



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C
SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 26-2021-00302-01
ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA
DEMANDANTE: LUÍS LEONARDO CASTELLANOS AVILA
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTRO

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los treinta y un (31) días del mes de julio de dos mil veintitrés (2023), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por la AFP PORVENIR y del grado de consulta a favor de la demandada Colpensiones, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 25 de julio del 2022.

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior a las partes para presentar alegaciones, fueron remitidas las de la parte demandante y la AFP Porvenir.

ANTECEDENTES

El señor LUÍS LEONARDO CASTELLANOS AVILA por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se DECLARE que la AFP PORVENIR incumplió con su deber legal de información



al no brindar una asesoría veraz, oportuna, pertinente, objetiva, comprensible al demandante sobre las características y consecuencias de su traslado de régimen pensional. Como consecuencia, solicita se DECLARE la ineficacia de la afiliación al RAIS a través de la AFP Porvenir; se CONDENE a la AFP Porvenir a registrar en su sistema de información que la afiliación del actor es ineficaz; se CONDENE a COLPENSIONES a activar la afiliación del actor y a PORVENIR a trasladar a COLPENSIONES la totalidad del capital de la cuenta de ahorro individual del demandante incluidos los rendimientos, bonos y/o títulos pensionales, los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades; se CONDENE a COLPENSIONES a recibir la totalidad de las sumas trasladadas, junto con lo que resulte probado extra y ultra petita y las costas del proceso. (archivo 001. DEMANDA Y ANEXOS).

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que inició sus aportes en el RPMPD; que cotizó 601.29 semanas en el RPMPD; que se afilió a la AFP COLPATRIA hoy AFP PORVENIR el 05 de agosto de 1999; que no se le brindó la información debida al momento del traslado; que solicitó a anulación de su afiliación al RAIS sin obtener una respuesta favorable. (archivo 001. DEMANDA Y ANEXOS).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, **COLPENSIONES**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó el contenido en los numerales 1, 21 y 30, negó el 2 y 22 y, manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación por falta de reunir los requisitos legales, imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal, cobro de lo no debido, buena fe, imposibilidad de condena en costas y, la declaratoria de otras excepciones. (archivo 010. CONTESTACION DEMANDA).



Por su parte, la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos manifestó no contarle el 1, 2, 17, 18, 21, 22, 28, 29 y 30 y, negó los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y, la genérica. (archivo 011. CONTESTACION DEMANDA).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR ineficaz el traslado efectuado por el demandante LUIS LEONARDO CASTELLANOS ÁVILA, al régimen de ahorro individual con solidaridad, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR al FONDO DE PENSIONES PORVENIR a transferir a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES la totalidad de los aportes realizados por el demandante, junto con los rendimientos financieros causados, y sin que haya lugar a descontar suma alguna por concepto de administración, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES para que acepte dichas transferencias y contabilice para todos los efectos pensionales las semanas cotizadas por el demandante, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas.

QUINTO: CONDENAR en costas de esta instancia a los fondos de pensiones PORVENIR, fijándose como agencias en derecho la suma de UN MILLÓN DE PESOS” (archivo 018. ACTA ART 77 Y 80)

Fundamentó su decisión el Juez de primer grado señalando en síntesis que la Corte dijo que estos casos debían revisarse desde la figura de la ineficacia del traslado y no desde la nulidad; que no puede entenderse que la decisión fue libre y voluntaria sino se brinda la información al momento del traslado; que la carga de la prueba está en cabeza de la AFP y que no demostró haber brindado la información requerida.



RECURSOS DE APELACIÓN

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** recurrió señalando que a lo largo del proceso se probó que brindó la información al actor con el formulario de afiliación. Que la ignorancia de la Ley no excusa y que la información que extraña el actor se encuentra contenida en la Ley 100 de 1993. Que la Corte ha indicado que se debe revisar cada caso en particular y que el actor se desempeñaba como Gerente. Que no procede la devolución de los gastos de administración por lo que si se debe aplicar la prescripción. Que con esta devolución se generaría un enriquecimiento sin causa en favor de Colpensiones. Que se estaría utilizando la figura de extra y ultra petita. Que esas sumas no financian la pensión de vejez. Que sólo se debería ordenar la devolución de los aportes y rendimientos. Que si se va a ordenar la devolución de las sumas pagadas por gastos de administración se compensen con los rendimientos.

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver el recurso planteado y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, se tiene que lo pretendido por el señor Luis Leonardo Castellanos Avila, se circunscribe a la declaratoria de ineficacia de la afiliación que efectuara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, mediante formulario suscrito con la AFP PORVENIR en el año 1999.

En este orden, como bien lo indicó la decisión de primer grado la figura de la ineficacia del traslado de régimen pensional, ha sido objeto de amplio desarrollo jurisprudencial por parte de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia con radicado No. 33083 de 2011, criterio reiterado en sentencia radicado 46292 del 18 de octubre de 2017 y recientemente en sentencia 54818 del 14 de noviembre de 2018; M.P. Gerardo Botero Zuluaga; en las que indicó que la responsabilidad de las administradoras de pensiones era de carácter profesional, que la misma debía comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional y que las administradoras de pensiones tenían el deber de proporcionar a sus



interesados una información completa y comprensible a la medida de la asimetría que se había de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad.

Así las cosas, para que en realidad se considere que el traslado de régimen pensional estuvo precedido de voluntad y deseo de cambio por parte del afiliado del régimen de prima media con prestación definida, se requiere entonces que la Administradora del Régimen de Ahorro Individual le suministre una información completa sobre las condiciones específicas de su situación pensional, lo que implica no solamente lo favorable, sino todo aquello que puede perder o serle lesivo de aceptar un traslado.

Es así, que en casos como el que aquí se estudia, **la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado**; por el tipo de responsabilidad que se le endilga a estas entidades sobre las que pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional respecto de quienes simplemente buscan es la protección de los riesgos de vejez, invalidez o muerte sin prestarle mayor atención a conceptos científicos o legales, es por ello entonces, que **las Administradoras son quienes deben demostrar el suministro completo y veraz de la información al afiliado, para que se pueda concluir que en realidad el demandante tenía el deseo de aceptar las condiciones de traslado, evitando así que posteriormente alegue algún tipo de engaño**, siendo claro que el engaño no sólo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue, conocimiento que no se puede comparar al del demandante.

De las pruebas aportadas al expediente, se tiene que ninguna de ellas da cuenta que al señor Luís Leonardo Castellanos Avila, se le hubiera brindado alguna información o comparativo respecto del régimen de prima media, al momento de su traslado en el año 1999; por lo que se debe dar por demostrado que la demandada Colpatria hoy Porvenir S.A., al ser la AFP que promovió el traslado del actor proveniente del RPMPD, faltó al deber de información pues debió indicarle en forma clara todo aquello que resultaba



relevante para la toma de decisión, tanto lo favorable como lo desfavorable, razón por la cual, en el presente caso no obra prueba del cumplimiento del deber de información por parte de la AFP Porvenir.

Y es que el deber de información en los términos anteriores, fue reiterado en reciente pronunciamiento del 8 de mayo de 2019, SL 1689 de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas, en dicha indicó esa Alta Corporación:

“Sobre el particular, en reciente sentencia CSJ SL1452-2019, esta Sala se ocupó de analizar: (i) la obligación de información que tienen las administradoras de fondos de pensiones, (ii) si tal deber se entiende satisfecho con el diligenciamiento del formato de afiliación, (iii) quién tiene la carga de la prueba en estos eventos y (iv) si la ineficacia de la afiliación solo tiene cabida cuando el afiliado cuenta con una expectativa de pensión o un derecho causado.

En ese orden, concluyó que:

(i) Las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional, a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional -artículos 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, 97, numeral 1.º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 y demás disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal-. Posteriormente, se agregó a dicho deber la obligación de otorgar asesoría y buen consejo -artículo 3.º, literal c) de la Ley 1328 de 2009, Decreto 2241 de 2010- y, finalmente, se impuso la exigencia de doble asesoría -Ley 1748 de 2014, artículo 3.º del Decreto 2071 de 2015, Circular Externa n.º 016 de 2016 de la Superintendencia Financiera. Obligaciones que deben ser acatadas en un todo, a fin de que los usuarios del sistema puedan adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional.

(ii) En el campo de la seguridad social, existe un verdadero e ineludible deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SL19447-2017), pues dicho procedimiento garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, que el usuario comprende las condiciones, riesgos y



consecuencias de su afiliación al régimen; esto es que, previamente a tal acto, aquel recibió información clara, cierta, comprensible y oportuna. Luego, el simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente para dar por demostrado el deber de información.

(iii) La aseveración del afiliado de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación, por cuanto la documentación soporte del traslado debe conservarla en sus archivos, y en tanto es la obligada a observar el deber de brindar información y probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento". (Negrilla fuera del texto original)

Es así como con sujeción al criterio jurisprudencial en cita, no es cierto que para la fecha del traslado del demandante a la administradora del RAIS, a la AFP no le asistiera el deber de brindar al afiliado la información referente a su traslado en los términos antes señalados, pues como lo ha reiterado en múltiples ocasiones la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia entre otros en el criterio antes transcrito, esta obligación, nace con la misma **creación de las AFP**, mediante la expedición de la Ley 100 de 1993 y si bien no existía el deber del buen consejo, se determinó en el trámite procesal que en efecto la información en los términos señalados no le fue suministrada al actor. No pudiendo de ninguna manera entender ratificada la voluntad del demandante de pertenecer al RAIS por su permanencia en este, ya que como se señaló, dicho acto de traslado no tuvo validez en ningún momento.

De igual forma, revisado el expediente se encuentra que la única prueba aportada como lo indicó la decisión de instancia que da cuenta del acto de traslado de régimen, promovido por Porvenir S.A., es el formulario de afiliación suscrito por el actor en el año 1999, por lo que es necesario resaltar que en el ordenamiento jurídico se establece el principio de trascendencia legal y constitucional, como lo es, el de la primacía de la realidad sobre lo meramente escritural o formal que es lo que ocurre en este caso, en donde no le bastaba a las demandadas con la suscripción del formulario como señal de aceptación de todas las condiciones, el que si bien no fue tachado, lo cierto es que del mismo no se deriva el cumplimiento del deber de



información bajo estudio y el hecho de que sobre este no se hubiera manifestado reparo alguno, no convalida el traslado de régimen que se dio sin la información requerida para el efecto.

Asimismo, no se puede derivar confesión alguna del interrogatorio practicado al demandante como quiera que reiteró lo expuesto en el libelo inicial, señalando que lo único que le informaron es que el ISS se iba a acabar y que debía trasladarse al fondo privado.

Siendo necesario precisar que conforme lo ha reiterado la CSJ no eran los afiliados quienes debían buscar que se les brindara las asesorías, ni se puede pretender decir que el afiliado fue negligente al no buscarlas, pues era obligación de la AFP PRIVADA brindar la asesoría al momento del traslado y no con posterioridad a él, no pudiendo sanearse la falta de información por parte de la AFP PORVENIR con asesorías posteriores al momento en que se dio el traslado inicial, pues como lo ha reiterado la CSJ la ineficacia es insaneable en cuanto no es posible sanear algo que nunca produjo efectos. Tampoco puede pretender la AFP exonerarse de su obligación de brindar la información al momento del traslado escudándose en que dicha información se encuentra contenida en la Ley 100 de 1993 o exonerarse de dicha obligación porque el actor desempeñaba el cargo de Gerente, pues era su obligación brindarla al momento del traslado.

Adicionalmente, en estos casos conforme la inversión de la carga de la prueba, es la administradora pensional quien debe probar el suministro de la información en los términos señalados y no el demandante, lo que no ocurrió en esta oportunidad, por lo que el acto de traslado no se puede reputar una decisión libre y voluntaria.

No pudiendo tampoco alegarse la prohibición establecida en la ley 797 del 2003, pues como lo dijo la Corte en la sentencia SL 1818-2021, esto no tiene ninguna incidencia en los casos de ineficacia de traslado, pues como ya se dijo el acto de traslado no tuvo validez en ningún momento.



Así las cosas, al no haber prueba de que se le haya puesto de presente al demandante las ventajas y desventajas de pertenecer a uno u otro régimen pensional, **al momento del traslado al RAIS en el año 1999**, resulta forzoso concluir que al promotor del litigio no le fue brindada de manera completa toda la información que implicaba su traslado, circunstancia que impone **confirmar** la declaratoria de ineficacia del traslado conforme lo dispuso la decisión de primer grado.

En cuanto a los gastos de administración, se tiene que tal punto no debe ser objeto de revocatoria o modificación alguna como lo solicita la AFP Porvenir S.A. en su recurso, ya que la línea jurisprudencial aplicable a estos casos, ha sido enfática en indicar la procedencia del traslado de los mismos, los que no están sujetos al término prescriptivo, aspecto que fue reiterado entre otras en sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019, SL 4989 del 14 de noviembre de 2018 y recientemente en la SL 2884 del 23 de junio de 2021, en la que se señaló:

*“También se ha dicho por la Sala que como la declaratoria de ineficacia tiene efectos ex tunc (desde siempre), las cosas deben retrotraerse a su estado anterior, como si el acto de afiliación jamás hubiera existido. **Tal declaratoria implica que los fondos privados de pensiones deban trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado junto con los rendimientos financieros, aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, comisiones y gastos de administración debidamente indexados, con cargo a sus propias utilidades**, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al RPMPD administrado por Colpensiones.” (Negrilla fuera del texto original)*

Al punto, resulta pertinente señalar que no existe falta de congruencia entre lo pretendido y la sentencia proferida en primera instancia, ni es necesario hacer uso de las facultades ultra y extra petita, pues primero, la parte actora solicitó la devolución de los gastos de administración en la demanda y, segundo, éstos son la consecuencia de la declaratoria de la ineficacia del traslado, luego si fue un tema debatido dentro del proceso. Adicionalmente, debe señalarse que el concepto expedido al respecto por parte de la Superintendencia Financiera no resulta vinculante a estas decisiones, como quiera que tal índole sólo la poseen los pronunciamientos emanados por



parte de la Corte Suprema de Justicia, como Tribunal de cierre de esta jurisdicción, corporación que conforme el anterior recuento ha establecido con claridad los efectos de la ineficacia de la afiliación de régimen pensional que reprochan las AFP en mención, lo cual no constituye un enriquecimiento sin causa como lo sostiene la AFP Porvenir S.A.

Por lo anterior al determinarse la procedencia de trasladar los gastos en mención, como lo señala Colpensiones en su recurso, se dispondrá **confirmar** la sentencia recurrida frente a este punto.

Tampoco resulta procedente no autorizar el traslado de los rendimientos que generaron los aportes del demandante durante su afiliación al RAIS, como quiera que por virtud de los efectos de la ineficacia, se considera que dicho traslado de régimen **no existió** y por ende, no resulta de recibo que la AFP se beneficie de unos dineros que no debió haber recibido, por lo que no hay lugar a ninguna compensación como lo pretende la AFP Porvenir.

Aunado a lo anterior, a juicio de esta Sala, COLPENSIONES puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión en la que incurrieron los fondos de pensiones demandados, por lo que se **adicionarán** la sentencia recurrida en este aspecto.

Sin costas en esta instancia.

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

R E S U E L V E:

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia recurrida en el sentido de **DECLARAR** que COLPENSIONES puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el



valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión en la que incurrieron los fondos de pensiones demandados.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia recurrida.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

Las partes se notifican por edicto de conformidad con los artículos 40 y 41 del CPTSS.

MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO

LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C
SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 26-2020-00022-01
ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA
DEMANDANTE: MARTHA EDILMA PÉREZ CHAPARRO
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTROS

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los treinta y un (31) días del mes de julio de dos mil veintitrés (2023), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por Porvenir y, del grado de consulta a favor de Colpensiones, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 29 de junio del 2022.

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior a las partes para presentar alegaciones, fueron remitidas las de la AFP PORVENIR.

ANTECEDENTES

La señora MARTHA EDILMA PÉREZ CHAPARRO por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que SE



DECLARE que HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. y la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. asesoró equivocadamente a la demandante al afiliarla a dicha entidad. Que se DECLARE que la AFP COLMENA S.A. hoy AFP PROTECCIÓN y COLFONDOS también omitieron su obligación de asesorar a la demandante al momento del traslado. Como consecuencia, solicita se DECLARE la nulidad del traslado la ineficacia de la afiliación al RAIS; se ORDENE a la AFP COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS que realice el traslado de la demandante trasladando a Colpensiones los aportes, rendimientos, y semanas cotizadas en dicha entidad para que sea COLPENSIONES quien le defina su situación pensional; se CONDENE a COLPENSIONES aceptar el traslado, junto con lo que resulte probado extra y ultra petita y las costas del proceso. (archivo 001.11001310502620200002200).

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que nació el 12 de junio de 1959; que al momento de la presentación de la demanda contaba con 60 años de edad; que en el RPMP cotizó 836 semanas; que durante toda su vida laboral ha cotizado un 1949 semanas; que el 24 de octubre de 1997 se trasladó del ISS a la AFP HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS hoy PORVENIR; que la única asesoría que se le brindó fue señalarle que al trasladarse obtendría una pensión más alta y que el ISS se iba acabar; que el 26 de enero de 1999 se trasladó a la AFP COLMENA hoy PROTECCION; que el 28 de abril del 2000 se trasladó a la AFP PORVENIR; que el 22 de diciembre del 2000 se trasladó a la AFP COLFONDOS; que ninguna AFP le brindó la asesoría en la forma debida; que solicitó su traslado a Colpensiones sin obtener una respuesta favorable. (archivo 001.11001310502620200002200).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, la **Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES**, se opuso a las pretensiones de la demanda, respecto de los



hechos aceptó el 1, 2, 19, 20, 21, 22, 30 y, 31; negó el 3, 4, 5 y 23 y, manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó prescripción, cobro de lo no debido, buena fe y, presunción de legalidad de los actos administrativos. (archivo 001.11001310502620200002200).

Por su parte, la **Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.**, se opuso a las pretensiones de la demanda, respecto de los hechos negó el 6, 7, 10, 11, 15, 17, 18, 26, 27 y 28 y, manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica. (archivo 007.Contestación Demanda Porvenir).

La **Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PROTECCION S.A.**, se opuso a las pretensiones de la demanda, respecto de los hechos aceptó el 1, 2 y 8; negó el 9, 15, 17 y 18 y, manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del Sistema General de Pensiones, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: Inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y traslado de aportes. (archivo 008.CONTESTACION DEMANDA PROTECCIÓN).

Finalmente, **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS**, se opuso a las pretensiones de la demanda, respecto de los hechos negó el 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 27 y 28 y, manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó falta de legitimación en la causa por pasiva, no existe prueba de causal de nulidad alguna, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, buena fe, compensación y pago, saneamiento de cualquier presunta nulidad de la afiliación, ausencia de vicios del consentimiento, obligación a cargo exclusivamente de un tercero, nadie



puede ir en contra de sus propios actos, la innominada o genérica. (archivo 018. Contestación COLFONDOS).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR ineficaz el traslado efectuado por la demandante MARTHA EDILMA PÉREZ CHAPARRO, al régimen de ahorro individual con solidaridad, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR al FONDO DE PENSIONES COLFONDOS a transferir a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES la totalidad de los aportes realizados por la demandante, junto con los rendimientos financieros causados, y sin que haya lugar a descontar suma alguna por concepto de administración, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: CONDENAR a los fondos de pensiones PORVENIR y PROTECCIÓN a transferir a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES los dineros descontados por gastos de administración de la cuenta de ahorro individual de la demandante, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES para que acepte dichas transferencias y contabilice para todos los efectos pensionales las semanas cotizadas por la demandante, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

QUINTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas.

SEXTO: CONDENAR en costas de esta instancia a los fondos de pensiones PORVENIR, PROTECCIÓN y COLFONDOS, a razón de un



33.33% a cargo de cada una, fijándose como agencias en derecho la suma de UN MILLÓN DOSCIENTOS MIL PESOS (\$1'200.000)."

Fundamentó su decisión el Juez de primer grado señalando en síntesis que la Corte dijo que estos casos debían revisarse desde la figura de la ineficacia del traslado y no desde la nulidad; que no puede entenderse que la decisión fue libre y voluntaria sino se brinda la información al momento del traslado; que la carga de la prueba está en cabeza de la AFP y que no demostró haber brindado la información requerida.

RECURSOS DE APELACIÓN

La demandada **Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.** interpuso recurso de apelación argumentando que conforme lo ha señalado la CSJ se debe revisar que información se debía brindar al momento del traslado y se debe tener en cuenta la calidad de la persona; que en este caso la demandante al momento del traslado era abogada y se desempeñaba en el Instituto para la Seguridad Social de la Policía Nacional, por lo que debía conocer la información que manifiesta no le fue brindada. Que la demandante confiesa que se le brindó la información y afirma conocer la Ley 100 de 1993. Que el formulario de afiliación era aprobado por las autoridades competentes. Que la Ley no exigía ningún otro documento. Que no procede la condena de devolución de gastos de administración, pues este descuento también se hace en el RPMPD; que dichas sumas no hacen parte del derecho pensional, por lo que sobre ellas si opera el fenómeno prescriptivo. Que la Superintendencia ha sido clara al señalar que únicamente deben trasladarse los aportes y los rendimientos. Que no se podía hacer uso de la facultad ultra y extra petita. Que se debe realizar una compensación con los rendimientos. Solicita no se ordene la devolución de los rendimientos.

CONSIDERACIONES



A efectos de resolver el recurso planteados y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, se tiene que lo pretendido por la señora Martha Edilma López Chaparro, se circunscribe a la declaratoria de nulidad o ineficacia de la afiliación que efectuara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, mediante formulario suscrito con la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR en el año 1997 y, posteriormente, a la AFP COLMENA hoy AFP PROTECCIÓN en el año 1999, a la AFP PORVENIR en el año 2000 y a la AFP COLFONDOS en el año 2001; esta última es la entidad en la que se encuentra afiliada actualmente.

En este orden, si bien se peticionó la nulidad de traslado de régimen, lo cierto es que se alega tal consecuencia por omisión al deber de información, caso en el cual lo pretendido se debe estudiar bajo la óptica de la ineficacia como lo ha reiterado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia con radicado No. 33083 de 2011, reiterada en sentencia radicado 46292 del 18 de octubre de 2017 y recientemente en sentencia 54818 del 14 de noviembre de 2018; M.P. Gerardo Botero Zuluaga; en las que señaló que la responsabilidad de las administradoras de pensiones era de carácter profesional, que la misma debía comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional y que las administradoras de pensiones tenían el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible a la medida de la asimetría que se había de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad.

Así las cosas, para que en realidad se considere que el traslado de régimen pensional estuvo precedido de voluntad y deseo de cambio por parte del afiliado del régimen de prima media con prestación definida, se requiere entonces que la Administradora del Régimen de Ahorro Individual le suministre una información completa sobre las condiciones específicas de su situación pensional, lo que implica no solamente lo favorable, sino todo aquello que puede perder o serle lesivo de aceptar un traslado.



Es así, que en casos como el que aquí se estudia, **la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado**; por el tipo de responsabilidad que se le endilga a estas entidades sobre las que pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional respecto de quienes simplemente buscan es la protección de los riesgos de vejez, invalidez o muerte sin prestarle mayor atención a conceptos científicos o legales, es por ello entonces, que **las Administradoras son quienes deben demostrar el suministro completo y veraz de la información al afiliado, para que se pueda concluir que en realidad la demandante tenía el deseo de aceptar las condiciones de traslado, evitando así que posteriormente alegue algún tipo de engaño**, siendo claro que el engaño no sólo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue, conocimiento que no se puede comparar al de la demandante.

De las pruebas aportadas al expediente y como bien lo señala la parte demandante, se tiene que ninguna de ellas da cuenta que a la señora Martha Edilma López Chaparro, se le hubiera brindado alguna información o comparativo respecto del régimen de prima media, al momento de su traslado en el año 1997; por lo que se debe dar por demostrado que la demandada HORIZONTE hoy PORVENIR S.A., al ser la AFP que promovió el traslado de la actora proveniente del RPM, faltó al deber de información pues debió indicarle en forma clara todo aquello que resultaba relevante para la toma de decisión, tanto lo favorable como lo desfavorable y en el presente caso no obra prueba del cumplimiento del deber de información por parte de la AFP PORVENIR.

Y es que el deber de información en los términos anteriores, fue reiterado en reciente pronunciamiento del 8 de mayo de 2019, SL 1689 de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas, indicando esa Alta Corporación:

“Sobre el particular, en reciente sentencia CSJ SL1452-2019, esta Sala se ocupó de analizar: (i) la obligación de información que tienen las administradoras de fondos de pensiones, (ii) si tal deber se entiende satisfecho con el diligenciamiento del formato de



afiliación, (iii) quién tiene la carga de la prueba en estos eventos y (iv) si la ineficacia de la afiliación solo tiene cabida cuando el afiliado cuenta con una expectativa de pensión o un derecho causado.

En ese orden, concluyó que:

(i) Las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional, a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional -artículos 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, 97, numeral 1.º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 y demás disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal-. Posteriormente, se agregó a dicho deber la obligación de otorgar asesoría y buen consejo -artículo 3.º, literal c) de la Ley 1328 de 2009, Decreto 2241 de 2010- y, finalmente, se impuso la exigencia de doble asesoría -Ley 1748 de 2014, artículo 3.º del Decreto 2071 de 2015, Circular Externa n.º 016 de 2016 de la Superintendencia Financiera. Obligaciones que deben ser acatadas en un todo, a fin de que los usuarios del sistema puedan adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional.

(ii) En el campo de la seguridad social, existe un verdadero e ineludible deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SL19447-2017), pues dicho procedimiento garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, que el usuario comprende las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen; esto es que, previamente a tal acto, aquel recibió información clara, cierta, comprensible y oportuna. Luego, el simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente para dar por demostrado el deber de información.

(iii) La aseveración del afiliado de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarse el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación, por cuanto la documentación soporte del traslado debe conservarla en sus archivos, y en tanto es la obligada a observar el deber de brindar información y probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento". (Negrilla fuera del texto original)

Es así como con sujeción al criterio jurisprudencial en cita, es claro que para la fecha del traslado de la demandante a la administradora del RAIS, le asistía el deber de brindar a la afiliada la información referente a su traslado en los términos antes señalados, pues como lo ha reiterado en múltiples



ocasiones la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia entre otros en el criterio antes transcrito, esta obligación, nace con la misma **creación de las AFP**, mediante la expedición de la Ley 100 de 1993 y si bien no existía el deber del buen consejo, se determinó en el trámite procesal que en efecto la información en los términos señalados no le fue suministrada a la actora.

No pudiendo de ninguna manera entenderse ratificada la voluntad de la demandante de pertenecer al RAIS por su permanencia en este, ya que como se señaló, dicho acto de traslado no tuvo validez en ningún momento.

De igual forma, revisado el expediente se encuentra que la única prueba aportada como lo indicó la decisión de instancia que da cuenta del acto de traslado de régimen, promovido por Porvenir S.A., es el formulario de afiliación suscrito por la actora en el año de 1997, por lo que es necesario resaltar que en el ordenamiento jurídico se establece el principio de trascendencia legal y constitucional, como lo es, el de la primacía de la realidad sobre lo meramente escritural o formal, que es lo que ocurre en este caso, en donde no le bastaba a las demandadas con la suscripción del formulario como señal de aceptación de todas las condiciones, el que si bien no fue tachado, lo cierto es que del mismo no se deriva el cumplimiento del deber de información bajo estudio y el hecho de que sobre este no se hubiera manifestado reparo alguno, no convalida el traslado de régimen que se dio sin la información requerida para el efecto.

Asimismo, no se puede derivar confesión alguna del interrogatorio practicado a la demandante, como quiera que reiteró lo expuesto en el libelo inicial, señalando que lo único que se le informó es que al trasladarse obtendría una mejor pensión.

Adicionalmente, conforme la inversión de la carga de la prueba es la administradora pensional quien debe probar el suministro de la información en los términos señalados, y no la demandante, por tanto, como la AFP Porvenir no probó haber brindado la información requerida el acto de traslado no se puede reputar una decisión libre y voluntaria.



Es así como en estos casos, no es de resorte de la demandante, probar vicio del consentimiento alguno, por cuanto en la acción judicial objeto de pronunciamiento, si bien se peticiona la nulidad de traslado, lo cierto es que como se indicó al inicio de este pronunciamiento, este tipo de acción, por lo que se pretende, se estudia bajo la óptica de la **ineficacia**, así lo reiteró la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia radicado No. 68852 del 9 de octubre de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas, oportunidad en que indicó:

“En las sentencias CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019 y CSJ SL3464-2019 esta Sala precisó que la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineffectividad en sentido estricto o exclusión de todo efecto al traslado. Por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde esta institución y no desde el régimen de las nulidades o inexistencia.”

Siendo necesario precisar que conforme lo ha reiterado la CSJ no eran los afiliados quienes debían buscar que se les brindara las asesorías, ni se puede pretender decir que el afiliado fue negligente al no buscarlas, pues era obligación de la AFP PRIVADA brindar la asesoría al momento del traslado y no con posterioridad a él, no pudiendo sanearse la falta de información por parte de la AFP PORVENIR con asesorías posteriores al momento en que se dio el traslado inicial, pues como lo ha reiterado la CSJ la ineffectividad es insaneable en cuanto no es posible sanear algo que nunca produjo efectos. Tampoco puede pretender la AFP exonerarse de su obligación de brindar la información al momento del traslado escudándose en que dicha información se encuentra contenida en la Ley 100 de 1993 o exonerarse de dicha obligación porque la actora es abogada, pues era su obligación brindarla al momento del traslado, independientemente de la profesión o conocimientos del afiliado.

Así las cosas, al no haber prueba de que se le haya puesto de presente a la demandante las ventajas y desventajas de pertenecer a uno u otro régimen pensional, **al momento del traslado al RAIS en el año 1997**, resulta forzoso concluir que a la promotora del litigio no le fue brindada de manera completa



toda la información que implicaba su traslado, circunstancia que impone **confirmar** la declaratoria de ineficacia del traslado conforme lo dispuso la decisión de primer grado.

En cuanto a los gastos de administración, se tiene que tal punto no debe ser objeto de revocatoria o modificación alguna como lo solicita la AFP PORVENIR en su recurso, ya que la línea jurisprudencial aplicable a estos casos, ha sido enfática en indicar la procedencia del traslado de los mismos, los que no están sujetos al término prescriptivo, aspecto que fue reiterado entre otras en sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019, SL 4989 del 14 de noviembre de 2018 y recientemente en la SL 2884 del 23 de junio de 2021, en la que se señaló:

*“También se ha dicho por la Sala que como la declaratoria de ineficacia tiene efectos ex tunc (desde siempre), las cosas deben retrotraerse a su estado anterior, como si el acto de afiliación jamás hubiera existido. **Tal declaratoria implica que los fondos privados de pensiones deban trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado junto con los rendimientos financieros, aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, comisiones y gastos de administración debidamente indexados, con cargo a sus propias utilidades,** pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al RPMPD administrado por Colpensiones.” (Negrilla fuera del texto original)*

Al punto, resulta pertinente señalar que no existe falta de congruencia entre lo pretendido y la sentencia proferida en primera instancia, ni es necesario hacer uso de las facultades ultra y extra petita, pues si bien la parte actora no solicitó la devolución de los gastos de administración en la demanda, lo cierto es que éstos son la consecuencia de la declaratoria de la ineficacia del traslado, luego si fue un tema debatido dentro del proceso. Adicionalmente, debe señalarse que el concepto expedido al respecto por parte de la Superintendencia Financiera no resulta vinculante a estas decisiones, como quiera que tal índole sólo la poseen los pronunciamientos emanados por parte de la Corte Suprema de Justicia, como Tribunal de cierre de esta jurisdicción, corporación que conforme el anterior recuento ha establecido con claridad los efectos de la ineficacia de la afiliación de régimen pensional



que reprochan las AFP en mención, lo cual no constituye un enriquecimiento sin causa.

Por lo anterior al determinarse la procedencia de trasladar los gastos en mención, se dispondrá **confirmar** la sentencia recurrida frente a este punto.

Tampoco resulta procedente no autorizar el traslado de los rendimientos que generaron los aportes de la demandante durante su afiliación al RAIS, como quiera que por virtud de los efectos de la ineficacia, se considera que dicho traslado de régimen **no existió** y por ende, no resulta de recibo que la AFP se beneficie de unos dineros que no debió haber recibido, por lo que no hay lugar a ninguna compensación como lo pretende la AFP Porvenir.

Aunado a lo anterior, a juicio de esta Sala, COLPENSIONES puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión en la que incurrieron los fondos de pensiones demandados, por lo que se adicionara este punto.

Sin costas en esta instancia.

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

R E S U E L V E:

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia recurrida en el sentido de **DECLARAR** que COLPENSIONES puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las



reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión en la que incurrió el fondo de pensiones demandado.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia recurrida.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

Las partes se notifican por edicto de conformidad con los artículos 40 y 41 del CPTSS.



MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO



LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C
SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 24-2021-00211-01

ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA

DEMANDANTE: EDILMA BELLO ALARCÓN

DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTROS

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los treinta y un (31) días del mes de julio de dos mil veintitrés (2023), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por Colpensiones y del grado de consulta a su favor, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 09 de agosto del 2022.

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior a las partes para presentar alegaciones, fueron remitidas las de Colpensiones.

ANTECEDENTES

La señora EDILMA BELLO ALARCÓN por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que SE DECLARE la anulación por ineficacia de la afiliación y el traslado de la demandante al



RAIS. Como consecuencia se ordene a la AFP PROTECCION S.A. la devolución a Colpensiones de todos los dineros que recibió con motivo de la afiliación de la demandante como cotizaciones y bonos pensionales, con todos los rendimientos que se hubieren causado, gastos de administración debiendo asumirlo el fondo de su propio patrimonio; se condene a COLPENSIONES a tener a la demandante como su afiliada como si nunca se hubiese trasladado; se condene a las demandadas en costas, junto con lo que resulte probado extra y ultra petita (archivo 01 correo acta demanda pruebas).

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que fue afiliado al sistema de seguridad social en pensiones a partir del 12 de enero de 1990; que el 12 de abril de 1999 se trasladó a COLFONDOS; que al momento del traslado no se le brindó la información debida; que solicitó su traslado sin obtener una respuesta favorable; que actualmente se encuentra afiliada en la AFP PROTECCIÓN S.A.. (archivo 01 correo acta demanda pruebas).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS**, se opuso a las pretensiones de la demanda, respecto de los hechos aceptó el 22 y 30; manifestó no constarle el 1, 17, 18, 19, 20, 21, 24, 25, 26, 27, 28, 29 y 31 y, negó los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe y la innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al RAIS, ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago. (archivo 04 COLFONDOS S.A. ALLEGA CONTESTACION).

Por su parte, la **Administradora De Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A.**, se opuso a las pretensiones de la demanda, respecto de los



hechos aceptó el 16, 17, 18, 23, 28, 29 y 30; negó el 12 y 24 y, manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos Públicos y del Sistema General de pensiones, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, traslado de los aportes a otra administradora, las consecuencias de la ineficacia no pueden ser extendidas a terceros, la devolución de aportes no supone una retroactividad plena y en ese sentido deben mantenerse todas las situaciones consolidadas y que se presumieron de buena fe y la genérica. (archivo 05 PROTECCION ALLEGA CONTESTACION).

Finalmente, De otro lado, la **Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES**, se opuso a las pretensiones de la demanda, respecto de los hechos aceptó el 1, 20, 21, 29 y 31 y, manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema, buena fe, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción, y la innominada o genérica. (archivo 06 COLPENSIONES ALLEGA CONTESTACION).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA de la afiliación que hizo la señora EDILMA BELLO ALARCÓN al Régimen de Ahorro Individual



a través de la **COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS** el 12 de abril de 1999, de conformidad con las razones expuestas.

SEGUNDO: DECLARAR para todos los efectos legales hizo la señora **EDILMA BELLO ALARCÓN** nunca se vinculó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, contrario a ello, siempre estuvo en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

TERCERO: ORDENAR a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN** trasladar a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, todos los valores que hubiere recibido, con motivo de la afiliación de hizo la señora **EDILMA BELLO ALARCÓN** como cotizaciones, bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., con los rendimientos que se hubieren causado, ello significa que se debe trasladar a COLPENSIONES todo lo que tenga la demandante en su cuenta en ahorro individual o al momento en que se haga efectivo el traslado, junto con los que allá (sic) deducido por concepto de gastos de administración debidamente indexados, conforme a la parte motiva de esta sentencia.

CUARTO: ORDENAR a **COLFONDOS PENSIONES Y CESANTIAS** trasladadas a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES**, lo que haya deducido los aportes de la demandante por concepto de gastos de administración debidamente indexados conforme a lo expuesto en la parte motiva.

QUINTO: ORDENAR a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** a recibir hizo la señora **EDILMA BELLO ALARCÓN**, como su afiliado, actualizar y corregir su historia laboral una vez reciba estos dineros que le debe trasladar la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION Y COLFONDOS PENSIONES Y CESANTIAS**.



SEXTO: DECLARAR no probados los hechos sustento de las excepciones propuestas por la pasiva.

SÉPTIMO: SIN CONDENA EN COSTAS EN LA INSTANCIA...

Fundamentó su decisión el Juez de primer grado señalando en síntesis que en el presente caso no se probó haber brindado a la demandante la información necesaria al momento del traslado; que no se puede entender que la demandante haya confesado que recibió la información que se requería al momento del traslado; que la carga de la prueba esta en cabeza de la AFP y que acoge el criterio de la CSJ.

RECURSOS DE APELACIÓN

La **Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones** interpuso recurso de apelación argumentando que la demandante se encuentra dentro de la prohibición legal; que no se demostró que su decisión estuviera viciada; que la demandante tiene la calidad de consumidor financiero y en tal sentido tiene la obligación de informarse.

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver el recurso planteado y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, se tiene que lo pretendido por la señora Edilma Bello Alarcón, se circunscribe a la declaratoria de nulidad de la afiliación que efectuara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, mediante formulario suscrito con la AFP COLFONDOS en el año 1999 y, posteriormente, a la AFP PROTECCION en el año 2002; esta última es la entidad en la que se encuentra afiliada actualmente.

En este orden, si bien se peticionó la nulidad de traslado de régimen, lo cierto es que se alega tal consecuencia por omisión al deber de información, caso en el cual lo pretendido se debe estudiar bajo la óptica de la ineficacia



como lo ha reiterado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia con radicado No. 33083 de 2011, reiterada en sentencia radicado 46292 del 18 de octubre de 2017 y recientemente en sentencia 54818 del 14 de noviembre de 2018; M.P. Gerardo Botero Zuluaga; en las que señaló que la responsabilidad de las administradoras de pensiones era de carácter profesional, que la misma debía comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional y que las administradoras de pensiones tenían el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible a la medida de la asimetría que se había de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad.

Así las cosas, para que en realidad se considere que el traslado de régimen pensional estuvo precedido de voluntad y deseo de cambio por parte del afiliado del régimen de prima media con prestación definida, se requiere entonces que la Administradora del Régimen de Ahorro Individual le suministre una información completa sobre las condiciones específicas de su situación pensional, lo que implica no solamente lo favorable, sino todo aquello que puede perder o serle lesivo de aceptar un traslado.

