha buscado garantizar el cumplimiento de las obligaciones laborales, y en este sentido esta administración ha desplegado todas las actividades necesarias para la obtención de los recursos, y con ello agilizar el pago prioritario de las nóminas de los funcionarios...”; reiteró que “...no existió mala fe por parte de mi representada en su actuar...”.

En su defensa, formuló las excepciones de fondo o mérito que denominó: Cobro de lo no debido, pago total de la obligación, inaplicación de la sanción indemnización moratoria contenida en el artículo 65 del CST en función de la ausencia de dolo y mala fe y, la genérica (PDF 10).

II. SENTENCIA DEL JUZGADO

Agotados los trámites procesales, el Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá D.C., mediante sentencia de 27 de agosto de 2020, resolvió:

“(…) PRIMERO: CONDENAR a la CORPORACION NUESTRA IPS a pagar a la doctora CIHARA VALESSA AVENDANO PADILLA las diferencias en los pagos efectuados por concepto de prestaciones sociales y vacaciones en las siguientes sumas:

Cesantías: \$2'117.602

Intereses sobre cesantías: \$505,833

Prima de servicios: \$2'013.710

Vacaciones: \$715,692, conforme lo expuesto en la parte motive de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR a la CORPORACION NUESTRA IPS a reliquidar los aportes al sistema general de seguridad social en pensiones desde el 17 de enero de 2013 hasta el 23 de septiembre de 2016 calculados con el salario mensual de \$2'694.800 para el 2013, \$2.789.200 para el 2014, \$2'891.600 para el 2015 y \$3'087.400 para el 2016 a través de la administradora de pensiones a la que se encuentre actualmente afiliada la doctora CIHARA VALESSA AVENDANO PADILLA o en la que se encuentre el monto de los aportes efectuados en tal periodo..

TERCERO: CONDENAR a la CORPORACION NUESTRA IPS a pagar a la doctora CIHARA VALESSA AVENDANO PADILLA la suma de \$74'097.600 a título de indemnización moratoria y a partir del 25 de septiembre de 2018 la empleadora pagar a la trabajadora los intereses moratorios causados hasta cuando el pago de las prestaciones sociales se efectuó en su totalidad, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones de cobro de lo no debido, pago total de la obligación e inaplicación de la sanción; indemnización moratoria contenida en el artículo 65 del CST en función de la ausencia del dolo y mala fe, formuladas por la demandada. conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

QUINTO: CONDENAR en costas a la demandada en la suma de \$8'000.000 como agendas en derecho...” (Grabación y acta de audiencia, PDFs 24 y 25).

III. RECURSO DE APELACIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

Inconforme con la decisión, el apoderado de la accionada, interpuso y sustentó el recurso de apelación, en los siguientes términos:

“(…) Gracias su señoría, en este momento de la diligencia, me permito interponer recurso de apelación frente a la sentencia proferida por el despacho teniendo en cuenta los siguientes puntos:

En primer lugar, frente a la re liquidación de los factores salariales desconoce el despacho los términos del contrato suscrito entre las partes, tradicionalmente tampoco se realizó examen alguno sobre la manifestación o la capacidad de la parte demandante al momento de suscribir el contrato, contrato que por demás estableció en el clausulado al tenor del parágrafo 4to de la cláusula 13 los siguiente: “el trabajador reconoce que el beneficio por el escogido tiene por finalidad contribuir al mejoramiento de la calidad de vida de él y de su familia y se le otorga de manera extralegal por el trabajador y por tal razón no retribuye de manera alguna de forma directa ni indirecta la prestación del servicio” frente a este punto está acreditado que contractual mente las partes eran conscientes de cuál era la finalidad de los auxilios reconocidos a lo largo de la cláusula 13 del contrato y en dicha cláusula se encuentran todas las respuestas a los cuestionamientos que realiza el despacho en tanto que en primer lugar si bien el artículo 127 establece que constituye factor salarial todo aquel ingreso que reciba el trabajador el artículo 128 de la referida norma establece la posibilidad de que las partes de común acuerdo establezcan conceptos que no son salariales en ese entendido, teniendo en cuenta que tal como lo reconoció el despacho, en el parágrafo primero las partes establecieron que dicho beneficio se reconocería aun cuando no hubiera prestación del servicio es decir en periodos de vacaciones, en incapacidades, en licencias, es claro que fue la voluntad de las partes el dar un carácter extra salarial a dicho beneficio pero que adicionalmente nada contraviene a lo establecido en el artículo 127 y reiteró, es que se están reconociendo sumas para el mejoramiento de la calidad de vida y del ambiente familiar tal como lo estableció el parágrafo 4 pero en ningún momento se está retribuyendo la prestación del servicio; entonces si es necesario que por parte del despacho se hubiese tenido en cuenta tal condicionamiento al momento de proferir la sentencia, ahora, tampoco se realizó análisis alguno frente a la voluntad, la capacidad y el consentimiento de trabajador al momento de suscribir el contrato por que en primer lugar el contrato en nada contraviene lo estipulado en los mandatos legales a favor del trabajador y pues en segundo lugar fue la voluntad del trabajador quien por demás tiene condiciones de profesional y es consciente de las obligaciones y derechos a que se tenía derecho en virtud de la obligación o de la ejecución del contrato de trabajo.

En ese entendido, dado que no existió desarrollo probatorio frente a este reconocimiento de factores desalarizados, no se atiende a lo acreditado en el plenario como fue la prueba idónea que fue el contrato de trabajo, así como lo expuesto por el Representante legal en el interrogatorio realizado, razón por la cual si habrá de revocarse la sentencia en tanto que está acreditada la legalidad del condicionamiento o el desalarizado que las partes establecieron en virtud del contrato ejecutado.

Dicho lo anterior y siendo ello en gran parte consecuencia para la sanción establecida en el segundo punto de la condena es necesario ahora adentrarnos en la ejecución del contrato, y los hechos acaecidos con posterioridad para determinar cómo lo ha establecido la jurisprudencia y puntualmente quisiera citar la sentencia con radicado SL4076 de 2017 o perdón con radicado interno 49721 de 15 de marzo de 2017 en el cual la corte suprema hace referencia al análisis o argumento de incurrir en mora frente al cumplimiento de las obligaciones a su cargo. Quedó acreditado dentro del plenario que mi representada en la ejecución del contrato porque así lo confesó la demandante, la principio pagaban 5 días antes y después pagaban los primeros días del mes fue lo manifestado en el interrogatorio que absolvió la demandante, quien también fue consciente de que el contrato permitía la ejecución de servicios de salud a usuarios de la EPS Saludcoop en su momento se dijo ante el despacho y quedó llanamente acreditado la existencia de dos situaciones diferentes pero que contribuyen al mismo inconveniente en primer lugar, se hizo referencia a la difícil situación económica por la que atravesó el sector salud y que inclusive a instancias del tribunal de Bogotá la magistrada Martha Ruth Ospina tuvo la posibilidad de emitir un pronunciamiento frente a un proceso de similares condiciones en el cual dice “se

pudo acreditar que en efecto la demandada siempre pagó a tiempo las acreencias laborales del actor excepto por el tiempo en que se vio afectada en su patrimonio por falta de pago de sus contratantes respectó de los servicios médicos prestados por la entidad para los años 2013 y siguientes y que luego a partir de julio del año 2013 recuperó por completo su economía tan es así que pese al interregno en que se presentó la crisis, siempre procuró el pago de la nómina de sus trabajadores incluido el actor”, *líneas posteriores se hace referencia a que “es que no puede pasar por esta sala la crisis económica que se generó en el sistema de salud en Colombia y a los contratistas la intervención que efectuó la superintendencia de salud en Saludcoop EPS una de las 5 multinacionales colombianas que hacían parte de las 100 empresas más grandes de Latinoamérica debido a que encontraron cheques girados y no pagados a proveedores, inconsistencias en el monto de inversiones, discrepancias en las cuentas por cobrar entre otros, lo que indirectamente afectó la economía de la demandada, Con lo anterior en el presente caso observa la sala que se cumplen las exigencias jurisprudenciales para tener por establecidas la existencia de motivos serios y atendibles que justificaron la omisión dada en cubrir las obligaciones laborales a su cargo”, esto fue manifestado por la honorable magistrada Martha Ruth Ospina en un análisis en el que si bien se tiene en cuenta que el artículo 28 del código sustantivo del trabajo establece que el trabajador no tiene por qué asumir las consecuencias de la quiebra del empleador pues no se puede desconocer que si existen situaciones imprevisibles e irresistibles y es ahí, donde el juzgador ha de entrar a revisar la situación puntual de la demandada la citación hace referencia al proceso con radicado 2013-504 proceso conocido por el tribunal en 2da instancia.*

Esto frente al hecho notorio pues que no ha de ser objeto de prueba que es la intervención de Saludcoop Eps la posterior intervención de Cafesalud Eps; pero adicionalmente, se acreditó dentro del plenario la existencia de medidas cautelares decretadas por la Contraloría General De La Republica que afectaron el flujo de los recursos de mi representada recordemos acá también que esto fue así sustentado por el contador quien en su condición pudo manifestar al despacho la difícil situación económica por la que atravesó mi representada pues en gran parte en virtud del auto 0084 del 2 de octubre del 2017 en el que se decreta el embargo y retención de dineros por una suma de \$6.508.000.000 contra mi representada. En ese entendido si es claro que al limitarnos a la moratoria en el pago de la liquidación a favor de la demandante la cual se reconoce se realizó en noviembre del año 2018, todo ello nos lleva a dar claridad a acerca de que por parte de mi representada primero se actuó de buena fe en tanto que desde la ejecución del contrato fueron claras las obligaciones para las partes y en ningún momento se buscó desmejorar o desconocer derechos de la demandante pero adicionalmente al finalizar la relación laboral se afrontaron condiciones económicas imprevisibles e irresistibles que impidieron realizar el reconocimiento de los derechos de la demandante, tan es así que no es exclusivo, tal como se acreditó en el plenario, la situación de mora frente a la demandante sino que corresponde con una situación generalizada frente a trabajadores, proveedores prestadores y demás contratistas de la corporación.

En segundo lugar si es necesario tener en cuenta que la situación no es exclusiva de mi representada sino que es una situación generalizada del sector salud, situación que se viene a complicar con la expedición de la resolución 2753 de mayo de 2020 en la que la superintendencia nacional de salud revoca la habilitación de funcionamiento para la EPS Medimás por la cual mi representada tiene relaciones contractuales y por ende restringe o limita la ejecución del objeto social, en tanto que con el retiro de los usuarios mi representada no tiene objeto de su contrato, es decir no tiene la forma de ejecutar su objeto social, es decir con la salida de los usuarios de Medimás se termina el contrato con esta EPS y por ende el objeto social de mi representada no se puede continuar en ejecución situación que ha de ser tenida en cuenta al momento de proferir la sentencia.

Los argumentos acá expuestos se encuentran soportados desde el punto de vista jurídico desde la contestación de la demanda y la jurisprudencia que Allí se expuso ha de fundamentar la presente impugnación. En estos términos solicitó al Honorable

Tribunal, revisar la sentencia expuesta por el juzgado laboral del circuito de Bogotá y en su lugar absolver a mi representada de todas y cada una de las pretensiones de la demanda. Muchas gracias, su Señoría...” (Grabación audiencia, PDF 24).

La Juez de conocimiento concedió el recurso interpuesto. Recibido el expediente inicialmente por la Secretaría del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, fue asignado por reparto al despacho del Magistrado *José William González Zuluaga* (PDF 02 Cdno. 02 SegundaInstancia).

En virtud de lo dispuesto en el Acuerdo PCSJA22-11978 de 29 de julio de 2022, y de la medida de descongestión allí adoptada, fue remitido el expediente a esta Corporación (PDF 05 ídem); y asignado por reparto al despacho del Magistrado Ponente el 14 de febrero de 2023 (PDF 07 ídem).

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN:

Dentro del término para presentar alegaciones en segunda instancia, únicamente la apoderada de la actora allego memorial respectivo, solicitando se confirme la sentencia de primera instancia, para lo cual, señaló:

“(…) 1.- RESPECTO AL AUXILIO DE RODAMIENTO:

De conformidad con los circulado en el artículo 127 del código sustantivo del trabajo no constituyen salario aquellos auxilios ocasionales que el empleador otorga al trabajador en las siguientes condiciones:

- Los ocasionales que por mera liberalidad se otorguen a los empleados.*
- Aquellos que se reconozcan para facilitar el desarrollo de funciones del trabajador y que por tanto no tienen como finalidad enriquecer su patrimonio, sino dotarle de recursos productivos que le permitan realizar su labor sin las trabas propias del quehacer operativo.*
- Los pagos, beneficios o auxilios que, aun siendo habituales, las partes acuerden expresamente que no constituirán salario y así lo consagren por las vías convencional o contractual, si no están relacionados con la prestación del servicio.*

De manera más específica ha señalado la Corte que todo pago es salario a menos que:

- Se trate de prestaciones sociales.*
- De 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.*
- Se trate de sumas ocasionales y entregadas por mera liberalidad del empleador.*
- Los pagos laborales que por disposición legal no son salario o que no poseen un propósito remunerativo, tales como el subsidio familiar, las indemnizaciones, los viáticos accidentales y permanentes, estos últimos en la parte destinada al transporte y representación.*

*Con base en lo anteriormente expuesto podemos verificar que en la relación laboral que nos ocupa la **CORPORACIÓN NUESTRA IP S ANTES CORPORACIÓN IPS CORVESALUD COODONTOLOGOS**, Con la suscripción de dicha cláusula dentro del contrato de trabajo a la cual se refiere la señora juez en fallo de primera instancia realmente lo que buscaba era evitar cancelar a mi representada los valores de sus prestaciones sociales sobre el verdadero valor de su contrato de trabajo equivalente a su remuneración. Así mismo cabe agregar que*

mi representada en ningún momento prestó los servicios profesionales bajo la modalidad de contrato de trabajo a término fijo fuera de la sede o de las instalaciones de la entidad ahora demandada. Entender que dicho concepto estaba otorgado de mera liberalidad por parte del empleador para sufragar los gastos de mantenimiento del vehículo de mi representada es negarle a ella el derecho que le asiste a que sus prestaciones laborales dígame aquí cesantías intereses primas y vacaciones causadas durante todos los períodos que comprendieron la relación laboral sean liquidadas sobre su ingreso verdadero generándose así un detrimento en el ingreso que realmente le correspondía por sus servicios.

Si bien es cierto el artículo 128 del código sustantivo del trabajo permite que entre las partes se efectúen acuerdos de aquellos conceptos que no han de ser constitutivos de salario también la norma es clara y el desarrollo jurisprudencial lo ha explicado ampliamente en cuáles son las condiciones y características que dichos conceptos deben reunir para no ser incluidos como parte del concepto salarial y en este aspecto es importante hacer notar que el llamado auxilio por rodamiento primero que todo no existió por lo antes mencionado mi representada nunca tuvo que abandonar las instalaciones de la entidad ahora demandada para prestar sus servicios, es decir que la realidad en el desarrollo de su contrato es que sus funciones siempre fueron desarrolladas en las instalaciones de la **CORPORACIÓN NUESTRA IPS ANTES CORPORACIÓN IPS CORVESALUD COODONTOLOGOS**, situación que desvirtúa el hecho de establecer por convenio un auxilio llamado de rodamiento para un rodamiento que no existía.

Así las cosas de manera respetuosa solicita esta apoderada del Honorable Tribunal Superior de Cundinamarca Sala Laboral con funciones de descongestión se sirva confirmar En este sentido el fallo proferido por el juzgado 27 laboral del circuito de Bogotá ordenando a la entidad demandada re liquidar los salarios adeudados a mi representada los cuales deberán incluir este concepto salarial que mal intento la entidad demandada desviarlos como un auxilio no existente por las razones antes mencionadas. Igualmente solicita esta apoderada se ordene con base en lo anterior la reliquidación de sus prestaciones laborales las cuales deberán realizarse con base en el salario real para cada 1 de los períodos que comprendieron los contratos a término fijo desde la fecha de iniciación de los contratos de trabajo y hasta el día 23 de septiembre del 2016 fecha en la que mi representada presentó su carta de renuncia.

2.- RESPECTO DE LA SANCION MORATORIA

De conformidad con la estipulado en el artículo 65 del código sustantivo de trabajo, las prestaciones laborales deberán ser canceladas al trabajador al momento de la terminación del contrato de trabajo. también es importante destacar aquí que si bien es cierto la norma no establece un periodo mínimo máximo para el pago de las mismas también por desarrollo jurisprudencial se ha entendido que cuando es el trabajador quien renuncia por tratarse de un hecho ajeno y lejos de la voluntad del empleador debe concederse un tiempo prudencial para que la empresa pueda efectuar la correspondiente liquidación y en su defecto pagar los correspondientes conceptos comprendidos dentro de la liquidación de prestaciones laborales, periodo que prudentemente no debe de superar un máximo de 15 días como mínimo y máximo de un mes desde el momento en que se genera la terminación del contrato de trabajo como en este caso por renuncia del trabajador.

Cabe hacer notar por parte de esta representante que mi representada la señora **CIHARA VALESSA AVENDAÑO PADILLA** el día 21 de febrero de 2017 presentó ante las oficinas administrativas de la **CORPORACIÓN NUESTRA IPS ANTES CORPORACIÓN IPS CORVESALUD COODONTOLOGOS**, un derecho de petición con el fin de reclamar lo correspondiente a sus salarios y a todos aquellos valores correspondientes a su liquidación los no habían sido cancelados.

Igualmente es importante resaltar que la **CORPORACIÓN NUESTRA IP S ANTES CORPORACIÓN IPS CORVESALUD COODONTOLOGOS** procedió a efectuar el pago de la correspondiente liquidación de prestaciones laborales con posterioridad a la fecha de la notificación del presente proceso qué, cómo se evidenció en los alegatos presentados por esta apoderada dicha notificación se efectuó en el mes de junio del año 2018, procediendo la entidad demandada a efectuar el pago de la correspondiente liquidación del contrato del trabajo obviamente sin los valores ajustados al salario real de la demandada los cuales debían haber incluido lo que más llamaron auxilio de rodamiento como concepto salarial, en el mes de noviembre del año 2018.

Cabe agregar qué no es justificable por parte de la entidad demandada la demora en el pago de los salarios y de las prestaciones el hecho de manifestar como lo hacen sus alegatos de

sustentación el apoderado de la parte demandada una mala situación dentro de la entidad por concepto de embargos efectuados a sus cuentas, toda vez que cómo se evidencia dentro de los anexos presentados dichos embargos son muy anteriores incluso a la terminación de contrato de trabajo por parte de mi representada, sin contar que dentro del interrogatorio presentado por el contador de la parte pasiva, los ingresos de la entidad demandada se vieron afectados por unas glosas efectuadas a las facturas que presentaron a las correspondientes EPS para el pago de los servicios médicos desarrollados. Como se aclaró por esta abogada en los alegatos de conclusión las glosas corresponden a inconsistencias que presentan las facturas al momento de ser presentadas por parte de **la CORPORACIÓN NUESTRA IPS ANTES CORPORACIÓN IPS CORVESALUD COODONTOLOGOS**, las cuales no fueron subsanadas en el término establecido ni por la norma de la Superintendencia de salud ni por el convenio celebrado con las entidades a las cuales se les efectuaron las facturas razón por la cual no fueron objeto de pago. esto es importante destacarlo porque si bien es cierto se presentó un detrimento en los ingresos del ahora demandada, esto se debieron a la negligencia o falta de cuidado al momento de cobrar lo correspondiente a quienes eran sus deudores dígame aquí las diferentes EPS con las cuales tenían convenio, y no a que efectivamente dichas entidades no hubieran desarrollado el trámite correspondiente para poder cumplir con los pagos de las facturas que habían sido presentadas de manera equívoca por la ahora demandada.

Así las cosas permitanme ustedes honorables señores magistrados manifestarles que la negligencia del empleador no puede trasladarse en un perjuicio en las prestaciones laborales hacia sus trabajadores y que justificar su negligencia como causal de fuerza mayor o caso fortuito para el no pago oportuno de la liquidación correspondiente vulnera flagrantemente los derechos del trabajador debidamente consagrados en nuestro código sustantivo del trabajo, que mi representada intentó a muy poco tiempo de haber culminado su ejercicio profesional con la **CORPORACIÓN NUESTRA IP S ANTES CORPORACIÓN IPS CORVESALUD COODONTOLOGOS**, el que se le reconocieran el pago de sus correspondientes prestaciones laborales, y que solamente estas fueron consignadas como digo desde antes y en otros apartes de manera incompleta, solo hasta dos años un mes y 29 días después de haber terminado su contrato de trabajo y en un momento posterior a la notificación de la presente demanda.

Aquí no estamos hablando de fuerza mayor o caso fortuito por los avatares que se suscitaron en el sector salud durante las épocas que menciona el apoderado de la parte demandada, aquí lo que se vio claramente fue la negligencia y descuido en la gestión administrativa de la **CORPORACIÓN NUESTRA IP S ANTES CORPORACIÓN IPS CORVESALUD COODONTOLOGOS**, al dejar vencer el término para la corrección de las facturas que habían sido glosadas por parte de su EPS contratante sin haber sido corregidas las falencias que presentaban razón por la cual se perdieron de un pago de aproximadamente 16000 millones de pesos, situación a todas luces ajena al desarrollo del contrato de trabajo con mi representado con cualquiera de los servidores de dicha entidad, de un lado y por otro, dejaron a la suerte y al libre albedrío así como a la voluntad de la doctora **CIHARA VALESSA AVENDAÑO PADILLA** el dar inicio a las correspondientes acciones esperando que el simple paso del tiempo diluyera su deseo y su derecho a que se le reconociera su correspondiente liquidación de prestaciones laborales.

Así las cosas de manera atenta y muy respetuosa Solicito al Honorable Tribunal Superior de Bogotá se sirva en este punto también confirmar el fallo proferido por la señora juez 27 Laboral del Circuito de Bogotá en el sentido de reconocer a la doctora **CIHARA VALESSA AVENDAÑO PADILLA** el pago de un día de salario por cada día de retraso al que hace referencia el artículo 65 del código sustantivo del trabajo durante los dos primeros años contados a partir de la fecha de la terminación del contrato esto es el 23 de septiembre del año 2016, y a partir del mes 25 es decir del día 24 de septiembre del año 2016 hasta la fecha en la que efectivamente se verifique el pago se liquide dicha sanción a la tasa de interés correspondiente de conformidad a lo preceptuado por la misma norma..." (PDF 06 Cdno. 02 SegundaInstancia).

V. CONSIDERACIONES

De conformidad con la obligación legal de sustentar el recurso de apelación y el principio de consonancia previsto en el artículo 66A del CPTSS, la Sala procede

a resolver el recurso de apelación interpuesto por el vocero judicial de la parte demandada, teniendo en cuenta los puntos objeto de inconformidad y que fueron sustentados, pues carece de competencia para pronunciarse sobre otros aspectos.

Así las cosas, con base en lo expuesto en el momento de sustentar el recurso de apelación, se advierte que no existió controversia frente a los siguientes supuestos fácticos: las partes estuvieron atadas por un contrato de trabajo a término fijo inferior a 1 año, vigente entre el 17 de enero de 2013 y el 23 de septiembre de 2016, desempeñando la demandante el cargo de *Médico General*, con un salario básico para el año 2013 de \$2.155.900, unos ingresos no salariales de \$538.900 y para el 2016 de \$2.469.900 y \$617.500, respectivamente; como se colige de la respuesta a la demanda (PDF 10), y se corrobora entre otras documentales con el contrato de trabajo (fls. 1 a 4 PDF 11), con los OTROSI al contrato mediante los cuales se prorroga el mismo, de fechas 17 de julio de 2013, 17 de julio de 2014, 12 de noviembre de 2014 (fls. 2, 4, 5 PDF 04); con las certificaciones laborales expedidas por la accionada el 4 de octubre de 2016 y el 26 de febrero de 2014 (fls. 6, 19 PDF 04); con el derecho de petición recibido por la accionada el 21 de febrero de 2017, mediante el cual reclama la actora el pago del salario de septiembre de 2016 y las prestaciones sociales causadas a la finalización del contrato (fls. 7 a 9 PDF 04); con los comprobantes de nómina de noviembre de 2013, enero de 2014, y enero de 2015, entre otros (fls. 10 a 12 PDF 04); con la carta de 23 de septiembre de 2016, mediante la cual la actora presenta su renuncia, indicando “...Por medio de la presente me permito informar que presento mi renuncia al cargo de médico general, contrato a término definido, a partir del día 23 de septiembre de 2.106, decisión que corresponde estrictamente a motivos de índole personal. Agradezco mucho la oportunidad que se me brindo al laborar con tan importante entidad...” (fl. 6 PDF 11); con el certificado de pago de cesantías de APORTES EN LÍNEA, en el que se evidencia los pagos de los años 2013, 2014 y 2015 al fondo PROTECCION, a favor de la demandante por dicha acreencia (fl. 42 PDF 11); con la liquidación final del contrato, que fue pagada el 14 de noviembre de 2018 (fl. 43 PDF 11), entre otras documentales militantes en el expediente.

También quedó acreditado que durante la vigencia del contrato se le reconoció por concepto de AUXILIO DE ALIMENTACIÓN Y RODAMIENTO, las sumas mensuales de: \$538.900 para el 2013, \$557.800 para el 2014, \$578.300 para el 2015 y, \$617.500 para el 2016, como dan cuenta los comprobantes de nómina allegados por la demandada en Cd de folio 93. (fls. 58 a 102 PDF 11); por consiguiente, la controversia en esta instancia radica en determinar si; (i) dicha bonificación es constitutiva de salario como lo coligió la juzgadora de primer grado, o por el contrario la misma no es factor salarial como lo sostiene el recurrente; (ii) quedó acreditada la buena fe patronal que permita exonerar a la pasiva de la indemnización moratoria del artículo 65 del CST.

Frente al primer punto señalado; debe recordarse que conforme el artículo 127 del CST, *“...Constituye salario no sólo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas y comisiones...”*. A su vez el apartado 128 *Ibídem*, establece que no constituyen salario *“...las sumas que ocasionalmente y por mera liberalidad recibe el trabajador del empleador, como primas, bonificaciones o gratificaciones ocasionales, participación de utilidades, excedentes de las empresas de economía solidaria y lo que recibe en dinero o en especie no para su beneficio, ni para enriquecer su patrimonio, sino para desempeñar cabalidad sus funciones, como gastos de representación, medios de transporte, elementos de trabajo y otros semejantes. Tampoco las prestaciones sociales de que tratan los Títulos VII y IX, ni los beneficios o auxilios habituales u ocasionales acordados convencional o contractualmente u otorgadas en forma extralegal por el empleador, cuando las partes hayan dispuesto expresamente que no constituye salario en dinero o en especie, tales como alimentación, habitación o vestuario, las primas extralegales, de vacaciones, y de servicios o de navidad...”*.

De las normas en mención, por regla general, se colige que todo pago que efectuó el empleador al trabajador de manera habitual, como contraprestación directa del servicio, sin importar la denominación que se adopte, tiene la connotación de salario como lo señala de manera expresa el artículo 127 del CST; a menos que resulte totalmente claro que su reconocimiento o entrega obedece a una finalidad diferente, o que se demuestren las condiciones de ocasionalidad o de mera liberalidad, o en otras palabras, que su causa no es remunerativa de

ese servicio prestado. Ahora, sobre la carga de la prueba de dicha situación, la jurisprudencia legal, ha considerado que la misma compete al empleador, quien cuenta con la información suficiente para demostrar que lo pagado al trabajador tiene una causa distinta a retribuir su fuerza de trabajo, y de no hacerlo deberá asumir su responsabilidad en tal sentido. Es así, que la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL12220 de 2017, reiterada en la SL5159 de 2018, consideró:

*“(...) 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...**”* (resalta la Sala).

La misma Corporación, en sentencia SL8216-2016, 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...”

En el presente caso, el recurrente señala que, la juzgadora de instancia, desconoció los términos del contrato suscrito entre las partes, donde se establece la finalidad de dicho beneficio, por lo que considera que “...está acreditado que contractualmente las partes eran conscientes de cuál era la finalidad de los auxilios reconocidos a lo largo de la cláusula 13 del contrato y en dicha cláusula se encuentran todas las respuestas a los cuestionamientos que realiza el despacho, en tanto que en primer lugar si bien el artículo 127 establece que constituye factor salarial todo aquel ingreso que reciba el trabajador el artículo 128 de la referida norma establece la posibilidad de que las partes de común acuerdo establezcan conceptos que no son salariales en ese entendido, teniendo en cuenta que tal como lo reconoció el despacho, en el párrafo primero las partes establecieron que dicho beneficio se reconocería aun cuando no hubiera prestación del servicio es decir en periodos de vacaciones, en incapacidades, en licencias, es claro que fue la voluntad de las partes el dar un carácter extra salarial a dicho beneficio pero que adicionalmente nada contraviene a lo establecido en el artículo 127 y reiteró, es que se están reconociendo sumas para el mejoramiento de la calidad de vida y del ambiente familiar tal como lo estableció el párrafo 4 pero en ningún momento se está retribuyendo la prestación del servicio...”

En el contrato de trabajo, se pactó como salario mensual la suma de \$2.155.900 y por ingresos no salariales la suma de \$538.900; previéndose en la

cláusula décimo tercera: “...**INGRESOS NO SALARIALES**: de conformidad con los artículos 128 y 129 (sic) del CST, subrogados por los artículos 15 y 16 de la Ley 50 de 1990, y el artículo 17 de la Ley 344 de 1996, las partes han acordado que el trabajador recibirá del empleador como beneficio de carácter extralegal no constitutivo de salario de manera unilateral y por mera liberalidad un auxilio extra salarial equivalente a una suma de \$538.900 mensuales, los cuales serán reconocidos a través de uno de los siguientes beneficios a elección del trabajador, a) Cheques o Bonos Sodexho, b) Aporte por parte del empleador a pensión voluntaria a favor del trabajador al Fondo de Pensiones al que se encuentra afiliado aquél, c) auxilio de rodamiento, c) Cualquier otro beneficio de naturaleza extra salarial que adopte EL EMPLEADOR por mera liberalidad...”; en el párrafo primero de la aludida cláusula se dijo: “...El pago del beneficio extralegal que haya escogido el trabajador se extenderá durante el período de vacaciones disfrutadas, incapacidades transitorias y licencias de maternidad o paternidad...”; en el párrafo segundo se consignó “...Cualquiera de los beneficios extra salariales de que trata la presente cláusula y que haya sido escogido por EL TRABAJADOR, se reconoce por mera liberalidad de EL EMPLEADOR y en tal sentido, no constituyen salario ni tendrán incidencia alguna para efectos salariales, prestacionales, indemnizatorios o parafiscales, como tampoco será constitutivo de base salarial para liquidación de recargos nocturnos, trabajo en dominicales y festivos...”; y en el párrafo cuarto, se indicó: “...**EL TRABAJADOR reconoce que el beneficio por él escogido tiene como finalidad, contribuir al mejoramiento de la calidad de vida de él y su familia** al ser otorgado de forma extralegal por el empleador y por tal razón no retribuye en momento alguno de forma directa o indirecta la prestación del servicio...” (resalta la Sala, fls. 1 a 4 PDF 11).