Es así, que en casos como el que aquí se estudia, contrario a lo pretendido por Porvenir en su recurso, **la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado**; por el tipo de responsabilidad que se le endilga a estas entidades sobre las que pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional respecto de quienes simplemente buscan es la protección de los riesgos de vejez, invalidez o muerte sin prestarle mayor atención a conceptos científicos o legales, es por ello entonces, que **las Administradoras son quienes deben demostrar el suministro completo y veraz de la información al afiliado, para que se pueda concluir que en realidad la demandante tenía el deseo de aceptar las condiciones de traslado, evitando así que posteriormente alegue algún tipo de engaño**, siendo claro que el engaño no sólo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional que ha de tener la iniciativa en



proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue, conocimiento que no se puede comparar al del demandante.

De las pruebas aportadas al expediente y como bien lo señala la parte demandante, se tiene que ninguna de ellas da cuenta que a la señora Edilma Bello Alarcón, se le hubiera brindado alguna información o comparativo respecto del régimen de prima media, **al momento de su traslado** en el año 1999; por lo que se debe dar por demostrado que la demandada COLFONDOS, al ser la AFP que promovió el traslado de la actora proveniente del RPM, faltó al deber de información pues debió indicarle en forma clara todo aquello que resultaba relevante para la toma de decisión, tanto lo favorable como lo desfavorable y en el presente caso no obra prueba del cumplimiento del deber de información por parte de la AFP COLFONDOS.

Y es que el deber de información en los términos anteriores, fue reiterado en reciente pronunciamiento del 8 de mayo de 2019, SL 1689 de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas, indicando esa Alta Corporación:

“Sobre el particular, en reciente sentencia CSJ SL1452-2019, esta Sala se ocupó de analizar: (i) la obligación de información que tienen las administradoras de fondos de pensiones, (ii) si tal deber se entiende satisfecho con el diligenciamiento del formato de afiliación, (iii) quién tiene la carga de la prueba en estos eventos y (iv) si la ineficacia de la afiliación solo tiene cabida cuando el afiliado cuenta con una expectativa de pensión o un derecho causado.

En ese orden, concluyó que:

(i) Las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional, a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional -artículos 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, 97, numeral 1.º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 y demás disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal-. Posteriormente, se agregó a dicho deber la obligación de otorgar asesoría y buen consejo -artículo 3.º, literal c) de la Ley 1328 de 2009, Decreto 2241 de 2010- y, finalmente, se impuso la exigencia de doble asesoría -Ley 1748 de 2014, artículo 3.º del Decreto 2071 de 2015, Circular Externa n.º 016 de 2016 de la Superintendencia Financiera. Obligaciones que deben ser



acatadas en un todo, a fin de que los usuarios del sistema puedan adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional.

(ii) En el campo de la seguridad social, existe un verdadero e ineludible deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SL19447-2017), pues dicho procedimiento garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, que el usuario comprende las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen; esto es que, previamente a tal acto, aquel recibió información clara, cierta, comprensible y oportuna. Luego, el simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente para dar por demostrado el deber de información.

(iii) La aseveración del afiliado de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarse el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación, por cuanto la documentación soporte del traslado debe conservarla en sus archivos, y en tanto es la obligada a observar el deber de brindar información y probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento". (Negrilla fuera del texto original)

Es así como con sujeción al criterio jurisprudencial en cita, es claro que para la fecha del traslado de la demandante a la administradora del RAIS, le asistía el deber de brindar a la afiliada la información referente a su traslado en los términos antes señalados, pues como lo ha reiterado en múltiples ocasiones la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia entre otros en el criterio antes transcrito, esta obligación, nace con la misma **creación de las AFP**, mediante la expedición de la Ley 100 de 1993 y si bien no existía el deber del buen consejo, se determinó en el trámite procesal que en efecto la información en los términos señalados no le fue suministrada a la actora.

No pudiendo de ninguna manera entenderse ratificada la voluntad de la demandante de pertenecer al RAIS por su permanencia en este, ya que como se señaló, dicho acto de traslado no tuvo validez en ningún momento.

De igual forma, revisado el expediente se encuentra que la única prueba aportada como lo indicó la decisión de instancia que da cuenta del acto de traslado de régimen, promovido por COLFONDOS, es el formulario de afiliación suscrito por la actora en el año de 1999, por lo que es necesario resaltar que en el ordenamiento jurídico se establece el principio de



trascendencia legal y constitucional, como lo es, el de la primacía de la realidad sobre lo meramente escritural o formal, que es lo que ocurre en este caso, en donde no le bastaba a las demandadas con la suscripción del formulario como señal de aceptación de todas las condiciones, el que si bien no fue tachado, lo cierto es que del mismo no se deriva el cumplimiento del deber de información bajo estudio y el hecho de que sobre este no se hubiera manifestado reparo alguno, no convalida el traslado de régimen que se dio sin la información requerida para el efecto.

Asimismo, no se puede derivar confesión alguna del interrogatorio practicado a la demandante, como quiera que reiteró lo expuesto en el libelo inicial, señalando que lo único que se le informó al momento del traslado fue que sus aportes serían heredados por sus hijos.

Adicionalmente, en estos casos conforme la inversión de la carga de la prueba es la administradora pensional quien debe probar el suministro de la información en los términos señalados, y no la demandante, por tanto, como la AFP COLFONDOS no probó haber brindado la información requerida el acto de traslado no se puede reputar una decisión libre y voluntaria.

Es así como en estos casos, no es de resorte de la demandante, probar vicio del consentimiento alguno, como lo pretende Colpensiones en su recurso, por cuanto en la acción judicial objeto de pronunciamiento, si bien se peticiona la nulidad de traslado, lo cierto es que como se indicó al inicio de este pronunciamiento, este tipo de acción, por lo que se pretende, se estudia bajo la óptica de la **ineficacia**, así lo reiteró la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia radicado No. 68852 del 9 de octubre de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas, oportunidad en que indicó:

“En las sentencias CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019 y CSJ SL3464-2019 esta Sala precisó que la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia en sentido estricto o exclusión de todo efecto al traslado. Por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde esta institución y no desde el régimen de las nulidades o inexistencia.”



Siendo necesario precisar que conforme lo ha reiterado la CSJ no eran los afiliados quienes debían buscar que se les brindara las asesorías, pues era obligación de la AFP PRIVADA brindarla al momento del traslado y no con posterioridad a él.

No pudiendo tampoco las demandadas alegar la prohibición establecida en la ley 797 del 2003, pues como lo dijo la Corte en la sentencia SL 1818-2021, esto no tiene ninguna incidencia en los casos de ineficacia de traslado, pues como ya se dijo el acto de traslado no tuvo validez en ningún momento.

Así las cosas, al no haber prueba de que se le haya puesto de presente a la demandante las ventajas y desventajas de pertenecer a uno u otro régimen pensional, **al momento del traslado al RAIS en el año 1999**, resulta forzoso concluir que a la promotora del litigio no le fue brindada de manera completa toda la información que implicaba su traslado, circunstancia que impone **confirmar** la declaratoria de ineficacia del traslado conforme lo dispuso la decisión de primer grado.

En cuanto a los gastos de administración, se tiene que tal punto no debe ser objeto de revocatoria o modificación alguna, ya que la línea jurisprudencial aplicable a estos casos, ha sido enfática en indicar la procedencia del traslado de los mismos, los que no están sujetos al término prescriptivo, aspecto que fue reiterado entre otras en sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019, SL 4989 del 14 de noviembre de 2018 y recientemente en la SL 2884 del 23 de junio de 2021, en la que se señaló:

*“También se ha dicho por la Sala que como la declaratoria de ineficacia tiene efectos ex tunc (desde siempre), las cosas deben retrotraerse a su estado anterior, como si el acto de afiliación jamás hubiera existido. **Tal declaratoria implica que los fondos privados de pensiones deban trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado junto con los rendimientos financieros, aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, comisiones y gastos de administración debidamente indexados, con cargo a sus propias utilidades, pues desde el***



nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al RPMPD administrado por Colpensiones.” (Negrilla fuera del texto original)

Al punto, resulta pertinente señalar que el concepto expedido al respecto por parte de la Superintendencia Financiera no resulta vinculante a estas decisiones, como quiera que tal índole sólo la poseen los pronunciamientos emanados por parte de la Corte Suprema de Justicia, como Tribunal de cierre de esta jurisdicción, corporación que conforme el anterior recuento ha establecido con claridad los efectos de la ineficacia de la afiliación de régimen pensional que reprochan las AFP en mención.

Por lo anterior al determinarse la procedencia de trasladar los gastos en mención, se dispondrá **confirmar** la sentencia recurrida frente a este punto.

Aunado a lo anterior, a juicio de esta Sala, COLPENSIONES puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión en la que incurrieron los fondos de pensiones demandados, como acertadamente lo señaló el fallador de primera instancia.

Sin costas en esta instancia.

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

R E S U E L V E:

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia recurrida en el sentido de **DECLARAR** que COLPENSIONES puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la



obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión en la que incurrió el fondo de pensiones demandado.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia recurrida.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

Las partes se notifican por edicto de conformidad con los artículos 40 y 41 del CPTSS.



MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO



LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C
SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 03-2020-235-01
ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA
DEMANDANTE: LUIS JAVIER SASTOQUE JIMÉNEZ
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTROS

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los treinta y un (31) días del mes de julio de dos mil veintitrés (2023), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por las entidades demandadas Porvenir S.A. y Colpensiones, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 30 de junio de 2022.

ALEGACIONES

Durante el término concedido a las partes para presentar alegaciones, fueron remitidas las de Porvenir S.A. y la parte demandante, esta última solicita se confirme la decisión de primer grado.

ANTECEDENTES

El señor LUIS JAVIER SASTOQUE JIMÉNEZ por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se DECLARE la ineficacia del traslado que realizara al RAIS a través de la AFP Protección S.A., ante la omisión del deber de información respecto a las implicaciones que tenía el cambio de régimen de pensión. Como consecuencia de tales declaraciones peticona la ineficacia del traslado posterior entre administradoras de la AFP Protección a Porvenir S.A., igualmente, que para todos los efectos jurídicos siempre ha permanecido en el RPM administrado por Colpensiones y que no existió solución de continuidad, que se ordene a Porvenir S.A., la devolución a Colpensiones de todas las sumas de dinero,



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 03202000235-01 Dte: LUIS JAVIER SASTOQUE JIMÉNEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

bonos pensionales, cotizaciones, sumas adicionales, rendimientos financieros y gastos de administración, que Colpensiones reactive su afiliación, reciba los aportes y rendimientos devueltos por la AFP Porvenir, actualice y corrija su historia laboral. Por último, solicita se condene en costas y agencias en derecho a las demandadas y lo que resulte extra y ultra petita.

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que nació el 30 de noviembre de 1964, que estuvo afiliado al ISS hoy Colpensiones desde el inicio de su vida laboral hasta septiembre del año 1996, en donde cotizó para varias empresas, posteriormente, ante un campaña de desinformación de las AFP en general, firmó formulario de traslado del RPM al RAIS con destino a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., el 4 de septiembre de 1996, que no se le suministró información concreta y veraz de las reales consecuencias que conllevaría su decisión de traslado de régimen, que el asesor comercial de la AFP Protección S.A., no le explicó la naturaleza propia del RAIS, ni sus características, ni su diferencia con el RPM, omitiendo dar información de las ventajas y desventajas sobre el cambio de régimen pensional.

Indica que en el formulario de solicitud de vinculación a Protección S.A., no existe constancia alguna de la que se pueda inferir que le fue suministrada información pertinente y completa, que al momento de trasladarse Protección S.A., el asesor comercial no le señaló cuáles eran las condiciones que tenía que cumplir tanto en el RAIS como en el RPM para acceder a una pensión por las contingencias de vejez, invalidez o muerte, ni tampoco que el monto de la mesada pensional dependía del total del capital que lograra acumular en su cuenta individual, que no se le indicó que podría hacer aportes voluntarios para incrementar el valor de la pensión siendo ésta la única ventaja de trasladarse a dicho fondo de pensiones.

Expone que, de manera posterior, fue trasladado a la AFP Porvenir S.A., el 25 de junio de 2002, sin haber recibido ninguna información sobre características, ventajas, consecuencias de los regímenes pensionales, que al momento de trasladarse a dicha AFP el asesor comercial no le informó cuáles eran las condiciones que tenía que cumplir estando en el RAIS para acceder a



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 03202000235-01 Dte: LUIS JAVIER SASTOQUE JIMÉNEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

una pensión por las contingencias de vejez, invalidez o muerte, que los asesores de Protección y Porvenir S.A., no le indicaron que del valor aportado al fondo privado se descontaría porcentaje por concepto de administración, que para el año 2015, Porvenir no le señaló que tenía plazo de un año para iniciar los trámites tendientes a retornar al RPM, que las AFP en las que estuvo afiliado no le informaron sobre las proyecciones que debía prever para asegurar un monto pensional en condiciones dignas, en el momento de su retiro.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, **Protección S.A.**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos manifestó ser ciertos los contenidos en numerales 1, 3 parcialmente, no constarle los No. 2, 12 a 14 y 16 y negó los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: Inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe e innominada o genérica.

Por su parte, **Colpensiones**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos manifestó ser cierto el contenido en numeral 1 y no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema, buena fe, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción e innominada o genérica.

Porvenir S.A., se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en relación con los hechos negó los No. 8, 10, 12 a 17 y manifestó no constarle los demás.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 03202000235-01 Dte: LUIS JAVIER SASTOQUE JIMÉNEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

Propuso las excepciones de mérito que denominó prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y genérica.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:

PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA del traslado del demandante LUIS JAVIER SASTOQUE JIMÉNEZ del régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por PROTECCIÓN S.A., realizado el 4 de septiembre de 1996, con efectividad a partir del 1° de noviembre de la misma anualidad, así como los traslados o afiliaciones posteriores en forma horizontal entre fondos incluyendo el último que corresponde nuevamente a PORVENIR S.A., para entender vinculado al demandante, en forma válida al régimen solidario de prima media administrado por COLPENSIONES, todo de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR a la AFP PORVENIR S.A., a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones todos los valores que recibió con motivo de la afiliación del demandante LUIS JAVIER SASTOQUE JIMÉNEZ por concepto de cotizaciones obligatorias, voluntarias, en el evento de haberlas realizado, bonos pensionales en caso de haber sido redimidos, con todos los rendimientos financieros que produjo ese dinero mientras estuvo en su poder, sin descuento alguno de ninguna naturaleza, conforme la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: ORDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES a aceptar el traslado de los dineros que efectúe PORVENIR S.A., para que proceda a activar la afiliación del demandante LUIS JAVIER SASTOQUE JIMÉNEZ como si nunca se hubiese trasladado del régimen de prima media con prestación definida, y así mismo actualice la información de la historia laboral del demandante en semanas de tiempo cotizado.

CUARTO: DECLARAR NO PROBADA la excepción denominada PRINCIPIO DE SOSTENIBILIDAD FINANCIERA DEL SISTEMA, propuesta por COLPENSIONES, así como la denominada PRESCRIPCIÓN propuesta por las demandadas, conforme lo considerado en la parte motiva.

QUINTO: CONDENAR EN COSTAS, incluidas las agencias en derecho a las Demandadas, las que se tasan en la suma de UN MILLÓN QUINIENTOS MIL (\$1.500.000) PESOS MCTE., a cargo de cada una. (...)

Fundamentó su decisión el Juez de primer grado señalando que allegaron medios de prueba que llevaron a establecer que se presentó el traslado de régimen el 4 de septiembre de 1996, con posterioridad a este, del ISS a Protección S.A., se dio un traslado el 15 de agosto del año 2000, de Protección S.A., al ING Pensiones y Cesantías, y finalmente, se da de ING a Porvenir el 25 de junio del año 2002, se allegó la copia de la respuesta emitida por



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 03202000235-01 Dte: LUIS JAVIER SASTOQUE JIMÉNEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

Porvenir el 24 de enero de 2020, mediante la cual le remiten el formulario de afiliación al demandante y allega la copia de ese formulario, suscrito el 25 de junio de 2002, la copia de la historia laboral consolidada emitida por Porvenir donde consta que tiene 1.413 semanas cotizadas, la copia del resumen de la historia laboral válida para bono pensional expedida por la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, la respuesta que le da Porvenir indicándole al demandante que se encuentra reuniendo la información solicitada, la respuesta a la reclamación administrativa radicada ante Colpensiones.

Que se escuchó el interrogatorio de parte que absolvió el demandante, en el cual cuenta la historia de como se dio el traslado cuando él trabajaba para Cadenalco, que fue asumida con posterioridad por Almacenes Éxito, la invitación que le hicieron para una exposición genérica y colectiva a unos asesores de Protección S.A., estos últimos que supuestamente tramitaron el formulario de afiliación pero que curiosamente no fue allegado, es decir, con el que se presentó el verdadero traslado el 4 de septiembre de 1996. Por lo demás, al absolver ese interrogatorio de parte no confiesa nada que beneficie a la parte contraria, según lo establece el numeral 2 del artículo 191 del CGP, de manera que allí no confiesa que se le hubiese brindado realmente esa información objetiva, comparada y transparente acerca de las características de los dos regímenes pensionales; tan es así, que no se le pudo haber brindado de manera individual que la reunión fue colectiva.

En ese orden de ideas, ese interrogatorio de parte no es un medio de prueba de confesión porque no llenó los requisitos de ese artículo 191 del CGP y para esa época para el año 1996, 4 de septiembre si existían normas que obligaban a esos asesores comerciales de las administradoras de pensiones a brindar esa información completa, veraz, oportuna y comparada acerca de las características de los dos regímenes pensionales para poder buscar las mejores opciones del mercado y sobre todo sobre las prestaciones, como se causa una y otra, como se calcula una y otra, que otros efectos tiene, que otras prestaciones tiene un sistema, cuáles son los requisitos para acceder en un lado y otro y no es suficiente con brindar someramente alguna información restringida y soslayada a una sola de los regímenes porque estaría promocionando como un vendedor su producto no más y la obligación es plantear el mercado en general, así se puede extraer esa obligación del artículo



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 03202000235-01 Dte: LUIS JAVIER SASTOQUE JIMÉNEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

97 del Decreto 663 de 1993, que es aplicable a las administradoras de pensiones porque se encuentran vigiladas por la Superintendencia Bancaria para esa época hoy Superintendencia Financiera, norma que se complementa con lo consagrado, entre otras, en el artículo 12 del Decreto 720 de 1994, el cual establece las obligaciones de los promotores.

Así, para esa época exacta del traslado del demandante de un régimen a otro, si existía toda una batería normativa que obligara a las administradoras de pensiones a brindar esa información completa, veraz, oportuna, objetiva, comparada y transparente acerca de los dos regímenes pensionales, normatividad que fue interpretada en su alcance también por la doctrina del precedente vertical, la cual se encargó de establecer con toda claridad que la carga de la prueba está, estuvo y ha estado en cabeza de las administradoras de pensiones para demostrar que en ese momento del traslado y en los traslados horizontales que quedan afectados por el inicial, se les brindó esa información objetiva, comparada y transparente al posible afiliado sobre las características de los dos regímenes pensionales; jurisprudencia que ha sido abundante, profusa, pacífica, emanada de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia de la cual por haber tratado el mayor número de temas que cobijan y abarcan la totalidad de esta clase de discusiones, está la Sentencia del 9 de septiembre del año 2008, Radicado 31989 en la que no sólo se trató el tema de carga de la prueba sino los efectos y consecuencias de la ineficacia del traslado. Frente a la carga de la prueba el Juzgador de primer grado recordó la Sentencia del 14 de noviembre del año 2018, Radicado 54814; la Sentencia del 8 de mayo de 2019, Radicado 68838; la Sentencia del 14 de julio de 2021, Radicado 88485; las Sentencias SL 090 de 2022, y SL 102 de 2022, quedando claramente establecido que quien debía demostrar que para el momento del traslado del demandante de un régimen a otro, el 4 de septiembre de 1996, se le hubiese brindado esa información objetiva, comparada y transparente acerca de las características de los dos regímenes pensionales era la demandada Protección S.A., no obstante, ni siquiera se allegó el formulario por eso debió consultarse la certificación de un tercero, Asofondos, en la cual se puede establecer que efectivamente en esa fecha se dio el traslado de un régimen a otro y de que administradora y a cual.

En el traslado horizontal que se realizó a Porvenir S.A., está formulario y este último no es suficiente para dar cumplimiento a ese deber de información,



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 03202000235-01 Dte: LUIS JAVIER SASTOQUE JIMÉNEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

pues así lo estableció la Sentencia del 9 de septiembre del año 2008, Radicado 31989; la Sentencia del 3 de abril del año 2019; la Sentencia del 10 de abril de 2019, dentro del Radicado 56174; la Sentencia del 22 de febrero del año 2021, Radicado 82909; las Sentencias SL 090 de 2022, y SL 102 de 2022. Siendo ello así, lo único que existe con posterioridad son esos traslados horizontales, los cuales no convalidan la actuación viciada que arrastra el traslado desde el 4 de septiembre de 1996.

Concluyó que la demandada Protección S.A., no logró demostrar durante el debate probatorio que al demandante LUIS JAVIER SASTOQUE se le hubiese brindado la información objetiva, comparada y transparente acerca de las características de los dos regímenes pensionales, en ese momento del traslado de un régimen a otro, por lo que se declaró la ineficacia del traslado realizado el 4 de septiembre de 1996, del RPM al RAIS. Se condenó a Porvenir S.A., a devolver y trasladar a Colpensiones todos los valores que recibió con motivo de la afiliación del demandante por concepto de aportes obligatorios, voluntarios si llegó a realizar alguno, bonos pensionales en el que caso que ya se encuentren redimidos, con todos los rendimientos financieros sin descuento alguno y de ninguna naturaleza, es decir, sin descuentos por concepto de gastos de administración y de sumas adicionales de aseguradoras, ningún descuento se puede efectuar.

Igualmente, condenó a la Administradora Colombiana de Pensiones a recibir los dineros provenientes de Porvenir S.A., y proceda a activar la afiliación del demandante como si nunca se hubiese trasladado del RPM y, así mismo, actualizar su historia laboral en semanas cotizadas. Con respecto a la excepción de prescripción que propusieron todas y cada una de las demandadas, son temas que ya han sido resueltos por la doctrina del precedente vertical, según la cual la finalidad de la declaratoria de la ineficacia del traslado es el posterior reconocimiento y pago de la pensión de vejez, razón por la cual se vuelve imprescriptible, tal y como lo venía considerando la Alta Corporación desde el Radicado 6380 del 20 de mayo de 2015, por lo que declaró no probada la excepción de prescripción propuesta por todas las demandadas.

Sobre las costas y agencias en derecho, de acuerdo con el artículo 365 del CGP, y en vista de que todas y cada una de las demandas se opuso a las



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 03202000235-01 Dte: LUIS JAVIER SASTOQUE JIMÉNEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

pretensiones de la demanda, lo que genera que automáticamente el proceso sea contencioso e incluso propusieron excepciones de mérito en abundancia como mecanismo de defensa.

RECURSOS DE APELACIÓN

La demandada **Porvenir S.A.**, recurrió indicando que conforme a lo establecido en el artículo 9 del Código Civil que señala que la ignorancia hacía las leyes no sirve de excusa, lo cual establece un principio general del derecho que consagra una presunción legal que implica que habiéndose pronunciado la ley esta es conocida por todos los habitantes. Ahora bien, como lo estableció la Corte Constitucional en la Sentencia SU-130 de 2013, la Ley 100 de 1993, que fue promulgada en el Diario Oficial del 23 de diciembre del mismo año, instituyó el Sistema de Seguridad Social en Pensiones bajo dos regímenes solidarios y excluyentes pero que coexisten. En primer lugar, el RPM y, en segundo lugar, el RAIS; luego por tratarse de un sistema obligatorio y de normas de orden público, las condiciones de afiliación, traslado, cotizaciones y reconocimiento de prestaciones tanto en el RPM como en el RAIS se encuentran en su totalidad definidas por la ley que fue debidamente promulgada, por lo que a partir de ese acto se hace razonable la efectividad de las consecuencias jurídicas que puedan seguirse de su inobservancia sin que las partes por ningún motivo tengan la libertad de pactar condiciones diferentes.

Argumenta que el contrato de afiliación no es un contrato de reconocimiento de prestaciones sino un contrato de administración de recursos, en este escenario, el demandante debía conocer la información que le permitió tomar la decisión de trasladarse de régimen pensional sin que pueda aducir que Porvenir abusó de su posición dominante y menos que el actor este relevado a probar las circunstancias especiales que le impidieron conocer la Ley 100 de 1993.

Que teniendo en cuenta el artículo 13 constitucional, la parte demandante como cualquier habitante del territorio nacional le asiste la obligación de conocer la ley, por lo que carece de fundamento razonable que por carecer de educación en materia tiene dificultad para conocerlo y que, por ello, estaba



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 03202000235-01 Dte: LUIS JAVIER SASTOQUE JIMÉNEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

imposibilitado para conocer sobre las implicaciones de su decisión de traslado pensional.

En caso de que se considere que se debe confirmar lo atinente a la declaratoria de ineficacia, solicita de forma subsidiaria se absuelva a Porvenir a devolver lo descontado por concepto de comisiones y gastos de administración porque estos constituyen conceptos autorizados a descontar a las AFP, como consecuencia de la buena administración que se ejerció sobre el capital de la cuenta de ahorro individual del actor y que se vio materializado en incrementar el saldo de la cuenta de ahorro individual generando rendimientos financieros inclusive por encima del mínimo establecido por la Superintendencia Financiera. Por otro lado, ordenar estos gastos de administración a Colpensiones se configura un enriquecimiento sin causa a favor de esta demandada en la medida que no existe norma que disponga tal devolución, el artículo 103 literal b) de la Ley 100 menciona cuales son los dineros que efectivamente se deben trasladar cuando existe un cambio de régimen, esto es, el saldo contenido en la cuenta de ahorro individual incluidos los rendimientos, lo que evidencia que los gastos de administración no están destinados a financiar la prestación del afiliado y, por ende, no pertenecen a él sino al fondo privado como contraprestación de la gestión que adelantó para incrementar el capital de la cuenta de ahorro individual del actor.

Que se desconoce lo dispuesto en el inciso 2 del artículo 20 de la Ley 100 de 1993, puesto que en caso que el demandante hubiera permanecido afiliado al RPM administrado por Colpensiones, esto igualmente hubiese generado descuento de su cotización para financiar estos gastos de administración y pensión de invalidez y sobrevivientes, por lo que estos gastos no forman parte integral de la pensión de vejez y por ello se les debe aplicar el fenómeno de la prescripción.

Teniendo en cuenta lo anterior, en caso de que se decida confirmar lo atinente al traslado de las sumas correspondientes a gastos de administración, es decir, sumas diferentes a las que reposan en la cuenta de ahorro individual del demandante, tales como los aportes y rendimientos, solicita compensar estas condenas, en especial los gastos de administración, primas de seguro previsional, comisiones o indexaciones a cualquier título con los rendimientos financieros que se causaron y que exceden los mínimos establecidos por la



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 03202000235-01 Dte: LUIS JAVIER SASTOQUE JIMÉNEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

ley, teniendo en cuenta la manifestación de la primera instancia de que el efecto de la ineficacia es retrotraer las cosas a su estado inicial y en ese sentido, estos rendimientos financieros no se causaron en el RPM.

Colpensiones indicó que el impedimento de recibir al demandante en el RPM se debe a una imposibilidad legal a raíz de su edad próxima a acceder a una pensión de vejez, igualmente, frente a lo que se pudo constatar de lo que mencionó el demandante en su ponencia permaneció en el RAIS por más de 20 años, se trasladó de una manera libre y espontánea y ratificó su ánimo de permanecer en dicho régimen de Ahorro Individual al estar en dos fondos diferentes, en ningún momento se acercó al Seguro Social a pedir algún tipo de información o comparativa y tampoco se acercó a Colpensiones una vez supo que era el que se iba a encargar de administrar el RPM. Así las cosas, estima que el actor no cumple con los requisitos para que se genere una ineficacia del traslado e igualmente frente a la acción rescisoria que tendría el demandante al negocio jurídico que realizó en su momento de trasladarse en el año 1996, desde el RPM al RAIS el mismo señor Luis Javier tenía hasta el año 2000, para realizar algún tipo de acción alegando algún objeto o alguna causa ilícita que él estimó se le había vulnerado a la falta de información.

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver los recursos planteados, se tiene lo pretendido por el señor LUIS JAVIER SASTOQUE JIMÉNEZ se circunscribe a la declaratoria de ineficacia de la afiliación que efectuara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, a través de la AFP Protección S.A., el 4 de septiembre de 1996, de conformidad con la consulta del Sistema de Información de los Afiliados a las Administradoras de los Fondos de Pensión – SIAFP, remitida por la AFP en mención, materializándose el traslado el 1 de noviembre de 1996, no habiendo ofrecido reparo los traslados horizontales que efectuara el actor a ING en el año 2000, y posteriormente a la AFP Porvenir S.A., en el año 2002, donde permanece afiliado.

En este orden, la figura de la ineficacia ha sido objeto de amplio desarrollo jurisprudencial por parte de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que en sentencia con radicado No. 33083 de 2011, criterio reiterado en sentencia radicado 46292 del 18 de octubre de 2017 y recientemente en



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 03202000235-01 Dte: LUIS JAVIER SASTOQUE JIMÉNEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

sentencia 54818 del 14 de noviembre de 2018; M.P. Gerardo Botero Zuluaga; en las que indicó que la responsabilidad de las administradoras de pensiones era de carácter profesional, que la misma debía comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional y que las administradoras de pensiones tenían el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible a la medida de la asimetría que se había de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad.

Así las cosas, para que en realidad se considere que el traslado de régimen pensional estuvo precedido de voluntad y deseo de cambio por parte del afiliado del régimen de prima media con prestación definida, se requiere entonces que la Administradora del Régimen de Ahorro Individual le suministre una información completa sobre las condiciones específicas de su situación pensional, lo que implica no solamente lo favorable, sino todo aquello que puede perder o serle lesivo de aceptar un traslado.

Es así como en estos casos, **la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado**; por el tipo de responsabilidad que se le endilga a estas entidades sobre las que pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional respecto de quienes simplemente buscan es la protección de los riesgos de vejez, invalidez o muerte sin prestarle mayor atención a conceptos científicos o legales, es por ello entonces que **las Administradoras son quienes deben demostrar el suministro completo y veraz al afiliado para que se pueda concluir que fue en realidad deseo del éste aceptar las condiciones de traslado para evitar precisamente que posteriormente alegue algún tipo de engaño**, el que no sólo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue, conocimiento que no se puede comparar al del demandante.

Conforme lo anterior y si bien como lo manifiestan las recurrentes Colpensiones y Porvenir S.A., el demandante también tiene el deber de informarse sobre su situación pensional, lo cierto es que ante la experticia de la entidad que promovió su traslado al RAIS, le correspondía en dicho acto brindarle al afiliado toda la información respecto a las consecuencias



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 03202000235-01 Dte: LUIS JAVIER SASTOQUE JIMÉNEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

de la decisión de cambiar de régimen pensional, omisión que conlleva a la ineficacia de tal acto, ya que se itera, las reales implicaciones del acto de traslado sólo las puede conocer el afiliado cuando se le brinda la adecuada información al respecto, la que está en custodia de las AFP, pues conforme el papel que desempeñan en el sistema son las encargadas de promover las afiliaciones y son quienes conocen el manejo y características del sistema pensional, conocimiento que no poseen los afiliados como lo indica Colpensiones.

De las pruebas aportadas al expediente, se tiene que como bien lo adujo el Juzgador de primer grado y contrario a lo indicado por Porvenir S.A., en alegaciones, ninguna de ellas da cuenta respecto que al señor Luis Javier Sastoque, se le hubiera brindado alguna información o comparativo respecto del régimen de prima media, al momento de su traslado inicial al RAIS en el año 1996; por lo que se debe dar por demostrado que la demandada Protección S.A., AFP a la que se trasladó el demandante, faltó al deber de información pues debió indicarle en forma clara todo aquello que resulta relevante para la toma de decisión, tanto lo favorable como lo desfavorable.

El deber de información en los términos anteriores, fue reiterado en reciente pronunciamiento del 8 de mayo de 2019, SL 1689 de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas, en dicha indicó esa Alta Corporación:

“Sobre el particular, en reciente sentencia CSJ SL1452-2019, esta Sala se ocupó de analizar: (i) la obligación de información que tienen las administradoras de fondos de pensiones, (ii) si tal deber se entiende satisfecho con el diligenciamiento del formato de afiliación, (iii) quién tiene la carga de la prueba en estos eventos y (iv) si la ineficacia de la afiliación solo tiene cabida cuando el afiliado cuenta con una expectativa de pensión o un derecho causado.

En ese orden, concluyó que:

(i) Las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional, a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional -artículos 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, 97, numeral 1.º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 03202000235-01 Dte: LUIS JAVIER SASTOQUE JIMÉNEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

Ley 797 de 2003 y demás disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal-. Posteriormente, se agregó a dicho deber la obligación de otorgar asesoría y buen consejo -artículo 3.º, literal c) de la Ley 1328 de 2009, Decreto 2241 de 2010- y, finalmente, se impuso la exigencia de doble asesoría -Ley 1748 de 2014, artículo 3.º del Decreto 2071 de 2015, Circular Externa n.º 016 de 2016 de la Superintendencia Financiera. Obligaciones que deben ser acatadas en un todo, a fin de que los usuarios del sistema puedan adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional.

(ii) En el campo de la seguridad social, existe un verdadero e ineludible deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SL19447-2017), pues dicho procedimiento garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, que el usuario comprende las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen; esto es que, previamente a tal acto, aquel recibió información clara, cierta, comprensible y oportuna. Luego, el simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente para dar por demostrado el deber de información.

(iii) La aseveración del afiliado de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarse el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación, por cuanto la documentación soporte del traslado debe conservarla en sus archivos, y en tanto es la obligada a observar el deber de brindar información y probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento". (Negrilla fuera del texto original)

Con sujeción al criterio jurisprudencial en cita, se logra determinar que el suministro del deber de información, no se puede considerar por efectuado con la firma del formulario de afiliación, pues tal documental no contiene datos relevantes a la situación pensional particular del actor, ya que en este únicamente se encuentran consignados sus datos personales y el fondo pensional al que pertenecía, de igual manera este tópico también ha sido objeto de pronunciamiento en la línea jurisprudencial antes citada, según la cual, se reitera, la suscripción del formulario no permite concluir que se suministró en debida forma toda la información relevante al afiliado previo al acto de traslado.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 03202000235-01 Dte: LUIS JAVIER SASTOQUE JIMÉNEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

En cuanto a los gastos de administración, se tiene que tal punto no debe ser objeto de revocatoria o modificación alguna como indica la AFP Porvenir S.A., en recurso y alegaciones ya que la línea jurisprudencial aplicable a estos casos, ha sido enfática en indicar la procedencia del traslado de los mismos, **los que no están sujetos al término prescriptivo**, aspecto que fue reiterado entre otras en sentencias entre otras en sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019, SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. Gerardo Botero Zuluaga y en una más reciente, SL 2884 del 23 de junio de 2021, M.P. Luis Benedicto Herrera:

*También se ha dicho por la Sala que como la declaratoria de ineficacia tiene efectos ex tunc (desde siempre), las cosas deben retrotraerse a su estado anterior, como si el acto de afiliación jamás hubiera existido. **Tal declaratoria implica que los fondos privados de pensiones deban trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado junto con los rendimientos financieros, aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, comisiones y gastos de administración debidamente indexados, con cargo a sus propias utilidades**, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al RPMPD administrado por Colpensiones. (Negrilla fuera del texto original)*

Lo anterior por cuanto en virtud de los efectos de la ineficacia, se considera que dicho traslado de régimen **no existió** y, por ende, no resulta de recibo que la AFP se beneficie de unos dineros que no debió haber recibido y que fueron erogaciones realizadas a los aportes del afiliado.

Respecto a la permanencia del actor en el RAIS y los traslados horizontales dentro de este, se tiene que contrario a lo manifestado por la recurrente Colpensiones, la Sala Laboral de la CSJ ha sido enfática en señalar entre otras en la sentencia SL 1688-2019 que así el afiliado haya realizado traslados horizontales dentro del RAIS o permanecido con el paso de tiempo en dicho régimen, tales actos no tienen la virtualidad o aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP inicial al momento del traslado, por lo tanto con ellos no se sana la falta de información, postura que se mantiene y que fuera reiterada nuevamente en la sentencia SL3199-2021.

Sentado lo anterior, el hecho de que el demandante no hubiera retornado al RPM en los plazos legales concedidos para el efecto, no lo priva de la posibilidad de acudir a esta acción judicial alegando la falta al deber de



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 03202000235-01 Dte: LUIS JAVIER SASTOQUE JIMÉNEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

información, siendo también deber de la administradora del RAIS que promovió su traslado a ese régimen haberle puesto de presente tales posibilidades, no obstante, como se vio, ello no ocurrió.

Es así como, al no haber prueba de que se le haya puesto de presente al demandante las ventajas y desventajas de pertenecer a uno u otro régimen pensional, **al momento del traslado al RAIS en el año 1996**, resulta forzoso concluir que no le fue brindada a esta de manera completa toda la información a este respecto, circunstancia que impone **confirmar** la declaratoria de **ineficacia**, dispuesta en primera instancia.

Finalmente, se considera que hay lugar a DECLARAR que COLPENSIONES puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional del demandante, en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión en la que incurrió el y/o los fondos de pensiones demandados, aspecto en que se **adicionará** la sentencia recurrida.

Sin costas en esta instancia.

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

R E S U E L V E:

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia recurrida en el sentido de **DECLARAR** que COLPENSIONES puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión en la que incurrió el y/o los fondos de pensiones demandados.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia objeto de recurso.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 03202000235-01 Dte: LUIS JAVIER SASTOQUE JIMÉNEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

Las partes se notifican por edicto de conformidad con los artículos 40 y 41 del CPTSS.

Los Magistrados,

MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO

LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C
SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 03-2020-324-01
ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA
DEMANDANTE: WALTER GARZÓN HERRERA
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTRO

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

RECONÓZCASE PERSONERÍA al Doctor LUIS ALEJANDRO TAPIAS, identificado como aparece al pie de su firma, en documental contentiva de poder; en calidad de apoderado de la demandada Colpensiones, en los términos y para los efectos del poder de sustitución conferido.

En Bogotá a los treinta y un (31) días del mes de julio de dos mil veintitrés (2023), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por la entidad demandada Colpensiones, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 28 de junio de 2022.

ALEGACIONES

Durante el término concedido a las partes para presentar alegaciones, fueron remitidas las de Colpensiones y la parte demandante, esta última solicita se confirme la decisión de primer grado.

ANTECEDENTES

El señor WALTER GARZÓN HERRERA por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se DECLARE la nulidad



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 03202000324-01 Dte: WALTER GARZÓN HERRERA Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

del traslado y la afiliación que efectuara del RPM al RAIS a través de Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, ante la omisión del deber de información respecto a las implicaciones que tenía el cambio de régimen de pensiones, que se declare que los aportes podrán ser trasladados de Colfondos S.A., a Colpensiones, quedando nuevamente vigente la afiliación al RPM. Como consecuencia de tales declaraciones peticiona el traslado de todos los aportes, junto con sus rendimientos a Colpensiones, que se condene a Colfondos S.A., a restituir a Colpensiones los valores obtenidos en virtud de la vinculación como cotizaciones y bonos pensionales con todos los rendimientos que se hubieren causado, que Colpensiones reciba los valores obtenidos y contabilice para efectos de pensión, las semanas cotizadas en el RAIS. Por último, solicita se condene en costas y agencias en derecho a Colfondos S.A., y lo que resulte extra y ultra petita.