Durante la vigencia del contrato, a la actora le fue reconocido mensualmente el mencionado *auxilio de alimentación y rodamiento*, en cuantías de \$538.900 para el año 2013, \$557.800 para el año 2014, \$578.300 para el año 2015 y, \$617.500 para el año 2016, conforme los comprobantes de nómina (fls. 10 a 12 PDF 04 y 58 a 102 PDF 11).

De los medios de prueba referenciados, analizados uno a uno y en conjunto atendiendo los principios de la libre formación del convencimiento y la sana crítica (Arts. 60 y 61 del CPTSS); se puede establecer que, aunque en el contrato de trabajo se convino que el concepto denominado *auxilio de alimentación y rodamiento* no constituiría salario; la parte accionada tenía la carga de acreditar que ello era así, como quiera que con éste no se estaba retribuyendo directamente el servicio prestado por la demandante como *médico general*; carga de la prueba que no

cumplió (Art. 167 del CGP y 1757 del CC), dado que no presentó ninguna explicación del objetivo de ese pago, no se justifica las condiciones de su entrega, cuál fue su finalidad o que objeto cumplía respecto a las funciones asignadas a la trabajadora; por lo que se debe aplicar la regla general y tener que lo recibido por *auxilio de alimentación y rodamiento* es retributivo del servicio; como quiera que se otorgó en virtud o con ocasión del contrato de trabajo que existía entre las partes; ya que como lo ha dicho la jurisprudencia “...no basta tomar un porcentaje de la totalidad de los ingresos y asignarle el nombre de beneficio, auxilio, ayuda, aporte, etc. para diluir su incidencia salarial. Su destinación debe ser real...” (Sent. CSJ. SL5159-2018).

Téngase en cuenta que no se probó que para el desarrollo de las actividades, la demandante tuviere que hacer desplazamientos de una sede a otra y que para ello tuviera que hacer uso de un vehículo de su propiedad, para colegir que con tal reconocimiento se le estaba de alguna manera “compensando” los gastos que ocasionaba esa situación como consecuencia de poner al servicio y para beneficio del empleador dicho bien y por ello se denominaba *auxilio de rodamiento*; además, como lo consideró la juzgadora de primer grado, en la cláusula contractual se hace mención a un *auxilio de rodamiento*, sin que se relacione el “auxilio de alimentación”; reconocimiento que, en los desprendibles de nómina se registra como ***auxilio de alimentación y rodamiento***; coligiéndose de ello, que el mencionado beneficio no tenía una destinación real y específica, menos aún se puede considerar que era otorgado para desempeñar a cabalidad sus funciones o como se indica en el contrato, para mejoramiento de su calidad de vida, ya que tales situaciones no se advierten en el presente asunto; por consiguiente no se logra desvirtuar su carácter salarial.

Debemos recordar que la jurisprudencia ordinaria laboral ha establecido unos criterios para definir si un pago puede ser constitutivo o no de salario en los términos del artículo 127 de la norma sustantiva laboral, como son la habitualidad o proporcionalidad, y también ha sostenido, de modo insistente, que la posibilidad de acudir al artículo 128 de la misma codificación, para restarle incidencia salarial a determinados pagos que se realicen durante la relación laboral,

independientemente de que sea habitual u ocasional, no puede ser considerada como una autorización abierta para que en la relación obrero patronal se le reste incidencia salarial a los pagos que, por su esencia, sí lo sean, toda vez que, por ningún lado, la legislación autoriza a las partes que dispongan ese efecto jurídico sustancial, cuando su causa es remunerativa del servicio prestado por la parte demandante (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, sentencia SL12220 de 2017).

Sobre esta temática, en sentencia SL1798-2018 del 16 de mayo de 2018, radicación No. 63988, la Corte Suprema de Justicia, señaló:

“(…)En este punto, juzga prudente la Sala recordar que por regla general todos los pagos recibidos por el trabajador por su actividad subordinada son salario, a menos que: (i) se trate de prestaciones sociales; (ii) de 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; (iii) se trate de sumas ocasionales y entregadas por mera liberalidad del empleador; (iv) los pagos laborales que por disposición legal no son salario o que no poseen una propósito remunerativo, tales como el subsidio familiar, las indemnizaciones, los viáticos accidentales y permanentes, estos últimos en la parte destinada al transporte y representación; y (v) «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» (art. 128 CST).

En la medida que la última premisa descrita es una excepción a la generalidad salarial de los pagos realizados en el marco de una relación de trabajo, es indispensable que el acuerdo de las partes encaminado a especificar qué beneficios o auxilios extralegales no tendrán incidencia salarial, sea expreso, claro, preciso y detallado 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.

Desde este punto de vista, el Tribunal también desacertó al extender el acuerdo a beneficios no incorporados expresamente en él, como en este caso son las bonificaciones, cuya incidencia salarial se reclama...”.

Pero es que también dicha corporación, ha sostenido que para atender un pacto o acuerdo de desalarización, es menester determinar si estaba demostrada su finalidad o destinación, imponiéndole la carga de su acreditación al empleador. Sobre este punto, el máximo organismo de cierre de la justicia ordinaria, en sentencia SL4303 de 2021, radicación No. 82205, de 13 de septiembre de 2021, sostuvo:

“(…) No obstante, advierte la Corte que sí se equivocó la segunda instancia al considerar que la denominación del beneficio «[lograba] evidenciar que […] no retribuía el servicio», pues para ello era menester determinar, si estaba demostrada su finalidad o destinación, carga que, como se precisó en precedencia, correspondía al empleador, en razón a la acreditación de la «periodicidad, habitualidad y permanencia del pago realizado».

En relación con ello, el Tribunal señaló que estaba probado que el otorgamiento de ese subsidio estuvo motivado por «la condición particular de la demandando, en la medida en que ella tuvo que desplazarse desde su país de origen, Estados Unidos», para ejecutar su actividad laboral en Colombia.

Sin embargo, aunque en principio dicha inferencia se advierte razonable, atendida las condiciones contractuales que quedaron plasmadas en la documental de folio 20, ib, pues entre las partes nunca se discutió que la recurrente residía en su país de origen al momento de recibir la oferta laboral y debió trasladarse a Colombia en aras de ejecutar el contrato referido, esa sola circunstancia no define el presente asunto, teniendo en cuenta que el cargo se soporta sobre la trascendencia de la confesión del representante legal suplente de la institución demandada, en punto de la destinación o finalidad de ese beneficio, la cual fue pretermitida por el Juez de la alzada.

En efecto, como lo increpa la censura, al escucharse la declaración de parte de aquél funcionario, se advierte que al cuestionársele sobre si «¿todos los contratos que suscribe la Fundación Rochester con sus trabajadores contienen el subsidio de habitación?», contestó que «[...] después de que yo asumí la asesoría jurídica sí, todos los docentes tienen este beneficio del auxilio de habitación» y, al indagársele con mayor precisión acerca de si «¿los trabajadores o docentes, tiene que contar con algún tipo de característica, calidad o cualidad para ser beneficiarios del auxilio de habitación?», respondió que «No», precisando que este era una propuesta que hacía el empleador y que de común acuerdo se otorgaba, sin que fuera impuesta (audio n.º 2017_8_10_16_16_13, remitido a la Sala mediante correo electrónico).

De donde, como lo afirma la censura, existió confesión del representante legal suplente de la demandada, en torno a que el auxilio económico de habitación no estaba circunscrito a una necesidad de vivienda por parte de los docentes de la institución, pues a todos, independientemente de sus características, origen, calidad o cualidad, esto es, si era nacionales o extranjeros o si requerían o no de su desplazamiento, se les proponía y otorgaba.

De ahí que la impugnante acreditó el 2º y 5º error de hecho, puesto que, contrario a lo deducido por la segunda instancia, al tenor de la probanza examinada, el auxilio de habitación no fue otorgado a la trabajadora por su condición de extranjera, sino de docente.

Lo anterior permite analizar el testimonio de Rocía Diana Maritza Alba Quintero (audio n.º 2017_8_15_6_7, ib), denunciado de ser erróneamente apreciado, quien, en lo que respecta al objeto de la casación, indicó: que en el colegio se pagaba un salario y un auxilio de habitación; que el último no constituía valor prestacional; que la oferta laboral de la trabajadora Nesteby se hizo en esos términos.

*Además, al preguntársele sobre «¿cuáles son las características que debe tener un trabajador para que se le incluya la cláusula de auxilio de habitación?», respondió: «todos los docentes, todos los trabajadores se les paga. Tenemos ese sistema de pago. No es que a una persona se le pague y a otra no. **A todos los docentes se les paga un salario y un valor adicional como auxilio de habitación, es una política institucional y es una política que utilizan las instituciones educativas.**».*

Agregando más adelante que

[...] no se exige ningún tipo de calidad o cualidad para que se incluya el auxilio, de habitación [...] se paga a docentes. A los docentes se les paga un salario y aparte un auxilio de habitación porque van a estar en la ciudad de Bogotá, van a necesitar una vivienda y se acuerda que el colegio les paga ese valor como auxilio e habitación [...] **no importa que sea nacional.**

Dicho que corrobora que, contrario a lo señalado por el Tribunal, el auxilio de habitación que de manera periódica, habitual, permanente y en valor constante recibió la trabajadora, no tenía como destino final el pago de su residencia en Colombia, puesto que a ella y todos los demás docentes de la institución, independientemente de sus condiciones, orígenes, características y cualidades, esto es, se itera, si residían o no en el lugar de prestación de servicios antes de la suscripción del contrato de trabajo, si eran nacionales o extranjeros, etc., se les entregaba en la suma pactada, como «política institucional» o «sistema de pago», por lo que, en el marco del principio de la primacía de la realidad sobre las formas, no puede entenderse excluido de la regla general de «salario», por retribuir el servicio docente dentro de la institución educativa demandada, contexto en el cual, no podía ser objeto de desalarización, amparado en el artículo 128 del CST, modificado por el artículo 15 de la Ley 50 de 1990.

Por tanto, el Juez de la apelación incurrió en los errores de hecho 2°, 3° y 5° que se le increpan.

Bajo ese panorama, se reitera, la parte accionada no desplegó ninguna actividad probatoria para demostrar que la finalidad o causa del reconocimiento del *auxilio de alimentación y rodamiento* a la trabajadora demandante, no era remunerativa; sino a manera de ejemplo para enriquecer su patrimonio, o para su beneficio, o favorecer su bienestar, etc.; por tanto, se tendrá, como líneas atrás se indicó, que dicho pago era retributivo de la prestación del servicio y por ende, factor salarial, razón por la cual se confirmará la sentencia en cuanto dispuso la reliquidación de prestaciones sociales, compensación por vacaciones y aportes a seguridad social en pensiones.

Frente al otro reparo del recurrente, esto es, la condena por **indemnización moratoria del artículo 65 del CST**; se debe recordar que la jurisprudencia ordinaria laboral enseña que la misma no es automática e inexorable o axiomática, al punto que, para su imposición, el juzgador debe analizar el comportamiento del empleador moroso, con el fin de establecer si su actuar se encuentra revestido o no, de buena fe, en razón a que la sola deuda objetiva de las acreencias laborales derivadas del contrato de trabajo a su terminación, no le dan prosperidad.

Dicho en otros términos, si de las circunstancias fácticas se establece que el empleador obró con lealtad, sin ánimo de ocultación o de atropello a los

derechos laborales de quien reclama, la conclusión es que debe ser absuelto por estos conceptos, toda vez que la existencia de una verdadera relación laboral no trae como consecuencia fatal la imposición de estas sanciones, si no se analiza primero el elemento subjetivo de la conducta omisiva del deudor, con miras a determinar si las razones que expone son atendibles o justificativas para obrar como lo hizo, sin importar si estas puedan ser consideradas o no, como correctas.

Lo importante es que las razones expuestas por el empleador puedan ser consideradas como atendibles de tal manera que razonablemente lo hubiesen llevado al convencimiento de que nada adeudaba a su trabajador (a), para ubicarlo en el terreno de la buena fe, entendida esta como aquel “...obrar con lealtad, con rectitud y de manera honesta, es decir, (...) en la conciencia sincera, con sentimiento suficiente de lealtad y honradez del empleador frente a su trabajador, que en ningún momento ha querido atropellar sus derechos...”, sin que, por razón alguna, pueda presumirse la mala fe en su contra (CSJ, sentencias radicados 32416 de 2010, 38973 de 2011, SL11436 de 2016, SL16967-2017, SL194-2019, SL539-2020 y SL3288 de 2021 entre otras).

En el presente asunto, considera la Sala que la demandada no acreditó alguna situación específica que justificara su proceder para enmarcar su comportamiento en el ámbito de la buena fe; dado que “...la difícil situación económica por la que atravesó el sector salud...” en la que explica su comportamiento omisivo; no constituye por sí sola una conducta justificante del impago de salarios y prestaciones sociales a la finalización del contrato, como lo ha señalado en innumerables pronunciamientos la Corte Suprema de Justicia, a manera de ejemplo en la sentencia SL845-2021, radicación No. 83444 de 17 de febrero de 2021, entre otras, en la cual señaló:

“(...) En efecto, esta Corporación tiene adoctrinado que dichas situaciones no exoneran de la sanción moratoria prevista en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, dado que es necesario que el empleador demuestre que esa circunstancia le produjo una insolvencia e iliquidez tal que le impidió cumplir con sus obligaciones laborales.

Bien puede ocurrir que, a pesar de encontrarse en crisis, la empresa tenga alternativas para cumplir con sus responsabilidades, por ejemplo, porque aún tiene caja para pagar salarios y prestaciones, valores en cuentas bancarias o recursos disponibles. Pero también puede suceder que la debacle económica le impida por completo y sin salidas posible, satisfacer las deudas laborales.

Lo anterior, adquiere mayor relevancia si se tiene en cuenta que el artículo 28 del Código Sustantivo del Trabajo establece que el trabajador nunca asume los riesgos o pérdidas de la empleadora; y por su parte, el artículo 2495 del Código Civil estatuye que los créditos causados o exigibles de los empleados por concepto de salarios y prestaciones sociales tienen privilegio excluyente sobre los demás. Es decir, el salario y los créditos laborales ocupan un lugar privilegiado especial en sistema normativo, debido a que de ellos dependen sus trabajadores y sus familias. De allí que los empleadores deban realizar cuanto esté a su alcance para satisfacerlos oportunamente...”.

Sostiene la demandada, que ante la situación evidenciada y de público conocimiento de Saludcoop EPS y la posterior intervención de Cafesalud EPS, entidades con las cuales la IPS tiene relaciones contractuales, y que la dejaron con unas acreencias pendientes de pago o adeudándole la suma de \$25.951.033.078, conforme resolución No. 1960 de 6 de marzo de 2017, debilitó fuertemente sus finanzas, ya que *“...se presentaron incumplimientos por parte de dicha EPS en el pago de los servicios efectivamente prestados ya que no se realizaron los pagos conforme los términos pactados, sino que se realizaron pagos parciales, e incluso se presentaron periodos en los que no se reconocieron dineros, afectando gravemente el flujo de caja de esta corporación y con ello el pago de las obligaciones de la misma como son obligaciones de carácter laboral, comercial, etc. Esta situación de falta de pago se convirtió en un hecho notorio, pues se puede observar en medios de comunicación (Radiales y escritos) que lo acá manifestado no obedece a la voluntad de la **CORPORACIÓN NUESTRA IPS**, sino que al igual que otras instituciones a nivel nacional, se han enfrentado a la falta de pago por parte de la **EPS CAFESALUD**...”* (fls. 4 y 5 PDF 10), allegando *“ANEXO 1. Cuentas por Servicios de Salud”*, con registros de entidades en el que además se relaciona valores como *“Reclamado”* en un total de \$4,472,673,476,604, *“Pagado”* \$393,265,130,877, *“Glosado”* \$3,689,953,279,733 y, *“Reconocido”* \$ 391,047,732,326.53 (fls. 6 a 30); sin embargo, no se pueda identificar a que corresponde dicha información, menos aún considerar que sea la que refiere la demandada, acredita las sumas que se le están adeudando.