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que estando laborando en el sector privado, en diferentes empresas, realizó aportes al ISS desde el mes de noviembre de 1985, hasta el mes de marzo de 1997, que el 19 de marzo de 1997, fue trasladado al RAIS por el Fondo Privado Colfondos S.A., que al momento del traslado no fue asesorado o informado por dicho fondo de manera transparente, completa, clara, veraz, oportuna, adecuada, suficiente y cierta, respecto a las diferencias entre uno u otro régimen de pensiones, que no fue asesorado sobre las prestaciones económicas que obtendría en el RAIS, los beneficios, riesgos, desventajas o inconvenientes de este régimen y en general, las implicaciones sobre sus derechos pensionales, que debía tener en cuenta al momento de tomar la trascendental decisión de cambiarse de régimen de pensiones.

Indica que Colfondos S.A., a través de sus representantes no le asesoró respecto al régimen que más le convenía teniendo en cuenta, entre otras cosas, su historia laboral, edad y tiempo que llevaba laborando y cotizando, que no se le informó cuánto debía ser el capital que requería acumular en su cuenta de ahorro individual para poder llegar a adquirir el derecho a una



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 03202000324-01 Dte: WALTER GARZÓN HERRERA Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

pensión y con qué monto, que tampoco se le indicó que no todo el aporte mensual que hiciera iría a una cuneta individual y que parte de este se destinaría al pago de primas de seguros para atender las pensiones de invalidez y de sobrevivientes, la asesoría para la contratación de la renta vitalicia, financiar el fondo de solidaridad pensional y cubrir el costo de administración del régimen y cómo influiría esto en su pensión, que no se le señaló sobre la posibilidad que tenía de negociar el bono pensional entregado por el RPM como consecuencia del traslado para anticipar su pensión.

Argumenta que Colfondos S.A., al momento del traslado no le hizo proyecciones futuras de su pensión, con las hipótesis que podrían surgir en cada uno de los regímenes pensionales ni sobre la tasa de reemplazo en relación con la pensión de vejez en el RAIS ni acerca del derecho de retracto, que no se le explicó sobre las condiciones requeridas en el RAIS para pensionarse anticipadamente, que mediante derecho de petición del 24 de junio de 2020, solicitó a Colpensiones el traslado del RPM al RAIS de Colfondos S.A.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, **Colfondos S.A.**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos manifestó no constarle los No. 1 y 14 y negó los demás. Propuso las excepciones de fondo que denominó inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, ratificación de la afiliación del actor al Fondo de Pensiones Obligatorias administrado por Colfondos S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado y compensación y pago.

Por su parte, **Colpensiones**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos manifestó ser ciertos los contenidos en numerales 2 y 14 y no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, en casos



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 03202000324-01 Dte: WALTER GARZÓN HERRERA Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema, buena fe, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción e innominada o genérica.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:

PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA del traslado del demandante WALTER GARZÓN HERRERA del régimen de prima media con prestación definida, administrado para ese entonces por el extinto Instituto de los Seguros Sociales hoy Colpensiones, al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., el 19 de marzo de 1997, con efectividad a partir del 1° de mayo del mismo año, para entender válidamente vinculado al demandante en el régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, conforme a la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR a COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A, a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES todos los valores que recibió con motivo de la afiliación del Demandante WALTER GARZÓN HERRERA por concepto de cotizaciones obligatorias, voluntarias, en el evento de haberlas realizado, bonos pensionales en caso de haber sido redimidos, con todos los rendimientos financieros que produjo ese dinero mientras estuvo en su poder, sin descuento alguno y por ningún concepto, conforme la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: CONDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES a aceptar y recibir esos dineros provenientes de COLFONDOS S.A., para que proceda a activar la afiliación del Demandante, como si nunca se hubiese trasladado del régimen de prima media con prestación definida, y así mismo le actualice su historia laboral en semanas cotizadas.

CUARTO: DECLARAR NO PROBADA la excepción denominada PRINCIPIO DE SOSTENIBILIDAD FINANCIERA DEL SISTEMA, propuesta por COLPENSIONES, así como la denominada PRESCRIPCIÓN propuesta por las demandadas, conforme lo considerado en la parte motiva.

QUINTO: CONDENAR EN COSTAS, incluidas las agencias en derecho a las Demandadas, las que se tasan en la suma de UN MILLÓN TRESCIENTOS MIL (\$1.300.000) PESOS MCTE., a cargo de cada una. (...)



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 03202000324-01 Dte: WALTER GARZÓN HERRERA Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

Fundamentó su decisión el Juez de primer grado señalando que si bien es cierto, en las pretensiones de la demanda erróneamente la parte actora pretendía principalmente que se declarara la nulidad del traslado del RPM al RAIS, lo cierto es que simplemente se trató de una falta de actualización en la lectura de la doctrina del precedente vertical, ya que en diferentes oportunidades la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha establecido que estos procesos no se encaran hacia la nulidad del traslado sino hacia la ineficacia, tal como pareció entenderlo la apoderada de la parte demandante en los alegatos de conclusión; así lo detalló, entre otras, las Sentencias cuyo Radicado corresponden a la SL 1452 de 2019, SL 1688 de 2019, la SL 3464 de 2019, SL 4360 de 2019, más recientemente, la SL 2001 de 2021, en la cual indicó claramente la ratificación de lo dicho con anterioridad. En ese orden de ideas, acogiendo la doctrina del precedente vertical el Despacho entendió que el problema jurídico a resolver es si en el presente asunto se presentó una ineficacia en el momento del traslado del demandante del RPM, administrado para ese entonces por el ISS hoy Colpensiones, al RAIS administrado para ese entonces por Colfondos S.A., traslado que se realizó el 19 de marzo de 1997, según lo indica el formulario de afiliación; ineficacia que se dio como consecuencia de esa falta de información completa, veraz, oportuna, objetiva, transparente y comparada acerca de las características de los dos regímenes pensionales para que así el demandante pudiese tener una mejor opción del mercado, incluso de las ventajas y desventajas que ese traslado le acarrearía al demandante.

Que se escuchó el interrogatorio de parte que absolvió el demandante, y para efectos de desatar la controversia en este juicio, ese interrogatorio de parte no pudo considerarse como un medio de prueba de confesión, en la medida en que el demandante no confesó nada que beneficiara a la parte contraria siendo ello así, pues no se llenaron los requisitos del numeral 2 del artículo 191 del CGP para que pudiese ser considerado como confesión, es más, el mismo interrogatorio de parte que le dirigió el apoderado de Colfondos S.A., se encaminó a demostrar que le pudo haber informado la asesora comercial acerca de las características del RAIS, ninguna pregunta estuvo dirigida para establecer si se le informó acerca de las características del RPM administrado



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 03202000324-01 Dte: WALTER GARZÓN HERRERA Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

por el ISS, de manera que lo único que se trató fue de establecer si se promocionó en debida forma la Administradora de Pensiones Colfondos S.A., pero no sobre las características de los dos regímenes pensionales que es de la única manera que se podría obtener una información clara acerca de las mejores opciones del mercado.

En ese orden de ideas, siendo estos los únicos medios de prueba que aparecen incorporados en el informativo, lo cierto es que para esa época del 19 de marzo de 1997, existía toda una batería normativa que obligaba a las administradoras de pensiones a brindar esa información completa, veraz, oportuna, objetiva, comparada y transparente acerca de las características de los dos regímenes pensionales, inclusive las ventajas y desventajas que ese traslado le acarrearía a cada afiliado, extrayéndose del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, que resultaba aplicable a las entidades vigiladas por la Superintendencia Bancaria para ese entonces hoy Superintendencia Financiera, entre las cuales, se encontraban y se encuentran las administradoras de fondos de pensión, posición que concatenó con el artículo 12 del Decreto 1720 de 1994, el cual consagró textualmente las obligaciones de los promotores, de manera que después de la afiliación la única información que vuelve a surgir después de más de 20 años, en cabeza de Colfondos S.A., es la respuesta a un derecho de petición del mismo demandante para que le hicieran una simulación pensional, ninguna otra actividad tendiente a brindar una información al demandante aparece registrada en el acervo probatorio que fuese allegado al informativo.

Siendo ello así, de la misma normatividad surge en cabeza de las administradoras de fondos de pensiones la carga de la prueba para demostrar en esta clase de procesos que al actor se le hubiese brindado esa información objetiva, comparada y transparente acerca de las características de los dos regímenes pensionales, posición que fue aclarada suficientemente por la doctrina del precedente vertical, doctrina que resulta abundante y contundente en el momento de establecer que a las administradoras de pensiones les corresponde demostrar la información brindada en forma completa, objetiva, comparada y transparente acerca de las características de



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 03202000324-01 Dte: WALTER GARZÓN HERRERA Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

los dos regímenes pensionales al momento del traslado de un régimen a otro, jurisprudencia que puede evaluarse desde la Sentencia del 9 de septiembre del año 2008, Radicado 31989, posición que fue reiterada y multiplicada pacíficamente por la misma Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la Sentencia del 14 de noviembre de 2018, Radicado 54814, Sentencia del 8 de mayo de 2019, Radicado 68838, Sentencia del 9 de octubre de 2019, Radicado 68852, y en adelante se reiteró en Sentencia del 14 de julio de 2021, Radicado 88485, Sentencia SL 090 de 2022, y SL 102 de 2022.

Esclarecido que la carga de la prueba para demostrar que se hubiese brindado esa información se encontraba en cabeza de la Administradora de Pensiones Colfondos S.A. y al remitirse al momento del traslado, es decir, el 19 de marzo de 1997, el único medio de prueba que se encontró para esa fecha es el formulario de afiliación que aportó Colfondos S.A., y desde la misma Sentencia del 9 de septiembre de 2008, Radicado 31989, ya se había dicho por parte de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia que la firma o la suscripción libre y voluntaria de ese formulario no era suficiente para dar cumplimiento a ese deber de información, posición que fue multiplicada en forma pacífica en la misma Alta Corporación, entre otras, en la Sentencia del 3 de abril del año 2019, Sentencia del 10 de abril de 2019, Radicado 56174, Sentencia del 22 de febrero del año 2021, Radicado 82909, Sentencias SL 090 de 2022, y SL 102 de 2022.

Que se puso establecer que la parte demandada Colfondos S.A., no logró demostrar durante el debate probatorio que al demandante se le hubiese brindado esa información completa, veraz, objetiva, comparada y transparente acerca de las características de los dos regímenes pensionales en el momento del traslado del RPM al RAIS ocurrido el 19 de marzo de 1997, y pese al largo período en que se encuentra afiliado en este fondo, está sola situación no era suficiente para convalidar la ineficacia de ese traslado, tal y como lo estableció también la doctrina del precedente vertical proferida desde la Sentencia del 9 de septiembre de 2008.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 03202000324-01 Dte: WALTER GARZÓN HERRERA Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

Siendo ello así, se declaró la ineficacia del traslado del demandante del RPM al RAIS realizado el 19 de marzo de 1997, para efectos de materializar ese traslado se condenó a la demandada Colfondos S.A., a trasladar a Colpensiones todos los valores que recibió con motivo de la afiliación por concepto de cotizaciones obligatorias, voluntarias si llegó a realizar alguna, bonos pensionales en el caso que ya se encuentren redimidos, con todos los rendimientos financieros que produjo ese dinero mientras estuvo en su poder, sin descuento alguno y por ninguna naturaleza, es decir, ni por gastos de administración ni por sumas adicionales de aseguradoras. Esta posición encuentra respaldo en la doctrina del precedente vertical emanada de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia desde la providencia del 9 de septiembre de 2008, Radicado 31989, y que fuera replicada, en todo caso, en forma pacífica por la misma Alta Corporación según la cual ha sido reiterada en determinar que la declaratoria implica la devolución de todas las sumas que el fondo privado haya recibido por todo concepto, como lo manifestó en la Sentencia del 27 de abril de 2022, Radicado SL 1499, Sentencia del 10 de mayo de 2022, razón por la que no resulta procedente acceder a la excepción de fondo propuesta por Colpensiones denominada Principio de Sostenibilidad del Sistema Financiero.

De igual manera, y frente a la excepción de prescripción propuesta por las demandadas para denegar la prosperidad de la misma basta con acogerse la doctrina del precedente vertical, según la cual la finalidad de la declaratoria de la ineficacia del traslado es el posterior reconocimiento y pago de la pensión de vejez, razón por la cual se vuelve imprescriptible tal y como lo venía considerando la Alta Corporación desde el Radicado 6380 del 20 de mayo de 2015, y reiterado en la Sentencia del 1 de marzo de 2017, Radicado SL 4222, en la Sentencia del 8 de mayo del año 2019, Radicado 65791, Sentencia SL 2884 de 2021, Sentencia SL 090 de 2022, y SL 102 de 2022, por lo que siguiendo los lineamientos jurisprudenciales del máximo órgano de la jurisdicción laboral, se declaró no probada la excepción de prescripción propuesta por las demandadas.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 03202000324-01 Dte: WALTER GARZÓN HERRERA Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

Como consecuencia de lo anterior, se condenó a Colpensiones a recibir ese dinero proveniente de Colfondos S.A., y a actualizar la historia laboral del demandante en semanas cotizadas, de igual manera se le tenga como si nunca se hubiese trasladado del RPM. En cuanto a las costas y agencias en derecho, las mismas estarán a cargo de la parte vencida de conformidad con el artículo 365 del CGP.

RECURSO DE APELACIÓN

La demandada **Colpensiones** radicó su inconformidad frente a la condena en costas, básicamente porque la negativa de la entidad de recibir al señor Walter Garzón Herrera en el RPM se debe a una imposibilidad legal a raíz de la edad del actor, lo cual de que la negativa se haya presentado en más de una ocasión. Igualmente ratificando lo enunciado o lo que se pudo vislumbrar en la ponencia del actor, su motivación de trasladarse al RAIS fue totalmente libre y espontánea y en ningún momento se vio coaccionado o restringido su derecho a la libre elección del régimen y para algo no menos importante como lo es su futuro pensional en un riesgo como la vejez.

Así las cosas, Colpensiones estimó que no se generaron o por lo menos no se erigieron los requisitos que se estiman para una ineficacia del traslado y espera que la decisión que la determinación que tomó e Despacho de instancia sea revisada y revea dicha decisión modificando la misma.

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver el recurso planteado, se tiene que lo pretendido por el señor WALTER GARZÓN HERRERA, se circunscribe a la nulidad del traslado que realizara a Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, a través de formulario suscrito el 19 de marzo de 1997, como se verifica de copia del mismo, allegada por esta AFP en expediente digital.

En este orden, se tiene que como quiera que se alega la falta al deber de información en el acto de afiliación por parte de la AFP, dicha circunstancia impone como lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia y como



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 03202000324-01 Dte: WALTER GARZÓN HERRERA Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

acertadamente lo señaló el Juzgador de primer grado, que lo pretendido, se estudia bajo la óptica de la ineficacia del traslado de régimen pensional, así en lo reiteró la Corporación en mención en sentencia radicado No. 68852 del 9 de octubre de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas, oportunidad en que indicó:

En las sentencias CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019 y CSJ SL3464-2019 esta Sala precisó que la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia en sentido estricto o exclusión de todo efecto al traslado. Por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde esta institución y no desde el régimen de las nulidades o inexistencia.

Es así como dicho deber de información ha sido objeto de amplio desarrollo jurisprudencial por parte de nuestra corporación de cierre, en sentencia con radicado No. 33083 de 2011, criterio reiterado en sentencia radicado 46292 del 18 de octubre de 2017 y recientemente en sentencia 54818 del 14 de noviembre de 2018; M.P. Gerardo Botero Zuluaga; indicó que la responsabilidad de las administradoras de pensiones era de carácter profesional, que la misma debía comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional y que las administradoras de pensiones tenían el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible a la medida de la asimetría que se había de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad.

Así las cosas, para que en realidad se considere que el traslado de régimen pensional estuvo precedido de voluntad y deseo de cambio por parte del afiliado del régimen de prima media con prestación definida, se requiere entonces que la Administradora del Régimen de Ahorro Individual le suministre una información completa sobre las condiciones específicas de su situación pensional, lo que implica no solamente lo favorable, sino todo aquello que puede perder o serle lesivo de aceptar un traslado.

Es así como en casos, contrario a lo indicado por Colpensiones en sus alegaciones, **la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado**; por el



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 03202000324-01 Dte: WALTER GARZÓN HERRERA Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

tipo de responsabilidad que se le endilga a estas entidades sobre las que pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional respecto de quienes simplemente buscan es la protección de los riesgos de vejez, invalidez o muerte sin prestarle mayor atención a conceptos científicas o legales, es por ello entonces que **las Administradoras son quienes deben demostrar el suministro completo y veraz al afiliado para que se pueda concluir que fue en realidad deseo del éste aceptar las condiciones de traslado para evitar precisamente que posteriormente alegue algún tipo de engaño**, el que no sólo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue, conocimiento que no se puede comparar al del demandante.

De las pruebas aportadas al expediente, se tiene que como bien lo adujo el Juzgador de primer grado, ninguna de ellas da cuenta respecto que al señor Walter Garzón Herrera, se le hubiera brindado alguna información o comparativo respecto del régimen de prima media, **al momento de su traslado** inicial al RAIS en el año 1997; por lo que se debe dar por demostrado que la demandada Colfondos S.A., AFP a la que se trasladó el demandante, faltó al deber de información pues debió indicarle en forma clara todo aquello que resulta relevante para la toma de decisión, tanto lo favorable como lo desfavorable; no pudiéndose considerar su afiliación libre y voluntaria como lo manifiesta la recurrente también en alegaciones, pues no conocía las implicaciones de esta.

El deber de información en los términos anteriores, fue reiterado en reciente pronunciamiento del 8 de mayo de 2019, SL 1689 de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas, en dicha indicó esa Alta Corporación:

“Sobre el particular, en reciente sentencia CSJ SL1452-2019, esta Sala se ocupó de analizar: (i) la obligación de información que tienen las administradoras de fondos de pensiones, (ii) si tal deber se entiende satisfecho con el diligenciamiento del formato de afiliación, (iii) quién tiene la carga de la prueba en estos eventos y (iv) si la ineficacia de la afiliación solo tiene cabida cuando el afiliado cuenta con una expectativa de pensión o un derecho causado.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 03202000324-01 Dte: WALTER GARZÓN HERRERA Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

En ese orden, concluyó que:

(i) Las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional, a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional -artículos 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, 97, numeral 1.º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 y demás disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal. Posteriormente, se agregó a dicho deber la obligación de otorgar asesoría y buen consejo -artículo 3.º, literal c) de la Ley 1328 de 2009, Decreto 2241 de 2010- y, finalmente, se impuso la exigencia de doble asesoría -Ley 1748 de 2014, artículo 3.º del Decreto 2071 de 2015, Circular Externa n.º 016 de 2016 de la Superintendencia Financiera. Obligaciones que deben ser acatadas en un todo, a fin de que los usuarios del sistema puedan adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional.

(ii) En el campo de la seguridad social, existe un verdadero e ineludible deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SL19447-2017), pues dicho procedimiento garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, que el usuario comprende las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen; esto es que, previamente a tal acto, aquel recibió información clara, cierta, comprensible y oportuna. Luego, el simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente para dar por demostrado el deber de información.

(iii) La aseveración del afiliado de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación, por cuanto la documentación soporte del traslado debe conservarla en sus archivos, y en tanto es la obligada a observar el deber de brindar información y probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento". (Negrilla fuera del texto original)

Con sujeción al criterio jurisprudencial en cita, se logra determinar que el suministro del deber de información, no se puede considerar por efectuado con la firma del formulario de afiliación, pues tal documental no contiene datos relevantes a la situación pensional particular del actor, ya que en este únicamente se encuentran consignados sus datos personales y el fondo pensional al que pertenecía.

Es así como, al no haber prueba de que se le haya puesto de presente al demandante las ventajas y desventajas de pertenecer a uno u otro régimen pensional, **al momento del traslado al RAIS en el año 1997**, resulta forzoso concluir que no le fue brindada a este de manera completa toda la



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 03202000324-01 Dte: WALTER GARZÓN HERRERA Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

información a este respecto, circunstancia que impone **confirmar** la declaratoria de **ineficacia**, dispuesta en primera instancia.

Ahora, en cuanto a la absolución de condena en costas que petitiona Colpensiones, no se modificará esta por cuanto en los términos del artículo 365 del CGP, esa entidad resultó vencida en juicio, ya que en su contra se imponen obligaciones.

Finalmente, se considera que hay lugar a DECLARAR que COLPENSIONES puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional del demandante, en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión en la que incurrió el y/o los fondos de pensiones demandados, aspecto en que se **adicionará** la sentencia recurrida.

Sin costas en esta instancia.

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

R E S U E L V E:

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia recurrida en el sentido de **DECLARAR** que COLPENSIONES puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión en la que incurrió el y/o los fondos de pensiones demandados.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia objeto de recurso.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 03202000324-01 Dte: WALTER GARZÓN HERRERA Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

Las partes se notifican por edicto de conformidad con los artículos 40 y 41 del CPTSS.

Los Magistrados,

MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO

LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C
SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 16-2020-00094-01
ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA
DEMANDANTE: DIANA MÓNICA LOZANO GONZÁLEZ
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTROS

Se niega la renuncia presentada por la Doctora María Camila Bedoya García como quiera que quien funge como apoderada de Colpensiones en el presente proceso conforme el acta de la audiencia celebrada el 12 de mayo del 2022 es la Doctora Lina Mabel Hernández Osorio.

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los treinta y un (31) días del mes de julio de dos mil veintitrés (2023), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por Porvenir y, del grado de consulta en favor de Colpensiones, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado 16 Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 12 de mayo del 2022.

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior a las partes para presentar alegaciones, fueron remitidas las de la AFP PORVENIR.

ANTECEDENTES



La señora DIANA MÓNICA LOZANO GONZÁLEZ por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se DECLARE la nulidad del traslado efectuado a la AFP PORVENIR en septiembre de 1999; se declare la inexistencia del contrato de afiliación con PORVENIR S.A. y, se declare la ineficacia de la afiliación. Como consecuencia, se ordene a COLPENSIONES aceptar el traslado al RPMPD y a PORVENIR S.A. a trasladar los valores de la cuenta de ahorro individual al RPMPD y las costas del proceso. (archivo 001ExpedienteDigital).

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que desde el 22 de mayo de 1982 a septiembre de 1999 estuvo vinculada al RPMPD en Cajanal; que en 1999 un asesor de PORVENIR le señaló que se beneficiaría si se trasladaba a dicha entidad ; que el promotor de la entidad PORVENIR se limitó a informar de manera engañosa que se podría pensionar de manera anticipada sin cumplir el requisito de edad que exigía el RPMPD y que dicha pensión sería en un monto superior que podría ser del 110% de su salario y que los fondos públicos se iban acabar; que es evidente que si estuviera en el RPMPD el valor de su mesada sería superior. (archivo 001ExpedienteDigital).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, la **Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.**, se opuso a las pretensiones de la demanda, respecto de los hechos manifestó no constarle el 1, 2, 11 y 15 y, negó los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica. (archivo 003CDFolio74ContestacionPorvenir).

Por su parte, la **Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos manifestó no constarle ninguno. Propuso las excepciones de mérito que denominó inoponibilidad por ser tercero de buena fe, responsabilidad SUI GENERIS de las entidades de la seguridad social, juicio



de proporcionalidad y ponderación, improcedencia de declaratoria de ineficacia de traslado o nulidad cuando se tiene el estatus de pensionado en el RAIS, prescripción y caducidad, inexistencia de la obligación, presunción de legalidad de los actos administrativos, buena fe y la innominada o genérica. (archivo 004ContestacionColpensiones).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, esto es en relación con la actora señora DIANA MÓNICA LOZANO GONZÁLEZ identificada con cédula de ciudadanía No. 51.684.212

SEGUNDO: CONDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. a trasladar la totalidad de los recursos de la cuenta de ahorro individual de la demandante, señora DIANA MÓNICA LOZANO GONZÁLEZ con destino a la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES, incluyendo la totalidad de recursos por concepto de capital, réditos, sumas adicionales de la aseguradora, bonos pensionales si los hubiere, y en general toda suma que se haya recibido con motivo de las cotizaciones efectuadas en favor de la demandante en el régimen de ahorro individual con solidaridad, traslado que deberá efectuarse con destino a la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES.

TERCERO: CONDENAR a COLPENSIONES a recepcionar los recursos, condenados y ordenados en los numerales que anteceden y deberá reactivar la afiliación de la demandante al régimen de prima media con prestación definida, al cual se declara como único en el que se ha encontrado en forma válida afiliada la demandante en materia pensional.

CUARTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por el extremo demandado.

QUINTO: CONDENAR EN COSTAS de la instancia a la parte demandada, practíquese la liquidación por secretaría, incluyendo los montos de Medio Salario Mínimo Legal Mensual Vigente ($\frac{1}{2}$ SMLMV), y de Un Cuarto De Salario Mínimo Legal Mensual Vigente ($\frac{1}{4}$ SMLMV), a cargo de PORVENIR S.A. y COLPENSIONES respectivamente, por concepto de agencias en derecho.”

Fundamentó su decisión la Juez de primer grado señalando en síntesis que la CSJ ha señalado que siempre ha existido el deber de información por parte de las AFP; que no es suficiente con el formulario de afiliación, pues éste prueba



el consentimiento, pero no que fue informado; que la AFP Porvenir no demostró haber brindado la información necesaria al momento del traslado; que no se sana la falta de información por el transcurso del tiempo.

RECURSOS DE APELACIÓN

La **Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.** interpuso recurso de apelación argumentando que la firma del formulario da a entender la aceptación de todas las condiciones al RAIS; que dicho formulario es un documento que se presume auténtico y con éste se acredita el cumplimiento de todas las obligaciones a cargo de Porvenir como lo es el deber de información; que para el momento de la afiliación sólo tenía la obligación de conservar ese documento y no una prueba diferente que diera fe de la información que se le brindó; que la demandante confiesa al absolver el interrogatorio de parte; que la afiliación queda sin efectos cuando se impide el derecho a poder afiliarse a la seguridad social lo cual no se acreditó en la presente demanda; que cumplió con el deber de información conforme la norma vigente; que los gastos de administración son un descuento autorizado por la ley por la buena gestión que se hizo; que al ordenar dicha devolución a Colpensiones constituye un enriquecimiento sin causa, pues no existe una norma que disponga tal devolución; que la norma determina que conceptos se deben remitir cuando existe un traslado; que esos descuentos también se hubieran efectuado en el RPMPD.

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver los recursos planteados y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, se tiene que lo pretendido por la señora **Diana Mónica Lozano González**, se circunscribe a la declaratoria de nulidad de la afiliación que efectuara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, mediante formulario suscrito con la AFP PORVENIR en el año 1999. (ver archivo 003CDFolio74ContestacionPorvenir)

En este orden, si bien se peticionó la nulidad de traslado de régimen, lo cierto es que tal y como lo manifestó la falladora de primera instancia, se alega tal consecuencia por omisión al deber de información, caso en el cual



lo pretendido se debe estudiar bajo la óptica de la ineficacia como lo ha reiterado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia con radicado No. 33083 de 2011, reiterada en sentencia radicado 46292 del 18 de octubre de 2017 y recientemente en sentencia 54818 del 14 de noviembre de 2018; M.P. Gerardo Botero Zuluaga; en las que señaló que la responsabilidad de las administradoras de pensiones era de carácter profesional, que la misma debía comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional y que las administradoras de pensiones tenían el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible a la medida de la asimetría que se había de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad.

Así las cosas, para que en realidad se considere que el traslado de régimen pensional estuvo precedido de voluntad y deseo de cambio por parte del afiliado del régimen de prima media con prestación definida, se requiere entonces que la Administradora del Régimen de Ahorro Individual le suministre una información completa sobre las condiciones específicas de su situación pensional, lo que implica no solamente lo favorable, sino todo aquello que puede perder o serle lesivo de aceptar un traslado.

Es así, que en casos como el que aquí se estudia, **la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado**; por el tipo de responsabilidad que se le endilga a estas entidades sobre las que pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional respecto de quienes simplemente buscan es la protección de los riesgos de vejez, invalidez o muerte sin prestarle mayor atención a conceptos científicos o legales, es por ello entonces, que **las Administradoras son quienes deben demostrar el suministro completo y veraz de la información al afiliado, para que se pueda concluir que en realidad el demandante tenía el deseo de aceptar las condiciones de traslado, evitando así que posteriormente alegue algún tipo de engaño**, siendo claro que el engaño no sólo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma



de decisión que se persigue, conocimiento que no se puede comparar al del demandante.

De las pruebas aportadas al expediente y como bien lo señala la parte demandante, se tiene que ninguna de ellas da cuenta que a la señora Diana Mónica Lozano González se le hubiera brindado alguna información o comparativo respecto del régimen de prima media, **al momento de su traslado** en el año 1999; por lo que se debe dar por demostrado que la demandada PORVENIR S.A., al ser la AFP que promovió el traslado de la actora proveniente del RPM, faltó al deber de información pues debió indicarle en forma clara todo aquello que resultaba relevante para la toma de decisión, tanto lo favorable como lo desfavorable y en el presente caso no obra prueba del cumplimiento del deber de información por parte de la AFP Porvenir.

Y es que el deber de información en los términos anteriores, fue reiterado en reciente pronunciamiento del 8 de mayo de 2019, SL 1689 de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas, indicando esa Alta Corporación:

“Sobre el particular, en reciente sentencia CSJ SL1452-2019, esta Sala se ocupó de analizar: (i) la obligación de información que tienen las administradoras de fondos de pensiones, (ii) si tal deber se entiende satisfecho con el diligenciamiento del formato de afiliación, (iii) quién tiene la carga de la prueba en estos eventos y (iv) si la ineficacia de la afiliación solo tiene cabida cuando el afiliado cuenta con una expectativa de pensión o un derecho causado.

En ese orden, concluyó que:

(i) Las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional, a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional -artículos 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, 97, numeral 1.º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 y demás disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal-. Posteriormente, se agregó a dicho deber la obligación de otorgar asesoría y buen consejo -artículo 3.º, literal c) de la Ley 1328 de 2009, Decreto 2241 de 2010- y, finalmente, se impuso la exigencia de doble asesoría -Ley 1748 de 2014, artículo 3.º del Decreto 2071 de 2015, Circular Externa n.º 016 de 2016 de la Superintendencia Financiera. Obligaciones que deben ser



acatadas en un todo, a fin de que los usuarios del sistema puedan adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional.

(ii) En el campo de la seguridad social, existe un verdadero e ineludible deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SL19447-2017), pues dicho procedimiento garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, que el usuario comprende las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen; esto es que, previamente a tal acto, aquel recibió información clara, cierta, comprensible y oportuna. Luego, el simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente para dar por demostrado el deber de información.

(iii) La aseveración del afiliado de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarse el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación, por cuanto la documentación soporte del traslado debe conservarla en sus archivos, y en tanto es la obligada a observar el deber de brindar información y probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento". (Negrilla fuera del texto original)

Es así como con sujeción al criterio jurisprudencial en cita, no es cierto que para la fecha del traslado de la demandante a la administradora del RAIS, no le asistiera el deber de brindar al afiliado la información referente a su traslado en los términos antes señalados, pues como lo ha reiterado en múltiples ocasiones la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia entre otros en el criterio antes transcrito, esta obligación, nace con la misma **creación de las AFP**, mediante la expedición de la Ley 100 de 1993 y si bien no existía el deber del buen consejo, se determinó en el trámite procesal que en efecto la información en los términos señalados no le fue suministrada a la actora. No pudiendo de ninguna manera entenderse ratificada la voluntad de la demandante de pertenecer al RAIS por su permanencia en este, ya que como se señaló, dicho acto de traslado no tuvo validez en ningún momento.

De igual forma, revisado el expediente se encuentra que la única prueba aportada como lo indicó la decisión de instancia que da cuenta del acto de traslado de régimen, promovido por la AFP Porvenir, es el formulario de afiliación suscrito por la actora en el año 1999, por lo que es necesario resaltar que en el ordenamiento jurídico se establece el principio de trascendencia legal y constitucional, como lo es, el de la primacía de la realidad sobre lo meramente escritural o formal, que es lo que ocurre en este



caso, en donde no le bastaba a las demandadas con la suscripción del formulario como señal de aceptación de todas las condiciones, el que si bien no fue tachado, lo cierto es que del mismo no se deriva el cumplimiento del deber de información bajo estudio y el hecho de que sobre este no se hubiera manifestado reparo alguno, no convalida el traslado de régimen que se dio sin la información requerida para el efecto.

Asimismo, no se puede derivar confesión alguna del interrogatorio practicado a la demandante, como quiera que reiteró lo expuesto en el libelo inicial, señalando que lo único que le informaron es que el ISS se iba acabar, por lo que perdería sus aportes y, que al trasladarse al RAIS su pensión sería mejor.

Adicionalmente, en estos casos conforme la inversión de la carga de la prueba es la administradora pensional quien debe probar el suministro de la información en los términos señalados, lo que no ocurrió en esta oportunidad, por lo que el acto de traslado no se puede reputar una decisión libre y voluntaria.

Es así como en estos casos, no es de resorte de la demandante, probar vicio del consentimiento alguno, por cuanto en la acción judicial objeto de pronunciamiento, si bien se peticiona la nulidad de traslado, lo cierto es que como se indicó al inicio de este pronunciamiento, este tipo de acción, por lo que se pretende, se estudia bajo la óptica de la **ineficacia**, así lo reiteró la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia radicado No. 68852 del 9 de octubre de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas, oportunidad en que indicó:

“En las sentencias CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019 y CSJ SL3464-2019 esta Sala precisó que la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia en sentido estricto o exclusión de todo efecto al traslado. Por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde esta institución y no desde el régimen de las nulidades o inexistencia.”

Así las cosas, al no haber prueba de que se le haya puesto de presente a la demandante las ventajas y desventajas de pertenecer a uno u otro régimen



pensional, **al momento del traslado al RAIS en el año 1999**, resulta forzoso concluir que a la promotora del litigio no le fue brindada de manera completa toda la información que implicaba su traslado, circunstancia que impone declarar la ineficacia del traslado, por lo que se confirmara la decisión proferida en primera instancia.

Ahora bien, se observa que la decisión de primer grado no dispuso el traslado de lo descontado por concepto de gastos de administración por parte de la AFP PORVENIR, los que deben ser objeto de dicho traslado, aspecto que de igual forma ha sido dilucidado por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras en sentencias entre otras en sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. Gerardo Botero Zuluaga y en una más reciente, SL 2884 del 23 de junio de 2021, M.P. Luis Benedicto Herrera, reiteró:

*También se ha dicho por la Sala que como la declaratoria de ineficacia tiene efectos ex tunc (desde siempre), las cosas deben retrotraerse a su estado anterior, como si el acto de afiliación jamás hubiera existido. **Tal declaratoria implica que los fondos privados de pensiones deban trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado junto con los rendimientos financieros, aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, comisiones y gastos de administración debidamente indexados**, con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al RPMPD administrado por Colpensiones.*

Al punto, resulta pertinente señalar que el concepto expedido al respecto por parte de la Superintendencia Financiera no resulta vinculante a estas decisiones, como quiera que tal índole sólo la poseen los pronunciamientos emanados por parte de la Corte Suprema de Justicia, como Tribunal de cierre de esta jurisdicción, corporación que conforme el anterior recuento ha establecido con claridad los efectos de la ineficacia de la afiliación de régimen pensional que reprocha la AFP en mención, lo cual no constituye un enriquecimiento sin causa como lo sostiene la AFP Porvenir S.A.

Por lo señalado en precedencia, se **adicionará** el numeral segundo de la sentencia en el sentido de disponer el traslado de las sumas descontadas a título de gastos de administración por la AFP PORVENIR, por cuanto la de primer grado sólo se refirió a aportes, rendimientos, y bonos pensionales.



Aunado a lo anterior, a juicio de esta Sala, COLPENSIONES puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión en la que incurrieron los fondos de pensiones demandados, por lo que se **adicionará** la sentencia recurrida en este aspecto.

Sin costas en esta instancia.

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

R E S U E L V E:

PRIMERO: ADICIONAR el numeral segundo de la sentencia recurrida en el sentido de señalar que el traslado de aportes allí ordenado, debe comprender lo descontado por concepto de **gastos de administración** y que la AFP PORVENIR debe trasladar a COLPENSIONES las sumas descontadas por concepto de gastos de administración, durante la vigencia de la afiliación de la demandante, conforme lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: ADICIONAR la sentencia recurrida en el sentido de **DECLARAR** que COLPENSIONES puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión en la que incurrieron los fondos de pensiones demandados.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia recurrida.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.



Las partes se notifican por edicto de conformidad con los artículos 40 y 41 del CPTSS.

Los Magistrados,

MARLENY RUEDA OLARTE

MAGISTRADA

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

MAGISTRADO

LORENZO TORRES RUSSY

MAGISTRADO



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C
SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 09-2019-00697-01

ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA

DEMANDANTE: LUZ ANGELA JURADO SALAMANCA

DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTRO

ACEPTAR la renuncia al poder por parte del Dr. MIGUEL ANGEL RAMÍREZ GAITÁN, quien venía representando judicialmente en este proceso a la demandada COLPENSIONES, al estar conforme con el artículo 76 del C.G. del P.

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los treinta y un (31) días del mes de julio de dos mil veintitrés (2023), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES y del grado de consulta a su favor, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 22 de junio del 2022.

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior a las partes para presentar alegaciones, fueron remitidas las de la parte demandante.



ANTECEDENTES

La señora LUZ ANGELA JURADO SALAMANCA por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se DECLARE la nulidad de la afiliación de la demandante a PROTECCION S.A. realizada el 01 de noviembre del 2005 y, se declare válida su afiliación al RPMPD. Como consecuencia, se CONDENE a COLPENSIONES a recibir nuevamente a la demandante y a PROTECCION S.A. que la libere de sus bases de datos y reembolse todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora con todos sus frutos e intereses como lo prevé el artículo 1746 del C.C., es decir, con los rendimientos que se hubieren causado y hacer el respectivo traslado a COLPENSIONES, junto con las costas del proceso. (archivo A1 folio 1 a 21 – Anexos, demanda, auto admito demanda...).

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que nació el 06 de junio de 1966; que el 23 de enero de 1986 se afilió al RPMPD administrado por el ISS hoy Colpensiones; que estuvo afiliado al ISS hasta el 31 de octubre del 2005; que desde el 01 de noviembre de 2005 fue afiliada en materia pensional al RAIS administrado por PROTECCION S.A.; que actualmente continúa cotizando a PROTECCION S.A. ; que el asesor del fondo privado le informó que los regímenes pensionales serían administrados por CAJANAL e ISS serían liquidado y que al trasladarse tendría más beneficios como por ejemplo que se podía pensionar a más pronta edad y en una cuantía mayor; que solicitó la nulidad de su traslado sin obtener una respuesta favorable. (archivo A1 folio 1 a 21 – Anexos, demanda, auto admito demanda...).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA



Al contestar la demanda, **la AFP PROTECCION**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó el contenido en los numerales 1 y 5, dijo no constarle el 2, 3, 16, 18 y 19 y, negó los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los Recursos Públicos y del Sistema General de Pensiones, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe y la innominada o genérica. (archivo A6 folio 48 a 118 – Contestación de la demanda de Protección).

De otro lado, a **COLPENSIONES**, se le tuvo por no contestada la demanda mediante auto del 29 de abril del 2022. (archivo A8 folio 120 a 122 – Auto se pronuncia frente a las contestaciones y fija fecha de audiencia).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:

“PRIMERO. DECLARAR la ineficacia del traslado que realizó la demandante, Luz Ángela Jurado Salamanca, entre el RPM administrado por el Instituto de Seguros Sociales – hoy Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones - al RAIS administrado por Protección S.A., el 6 de septiembre de 2005.

SEGUNDO. CONDENAR a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A. a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, los valores generados por concepto de aportes, frutos y rendimientos financieros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la señora Luz Ángela Jurado Salamanca, sin descontar valor alguno por cuotas de administración y comisiones, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

TERCERO. CONDENAR a COLPENSIONES a recibir de Protección S.A., todos los valores que le fueren trasladados, y abonarlos en el fondo común que administra, convalidando en la historia laboral de la demandante las correspondientes semanas.

CUARTO. DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por las demandadas en sus contestaciones.



QUINTO. COSTAS. Lo serán a cargo de Protección S.A. Tásense por Secretaría. Fíjense como agencias en derecho la suma correspondiente a un (01) SMLMV de conformidad con lo indicado en la parte motiva.

SEXTO. Remítase el presente asunto ante la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C. a fin de que surta el GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA a favor de la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones, de conformidad con el artículo 69 CPTSS. (archivo C1 folio 276 a 278 - Comprobante de envío del proceso)

Fundamentó su decisión el Juez de primer grado señalando en síntesis que acoge el criterio de la CSJ; que las pretensiones deben estudiarse desde la figura de la ineficacia del traslado; que las sentencias de la CSJ constituyen doctrina probable; que no encuentra argumentos suficiente para separarse de las sentencias de la CSJ; que no basta con el formulario de afiliación; que no es posible aplicar las reglas de la nulidad, por lo que no se le puede exigir probar un vicio del consentimiento; que no probó haber brindado la información necesaria al momento del traslado. Que con las pruebas aportadas no se logra probar que se le brindó a la demandante la información necesaria al momento del traslado

RECURSOS DE APELACIÓN

COLPENSIONES interpuso recurso de apelación señalando que no existen elementos que evidencien vicios del consentimiento; que la demandante no tenía una expectativa legítima, pues tenía menos de 750 semanas y le faltaban más de 20 años; que la demandante no era beneficiaria del régimen de transición; que se debe tener en cuenta la sentencia del Tribunal Superior de Pereira en el que se indica que la sola manifestación de que le beneficia más el RPMPD no es prueba de que se haya trasladado por un engaño o por la falta de información; que la demandante no probó que se le hay brindado una información equivocada por parte del Fondo hay un desinterés de la demandante quien sigo cotizando al RAIS.

CONSIDERACIONES



A efectos de resolver el recurso planteado y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, se tiene que lo pretendido por la señora Luz Angela Jurado Salamanca, se circunscribe a la declaratoria de ineficacia de la afiliación que efectuara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, mediante formulario suscrito con la AFP SANTANDER hoy PROTECCION en el año 2005.

En este orden, como bien lo indicó la decisión de primer grado la figura de la ineficacia del traslado de régimen pensional, ha sido objeto de amplio desarrollo jurisprudencial por parte de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia con radicado No. 33083 de 2011, criterio reiterado en sentencia radicado 46292 del 18 de octubre de 2017 y recientemente en sentencia 54818 del 14 de noviembre de 2018; M.P. Gerardo Botero Zuluaga; en las que indicó que la responsabilidad de las administradoras de pensiones era de carácter profesional, que la misma debía comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional y que las administradoras de pensiones tenían el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible a la medida de la asimetría que se había de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad.

Así las cosas, para que en realidad se considere que el traslado de régimen pensional estuvo precedido de voluntad y deseo de cambio por parte del afiliado del régimen de prima media con prestación definida, se requiere entonces que la Administradora del Régimen de Ahorro Individual le suministre una información completa sobre las condiciones específicas de su situación pensional, lo que implica no solamente lo favorable, sino todo aquello que puede perder o serle lesivo de aceptar un traslado.

Es así, que en casos como el que aquí se estudia, **la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado**; por el tipo de responsabilidad que se le endilga a estas entidades sobre las que pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional respecto de quienes simplemente buscan es la protección de los riesgos de vejez, invalidez o muerte sin



prestarle mayor atención a conceptos científicos o legales, es por ello entonces, que **las Administradoras son quienes deben demostrar el suministro completo y veraz de la información al afiliado, para que se pueda concluir que en realidad la demandante tenía el deseo de aceptar las condiciones de traslado, evitando así que posteriormente alegue algún tipo de engaño**, siendo claro que el engaño no sólo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue, conocimiento que no se puede comparar al de la demandante.

De las pruebas aportadas al expediente, se tiene que ninguna de ellas da cuenta que a la señora Luz Angela Jurado Salamanca, se le hubiera brindado alguna información o comparativo respecto del régimen de prima media, al momento de su traslado en el año 2005; por lo que se debe dar por demostrado que la demandada Santander hoy Protección S.A., al ser la AFP que promovió el traslado de la actora proveniente del RPMPD, faltó al deber de información pues debió indicarle en forma clara todo aquello que resultaba relevante para la toma de decisión, tanto lo favorable como lo desfavorable, razón por la cual, en el presente caso no obra prueba del cumplimiento del deber de información por parte de la AFP Protección.

Y es que el deber de información en los términos anteriores, fue reiterado en reciente pronunciamiento del 8 de mayo de 2019, SL 1689 de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas, en dicha indicó esa Alta Corporación:

“Sobre el particular, en reciente sentencia CSJ SL1452-2019, esta Sala se ocupó de analizar: (i) la obligación de información que tienen las administradoras de fondos de pensiones, (ii) si tal deber se entiende satisfecho con el diligenciamiento del formato de afiliación, (iii) quién tiene la carga de la prueba en estos eventos y (iv) si la ineficacia de la afiliación solo tiene cabida cuando el afiliado cuenta con una expectativa de pensión o un derecho causado.

En ese orden, concluyó que:



(i) Las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional, a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional -artículos 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, 97, numeral 1.º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 y demás disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal-. Posteriormente, se agregó a dicho deber la obligación de otorgar asesoría y buen consejo -artículo 3.º, literal c) de la Ley 1328 de 2009, Decreto 2241 de 2010- y, finalmente, se impuso la exigencia de doble asesoría -Ley 1748 de 2014, artículo 3.º del Decreto 2071 de 2015, Circular Externa n.º 016 de 2016 de la Superintendencia Financiera. Obligaciones que deben ser acatadas en un todo, a fin de que los usuarios del sistema puedan adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional.

(ii) En el campo de la seguridad social, existe un verdadero e ineludible deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SL19447-2017), pues dicho procedimiento garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, que el usuario comprende las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen; esto es que, previamente a tal acto, aquel recibió información clara, cierta, comprensible y oportuna. Luego, el simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente para dar por demostrado el deber de información.

(iii) La aseveración del afiliado de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación, por cuanto la documentación soporte del traslado debe conservarla en sus archivos, y en tanto es la obligada a observar el deber de brindar información y probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento". (Negrilla fuera del texto original)

Es así como con sujeción al criterio jurisprudencial en cita, no es cierto que para la fecha del traslado de la demandante a la administradora del RAIS, a la AFP no le asistiera el deber de brindar a la afiliada la información referente a su traslado en los términos antes señalados, pues como lo ha reiterado en múltiples ocasiones la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia entre



otros en el criterio antes transcrito, esta obligación, nace con la misma **creación de las AFP**, mediante la expedición de la Ley 100 de 1993 y si bien no existía el deber del buen consejo, se determinó en el trámite procesal que en efecto la información en los términos señalados no le fue suministrada a la actora. No pudiendo de ninguna manera entender ratificada la voluntad de la demandante de pertenecer al RAIS por su permanencia en este como lo pretende Colpensiones, ya que como se señaló, dicho acto de traslado no tuvo validez en ningún momento.

De igual forma, revisado el expediente se encuentra que la única prueba aportada como lo indicó la decisión de instancia que da cuenta del acto de traslado de régimen, promovido por Protección S.A., es el formulario de afiliación suscrito por la actora en el año 2005, por lo que es necesario resaltar que en el ordenamiento jurídico se establece el principio de trascendencia legal y constitucional, como lo es, el de la primacía de la realidad sobre lo meramente escritural o formal que es lo que ocurre en este caso, en donde no le bastaba a las demandadas con la suscripción del formulario como señal de aceptación de todas las condiciones, el que si bien no fue tachado, lo cierto es que del mismo no se deriva el cumplimiento del deber de información bajo estudio y el hecho de que sobre este no se hubiera manifestado reparo alguno, no convalida el traslado de régimen que se dio sin la información requerida para el efecto.

Asimismo, no se puede derivar confesión alguna del interrogatorio practicado a la demandante como quiera que reiteró lo expuesto en el libelo inicial, señalando que no se le brindó ninguna asesoría.

Siendo necesario precisar que conforme lo ha reiterado la CSJ no eran los afiliados quienes debían buscar que se les brindara las asesorías, ni se puede pretender decir que el afiliado fue negligente al no buscarlas, pues era obligación de la AFP PRIVADA brindar la asesoría al momento del traslado y no con posterioridad a él, no pudiendo sanearse la falta de información por parte de la AFP PROTECCION con asesorías posteriores al momento en que se dio el traslado inicial, pues como lo ha reiterado la CSJ



la ineficacia es insaneable en cuanto no es posible sanear algo que nunca produjo efectos.

Adicionalmente, en estos casos conforme la inversión de la carga de la prueba, es la administradora pensional quien debe probar el suministro de la información en los términos señalados y no la demandante como lo pretende Colpensiones, lo que no ocurrió en esta oportunidad, por lo que el acto de traslado no se puede reputar una decisión libre y voluntaria.

Siendo necesario precisar que la Corte fue clara en la sentencia CSJ SL1452-2019 al manifestar que ni la ley ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado, ni ser beneficiario del régimen de transición para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información.

No pudiendo tampoco la demandada COLPENSIONES alegar la prohibición establecida en la ley 797 del 2003, pues como lo dijo la Corte en la sentencia SL 1818-2021, esto no tiene ninguna incidencia en los casos de ineficacia de traslado, pues como ya se dijo el acto de traslado no tuvo validez en ningún momento.

Es así como en estos casos, contrario a lo manifestado por Colpensiones en su recurso, no es de resorte de la demandante, probar vicio del consentimiento alguno, por cuanto este tipo de acción, por lo que se pretende, se estudia bajo la óptica de la **ineficacia**, así lo reiteró la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia radicado No. 68852 del 9 de octubre de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas, oportunidad en que indicó:

“En las sentencias CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019 y CSJ SL3464-2019 esta Sala precisó que la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia en sentido estricto o exclusión de todo efecto al traslado. Por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde esta institución y no desde el régimen de las nulidades o inexistencia.”



Así las cosas, al no haber prueba de que se le haya puesto de presente a la demandante las ventajas y desventajas de pertenecer a uno u otro régimen pensional, **al momento del traslado al RAIS en el año 2005**, resulta forzoso concluir que a la promotora del litigio no le fue brindada de manera completa toda la información que implicaba su traslado, circunstancia que impone **confirmar** la declaratoria de ineficacia del traslado conforme lo dispuso la decisión de primer grado.

En cuanto a los **gastos de administración**, se tiene que tal punto no debe ser objeto de revocatoria o modificación alguna, ya que la línea jurisprudencial aplicable a estos casos, ha sido enfática en indicar la procedencia del traslado de los mismos, los que no están sujetos al término prescriptivo, aspecto que fue reiterado entre otras en sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019, SL 4989 del 14 de noviembre de 2018 y recientemente en la SL 2884 del 23 de junio de 2021, en la que se señaló:

*“También se ha dicho por la Sala que como la declaratoria de ineficacia tiene efectos ex tunc (desde siempre), las cosas deben retrotraerse a su estado anterior, como si el acto de afiliación jamás hubiera existido. **Tal declaratoria implica que los fondos privados de pensiones deban trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado junto con los rendimientos financieros, aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, comisiones y gastos de administración debidamente indexados, con cargo a sus propias utilidades**, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al RPMPD administrado por Colpensiones.” (Negrilla fuera del texto original)*

Al punto, resulta pertinente señalar que el concepto expedido al respecto por parte de la Superintendencia Financiera no resulta vinculante a estas decisiones, como quiera que tal índole sólo la poseen los pronunciamientos emanados por parte de la Corte Suprema de Justicia, como Tribunal de cierre de esta jurisdicción, corporación que conforme el anterior recuento ha establecido con claridad los efectos de la ineficacia de la afiliación de régimen pensional que reprochan las AFP en mención, lo cual no constituye un enriquecimiento sin causa. Así como tampoco puede acogerse la



sentencia del Tribunal de Pereira por no ajustarse al precedente jurisprudencial de la CSJ.

Por lo anterior al determinarse la procedencia de trasladar los gastos en mención, se dispondrá **confirmar** la sentencia recurrida frente a este punto.

Aunado a lo anterior, a juicio de esta Sala, COLPENSIONES puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión en la que incurrieron los fondos de pensiones demandados, por lo que se **adicionará** la sentencia recurrida en este aspecto.

Sin costas en esta instancia.

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

R E S U E L V E:

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia recurrida en el sentido de **DECLARAR** que COLPENSIONES puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión en la que incurrieron los fondos de pensiones demandados.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia recurrida.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.



Las partes se notifican por edicto de conformidad con los artículos 40 y 41 del CPTSS.

MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO

LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C
SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 05-2016-00596-01

ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA

DEMANDANTE: FIDUAGRARIA S.A.

DEMANDADO: RUBY OSORIO CAICEDO

MAGISTRADA PONENTE

MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los treinta y uno (31) días del mes de julio de dos mil veintitrés (2023), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 3 de noviembre de 2020.

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior a las partes para presentar alegaciones, fueron remitidas las de la parte demandada.

ANTECEDENTES

El PAR TELECOM por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se DECLARE que la demandada está obligada a reintegrar la suma de \$10.050.783 en virtud de sentencia SU 377 de 2014 proferida por la Corte Constitucional, junto con intereses moratorios.

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que la señora RUBY OSORIO, era trabajadora de Telecom hoy liquidada, en razón a dicha liquidación, se dispuso la terminación de su contrato de trabajo a partir del 25 de julio de 2003, como consecuencia de dicha liquidación se le cancelaron todas las acreencias laborales a que tenía derecho, junto con indemnización correspondiente, que la demandada instauró acción de tutela contra el PAR ante el Juzgado Primero Civil Municipal de Montería, alegando que debía ser incluida en el plan de pensión anticipada, la que le fue negada, no obstante el Juzgado Primero Civil del Circuito de la misma ciudad, en sentencia del 26 de enero de 2010, ordenó incluir a la demandada en dicho plan de pensión, liquidando las mesadas pensionales desde su vinculación y hasta que se le reconociera pensión de manera definitiva.

Que esa entidad, procedió a dar cumplimiento al fallo mencionado, pagando a favor de la demandada, mesadas pensionales correspondientes a los meses de marzo a mayo de 2010, por un valor total de \$10.050.183, depositados en cuenta de ahorros a su nombre, que con posterioridad y en sede de revisión, fue revocada dicha sentencia con decisión de unificación SU 377 del 12 de junio de 2014, por lo que al quedar sin sustento el pago de las mesadas anticipadas, su valor debe ser devuelto por la demandada.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, la curadora Ad – litem designada, aceptó los hechos contenidos en numerales 1 a 10 y manifestó no constarle los demás. Propuso la excepción de prescripción.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:

PRIMERO: CONDENAR a la señora RUBY LILIANA OSORIO CAYCEDO a reintegrar al PAR TELECOM cuya vocería la ostenta Fiduagraria S.A., la suma de \$10.050.183. suma que deberá ser indexada teniendo en cuenta como IPC inicial el del mes de mayo de 2010 y como final, el del mes anterior a que se efectúe su pago.

SEGUNDO: ABSOLVER a la demandada de las demás pretensiones, declarando probada parcialmente y de oficio la excepción de inexistencia del derecho respecto de los intereses moratorios.

TERCERO: SIN COSTAS (...)

Fundamentó su decisión el Juez de primer grado señalando en síntesis que en no todos los casos en los que una entidad pública que se ha visto obligada a cancelar alguna suma de dinero con ocasión de fallos de tutela, se podían

resolver de la misma forma, que no se había discutido que la sentencia SU 477 de 2014, abordó el estudio de más de 600 tutelantes, definiendo la Corte a qué grupos de ellos, se les negaba la acción por inmediatez, a qué grupos por análisis de fondo y el de la demandada, lo fue conforme dicha providencia, por falta de legitimación por activa, indicando la Corte que no resultaban válidos los poderes conferidos a los agentes oficiosos, no constando las circunstancias por las cuales los accionantes, entre ellos la demandada se encontraba impedida para conferir por sí misma el poder.

Que por lo anterior, cuando ingresan las 3 mesadas pagadas a su favor a su patrimonio, sin ella haber otorgado poder, ella se encontraba en una posición de al menos advertir a la entidad demandante respecto del ingreso de esas mesadas sin tener ella razón o conocimiento del por qué ingresaban dichas mesadas, sin haber conferido poder, lo que la ubicaba en un terreno de mala fe, pudiéndose dar aplicación a la teoría del enriquecimiento sin justa causa, ya que se configuraban los elementos del mismo y habiéndose demostrado el pago del valor reclamado, así como la negativa de la tutela a la señora Ruby, su actuar ubicaba en el campo de la mala fe, procediendo el reintegro de lo pagado a su favor, junto con indexación, no procediendo la excepción de prescripción, ya que el derecho se hizo exigible una vez se profirió el fallo de la Corte Constitucional en el año 2014, siendo claro que no había operado dicho fenómeno.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandante recurrió señalando que la condena por intereses moratorios procedía al estar probado que la demandada recibió la suma objeto del proceso, a pesar de haberse declarado improcedente la tutela por ella interpuesta y nunca puso en aviso a la demandada sobre esta cuestión, ratificando su actuar de mala fe, lo que hacía acreedor al PAR de los intereses reclamados, así como del pago de costas, pues dicha entidad tuvo que incurrir en gastos para el adelantamiento del proceso.

CONSIDERACIONES

No fue objeto de reparo el pago efectuado por la parte actora a favor de la pasiva por valor de \$10.050.183, el que realizara con fundamento en sentencia proferida por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Montería, que fuera revocada en sentencia SU 377 de 2014, habiendo quedado igualmente probado que la acción constitucional que fuera impetrada por la hoy demandada, fue declarada improcedente en la decisión a que se alude

proferida por el despacho judicial de Montería, por falta de legitimación en la causa, de lo que se determina que el pago que efectuara la pasiva a su favor, no tenía causa alguna.

Así las cosas, procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto, siendo pertinente indicar en cuanto a los intereses moratorios, que en la jurisdicción laboral, estos se predicán únicamente frente a la mora en el pago de mesadas pensionales por parte de las administradoras pensionales, presupuesto que no es el del caso bajo estudio, pues la suma objeto de condena constituye un pago de lo no debido; de lo que se determina que no hay lugar a condenar a los intereses moratorios solicitados en recurso y alegaciones, resarciéndose la pérdida del valor adquisitivo de la moneda con la indexación dispuesta en decisión de primer grado.

Ahora, en cuanto a la absolución por condena en costas, se tiene que le asiste razón al recurrente en este punto, pues la pasiva fue vencida en el trámite procesal, por lo que con fundamento en el numeral 1 del artículo 365 del CGP, debe ser condenada en costas, razón por la cual, se revocará el numeral **TERCERO** de sentencia recurrida, para en su lugar CONDENAR en costas de primera instancia a la demandada.

Sin costas en esta instancia.

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

R E S U E L V E:

PRIMERO: REVOCAR el numeral **TERCERO** de sentencia recurrida, para en su lugar CONDENAR en costas de primera instancia a la demandada RUBY OSORIO CAICEDO.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: Sin costas en esta instancia.

Las partes se notifican por edicto de conformidad con los artículos 40 y 41 del CPTSS.

Los Magistrados,



MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO



LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C
SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 31-2022-00004-01

ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA

DEMANDANTE: RICARDO GARAY VARGAS

DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTROS

RECONÓZCASE PERSONERÍA a la sociedad UNIÓN TEMPORAL DEFENSA PENSIONES representada legalmente por la Dra. **MARCELA PATRICIA CEBALLOS OSORIO**, identificada con la cédula de ciudadanía No. 1.075.227.003 y tarjeta profesional No. 214.303 del C.S de la J como apoderada principal de COLPENSIONES y como su apoderada sustituta se reconoce personería a la Dra. AMALIA LOAIZA, identificada con la cédula de ciudadanía No. 1.117.532.254 tarjeta profesional No 384.062 del C.S de la J, para los fines del poder de sustitución conferido.

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los treinta y un (31) días del mes de julio de dos mil veintitrés (2023), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por el demandante, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado 31 Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 21 de julio de 2022.



ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior a las partes para presentar alegaciones, fueron remitidas las de Colpensiones y la parte demandante.

ANTECEDENTES

El señor RICARDO GARAY VARGAS por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se DECLARE que la AFP PROTECCION incumplió con el deber de información al demandante desde su afiliación. Como consecuencia, se autorice el traslado de la afiliación del actor a Colpensiones; se condene a la AFP PROTECCIÓN a trasladar a COLPENSIONES los aportes efectuados por el demandante, es decir, los saldos de su cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos, frutos e intereses, incluidos los gastos de administración que le hubieren sido cobrados y el valor pagado por los seguros previsionales; CONDENAR a Colpensiones a aceptar y registrar la afiliación del actor y, a registrar en la historia laboral las cotizaciones efectuadas en el RAIS, junto con lo que resulte probado extra y ultra petita y las costas del proceso. (archivo 001. Demanda 16122021_111258 2).

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que nació el 28 de octubre de 1962; que inició su vida laboral en junio de 1994; que se afilió a COLMENA hoy PROTECCION el 19 de abril de 1994; que la AFP PROTECCION no le brindó la información necesaria al momento de la afiliación,; que solicitó su traslado a Colpensiones, sin obtener una respuesta favorable. (archivo 001. Demanda 16122021_111258 2).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, la **Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de



los hechos aceptó el 1, 3, 11, 12 y 13 y, manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia del derecho para regresar al RPMPD, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en Instituciones Administradoras de Seguridad Social del Orden Público, buena fe y la innominada o genérica. (archivo 014.Contestación demanda Protección).

Por su parte, la **AFP Protección.**, se opuso a las pretensiones de la demanda, respecto de los hechos negó el 5, 6, 7, 10 y 11; manifestó no constarle el 17 y, aceptó los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del Sistema General de Pensiones, aplicación del precedente sobre los actos de relacionamiento al caso concreto, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarará la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y, la innominada o genérica. (archivo 011.Contestacion COLPENSIONES).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:

“PRIMERO: ABSOLVER de la totalidad de las pretensiones incoadas por el demandante, Ricardo Garay Vargas, a las demandas ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A, como quiera que la afiliación inicial del demandante Al fondo de pensiones privadas, que coincidió con su afiliación al régimen pensional, es plenamente valida.

SEGUNDO: CONDENAR al demandante al pago de costas y agencias en derecho en cuantía de un salario mínimo legal mensual vigente a favor de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES y un salario mínimo legal mensual, vigente a favor de la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.”



Fundamentó su decisión la Juez de primer grado señalando en síntesis que las sentencias de la CSJ no se pueden aplicar de manera indiscriminada; que no se puede hablar ni de ineficacia, ni de traslado porque el demandante nunca se trasladó; que es claro que se debía cumplir con la obligación de información; que no opera la inversión de la carga de la prueba porque no hubo ningún traslado, que era el demandante quien debía probar que no se le brindó la información al momento de la afiliación y no lo hizo.

RECURSOS DE APELACIÓN

El **demandante** interpuso recurso de apelación argumentando que frente al análisis que hace el a quo del abuso por parte del demandante, es importante aclarar que en ningún momento lo acompañó el deseo de abusar de la jurisdicción laboral, pues simplemente su caso es idéntico a los casos de ineficacia. Que no se puede decir que el formulario es suficiente para entender que su vinculación fue informada. Solicita se tengan en cuenta las alegaciones. Indica que cuando la Corte se pronuncia frente a la inversión de la carga de la prueba a cargo de los fondos privados no se centra únicamente en los procesos de traslado sino en el conocimiento total que tienen los fondos respecto al negocio que ellos mantienen; que en el interrogatorio de parte la AFP PROTECCION aclara que lo único que se tramitaba era el formulario de afiliación; que no se probó que al demandante se le haya informado la diferencia entre ambos sistemas. Solicita revocar la decisión y declarar que PROTECCION no cumplió con el deber de información al momento de la vinculación.

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver el recurso planteado, se tiene que lo pretendido por el señor RICARDO GARAY VARGAS, se circunscribe a la declaratoria de nulidad del traslado que indica realizó al RAIS, mediante formulario suscrito con la entonces AFP COLMENA hoy PROTECCION el 19 de abril de 1994, sin embargo, como se verifica en el formulario de afiliación en éste se señala que no es un traslado de régimen sino una vinculación inicial.



En este orden y si bien se alegó la omisión al deber de información en el acto de **traslado**, escenario en el cual, lo pretendido se estudia bajo la óptica de la ineficacia como bien lo indicó la recurrente figura que ha sido objeto de amplio desarrollo jurisprudencial por parte de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que en sentencia con radicado No. 33083 de 2011, criterio reiterado en sentencia radicado 46292 del 18 de octubre de 2017 y recientemente en sentencia 54818 del 14 de noviembre de 2018; M.P. Gerardo Botero Zuluaga.

No obstante lo anterior, quedó probado conforme al formulario de vinculación de la AFP COLMENA hoy PROTECCION que en 1994 el actor realiza la vinculación inicial al sistema y no un traslado, lo cual además es confesado por el mismo demandante al absolver su interrogatorio de parte al indicar que antes de la vinculación al RAIS no había realizado ninguna cotización, ni había estado afiliado al RPMPD.

En este orden, evidencia la sala que como bien lo concluyó la juzgadora de primer grado, para el caso del señor Ricardo Garay Vargas, no es posible abordar si su afiliación al RAIS en 1994, estuvo precedida o no de la información requerida al efecto para determinar la procedencia de la declaratoria de nulidad o ineficacia de traslado que predica, como quiera que es claro que para su caso en particular, **no operó un traslado de régimen** pensional, sino una escogencia inicial de este, ya que antes de la expedición de la Ley 100 de 1993, no había realizado ninguna cotización, ni afiliación al RPMPD, para posteriormente y en vigencia de la precitada Ley **escoger** como su administrador pensional a COLMENA hoy PROTECCION, tal cuestión fue reiterada por la Sala Laboral de la CSJ en reciente sentencia SL 2259 de 2022, M.P. Luis Benedicto Herrera, en la que señaló:

Llegados a este punto del sendero, importa a la Corte precisar que la afiliación y la vinculación son figuras que presentan unas características propias, lo que impide equipararlas entre sí y, de consiguiente, darles el mismo tratamiento. Así lo adocrinó la Sala en sentencia CSJ SL, 5 oct. 2010, rad. 39772, al sostener que:

No obstante, estimó el Tribunal que la última afiliación era válida, porque, en su sentir, el traslado de régimen del afiliado del sistema de prima media con prestación definida, administrado por el ISS, al de ahorro individual, administrado por COLFONDOS, se había efectuado respetando el término de los tres años previsto en el artículo 13 de la



Ley 100 de 1993, porque si, como lo había previsto la Corte Constitución en la sentencia T 235 de 2005, “...la afiliación es un acto que se produce una vez en la vida del interesado, al ingresar al trabajo, por consiguiente la afiliación no es repetible, es vitalicia.”, el ingreso del trabajador había operado, para estos efectos, desde su primera vinculación el 8 de abril de 1985 y, para cuando operó su traslado a COLFONDOS, había transcurrido un lapso muy superior.

De acuerdo a lo anterior, confunde el Tribunal lo que es la afiliación al sistema de seguridad social, que ha sostenido la jurisprudencia tanto de la Corte Constitucional como la de esta Sala, tiene un carácter vitalicio, se efectúa a través de una primera y única inscripción y no se pierde o suspende porque se dejen de causar cotizaciones en un determinado interregno de tiempo, con la vinculación a uno de los dos regímenes de pensiones que contempla dicho sistema, y que delimita muy claramente el artículo 13 del Decreto 692 de 1994, en los siguientes términos:

“Permanencia de la afiliación. La afiliación al Sistema General de Pensiones es permanente e independiente del régimen que seleccione el afiliado. Dicha afiliación no se pierde por haber dejado de cotizar durante uno o varios períodos, pero podrá pasar a la categoría de afiliados inactivos, cuando tengan más de seis meses de no pago de cotizaciones.” (Subrayas fuera de texto)

Del hecho que la afiliación al Sistema General de Pensiones sea única y permanente, no se desprende, entonces, como lo dedujo el Tribunal, que para efectos de la selección de régimen de pensiones a que se refiere el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, el trabajador ya estuviere matriculado en el correspondiente al de prima media con prestación definida, desde el año 1985, cuando se afilió por primera vez al ISS, porque esa vinculación anterior apenas se dio hasta el año de 1990, de modo que cuando entró a regir el nuevo sistema se encontraba inactivo, y el afiliado vino a manifestar su voluntad de matricularse en uno u otro de los regímenes contemplados en la nueva legislación apenas en el año de 1995, cuando se afilió al ISS, estando vigente la Ley 100 de 1993.

La selección prevista en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, solo vino a operar a partir del 1 de abril de 1994, tal como se establece en el artículo 3 del Decreto 692 de 1994, al disponer:

“Selección de régimen pensional. A partir del 1 de abril de 1994, los afiliados al Sistema General de Pensiones previsto en la Ley 100 de 1993, podrán seleccionar cualquiera de los dos regímenes que lo componen. En consecuencia deberán seleccionar un de los siguientes regímenes:

“a) Régimen Solidario de Prima Media de Prestación Definida;

“b) Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

Así las cosas y contrario a lo indicado por la recurrente en recurso y alegaciones, se reitera la imposibilidad de efectuar el estudio de la omisión en la información que alega en el acto de traslado de régimen cuando en esta oportunidad no medió dicho traslado, sino una selección inicial de régimen por parte del actor que en los términos del Decreto 692 de 1994, optó por pertenecer al RAIS y en su caso en particular, no medió injerencia alguna de su empleador para afiliarse a ese régimen como ocurre en la mayoría de las situaciones similares que se exponen por vía judicial, ya que de las historias laborales expedidas por PROTECCIÓN, se evidencia con claridad que inició en el año 1994 cotizaciones a dicho régimen de manera



independiente, lo que denota aún más su voluntad de afiliarse a dicho régimen; razones suficientes para **confirmar** la sentencia apelada.

Sin costas en esta instancia.

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

R E S U E L V E:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia objeto de recurso, conforme lo señalado en la parte pertinente de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

Las partes se notifican por edicto de conformidad con los artículos 40 y 41 del CPTSS.

Los Magistrados,


MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO


LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C.
SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 25-2019-00196-01
ASUNTO: APELACIÓN SENTENCIA
DEMANDANTE: MARÍA RUBIELA VARGAS REYES
DEMANDADO: COLPENSIONES

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los treinta y un (31) días del mes de julio de dos mil veintitrés (2023), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado Veinticinco Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 27 de julio del 2022.

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior a las partes para presentar alegaciones, fueron remitidas las de la parte demandante.



ANTECEDENTES

La señora MARÍA RUBIELA VARGAS REYES por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se CONDENE a COLPENSIONES al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes a partir del 16 de junio del 2007 por el fallecimiento de su cónyuge JESÚS ANTONIO RODRÍGUEZ ROMERO conforme lo establecido en el Acuerdo 049 de 1990 y en aplicación del principio de la condición más beneficiosa; junto con las mesadas adicionales, los intereses moratorios, lo que resulte probado extra y ultra petita y las costas del proceso. (archivo 02Demanda)

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que el señor JESÚS ANTONIO RODRÍGUEZ ROMERO (q.e.p.d.) nació el 11 de septiembre de 1953; que contrajo matrimonio con el causante el 29 de junio de 1972; que convivieron hasta el momento de su fallecimiento; que el señor Rodríguez Romero falleció el 15 de junio del 2007; que durante su vida el señor Rodríguez Romero cotizó al ISS hoy Colpensiones, alcanzando a cotizar 421.4 semanas como se evidencia en su historia laboral; que para la fecha de entrada en vigencia la Ley 100 de 1993 tenía más de 41 años de edad y, más de 300 semanas cotizadas; que el causante era beneficiario del régimen de transición; que solicitó la pensión de sobreviviente aquí reclamada sin obtener una respuesta favorable. (archivo 02Demanda).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos manifestó no constarle los numerales



3, 8 y 9 y, aceptó los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, buena fe y declaratoria de otras excepciones. (archivo 07Contestacion).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:

"PRIMERO.-ABSOLVER a la demandada COLPENSIONES de todas y cada una de la pretensiones de la demanda, conforme a lo considerado.

SEGUNDO.-SIN COSTAS en esta instancia."" (archivo 24ActaAudiencia)

Fundamentó su decisión el Juez de primer grado señalando en síntesis que no se controvierte que el causante es beneficiario del régimen de transición, sin embargo, no cumple con los requisitos para acceder a una pensión de sobreviviente conforme la normatividad vigente, por lo que se debe dar aplicación del principio de la condición más beneficiosa. Que al haber fallecido el 15 de junio del 2007 la normatividad vigente es la ley 100 de 1993 y al aplicar la condición más beneficiosa se debe acudir a la Ley 100 de 1993 en su redacción original pero tampoco cumple los requisitos de ésta. Que no se puede hacer una revisión histórica de normas, ni aplicar el Acuerdo 049 de 1990 como lo pretende la parte demandante.

RECURSOS DE APELACIÓN

La parte **demandante** interpone recurso de apelación argumentando que se probó que el cónyuge de la demandante falleció el 15 de junio del 2007; que logró cotizar en su vida laboral 421 semanas y que era beneficiario del régimen de transición. Indica que la demandante tiene derecho a la pensión de sobreviviente porque su cónyuge tenía los requisitos del régimen de transición; que se debe aplicar la sentencia SU 442 del 2010 en la cual al Corte se



pronunció del principio de la condición más beneficiosa indicando que a quienes tienen una PCL estructurada en vigencia de la Ley 860 del 2003 se les puede aplicar el Decreto 758 de 1990; que ya se tenía un derecho adquirido; que la normatividad aplicable en el presente caso es la Ley 797 del 2003; que el causante logró cotizar en vida 421 semanas. Solicita se dé aplicación al principio de la condición más beneficiosa conforme lo tiene sentado la CSJ y la Corte Constitucional; que se le debe aplicar el Decreto 758 de 1990 el cual exige 300 semanas en cualquier tiempo; requisito que cumplió el causante y al estar acreditado el vínculo del matrimonio con el registro civil la demandante tiene derecho a que se le reconozca y pague la pensión de sobreviviente deprecada.

CONSIDERACIONES

En consonancia con el recurso de apelación formulado por la parte demandante, la sala determinará en **apelación** si hay lugar a condenar a Colpensiones al reconocimiento y pago de la prestación pensional reclamada.

No fue objeto de reproche la fecha de defunción del señor Jesús Antonio Rodríguez Romero, que como quedó determinado en instancia, corresponde al **15 de junio del 2007** (ver registro civil de defunción), como tampoco que mediante acto administrativo resolución GNR N° 233928 del 13 de septiembre del 2013 (ver Resolución), expedida por Colpensiones, este reconoció la calidad de beneficiaria a la demandante respecto de las prestaciones causadas por el señor Jesús Antonio Rodríguez Romero, ya que ordenó el pago a su favor de la indemnización sustitutiva por valor de **\$4'259.959**.

Ahora, como es bien sabido, y tal como lo tiene sentado la Corte Suprema de Justicia entre otras en la sentencia SL 2057-2022, la normatividad aplicable a efectos de reconocimiento pensional de sobreviviente, es la vigente a la fecha de fallecimiento del causante, que para el caso bajo estudio corresponde a la Ley 100 de 1993 modificada por la Ley 797 del 2003,



normatividad que enlistaba en su artículo 47, como beneficiaria de la pensión de sobreviviente a la cónyuge, señalaba la norma en cita:

“ARTÍCULO 47. Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

a) En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad. En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte;...”

”

La **finalidad de la pensión de sobrevivientes** es beneficiar a las personas más cercanas que realmente compartían con el causante su vida, pues esta pensión sustitutiva busca impedir que quien haya convivido de manera permanente, responsable y efectiva y haya prestado apoyo a su pareja al momento de morir, se vea abocado a soportar aisladamente las cargas materiales y morales que supone su deceso; de este modo, **se trata de amparar una comunidad de vida estable, permanente y definitiva con una persona, en la cual la ayuda mutua y la solidaridad como pareja sean la base de la relación y permitan que se consolide un hogar, excluyendo así una relación fugaz y pasajera.**

Conforme lo señalado en precedencia, se observa que como se indicó al inicio de este pronunciamiento, no ofreció reparo la calidad de beneficiaria de la demandante respecto del señor Jesús Antonio Rodríguez Romero. Sentando lo anterior y en cuanto al requisito de cotización, se tiene que el artículo 46 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 12 de la Ley 797 del 2003, prevé:

“ARTÍCULO 46. Tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes:

1. Los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez o invalidez por riesgo común que fallezca y,



*2. Los miembros del grupo familiar del afiliado al sistema que fallezca, **siempre y cuando éste hubiere cotizado cincuenta semanas dentro de los tres últimos años inmediatamente anteriores al fallecimiento** y se acrediten las siguientes condiciones:...”*

Al respecto, tal y como lo señaló el fallador de primera instancia el señor Jesús Antonio Rodríguez Romero **no** logró cotizar 50 semanas dentro de los tres últimos años inmediatamente anteriores al fallecimiento, como quiera que su última cotización la realizó en el año 1986 y, su fallecimiento se dio en el año 2007; por lo que no dejó causado el derecho a sus beneficiarios.

Ahora, tal y como ocurre en el presente asunto, se fueron presentando casos en donde durante la vigencia de la ley antigua las personas reunieron el número de semanas cotizadas que exigía esa normativa para dar lugar a la pensión de sobrevivientes para sus familiares, pero no causaron el derecho porque no fallecieron durante su vigencia sino cuando regía otra ley la cual exigía otros volúmenes de semanas que no alcanzaron a reunir.

Por eso, la situación fue resuelta por la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia quien consideró que en tales circunstancias procedía aplicar el principio de la condición más beneficiosa y que en virtud de ello correspondía aplicarles a esos casos **la norma anterior**. Ahora bien, al aplicar el principio de la condición más beneficiosa ha señalado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia SL 12112 de 2015 radicación 52182, que la viabilidad a la aplicación del principio de condición más beneficiosa implica darle efectos ultractivos a la normatividad anterior, cuando en su vigencia se cumplan los supuestos de la norma relativos al número mínimo de cotizaciones, porque en esos eventos se protegen las expectativas legítimas del asegurado, que si bien satisfizo esas exigencias, no alcanzó a consolidar el derecho porque durante el tiempo que tuvo vigor el precepto no se estructuró el riesgo, por lo que no son de recibo los argumentos expuestos por el apoderado de la demandada en su recurso.



Recientemente, en la sentencia CSJ SL 1494 del 31 de mayo del 2023 en la cual se reiteró la sentencia SL699-2023, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia consideró:

“Pues bien, al respecto la Corporación ha señalado que en casos como el analizado, en los que el fallecimiento del causante ocurre en vigencia de la Ley 797 de 2003, no es admisible acudir al Acuerdo 049 de 1990 en virtud del principio de la condición más beneficiosa, dado que este postulado aplica en relación con el cambio normativo inmediatamente anterior, de modo que no es posible realizar una búsqueda histórica de las leyes previas con el propósito de identificar la que se acomode a los intereses de los reclamantes (CSJ SL1938-2020, CSJ SL1884-2020 y CSJ SL2547-2020).”