Téngase en cuenta que no se presentó balance alguno o estado de pérdidas y ganancias de la sociedad accionada o alguna otra documental, que demostrara esa grave crisis que estaba afrontando para la época de los hechos; ya que si bien el testigo *Gerardo Duarte Riaño*, Director del Departamento Contable del outsourcing que le presta los servicios administrativos y financieros a la sociedad demandada, indica que ésta presentó acreencias a Saludcoop EPS por una suma cercana a los \$25.950.000.000, las que *“..se reconocieron parcialmente*

pero no se ha recibido pago con respecto a esas acreencias..., circunstancia que afectó la cartera y el flujo de caja de la entidad, por lo que la corporación se vio *“...afectada en cuanto a sus obligaciones laborales y mercantiles...”*, dado que *“...durante todo el ejercicio contable todos los meses se realiza el cálculo de las provisiones, prestaciones sociales y demás temas de ley de las nóminas...”*, pero ante la falta de flujo de caja no fue factible cancelar las provisiones o los pasivos que origina la operación de la corporación; se reitera, no se acompañó evidencia documental de tal situación, no siendo la versión del testigo de la suficiente contundencia y entidad para tener por demostrados los hechos alegados por la pasiva; ni tampoco se probó que Saludcoop, luego Cafesalud eran las únicas entidades a las que le prestaba sus servicios la aquí demandada y, ante la situación de éstas y la falta de pago, real y efectivamente la demandada se encontraba en esa seria condición económica que arguye le impedía cumplir con sus obligaciones obrero-patronales; ya que ello no quedó clara y fehacientemente acreditado en el plenario.

No es que se desconozca la difícil situación que de años atrás viene presentando a nivel nacional el sector salud y que naturalmente afecta las finanzas de las diferentes entidades que lo conforman, llámense EPS o IPS u otras; pero es que en el presente asunto no se demostró el grado de afectación que sufrió la entidad demandada con esa situación particular; sin que sea posible extender al presente asunto, como al parecer lo pretende el recurrente, los argumentos expuestos en la providencia a la que éste alude; dado que no hay evidencia que se trate de los mismos o similares supuestos a los ahora controvertidos; pero además, y lo más importante, la aquí encartada no allegó medio de convicción alguno que llevara a tal entendimiento.

De otra parte, aunque se evidencia en el escrito de contestación de la demanda, aparte del auto No. 0084 de la Contraloría General de la Nación de fecha 2 de octubre de 2017, donde se decreta el embargo y retención de dineros de las cuentas de la accionada, por las sumas de \$6.508.190.598 y \$8.677.587.464 (f. 38 PDF 10), medida de la que se indica a la fecha de contestación de la demanda se encontraba vigente; también se observa que dicha

cautela data de fecha posterior a la terminación del contrato de la demandante - 23 de septiembre de 2016-, esto es superado el año luego de la desvinculación; situación que tampoco lleva a tener por justificada la omisión de la empleadora frente al pago de las acreencias causadas al finiquito del nexo contractual de la demandante; pues lo advertido es que solo hasta el *14 de noviembre de 2018*, es decir luego de 2 años, 1 mes y 22 días de terminado el contrato y más de 6 meses de presentada la demanda -05/05/2018 (pdf 05)-, como lo indicó la vocera judicial de la demandante, se realizó el pago de los haberes laborales de la trabajadora hoy demandante.

En ese orden, al no haber quedado acreditado un motivo o razón serio y atendible para que la accionada no cancelara a la demandante las acreencias derivadas de su contrato de trabajo adeudadas a la culminación del mismo, se confirmará la sentencia apelada en este punto, que elevó condena por dicha sanción, en los términos del artículo 65 del CST.

De esta manera quedan resueltos los temas de apelación, debiendo revocarse y modificarse parcialmente la decisión en los términos referidos, reiterándose que la Sala no tiene competencia para pronunciarse sobre aspectos diferentes a los sustentados en la alzada.

Como no salió avante el recurso, se condenará en costas a la parte demandada. Fíjese como agencias en derecho la suma de dos (2) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 27 de agosto de 2020, por el Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá D.C., dentro del proceso

ordinario de Primera Instancia promovido por **CIHARA VALESSA AVENDAÑO PADILLA** contra la **CORPORACIÓN NUESTRA IPS**, acorde a lo considerado en precedencia

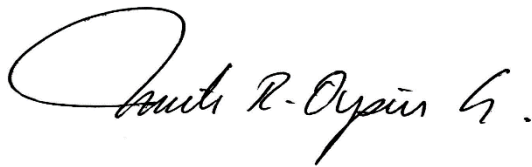
SEGUNDO: COSTAS de esta instancia, a cargo de la parte demandada. Fíjese como agencias en derecho la suma equivalente a dos (2) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

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

LAS PARTES SERÁN NOTIFICAS EN EDICTO, Y CUMPLASE,



JAVIER ANTONIO FERNÁNDEZ SIERRA
Magistrado



MARTHA RUTH OSPINA GAITÁN
Magistrada



EDUIN DE LA ROSA QUESSEP
Magistrado



LEYDY MARCELA SIERRA MORA
Secretaria

**TRIBUNAL SUPERIOR
DISTRITO JUDICIAL DE CUNDINAMARCA Y AMAZONAS
SALA LABORAL**

Magistrado:	JAVIER ANTONIO FERNÁNDEZ SIERRA
Proceso:	Ordinario
Radicación No.	11001-31-05-015-2018-00055-01
Demandante:	ANGEL MARIA ORTIZ CORTES
Demandado:	HELMERICH & PAYNE (COLOMBIA) DRILLING Co.

En Bogotá D.C. a los **25 DIAS DEL MES DE ABRIL DE 2023**, la Sala de decisión Laboral integrada por los Magistrados **MARTHA RUTH OSPINA GAITÀN**, **EDUIN DE LA ROSA QUESSEP**, y quien actúa como ponente **JAVIER ANTONIO FERNÁNDEZ SIERRA**, procedemos a proferir la presente sentencia escrita de conformidad con lo establecido por la Ley 2213 de 2022, y en acatamiento de la medida de descongestión adoptada mediante Acuerdo PCSJA22-11987 de 29 de julio de 2022, emanado del Consejo Superior de la Judicatura.

Se procede a resolver los recursos de apelación presentados por los apoderados de las partes, contra la sentencia proferida el 17 de noviembre de 2021, por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá D.C., dentro del proceso de la referencia.

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES.

ANGEL MARIA ORTIZ CORTES demandó a **HELMERICH & PAYNE (COLOMBIA) DRILLING Co.**, para que previo el trámite del proceso ordinario laboral se declare que existió relación laboral entre las partes de 22 de septiembre de 1978 al 18 de febrero 1979 y del 27 de mayo de 1979 al 28 de diciembre de 1979, y no pago los aportes a la seguridad social en pensiones en los periodos indicados, en consecuencia se condene al pago de los aportes en pensiones actualizados, se solicite a Colpensiones que realice el cálculo actuarial de los aportes, que la demandada traslade al fondo de pensiones Colpensiones el cálculo actuarial y, costas del proceso.

Como fundamento de las peticiones, se narra en la demanda que el 28 de diciembre de 1917 solicito a la demandada le expidiera certificación de los tiempos laborados, recibió respuesta parcial el 16 de enero de 2018, y certificó que estuvo laborando por los periodos comprendidos entre el 22 de septiembre de 1978 hasta el 18 de febrero de 1979 y del 27 de mayo de 1979 hasta el 28 de diciembre de 1979, y no certificó los cargos desempeñados ni salario devengado. Expuso los fundamentos y razones de derecho (PDF 03Demanda).

La demanda fue repartida al **Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá D.C.**, el 12, 02, 2018 (PDF 05ActaDeReparto), autoridad judicial que, con proveído de 24 de abril de 2018 la inadmitió, y posteriormente con proveído de 19 de junio de 2018, la admitió ordenando la notificación de la parte demandada en los términos allí indicados (PDF 10AutoAdmiteDemanda).

La sociedad demandada dentro del término legal y por conducto de apoderado judicial, contestó la demanda aceptó los hechos con la aclaración que se anexara la certificación de los tiempos laborados y el último salario, se opuso a las pretensiones por carecer de fundamentos factico y jurídico, pues cumplió con todas las obligaciones laborales a su cargo en afinidad con las normas y disposiciones legales que regulan el sector hidrocarburos para la época. Como hechos, fundamentos y razones de derecho de la defensa, señalo que el demandante prestó servicios del 22 de septiembre de 1978 al 18 de febrero de 1979 y del 27 de mayo al 28 de diciembre de 1979; que durante más de 38 años ni Colpensiones ni ninguna entidad del estado han cobrado a la demandada los aportes a seguridad social, porque era claro que para la época en que el demandante trabajaba no había obligación alguna a cargo de la demandada para afiliarlo ni pagar aportes al ISS; que el poder administrativo, legislativo y judicial mediante jurisprudencia, leyes, conceptos administrativos, resoluciones señalaron a la demandada la forma como debía actuar, no obstante haber procedido conforme a la ley y los diferentes lineamientos hoy está siendo cuestionada; que partir del 1 de octubre de 1993 el ISS estableció obligatoria la

afiliación a los trabajadores del sector petrolero; señala las normas que según lo indica corresponden al marco legal aplicable.

En su defensa formuló las excepciones de mérito o fondo que denominó: Inexistencia de las obligaciones reclamadas por ausencia de la carga de efectuar aportes a pensión con anterioridad la expedición de la ley 100 de 1993 respecto de las compañías del sector hidrocarburos, ilegalidad en el cubrimiento de aportes a pensión por vinculaciones laborales anteriores a 1993 en el sector hidrocarburos, la seguridad jurídica base del estado de derecho, cobro de lo no debido, prescripción, buena fe, y la que llamo genérica.(PDFS 25, 26 y 27ContestaciónDeDemanda).

El a quo, ordenó vincular a Colpensiones como litis consorcio mediante providencia de 29 de marzo de 2019. (PDF 34ProvidenciaQueResuelveRecurso).

Colpensiones, en la contestación de la demanda se refiere a su naturaleza jurídica, se opuso a todas las pretensiones de la demanda, por considerar que la obligación se encuentra en cabeza del empleador, que debe realizar el pago del respectivo calculo actuarial; no le constan los hechos; propuso las excepciones de prescripción, caducidad, cobro de lo no debido, buena fe, presunción de legalidad de los actos administrativos, y las que el juez encuentre probadas. (PDF. 59ContestaciónDeDemanda).

II. DECISION DEL JUZGADO

Agotados los trámites procesales, el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá D.C., mediante sentencia de 17 de noviembre de 2021, resolvió:

“... PRIMERO: DECLARAR que entre el demandante ANGEL MARIA ORTIZ CORTES y la sociedad HELMERICH AND PAYNE COL DRILLING CO., existieron dos contratos de trabajo, uno por el periodo comprendido entre el 22 de septiembre del año 1978 al 18 de febrero del año 1979 y el otro contrato desde el 27 de mayo a 28 de diciembre del año 1979. Conforme se expuso en la parte motive.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada HELMERICH AND PAYNE COL DRILLING CO., a cancelar el valor del cálculo actuarial por el tiempo en que el demandante señor ANGEL MARIA ORTIZ CORTES no estuvo afiliado al sistema general de pensiones, esto es el periodo comprendido entre el 28 (sic) de septiembre del año 1978 a 18 de febrero del año 1979 y el 27 de mayo al 28 de diciembre del año 1979, de conformidad con la

liquidación del cálculo actuarial que se le ordena realizar a COLPENSIONES, teniendo en cuenta para su elaboración lo correspondiente a un salario devengado para el año 1978 de DOS MIL QUINIENTOS OCHENTA PESOS (\$2,580) y para el año 1979 de TRES MIL CUATROCIENTOS CINCUENTA PESOS (\$3,450).

TERCERO: DECLARAR no probada las excepciones propuestas por las partes demandadas.

CUARTO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES., conforme lo anterior, a realizar la respectiva liquidación del cálculo actuarial, que debe ser pagado por la demandada HELMERICH AND PAYNE COL DRILLING CO., una vez se efectuó el correspondiente pago, proceder acreditar en la historia laboral del actor las semanas correspondientes del cual se ordenó el cálculo actuarial. Conforme se indicó en la parte motiva.

QUINTO: CONDENAR en costas a la parte demandada HELMERICH AND PAYNE COL DRILLING CO., fijese como agendas en derecho a su cargo, la suma de TRES (3) SMLMV para el año 2021. NO CONDENAR en costas a favor ni en contra de COLPENSIONES. ...”.

III. RECURSOS DE APELACION

- **PARTE DEMANDANTE**

Inconforme con la decisión, el apoderado de la parte demandante interpuso recurso de apelación, en los siguientes términos:

“(...) Me permito interponer el recurso de apelación frente a la decisión emanada por su despacho con respecto al valor que se debe tener en cuenta para la elaboración del cálculo actuarial, y lo anterior lo sustentó de la siguiente manera su señoría.

Para que el H Tribunal tenga en cuenta que si bien es cierto, su señoría en la sentencia indica que se debe pagar los aportes a seguridad social en pensión del 22 de diciembre del 78 al 18 de febrero del 79 con el salario mínimo legal vigente para la fecha que era de \$2.580, pesos pues le asiste la razón en ese momento pero lo que si no le asiste la razón y no comparte este servidor es el salario que se debería tener en cuenta para el segundo contrato que era del 27 de mayo del 1979 al 28 de diciembre del 1979 donde manifiesta que se debe hacer con un salario mínimo legal vigente de \$3.450.00 su señoría aquí se debe tener en cuenta de que efectivamente HELMERICH AN PAYE COL DRILLING certificó que el último salario devengado fue de \$23.087, razón por la cual tendríamos que nosotros partir y tener en cuenta que fue el segundo y último contrato que tuvo y ese fue el salario que ellos certificaron tal cual como dice la certificación emanada por la señora ANA MARIA REY MARULANDA de HELMER AN PAYNE directora de recursos humanos razón por la cual este servidor no comparte que se haga el cálculo actuarial de este segundo contrato basado en el salario mínimo legal vigente de la fecha que era de \$3.450 sino que se tenga en cuenta el de \$23.087 que fue el que certificó HELMERICH AN PAYNE y que hace referencia al último contrato porque aquí no dice si entendiéramos que el último contrato fuese fraccionado por diferentes periodos le asistiera la razón al juzgado de conocimiento con respecto a que se liquidara con el salario mínimo legal vigente pero acá habla claramente que es un contrato un segundo contrato un solo contrato un segundo contrato del 27 de mayo del 79 al 28 de diciembre de 1979, desempeñando el cargo encuallado y que su último salario devengado fue \$23.087.00 razón por la cual su señoría y solicito al HT que se revoque la decisión emanada por el juzgado 15 en cuanto a la elaboración del cálculo actuarial con base en el salario mínimo legal vigente para el segundo contrato de \$3.450.00 y que se tenga en cuenta la certificación emanada teniendo en cuenta el salario de \$23.087.00, razón por la cual se interpone este recurso y en estos términos queda sustentado mi recurso de apelación...”

- **PARTE DEMANDADA**

Inconforme con la decisión, expone lo siguiente

“Se revoque la sentencia ese es como el alcance principal de mi recurso de apelación el cual voy a sustentar de la siguiente manera.

Conforme a lo demostrado dentro del proceso, el marco legal aplicable para la vigencia del contrato del sr ANGEL MARIA ORTIZ con mi representada era el artículo 14 de la Ley 6a del 45 “(..) en segundo lugar, la Ley 90 de 1946 (...) y en su artículo 72 estableció que (...) el artículo 260 del CST que desde 1951 estableció como requisitos que (...), el acuerdo 224 de 1966 aprobado por el Decreto 3041 del 66 cuerpo normativo que ordenó que el ISS asumirá entre otros el riesgo de vejez en sustitución de las pensiones de jubilación que corresponde a los empleadores dicha cobertura conforme la Resolución 0831 del 19 de diciembre 1966 es efectiva a partir del 1 de enero de 1967 pero solo en algunas zonas del país, siendo gradual su extensión a todo el territorial, la Resolución 4250 de 1993 del ISS la cual resolvió (...) el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 literal c) (...), este era el marco legal aplicable al caso en concreto, las primeras normas referidas eran las que se encontraban vigentes al momento que el sr ANGEL MARIA ORTIZ trabajo para HELMEICH AND PEAYNE lo cual indicaba que para la fecha de las vinculaciones mi representada no tenía obligación alguna de afiliarse al sr ANGEL MARIA ORTIZ al ISS porque esta obligación ocurrió o se llamó a inscripción a partir del 1º de octubre de 1993, es decir más de 20 años posteriores a la terminación del último contrato de trabajo del sr ANGEL MARIA ORTIZ con mi representada

Mi representada en su momento acató efectivamente la normatividad y como lo ha dicho senda jurisprudencia laboral se debe aplicar es la normatividad vigente en materia pensional al momento de efectivamente que exista el contrato de trabajo y así lo pactó efectivamente mi representada en su momento así lo entendió el poder judicial en sendas jurisprudencias en las que se indicaba que no se tendrían en cuenta estos periodos de tiempo a personas que no tuvieran un contrato vigente a la entrada de la Ley 100 de 1993 o con posterioridad como no ocurría con el sr ANGEL MARIA ORTIZ.

Así también indicó el ejecutivo como el ISS hoy Colpensiones que en muchos conceptos ha dicho y ha indicado que no se tendrían en cuenta estos tiempos a diferencia de lo indicado en los alegatos de conclusión donde efectivamente Colpensiones ha indicado que esto no era posible en varios conceptos que son hechos notorios por ser de público conocimiento por parte de la ciudadanía y así lo indicó el legislador en su momento al incluso, recapitular lo mismo en el literal c) del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, norma que unificó los sistemas en materia pensional, indicando que solamente se tendrían en cuenta estos tiempos anteriores, si una persona tenía un contrato al momento de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, o con posterioridad lo cual no ocurrió.

Como bien lo dijo el señor juez efectivamente dentro de la historia de la seguridad social en Colombia la obligación de los aportes a seguridad social fue una obligación tripartita, una obligación tripartita que hoy muchos años después 20 años después con una interpretación jurisprudencial que incluso no podría estar como fuente del derecho a la ley que existía en su momento hoy se está condenando a las empresas del sector petrolero a pagar después de 30 años inclusive aportes a seguridad social de los cuales no tenía obligación en su momento y resuelta extremadamente oneroso y está llevando a varias empresas del sector petrolero a la quiebra por ser obligaciones que a través incluso de un pago de un cálculo actuarial, un cálculo actuarial que está conforme lo dice la ley 100 de 1993, un cálculo actuarial que está diseñado para sancionar a aquel empleador que de manera arbitraria y contrario a las normas no afilio a sus trabajadores teniendo la obligación para ello, aquí se recalca no existía dicha obligación, así se dijo jurisprudencialmente, legislativamente y ejecutivamente y por lo tanto no habría lugar al pago de esos aportes a seguridad social.

Ahora bien esa actuación tripartita hoy solamente se está condenado al empleador a este pago, y lo cierto es que si en caso tal y la interpretación o la excepción de inconstitucionalidad que lo que refiere la jurisprudencia la recopilación jurisprudencial que ha hecho el juez de primera instancia se busca con ello que todas maneras las personas tengan derecho al reconocimiento de sus aportes pensionales del tiempo que trabajaron las personas, a pesar de que existe una omisión legislativa como bien lo ha dicho la jurisprudencia, pues subsidiariamente se solicita es se condene exclusivamente al pago del valor de los aportes, cuando se dice esto no se refieren solamente al valor del empleador inclusive al trabajador pero al valor que existían de esos aportes, o que deberían considerarse esos aportes, al momento que se debió hacer el pago y no al valor de un cálculo actuarial donde se incluyen intereses moratorios porque se reitera no fue una decisión arbitraria de mi representada que actuó conforme a la ley.

Adicional a lo anterior, se tiene también dentro del expediente demostrado que el sr ANGEL MARIA ORTIZ, recibió una indemnización sustitutiva en el año 2014, que previo a esa indemnización sustitutiva el señor ANGEL MARIA ORTIZ y conforme se ve en el expediente administrativo otorgado por Colpensiones solicitó a dicha entidad previo a este proceso que iniciara la reconstrucción de historia laboral y entre esa reconstrucción de historia laboral, solicitó se hiciera supuestamente, el cobro a mi representada de los tiempos laborados por el sr. ANGEL MARIA ORTIZ, situación que Colpensiones en realidad no hizo a pesar de que el sr ANGEL MARIA ORTIZ haber indicado que se hiciera este cobro a las empresas del sector petrolero, enunciadas dentro del expediente administrativo y que incluso y a diferencia se reitera, de lo dicho por Colpensiones en la audiencia de hoy mediante sendas comunicaciones se indicó que porque el señor había recibido la indemnización sustitutiva no había lugar al reconocimiento y pago de estos aportes pensionales, porque conforme a lo indicado en el artículo 6 del decreto 1730 del 2001, estas no pueden ser estos aportes no son procedentes, a..con posteridad al reconocimiento y pago de una indemnización sustitutiva.

Entonces para ordenar un poco el alcance de este recurso de apelación en primer lugar y de manera principal se solicita al HT se revoque la sentencia de primera instancia, se absuelva a mi representada de las pretensiones teniendo en cuenta que no existiera la obligación y se absuelva porque el sr ANGEL MARIA ORTIZ fue sujeto de una indemnización sustitutiva y por lo tanto estaba por fuera del sistema y hoy no se le pueden reconocer semanas anteriores, al reconocimiento de la indemnización sustitutiva, y de manera subsidiaria se solicita al H, Tribunal sala laboral de Bogotá, que en caso de confirmar esta condena de pago de aportes se haga el alcance de este se dé solamente que cuanto se pague el valor de los aportes que se debían pagar en su momento al sr ANGEL MARIA ORTIZ y no por medio de un cálculo actuarial, estamos hablando aquí y vuelve y se reitera la jurisprudencia que ha cambiado esta posición es por medio de una excepción de constitucionalidad por lo tanto aquí no hay una actitud arbitraria a mi representada para no pagar esos aportes y teniendo en cuenta esa consideración también pues se solicita solamente al pago de los aportes y no por medio del cálculo actuarial porque no existió una omisión arbitraria por parte de mi representada, esto para tener en cuenta porque no hay sanción de intereses moratorios, precisamente porque se actuó conforme a legalidad y en el alcance de esta condena se solicita se mantenga lo relacionado con el tema de los salarios indicados por el juez de primera instancia teniendo en cuenta como base los salarios mínimos de cada época, en estos terminaos dejo sentado mi recurso de apelación.”

El Juez de conocimiento concedió los recursos de apelación interpuestos.

Recibido el expediente inicialmente por la Secretaría del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, fue asignado por reparto al despacho del Magistrado José William González Zuluaga, el 29 de noviembre 2021. (PDF 01ActaDeReparto Cuaderno Segunda Instancia).

En virtud de lo dispuesto en el Acuerdo PCSJA22-11978 de 29 de julio de 2022, y de la medida de descongestión allí adoptada, fue remitido el expediente a esta Corporación; y asignado por reparto al despacho del Magistrado Ponente el 6 de marzo de 2023 (PDF 06ActaReparto ídem).

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La parte demandada, presentó alegaciones en segunda instancia; textualmente expuso:

“(…) Me permito exponer al despacho lo alegatos de conclusión dentro del proceso, reiterándome en todo lo manifestado en el escrito de la contestación de la demanda, los alegatos de primera instancia y el recurso de apelación propuesto. El instituto de los Seguros Sociales se creó con la Ley 90 de 1946, en dicha normatividad se dispuso que los diferentes sectores y empleadores serían llamados a vincularse de manera oficial por medio de reglamentos o resoluciones. De acuerdo con el artículo 1° del Acuerdo 224 de 1966 aprobado por el Decreto 3041 del mismo año, se estableció la obligatoriedad de afiliación al régimen de los seguros sociales obligatorios a los trabajadores vinculados mediante contrato de trabajo y a los trabajadores que presten sus servicios en empresas del sector oficial siempre y cuando no estuvieren exceptuados por disposición legal expresa. Ahora bien, dicha obligatoriedad no fue inmediata, sino que se inició de manera paulatina en la medida que el ISS fue extendiendo su cobertura en el territorio nacional de esa manera queda claro que al menos, en los sitios donde no existía cobertura del ISS no había obligación de afiliación al régimen y en tal medida la exigencia del reconocimiento de las prestaciones continuaba en cabeza del empleador, teniendo en cuenta las disposiciones legales vigentes.

Tratándose de empresas petroleras que tenían a cargo sus propias pensiones, es fundamental tener en cuenta que a partir del Decreto 1993 de 1967 aprobatorio del Acuerdo 257 del mismo año emanado del Consejo Directivo del Instituto Colombiano de Seguros Sociales y posteriormente con el Acuerdo 264 del 13 de diciembre de 1967 aprobado mediante Decreto 64 del 22 de enero de 1968, se ordenó la inscripción al Seguro Social Obligatorio de Enfermedad General y Maternidad (EGM), incluido el servicio médico familiar, Accidentes de Trabajo y Enfermedades profesionales (ATEP) e Invalidez, Vejez y Muerte (IVM), sin embargo, la fecha del llamamiento a inscripción sería determinada por la otrora Dirección General del Instituto Colombiano de Seguros Sociales de conformidad con el artículo 5o del Acuerdo 257 citado, atendiendo a las circunstancias operativas y administrativas del Instituto que viabilizaran la ampliación de la cobertura. Así, en cumplimiento del anterior marco jurídico, el Director General del ISS fijó como fecha de llamamiento a inscripción según las facultades conferidas por el Consejo Directivo, el 1o de septiembre de 1982 de los empleadores y trabajadores de las actividades industriales extractivas; industria del petróleo y sus derivados, y gas natural en su exploración, explotación, refinación, transporte, distribución y venta, empero, dicha fecha fue aplazada mediante Resolución 4454 de 1982 al 1o de noviembre de 1982 y luego al 1o de enero de 1983 de conformidad con la Resolución 4659 de 1982. Posteriormente el Director General del Instituto de Seguros Sociales emitió la Resolución 5043 del 15 de noviembre de 1982 mediante la cual dejó sin efecto indefinidamente la Resolución 3540 del 6 de agosto de 1982, habida consideración que por recomendación de la Junta Administradora del Instituto y el Consejo Nacional de Seguros Sociales Obligatorios, no debía hacerse uso de la facultad conferida por el artículo 5o del Acuerdo 257 de 1967 para fijar la fecha de llamamiento a inscripción de las empresas petroleras, “(…) hasta tanto no se cumpla una etapa de concertación entre el Gobierno, los patronos y trabajadores (…)”. El Instituto de Seguros Sociales fue reestructurado a través del Decreto 2148 de 1992 y en uso de las facultades legales concedidas en dicho Decreto, el Presidente del Instituto emitió la Resolución 4250 del 28 de septiembre de 1993 fijando en el 1o de octubre de 1993 como fecha de iniciación de inscripción en el Régimen de

los Seguros Sociales Obligatorios de Enfermedad General y Maternidad (EGM), incluido el servicio médico familiar, Accidentes de Trabajo y Enfermedades profesionales (ATEP) e Invalidez, Vejez y Muerte (IVM), “(...) para las personas naturales y jurídicas de derecho privado y sus contratistas independientes y para los trabajadores de los citados empleadores, que se dediquen a las actividades extractivas de la industria del petróleo y sus derivados y gas natural, su exploración, explotación, refinación, transporte, distribución y venta y demás labores propias de dichas actividades”, en esa medida, sólo serían computables para efectos pensionales los ciclos contabilizados a partir del 1o de octubre de 1993 como quiera que a partir de dicha fecha surge la obligatoriedad para realizar la afiliación de los trabajadores de las empresas petroleras. En este punto, la Corte Suprema de Justicia en sentencia 29571 del 22 de noviembre de 2007, haciendo alusión a las sentencias de 8 de agosto de 1997 (Radicación 9.444) y 8 de agosto de 2003 (Radicación 20.996), ha considerado que los tiempos laborados en dichas empresas que sean anteriores al 1o de octubre de 1993 por virtud de la Resolución 4250 del 28 de octubre de 1993, no son computables para una pensión del Sistema General, por cuanto no se estableció una afiliación forzosa al régimen de Invalidez, Vejez y Muerte del Instituto de Seguros Sociales y por lo tanto no puede predicarse una omisión imputable al empleador. Dijo la Corte: Pues bien, para dirimir el punto en discordancia es del caso precisar, primeramente, que la Corte, en sentencia de 8 de agosto de 1997 (Radicación 9.444), ratificada en fallo de 8 de agosto de 2003 (Radicación 20.996), y tratando el tema de la compartibilidad pensional derivada de la afiliación de los trabajadores a la entidad de seguridad social cuando el empleador estaba obligado a reconocer pensiones previstas en la ley, la convención colectiva, el laudo arbitral u otro acto jurídico, paladinamente asentó que “para ser beneficiario de los derechos emanados de la seguridad es menester ser sujeto de ella, y tal condición se inicia con la afiliación, que obviamente debe sujetarse a la normatividad pertinente”, la cual, para este caso, como las partes no discuten, lo es la que regula desde sus inicios el funcionamiento de la subrogación del riesgo y que, particularmente, alude a la obligatoriedad de la afiliación a dicha entidad de empleadores y trabajadores de la industria del petróleo. Lo anterior vino a concretarse en la Resolución número 4250 de 28 de septiembre de 1993, por medio de la cual la Presidencia de la entidad de seguridad social resolvió fijar como fecha de iniciación de inscripción en el Régimen de los Seguros Sociales Obligatorios, entre ellos los de Invalidez, Vejez y Muerte, 'para las personas naturales y jurídicas, de derecho privado y sus contratistas independientes y para los trabajadores de los citados empleadores, que se dediquen a las actividades extractivas de la industria del petróleo y su derivados ...', el 1o de octubre de 1993, atendiendo 'las zonas geográficas en donde el Instituto haya extendido cobertura y llamado a inscripción'. Luego, entonces, no es equivocado afirmar que a la luz de las disposiciones que han reglado la inscripción de los empleadores al Instituto de Seguros Sociales y, consecuentemente y no al contrario, como parece entenderlo el recurrente, de los trabajadores de la industria del petróleo con independencia del área, lugar o dependencia que a éstas prestara sus servicios aquellos, tal y como brilla al ojo se desprende de los textos en cita, ésta apenas vino a ser forzosa para esa clase de empleadores a partir del 1o de octubre de 1993, dependiendo de ciertas zonas geográficas, con lo cual, no es jurídicamente válida la tesis de que, en tanto, la no afiliación de tales trabajadores constituye una omisión legal y que por ello ese tiempo de 'no afiliación' debe computarse como de servicios para efectos de las pensiones previstas en sus reglamentos, pues, se repite, “para ser beneficiario de los derechos emanados de la seguridad es menester ser sujeto de ella, y tal condición se inicia con la afiliación, que obviamente debe sujetarse a la normatividad pertinente”. Por manera que, no existiendo la obligación de afiliación mal puede invocarse una 'ficción' de afiliación, que en modo alguno ha considerado el legislador”.