Conforme a lo anterior y, teniendo en cuenta que contrario a lo solicitado por el demandante en su recurso y alegatos, esta Sala de Decisión acoge el criterio expuesto por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, por ser nuestro órgano de cierre, es claro que al ser la normatividad vigente la Ley 100 de 1993 modificada por la Ley 797 del 2003 sólo es posible acudir en virtud del principio de la condición más beneficiosa a la Ley 100 de 1993 en su redacción original cuyos requisitos tampoco cumple el causante como quiera que en el año inmediatamente anterior al fallecimiento el actor no cotizó 26 semanas, pues como ya se dijo, su última cotización la realizó en el año 1986.

Virtud de lo dicho al no ser posible aplicar el Acuerdo 049 de 1990 como lo pretende el demandante, ni aplicar las sentencias de unificación de la Corte Constitucional, no queda otro camino que confirmar la absolución impartida en primera instancia.

Sin costas en esta instancia.

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



RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada, conforme lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Las partes se notifican por edicto de conformidad con los artículos 40 y 41 del CPTSS.

Los Magistrados,


MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO SALVO VOTO

SALVAMENTO DE VOTO. En mi criterio se debió revocar la sentencia de primera instancia y conceder pensión de sobrevivientes a la demandante, pues el derecho reclamado se regula por el Decreto 758 de 1990 que aprobó el Acuerdo 049 del mismo año y se cumplieron los requisitos dispuestos en esa normatividad. Si bien es cierto que la muerte del causante ocurrió en vigencia de la Ley 100 de 1993, también lo es que para la fecha en que dicha norma se expidió se habían cumplido todos los requisitos dispuestos en el Acuerdo 049 de 1990 para causar la prestación reclamada. Según lo dispone claramente el artículo 25 del Decreto 758 de 1990, y por tratarse de un seguro para el cual venía cotizando el afiliado, el derecho de su núcleo familiar a una pensión de sobrevivientes nacía o se causaba cuando -COMILLAS DE LO DICHO EN LA NORMA- “el asegurado haya reunido el número y densidad de cotizaciones que se exigen para tener derecho a la pensión de invalidez por riesgo común”. Esta densidad la definía el artículo 6° del mismo decreto, en el cual se exigen 150 semanas dentro de los seis años anteriores a la invalidez (muerte), o 300 semanas en cualquier época anterior a dicho estado. Sobre la materia, el literal del artículo 26 del citado decreto es particularmente claro al advertir que: “la pensión se causa cuando se reúnen los requisitos establecidos en el presente reglamento y se reconoce y paga a partir de la fecha del fallecimiento del asegurado o pensionado”, con lo cual se está haciendo una correcta distinción entre el momento en que se causa la prestación

—por un lado- y el momento en que procede el reconocimiento de la primera mesada —por el otro-, asunto de capital importancia en cuanto de su comprensión dependerá la escogencia adecuada de la norma que regula el derecho de cada afiliado.


LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C
SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 16-2019-00389-01
ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA
DEMANDANTE: CAMILA MONDRAGÓN HEREDIA
DEMANDADO: SODEXO SERVICIOS DE BENEFICIOS E INCENTIVOS
COLOMBIA S.A.

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los treinta y un (31) días del mes de julio de dos mil veintitrés (2023), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado Cuarenta y Uno Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 27 de mayo del 2022.

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior a las partes para presentar alegaciones, fueron remitidas las de la parte demandada.

ANTECEDENTES

La señora CAMILA MONDRAGON HEREDIA por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral en contra de SODEXO SERVICIOS DE BENEFICIOS E INCENTIVOS COLOMBIA S.A. con el fin de que SE DECLARE que la existencia de un contrato de trabajo entre el 03 de



diciembre del 2012 y el 31 de diciembre del 2018; que desempeñó el cargo de Ejecutiva de Cuentas Corporativas; que la remuneración que se pagó por cupo de beneficios y el bono anual constituyen factor salarial; que tiene derecho en virtud del principio a trabajo igual salario igual al reajuste de su salario al mismo salario que la empresa demandada le ha pagado a la señora María del Pilar Molina y, que el contrato terminó por causa imputable al incumplimiento de las obligaciones legales de la empresa -despido indirecto. Como consecuencia, se condene a la demandada a pagar la suma correspondiente por concepto de nivelación salarial, reliquidación de prestaciones sociales, vacaciones, aportes al sistema de seguridad social, la indemnización por terminación del contrato sin justa causa, la indemnización moratoria, lo que resulte probado extra y ultra petita y las costas del proceso. (archivo 003Demanda y 007EscritoDeSubsanacion).

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que la empresa demandada la vinculó mediante contrato de trabajo a término indefinido desde el 03 de diciembre del 2012 para desempeñar el cargo de Ejecutiva de Cuentas Corporativas; que en el año 2012 le pagó un salario básico de \$1'587.789 junto con comisiones por ventas; que la demandada desnaturalizó el salario básico del año 2012 en una parte salarial y otra no salarial; que reconoció como factor salarial la suma de \$1'111.452 y como factor no salarial la suma de \$476.337; que liquidó las prestaciones sociales únicamente con el salario que reconoció como factor salarial; que los años subsiguientes ocurrió lo mismo; que en el año 2015 devengó la suma de \$601.939 como auxilio monetario de vivienda y \$106.302 como aporte voluntario inst. plus; que adeuda la diferencia entre las sumas pagadas por prestaciones sociales y las reliquidadas; que en 2016 le reconoció el pago de un bono anual y su naturaleza de factor salarial; que el 01 de junio del 2016 la demandada contrató a la señora María del Pilar Molina para desempeñar el cargo de Ejecutiva de Cuentas Corporativas; que siempre cumplió las mismas funciones que la demandante; que en el año 2018 la señora Molina devengaba la suma de \$3'279.150 y la de demandante la suma de \$2'746.564; que



solicitó la nivelación salarial a la demandada; que el empleador incumplió las obligaciones laborales contractuales por el pago del salario y su naturaleza salarial; que incumplió con las obligaciones laborales y violó el principio “a trabajo de igual valor salario igual”; que como consecuencia del incumplimiento de la demandada radicó misiva el 26 de octubre del 2018; que el 20 de noviembre del 2018 la demandada le respondió de manera negativa, por lo que tuvo que dar por terminado el contrato de trabajo el día 28 de diciembre del 2018 informando que laboraría hasta el 31 de diciembre del 2018. (archivo 003Demanda y 007EscritoDeSubsanacion).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, **SODEXO S.A.**, aceptó las pretensiones relacionados con la existencia de un contrato de trabajo, los extremos y el cargo desempeñado y, se opuso a las demás pretensiones de la demanda, respecto de los hechos aceptó el 1, 2, 9, 10, 18, 21, 30, 32, 33, 38, 39, 40, 41, 42, 50, 51, 52, 53, 54, 55, 64, 65, 66, 67, 68, 69, 70, 71, 72, 73, 76, 77, 81, 85, 91, 92, 93 y 94; dijo que el 27, 28, 29, 35, 36 y 37 no eran un hecho; y, negó los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó prescripción, buena fe, inexistencia de obligación laboral, cobro de lo no debido y compensación. (archivo 015ContestacionDeDemanda).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre **CAMILA MONDRAGÓN** y entre **SODEXO – SERVICIOS DE BENEFICIOS E INCENTIVOS COLOMBIA S.A** desde el 03 de diciembre de 2012 hasta el 31 de diciembre de 2018, el cual fue finalizado por una causa imputable al empleador.

SEGUNDO: DECLARAR que los rubros pagados a la demandante bajo la denominación “bono anual” y “Auxilio Monetario de



Vivienda” son constitutivos de salario, conforme a la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: DECLARAR que la señora **CAMILA MONDRAGÓN** tiene derecho a la nivelación salarial con respecto a la señora **MARÍA DEL PILAR MOLINA** desde el 01 de junio de 2016 y hasta junio de 2018, ello conforme a la parte motiva de la providencia.

CUARTO: como consecuencia de lo anterior, **CONDENAR** a la sociedad demandada a reconocer y pagar a la demandante, las siguientes sumas de dinero:

- La suma de \$6.620.047, pesos por concepto de reliquidación del auxilio de cesantías.
 - La suma de \$494.359, pesos por concepto de reliquidación de los intereses a las cesantías.
 - La suma de \$2.059.832, pesos por concepto de reliquidación de compensación de dinero de vacaciones.
 - La suma de \$4.119.665, pesos por concepto de reliquidación de primas de servicios.
 - La suma de \$16.444.999, pesos por concepto de reliquidación de salarios.
 - \$12.504.144,69, pesos por concepto de indemnización por terminación unilateral del contrato sin justa. –
- La suma de \$95.089 pesos diarios a partir del 01 de enero de 2019 y hasta cuando se realice el pago efectivo de las condenas concedidas a la demandante, por concepto de indemnización moratoria de que trata en el artículo 65 del CST.*

QUINTO: ABSOLVER a la demandada de las demás pretensiones invocadas por la demandante, por las razones expuestas en la parte considerativa de la sentencia.

SEXTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas, de conformidad con la parte motiva de la providencia.



SÉPTIMO: CONDENAR en costas e incluidas las agencias en derecho a la sociedad demandada, y a favor de la demandante, en la suma única de \$5.000.000 de pesos.”

Fundamentó su decisión la Juez de primer grado señalando en síntesis que está plenamente acreditado el vínculo laboral del 03 de diciembre del 2012 al 31 de diciembre del 2018. En cuanto al bono anual señaló que no existe ninguna prueba de que se haya pactado su exclusión salarial; que es evidente que la finalidad era retribuir el servicio; que no se acreditó que tuviera una destinación distinta; que conforme lo dicho por el Representante legal de la demandada el bono anual era cancelado a los trabajadores por el cumplimiento de objetivos del año anterior, por lo que dependía directamente del servicio y se debe tener como factor salarial. Respecto al auxilio de vivienda indicó que es un emolumento pagado directamente y de manera periódica; que la demandada no acreditó que fuera por prestación del servicio; que no se probó que su finalidad estuviera relacionada con la compra, mejora o adquisición de vivienda, por lo que si debe ser considerado factor salarial. Reliquida las prestaciones sociales y vacaciones con las sumas pagadas por bono anual y auxilio de alimentación. En relación con la nivelación salarial bajo el principio de a trabajo igual salario igual, indicó que es el empleador quien tiene la carga probatoria de demostrar las causales objetivas de diferenciación; que la demandante probó que la señora María del Pilar Molina ejercía el mismo cargo y las mismas funciones sin que se prueba las causales de diferenciación salarial por lo que se debe nivelar el salario de la demandante al percibido por la señora Molina. Declara probada parcialmente la excepción de prescripción. En cuanto al despido indirecto dijo que el demandante probó haber presentado la renuncia al empleador en la cual le señaló como razón el incumplimiento sistemáticas de las obligaciones por parte del empleador, las cuales se demostraron por lo que hay lugar a condenar a la indemnización por despido sin justa causa. Finalmente, en lo que atañe a la indemnización moratoria señaló que el empleador no probó una razón atendible para sustraerse del pago de salarios y prestaciones sociales, por lo que no puede hablarse de que existió buena fe.

RECURSOS DE APELACIÓN



La **demandada** interpuso recurso de apelación argumentando que fue un error calificar como pago salarial el bono anual cuando se probó que éste se incluía anualmente en la liquidación de pagos como las cesantías. Que si se leen los acuerdos firmados por las partes anualmente donde la trabajadora escogía los pagos no salariales, se evidencia que no se incluía ese beneficio, pues estaba incluido como factor salarial; que después del año 2017-2018 fue subsumido por el pago de comisiones mensuales como se estableció en el último acuerdo firmado en el año 2018.

En cuanto al auxilio de vivienda indica que establecer como lo hace el fallador de primera instancia que este pueda estar sujeto a un contrato de arrendamiento o compra de vivienda no está acorde con la realidad; que dicho auxilio es un pago no salarial establecido en el artículo 128 que no trae más condiciones más allá de las convenidas por las partes.

Respecto del reajuste por nivelación salarial señala que sólo se tiene un comparativo simple, lo cual no es aceptado por la Corte. Que debía sacarse una relación de diferenciación entre los cargos desempeñados por la calidad de las personas que lo desempeñan, un cargo que por si misma denominación no se puede considerar como igual trabajo igual salario por lo que no tiene ninguna justificación.

Que todos los valores que se han tenido como no salariales surgen del artículo 128.

En relación al Despido indirecto señala que no corresponde a la realidad porque la trabajadora vino a manifestar su malestar un mes antes de su retiro; que nunca antes había manifestado ninguna inconformidad frente a su nivelación; que si bien hay cargos que tienen una remuneración diferente esto se debe a su trayectoria y su hoja de vida.



Finalmente, frente a la indemnización moratoria señala que no opera de manera automática; que se debe observar la buena fe porque se pagaron todas las remuneraciones.

CONSIDERACIONES

No fue objeto de reparo la existencia de la relación laboral alegada, en virtud de la cual, la demandante laboró a favor de la demandada, mediante contrato a término indefinido entre el 03 de diciembre del 2012 al 31 de diciembre del 2018 ejerciendo el cargo de Ejecutiva De Cuentas Corporativas, como se verifica en el contrato de trabajo celebrado entre las partes, la certificación expedida por la Directora de Gestión Humana el 25 de agosto del 2018 y, la liquidación definitiva del contrato. (ver expediente digital archivo 003Demanda)

Pagos Salariales y no Salariales

En cuanto a los rubros respecto de los cuales se concluyó que tenían incidencia salarial en la decisión de primer grado, a este respecto, ha indicado la Corte Suprema de Justicia, en sentencia con radicado SL 7820 de 2014 en donde rememoró la sentencia 32657 de 2009, que existen elementos que resultan ser determinantes al momento de establecer si una suma pagada al trabajador puede ser considerada constitutiva de salario en los términos de los artículo 127 y 128 del C.S. del T. indicando que debe analizarse, **si realmente se trata de un beneficio que retribuya directamente el servicio o, de igual modo, la periodicidad y la regularidad en su pago, su finalidad y la forma como está concebido y el hecho de ingresar al patrimonio del trabajador.**

En el presente caso, contrario a lo señalado por el apelante, considera la Sala que no existió ningún error por parte del fallador de primera instancia, al señalar que el **bono anual** que recibía la trabajadora debía tenerse como constitutivo de salario, como quiera que es el mismo representante legal de la



demandada, quien manifiesta que la finalidad de dicho bono era retribuir los servicios prestados por la trabajadora, pues se otorgaba por el cumplimiento de metas y, es que precisamente como lo indica el apelante este bono se transformó por la demandada en comisiones mensuales, por lo que es claro que si retribuía el servicio prestado por la trabajadora. Aunado a lo anterior, no se probó que al liquidar las prestaciones sociales, vacaciones y aportes de la demandante se hubiera incluido el valor del bono anual para cuantificarlas, como equivocadamente lo indica el apelante, por lo que se confirmara la condena por este concepto.

En cuanto al **auxilio de vivienda** hay que recordar como lo enseña la CSJ en la sentencia SL 1051-2023 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; de manera que contrario a lo que sostuvo el fallador colegiado, es el empleador quien tiene la carga de probar que su destinación tiene una causa no remunerativa”*, no siendo suficiente con denominar a la retribución auxilio de vivienda, sino que debía demostrar cuál era realmente su finalidad o destinación u otras razones que permitieran entender que no tenía naturaleza retributiva de los servicios prestados por la trabajadora, lo cual no hizo la parte demandada, por lo que carece de validez el acuerdo mediante el cual se pretendió excluirlos. Y es que si bien la norma no indica que deba aportarse un contrato de arriendo o de compra de vivienda, como lo indica el apelante, si debía demostrar que la destinación de dicho auxilio era para vivienda y no como retribución del servicio prestado por la trabajadora, por lo que se confirmara este punto.

Nivelación Salarial – Principio a trabajo igual salario igual

Señala la demandante, que tiene derecho a que los salarios y prestaciones devengados por ella, se reliquiden teniendo en cuenta que desempeñó el mismo cargo y las mismas funciones que la señora María del Pilar Molina Sierra.



Respecto de la nivelación salarial, dispone el artículo 143 del Código Sustantivo del Trabajo:

ARTICULO 143. A TRABAJO DE IGUAL VALOR, SALARIO IGUAL. <Artículo modificado por el artículo 7 de la Ley 1496 de 2011. El nuevo texto es el siguiente:>

1. A trabajo igual desempeñado en puesto, jornada y condiciones de eficiencia también iguales, debe corresponder salario igual, comprendiendo en este todos los elementos a que se refiere el artículo 127.
2. No pueden establecerse diferencias en el salario por razones de edad, género, sexo, nacionalidad, raza, religión, opinión política o actividades sindicales.
3. Todo trato diferenciado en materia salarial o de remuneración, se presumirá injustificado hasta tanto el empleador demuestre factores objetivos de diferenciación.

Este precepto normativo, ha sido desarrollado por la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia que en pronunciamiento radicado No. 69663 del 25 de julio de 2018 M.P. Clara Cecilia Dueñas, indicó respecto de la carga de la prueba en asuntos como el estudiado lo siguiente:

*Al respecto, la Sala tiene adoctrinado que **quien pretenda una nivelación salarial por aplicación del principio a trabajo igual salario igual, debe demostrar el cargo que desempeña y la existencia de otro trabajador que ejecute el mismo puesto, con similares funciones y eficiencia** (sentencias CSJ SL, 5 feb. 2014. Rad. 39858 y SL 20 oct. 2006. Rad. 28441 que reiteró las providencias SL 10 jun. 2005 y 24 may. 2005. Rad. 24272, entre otras).*

Sin embargo, mediante sentencia CSJ SL, 17462-2014 la Corte precisó dicho criterio, para señalar que en tratándose de relaciones de trabajo causadas antes de la modificación introducida al artículo 143 del Código Sustantivo de Trabajo por el artículo 7.º de la Ley 1496 de 2011 -según la cual «todo trato diferenciado en materia salarial o de remuneración, se presumirá injustificado hasta tanto el empleador demuestre factores objetivos de diferenciación», la carga de la prueba, también se invierte. Por tanto, si el trabajador aporta los indicios generales que suministren un fundamento razonable sobre el trato discriminatorio en materia retributiva, le corresponde al empleador justificar la razonabilidad de ese trato, por cuanto es aquel quien está en mejores condiciones de producir la prueba respectiva. (Negrilla fuera del texto original)

Adicionalmente, dijo la CSJ en la sentencia SL 3400-2022 que:



*Pero también de tiempo atrás la jurisprudencia laboral ha precisado que la cabal utilización del principio no significa una equiparación automática en materia salarial para todos los trabajadores, pues no consiste en imponer por ministerio de la ley una indistinta asimilación salarial, de suerte que es legítimo que existan diferencias razonables en la remuneración de los trabajadores, siempre y cuando estén fundadas en razones objetivas, **como el régimen jurídico que se les aplica**, o surgidas de aspectos relativos a la cantidad y la calidad del trabajo realizado, **tales como la antigüedad del trabajador, la capacidad profesional, las condiciones de eficiencia, el rendimiento, la jornada laboral, etc.***

Sobre el particular, se observa que la parte demandante, funda sus pretensiones en la existencia de una trabajadora María del Pilar Molina Sierra quien se encuentra probado que ostentó al igual que ella el cargo de Ejecutiva de Cuentas Corporativas de la empresa demandada y la diferencia salarial que existía.

Ahora, contrario a lo señalado por el apelante, conforme lo tiene sentado la Corte, a la parte demandante le bastaba con probar que la trabajadora con la cual pretende compararse ostenta el mismo cargo, que desempeña las mismas funciones y que entre ellas existe una diferenciación salarial, lo cual hizo; siendo carga probatoria de la parte demandada, probar las razones objetivas para justificar la diferencia salarial, lo cual no logró demostrar, veamos porque:

Los testigos traídos al proceso por la parte pasiva Wilma Johana Gómez Paéz (Directora de gestión Humana de la empresa demandada) y Julián Bravo Mancipe (Gerente Jurídico de la empresa demandada) refieren que la diferenciación salarial se debe a que la señora Molina Sierra tiene un mejor dominio del inglés, a su desempeño y a la antigüedad; sin embargo, es la misma testigo Wilma Johana quien indica que para desempeñar el cargo que ostentaba, tanto la demandante como la señora Molina Sierra, no se encontraba en el descriptivo del cargo que tuviera que tener dominio del inglés, adicionalmente, refiere que la señora Molina Sierra no aportó a la empresa ningún documento del cual se pudiera derivar que a diferencia de la demandante tuviera un mejor manejo de un segundo idioma, señalando que para determinar si la señora Molina Sierra dominaba el inglés, se le hizo una prueba en la entrevista de ingreso, sin embargo, esto no le consta



directamente, pues ella misma refiere que no estuvo presente en dicha entrevista.

En cuanto al desempeño, que es otra de las razones que señalan los testigos de la parte pasiva como justificante de la diferenciación salarial, primero, se evidencia que no puede ser de recibo esta justificación, pues desde que la señora Molina Sierra fue contratada se presentó la diferencia salarial, siendo claro que en ese momento no era posible evaluar su desempeño, segundo, es la misma testigo Wilma Johana quien al interrogársele cómo era el desempeño de la demandante y la señora Molina Sierra refiere que quien conoce del desempeño es el Jefe Inmediato, luego tampoco tiene un conocimiento directo del desempeño de las trabajadoras.

Ahora, al escuchar la declaración de la señora Diana Sánchez jefe inmediata, tanto de la demandante como de la señora Molina Sierra, refiere que ambas trabajadoras tenían las mismas funciones, actividades y el mismo horario; incluso indica que era mejor el desempeño de la demandante; lo cual se corrobora con la declaración de la señora María Margarita Castro Osorio Directora Regional quien reitera que ambas trabajadoras cumplían las mismas tareas y que la única diferencia era el portafolio que manejaban, pues el de la demandante era mayor y, por ende tenía una mayor responsabilidad, mientras que los clientes de la señora Molina Sierra eran más pequeños. Por lo que no se evidencia que el desempeño pueda ser una razón objetiva de justificación de la diferenciación salarial.

Y mucho menos la antigüedad pues la demandante ingresó en el año 2012 y la señora Molina Sierra en el 2016, luego la actora incluso era más antigua; por lo que evidentemente no esta probada ninguna razón objetiva para justificar la diferenciación salarial. Y tampoco se encuentra en ninguna de las pruebas documentales allegadas al proceso, siendo claro que ni siquiera se aportó la hoja de vida de la señora Pilar Molina para determina alguna razón de la diferenciación salarial, por lo que se confirmara este punto.



Despido indirecto

La inconformidad de la parte pasiva en este punto radica en que la demandante sólo manifestó su inconformidad un mes antes de su retiro; lo cual no exonera a la empresa demandada de la indemnización, pues lo que exige el parágrafo del artículo 62 del C. S. del T. es que se manifiesta en el momento de la extinción la causal o motivo de esa determinación, lo cual hizo la demandante.

En consecuencia, tal y como concluyó el Juez hay lugar al pago de indemnización, por lo que se confirmara este punto.

Indemnización moratoria – buena fe

Asegura el recurrente que la demandada actuó de buena fe, siendo esta afirmación carente de sustento, pues no existe ninguna razón atendible para que a la demandante no se le hayan pagado su salario y prestaciones sociales completas, ni para justificar la diferencia salarial que existía con la señora Molina Sierra, luego la condena a moratoria aparece ajustada a la realidad procesal y a lo dispuesto en la ley suficientemente aclarado también por la jurisprudencia.

Por todo lo anterior, se **confirmará** la decisión de primer grado.

Sin costas en esta instancia.

En mérito a lo expuesto EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D. C., SALA LABORAL, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

R E S U E L V E

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia recurrida, conforme lo señalado en la parte motiva de este proveído.



SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

Las partes se notifican por edicto de conformidad con los artículos 40 y 41 del CPTSS.



MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO



LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C
SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 28-2019-00718-01
ASUNTO: SENTENCIA COMPLEMENTARIA
DEMANDANTE: ROCÍO OSORIO BARRERA
DEMANDADO: FUNDACIÓN PARA LA EDUCACIÓN SUPERIOR Y EL
DESARROLLO FEDESARROLLO

MAGISTRADA PONENTE: MARLENY RUEDA OLARTE

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

El demandado solicita mediante memorial allegado vía correo electrónico **adición, aclaración y corrección de la sentencia** proferida el 31 de marzo del 2023, argumentando, en síntesis, que no se tuvo en cuenta la confesión del demandante respecto de la relación contractual de tipo civil y que al negarse la relación contractual por la demandada y al no establecerse los extremos laborales, le correspondía probarlo a la parte actora, lo cual no se hizo, pues no se demostró la existencia del vínculo más allá de la presunción legal; señala además que con las pruebas aportados logró desvirtuar la presunción. Indica que solicita se aclare la sentencia *“en indicar los motivos por los cuales no fueron suficientes para el Tribunal para efectos de establecer la existencia de una relación contractual de naturaleza laboral entre mi representada y el señor ANTONIO BARRERA CARRASQUILLA”*; que no se hizo un pronunciamiento frente a la excepción de prescripción, por lo que solicita **adición, aclaración y corrección de la sentencia**.



CONSIDERACIONES

Para resolver la solicitud de la accionada, es del caso traer a colación por esta sala el artículo 287 del Código General del Proceso, al cual nos remitimos por disposición expresa del artículo 145 del C.S.T. en el que se indicó lo siguiente:

“Cuando la sentencia omita resolver sobre cualquiera de los extremos de la litis o sobre cualquier otro punto que de conformidad con la ley debía ser objeto de pronunciamiento, deberá adicionarse por medio de sentencia complementaria, dentro de la ejecutoria, de oficio o a solicitud de parte presentada en la misma oportunidad...”

Teniendo en cuenta que la solicitud de la entidad accionada se presentó dentro del término de ejecutoria y, que efectivamente si bien es cierto, se señaló que se declaraban no probadas las excepciones propuestas, no se hizo una manifestación expresa sobre el porque se declaraba no probada la excepción de prescripción, se procede a adicionar la sentencia para resolver la excepción de la siguiente manera:

Excepción de prescripción

Conforme lo tiene sentado nuestro máximo órgano de cierre entre otras en la sentencia SL 1320-2023 el cálculo actuarial está ligado a la construcción del derecho pensional, por lo mismo, el capital que representa no está sujeto a extinguirse por prescripción y, tampoco caduca la acción para reclamarlo (CSJ SL5041-2021, SL2944-2016), lo que conlleva la no prosperidad de esta excepción. En consecuencia, se declarará no probada la excepción de prescripción.



Ahora, en cuanto a la solicitud de corrección y aclaración se niega como quiera que al revisar la sentencia proferida en esta instancia no se evidencia que se haya incurrido en ningún error puramente aritmético, ni tampoco que en la parte resolutive de la sentencia estén contenidas conceptos o frases que ofrezcan verdadero motivo de duda.

Finalmente, en cuanto a que no se tuvo en cuenta la confesión del demandante, que la carga probatoria correspondía al actor; que no se demostró la existencia del contrato más allá de la presunción legal; que con las pruebas aportadas se logra desvirtuar la presunción y, que se expliquen las razones por las cuales no son suficientes las pruebas aportadas; lo que se evidencia es que no está de acuerdo con la decisión adoptada en esta instancia, sin embargo, esto no es motivo ni para corregir, ni para aclarar la sentencia proferida, pues si no está de acuerdo con la decisión cuenta con los recursos de ley para atacarla.

En mérito de lo expuesto, se **RESUELVE:**

PRIMERO: CONCEDER la solicitud de adición elevada por la parte demandada y, en consecuencia, se ADICIONA la sentencia proferida el 31 de marzo del 2023 en el sentido de DECLARAR no probada la excepción de prescripción, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: NEGAR la solicitud de corrección y aclaración de la sentencia conforme lo solicitado por el accionado, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

TERCERO: Por secretaria continúese con el trámite pertinente.



NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE,

Los Magistrados,

MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO

LORENZO TORRES RUSSEK
MAGISTRADO

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C
SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 09-2021-00045-01

ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA

DEMANDANTE: GUSTAVO GARZÓN AMAYA

DEMANDADO: COLPENSIONES

MAGISTRADA PONENTE

MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los treinta y uno (31) días del mes de julio de dos mil veintitrés (2023), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 29 de junio de 2022.

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior a las partes para presentar alegaciones, fueron remitidas las de ambas partes, la entidad demandada solicita se confirme la decisión de primer grado.

ANTECEDENTES

El señor GUSTAVO GARZÓN AMAYA por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se CONDENE a la demandada a indexar la primera mesada pensional de vejez que le fuera reconocida a su favor desde la fecha en que efectuó la última cotización y hasta cuando adquirió el status de pensionado, ya que transcurrieron 10 años, junto con intereses de mora y reajustes retroactivos.

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que nació el 26 de septiembre de 1953, que la última cotización al sistema pensional la realizó el 12 de agosto de 2003, que es beneficiario del régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993, que le fue reconocida pensión de vejez en resolución GNR 216705 a partir del 26 de septiembre de 2013, que para determinar el IBL de la prestación se tuvo en cuenta el promedio de lo cotizado los últimos 10 años de su vida laboral, esto es, entre 1993 y 2003, que no se indexó su mesada pensional desde el 2003 al 2013.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, COLPENSIONES se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó los contenidos en los numerales 1 a 5 y negó los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó buena fe, falta de causa para pedir, cobro de lo no debido, prescripción, improcedencia de intereses moratorios, imposibilidad de indemnización por costas judiciales y compensación.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:

PRIMERO: DECLARAR probada la excepción denominada falta de causa para pedir propuesta por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.

SEGUNDO: ABSOLVER a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES de todas las pretensiones incoadas en su contra por GUSTAVO CESAR MANUEL GARZÓN AMAYA.

TERCERO: COSTAS. Las costas serán a cargo de la parte demandante a favor de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES. Fijense como agencias en derecho la suma de \$500.000 de acuerdo con lo dispuesto en el Acuerdo PSAA16-10554 del CS de la J. (...)

Fundamentó su decisión el Juez de primer grado señalando en síntesis que no había sido objeto de discusión la calidad de pensionado del actor, que había reconocido la demandada a favor del actor a partir del 26 de septiembre de 2013, con fundamento en lo previsto en la Ley 71 de 1988, por ser beneficiario del régimen de transición, que para su liquidación tomó el IBL previsto en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993.

Que en cuanto a lo pretendido, las normas aplicables a lo pretendido son las que rigen al momento que se causa el derecho; no obstante, cuando estas se modificaran por vía jurisprudencial se podía crear un régimen de transición, cuya finalidad era mantener algunas de las normas derogadas, ello había

ocurrido con la vigencia de la Ley 100 de 1993, que en su artículo 36 dispuso el régimen de transición que le había sido aplicado al actor, mantenido algunas de las condiciones para pensionarse con regímenes anteriores, pero ello no ocurrió en cuando al IBL, pues dicho artículo señaló claramente que este aspecto se regiría por lo previsto en la Ley 100 de 1993, que una vez liquidada la prestación conforme los parámetros de dicha ley, a efectos de verificar si había sido actualizada a la fecha de su reconocimiento, conforme lo señala el artículo 21 de la precitada ley y así lo había reiterado la CSJ.

Que realizadas dichas operaciones con el promedio de lo cotizado por el actor los últimos 10 años, actualizado con el IPC al 2013, fecha de reconocimiento pensional, para lo cual igualmente se tuvo en cuenta lo cotizado por el actor al sector público con los factores salariales previstos en el Decreto 1158 de 1994, conforme formulario CLEP aportado, se había obtenido un promedio de \$1.087.273 para el año 2013, que al aplicarle una tasa de reemplazo del 75%, arroja una mesada de \$815.455, que resultaba levemente inferior a la reconocida por Colpensiones y que ascendió a \$821.403, debiéndose absolver a la demanda de las pretensiones incoadas en su contra ya que Colpensiones, había reconocido el derecho pensional en debida forma, indexando los salarios sobre los cuales cotizó el actor los últimos 10 años y al margen de que este hubiera efectuado el último aporte en el 2003 y hubiera adquirido el estatus de pensionado 10 años después, la entidad aplicó en debida forma lo dispuesto en la Ley 100 de 1993 para liquidar el valor de la primer mesada pensional.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandante recurrió señalando que se debía tener en cuanto que el demandante había adquirido el estatus de pensionado luego de transcurridos 10 años de efectuar la última cotización y por ello tenía derecho a que se indexara la primera mesada pensional, actualizado el IBL al año 2013, como lo había señalado la Corte Constitucional en sentencia SU 637 de 2016, en la que se expresó el derecho a la indexación de la primera mesada pensional, que tenía como finalidad evitar el poder adquisitivo de las pensiones, que la jurisprudencia constitucional había sido consistente en cuanto al derecho a la indexación de la primera mesada pensional, que debía incluir la actualización del IBL, derecho de actualización que tenía el carácter de universal.

Que conforme a ello, era evidente la procedencia de la actualización pretendida, resultando inequitativo que se tomara un IBL de 10 años atrás al

reconocimiento pensional, que dichos valores tomaron un valor adquisitivo que no se tuvieron en cuenta por la demandada.

CONSIDERACIONES

No fue objeto de reparo el status de pensionado del actor, lo cual se corrobora con actos administrativos, de reconocimiento y reliquidación pensional, GNR 216705 del 13 de junio de 2014 y GNR336841 del 28 de octubre de 2016, respectivamente; prestación de que disfruta el señor Gustavo desde el 26 de octubre de 2013.

Conforme lo anterior a efectos de resolver el recurso de apelación interpuesto, se tiene que de antaño la Sala de Casación Laboral de la CSJ ha reconocido la indexación de la primera mesada pensional, primero, para aquellas pensiones que se causaron con posterioridad a la vigencia de la Constitución Política de 1991 (sentencia radicado 29022 del 31 de julio de 2007) y posteriormente, extendió este beneficio a todo tipo de pensiones causadas antes o después de la Constitución Política (sentencia SL 736-2013).

En definitiva, ha dicho la CSJ para justificar el cambio jurisprudencial y extender el beneficio de la indexación de la primera mesada pensional a todo tipo de pensiones, en la sentencia SL 2695-2022 que:

“la pérdida del poder adquisitivo de la moneda es un fenómeno que puede afectar a todos los tipos de pensiones por igual; que existen fundamentos normativos válidos y suficientes para disponer un remedio como la indexación, a pensiones causadas con anterioridad a la vigencia de la Constitución Política de 1991; que así lo ha aceptado la jurisprudencia constitucional al defender un derecho universal a la indexación y al reconocer que dichas pensiones producen efectos en vigencia de los nuevos principios constitucionales; que esa posibilidad nunca ha sido prohibida o negada expresamente por el legislador; y que, por lo mismo, no cabe hacer diferenciaciones fundadas en la fecha de reconocimiento de la prestación, que resultan arbitrarias y contrarias al principio de igualdad.

Todo lo anterior conlleva a que la Sala reconsidere su orientación y retome su jurisprudencia, desarrollada con anterioridad a 1999, y acepte que la indexación procede respecto de todo tipo de pensiones, causadas aún con anterioridad a la vigencia de la Constitución Política de 1991.”

Asimismo, ha explicado la Corte en la sentencia SL 2389-2022 la diferencia entre la indexación del ingreso base de liquidación y el reajuste anual pensional, señalando que la indexación de la primera mesada pensional busca la actualización de la base salarial de liquidación de la pensión, es decir, que el salario con que se liquida la pensión no sufra pérdida alguna en su poder adquisitivo en razón del tiempo transcurrido desde la fecha de terminación de la prestación de los servicios del trabajador y la fecha en que se reconoce la pensión, mientras que con el reajuste anual se busca que la pensión al ser una prestación de tracto sucesivo no vaya perdiendo el poder adquisitivo con el transcurso del tiempo.

Conforme lo señalado en precedencia, se observa que como bien lo adujo la decisión de primer grado, una vez efectuada la liquidación del IBL de los últimos 10 años de cotizaciones del accionante, para lo cual esta Sala se apoyó en el grupo liquidador previsto para el efecto, se tiene que el IBL hallado entre 1993 a 2003 y **actualizado** a 2013, arroja una suma de \$1.091.067, la que resulta ser inclusive levemente inferior al hallado por la demandada Colpensiones en resolución GNR 336841, mediante la cual, resolvió reliquidar la prestación del actor, ya que en dicha oportunidad halló un IBL de \$1.095.204; así las cosas, es claro que contrario a lo indicado por la parte demandante en recurso y alegaciones, la pasiva, no dejó de lado la actualización del IBL del actor desde el 2003, data en que reporta la última cotización, hasta el 2013, fecha en que se efectuó reconocimiento pensional a su favor y a dicha conclusión se arriba fácilmente únicamente con revisar el ingreso base de liquidación sobre el cual cotizó el actor en el interregno temporal en mención consignado en formato CLEP y en historia laboral aportada por Colpensiones, el que sólo en un periodo llegó a \$827.147, siendo considerablemente inferior a dicha suma en todos los demás periodos de cotización, resultando clara la actualización del IBL que realizó Colpensiones en debida forma, como lo corrobora la liquidación realizada.

Por lo señalado, se **confirmará** la decisión de primer grado.

Sin costas en esta instancia.

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

R E S U E L V E:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Las partes se notifican por edicto de conformidad con los artículos 40 y 41 del CPTSS.

Los Magistrados,



MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO



LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C
SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 23-2020-00302-01
ASUNTO: APELACION DE SENTENCIA
DEMANDANTE: GLORIA PATRICI SAENZ POLANIA
DEMANDADO: GLOWSTEN S.A.S.

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los treinta y un (31) días del mes de julio de dos mil veintitrés (2023), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado 23 Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 18 de agosto del 2021.

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior a las partes para presentar alegaciones, fueron remitidas las de la parte demandante.

ANTECEDENTES

La señora GLORIA PATRICIA SAENZ POLANIA por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral en contra de la sociedad GLOWSTEN S.A.S. con el fin de que se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido entre el 27 de julio del 2012 al 19 de



abril del 2020 para desempeñar el cargo de Gerente de Cuenta en el área de ventas; que recibió una remuneración como contraprestación de los servicios prestados a la demandada; que devengó un salario promedio en el último año de \$3'400.000 correspondiendo un básico de \$852.959 promedio mensual más comisión del 7% o 3% de acuerdo a la lista de precios ofertada en la venta, comisiones que fueron pagadas mensualmente siempre sobre el valor neta de todas las ventas gestionadas; que dio por terminada su relación laboral por razones imputables al empleador; que a la fecha de presentación de la demanda el empleador no ha cancelado de manera completa la liquidación del contrato de trabajo. Como consecuencia, condenar a la demandada al reintegro de los valores no pagados correspondientes a los salarios del período comprendido del 01 de enero del 2017 a abril del 2020 donde se le pagó un salario inferior al mínimo; al pago de comisiones legalmente causadas e insolutas por las ventas realizadas en el período comprendido del 2 al 20 de marzo del 2020 correspondiente a un valor en comisiones de \$478.400 y la diferencia que resulte de las acreencias laborales; al pago de la indemnización por despido sin justa causa en el artículo 64 del CST, la indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del CST, lucro cesante, lo que resulte probado ultra y extra petita y las costas del proceso. (carpeta 01Demanda).

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido entre el 27 de julio del 2012 al 19 de abril del 2020; que cumplía un horario laboral; que prestó sus servicios personales a la empresa demandada bajo el cargo de Gerente de Cuenta en el área de ventas de la compañía; que fue contratada para desempeñar labores de venta, promoción y capacitación de productos industriales para aseo y desinfección, accesorios y maquinaria industrial, además de las funciones contenidas en el documento Código FO-026 Versión 01 actualizado con fecha 10/07/2016 que relaciona el perfil del cargo de Gerente de Cuenta; que pactó con la empresa como contraprestación directa por los servicios un salario básico más comisión del 7% o 3% de acuerdo a la lista de precios ofertados en la venta y comisiones pagadas siempre sobre el valor neto de todas las



ventas gestionadas; que la demandada cambió de administración entre los años 2016 y 2017; que desde el mes de noviembre de 2019 los Gerentes de Cuenta pertenecientes al grupo de ventas y el jefe administrativo de la sucursal Cali empezaron a experimentar conductas persistentes de entorpecimiento en su labora tanto a nivel particular como a nivel grupal; que las situaciones presentadas ocasionaron malestar en los clientes, principalmente por el presunto debastecimiento de productos; que debido a que esta situación se estaba tornando recurrente los Gerentes de Cuenta y el Jefe Administrativo de la Sucursal de Cali escalaron su preocupación a los Directivos de la empresa y propusieron respetuosamente llevar a cabo una reunión con ellos y los empleados en general; que la reunión propuesta se llevó a cabo el día 06 de febrero del 2020 sin llegar a ningún acuerdo; que esto derivó en que empezaran a recibir malos tratos por parte del señor JEAN CLAUDE PARRET GUERRA; que el 17 de marzo del 2020 el grupo de ventas recibió interno por parte del Gerente de Operaciones de la empresa demandada en el que se les informaba que a partir de ese momento los clientes que se encontraban con cartera vencida debían cancelar sus obligaciones de inmediato; que no se iban aceptar compromisos ni acuerdos; que todo cliente que realizara su pedido y quisiera recibirlo debía cancelar su valor de manera anticipada y se suspenderían los créditos que inicialmente se otorgaban; que con el fin de no involucrar a la compañía los 7 Gerentes de Cuenta y el Jefe Administrativo de la Sucursal Cali de buena fe crearon un correo provisional en Yahoo para enviar un documento en conjunto en el cual reiteraban su inconformidad; que a raíz de ese correo se inició un sin número de expresiones injuriosas, ultrajantes y ofensivas de manera telefónica y a través del grupo de whatsapp y negándoles la posibilidad de asistir a la empresa demandada; que les fueron bloqueados su correos corporativo y la SIM corporativa; que el entorpecimiento laboral era cada vez más frecuente; que el 27 de marzo del 2020 2 de los Gerentes de Cuenta fueron despedidos; que en cuanto a las comisiones se les informó que sólo serían pagadas sobre recaudo y no sobre venta; que el 03 de abril del 2020 les fueron reestablecidos los correos corporativos; que el 17 de abril del 2020 dio por terminado su contrato de trabajo por causas imputables al empleador; que se vio obligada a renunciar. (carpeta 01Demanda).



CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, **GLOWSTENS S.A.S.**, aceptó la existencia de la relación laboral y los extremos de la misma y se opuso a la prosperidad de las demás pretensiones, respecto de los hechos aceptó el contenido en los numerales 2, 4, 6, 22, 23, 24, 80, 81 y 94, dijo que el 20 y 41 no era un hecho; manifestó no constarle el 15, 43, 60, 67, 77, 86 y 87 y, negó los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó pago, inexistencia de las obligaciones reclamadas, cobro de lo no debido, prescripción, buena fe y compensación. (Carpeta 09ContestacionDemanda).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:

“PRIMERO: ABSOLVER a la demandada GLOWSTEN S.A.S. de las pretensiones incoadas en su contra por la demandante GLORIA PATRICIA SAENZ POLANIAS conforme lo aquí expuesto.

SEGUNDO: CONDENAR EN COSTAS a la demandante.

TERCERO: Si esta sentencia no es apelada, envíese al Tribunal Superior de Bogotá – Sala Laboral para surtir la consulta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del Código Procesal Laboral.” (carpeta 15 ActaAudiencia)

Fundamentó su decisión el Juez de primer grado señalando en síntesis que no existe discusión en cuanto a la existencia de un contrato de trabajo y los extremos del mismo; que al revisar las pruebas allegadas no se evidencia que se haya pagado un salario inferior al mínimo por lo que no existe ninguna diferencia por pagar. En cuanto a las comisiones que señala hacen falta por pagar no existe ninguna prueba de que se hayan causado diferente al documento elaborado por la misma demandante, ni siquiera se prueba la forma en que se debían calcular las comisiones. En cuanto al despido injusto señala que se encuentra probado que la demandante fue quien decidió de manera unilateral terminar el contrato trabajo y que no probó los motivos alegados en la carta de renuncia, por lo que se deberá absolver de todas y cada una de las pretensiones de la demanda.



RECURSO DE APELACIÓN

La **demandante** recurrió señalando que el plenario contiene el sustento probatorio a través de los testimonios de la situación que vivió la demandante al interior de la empresa demandada por el maltrato sufrido y que cumplió con los requisitos contemplados para su renuncia motivada, como es que el trabajador manifestó su intención de dirimir la relación y expuso con claridad los hechos en la renuncia motivada del 17 de abril del 2020. Que presentó a través de los testimonios toda la situación de vulneración principalmente el derecho al trabajo y, el hecho de que tuvo que vincularse a otra empresa dado que tiene 60 años de edad; que a lo único que se dedica es a la venta de producto para garantizar su mínimo vital. Que considera que se probó con la prueba testimonial. Señala que en cuanto a que el empleador no ha realizado el pago completo de la liquidación del contrato y no condenar a la empresa demandada al pago de la indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del CST, se encuentra probado con los testimonios de la señora Gladys que a la demandante se le hacían descuentos sin autorización bajo la figura de un presunto anticipo de comisiones y que efectivamente se afectó su mínimo vital al modificar el pago de comisiones, lo cual no fue desvirtuado por la demandada. Que en los comprobantes están los descuentos de comisiones que se hacen; que se revise que el obrar de la demandada fue de mala fe.

CONSIDERACIONES

La sala resolverá el recurso de acuerdo con lo establecido en el artículo 66 A del C. P. del T. y de la S.S., en cada uno de sus aspectos fundamentales y que básicamente son: i) indebida valoración probatoria, pues la parte demandante considera que con la prueba testimonial se logra acreditar las causales invocadas en la carta de terminación del contrato de trabajo; (ii) que la liquidación del contrato no se pagó de manera completa y, iii) que se debe condenar al pago de la indemnización moratoria.

La Sala comenzará su estudio por el aspecto que cuestiona la legalidad del despido.



Lo primero que advierte la Sala es que no hay duda alguna sobre la renuncia motivada presentada por la parte demandante, comunicación que aparece en el expediente digitalizado y en la cual se describen varias causas imputables al empleador como la desmejora sustancial en las condiciones laborales, el maltrato sistemático y reiterado, el trato notoriamente discriminatorio respecto de los demás empleados de la empresa, la negativa a suministrar información absolutamente indispensable para el cumplimiento de la labor, entorpecimiento laboral, incumplimiento grave y sistemático de las obligaciones legales, convencionales y del reglamento interno y, afectación en su estado de ánimo.

En estos casos, tal y como lo ha explicado de manera reiterada la CSJ entre otras en la sentencia SL 2842-2022 cuando es el trabajador quien invoca una justa causa para finalizar el contrato, denominada efectivamente esta figura como despido indirecto, es la demandante quien debe probar los hechos en que se funda.

Conforme lo anterior, es claro que no existe otro camino que confirmar la absolución impuesta en primera instancia, como quiera que cuando el argumento de la apelación es una indebida valoración probatoria, como en este caso, en que la parte demandante señala en su recurso que con la prueba testimonial se logra probar los hechos invocados en la renuncia, debe el recurrente señalar de manera precisa cuáles fueron las pruebas erróneamente apreciadas o cuales fueron dejadas de valorar, en donde estuvo el error del fallador de primera instancia, ya que, aunque el recurso de apelación no requiere de una técnica rigurosa ni de fórmulas sacramentales, sí, se itera, fija los puntos en virtud del principio de consonancia contenido en el artículo 66 A del C. P. del T. y de la S.S., sobre los cuales puede pronunciarse el Tribunal.

Máxime, porque contrario a lo dicho por la apelante, ninguno de los testigos recepcionados da cuenta de los hechos invocados por la demandante en su renuncia, pues el señor **César Augusto Ballesteros Orozco** fue el Gerente de Cuenta de la Zona Cali, por lo que no se evidencia que haya prestado sus



servicios en el mismo lugar que la demandante y, por tanto, no tenía un conocimiento directo de los hechos. El señor **Marco Antonio Martínez** manifestó ser el Representante Legal de la empresa Master Clean proveedor con anterioridad al año 2020 de la empresa demandada y, quien manifestó no tener ningún conocimiento frente a los hechos invocados por la demandante en su renuncia. Y la señora **Gladys Ramírez** quien manifestó ser la Jefe Administrativa y tener a su cargo la nómina de la empresa demandada tampoco nada dijo al respecto.

Y es que fue tanta la inactividad probatoria de la parte demandante que a la señora Gladys Ramírez quien sí podía tener un conocimiento directo frente a lo sucedido al interior de la empresa demandada, se limitó a realizarle dos preguntas, la primera, como fue el reajuste del salario de la demandante y, la segunda, nada tenía que ver con el presente proceso y, por tanto, fue calificada y se ordenó por parte del Juez que no fuera contestada.

En consecuencia, es claro que la parte demandante no cumplió con la carga probatoria que tenía y por ende el fallador de primera instancia no tuvo otra opción que absolver a la empresa demandada.

Frente a la inconformidad de la parte actora en la que refiere que a la demandante no se le pagó la liquidación del contrato de forma completa, basta con remitirnos al interrogatorio de parte absuelto por la demandante quien confesó que el valor que le fue liquidado por parte de la empresa demandada le fue pagado en su totalidad. Tampoco es cierto que la testigo Gladys Ramírez haya referido que a la demandante se le hacían descuentos sin autorización, pues esto no lo dijo.

En consecuencia, al evidenciarse que a la demandante no se le adeuda ninguna suma de dinero, es claro que no tiene derecho al reconocimiento y pago de la indemnización moratoria consagrada en el artículo 65 del C.S. del T.

Sin costas en esta instancia.



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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Las partes se notifican por edicto de conformidad con los artículos 40 y 41 del CPTSS.

MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO

LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C
SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 10-2019-163-01

ASUNTO: CONSULTA DE SENTENCIA

DEMANDANTE: FABIO ENRIQUE JIMÉNEZ

DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTRO

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los Treinta y un días (31) días del mes de julio de dos mil veintitrés (2023), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del grado jurisdiccional de consulta a favor de la demandada Colpensiones, revisa la Corporación el fallo proferido por el Décimo Laboral del Circuito de esta Ciudad.

ANTECEDENTES

EL Señor FABIO ENRIQUE JIMÉNEZ por intermedio de apoderado judicial en vida interpuso demanda ordinaria laboral con el fin de que se DECLARE la nulidad del dictamen 16358027-10756, emitido el 9 de agosto de 2017, por parte de la Junta Nacional de calificación de Invalidez y en su lugar se declare como fecha de estructuración de su invalidez el 1 de agosto de 2008, que tiene derecho a la pensión de invalidez en sustitución de la especial de vejez desde el 1 de junio de 2013, a la reliquidación de su pensión aplicando el 75% como tasa de reemplazo; como consecuencia de tales declaraciones, peticiona se condene a Colpensiones a efectuar reconocimiento y pago a su favor de pensión de invalidez en sustitución de la de vejez a partir del 1 de junio de 2013, liquidada conforme los últimos 10 años de cotización y con una tasa de reemplazo del 75%, se le condene a esa entidad a efectuar al pago a su favor de las diferencias generadas entre la pensión de vejez y la invalidez, al pago

de intereses moratorios e indexación y daños materiales en cuantía de 20 SMLV.

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que nació el 15 de julio de 1962, que inició a cotizar al sistema pensional el 28 de noviembre de 1983 al 31 de mayo de 2013, acumulando un total de 1478 semanas, que realizó trámite de calificación de patología ante Colpensiones y Asalud, que mediante dictamen 201683595ST, del 18 de octubre de 2016, se determinó que tenía una PCL del 73% con fecha de estructuración del 9 de diciembre de 2015, teniendo en cuenta para el efecto, los diagnósticos de dependencia de diálisis renal y diabetes mellitus con complicaciones renales, que contra dicho dictamen presentó inconformidad contra dicho dictamen respecto a la fecha de estructuración señalada.

Indica que la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Valle del Cauca, emitió dictamen confirmando la fecha de estructuración de las patologías, esto es, el 9 de diciembre de 2015, por lo que contra este interpuso los recursos de Ley, siendo remitido dicho dictamen a la Junta Nacional de Calificación, la que igualmente lo confirma, señala que la fecha en que se determinó la PCL en su caso no indica la severidad de la enfermedad, que se le empezó a suministrar insulina desde el 1 de agosto de 2008 debido a la persistencia de cifras glicémicas elevadas, que igualmente la determinación de la insuficiencia renal crónica para agosto de 2008, tenía un porcentaje de 60 a 75%, que adicionalmente no se tuvieron en cuenta para la calificación de la PCL los diagnósticos de hipertensión arterial estadio 2, insuficiencia renal estadio 3B, diabetes mellitus tipo 2, dislipidemia mixta severa, hiperuricemia, obesidad grado 2, trastorno de ansiedad, síndrome de apnea obstructiva de sueño severa, enfermedad coronaria y vicio multinodular eutiroideo.

Refiere que el 11 de octubre de 2017, solicitó ante Colpensiones pensión de invalidez, entidad que en resolución SUB 287197, le reconoció pensión de vejez anticipada a partir del 15 de julio de 2017, que el 11 de enero de 2019, presentó solicitud de pago de pensión de invalidez a partir del 1 de junio de 2013, con retroactivo indexado e intereses moratorios, que cotizó 1482 semanas hasta mayo de y dentro de los 3 años anteriores a la fecha de

estructuración de su invalidez, cuenta con 153 semanas de cotización, que no ha percibido desde el 1 de agosto de 2015 subsidio alguno por incapacidad, que tiene derecho a que se le reconozca pensión de invalidez con el 75% del IBL.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda COLPENSIONES se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos aceptó los contenidos en los numerales 1, 3, 4 a 8, 14 a 18, 20 y 25, negó el No. 21 y manifestó no constarle el contenido de los demás; propuso como excepciones las que denominó prescripción y caducidad, no configuración al pago de intereses oratorios, inexistencia de la obligación y del derecho por falta de causa y título para pedir.

La JUNTA NACIONAL DE CALIFICACION DE INVALIDEZ, se opuso a la prosperidad de las pretensiones dirigidas contra esta, en cuanto a los hechos, aceptó los contenidos en numerales 1, 3 a 8, 10, 12, negó los No. 9, 11, 13 y 22 y manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de inexistencia de prueba del perjuicio que se pretende atribuir a la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, falta de requisitos legales para formular solicitud de condena de carácter pecuniario, la expedición del dictamen como ejercicio de la competencia legal como calificador de última instancia no constituye perjuicio alguno, legalidad del dictamen expedido por la JNCI, legalidad de la calificación: fundamentación médica legal de la fecha de estructuración, improcedencia del petitum: inexistencia de prueba idónea para controvertir el dictamen, improcedencia de las pretensiones respecto de la Junta Nacional y buena fe.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento RESOLVIÓ:

PRIMERO: DECLARAR probada la excepción denominada *LEGALIDAD DEL DICTAMEN EXPEDIDO POR LA JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ* y como genérica de la *INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN* frente a las pretensiones relacionadas con el pago de perjuicios morales interpuesta por la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACION DE IVALIDEZ, y, en consecuencia, *ABSOLVERLA* de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por FABIO ENRIQUE JIMENEZ LANCHEROS (fallecido), de conformidad a la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a reconocer y pagar la pensión de invalidez al señor FABIO ENRIQUE JIMENEZ LANCHEROS, en reemplazo de la pensión reconocida como anticipada de vejez por incapacidad, pensión que debe ser reconocida a partir del 09 de diciembre de 2015 en 13 mesadas pensionales, teniendo como primera mesada pensional \$1.098.486 para el 09 de diciembre de 2015, que teniendo en cuenta el fallecimiento del demandante, el valor de la condena que se impone en esta sentencia correspondiente al retroactivo de mesadas pensionales, diferencias pensionales e interés moratorios, deberá ser pagado por la demandada COLPENSIONES a los sucesores procesales del señor FABIO ENRIQUE JIMENEZ LANCHEROS, los sucesores procesales reconocidos en este proceso MARIA LUCELIA FORERO PERDOMO, FABIO JIMENEZ FORERO y CAROLINA JIMENEZ FORERO; y en consecuencia, deberá pagarse el retroactivo pensional causado desde el 9 de diciembre de 2015 hasta el 12 de enero de 2021, retroactivo por mesadas pensionales y por diferencias pensionales que asciende a la suma de TREINTA MILLONES CUATROCIENTOS CINCUENTA Y DOS MIL NOVECIENTOS UNO PESOS (\$30.452.901), de conformidad a la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: CONDENAR a la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a reconocer y pagar a al señor FABIO ENRIQUE JIMENEZ LANCHEROS y por su fallecimiento a sus sucesores procesales MARIA LUCELIA FORERO PERDOMO, FABIO JIMENEZ FORERO y CAROLINA JIMENEZ FORERO los intereses moratorios establecidos en el artículo 141 de la ley 100/93, a partir del 11 de febrero de 2018, respecto de las mesadas pensionales y diferencias pensionales causadas con anterioridad a esta fecha, hasta la fecha efectiva de pago; y en relación a las diferencias pensionales causadas con posterioridad al 11 de febrero de 2018 hasta la fecha efectiva de pago, deberá pagarse los intereses moratorios del artículo 141 de la ley 100/93 a partir de la causación de cada diferencia pensional, de conformidad a la parte considerativa de esta providencia.

CUARTO: Se declara probada la excepción de inexistencia de la obligación y del derecho por falta de causa y título para pedir en cuanto a la pretensión de indexación solicitada por la parte actora, y no probadas las demás propuestas, y en consecuencia, ABSOLVER a la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES de la indexación solicitada en las pretensiones de la demanda, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

Fundamentó su decisión el Juez de primer grado señalando:

Tenemos que, de conformidad con la contestación de demanda de Colpensiones, esta aceptó como ciertos los hechos en los que se indica que el señor Jaime Jiménez Lancheros, nació el 15 de Julio de 1962 contaba con 56 años de edad, a la fecha de presentación de la demanda, que inició a cotizar el 28 de noviembre 1983 hasta el 31 de mayo 2013, acumulando 1478 semanas de cotización, que realizó tramite de calificación de Colpensiones, entidad que mediante dictamen de 18 octubre 2016 que se le notificó el 26 de octubre de 2016, determinó como PCL el 73%, de origen común con diagnósticos de dependencia, de diálisis renal y diabetes mellitus, insulín dependiente con complicaciones renales, que presentó inconformidad contra el dictamen e 10 de noviembre de 2016, para que se modificara la fecha de estructuración a partir del 1 de agosto 2008, que la Junta Regional de invalidez del Valle del Cauca, el 9 diciembre 2016, emitió dictamen mediante el cual confirmó la decisión de Colpensiones, decisión que fue recurrida ante la Junta Nacional de Calificación, entidad que el 10 de agosto del 2017,

entregó dictamen mediante el cual confirmó la decisión, teniendo como fecha de estructuración, el 9 de diciembre del 2015; que el 11 de octubre de 2017 se presentó solicitud ante Colpensiones para el reconocimiento de pensión invalidez por el señor demandante ya fallecido, tenemos que también se establece que mediante resoluciones SUB287197 del 11 de diciembre del 2017 se le reconoce la pensión de vejez anticipada por incapacidad, reconociendo el pago de la prestación a partir de 15 julio de 2017 y que el 11 de enero 2019, se presentó reclamación administrativa ante Colpensiones, de la contestación de la demandada de la Junta, se establecieron como ciertos igualmente la fecha de nacimiento del actor, la realización del trámite de calificación de PCL, los dictámenes y diagnósticos expedidos por esta, la confirmatoria del dictamen emitido por Colpensiones.

El problema jurídico a resolver dentro de este proceso, inicialmente por este estrado judicial es establecer si hay lugar a declarar la nulidad parcial del dictamen 16358027-10756, emitido el 9 de agosto de 2017 con la Junta Nacional de Calificación de invalidez, que estableció como fecha de estructuración la pérdida de capacidad laboral, el 9 de diciembre de 2015 y en su lugar declarar como fecha de estructuración de la pérdida de capacidad laboral del demandante, el 1 de agosto 2008. En caso afirmativo, determinar si el demandante es beneficiario del reconocimiento y pago de la pensión de invalidez en sustitución de la pensión de vejez anticipada por cumplir con los requisitos de 50 semanas cotizadas en los 3 años anteriores a la fecha de estructuración de reconocimiento pensional; también deberá establecerse si hay lugar a la reliquidación de la pensión, reconocimiento retroactivo pensional, reliquidación por diferencias pensionales, pago de intereses moratorios y pago de indexación; en caso de no ser procedente la nulidad de dictamen debe revisar el despacho, la procedencia de la pensión de invalidez que se reclama en la demanda y para resolver debe acudir al despacho a las pruebas allegadas al expediente correspondientes a la historia clínica del señor Enrique Lancheros desde el 19 de septiembre de 2015 al 15 de diciembre de 2016, señalando que hay un vacío historia clínica del año 2014 hasta el año 2016, historia laboral de Colpensiones de junio 2018, copia de comunicación y dictamen el 18 de octubre de 2016 de Medicina laboral de Colpensiones, que determina 73% de pérdida de capacidad laboral estructurada el 9 de diciembre de 2015 como de origen común, inconformidad radicada ante Colpensiones el 19 de noviembre 2016, notificación del dictamen protegido por la Junta regional de calificación del Valle del Cauca, escrito recurso de reposición en subsidio apelación del 22 de diciembre del 2016 ante la Junta Regional de calificación del Valle del Cauca, oficio 1RC 17143 del 6 de febrero de la Junta Regional de Calificación, mediante el cual resuelve no reponer la decisión y enviar en su lugar para tramitar el recurso de apelación ante la Junta Nacional de calificación, invalidez, comunicación del dictamen proferido por la Junta nacional de invalidez y que confirma la fecha de estructuración del demandante, solicitud presentada ante Colpensiones para reconocimiento y pago de la pensión invalidez bajo radicado 201710779280, acta de notificación y Resolución SUB 287197 del 11 de diciembre de 2017 emitida por Colpensiones, mediante la cual le reconoce al señor Jiménez Lancheros una pensión de vejez anticipada por incapacidad a partir del 15 de julio del año 2017, reclamación administrativa ante Colpensiones para que se reconozca la invalidez presentada el 11 de enero del año 2019, respuesta de la EPS Cruz Blanca información certificada de incapacidades, respuesta a Colpensiones de fecha 8 de junio 2018, expediente pensional expedido por Colpensiones, en medio magnético, contenido del expediente y calificación digitalizado del paciente, correspondiente a las actuaciones de la Junta Nacional de calificación e invalidez, dictamen carácter pericial de la Junta de Regional de Calificación de Invalidez ordenado por este estrado judicial y tenemos que se practicó, la declaración de la perito Sandra Franco de la Junta Regional, quien obró como uno de los peritos dentro del dictamen que ordenó este despacho.

En relación a establecer si hay lugar a la declaratoria de la nulidad de el dictamen expedido por la Junta nacional de calificación, del 9 de agosto del año 2017 mediante el cual confirmó la decisión de la Junta Regional de Calificación y estructuró la pérdida de capacidad laboral en la fecha de 9 de diciembre del año 2015, tenemos que debe señalarse, que el marco normativo aplicar no es otro que el manual vigente para la fecha de la calificación, que se realiza inicialmente en el año 2016 por parte de Colpensiones que se encontraba vigente, el Decreto 1507 2014, tenemos que en su artículo 3, en relación a las definiciones, establece como fecha de estructuración, lo siguiente: “se entiende como la fecha en que una persona pierde porcentaje de su capacidad laboral u ocupacional de cualquier origen como consecuencia de una enfermedad o accidente y que se determina con base en la evolución de las secuelas que han dejado estos para el estado de invalidez, esta fecha debe ser determinada en un momento en que la persona evaluada alcance el 50% de la PCL u ocupacional, debe soportarse en la historia clínica, los exámenes clínicos y de ayuda diagnóstica y puede ser anterior o corresponder a la fecha de declaratoria la

PCL; para aquellos casos en los cuales no exista historia clínica se debe apoyar en la historia natural de la enfermedad; en todo caso, esta fecha debe estar argumentada por el calificador y consignada en la calificación, además no puede estar sujeta a que el solicitante haya estado laborando y cotizando al sistema de seguridad social”; obran en el expediente conforme al análisis probatorio que hace el despacho en primer término, el dictamen expedido por Colpensiones de fecha 18 de octubre 2016, que estableció una pérdida de capacidad laboral del 73%, con una fecha de estructuración del 9 de diciembre de 2015, señala que el origen de enfermedad es común, se indica en la sustentación de Fresenius Medical Health Nefrología del 17 de octubre de 2016 estadio 5 fecha de diagnóstico 9 de diciembre de 2015, fecha de primer tratamiento, 9 diciembre 2015, creatinina de inicio 9.82, tasa de filtración glomerular e inicio 9.78, antecedentes de diabetes mellitus 2 insulínoddependiente con complicaciones renales y diálisis 3 veces a la semana, paciente con estadio 5 y hipertensión arterial, enfermedad coronaria con sten 2 con buena tolerancia al tratamiento y el paciente en estadio 5 de hemodiálisis y se señala que en consecuencia, la fundamentación de Colpensiones es en la fecha de diagnóstico de la situación de hemodiálisis del demandante, que fue el 9 de diciembre de 2015, según la documental correspondiente a la fecha de diagnóstico de la historia clínica de Medical Care Nefrología , que es el soporte de Colpensiones, ahora se encuentra que el dictamen de la Junta regional de calificación 16358027-5984 expedido 9 diciembre 2016 también reafirma la estructuración de la pérdida de capacidad laboral del señor Jiménez el 9 de diciembre de 2015 y la fundamenta según obra en el folio físico, en donde indica que la fecha de estructuración, es el 9 de diciembre de 2015, se sustenta la estructuración en las siguientes observaciones: se indica que se trata de un paciente de 54 años de edad, calificado por su fondo de pensiones en rango de invalidez, en atención a las secuelas generadas por la diabetes, mellitus y en especial por su enfermedad renal crónica, el paciente no apeló la pérdida de capacidad laboral, por lo cual esta junta está inhibida para revisar, lo cual incluye la adición de diagnósticos diferentes a los tenidos en cuenta por potenciales en cuanto al caso en discusión, la historia clínica aportada permite establecer que a partir del 9 de diciembre de 2015 se declaró el estadio terminal 5 de la enfermedad renal y se inició la Hemodiálisis respectiva, tratamiento que continúa en la actualidad desde el punto de vista técnico científico, es muy claro que la fecha de estructuración del estado de invalidez se configura a partir del 9 de diciembre del 2015 y no en una fecha anterior, en resumen se estructura el estado de invalidez el 9 diciembre 2015.

Por su parte, obra también el dictamen de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez del 9 de agosto 2017 del dictamen es el número 16358027 – 1756, señala que se estructura la pérdida de capacidad laboral el 9 de diciembre de 2015 y los análisis que se realizan por la Junta nacional, la sala 1, donde se señala que de conformidad a los fundamentos de hecho y de derecho expuestos, una vez revisada la documentación aportada para la valoración practicada se trata de un paciente de 55 años que refiere que laboró como Supervisor de Seguridad en la empresa Siemens SA desde 2006 hasta 2012, que no ha vuelto a trabajar desde entonces, que tiene diagnóstico de diabetes desde los 38 años, manejo inicial con dieta y con hipoglucemiantes orales, que se aplica insulina desde el 8 de agosto del año 2008, en control médico del 10 de septiembre de 2008, diabetes mellitus tipo 2 de insulina requirente dislipidemia, nefropatía por proteinuria Nefrótica con SRS 98 cm sobre por minuto con baja adherencia al tratamiento y a los controles periódicos de paciente crónico en control médico desde el 2 de mayo 2014, se encuentra hipertensión arterial, diabetes insulínoddependiente refiere casi 6 años insuficiencia renal crónica, sin complicaciones cardiovasculares mayores, primera hemodiálisis 9 diciembre 2015 actualmente, lunes, martes y viernes, visto por medicina interna, 14 de junio de 2017, con buena adherencia al tratamiento con tolerancia a las sesiones de hemodiálisis, catéter previo disfuncional, luego con femoral derecho ya retirado, se niega a realización de diálisis peritoneal, por lo que se continúa programa de hemodiálisis 3 veces por semana, actualmente con FABS RP izquierda su acceso actual, visto en consulta por la Junta Nacional, define antecedente de cirugía de sinusitis maxilar y frontal bilateral, cardiopatía isquémica, requirió colocación de stent hace 1 año en inguinal bilateral de cerca de 15 años al examen IMC 29.7 sobrepeso cardio pulmonar y abdominal, normal fuerza y arcos de movimiento en cuatro extremidades conservada no movimientos anormales, marcha normal; para resolver el recurso la Junta nacional considera con referente a la fecha de estructuración, según indica el decreto 1507 del 2014 manual único de calificación de invalidez, que se determina al momento en que y si fuera establecer que una persona cumple con los deberes establecidos en el artículo 3, como la fecha en que una persona pierde 1º porcentaje de su capacidad laboral u ocupacional que cualquier origen como consecuencia de una enfermedad o accidente que se determina con base en la evolución de las secuelas que ha dejado estos para el estado de invalidez, esta fecha debe ser determinante en el momento en que la persona evaluada

alcanza al 50% de pérdida de la capacidad laboral ocupacional, debe soportarse en la historia clínica, los exámenes clínicos y de ayuda diagnóstica y puede ser anterior o corresponder a la fecha de declaratoria de PCL, para aquellos casos en los cuales no exista historia clínica se debe apoyar en la Historia de la enfermedad en todo caso, esta fecha debe estar argumentada por el calificador y consignada en la calificación.

En consecuencia, la asignación de esta no necesariamente coincide con la fecha de diagnóstico de la enfermedad ni con la fecha de calificación, su análisis debe hacerse teniendo en cuenta la evolución clínica de la enfermedad, lesión o según lo consignado en la historia clínica, su análisis debe hacerse teniendo en cuenta la evolución clínica de la enfermedad o lesión, según lo consignado en esta historia clínica, estableciendo un momento en que esta pérdida se hace permanente y definitiva para el caso de referencia, se tiene un paciente con diagnóstico de diabetes mellitus, insuficiencia renal crónica, hipertensión arterial e hiperlipidemia, se señala que para el año 2006 se describe en su historia clínica aportada diagnóstico de diabetes mellitus no es insulino-requiere, sin mención de complicaciones en el manejo de metformina; además, presenta hiperlipidemia e hipertensión arterial en el manejo con HTSI, si se hiciera calificación de pérdida de capacidad laboral para este momento se tendría diabetes mellitus, no insulino-requiere y complicaciones en el manejo de hipoglucemiantes orales, capítulo 8, tabla 810 F 2FM, 11 SFM dos, dos deficiencias 13.0%, hipertensión arterial, el manejo farmacológico se tendría capítulo dos, tabla 2.6 FP 1. SFM 1.1 SFM 2.1 deficiencia 8.0%, complicaciones renales debido a la proteinuria pero con depuración de creatinina normal capítulo 5 tabla 52 SF 1 SFM 11 YSFM dos cero deficiencias 0,4%; de acuerdo con lo anterior, la eficiencia global ponderada es del 11.58% que sumado al rol laboral y otras áreas ocupacionales, no alcanza a superar el 50% para dicha anualidad para el año 2008 en consulta de fecha de agosto de 2008 se decide iniciar insulina formal, control de glicemia, se modifica la clase de deficiencia debido a uso de insulina capítulo 8, tabla 8.3 CFM 12 FM 2 2, que sumadas las deficiencias que ya traía por hipertensión arterial, establece una deficiencia moderada del 20% que ya suma a las deficiencias por hipertensión arterial y nefropatía diabética, lleva una eficiencia final ponderada para este momento de 14.67% que sumada al rol laboral y otras áreas de ocupacionales, no alcanza ni supera el 50% para ese año; durante los años 2008 a 2014 se describe albuminuria con creatinina normal y a datos de hiperglicemia frecuente con hemoglobina que supera el 8% y la tensión arterial estuvo controlada, por lo que no hay criterios para modificar las clases de la deficiencia y por tanto la pérdida de capacidad laboral durante este periodo; para el año 2015 se evidencia el deterioro de la función renal o lo que se considera manejo con hemodiálisis de partir del 9 de diciembre de 2015, 3 veces por semana para este momento se modifica la clase funcional de la eficiencia con insuficiencia renal crónica capítulo 5, tabla 5-2, CP cuatro CFM. 1 4 CFM 23, deficiencia no ponderada, 75% que, sumado a la deficiencia que ya traía por hipertensión arterial y diabetes, lleva una deficiencia ponderada final de 40.8% que sumada al rol laboral y otras áreas ocupacionales alcanza y supera el 50% para este año, por lo anterior no es posible modificar la fecha de estructuración dada por la Junta Regional y se confirma la decisión.

Ahora tenemos que dentro del proceso, está creado para auxiliar a los operadores judiciales, los dictámenes periciales en aspectos en los cuales no se tiene el conocimiento médico científico especializado, tenemos que se ordenó la práctica en dictamen pericial que fue practicado al interior del proceso que obra el documento digital 57, expedido el 24 del año 2021 y se ratifica en este dictamen el motivo de la calificación o se establece como fecha de estructuración, el 9 de diciembre del 2015, en este dictamen número 1635802716764 y revisado el mismo se indica que realizada la historia clínica, se encuentra controles por programa de crónicos y medicina interna desde 2006 por diabetes mellitus, hipertensión arterial de varios años de evolución y tratamiento con metformina glibenclamida, metoprolol, losartán y nifedipino con control metabólico no óptimo del control de medicina interna del primero de agosto del 2008, se inicia manejo con insulina en esta data y control, el siguiente se ajusta a dosis y se insiste en importancia de herencia, tratamiento farmacológico y recomendaciones nutricionales en control del 10 de agosto de 2010, se encuentran pruebas de función renal dentro de los rangos normales, creatinina 1.32, 21.7, depuración de Creatinina 98.6, glicemia 151 en control del 21 de mayo 2014, se evidencia aumento de creatinina sérica 2.4 y disminución de depuración de creatinina 50 ml por minuto y se hace diagnóstico de enfermedad renal crónica estadio 3B glicosilada en metas para esa época la deficiencia ponderada derivada de la hipertensión arterial, diabetes mellitus, insulino-dependiente y enfermedad renal crónica correspondía a 20.5%, la cual sumada al rol laboral y otras áreas ocupacionales para un alcance del 50% de pérdida de capacidad laboral; durante el año 2015, presenta deterioro de función renal hasta estadio 5, requiriendo tratamiento de hemodiálisis a partir de 9 diciembre 2015, fecha a partir de la cual, se modifica la deficiencia con insuficiencia renal

crónica, que sumada a las deficiencias por hipertensión arterial y diabetes mellitus, el porcentaje otorgado por rol laboral y ocupacional, llevan a una pérdida de capacidad laboral mayor al 50%. En lo anterior, se define como fecha de estructuración el 9 de diciembre del año 2015.

Tenemos entonces que en este proceso se solicita se declare la nulidad parcial del dictamen para que se establezca como pérdida de capacidad laboral el día 1 de agosto del año 2008 por cuanto considera en que inicia el uso de insulina, se vuelve insulín dependiente, el señor Jiménez y también se indica en los hechos de la demanda expresamente dicho 13°, que adicionalmente se solicita en la inconformidad que se tengan en cuenta la totalidad de deficiencias que padece mi representado porque esas generan una pérdida de capacidad laboral a partir del 1 de agosto 2008, las cuales no son tomadas en cuenta, dichas deficiencias son las siguientes: hipertensión arterial estadio 2, insuficiencia renal crónica estadio 3 B, diabetes mellitus tipo 2, insulín dependiente con complicaciones renales, dislipidemia mixta, severa hiperuricemia, obesidad grado 2, trastorno de ansiedad, síndrome de apnea obstructiva de sueño severa, enfermedad coronaria, posiumutil eurotiroideo. Tenemos que consecuencia para establecer si efectivamente para esa data se sufrían todas estas enfermedades por el demandante, si bien es cierto tenemos que el dictamen pericial que se ordenó este proceso, ratifica lo dicho por el dictamen de la Junta Regional de Calificación, en cuanto a que la fecha de estructuración es el 9 de diciembre del año 2015, fecha en la que se hace el diagnóstico y se inicia el tratamiento de diálisis 3 veces a la semana, se aduce por parte de la demandante, el dictamen pericial y la única fórmula de establecer si efectivamente hay lugar a modificar la fecha de estructuración de la pérdida de capacidad laboral del demandante, que no hay discusión sobre porcentajes de pérdida de capacidad laboral del 73%, no fue objeto de demanda ese aspecto del dictamen emitido por las Juntas y por Colpensiones.

Tenemos entonces que efectivamente, la Corte Suprema de Justicia ha indicado que también que no es el único elemento que debe tener en cuenta el juez, se puede determinar de la historia clínica del paciente calificado; para ello, el despacho se va a permitir hacer una revisión de la historia clínica del señor Jiménez Lancheros en donde tenemos que ir la historia de la clínica se puede señalar que el control del 19 de septiembre de 2005, es no insulín dependiente, es decir, para esa data todavía si bien es cierto tenía diagnóstico de diabetes mellitus, no era insulín dependiente y también se señala que se tiene una inmensa hipertensión arterial primaria, posteriormente tenemos el control del 10 de diciembre del año 2005, en donde se habla de la hipertensión arterial y diabetes Mellitus y la existencia de gingivitis y en cuanto a la diabetes, se señala que es una diabetes sin complicación y la hipertensión arterial es una hipertensión primaria, también tenemos que el 25 enero del año 2006, se repite el diagnóstico de hipertensión primaria y la diabetes mellitus no insulín dependiente y sin signos de complicación; posteriormente, en el folio 117 también tenemos nuevamente en control de 24 de febrero de 2006, que encontramos a folio 120 de físico PDF 124, que se señala como diagnóstico dados al demandante, la hiperuricemia sin signos de complicaciones, también se habla de la hipertensión arterial con diagnóstico de diabetes mellitus, no insulín dependiente y sin mención de complicación, amigdalitis, tenemos a folio 126 expediente físico del 11 de marzo de 2006 que establece la existencia de la diabetes mellitus, la hipertensión arterial y también en la diabetes y señala que sin mención de complicaciones; en controles del 28 de junio 2006 básicamente se habla de una evolución en historia clínica odontológica, el 14 de julio de 2006, en folio 132 físico PDF 136 nuevamente se establece la hipertensión esencial primaria el 24 agosto 2006 a folio 134 PDF 138, se hace alusión a la diabetes mellitus sin complicación y tenemos que específicamente a folio 201 físico PDF 205 se encuentra la historia clínica correspondiente al control del 1 de agosto del año 2008 en donde se alude a los siguientes diagnósticos: se señalan en la misma hipertensión arterial primaria y se habla de la diabetes mellitus, que el señor Jiménez es un paciente insulín dependiente con complicaciones renales y también tenemos dentro del expediente que hay información ya para el año 2014, en donde se establecen controles de mayo 2014 que podemos observar que en el folio 437 expediente físico, existe insuficiencia renal crónica, también es un paciente que tiene asma, que tiene hipertensión arterial, la diabetes es insulín dependiente hace casi 6 años y sin complicaciones cardiovasculares para la data de mayo de 2014 y acude a control; se establece entonces que tiene para esa data de mayo de 2014 la diabetes sin mención de complicaciones señala que es insulín dependiente, hay hipertensión arterial primaria, hay insuficiencia renal crónica, existe obesidad, no especificada, asma no especificado.