“En efecto, el literal d) del Parágrafo 1o del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, introducido a ese cuerpo normativo por el artículo 9o de la Ley 797 de 2003, al que alude en apoyo de su pretensión el actor hoy recurrente, explícitamente señala lo anotado, así: 'Art. 33. Requisitos para obtener la pensión de vejez. Para tener el derecho a la pensión de vejez, el afiliado deberá reunir las siguientes condiciones: ... Parágrafo 1o. Para efectos del cómputo de semanas a que se refiere el presente artículo, se tendrá en cuenta ... d) El tiempo de servicios como trabajadores vinculados con aquellos empleadores que por omisión no hubieren afiliado al trabajador' (subrayado fuera del texto). “ “Tampoco es posible, por la misma razón, retrotraer el acto jurídico de afiliación a la seguridad social

por el mero hecho de la vinculación laboral, por ser indiscutible que en tanto no se tenga la condición de afiliado no se puede ser sujeto de los derechos que el sistema brinda, tal y como explícitamente lo señalaba el artículo 72 de la Ley 90 de 1946 cuando rezaba que 'las prestaciones reglamentadas en esta ley, que venían causándose en virtud de disposiciones anteriores, se seguirán rigiendo por tales disposiciones hasta la fecha en que el seguro social las vaya asumiendo por haber cumplido el aporte previo señalado para cada caso. Desde esta fecha empezarán a hacerse efectivos los servicios aquí establecidos y dejarán de aplicarse aquellas disposiciones anteriores', y lo prevén las normas vigentes invocadas por el recurrente, al indicar expresamente que una de las características del actual Sistema General de Pensiones es la de que 'Art. 13.-... los afiliados tendrán derecho al reconocimiento y pago de las prestaciones y de las pensiones de invalidez, vejez y de sobrevivientes, conforme a lo dispuesto en la presente ley'. "De modo que, no siendo objeto de controversia en el proceso que el hoy recurrente fue afiliado al ente demandado el 1o de noviembre de 1970 (hechos 3.1.2. de la demanda -- folio 6--, respuesta a estos hechos --folio 122-- y certificación de folio 259), no es posible considerar, como pareció entenderlo éste en las instancias, que su afiliación se tenga como realizada desde el primer día en que empezó a laborar para la TEXAS PETROLEUM COMPANY (hoy CHEVRONTEXACO PETROLEUM COMPANY), esto es, el 20 de abril de 1964, como tampoco, como lo alega en el recurso extraordinario, a partir del 1o de enero de 1967, cuando empezó a operar la afiliación al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES en la Regional a la que corresponde Bogotá". Entonces, si el contrato del demandante no estaba vigente al 1° de octubre de 1993, fecha en la que el ISS mediante resolución 4250 de 1993, determinó se debía afiliar a dicha entidad de manera obligatoria, a los trabajadores de la industria del sector petróleo y sus derivados, no existía para mi representada obligación legal alguna, de afiliar a sus extrabajadores y pagar las cotizaciones. A su vez, la Ley 100 de 1993, estableció en el inciso c de su artículo 33 que se les computara el tiempo de servicios a los trabajadores de empresas del sector privado que antes tenían a su cargo el reconocimiento y pago de las pensiones, SOLAMENTE si tenían la vinculación laboral se encontraba vigente o se haya iniciado con posterioridad a la vigencia de la ley 100 de 1993, lo cual no ocurrió en el caso que nos ocupa, pues el actor dejó de trabajar en Helmerich desde el 28 de diciembre de 1979, es decir, casi 14 años antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993. La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en las sentencias referidas con anterioridad, frente a este tema expresó: "Así las cosas, y siendo claro, para el recurrente inclusive, que no reunió el número mínimo de cotizaciones para acceder a la pensión de vejez prevista en disposiciones anteriores a la Ley 100 de 1993, a las que se refirió in extenso el Tribunal, pero que el impugnante señala en el recurso no era la que pretendía, tampoco se equivocó el Tribunal al considerar que el tiempo de servicio, cuando no existía la obligación de afiliación del actor al ente demandado, no es susceptible de computar para la pensión de que trata el artículo 33 de la Ley 100 de 1993. No equivocó el Tribunal el entendimiento de las disposiciones estudiadas, como tampoco le son atribuibles las infracciones legales y probatorias restantes que en los cuatro cargos le endilga la impugnación". De lo anterior se puede concluir sin dubitación alguna que: i) No existía obligación de Helmerich de afiliar al demandante al ISS, pues para la fecha en que el demandante prestó sus servicios no existía obligación legal de afiliarlo la cual se estableció a partir del 01 de octubre de 1993, es decir, 14 años después del fenecido el vínculo laboral entre las partes y ii) Cómo el vínculo laboral con el demandante no se encontraba vigente a la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, el tiempo laborado con precedencia al 23 de diciembre de 1993, con entidades privadas no se tendrán en cuenta para acceder a una pensión bajo el régimen de la ley 100 de 1993. Lo anterior incluso fue ratificado en el informe dado por el Representante Legal de Colpensiones, que obra a folios 397 y siguientes del expediente, mediante el cual se indicó:

"Tratándose del llamamiento a inscripción de las empresas petroleras que tenían a cargo sus propias pensiones, es fundamental tener en cuenta que dicha obligación principia el 01 de octubre de 1993 por virtud de lo dispuesto en la Resolución 4250 del 28 de septiembre de ese año, en esa medida, sólo serían computables para efectos pensionales los ciclos contabilizados a partir del 1o de octubre de 1993 como quiera que a partir de dicha fecha surge la obligatoriedad para realizar la afiliación de los trabajadores de las empresas petroleras. (...)

La Corte Suprema de Justicia en sentencia 29571 del 22 de noviembre de 2007, haciendo alusión a las sentencias de 8 de agosto de 2003 (radicación 20.996) ha considerado que los tiempos laborados en dichas empresas que sean anteriores al 1º de octubre de 1993 por virtud de la Resolución 4250 del 28 de octubre de 1993, no son computables para una pensión del Sistema General, por cuanto no se estableció una afiliación forzosa al régimen de invalidez, Vejez Y Muerte del Instituto de Seguros Sociales y por lo tanto no puede predicarse una omisión imputable al empleador...” No es dable entonces, condenarse a mi representada por una omisión legislativa que en el año 1993 no tuvo en cuenta esa situación y hoy a través de vía jurisprudencial y contrario a lo dispuesto en la Ley , se está condenando a las empresas del sector petrolero hoy a pagar cuantiosas sumas de dinero bajo el amparo de un cálculo actuarial, figura jurídica aplicada a aquellos empleadores que de manera arbitraria y negligente no afiliaron a sus trabajadores, hecho que no aplica a mi representada ya que mi representada no afilió al Señor Ortiz no porque no quisiera, sino porque las normas aplicables en materia de seguridad social para la época no dejaban que esto ocurriera. Una decisión contraria a lo reglado en las leyes citadas iría en contravía de los principios de legalidad, seguridad jurídica, irretroactividad de la ley, buena fe, Es importante en este punto hacer una pequeña mención a unos apartes de la Sentencia T 719 de 2011 Magistrado Ponente Nilson Pinilla. “En consecuencia, antes de la Ley 100 los trabajadores que se encontraban vinculados con empleadores del sector privado que tenían a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación, gozaban de una simple expectativa de su derecho de acceder a la referida prestación económica, que solo se concretaba con el cumplimiento total de los respectivos requisitos¹ . (negrillas fuera de la transcripción de la sentencia)”.

“En resumen, solo al entrar en vigencia la Ley 100 de 1993 surgió la “nueva obligación” de los empleadores del sector privado, a cuyo cargo se encontraba el reconocimiento y pago de la pensión, del aprovisionamiento hacia futuro de los cálculos actuariales correspondientes al total del tiempo servido por el empleado cuyo contrato laboral se encontrará vigente a la fecha en que entró a regir la citada Ley, o se haya iniciado con posterioridad, para efectos de la respectiva transferencia. Es por ello, que tratar de aplicar normas que se expidieron muchos años después a situaciones completamente consolidadas en el pasado, dándoles un efecto totalmente retroactivo atenta en forma grave contra la seguridad jurídica, base de todo sistema jurídico. A su vez, pongo de presente al Despacho, lo expresado en la Sentencia SU-023 de 2015 de la Honorable Corte Constitucional. “El marco legal aplicable al asunto que se resuelve lo componen i) el artículo 14 de la ley 6ª de 1945, de acuerdo con el cual las empresas cuyo capital exceda un millón de pesos estarían obligadas a pagar una pensión de jubilación al trabajador que haya laborado 20 años a su servicio y tenga 50 o más años de edad. ii) La ley 90 de 1946, cuerpo normativo que creó el ISS y, en su artículo 72, estableció que éste asumiría gradualmente el riesgo de, entre otros, vejez; así, quedarían a cargo del ISS las pensiones de jubilación en aquellos sitios en donde el Instituto tuviera cobertura, manteniéndose la obligación en cabeza de los patronos en el resto del territorio nacional. iii) El artículo 260 del Código Sustantivo del (1 L. 6ª/45, L. 65/46 y art. 260 C.S.T), Trabajo, que desde 1951 estableció como requisitos para acceder a la pensión de vejez el haber trabajado 20 años -continuos o discontinuos- y tener 55 o 50 años de edad, dependiendo de si se es hombre o se es mujer. iv) El Acuerdo 224 de 1966, aprobado por el Decreto 3041 de 1966, cuerpo normativo que ordenó que el ISS asumiera, entre otros, el riesgo de vejez en sustitución de las pensiones de jubilación que correspondían a los empleadores; dicha cobertura, conforme a la Resolución 0831 del 19 de diciembre de 1966, se hizo efectiva a partir del 1 de enero de 1967, pero sólo en algunas zonas del país, siendo gradual su extensión a todo el territorio nacional. v) Al entrar en vigencia la Ley 100 de 1993, fue previsto por el literal c) del artículo 33 que para obtener pensión de jubilación se tomaría en consideración el tiempo laborado con empleadores que tenían a su cargo “el reconocimiento y pago de la pensión, siempre y cuando la vinculación laboral se encontrara vigente o se haya iniciado con posterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993”. vi) en concordancia, el literal c) del artículo 115 de la misma ley prevé que se expedirán bonos pensionales a quienes “estén” vinculados con empresas que tengan a su cargo el reconocimiento y pago de pensiones. El anterior marco legal no deja lugar a duda sobre la obligación, por parte de las empresas que tenían a su cargo el reconocimiento y pago de pensiones, de realizar los aportes correspondientes al ISS, en aquellos casos de empleados que, vinculados al momento de entrar en vigencia la Ley

100 de 1993, trabajasen en sitios en los cuales el ISS no tenía cobertura. Sin embargo, no se da una respuesta definitiva respecto de aquellos empleados que iniciaron y finalizaron su vinculación laboral con estas empresas antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, como es el caso del accionante de tutela, el señor Barragán Parra, quien trabajó para la Federación sin que le fueran realizadas cotizaciones para su pensión de vejez durante el período transcurrido entre los años 1973 y 1981” Conforme a lo anterior y teniendo en cuenta que no existiría una responsabilidad civil ni patronal de mi representada dentro de las pretensiones esbozadas dentro de este proceso, se solicita por favor que se tengan por ciertas las excepciones planteadas en la contestación, se revoque la sentencia de primera instancia y se profiera aquella sentencia absolutoria para mi representada. De manera subsidiaria y en caso que el Tribunal acoja la postura jurisprudencial que ha condenado las empresas al pago de los tiempos laborados y terminados con anterioridad a octubre de 1993, se solicita de manera comedida al Tribunal revoque parcialmente la sentencia de primera instancia en las condenas que respectan a mi representada y se condene a mi representada solo a pagar el valor de los aportes que debieron pagarse durante el tiempo laborado por el Señor Ángel María Ortiz, esto es desde el 22 de septiembre de 1978 al 18 de febrero de 1979 y del 27 de mayo de 1979 hasta el 28 de diciembre de 1979, junto con la indexación del valor que resulte de dichos aportes, sin que sea por medio de un cálculo actuarial- título pensional pues este incluye intereses moratorios los cuales se aplican a aquellos empleadores que conociendo su obligación de afiliar a sus trabajadores al sistema de seguridad social integral ,no lo hicieron de manera arbitraria o negligente. Esto, no aplica a mi representada ya que a la fecha en que el Señor Ortiz trabajó en HELMERICH, mi representada pagó todas y cada unas de las acreencias laborales a que tenía derecho el demandante, y actuó conforme a la normatividad estatuida para la época, la cual en materia pensional eran los artículo 259 y 260 del C.S.T., si bien no es posible que el trabajador corra con las consecuencias de la omisión del legislador, tampoco es justo que ahora se condene a los empleadores que actuaron bajo la entera convicción de estar aplicando las normas jurídicas, tesis que incluso fue acogida por las Altas Cortes en años anteriores. Por eso, una vía que resuelva de manera constitucional este conflicto jurídico podría ser la excepción de aplicación de la ley por inconstitucionalidad y declarar solo el pago de dichos aportes junto con su indexación. Por lo anterior se solicita de manera comedida al Honorable Tribunal de Bogotá, Sala Laboral: **PRINCIPALMENTE:** Se revoque la sentencia de primer grado y en su lugar se profiera aquella que absuelva a mi representada teniendo en cuenta estos argumentos, junto con los esbozados en el recurso de apelación y en la contestación de la demanda. **SUBSIDIARIAMENTE** En caso de condenarse a mi representada, solicito de manera comedida al Honorable Tribunal Superior de Bogotá, sala laboral **REVOQUE PARCIALMENTE** la sentencia de primer grado en lo que atañe a las condenas de mi representada y profiera aquella que en virtud de los principios constitucionales y la Ley condene al pago del valor de lo que corresponderían los aportes a pensión del tiempo laborado por el Señor Ángel María Ortiz con HELMERICH, junto con la indexación de dicho valor.” (PDF 05Alegatos Demandada Cuaderno segunda instancia).

V. CONSIDERACIONES

De conformidad con la obligación legal de sustentar el recurso de apelación y el principio de consonancia previsto en el artículo 66A del CPTSS, la Sala procede a resolver los recursos de apelación interpuestos por las partes, demandante y demandada, teniendo en cuenta los puntos objeto de inconformidad y que fueron sustentados, pues carece de competencia para pronunciarse sobre otros aspectos. Asimismo, se estudiará en el grado de jurisdiccional de Consulta, a

favor de Colpensiones en cuanto le impuso la carga de efectuar el respectivo calculo actuarial.

Bajo ese contexto, se advierte que no existe controversia respecto a los siguientes supuestos: que el demandante fue vinculado a la sociedad accionada, en dos periodos de 22 de diciembre de 1978 al 18 de enero de 1979 y del 27 de mayo al 28, periodos en los cuales la demandada no efectuó aportes para pensión, tal como se colige de la respuesta de la demanda, al aceptar el hecho tercero en donde se indican dichos extremos, la confesión de no efectuar las cotizaciones por no estar obligada legalmente, y la certificación incorporada a la misma (PDF 25ContestaciónDeDemanda folio 1, y PDF 28AnexoDeLaContstación folio 1), pues las partes no controvirtieron estos aspectos del fallo de primera instancia. No sobra señalar que el juez incurre en un lapsus en donde después de indicar el periodo laborado del 22 de septiembre de 1978, se refiere a 28 de septiembre, pues lo cierto es que la demandada en la contestación como se dijo y la certificación que emitió señaló que el primer vinculo inició el 22 de septiembre de 1978 al 18 de febrero de 1979 y así lo declaro el juez, incurriendo en el lapsus al indicar la fecha de este para la condena al cálculo actuarial era 28 de septiembre de 1978.

Por lo tanto, corresponde en esta instancia conforme a lo planteado por las partes al momento de interponer el recurso de apelación, si está obligada la demandada a efectuar los aportes a pensión, en caso de estar obligada si los mismos se debe realizar con base en el cálculo actuarial como lo dispuso el quo o con el pago de los aportes junto con la indexación, o una parte por ser en su momento una obligación tripartida, si procede por haberse cancelado la indemnización sustitutiva; y, si debe tenerse en cuenta el salario mínimo legal para el segundo contrato o el salario de \$23.087, como lo pretende el demandante.

Por razones de método se estudiará primero el recurso de la parte demandada, pues en caso de salir adelante seria innecesario el estudio del recurso de la parte demandante.

Pretende la parte demandada, de manera principal se revoque la sentencia y se absuelva, básicamente porque en la época que prestó servicios el demandante, no tenía obligación legal de efectuar cotizaciones.

El tema ha sido objeto de estudio por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria en su especialidad del trabajo y la seguridad social, circunstancia por la cual la Sala para resolver el presente asunto tendrá en cuenta lo dispuesto por dicha corporación, pues no encuentra argumento plausible para separarse del entendimiento y alcance que le ha dado, cuando se presenta la situación objeto de análisis en el presente asunto.

Pues se trata de establecer, qué obligación tiene el empleador que no tenía obligación legal de efectuar aportes al sistema para pensión de un trabajador a su servicio, y como la respuesta la ha dado la jurisprudencia, la Sala se remitirá a la misma, pues si bien es cierto que la sociedad demandada no estaba obligada a efectuar aportes, si estaba a su cargo el cubrimiento del riesgo de vejez (obligación establecida desde artículo 76 de la Ley 90 de 1946 y reiterada en artículo 260 CST), para lo cual debía efectuar las reservas necesarias, e igualmente por tratarse del cubrimiento de dicho riesgo que tiene la connotación de fundamental la circunstancia que estuviere o no laborando cuando entro a regir la ley 100 de 1993, tampoco enerva el derecho del trabajador, además de tratarse de derechos irrenunciables, y garantía de la seguridad social, asimismo se impone el pago total del aporte pues el empleador tenía la responsabilidad total respecto al riesgo pensional del trabajador, y porque el trabajador no puede asumir las consecuencias negativas de la falta de previsión del ordenamiento legal en estos casos, ni mucho menos ver afectada la reserva para cubrir dicho riesgo.

En efecto, sobre los temas aludidos se ha pronunciado, en diferentes oportunidades, la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, aclarando las posturas de la corporación, hasta llegar a la posición hoy pacífica sobre el tema.

En sentencia SL 1876 2022 radicado 89751, Magistrado Ponente Santander Rafael Brito Cuadrado, rememorando varias decisiones, expuso:

No encuentra la Corte error jurídico alguno del Tribunal cuando acudió al precepto 76 de la Ley 90 de 1946, comoquiera que, pese a que el empresario no tuviera la obligación de afiliar a los trabajadores al ISS por falta de cobertura, conforme con la Resolución No. 4250 de 1993 emitida por el ISS, en la que se hizo obligatoria la afiliación de los trabajadores de las empresas dedicadas a la industria del petróleo, a partir del 1° de octubre de 1993, deben responder por el cálculo actuarial correspondiente a períodos en los que la prestación del servicio estuvo a su cargo, en tanto que esta Corporación así lo ha sostenido, entre otras, en sentencia CSJ SL3606-2021:

[...] el artículo 76 de la Ley 90 de 1946 previó para los empleadores la obligación de efectuar los aprovisionamientos de capital necesarios para garantizar el acceso al derecho pensional de sus trabajadores, por lo que están llamados a financiar la pensión respecto de los tiempos en los que incluso no hubo cobertura del riesgo por parte del ISS, puesto que el sistema de seguridad social brinda una protección integral y debe tener en cuenta el trabajo efectivamente realizado para el reconocimiento de las prestaciones económicas.

Asimismo, en proveído CSJ SL2584-2020, citado en CSJ SL220-2021 se dijo:

Al respecto, vale recordar que la obligación del pago de las pensiones de jubilación estaba en cabeza de los empleadores antes de la creación del Instituto de Seguros Sociales. Por ello, cuando la Ley 90 de 1946 estatuyó el seguro social obligatorio, dispuso, en sus artículos 72 y 76, que esa entidad asumiría gradualmente el riesgo de vejez en aquellos sitios en los que iniciara su cobertura, para lo cual los empleadores debían realizar la provisión proporcional al tiempo que el trabajador había laborado y entregársela al instituto en tal momento, para efectos del reconocimiento del derecho pensional.

De modo que la carga pensional de jubilación continuó bajo la responsabilidad de los empleadores aun cuando no hubiera presencia del ISS en algunas zonas geográficas o frente a algunos sectores de industria; deber que se mantuvo con la expedición del Código Sustantivo del Trabajo, toda vez que así se contempló en los artículos 259 y 260 de dicho estatuto.

Ahora, la inscripción para los riesgos de invalidez, vejez y muerte se ordenó por primera vez a través del Acuerdo 224 de 1966 y, como bien lo cita la recurrente, para el sector petrolero comenzó a partir del 1.º de octubre de 1993, y con la vigencia de la Ley 100 de 1993, se instituyó la afiliación obligatoria para todos los trabajadores dependientes del país, entre otros. Por su parte, en los artículos 23 y 24 de dicha norma se establecieron sanciones y acciones de cobro cuando los empleadores no efectúen los aportes que les corresponde realizar en los términos de tal regulación.

Además, en el artículo 33 de la ley en comento se contempló la situación de aquellos trabajadores que prestaron servicios a un empleador y que no fueron afiliados al régimen de pensiones, para lo cual se instauró que, a efectos del reconocimiento de la prestación de vejez, se tendría en cuenta dicho tiempo de servicio y que aquel debía asumir el título pensional correspondiente, conforme a las disposiciones de la misma normativa y en sus decretos reglamentarios.

Incluso, en decisión CSJ SL1551-2021 se indicó que:

“ Ha determinado también la Corte que esa obligación no solo emana de las disposiciones de la Ley 100 de 1993, como la concebida en el artículo 33, sino que encuentra arraigo en el mismo artículo 76 de la Ley 90 de 1946, de manera que no es cierto que, como lo dedujo el Tribunal, para la fecha de suscripción del acuerdo conciliatorio – 22 de septiembre de 1994 -, no existiera norma que permitiera el traslado de los aportes correspondientes a periodos en los que no se registró la afiliación, por medio de cálculo actuarial, pues esa regla puede entenderse establecida antes y después de la entrada en vigencia del sistema integral de seguridad social. En sentencias como la CSJ SL939-2019, CSJ SL4334-2019 y CSJ SL1122-2019, entre otras, esta Sala ha recalcado que, como lo reclama la censura, la referida carga pensional emana de la misma Ley 90 de 1946 y concretamente de la obligación establecida para los empleadores de aprovisionar los recursos necesarios para cumplir con las obligaciones pensionales causadas por la falta del inicio de cobertura del ISS, que se había visto reforzada por las disposiciones de la Ley 100 de 1993.

Así, es criterio imperante de esta Sala que el empleador que no afilie a su trabajador al sistema de seguridad social, incluso debido a la falta de cobertura del ISS, debe responder por las obligaciones pensionales frente a sus trabajadores (CSJ SL5790-2014, CSJ SL4072- 2017 y CSJ SL14215-2017), máxime cuando se trata de periodos en que aquellas estaban a su cargo (CSJ SL17300-2014, CSJ SL4072-2017, CSJ SL10122-2017, CSJ SL5541-2018 y CSJ SL3547-2018) y, por tanto, deben asumir el título pensional correspondiente a efectos del reconocimiento de la pensión de vejez (CSJ SL9856-2014, CSJ SL17300-2014, CSJ SL14388-2015, CSJ SL10122-2017, CSJ SL15511-2017, CSJ SL068-2018, CSJ SL1356- 2019 y CSJ SL1342-2019).

El pago del título pensional a la entidad de seguridad social a la que se encuentre afiliado el trabajador tiene como objetivo cubrir el periodo no cotizado por cualquier motivo e integrar el capital necesario para financiar la pensión de vejez, acorde al tiempo laborado por el trabajador, con el propósito de que se perfeccione la subrogación de un riesgo que con anterioridad asumía el empleador. Esto, en procura de garantizar el derecho fundamental a la seguridad social de los trabajadores que no pueden verse perjudicados por la imprevisión del legislador de la época.

Sobre el particular, la sentencia CSJ SL2879-2020, discurrió:

Lo anterior no implica la imposición de una obligación por fuera de la ley. Por el contrario, busca garantizar el derecho fundamental a la seguridad social de los trabajadores que no pueden verse perjudicados por la falta de cobertura del ISS, especialmente tratándose de periodos inequívocamente laborados y que, como tales, deben tenerse en cuenta para efectos pensionales.

En consecuencia, el Tribunal no cometió el error jurídico endilgado, porque, aunque no había nacido la obligación de afiliación al ISS, la norma atacada, que data de 1946, contempló el deber de los entonces empleadores de efectuar aprovisionamiento de capital para garantizar el acceso al derecho pensional de sus trabajadores.

De otro lado, la Corte debe dilucidar si el Tribunal incurrió en un yerro al indicar que en este asunto la demandada debe responder por el cálculo actuarial para

convalidar los tiempos de prestación de servicio sin afiliación al ISS por falta de cobertura o si, por el contrario, debe asumir el pago de las cotizaciones indexadas con base en las tarifas de cotización establecidas en los reglamentos del ISS y en el porcentaje que correspondía al empleador, como lo sugiere la censura.

Rememora la Sala que los reproches de la censura relacionados con la ausencia de obligación o responsabilidad de los empleadores en los eventos de no afiliación a sus trabajadores a la seguridad social durante el tiempo que tuvo vigencia la relación laboral y el ISS no asumió el riesgo en pensiones o ante las omisiones previstas en los literales c) y d) del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el 9° de la Ley 797 de 2003, bastan los argumentos expuestos con anterioridad para señalar que la solución plausible es la de convalidar esos tiempos por parte del empleador con el pago de cálculos actuariales (CSJ SL068-2018).

Ahora, la jurisprudencia de esta Sala también ha establecido que en estos eventos el cálculo incluye todo el período laborado por el empleado porque mientras el ISS no subrogara al empleador en sus obligaciones, éste tenía la responsabilidad total respecto al riesgo pensional del trabajador, máxime que éste no puede asumir las consecuencias negativas de la falta de previsión del ordenamiento legal en estos casos, ni mucho menos ver afectados sus derechos sociales, en especial, cuando lo que está de por medio es la validación de unos tiempos para el reconocimiento y goce de la pensión de vejez (CSJ SL2879-2020).

Asimismo, la Sala reitera que de acuerdo con el parágrafo 1° del artículo 33 de la Ley 100 de 1993 es el empleador o la caja quien debe trasladar con base en el cálculo actuarial la suma correspondiente, representado a través de un bono o título pensional, sin que el trabajador esté llamado a contribuir de alguna manera en el pago de estos dineros. En efecto, la norma en comento señala: «En los casos previstos en los literales b), c), d) y e), el cómputo será precedente siempre y cuando el empleador o la caja, según el caso, trasladen, con base en el cálculo actuarial, la suma correspondiente del trabajador que se afilie, a satisfacción de la entidad administradora, el cual estará representado por un bono o título pensional».

Sobre esto último, esta Sala en sentencia CSJ SL 2584-2020, reiterada en la decisión CSJ SL673-2021, indicó que el pago del cálculo actuarial está exclusivamente a cargo del empleador, sin que el trabajador tenga que contribuir con algún aporte o porcentaje. Al respecto se pronunció la Corte en dicha oportunidad:

La razón por la cual el empleador debe asumir íntegramente la mencionada erogación radica en que durante el lapso de no afiliación por falta de cobertura fue el único responsable del riesgo pensional, en la medida que durante tal interregno la obligación estuvo totalmente a su cargo. De ahí que no resulta procedente que el valor del título pensional sea distribuido entre él y el extrabajador en la proporción prevista legalmente para los aportes pensionales, tal como lo pretende la recurrente.

Por tal razón, las disposiciones que transcribe la censura para respaldar su tesis no resultan aplicables en este asunto, toda vez que la condena cuyo pago le fue impuesta en las instancias consiste en el título pensional correspondiente al lapso de vinculación, más no el pago de cotizaciones al sistema de pensiones que es lo que aquellas regulan.

Además, el parágrafo 1.° del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, establece que el tiempo de servicio como trabajadores vinculados con empleadores que antes de la vigencia de la dicha ley tenía a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión

debe tenerse en cuenta para efectos de la misma, para lo cual «el empleador o la caja» deberán trasladar con base en el cálculo actuarial la suma correspondiente, representado a través de un bono o título pensional, sin que en modo alguno la norma establezca la contribución por parte del trabajador.

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

En consecuencia, no se advierte razón a la sociedad recurrente en cuanto afirma que el Tribunal se equivocó al condenarla al pago del cálculo actuarial por la totalidad del tiempo en que el actor laboró para ella, y no por el pago del 75% de los aportes a pensión indexados. ...”

En ese contexto, resulta evidente para la Sala que el ad quem no se equivocó al avalar la condena por concepto de cálculo actuarial y que el pago esté exclusivamente a cargo del empleador y aun cuando la recurrente no había sido llamada a afiliar a sus trabajadores en el lapso en que se extendió el nexo laboral. ...”

Igualmente considera la Sala, oportuno traer a colación lo considerado por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL1720 de 2022 Radicado 89233, MP Gerardo Botero Zuluaga, en donde se expuso el desarrollo que ha tenido la jurisprudencia sobre la obligación de las empresas de asistir con el pago del cálculo actuarial, aun en los eventos en los cuales no tenían obligación legal de cotizar:

Así las cosas, el problema jurídico a dilucidar se contrae a determinar, si Texas Petroleum Company, hoy Chevron Petroleum Company, debe asumir o no para efectos pensionales, el pago del cálculo actuarial a Colpensiones, por el tiempo en que el demandante prestó servicios en su favor, y durante el cual el ISS, no había extendido su cobertura en el sector del país donde se ejecutó el contrato de trabajo.

Desde ya advierte la Sala, que el tribunal no incurrió en ninguno de los yerros jurídicos que le atribuye la parte recurrente, porque las normas llamadas a gobernar las consecuencias de la omisión en la afiliación o la mora en el pago de los aportes a la seguridad social por parte del empleador, son las que se encuentren vigentes al momento de causarse la prestación reclamada, con exclusión de aquellas que regulaban el asunto al momento de incurrirse en la mora u omitirse la afiliación, que fue lo que indicó el juez colegiado cuando adujo, que el caso controvertido se regulaba por el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el precepto 9º de la Ley 797 de 2003, así se consideró en la sentencia SL3506-2019.

Igualmente, se recuerda que desde el año 2014, esta Sala abandonó el criterio respecto de la inexistencia de una disposición que estableciera el pago de cotizaciones por parte del empleador, a la que hace referencia el recurrente en su cargo, pues la línea doctrinal de esta Corte, cambió su postura, estableciendo que

el tiempo laborado en favor de empleadores que no tenían la obligación de afiliación al ISS, por no haber sido llamados por este debido a su falta de cobertura, debía tenerse en cuenta para el reconocimiento de la pensión de vejez.

Así mismo, la sentencia CSJ SL9856-2014, cambió el argumento que hasta entonces imperaba, relativo a que la inexistencia de una disposición que estableciera el pago de cotizaciones por parte del empleador, por aquellos periodos en que no había surgido cobertura, desconocía que el trabajador «no tenía por qué ver frustrado su derecho al desconocerse el periodo en el que realmente prestó el servicio, sin que sea viable gravarlo, ante la aparente orfandad legislativa a la que hace referencia a la sentencia, pues ciertamente esos lapsos tienen una incidencia directa en la satisfacción de su derecho pensional».