Posteriormente, el 27 de octubre del año 2014, también en la historia clínica que obra a folio 448, tenemos que se reitera la existencia de la diabetes mellitus, la dislipidemia, el

hipotiroidismo, también existe hiperuricemia e hipertensión arterial, encontramos en el folio 451 el control del 17 de octubre de 2016, folio 451 diagnóstico en donde se establece que el 9 de diciembre del año 2015 se diagnostica la hemodiálisis específicamente, y se indica que se realiza estos tratamientos de hemodiálisis, también tenemos que aparece el control del 1 de julio 2014, diabetes mellitus, hipertensión arterial, obesidad no especificada, asma no especificada; y en consecuencia tiene el despacho que efectivamente a folio 453 PDF 456 encuentra el informe al cual hace mención la Junta Nacional, la Junta Regional, que corresponde una historia clínica de Colpensiones, que también alude a la misma Fresenius Medical que en donde específicamente se está indicando que el diagnóstico se realizó el 9 de diciembre del año 2015 y se indica que se realiza programación actual de Hemodiálisis y se habla de la diabetes mellitus y que es inmunodependiente, tiene enfermedad hipertensiva, insuficiencia renal crónica estadio 5 y tenemos entonces que este de esta revisión que hace el despacho de la historia clínica de demandante, encuentra que las afirmaciones que se hacen en los hechos de la demanda y es de indicar a qué se debe tomar en cuenta como fecha de estructuración de la pérdida de capacidad laboral del señor Jiménez Lancheros es el 1 de agosto porque se señala allí que tenía ya para data hipertensión arterial, estadio 2, pero tenemos que la insuficiencia renal crónica estadio 3 B, esa insuficiencia renal crónica estadio, 3 B no existe dentro de la historia clínica del año 2008, para el año 2008 lo que se presenta en el mes de agosto ya venía con la enfermedad diabetes mellitus e hipertensión arterial, inicia el 1 de agosto a ser insulino dependiente, pero no estaba calificado como el estadio 3 b esa información de estadio 3 b aparece ya dentro de la historia laboral o en el control del 27 de febrero del año 2014, donde específicamente se habla de la atención a crónicos en donde el médico hace relación a que es un paciente hipertensivo, diabético, insulino requiriente, obesidad, asma y dislipidemia además en estadio 3 d, proteinuria masiva, que el último control fue el 9 y que no ha logrado citas con nefrología; entonces queda claro que para la data de agosto del año 2008, no existía este estadio 3 b solamente se registra la historia clínica para el 27 de enero del año 2014; tenemos adicionalmente que en relación a la diabetes mellitus tipo 2 insulino dependiente, está claro que a partir del 1 de agosto del año 2008, es que comienza a usar la insulina antes 2005, 2004, 2006 no hay reportes de uso de insulina; efectivamente obra con posterioridad en la historia clínica está padecimiento de la dislipidemia y la hiperuricemia, la obesidad grado 2, trastornos de ansiedad, la enfermedad coronaria; debemos señalar que la enfermedad coronaria no existe para el 2008 de la historia clínica y se acaba de analizar los diferentes controles, se encuentra que la enfermedad coronaria surge a partir del año 2014 cuando ya se ve abocado a que el señor demandante se coloca un stent y para el 2008, no existía esa enfermedad coronaria; entonces tiene claro el despacho que no puede hablarse de que el 1 de agosto 2008, tenía todas estas patologías y que el dictamen de la Junta Nacional de Calificación no tuvo en cuenta estas patologías; efectivamente cuando hicimos el análisis del dictamen de la Junta nacional esta hace un análisis de las diferentes épocas 2006 y 2008 sí efectivamente para la data del año 2015, señalando cuáles son los porcentajes de la deficiencia más porcentajes del rol laboral y en otras conductas ocupacionales que no lograban llegar a 50% con anterioridad al año 2015, es en el año 2015 cuando surge el diagnóstico de la necesidad de la hemodiálisis que queda demostrado que es 3 veces por semana según historia clínica, es que se agrava y hace que esa se eficiencia realmente suba y ya sumada con el rol ocupacional, con otros factores ocupacionales supera el 50% de la PCL.

Tuvimos aquí para interrogar y para que nos presentara su declaración a la doctora Sandra Franco, la perito del dictamen pericial de la Junta Regional de Calificación, quien le explica al despacho que si bien es cierto cuando le pregunta que si bien es cierto, para el 1 de agosto de 2008, al señor Jiménez Lancheros a partir de ese momento se le ordena el inicio de uso de insulina y ya comienza a ser insulino dependiente, expresamente explica que automáticamente el uso de insulina que se hace a partir de agosto 2008 no implica necesariamente la pérdida de capacidad laboral del 50% dado que si bien es cierto se tiene ese uso de la insulina, no se afecta la discapacidad del demandante, no hay una afectación directa en las deficiencias del demandante porque es solo la aplicación y se mantiene controlada la diabetes con la aplicación de la insulina que es cuando se produce el 9 de diciembre 2015 esa necesidad, dado que venía siendo un paciente renal crónico; ya se inicia y se agrava la situación del señor Jiménez Lancheros cuando se inicia la hemodiálisis dado que esa Hemodiálisis hace que el puntaje necesariamente suba a 46.5 deficiencias que con ello ya teniendo el 46.5 de deficiencia era claro que ya el señor Jiménez Lancheros para ese 9 de diciembre 2015 contaba con una pérdida de capacidad total de 50% porque ya si se hacía el análisis de la calificación de rol laboral y de las demás, iba a superar ampliamente el 50% y entonces ya se considera que esa data es que se tiene el 50% de pérdida capacidad laboral, encuentra entonces el despacho que de conformidad al dictamen pericial y al análisis que se hace de la historia clínica del señor

Jiménez, se encuentra que los análisis que se hicieron en los dictámenes en inicial de Colpensiones luego la Junta Regional y que finalmente es confirmado por la Junta Nacional en donde se fundamentan en efectivamente en el análisis de toda la historia clínica del señor Jiménez lancheros no es como se dice en la demanda que solo se tomó la fecha del 9 de diciembre, sin tener en cuenta las demás patologías, se hace un análisis de las demás patologías e incluso la Junta hace el análisis de cuál sería su pérdida de capacidad laboral en 2006, 2008 y la última de capacidad cuando ya señala que es en este momento en que se inicia la hemodiálisis que se pierde más del 50% de la capacidad laboral entonces encuentra el despacho que efectivamente se cumplió con lo establecido en el artículo 3 del decreto 1507 de 2014 cuando señala que necesariamente la fecha de estructuración es cuando se pierde ese grado o porcentaje de capacidad laboral ocupacional y de cualquier origen como consecuencia una enfermedad accidente y que se determina con base en la evolución de las secuelas que han dejado, pero recordemos que ese artículo señala que la fecha de estructuración debe encontrarse soportada en la historia clínica, exámenes clínicos y de ayuda diagnóstica; efectivamente encuentra el despacho que el dictamen de la Junta Nacional de Calificación hizo un análisis completo de lo que era la historia clínica del demandante que efectivamente se tuvo en cuenta cómo era su estado de salud y cuáles eran sus diagnósticos para agosto del año 2008, se hace análisis de cuál era su estado médico para mayo de 2014 y también el estudio que se hace para el 9 de diciembre del año 2015 en donde se evalúa los diagnósticos y los exámenes que se encuentran en la historia del causante señor Jiménez, razones por las cuales no encuentra el despacho que se logre demostrar una la parte demandante que efectivamente se incurrió en una falta de sustentación o hayan dejado de tener en cuenta enfermedades como quedó claro; todas las enfermedades relatadas en el hecho 13° de la demanda no eran padecidas por el señor Jaime Lanchero para el 1 de agosto del año 2008 razones por las cuales el despacho no encuentra justificación para anular parcialmente el dictamen emitido por la Junta Nacional de Calificación y en consecuencia se absolverá de la pretensión de declarar la nulidad parcial del mismo.

Ahora bien si tenemos que no hay lugar a cambiar la fecha de estructuración de la PCL, respecto a la pensión reclamada tenemos que si bien es cierto no se ha producido un cambio en esta fecha de estructuración y que efectivamente si se revisa la historia laboral del causante que obra dentro del expediente a folio 484 en donde efectivamente se señala en esta historia que cotizó hasta el 31 de mayo del año 2003 y que al hacerse la revisión de las semanas cotizadas por el causante tenemos que solamente tenía 25.57 semanas cotizadas en el periodo comprendido entre el 9 de diciembre del año 2015 hasta 3 años atrás que sería el 9 de diciembre del año 2012 solo tenía 25.6 semanas cotizadas y no cumplía el requisito de cotización previsto en la Ley 860 de 2003 ese requisito establecido en la norma, pero la norma no podemos analizarla de manera parcial tenemos que el artículo 39 de la ley 100 de 1993 modificado por el artículo 1 de la ley 860 en el parágrafo 2 señala que cuando el afiliado haya cotizado por lo menos 75% de las semanas mínimas requeridas para acceder a la pensión de vejez, sólo requerirá que haya cotizado 25 semanas en los últimos 3 años y aquí tenemos claramente que Colpensiones en la resolución SUB 287197 de 12 de diciembre de 2017 decidió reconocerle al demandante una pensión de vejez anticipada por incapacidad, pensión que para la cual estableció un ingreso base de liquidación de \$1.655.312, a la que le aplicó una tasa de reemplazo de 68.88% y estableció una mesada inicial de \$1.146.179, ordenó pagar retroactivo pensional de \$5.168.811, mesada adicional de \$1.140.179 y la reconoce a partir del 15 de julio del año 2017; encuentra este despacho que al verificarse las resoluciones de Colpensiones se hace una afirmación por Colpensiones y se indica que se estructuró la pérdida de capacidad el 9 diciembre 2015 y que el demandante cotizó hasta el mes de mayo del año 2013, tenemos que revisado por este despacho lo que observa y concluye esta operadora judicial es que cuando toma la decisión Colpensiones de decir que le reconoce una pensión anticipada de vejez por incapacidad consagrada en el artículo 33 de la ley 100 de 1993 específicamente tenemos que así como acudió a dicha norma para reconocimiento de la pensión al demandarse, debió haber dado Colpensiones aplicación al artículo 39 de la ley 100 en su totalidad porque encuentra el despacho que si toma el artículo 33 de la ley 100 de 1993 modificado por el artículo noveno de la ley 97 del 2003 y le da aplicación al parágrafo 4 en donde señala que se efectúan en los requisitos establecidos en el numeral uno y dos del presente artículo; las personas que padezcan una deficiencia física significativa o sensorial del 50% o más que cumpla 55 años de edad que hayan cotizado forma continua o discontinua 1000 o más semanas al régimen de Seguridad Social y tuvo en cuenta ese parágrafo 4 el artículo 33 de la ley 100, pero no tuvo en cuenta cuando se le elevó esa solicitud de pensión por parte del señor Jiménez Lancheros, la totalidad del artículo 39 de la ley 100 de 1993 modificado por el artículo 1 de la ley 860, que en su parágrafo 2, si bien es cierto establece inicialmente que tienen

derecho a la pensión de invalidez quienes hayan cotizado 50 semanas dentro de los últimos 3 años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración, indica que cuando se trata de enfermedad y el afiliado haya cotizado por lo menos 75% de las semanas mínimas requeridas para acceder a la pensión de vejez, sólo se requerirá que haya cotizado 25 semanas en los últimos 3 años.

Qué ocurre cuando se revisa la historia laboral de Colpensiones, tenemos que allí nos indica que el señor que Jiménez Lancheros cotizó 1.486.43 semanas, que al hacer el conteo de cuantas semanas tienen ese período comprendido entre el 9 de diciembre del año 2015 al 9 de diciembre del año 2012 encuentra el despacho que tiene cumplidas 25.57 semanas; es decir que cumplió el requisito de las semanas cotizadas que exige ese parágrafo 2 del acuerdo del artículo 39 de la ley 100, modificado por el artículo 1 de la ley 8602 2003, lo que no tuvo en cuenta Colpensiones en ninguna de sus resoluciones, encuentra el empacho que a la luz de la aplicación correcta de la normatividad, el demandante, señor Jiménez lancheros sí tenía derecho a que se le reconociera la pensión de invalidez en el momento en que efectuó la solicitud a Colpensiones porque la norma nos dice el 75% de las semanas mínimas requeridas para el año 2015 era 1300 semanas y el señor demandante tenía a mayo 31 del año 2013 1486.43 semanas, lo cual nos lleva a establecer claramente que se configura ese requisito de tener el 75%, lo superaba pues tenía el 100% de las semanas requeridas para la pensión de vejez, razones por las cuales encuentra el despacho y si bien es cierto la pensión de invalidez que se hace, tenía como primer fundamento la petición de la parte actora de que se declarara parcialmente la nulidad y se cambiara la fecha de estructuración para poder cumplir con el requisito de 50 semanas encuentra el despacho que finalmente el proceso, el objeto central es que se pretende por el señor Jiménez el reconocimiento de su pensión de invalidez que le fue pedida a Colpensiones y que no le fue reconocida, sino en sustitución se le otorga esa pensión anticipada por incapacidad y entonces de este análisis es procedente señalar que sí hay lugar a reconocerle al señor Jiménez la pensión de invalidez a partir de la fecha de estructuración de la pérdida de capacidad laboral de más de 50% que exige el artículo 38 de la ley 100 de 1993 y por cumplir con los requisitos del parágrafo 2 del artículo 39 de la ley 100 de 1993 modificado por el artículo 1 de la ley de 860 del 2003 en consecuencia tenemos que este despacho acudió a la colaboración del grupo de liquidador para que se le colabora al despacho la liquidación de la misma y para ello tenemos que señalar que se aplica el artículo 21 en la ley 100 1993 en cuanto al ingreso base de liquidación de pensión que recordemos que dicha norma señala que se entiende por ingreso base para liquidar las pensiones previstas en esta ley el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales se ha cotizado el afiliado durante los 10 años anteriores el reconocimiento de la pensión o en todo el tiempo si este fuere inferior para el cálculo de las pensiones de invalidez y sobrevivencia actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor según certificación del DANE; así mismo señala dicha normatividad que se podrá optar por el IBL de toda la vida laboral si se ha cotizado 1250 semanas como mínimo, el demandante cumplía este requisito del cotizado más de 1250 semanas a pesar de que se la demanda se señalaba específicamente tomar el IBL de los últimos 10 años, el despacho solicitó hacer el ejercicio para poder establecer realmente cuál era el más favorable al demandante y tenemos que el grupo de liquidadores estableció como IBL de toda la vida laboral actualizado al año 2015, la suma de \$1.214.811, que la tasa de reemplazo que determina el despacho que se debe aplicar al demandante es el 75% porque el artículo 40 de la ley 100 de 1993 establece el monto de la pensión y señala específicamente en el caso del demandante es aplicable el literal b donde se indica que el monto de la pensión de invalidez es equivalente a y en el literal b señala el 54% del IBL más el 2% de dicho ingreso por cada 50 semanas de cotización de que el afiliado tuviese acreditadas por posterioridad las primeras 800 semanas de cotización; cuando la disminución en su capacidad laboral es igual o superior al 66%.

Tenemos aquí el dictamen de Colpensiones, el de la Junta Regional y Junta Nacional que confirmaron lo inicialmente establecido, que tenía una pérdida de capacidad laboral el demandante de 73.43% lo que nos lleva a concluir que está por encima del 66% de la norma, por tanto, para establecer el porcentaje o tasa de reemplazo tenemos que iniciar con un 54% por las primeras 800 semanas lo que implica que las 866 semanas siguientes, dado que contaba con 1486 corresponde a dividido en 50 semanas a 3.72, pero aquí se aplica es por 50 semanas completas tenemos que 13 por 2% nos daría un 26% adicional más el 54% nos da un 80% de tasa de reemplazo, pero la norma también establece un límite al valor de la pensión de invalidez y señala que no podrán ser superior a 75% del ingreso base de liquidación razones por las cuales, el despacho establece como tasa de reemplazo el 75% del IBL y al aplicárselo al IBL de toda la vida laboral de \$1.214.800, arroja una mesada inicial para el 9 de diciembre de 2015 de \$911.109, pero realizado el

ejercicio con los 10 últimos años sobre lo que cotizó el demandante se obtiene como IBL la suma de \$1.464.649 pesos que aplicando un 75% arroja una primera mesada pensional de \$1.098.486 pesos para la data del 9 de diciembre del año 2015 y tenemos entonces que es más beneficioso para el demandante el IBL de los últimos 10 años y es ese el que toma este despacho establece como primera mesada la pensión de invalidez del señor Jiménez lancheros en la suma \$1.098.486 pesos para el 9 de diciembre del año 2015; tenemos entonces que la demanda se solicita el pago de retroactivo de mesada no percibidas y de las diferencias pensionadas, declarándose el derecho a la pensión a partir de esta data y dado que según la resolución de reconocimiento de esa pensión de vejez anticipada por incapacidad al demandante que se hace el 15 de julio del año 2017 la suma inicial de \$1.140.179 tenemos que efectivamente existe un retroactivo pensional a favor del demandante causado entre el 9 de diciembre de 2015 hasta el día 14 de julio del año 2017, por ello, tenemos que la primera mesada pensional a 9 diciembre 2015 es la suma de \$1.098.486 y genera un retroactivo de las semanas de 0.73 mesadas pensionales, lo que corresponde a un retroactivo por el año 2015 de \$805.557, ya para el año 2016 se produce el retroactivo de todo el año la mesada pensional aplicando un 6.67% de incremento sobre IPC corresponde a una suma de \$1.172.854 pesos, que genera un retroactivo pensional de \$15.247.102 para el año 2017 entre el 1 de enero de 2017 a 14 de julio 2017, recordemos que la pensión de vejez anticipada por incapacidad que otorgó Colpensiones, se otorga a partir del 15 de julio 2017 entonces entre el 1 de enero de 2017 al 14 de julio 2017 no hubo pago de mesadas pensionales, que actualizada la mesada pensional con el IPC corresponde a una mesada de \$1.240.293, lo que genera por este periodo un retroactivo pensional de \$8.020.562. Ahora a partir del 15 de junio de 2017 en adelante hasta la fecha del fallecimiento del causante, enero del año 2022 tenemos que se generan diferencias pensionales entre la mesada pensional de esa pensión de vejez anticipada por incapacidad que le ha sido reconocida por Colpensiones y la mesada pensional establecida por el juzgado, entre el 15 de julio de 2017 al 31 de diciembre de 2017 actualizada esa mesada pensional cómo se dijo en el IPC que para esa data fue 5.75% de lo aplicable y que se estableció en un \$1.240.293 por el despacho tenemos que la primera mesada pensional que reconoce Colpensiones fue de 1.140.179 lo que produce una diferencia pensional mensual de \$100.114 que por 6.53 mesadas pensionales y genera un retroactivo pensional de \$654.079 para el año 2018, incrementada la mesada pensional con él IPC del 4.09% arroja una mesada pensional de \$1.291.021 que actualizada también la que venía pagando Colpensiones con el IPC corresponde a la pagada de \$1.186.812 que genera una diferencia de \$104.209 por 13 mesadas pensionales, un retroactivo de \$1.354.714; para el año 2019 se genera una mesada pensional ajustada con el 3.18% del IPC de \$1.332.076, igualmente incrementada la pensión reconocida por Colpensiones a \$1.224.553 generó una diferencia de \$107.523 pesos con 13 mesadas, un retroactivo del año 2019 de \$1.397.794 pesos, para el año 2020 se incrementa la pensión con el 3.80% de IPC y genera una mesada pensional establecida por el despacho de \$1.382.694, se incrementa también la mesada pensional que venía pagando Colpensiones con el mismo IPC que arroja una mesada de \$1.271.086 pesos una diferencia mes de \$111.609 por 13 mesadas pensionales, arroja un valor de \$1.450.912 como retroactivo pensional para el año 2020. En el año 2021 se incrementa la mesada pensional en 1.61% a la suma de \$1.404.956, la de Colpensiones asciende a \$1.241.550 diferencia mensual de \$113.405 por retroactivo de 13 mesadas pensionales, asciende a la suma de \$1.474.270 y en el año 2022, teniendo en cuenta la fecha de fallecimiento del causante, solamente se tiene que la mesada pensional aplicando IPC de 5.62% asciende a \$1.483.914, la mesada de Colpensiones asciende a \$1.364.136, generando una diferencia mes de \$119.779 pero dividida 30 días * 12 nos arroja una diferencia entonces de \$47.912 por este periodo y ello nos lleva a que el retroactivo pensional a favor de la parte actora corresponde a la suma total de \$3.452.900 que deberá pagarse por Colpensiones a la parte actora.

Ahora en relación a intereses moratorios tenemos que la Corte suprema de justicia SL 3130 de 2020 radicación 66868 ha señalado que los intereses moratorios también procede no solo en el caso del incumplimiento de la totalidad de mesadas pensionales sino también en los casos de pago parcial o incompleto y porque también en estos casos se sufre un injusto perjuicio que merece una reparación objetiva y en consecuencia señala en esta sentencia que finalmente para la oportuna interpretación como la que se viene sosteniendo puede generar efectos inconvenientes para el derecho fundamental al mínimo vital de los pensionados puede propiciar que con la mera discusión de la cuantía del derecho así que pago simplemente parciales o insustanciales las entidades administradoras de pensiones se liberen de su responsabilidad en lo que resulta abiertamente contrario a las finalidades constitucionales de nuestro sistema de pensiones; en consecuencia la Corte señala que se hace necesario que los intereses

moratorios consagrados en el artículo 141 de la ley 100 de 1993 también proceden y cambia su posición jurisprudencial para señalar que los intereses moratorios sobre saldos o reajuste de la pensión y deben liquidarse respecto de las sumas no pagadas, pero no teniendo como referente la totalidad de la mesada pensional y es claro que el artículo 141 de la ley 100 de 1993 dispone que la respectiva entidad debe pagar la obligación a su cargo, que en este caso es el saldo debido y sobre el importe de ella, es decir ese saldo la tasa máxima de interés moratorio vigente en el momento que se efectúe el pago tenemos en consecuencia que es claro de la resolución SUB 287197 se establece claramente que el demandante elevó la solicitud de pensión de invalidez el 11 de octubre del año 2017 y tenemos entonces que tenía Colpensiones el periodo de 4 meses para resolver sobre la pensión y efectivamente se hizo una decisión por parte de Colpensiones el 23 de enero de 2018 pero no hizo el reconocimiento de la pensión de invalidez lo que hizo fue un reconocimiento de la pensión de vejez anticipada por incapacidad y teniendo en cuenta ese término de 4 meses que tenía para resolver son procedentes entonces esos intereses moratorios a partir del 11 de febrero del año 2018 pero debe indicar este estrado judicial que surgen a partir del 11 febrero 2018 respecto a las mesadas pensionales y diferencias pensionales ya causadas a dicha data hasta la fecha efectiva de pago en la relación a las diferencias pensionales que se causan después del 11 de febrero del año 2018 los intereses moratorios proceden a partir de la causación de cada diferencia pensional hasta la fecha efectiva de pago y deberá pagarlos Colpensiones de conformidad con el artículo 141 de la ley 100.

Ahora se está solicitando en la demanda que se pague la suma de retroactivo pensional por mesada no pagada y por diferencias pensionales debidamente indexadas; debe señalar el despacho que se absolverá en relación a la indexación por qué no es procedente el reconocimiento y pago de intereses moratorios del artículo 141 y la indexación así lo ha establecido ya la jurisprudencia de la honorable Corte Suprema de Justicia donde de manera reiterada indicando que no es posible reconocimiento tanto de intereses moratorios como de la indexación dado reconocimiento de los intereses lleva implícito en su cálculo de la pérdida de poder adquisitivo de la moneda y por tanto aplicar la indexación básicamente sería hacer una doble sanción por la misma condena. Ahora en relación a la prescripción que plantea Colpensiones, debe señalar este despacho que para resolverla debe darse aplicación al artículo 151 del CPTSS y artículos 488 y 489 del CST, que establecen un término de 3 años para la prescripción de las acciones y derechos derivados de las leyes sociales y se señala la interrupción o la reclamación por una sola vez del derecho debidamente determinado interrumpe la prescripción por una vez y se inicia a contar nuevamente el término prescriptivo; tenemos que de conformidad a lo antes señalado en la resolución de reconocimiento de esa pensión anticipada de vejez que se le otorgó al demandante en resolución SUB 287197, claramente se señala que el 11 octubre 2017, se solicitó la pensión de invalidez, por lo que con dicha reclamación se realizó la interrupción de la prescripción frente a las mesadas pensionales; recordemos que el derecho de pensión es imprescriptible pero las mesadas pensionales pueden verse afectadas por el fenómeno de la prescripción, se interrumpe entonces el 11 octubre 2017 con la solicitud de pensión de invalidez, se inicia a contar nuevamente el periodo de 3 años tenemos que la demanda se presenta el 4 de marzo del 2019, sin que hubiese transcurrido el termino prescriptivo.

En relación con demandada Junta Nacional de Calificación, el despacho declara a su favor probada la excepción de legalidad del dictamen expedido, legalidad de la calificación expedida, fundamentación médica legal de la fecha de estructuración, por esta razón se la absuelve de las pretensiones incoadas en su contra.

CONSIDERACIONES

En este asunto no existió discusión respecto que el Fabio Enrique Jiménez, fue calificado por la demandada Junta Nacional de Calificación de Invalidez con una pérdida de capacidad laboral del 73% conforme se verifica de dicho dictamen expedido el 9 de agosto de 2017 visible en expediente digital, señalándose como fecha de estructuración de dicha invalidez el 9 de diciembre de 2015, por lo que al no haberse presentado reparo respecto de la absolución

en cuanto a la modificación de la fecha de estructuración de la invalidez, el estudio de la sala, se centrará en determinar si al actor en vida le asistía el derecho al reconocimiento de pensión de invalidez en los términos señalados en la decisión objeto de consulta.

Es así como acreditado el porcentaje de PCL y que excede el 50%, en cuanto al requisito de cotización, ha sido pacífico el criterio emitido por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, como por ejemplo en la sentencia 39766 de 2011, que indica que **la normatividad aplicable para estudiar la pensión de invalidez es la vigente al momento de la estructuración de dicho estado** y que para el caso de autos se reitera **lo fue el 9 de diciembre de 2015**, es decir que la pensión debe estudiarse con los presupuestos de la Ley 860 de 2003 que requiere que la persona hubiere cotizado 50 semanas dentro de los tres años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez, en esta oportunidad **entre el 9 de diciembre de 2012 al mismo día y mes del año 2015**.

Al respecto, tampoco fue materia de reproche que la demandada Colpensiones en resolución SUB 287197, al resolver la solicitud de reconocimiento pensional de invalidez, negó el mismo argumentando que en el periodo antes descrito, esto es, dentro de los 3 años anteriores a la fecha de estructuración de invalidez, el actor no contaba con las 50 semanas de cotización indicadas en la norma en cita, circunstancia que tampoco ofreció reparo como quiera que de la historia laboral aportada por esa pasiva y que reposa en expediente digital, se determina que la última cotización del actor, fue efectuada para el periodo de mayo de 2013.

De igual forma y como bien lo refirió la decisión de instancia, el parágrafo 2 del artículo 1 de la precitada Ley 860, consagra la posibilidad de acceder a la prestación allí consagrada con 25 semanas de cotización dentro del mismo periodo, siempre y cuando se haya cotizado el 75% de las semanas mínimas requeridas para obtener la pensión de vejez, supuesto en el que sin duda se encontraba el señor Fabio Enrique, como quiera que al momento en que solicitó el reconocimiento pensional, contaba con 1486.43 semanas de cotización, superando con creces las 1300 exigidas para prestación por vejez.

Conforme lo señalado en precedencia, revisada la historia laboral del actor expedida por Colpensiones, se observa que entre el **9 de diciembre de 2012 al 9 de diciembre de 2015**, el señor Fabio, contrario a lo indicado en la decisión consultada, acredita una densidad de cotizaciones de **24.46** semanas, de lo que se concluye que el actor tampoco acredita tal presupuesto para acceder a la prestación deprecada, verificándose que la juez de primer grado, indicó que se acreditaban por tal periodo, 25.57 semanas de cotización, cálculo para el cual aparentemente tuvo en cuenta los últimos 3 periodos de cotización registrados que datan desde el 1 de diciembre de 2012, no obstante, como se indicó, la contabilización de las semanas exigidas se debe efectuar a partir del **9 de diciembre de 2012**.

Sobre el particular, no desconoce esta Sala el criterio de la Corte Suprema de Justicia, entre otras en sentencia SL3722 de 2019, MP. Fernando Castillo Cadena, según el cual, es posible aproximar a la cifra siguiente, la fracción de semanas que supera el 0.5, en dichos términos se refirió la Alta Corporación en la sentencia precitada:

En efecto, de tiempo atrás la Sala ha sostenido que la fracción de semanas de cotización que supera el 0.5 debe acercarse al número entero siguiente por razones de justicia y equidad, como criterio auxiliar, así se indicó en las sentencias SL 4 dic.2002, rad.18991, SL 21 mar.2007, rad. 29147, y en la SL 24 ago.2010, rad. 39196, en la que se dijo:

Para ilustrar la posición de la Corte sobre el tema basta remitirse a la sentencia de 8 de abril de 2008, rad. N° 28547 donde dejó estas enseñanzas:

Bien se ha señalado por la doctrina que la equidad no es nada distinto de la justicia en el caso concreto y, si bien, el Sistema de Seguridad Social no se erige en un mecanismo de beneficencia ni de asistencia social, el resultado denegatorio de una pensión de sobrevivientes, perteneciente al mismo, por un faltante de 0.29 centésimas de una cifra, ciertamente que habilitaban al juzgador para ponderar adecuadamente la tensión resultante de la literalidad normativa con la equidad como criterio auxiliar, dentro del marco de la calidad de Estado Social de Derecho insuflado a Colombia por la Carta de 1991.

Y esa ponderación se torna imperativa porque, a diferencia de lo expuesto por la censura sobre la presunta actitud del conglomerado social respecto de las previas reglas fijadas para dispensar las prestaciones propias del Sistema de Seguridad Social Integral, una solución denegatoria, en el caso de la pensión de sobrevivientes, con compañera permanente e hijo involucrados, bajo el adusto y lapidario argumento de la aplicación ad litteram de la preceptiva en cuestión, lo que genera es un sentimiento de reprobación social ante el despropósito al que se llega, ya que es ostensible la vastísima desproporción entre los perjuicios trascendentes generados para quienes son excluidos de los beneficios del sistema por el irrito guarismo, con los presuntos que recibe el sistema al dispensar la prestación bajo las especialísimas circunstancias del sub lite.

Y, la solución dada a la ponderación de las tensiones indicadas, estima la Sala, evita una manifiesta inequidad jurídica que, ciertamente, el legislador habría impedido, de haberlo podido prever, mas, ante el carácter falible del ser humano que le restringe la posibilidad

de avizorar la totalidad de la casuística futura, corresponde entonces al dispensador de justicia, en cada caso concreto, hacer actuar el derecho de una manera cuidadosa y prudentemente balanceada, ya que, como se ha dicho, no hay peor injusticia que la cometida so pretexto de administrar justicia.

A la misma solución asumida por el Tribunal ha tenido que arribar la Corte, y por similares motivaciones, en pos de conjurar soluciones que se divorcian del sentido de equidad que debe permear cada decisión emitida, y a las que la existencia de los casos referenciados por el censor, antes que abrirles paso, han de cerrárselo para evitar su repetición, consolidación o justificación en el ámbito judicial

No obstante lo anterior, para el caso del actor, no se supera dicha fracción, pues se itera, la densidad de cotizaciones en el interregno temporal bajo estudio, asciende a **24.46**, por lo que tampoco resulta procedente aplicar dicho criterio jurisprudencial a su caso, determinándose que no le asiste derecho al reconocimiento pensional de invalidez deprecado y que fuera objeto de condena en decisión consultada, razón por la cual, se dispondrá **REVOCAR** los numerales SEGUNDO y TERCERO de la misma, para en su lugar ABSOLVER a la demandada Colpensiones de las condenas allí impuestas a su cargo.

Sin costas en el grado jurisdiccional.

En mérito de lo expuesto, la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito por autoridad de la ley.

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR los numerales SEGUNDO y TERCERO de sentencia consultada, para en su lugar ABSOLVER a la demandada Colpensiones de las condenas allí impuestas a su cargo.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia consultada.

TERCERO: Sin costas en el grado jurisdiccional.

Las partes se notifican por edicto de conformidad con los artículos 40 y 41 del CPTSS.

Los Magistrados,



MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO



LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C
SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 33-2017-00563-01
ASUNTO: APELACION DE SENTENCIA
DEMANDANTE: GERMÁN EDUARDO DÍAZ HEREDIA
DEMANDADO: SOILTEC S.A.S.

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los treinta y un (31) días del mes de julio de dos mil veintitrés (2023), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado 33 Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 03 de mayo del 2021. Proceso que pasó al Despacho por ponencia derrotada al H.M. Lorenzo Torres Russey.

ANTECEDENTES

El demandante solicitó que se declarara que entre él y Soiltec SAS, existió un contrato de trabajo durante el periodo comprendido entre el 12 de marzo de 2012 y el 17 de septiembre de 2015, en consecuencia, se condenara a la demandada y solidariamente a la señora María José Álvarez Hoyos, al pago de prestaciones sociales y vacaciones, a la indemnización por despido indirecto, a la indemnización moratoria por no pago de salarios y prestaciones sociales, a lo que resultare ultra y extra petita y a las costas del proceso.



HECHOS

Fundamentó sus pretensiones en síntesis y para lo que interesa al proceso en que el 12 de marzo de 2012, suscribió contrato de trabajo con la demandada para desempeñarse como gerente de proyectos en las obras de la misma, pactándose como salario la suma de \$4.500.000, no obstante, le empezaron a pagar mensualmente la suma de \$1.500.000, valor sobre el cual también le realizaron los aportes al Sistema General de Seguridad Social; que en vista de los incumplimientos presentados, el 17 de septiembre de 2015, presentó su renuncia y que el 4 de noviembre de 2015, le hicieron una liquidación por \$12.378.000, la cual se consignó mediante título de depósito judicial, el cual recibió como abono de lo adeudado.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La señora **María José Hoyos**, contestó oponiéndose a las pretensiones y a los hechos de la demanda. El fundamento fáctico y legal de su oposición radicó en que entre las partes no había existido vínculo laboral alguno y el demandante no aportó prueba que demostrara la existencia de la supuesta relación laboral. Propuso las excepciones de mérito que denominó: prestación de servicios no es contrato laboral, inexistencia de contrato laboral y falta de legitimación en la causa por pasiva.

Por su parte, la empresa **Soiltec S.A.S.**, contestó oponiéndose a las pretensiones, negó algunos hechos y señaló que eran parcialmente ciertos otros. El fundamento fáctico y legal de la oposición radicó en que entre las partes nunca existió vínculo laboral alguno, resaltando que las actividades desarrolladas por el demandante se limitaron a los contratos de prestación de servicios celebrados como contratista para las obras que se realizaban y enfatizando en que no se adeudaba ningún dinero al actor. También aludió que la seguridad social se cancelaba de común acuerdo sobre el SMMLV, ya que las empresas para las que se desarrollaban las obras requerían que los contratistas llevaran tales pagos, lo que a su turno no era desconocido por el actor ya que por estar encargado de las obras en diferentes oportunidades lo hizo el mismo. Igualmente, mencionó que el actor presentó su carta de



renuncia por motivos personales pero no era cierto que se hubiere configurado un despido indirecto por cuanto nunca existió una relación laboral y además porque la empresa le canceló los valores acordados al actor, siendo que este era quien tenía control directo de las cuentas bancarias y de ellas deducía las sumas de su remuneración. Finalmente indicó que canceló la liquidación debido a que el actor se encontraba afiliado al SGSS y por ende debía desvincularlo de la manera estipulada en la ley. Propuso las excepciones de mérito que denominó: prestación de servicios no es contrato laboral, inexistencia de contrato laboral, falta de legitimidad en la causa por pasiva.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:

“PRIMERO: ABSOLVER a SOILTEC S.A.S. y a MARIA JOSE ALVAREZ HOYOS, respecto de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por parte de GERMÁN EDUARDO DÍAZ HEREDIA,

SEGUNDO: DECLARAR PROBADA la excepción de inexistencia del contrato laboral planteada por las demandadas, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: COSTAS de esta instancia a cargo de la parte demandante. Se fijan como agencias en derecho la suma de medio SMMLV.

CUARTO: Si esta providencia no es apelada por la parte demandante, envíese en el Grado Jurisdiccional de Consulta con el Superior”

Fundamentó su decisión el Juez de primer grado señalando en síntesis que la presunción contemplada en el artículo 24 del C.S.T. había operado en este caso, ya que tanto las documentales allegadas como de los interrogatorios y testimonios recepcionados daban cuenta de la prestación personal que consistía en obras de perforación como gerente de proyectos en ejercicio de su profesión como ingeniero civil, correspondiendo a la demandada desvirtuar dicha presunción demostrando que no se ejerció subordinación jurídica respecto al mismo.



Así indicó que para resolver tal problema y determinar la naturaleza de la relación que surgió se procedió a hacer uso de los indicios planteados en la recomendación 198 de 2006 de la OIT, ante la zona gris en la que se encontraban las partes, en la medida que si bien existían indicios probatorios sobre la presunción de la existencia del contrato también existían contraargumentos. El primero de ellos, era el pago de una remuneración periódica, ya que en efecto el demandante estaba incluido en los pagos globales que se realizaban al actor a su cuenta o tarjeta debito de la empresa, de suerte que el mismo manejaba la remuneración debida por su servicio; el segundo, era que el trabajo implicaba la integración del trabajador a la organización, no obstante, tenía autonomía en el desarrollo de las actividades dados sus conocimientos y experiencia en perforación y pilotaje; el tercero, correspondía a que el trabajo debía ser ejecutado personalmente no obstante el actor no debía estar presente en el desarrollo de todas las obras y el cuarto correspondía a que se desarrollara la labor en un horario y sitio determinado, sin embargo, en cada una de las obras este tenía autonomía.

Acto seguido, indicó que los puntos que permitían mantener la presunción contaba con otros elementos que conducían a destruir la misma, esto era, que el trabajo se realizara bajo las instrucciones y control de otra persona, siendo que el actor era quien generaba las ordenes de trabajo y era quien manejaba los aspectos técnicos, resaltado que las visitas de los socios eran ocasionales y en todo caso existía autonomía en el manejo de los tiempos quedando sin contraargumento la labor desarrollada de manera continua y que el trabajo se realizaba de manera autónoma, entrando así a valorarlos de manera autónoma.

Así, indicó que la continuidad en la prestación del servicio y la existencia de una remuneración como contraprestación no eran propios o exclusivos de una relación de carácter laboral y que los reportes de gastos de las obras y requerimientos enviados por correo electrónico eran naturales cuando se había encargado la ejecución de obras con recursos de la empresa, puntualizando que las visitas que realizaban los socios no convertían la coordinación en subordinación jurídica, por lo que la relación que pudo



existir fue más de tipo societario con el aporte de conocimientos y experiencia o la de un representante del empleador, con lo que se lograba desvirtuar la existencia del contrato, siendo que advertía de las pruebas practicadas tales como interrogatorios y testimonios era que aunar esfuerzos, enfatizando además que las certificaciones allegadas eran ambiguas e impedían establecer que la prestación personal se hubiere dado bajo un contrato de trabajo.