En esa medida, y ante esa omisión legislativa, no resultaba razonable cargarle las consecuencias a la parte débil de la relación laboral, por lo que se consideró, que «el patrono, debe responder al Instituto de Seguros Sociales por el pago de los periodos en los que la prestación estuvo a su cargo, pues sólo en ese evento pudo haberse liberado de la carga que le correspondía, amén de las obligaciones contractuales existentes entre las partes»; tal criterio que se ha mantenido invariable y que ha sido expuesto entre otras, en las sentencias CSJ SL14388-2015, CSJ SL2138-2016, CSJ SL18398-2017, CSJ SL361-2018- CSJ SL287-2018, CSJ SL358-2018, CSJ SL1342-2019 y CSJ SL1356-2019, en esta última se consideró:

Con ese objeto, conviene señalar que a partir del año 2014, la jurisprudencia de esta Sala dejó de lado la teoría que defiende la recurrente en sede del recurso extraordinario. En efecto, desde la sentencia CSJ SL 41745, 16 jul. 2014, la postura que adoptó esta Corporación, es que las obligaciones de los empleadores con sus trabajadores derivadas de la seguridad social en pensiones, subsisten aun cuando la falta de afiliación al sistema no obedezca a su culpa o negligencia.

Ello implica que en los periodos no cotizados por falta de cobertura, son ellos –los empleadores- quienes asumen a través de un cálculo actuarial las contingencias que se originan en la vejez, invalidez o muerte, de tal forma que con dichos recursos se garantice el financiamiento de las prestaciones que se encuentran a cargo del ISS hoy Colpensiones.

Esta tesis se reiteró recientemente en la sentencia CSJ SL5535- 2018, en la que se enseñó:

“En efecto, desde hace más de dos décadas (CSJ SL, 8453 de 1996) y desde entonces hasta el 2014, la Corte fluctuó entre dos criterios; uno, según el cual el empleador no es responsable de la ausencia de aportes para pensión en fecha anterior a aquella en que la cobertura gradual del ISS no alcanzó una zona del territorio nacional y, otro, que en oposición, considera que el empleador debe contribuir a la financiación de la pensión de quien le prestó servicios, a través del pago del valor actualizado de las cotizaciones no sufragadas.

Sin embargo, en el 2014, la Corporación fijó un criterio mayoritario a partir de las sentencias CSJ SL9856-2014 y CSJ SL17300-2014 y, así, abandonó antiguas posiciones en las que se predicaba una inmunidad total del empleador, en cuanto entendía que no incurría en omisión de afiliación de sus trabajadores y pago de cotizaciones para cubrir el riesgo de vejez, en aquellas regiones del país en las que no había cobertura del ISS.

Desde entonces, bajo la orientación de los principios constitucionales que propenden por la protección del ser humano que al cabo de años de trabajo se

retira del servicio sin la posibilidad de obtener el reconocimiento de la prestación pensional, por causas ajenas a su voluntad y a las del empleador, y en el entendido que el derecho a la seguridad social es fundamental, irrenunciable e inalienable, la Sala, por mayoría, estimó viable y necesario que los tiempos trabajados y no cotizados, por la ausencia de cobertura del sistema general de pensiones en algunos lugares de la geografía nacional, fueran calculados a través de títulos pensionales a cargo del empleador, con el fin de que el trabajador completara la densidad de cotizaciones exigida por la ley.

Bajo esos derroteros, en la sentencia CSJ SL9856-2014, luego reiterada en sentencia CSJ SL10122-2017, la Sala definió: (i) que no se podía negar que los empleadores mantenían obligaciones y responsabilidades respecto de sus trabajadores, a pesar de que no actuaran de manera incuriosa, al dejar de inscribirlos a la seguridad social en pensiones; (ii) que, en ese sentido, esos lapsos de no afiliación por falta de cobertura, debían estar a cargo del empleador, por mantener en cabeza suya el riesgo pensional, y (iii) que la manera de concretar ese gravamen, en casos «(...) en los que [el trabajador] no alcanzó a completar la densidad de cotizaciones para acceder a la pensión de vejez, [es] facilitar (...) que consolide su derecho, mediante el traslado del cálculo actuarial para de esa forma garantizarle que la prestación estará a cargo del ente de seguridad social».

*Así mismo, en la sentencia SL3506-2019, se recordó lo dicho en la providencia CSJ SL069-2018, reiterada en la SL1358-2018, donde se sostuvo que «(...) la Corte ya ha determinado que en desarrollo de reglas tales como las establecidas en los literales c) y d) del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el 9.º de la Ley 797 de 2003, y de principios de la seguridad social como los de universalidad, integralidad, unidad y eficiencia, **todas las hipótesis de omisión en la afiliación, sea cual sea la razón a la que obedezcan, deben encontrar una solución común, que consiste en que las entidades de seguridad social tengan en cuenta el tiempo servido, como tiempo efectivamente cotizado, con la obligación correlativa del empleador de pagar el título pensional que corresponda, por los tiempos omitidos**, tal y como lo dedujo el Tribunal» (Negritas fuera del texto original).*

Es claro entonces, que el empleador está en la obligación de reconocer el pago del cálculo actuarial a la entidad de seguridad social, por aquellos lapsos de tiempo en los que el trabajador le haya servido, sin que importe si se había iniciado la cobertura de afiliación, a fin de contribuir con la conformación del capital necesario para el financiamiento de la pensión del trabajador, sin que se pueda considerar que se encontraban exentos de responsabilidad frente al sistema pensional.

En cuanto al alcance de los artículos 72 y 76 de la Ley 90 de 1946, itera la Sala su alcance, en cuanto a que sí dispusieron una obligación a cargo de los empleadores de realizar la provisión proporcional al tiempo en que el trabajador laboró. Y en el caso de los empleadores respecto de los cuales no empezó a operar la asunción de los riesgos de invalidez, vejez y muerte por falta de cobertura del ISS, no los liberó de responsabilidad, pues estos riesgos continuaron a su cargo en vigencia de los artículos 259 y 260 del Código Sustantivo del Trabajo. En la sentencia CSJ SL2879-2020, la Corte expuso:

Al respecto, vale recordar que la obligación del pago de las pensiones de jubilación estaba en cabeza de los empleadores antes de la creación del ISS. Por ello, cuando la Ley 90 de 1946 estatuyó el seguro social obligatorio, dispuso, en sus artículos 72 y 76, que el ISS asumiría gradualmente el riesgo de vejez en aquellos sitios en los que iniciara su cobertura, para lo cual los empleadores debían realizar la provisión proporcional al

tiempo que el trabajador había laborado y entregársela a dicha entidad en tal momento, para efectos del reconocimiento del derecho pensional.

De modo que la carga pensional de jubilación continuó a cargo de los empleadores en los demás lugares del territorio nacional donde no hubiera presencia del ISS; deber que se mantuvo con la expedición del Código Sustantivo del Trabajo, toda vez que así se contempló en los artículos 259 y 260 de dicho estatuto.

Respecto al reproche de la recuente, en cuanto a que el demandante no tenía vigente el contrato de trabajo a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, esa situación no exime a la demandada en el pago del cálculo actuarial porque «el derecho a la pensión de carácter fundamental, se garantiza sin afectar la estabilidad financiera del sistema, ya que se propende por la integración de los recursos por parte de los empleadores con los de las entidades de seguridad social con las cotizaciones sufragadas, situación que no depende de que el empleador sea público o privado, o que sea o no pagador de pensiones» (CSJ SL3937-2018).

De otro lado, la Sala no desconoce el contenido de la sentencia de constitucionalidad CC C-506-2001, que declaró exequible la expresión «siempre que la vinculación laboral se encuentre vigente o se inicie con posterioridad a la vigencia de la presente ley», contenida en el literal c) del párrafo 1º del artículo 33 de la Ley 100 de 1993; no obstante lo anterior, nótese que esa misma Corporación en otras ocasiones ha inaplicado por inconstitucional tal exigencia con fundamento en la infracción de bienes constitucionales Radicación No 89233 SCLAJPT-10 V.00 18 como son los derechos adquiridos, la efectividad de las cotizaciones y el tiempo trabajado y la seguridad social en ingresos pensionales (CC T-410-2014, T-714-2015 y T-665- 2015). Además, es procedente aplicar el precedente judicial que considere apropiado el operador judicial, para resolver la controversia planteada, siempre y cuando lo justifique”.

Así las cosas, no le asiste razón a la parte demandada al pretender se revoque la sentencia de primera instancia, pues ésta se acompasa con lo expuesto por la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, sobre el particular, como se colige de las sentencias transcritas, dejando clara la obligación del empleador de pagar los periodos omitidos por cualquier circunstancia, la de pagar en su totalidad el aporte con base en el cálculo actuarial.

Además, alega la demandada que la demandante recibió indemnización sustitutiva, circunstancia por la cual los aportes no son procedentes, cita en su apoyo el artículo 6 de Decreto 1730 de 2001.

Revisado el expediente administrativo aportado por Colpensiones se advierte que el demandante llenó formato para solicitud de indemnización, como asunto indemnización sustitutiva (PDF 61ExpedienteAdministrativo folio 20), Resolución No. GNR 9285 de 17 de mayo de 2014, mediante la cual se le reconoce

indemnización sustitutiva (PDF 61ExpedienteAdministrativo folio 91-93 y 94-97) y diligencia de notificación sin interposición de recursos (PDF 61Expediente Administrativo folio 147), no obstante lo anterior estima la Sala que dicho reconocimiento no impide que se ordene el pago del cálculo actuarial, toda vez que el periodo por el cual se genera corresponde a un lapso laborado anterior al reconocimiento aludido, además por hacer parte la cotizaciones de los derechos irrenunciables del trabajador y formar parte del derecho a la seguridad social, no puede limitarse su obtención por dicha circunstancia, debe reiterarse que no se está ordenando el pago de cotizaciones causadas con posterioridad al reconocimiento, y de otra parte las consecuencias que pueda conllevar su cancelación, no es objeto de análisis del presente proceso por no formar parte del tema del mismo.

No sobra agregar que el artículo 6 de Decreto 1730 de 2001, aludido por la recurrente se refiere a la incompatibilidad de las indemnizaciones sustitutivas de vejez y de invalidez con las pensiones de vejez y de invalidez, pero como se dijo, en el presente asunto se ordenó el pago de un cálculo por cotizaciones generadas antes del reconocimiento de dicha indemnización, y las consecuencias del mismo no forman parte del presente debate.

En cuanto al recurso interpuesto por la parte demandante en el sentido de que se condene a pagar el cálculo actuarial con base en el salario de \$23.087 y no el dispuesto por el a quo correspondiente al mínimo legal de \$3.450, por cuanto el primero fue certificado por la demandada como devengado por el trabajador.

El a quo, sobre el particular señaló que obra certificación en donde se dice que el último salario es de \$23.087, sin embargo *“...no se tiene certeza ese periodo de \$23.087, esa suma a que corresponde si al último día del 28 de diciembre de 1979, o desde el principio del año, de un mes anterior, de dos meses anteriores, simplemente se dice que fue \$23.087, entonces ante la imprecisión de este salario y frente a los periodos que se declaran pues no habiendo otro elemento probatorio que permita identificar cuanto realmente era el salario del señor demandante y teniendo en cuenta los topes mínimo legales se fijara como salario para el año 78 del señor demandante lo correspondiente a un salario mínimo legal de*

\$2.580. para los efectos a que haya lugar y para el año 79 la suma de \$3.450 como salario devengado por el señor demandante dada la imprecisión de la certificación que ya indicamos en cuanto devengaba cada mes que laboró para ellos. ...”

Es efecto la certificación contiene:



HELMERICH & PAYNE (COLOMBIA) DRILLING CO.

LA SUSCRITA DIRECTORA DE RECURSOS HUMANOS DE LA EMPRESA
HELMERICH & PAYNE (COLOMBIA) DRILLING CO.

CERTIFICA

Que el señor **ANGEL MARIA ORTIZ** identificado con cédula de ciudadanía No. 14.945.302, laboro en esta empresa bajo el siguiente contrato:

- ✓ Desde el 22 de Septiembre de 1978 hasta el 18 de Febrero de 1979 desempeñando el cargo de Encuellador.
- ✓ Desde el 27 de Mayo de 1979 hasta el 28 de Diciembre de 1979 desempeñando el cargo de Encuellador.

Se certifica que el último salario devengado fue de \$23.087.

La presente certificación se expide para ser tenida en cuenta dentro del proceso iniciado por el Señor Ángel Maria Ortiz en contra de Helmerich & Payne (Colombia) Drilling Co., y se realiza bajo la gravedad de juramento.

Cordialmente,

HELMERICH & PAYNE
(COL) DRILLING CO.
CIT 118 No. 92, Torre 2 Piso 7
Comunidades 630 23 99
Cali - 800.058.023-8

ANA MARIA REY MARULANDA
DIRECTORA DE RECURSOS HUMANOS

No puede decirse que el a quo ignora la certificación aludida por el recurrente, pues examinó su contenido para concluir que no era clara para determinar el salario del demandante, ya que el monto señalado no se sabe si corresponde al del último día, de un mes o de dos meses.

En efecto vista la certificación, no puede establecerse, si el valor allí consignado corresponda al de un día, al de un mes o más, lo que imposibilita determinar con certeza cual fue el salario mensual del demandante para ordenar

el pago de las cotizaciones, entendimiento que resulta razonable, sin que exista otro medio de prueba que lleve a desvirtuar tal conclusión.

No sobra señalar que de conformidad con lo preceptuado por el artículo 61 del CPTS, el Juez goza de libertad para formar su convencimiento inspirándose en los principios científicos que informan la crítica de la prueba atendiendo las circunstancias relevantes del pleito, por lo tanto al no advertir que la valoración efectuada por el a quo, resulta caprichosa o arbitraria, ni existe otro medio de prueba que demuestre lo contrario, o permita vislumbrar que es equivocada, el Tribunal como corporación de segunda instancia no puede desconocerla, circunstancia por la cual se confirmara lo decidido por el a quo.

Así las cosas, quedan resueltos los temas de apelación planteados por los recurrentes, pues se reitera que la Sala en virtud de las normas señaladas inicialmente no tiene competencia para examinar otros aspectos.

Por último, con relación a la carga impuesta a Colpensiones de liquidar el respectivo cálculo actuarial, se advierte que resulta admisible pues es el fondo a donde se afilio el demandante, por lo tanto, le corresponde determinar el monto de dicho cálculo, para hacer viable la condena impuesta a la sociedad demandada, como garantía de la seguridad social, por lo que se confirmara también este aspecto.

Sin costas en esta instancia, toda vez que los recursos interpuestos por las partes fueron resueltos de manera desfavorable a las mismas.

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

RESUELVE

PRIMERO CONFIRMAR la sentencia proferida el 17 de noviembre de 2021, por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá D.C. dentro del proceso ordinario promovido por **ANGEL MARIA ORTIZ CORTES** contra **HELMERICH & PAYNE (COLOMBIA) DRILLING Co.** de conformidad con lo señalado en la parte motiva de esta providencia.

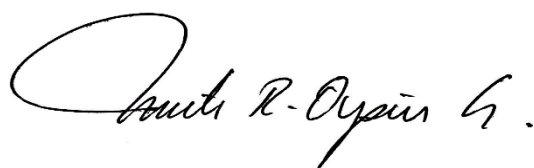
SEGUNDO: SIN COSTAS de esta instancia.

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

LAS PARTES SERÁN NOTIFICAS EN EDICTO, Y CUMPLASE,



JAVIER ANTONIO FERNÁNDEZ SIERRA
Magistrado



MARTHA RUTH OSPINA GAITÁN
Magistrada



EDUIN DE LA ROSA QUESSEP
Magistrado



LEYDY MARCELA SIERRA MORA
Secretaria