RECURSO DE APELACIÓN

El **demandante** recurrió señalando que, se desconoció que el actor siempre estaba monitoreado por los ingenieros Álvarez y Jaramillo, quienes eran los responsables directos de las obras contratadas y eran quienes hacían el seguimiento de fraguado para obtener la resistencia requerida que era el trabajo del señor Germán Díaz, siendo que estos eran quienes representaban a los socios, quienes indicaron en sus declaraciones que su labor era la realización de trámites de documentos para llevar a cabo los trabajos encomendados pero que en cierta forma lo que hacían era obedecer las órdenes de los socios.

También aludió que si bien era cierto que existió una remuneración mensual y se sacaban unos dineros que involucraban una caja menor solo se podía tomar el dinero requerido para los gastos autorizados y que además debía tenerse en cuenta que la demandada había admitido que le debían un dinero en liquidación. Igualmente, destacó que las certificaciones fueron firmadas por el ingeniero Casilimas y en la audiencia este dijo que firmaba lo que los socios le decían por lo que lo señalado no era pretexto para no declarar la relación laboral y que las otras certificaciones aportadas era lógico que las hiciera el actor porque quiso comprar un vehículo y necesitaba certificarle al banco que estaba trabajando, señalando que pese a que se hizo alusión a la certificación en todo caso nunca se habló del monto que ganaba el actor para ejecutar el trabajo.

Asimismo, resaltó que el demandante no era socio directo ni socio invisible ni socio de ninguna otro tipo de figura, pues fue contratado para ejecutar



un trabajo con una remuneración y lo que sucedió fue que para recibir la misma se debían esperar unos desembolsos.

Por otra parte, resaltó que el ingeniero Casilimas dijo que el actor tenía un manejo de dineros, pero también argumentó que dentro de ese manejo él señor Díaz no tenía acceso a la cuenta sino que se sacaba de caja menor y se cubrían gastos de obra. Finalmente, alude que el ingeniero Álvarez y Jaramillo siempre creaban diferentes empresas para evitar la relación laboral y que debía considerarse lo expuesto por el ingeniero Jaramillo cuando se le preguntó porque la razón del cobro realizado por el actor.

CONSIDERACIONES

En virtud de lo establecido en el artículo 66A del C. P. del T. y de la S. S. la Sala resolverá los puntos de inconformidad planteados en el recurso de apelación formulado por la parte demandante.

Existencia de la Relación Laboral

Para resolver el problema jurídico que ocupa la atención de la Sala se debe comenzar recordando que el artículo 22 del CST establece que contrato de trabajo es aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona natural o jurídica, bajo la continua dependencia o subordinación de la segunda y mediante una remuneración. Señalando que quien presta el servicio se denomina trabajador, quien lo recibe y remunera patrono, y la remuneración cualquiera que sea su forma salario.

Por su parte, el artículo 23 del CST, indica que para que haya contrato de trabajo se requiere que concurren tres elementos esenciales: (i) **la actividad personal del trabajador**, es decir, que sea realizada por sí mismo; (ii) **la continuada subordinación** o dependencia del trabajador respecto del empleador que faculta a éste para exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo e



imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato; y (iii) **un salario** como retribución del servicio.

Señala además que una vez reunidos los tres elementos se entiende que existe contrato de trabajo y no deja de serlo por razón del nombre que se le dé, ni de otras condiciones o modalidades que se le agreguen.

Adicionalmente, el artículo 24 del C. S. del T. modificado por el artículo 2º de la ley 50 de 1990 establece que *“Se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo”*

Sentada la anterior normatividad, encuentra la Sala que la CSJ de manera reiterada ha indicado entre múltiples sentencias en la SL 1826-2021 que acreditada la prestación personal del servicio se presume la existencia de la subordinación laboral, por lo tanto, corresponde al empleador desvirtuarla demostrando que el trabajo se realizó de manera autónoma e independiente.

Y en la sentencia SL 208-2023 la Corte señaló que dicha Corporación ha ilustrado que los jueces laborales deben tener como hecho cierto el contenido de lo que se exprese en una constancia que expida el empleador sobre temas relacionados con el nexo laboral, entre ellos, el tiempo de servicio, pues no es usual que una persona falte a la verdad y dé razón documental de la existencia de aspectos importantes que comprometen su patrimonio. Indicando que la carga de probar en contra de lo que certifique el mismo empleador corre a cargo de quien certifica el hecho, y debe ser de tal contundencia que no deje asomo de duda.

Descendiendo al caso que nos ocupa, como efectivamente lo manifiesta el apoderado de la parte demandante, se encuentra probada la prestación de servicios del señor Germán Eduardo Díaz Heredia para la demandada SOILTEC S.A.S., lo cual acepta la empresa demandada al contestar la demanda y, se corrobora con el contrato de prestación de servicios celebrado el 12 de marzo del 2012 para desempeñar actividades de perforación, pilotajes y obras civiles desempeñando el cargo de Gerente de Proyectos, las certificaciones laborales expedidas por la demandada el 07 de diciembre del



2012, el 22 de julio del 2013, el 28 de marzo del 2014 y el 07 de mayo del 2014 en las cuales se señala que el señor Díaz Heredia se encuentra laborando para dicha empresa desde el 10 de marzo del 2012 con un salario promedio de \$4'500.000, así como con las planillas de pago de aportes a seguridad social, la liquidación del contrato y el testimonio de los señores Fernando Jaramillo y Javier Casilimas.

Conforme lo anterior, es claro como lo indica el recurrente, que se encuentra probada la prestación del servicio, tal y como lo dedujo la falladora de primera instancia, sin embargo, su error radica en que no declaró el contrato de trabajo solicitado, señalando que el actor no se encontraba subordinado, pasando por alto que conforme lo ha explicado la Corte de manera reiterada, una vez probada la prestación del servicio nace la presunción de existencia de un contrato de trabajo en los términos del artículo 24 del CST, correspondiendo a la demandada desvirtuar dicha presunción, lo cual no hizo, pues no aportó ninguna prueba que permita establecer que la labor desempeñada por el señor Díaz Heredia estuvo desprovista del elemento subordinante, es decir, que desarrolló su labor de manera autónoma e independiente.

No siendo suficiente con indicar que la labor se desempeñó a través de un contrato de prestación de servicios o allegar comprobantes de egreso o recibos de caja menor, como quiera que se busca la declaratoria de existencia de un contrato de trabajo en virtud de la primacía de la realidad.

Tampoco se desvirtúa la presunción con el testimonio del señor **Fernando Jaramillo** quien dicho de paso tiene un interés directo en el proceso por ser uno de los socios de SOILTEC S.A.S. con una participación del 50% y, quien si bien, trata de señalar al demandante como “socio invisible” de la empresa demandada y, no como trabajador de la misma, señalando incluso que el señor Díaz Heredia recibía utilidades de la empresa lo cierto es, que no existe ninguna prueba que respalde su dicho.

Además, en nada sirve el testimonio decretado de oficio al señor Javier Casilimas quien fungió como representante legal de la demandada y quien



refiere que las certificaciones dadas al demandante se hicieron por orden de los socios de SOILTEC S.A.S.; que fue él quien elaboró las certificaciones y que se le pagaron aportes a seguridad social porque era trabajador de la demandada y se necesitaban para que pudieran ingresar a las obras.

Por tanto, no se desvirtuó ni la subordinación, ni el contenido de las certificaciones, por lo que se equivocó el fallador de primera instancia al absolver a la demandada; razón por la cual se revocará el fallo de primera instancia, para en su lugar DECLARAR la existencia de un contrato de trabajo entre el señor Germán Eduardo Díaz Heredia y la empresa SOILTEC S.A.S. entre el 12 de marzo del 2012 al 17 de septiembre del 2015 dentro del cual desempeñó al cargo de Gerente de Proyecto.

Ahora, si bien en la certificación se señala que la asignación salarial del actor sería de \$4'500.000, lo cierto es que se evidencia tanto de la renuncia como del interrogatorio de parte que el actor consintió que el salario que se le debía era pagar era de \$1'500.000, tanto fue así que no se evidencia que con anterioridad a la presente demanda haya reclamado la diferencia salarial que ahora afirma le adeuda su empleador; por tanto, se tendrá en cuenta como salario la suma de \$1'500.000 al momento de liquidar las acreencias laborales adeudadas, no encontrándose entonces ninguna diferencia por pagar por concepto de salario.

Acreencias laborales adeudadas

Teniendo en cuenta que la demandada SOILTEC S.A.S. no propuso la excepción de prescripción y, que ésta no puede declararse de oficio de conformidad con lo establecido en el artículo 282 del C. G. del P. se estudiarán las acreencias laborales reclamadas durante toda la relación laboral.

Cesantías: conforme operaciones aritméticas efectuadas, se tiene que el total de cesantías durante la vigencia de la relación laboral acreditada, asciende a **\$5'275.000**, suma a la que se le deberá descontar lo pagado por tal concepto por la demandada conforme a la liquidación efectuada por el

empleador, la cual fue allegada por el mismo demandante y con el fin de **no incurrir en un enriquecimiento injustificado**, se evidencia que se le pagó la suma de \$1'832.000, debiéndose condenar al pago de **\$3'443.000**.

Interés a la cesantía: De igual forma, una vez descontado lo pagado por tal concepto, se condenará a la demandada al pago final de **\$368.736**.

Vacaciones: efectuadas las operaciones aritméticas de rigor, se condenará a la demandada a pagar por tal concepto la suma de **\$1'721.500**.

Prima de servicios: Se condenará a pagar la suma de **\$3'443.000**.

Liquidación de Prestaciones Sociales Año 2012					
Periodo de liquidación		Desde	12/03/2012	Hasta	31/12/2012
		Salario fijo mensual:		\$	1.500.000,00
		Auxilio transporte:		\$	-
		Factor Variable		\$	-
		Salario diario:		\$	50.000,00
		Días trabajados:			289
Cesantías	Salario mensual (*) x Días trabajados		\$ 1.204.166,67		
	360				
Intereses sobre cesantías	Cesantías (*) x Días trabajados X 12%		\$ 116.001,39		
	360				
Prima de servicios	Salario mensual (*) x Días trabajados semestre		\$ 1.204.166,67		
	360				
Vacaciones	Salario mensual x Días trabajados		\$ 602.083,33		
	720				
Liquidación de Prestaciones Sociales Año 2013					
Periodo de liquidación		Desde	1/01/2013	Hasta	31/12/2013
		Salario fijo mensual:		\$	1.500.000,00
		Auxilio transporte:		\$	-
		Factor Variable		\$	-
		Salario diario:		\$	50.000,00
		Días trabajados:			360
Cesantías	Salario mensual (*) x Días trabajados		\$ 1.500.000,00		
	360				
Intereses sobre cesantías	Cesantías (*) x Días trabajados X 12%		\$ 180.000,00		
	360				
Prima de servicios	Salario mensual (*) x Días trabajados semestre		\$ 1.500.000,00		
	360				
Vacaciones	Salario mensual x Días trabajados		\$ 750.000,00		
	720				
Liquidación de Prestaciones Sociales Año 2014					
Periodo de liquidación		Desde	1/01/2014	Hasta	31/12/2014



		Salario fijo mensual:	\$	1.500.000,00	
		Auxilio transporte:	\$	-	
		Factor Variable	\$	-	
		Salario diario:	\$	50.000,00	
		Días trabajados:		360	
Cesantías	Salario mensual (*) x Días trabajados		\$ 1.500.000,00		
	360				
Intereses sobre cesantías	Cesantías (*) x Días trabajados X 12%		\$ 180.000,00		
	360				
Prima de servicios	Salario mensual (*) x Días trabajados semestre		\$ 1.500.000,00		
	360				
Vacaciones	Salario mensual x Días trabajados		\$ 750.000,00		
	720				
Liquidación de Prestaciones Sociales Año 2015					
Periodo de liquidación		Desde	1/01/2015	Hasta	17/09/2015
		Salario fijo mensual:	\$	1.500.000,00	
		Auxilio transporte:	\$	-	
		Factor Variable	\$	-	
		Salario diario:	\$	50.000,00	
		Días trabajados:		257	
Cesantías	Salario mensual (*) x Días trabajados		\$ 1.070.833,33		
	360				
Intereses sobre cesantías	Cesantías (*) x Días trabajados X 12%		\$ 91.734,72		
	360				
Prima de servicios	Salario mensual (*) x Días trabajados semestre		\$ 1.070.833,33		
	360				
Vacaciones	Salario mensual x Días trabajados		\$ 535.416,67		
	720				

Tabla Liquidación Crédito			
Acreencia Laboral	Valor liquidado	Valor Pagado	Valor adeudado
Auxilio Cesantías	\$5.275.000,00	\$1.832.000	\$3.443.000
Intereses Sobre las Cesantías	\$567.736,11	\$199.000	\$368.736
Prima de Servicios	\$5.275.000,00	\$1.832.000	\$3.443.000
Vacaciones	\$2.637.500,00	\$916.000	\$1.721.500

Indemnización por despido sin justa causa

Lo primero que advierte la Sala es que no hay duda alguna sobre la renuncia motivada presentada por la parte demandante, comunicación que aparece en el expediente digitalizado y en la cual se describen como causa imputable al empleador que no está de acuerdo con el salario pactado pues considera que debería ser superior, la cual no constituye justa causa para finalizar el contrato, pues como ya se dijo se evidencia que el actor consintió que el salario



que se le debía pagar era por la suma de \$1'500.000 por lo que no hay lugar a impartir condena por indemnización por despido sin justa causa.

Indemnización Moratoria

De conformidad con las reglas extraídas de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia puede señalarse en términos generales respecto de la indemnización moratoria consagrada en el artículo 65 del C.S.T. que: i) **su aplicación no es automática e inexorable, de manera que con la sola verificación de mora en el pago de salarios y prestaciones sociales por el empleador se puede imponer;** (ii) **en su imposición debe mediar un análisis de la conducta patronal asumida por el empleador, de manera que, si existe una buena fe en su actuar, debe exonerarse de su pago;** (iii) **puede así mismo exonerarse el empleador del pago de la indemnización, dada la ocurrencia de una fuerza mayor o caso fortuito y;** (iv) **en todo caso, el empleador ostenta la carga de probar las situaciones que irradian de buena fe su actuar o la ocurrencia de la fuerza mayor o el caso fortuito.**

En el presente asunto efectivamente, no existe ninguna prueba que permita inferir que el actuar de la demandada estuvo revestido de buena fe, por el contrario lo que se evidencia es que se pretendió ocultar una relación, por lo que procede la condena impuesta por indemnización moratoria.

En consecuencia, se condenará a la empresa demandada a pagar un día de salario (\$50.000) por cada día de retardo hasta el mes 24 y a partir del mes 25 deberá pagar al trabajador intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Bancaria hasta cuando el pago se verifique.

Solidaridad de la señora María José Álvarez Hoyos

Se absuelve a la señora María José Álvarez Hoyos como quiera que la parte actora ni siquiera indica que tipo de solidaridad es la que reclama además



en la normatividad no se encuentra previsto que el representante legal de una sociedad responda de manera solidaria.

Por lo anterior, se declararan no probadas las excepciones propuestas por la demandada SOILTEC S.A.S y se declararan probadas las excepciones propuestas por la señora María José Álvarez Hoyos de falta de legitimidad en la causa por pasiva e inexistencia de contrato laboral.

Sin costas en esta instancia. Las de primera instancia quedan a cargo de la parte demandada.

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia apelada, para en su lugar **DECLARAR** que entre el señor GERMÁN EDUARDO DÍA HEREDIA y SOILTEC S.A.S. existió una relación laboral entre el 12 de marzo del 2012 al 17 de septiembre del 2015 desempeñando el cargo de Gerente de Proyectos y devengando una asignación mensual de \$1'500.000, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR a SOILTEC S.A.S. a pagar al señor GERMÁN EDUARDO DÍA HEREDIA los siguientes conceptos:

Auxilio Cesantías	\$3.443.000
Intereses Sobre las Cesantías	\$368.736
Prima de Servicios	\$3.443.000
Vacaciones	\$1.721.500

TERCERO: CONDENAR a SOILTEC S.A.S. a pagar al señor GERMÁN EDUARDO DÍA HEREDIA un día de salario (\$50.000) por cada día de retardo hasta el mes 24 y, a partir del mes 25 deberá pagar al trabajador intereses



moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Bancaria hasta cuando el pago se verifique.

CUARTO: ABSOLVER a la señora María José Álvarez Hoyos de todas y cada una de las pretensiones de la demanda y se declararan probadas las excepciones que propuso en la demanda.

QUINTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por SOILTEC S.A.S.

SEXTO: Sin costas en esta instancia. Las de primera instancia quedan a cargo de la parte demandada.

Las partes se notifican por edicto de conformidad con los artículos 40 y 41 del CPTSS.

Los Magistrados,


MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO


LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO

Salvo voto

En razón a que existen pruebas documentales en las que el demandante Reclama por unas participaciones en la utilidad de las actividades que a mi Juicio son demostrativas de una condoción diferente a la de trabajado frente A la demandada

REPUBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTA D.C
SALA LABORAL**

PROCESO ORDINARIO No.11-2020-251-01

ASUNTO: APELACION AUTO

DEMANDANTE: JOSÉ CONCEPCIÓN CARVAJAL

DEMANDADO: COLPENSIONES Y ACERÍAS PAZ DEL RIO.

En Bogotá D.C., a los treinta y un (31) días del mes de julio de dos mil veintitrés (2023), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente,

DECISIÓN

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, resuelve el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante contra el auto proferido por el Juez 11 Laboral del Circuito de Bogotá, el día 13 de abril de 2023, por medio del cual declaró probada la excepción de cosa juzgada y dio por terminado el proceso. (Expediente Digital).

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior a las partes para presentar alegaciones, fueron remitidas las de la parte demandante y Acerías Paz del Río, esta última solicita se confirme la decisión de primer grado.

HECHOS

JOSE CONCEPCIÓN CARVAJAL, instauró demanda en contra de **ACERÍAS PAZ DEL RIO y COLPENSIONES** para que mediante un proceso ordinario de primera instancia se declare que la pensión que tiene por Acerías Paz del Rio no es compartida con la de COLPENSIONES y que por tanto debe reanudar su pago en forma completa. (Expediente Digital)

Al contestar la demanda, el apoderado de la demandada **ACERÍAS PAZ DEL RIO propuso como de fondo, la excepción de cosa juzgada.** (Expediente Digitalizado).

El Juez de primera instancia en la audiencia del art 77 del C P del T y de la SS tomó la decisión que hoy revisa la Sala.

Para llegar a esta decisión afirmó el Juez en síntesis lo siguiente: "... Fue propuesta como de fondo por parte de Acerías Paz del Río, pese a lo anterior considera el despacho pertinente traer a colación lo indicado en el artículo 32 del CPTSS, que señala que el juez decidirá las excepciones previas en audiencia de conciliación, decisión de excepciones previas y saneamiento y fijación del litigio, pudiéndose proponer como previa la excepción de prescripción, cuando no haya discusión respecto de la fecha de exigibilidad la pretensión, indicando que puede decidir sobre la excepción de cosa juzgada, entendiendo el despacho que es posible abordar el análisis de dicha excepción bien sea en etapa de excepciones previas o de fondo, considerando el despacho que es este el momento procesal para abordar el estudio de la excepción en los siguientes términos:

Señala la demandada Acerías Paz del Río que el demandante adelantó demanda ordinaria laboral en contra de esa sociedad, radicado bajo el No. 2016 604, que fuera conocido por el Juzgado 32 Laboral del Circuito de Bogotá y en el que se discutió la aplicación de la figura de compartibilidad pensional y se determinó que la pensión de jubilación extralegal y convencional a él otorgada, era de carácter compartida, para tal fin, se aporta el expediente judicial señalado. Frente a ello, analizado por parte del despacho la prueba acompañada como sustento de la excepción, esto es, la copia del expediente judicial en comento, a juicio del despacho, se configura de manera total el fenómeno de la cosa juzgada dado que escuchado en su integridad ambas audiencias, las de los artículos 77 y 80 del CPTSS realizadas dentro de dicho proceso, se cumplen a cabalidad los requisitos como son: identidad de partes, identidad de objeto y de causa.

En primer lugar, la demanda tramitada ante el Juzgado 32 Laboral del Circuito, tuvo como partes integrantes entre otros, al aquí demandante, José Concepción Carvajal y como pasivo a Colpensiones y a la sociedad Acerías Paz del Río, como ocurre en este proceso; en cuanto a la identidad de causa, analizados ambos procesos, los dos se nutren de las mismas situaciones fácticas, los hechos coinciden exactamente y las pretensiones de la demanda surgen de la misma causa, que es, el reconocimiento a favor del demandante de la pensión convencional, posterior reconocimiento de la pensión de vejez a este en sede administrativa por parte del ISS, el reconocimiento de retroactivo pensional en favor de Acerías Paz del Río, así como el descuento para cotizaciones descontadas en su momento de la pensión de jubilación que venía pagando al demandante, igualmente otra de las causas en ese proceso y que es **similar** a esta, es la discusión de la calidad de pensión de jubilación y la de vejez reconocida por el ISS, encontrándose materializada también la identidad de causa.

Respecto a la identidad de objeto, ambos procesos persiguen lo mismo, esto es, que se declare que las pensiones en comento no son de carácter compatible, sino compatible, también se perseguía que se declarara que Acerías Paz del Río, había violado la Ley al descontar aportes a salud de la pensión del actor y que el demandante tenía derecho a que esta le cancelara la pensión de jubilación con posterioridad al reconocimiento de la pensión de vejez por parte del ISS y ambos procesos persiguen también que se reconociera a favor del demandante el retroactivo pensional que fuera pagado en su momento a Acerías Paz del Río junto con intereses moratorios, no habiendo duda que configura en toda su dimensión el fenómeno jurídico de la cosa juzgada, debiéndose declarar probada la misma, ordenando el archivo definitivo del expediente.

Inconforme con esta decisión el apoderado de la parte demandante interpuso recurso así:"...Tal como lo manifestó su despacho, la excepción propuesta fue presentada como de fondo, la cual tenía que ser resulta en la misma modalidad y no como previa, igualmente, independientemente de que haya cursado o no un proceso con anterioridad, no se puede prever que las circunstancias sean exactamente las mismas que las ventiladas en este proceso, no es viable que se esté dando fin a un

pleito que está cursando en un despacho completamente distinto, no se saben las consecuencias que puedan resultar del estudio de la presente demanda, por tal motivo, no se puede terminar de esta manera, con una excepción que fue presentada como de fondo y no previa....”

CONSIDERACIONES

De acuerdo con lo establecido en el art 66 A del C P del T y de la S S la Sala resuelve el recurso, previas algunas precisiones.

En primer lugar, la Sala como ya en muchas otras decisiones al respecto, precisa que las excepciones previas o dilatorias, además de taxativas y contempladas en el artículo 100 del C G P; son aquellas que cuestionan el proceso, **no el fondo del asunto y por tanto su objetivo o bien es sanearlo, para un correcto desarrollo del juicio que evite nulidades o decisiones inhibitorias, o bien terminarlo cuando es imposible por su naturaleza seguir con el mismo.**

No obstante, algunas excepciones, atacando el fondo del asunto pueden ser propuestas como previas esto es aquellas denominada mixtas, como la de prescripción y cosa juzgada y desde luego en principio es la parte, pues es su medio de defensa, quien determina como la presenta, en este caso como de fondo.

Una segunda precisión es que, así como, puede ser posible diferir la decisión, o el estudio de la excepción de cosa juzgada como excepción de fondo, habiendo sido presentada por la parte, como previa, también puede suceder que resolverse como previa habiéndose presentando como de fondo, pues **nótese y se itera, que esta excepción mixta es de fondo pues ataca el derecho, pero en ocasiones**, dice la norma **podrá el Juez** resolverla como previa o dilatoria y esas ocasiones deben ser analizadas para determinar el momento de su decisión, dando lugar se insiste a que pueda resolverse en la audiencia del art 77 del C P del T y de la S S o la sentencia.

Entonces , solo puede el Juez resolver **como previa**, la excepción de cosa juzgada que sin duda ataca el derecho, **si encuentra que evidentemente se dan los requisitos de tal figura, sin que exista duda o controversia sobre lo pedido en el proceso inicial, lo que no se da en este caso,** encontrando la Sala que, aunque el Juez señala que luego de escuchados los audios, encontró cumplido los requisitos, existe en verdad y ello al revisar las pretensiones y situaciones fácticas, de los dos procesos una sustancial diferencia, así como a la parte resolutive de la sentencia de primera y segunda instancia en ese proceso primigenio, adelantado en el juzgado 32, la cual detallaremos más adelante.

Antes, no sobra recordar que la figura de la cosa juzgada como medio exceptivo previo, tiene como finalidad precaver desgastes innecesarios de la administración de justicia, al atender conflictos que ya han sido solucionados por una autoridad judicial. En ese sentido y al tener como consecuencia la terminación instantánea de los procesos, su establecimiento o verificación por los jueces de instancia debe ser rígido, en aras de no vulnerarse derechos de especial protección como los son los de los trabajadores. Es por lo anterior que lo primordial es verificar la existencia de los requisitos indispensables para la configuración de la cosa juzgada, esto es, la identidad jurídica respecto del objeto causa y partes intervinientes, entre los dos procesos; requisitos que, insiste la Sala, deben ser objeto de una verificación estricta, que en este caso no resulta adecuada a dicha exigencia.

Efectivamente es el artículo 303 del CGP, el que consagra cuando una sentencia; tiene efectos de cosa juzgada; esto es: i) **cuando el nuevo proceso verse sobre el mismo objeto**, ii) **cuando se funde en la misma causa que el anterior** y iii) **cuando en ambos procesos haya identidad jurídica de partes**.

No sobra recordar también, lo aclarado al respecto por la C S J, en las sentencias, en los que se refiere a este análisis riguroso de los requisitos para que opere este fenómeno; entre otras la SL 198 de enero 23 de 2019 MP CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO Rad 70587 en la que señaló:

“(…)

Así, encuentra la Sala que en el sub lite, si bien hay identidad de partes y de pretensiones, frente al proceso que se adelantó ante el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Barranquilla, no lo es así en cuanto a la causa de cada asunto. Lo anterior, porque los hechos materiales en que se sustentaron ambos procesos no son los mismos.

En efecto, lo que originó que el actor solicitara de nuevo la prestación deprecada en vía administrativa y promoviera otra reclamación judicial, obedeció a que la entidad demandada actualizó la historia laboral e intervino en el trámite de liquidación de la empresa Astilleros Magdalena.

Así las cosas, el ad quem incurrió en el dislate fáctico que se le endilga, puesto que consideró que conforme lo previsto en el artículo 332 del Código de Procedimiento Civil se daban los supuestos para declarar la excepción de cosa juzgada, lo que conduce a la Corte a estimar que, en esencia, no realizó un análisis riguroso de las causas que originaron las acciones judiciales. Además, en la práctica, confundió tal aspecto con la de cosa pedida, en la medida en que solo refirió que lo debatido en ambos procesos era la pensión de vejez establecida en el Acuerdo 049 de 1990 y en el primero se había indicado que no reunía el número de semanas exigidas. Por ello, no advirtió que los hechos que sirvieron de fundamento al derecho reclamado en dichas oportunidades fueron diferentes.

Conforme lo anterior, le asiste razón al recurrente en cuanto indica que para efectos de declarar la excepción de cosa juzgada, no basta con que haya

identidad de partes y de pretensiones, pues es preciso, además, que la causa sea la misma.

Por otra parte, la Corporación considera oportuno reiterar que la prestación de vejez tiene por finalidad garantizar al afiliado y a su familia una vida digna durante la etapa no productiva de sus vidas, y que la consolidación de dicho derecho requiere de un extenso lapso, durante el cual debe acumular un mínimo de aportes. Por tanto, es válido que aquel realice todas las gestiones pertinentes para que se actualice su historia laboral y que acuda nuevamente a la justicia cuando considere que, en virtud de lo anterior, se han agregado nuevas semanas que le permiten acceder a la prestación...”

En este caso en verdad las pretensiones del primero proceso incluso parte de afirmaciones contrarias a la esencial en este proceso y es que la pensión es compartida, reclamando el pago de cuotas partes y otras como retroactivos que difieren, se itera en esencia de las que en este proceso se ventilan, siendo la parte resolutive de la sentencia de primera instancia además la siguiente:

“DECLARAR PROBADAS las excepciones de cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, inexistencia del derecho reclamado formuladas por Colpensiones y la excepción de inexistencia de la obligación formulada por Acerías Paz del Río.

SEGUNDO: ABSOLVER a las demandadas de las pretensiones incoadas por los demandantes José Cantalicio Rincón y José Concepción Carvajal”

La sentencia fue confirmada en su totalidad por el Tribunal sin que de esa parte resolutive resulte claro, si lo resuelto fue o no la compartibilidad o la compatibilidad; razón por la cual la excepción debe ser resuelta en la sentencia; como de fondo; incluso siendo así como se solicitó por la demandada.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto por el Tribunal Superior de Bogotá, por conducto de la Sala Laboral,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR el auto apelado según lo expuesto en la parte motiva de esta providencia, y ordenar al Juez diferir el estudio de la excepción de Cosa Juzgada para la sentencia y continuar con el trámite del proceso.

SEGUNDO: Sin Costas en esta instancia.

Las partes se notifican por edicto de conformidad con los artículos 40 y 41 del CPTSS.



MARLENY RUEDA OLARTE



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



LORENZO TORRES RUSSY

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C
SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 12-2021-001-01
ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA
DEMANDANTE: ÉDGAR HOYOS GÓMEZ
DEMANDADO: GRUPO DE ENERGÍA DE BOGOTÁ S.A. ESP

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los treinta y uno (31) días del mes de julio de dos mil veintitrés (2023), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer de recurso de apelación interpuesto por las partes, revisa la Corporación el fallo proferido el 4 de agosto de 2022 por el Juzgado 12 Laboral del Circuito.

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior a las partes para presentar alegaciones, se recibieron vía correo electrónico las de la demandada.

ANTECEDENTES

El señor ÉDGAR HOYOS por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se DECLARE que entre él y el Grupo de Energía de Bogotá, existió una relación laboral que finalizó el 18 de agosto de 1992 por decisión unilateral de la demandada, que era acreedor por extensión automática de los beneficios convencionales por la proporción existente entre el personal sindicalizado, que el sindicato de la empresa era

mayoritario durante el lapso en que existió la relación laboral, 7 de mayo de 1979 y 18 de agosto de 1992, que era acreedor de todos los beneficios salariales y prestacionales consagrados en las convenciones colectivas de trabajo vigentes, que alcanzó los 62 años en noviembre de 2016, que al ser despedido de manera unilateral, tiene derecho a pensión sanción equivalente al 75% del salario devengado en el último año de servicios a partir del 3 de noviembre de 2016, junto con indexación, mesadas adicionales, intereses moratorios y reajustes legales, que no existe incompatibilidad entre la pensión sanción y la que le fuera reconocida por vejez.

Como consecuencia de tales declaraciones, solicita se condene a la demandada a efectuar a su favor reconocimiento y pago de pensión sanción equivalente del salario devengado en el último año de servicios a partir del 3 de noviembre de 2016, junto con indexación, mesadas adicionales, intereses moratorios y reajustes legales.

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que se vinculó con la demandada el 7 de mayo de 1979, para desempeñar el cargo de analista de procedimientos, que su desvinculación se produjo el 18 de agosto de 1992, data para la cual devengaba \$457.812,83, que durante el tiempo de su vinculación, existió al interior de la empresa una organización sindical, con la que se suscribieron convenciones colectivas que establecía beneficios salariales y prestacionales superiores a los legales, no obstante, dichos beneficios no le fueron reconocidos por la empresa, siendo despedido luego de 10 años de servicio y menos de 15 en forma ilegal e injusta.

Por lo anterior, acudió a la justicia laboral para que dirimiera lo atinente a la naturaleza de su vínculo con la demandada, acción de la que conoció el Juzgado 13 Laboral del Circuito, el que determinó que su vínculo era una relación legal reglamentaria, decisión que fuera revocada por el Tribunal de Manizales, en providencia del 1 de abril de 2002, señalando la existencia de una verdadera relación laboral y su condición de beneficiario del estatuto convencional por la existencia de sindicato mayoritario.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificada la demandada en debida forma, contestó oponiéndose a las pretensiones, manifestó negar y no constarle los hechos contenidos en los numerales 7, 8, 14 a 16 y aceptó los demás. Formuló las excepciones de prescripción, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe y pago.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento resolvió:

PRIMERO: CONDENAR al GRUPO DE ENERGÍA DE BOGOTÁ S.A. ESP a reconocer y pagar al señor EDGAR HOYOS GÓMEZ identificado con C.C. 19.367.846 la pensión sanción establecida en el inciso primero del artículo 8° de la Ley 171 de 1961, en cuantía de **\$2.069.370,22 a partir del 2 de noviembre de 2016**, por catorce mesadas al año, conforme a lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada a pagar de forma indexada el retroactivo que se genere, con base en la fórmula expuesta en esta sentencia.

TERCERO: ABSOLVER a la accionada de las demás pretensiones de la demanda.

CUARTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas.

QUINTO: CONDENAR en costas al GRUPO DE ENERGIA DE BOGOTÁ S.A. ESP e inclúyanse como agencias en derecho en esta instancia la suma de \$2.000.000.

Fundamentó su decisión el Juez de primer grado señalando:

Respecto a la aplicación y vigencia de la Ley 171 de 1961, la Corte Suprema de Justicia entre otras en sentencia 43751 de 2014, ha indicado que la misma aplica siempre y cuando los trabajadores hayan causado su derecho con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 o de la Ley 50 de 1990 en el caso de los particulares, para lo cual necesitan acreditar únicamente el tiempo de servicios y el retiro de la entidad, ya sea de manera voluntaria por parte del trabajador o mediante despido injusto, siendo el requisito de edad simplemente de exigibilidad para su pago, sin que para el efecto se tenga en cuenta si el empleador afilió o no al trabajador en su momento al ISS en tanto tal requisito, es aplicable únicamente a la pensión sanción contenida en el artículo 133 de la Ley 100 de 1993 y 37 de la Ley 50 de 1990.

Criterio que fue reiterado entre otras en la sentencia SL 3480 de 2018, al señalar:

“Primero, se ha de reiterar que las pensiones del artículo 8 de la Ley 171 de 1961 para los trabajadores oficiales se mantuvieron vigentes hasta que comenzó a regir la Ley 100 de 1993, pues el artículo 133, al regular la pensión sanción para todos los trabajadores, inclusive los oficiales, la derogó para este grupo de trabajadores, en tanto que la de los particulares ya lo había sido con la Ley 50 de 1990.”

Bajo ese precepto y al constatar si al demandante le es aplicable la Ley 171 de 1961, del formulario para liquidaciones de prestaciones de retiro (página 26 archivo 1) y de la sentencia proferida el 1° de abril de 2002 por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Manizales (páginas 45 a 56 archivo 1), se establece que laboró al servicio de la EMPRESA DE ENERGÍA DE BOGOTÁ ESP hoy GRUPO DE ENERGÍA DE BOGOTÁ S.A. ESP en calidad de trabajador oficial según la parte considerativa de dicha providencia, del 7 de mayo de

1979 al 18 de agosto de 1992, para un total de tiempo de servicios de 4.782 días, equivalentes a 13 años, 3 meses y 12 días.

En cuanto a las causas que dieron origen al retiro de la empresa, en las páginas 45 a 56 del archivo 1, como se dijo en precedencia, aparece copia de la sentencia del 1° de abril de 2002 emanada de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Manizales en la que condena a la EMPRESA DE ENERGÍA DE BOGOTÁ a pagar al actor la suma de \$9.156.256,60 por concepto de indemnización por “ruptura unilateral y sin justa causa del contrato de trabajo”; coligiéndose, que el trabajador fue despedido sin justa causa.

De suerte que, se dan los presupuestos establecidos en el inciso primero del artículo 8° de la Ley 171 de 1961, para que el accionante acceda a la pensión sanción esto es, más de 10 años de servicio y menos de 15, acreditados antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 dado que se trata de un trabajador oficial, ser despedido sin justa causa y 60 años de edad, este último acreditado el 2 de noviembre de 2016, en tanto nació el mismo día y mes del año 1956, según se infiere del formulario de afiliación al ISS (página 27 archivo 1).

Conforme a ello, encuentra el despacho que el Salario promedio devengado por el señor Hoyos Gómez, corresponde a la suma de \$457.812,83, conforme se infiere del formulario para liquidaciones de prestaciones de retiro (página 26 archivo 1) y de la sentencia proferida el 1° de abril de 2002 por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Manizales (páginas 45 a 56 archivo 1). Suma ésta que se indexa con base entre otras en la sentencia SL 3726 de 2018, en la que estableció que la misma procede para todas las pensiones legales o extralegales así se hayan causado con anterioridad a la vigencia de la Constitución Política de 1991, aplicando para ello, la fórmula establecida por dicha Corporación en sentencias No. 34069 del 28 de mayo de 2008, que ratifica la 32020 del 6 de diciembre de 2007, reiterada entre otras el 29 de noviembre de 2017 Rad: 51350 y que corresponde a:

$$\$457.812,83 \times \frac{\text{IPC FINAL (IPC diciembre 2015 - 126,14945)}}{\text{IPC INICIAL (IPC diciembre 1991 - 13,90118)}}$$

Total ingreso base indexado: \$4.154.527,65

Valor al que se le aplica el 49,81% que es el porcentaje que le corresponde dado el tiempo de servicios, arrojando una mesada pensional de \$2.069.370,22 al 2 de noviembre de 2016.

Ahora, si bien de la información allegada por COLFONDOS (archivo 26), se evidencia que el demandante es pensionado por vejez de dicha AFP desde el 1° de febrero de 2019, lo cierto es que tal circunstancia no le impide acceder a la pensión deprecada, como así lo refirió la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 2652 de 2019, al señalar:

“En todo caso, esa omisión en la sentencia de segunda instancia, sumado al hecho de que el señor León Munar tiene reconocido el derecho a la pensión de vejez en el RAIS, no afecta la declaración que efectuó la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, en la sentencia del 2 de agosto de 2016, por cuanto como se explicó en párrafos anteriores, para la fecha del retiro, en la que se encontraba vigente la Ley 171 de 1961, estaban dados todos los elementos de configuración de la pensión restringida de jubilación, como son el tiempo de servicios y la forma de terminación del vínculo, siendo la edad un requisito de exigibilidad más no de causación, acorde con reiterada y pacífica jurisprudencia de esta Corporación.

No debe olvidarse, que esta pensión ha sido considerada como una prestación que tiene carácter subjetivo, es decir, no fue instituida precisamente para cubrir el riesgo de vejez sino para garantizar la estabilidad del trabajador o para reprimir al empleador que despedía a sus trabajadores después de muchos años de servicio, con cuyo proceder se enervaba el nacimiento pleno de sus derechos pensionales; de ahí que al ostentar esa naturaleza especial, su deudor exclusivo es el empleador.

De manera que todas aquellas disposiciones, cambios o restricciones en materia de la pensión de vejez, sobre todo aquella que se causa con los requisitos de la Ley 100 de 1993, y sus posteriores modificaciones, no tiene por qué afectar una prestación causada con una norma anterior, como en este caso ocurre con la pensión restringida de jubilación, que desde el momento mismo en que el trabajador se retiró del empleo con

el número de años de servicio exigido por la norma, entró a su patrimonio, y por ello, no puede ser desconocida por regulaciones posteriores.

Lo anterior no significa, que por cuenta de la creación de los dos regímenes pensionales excluyentes previstos por la Ley 100 de 1993, esto es, el régimen de prima media con prestación definida y el de ahorro individual con solidaridad, no se lleguen a presentar problemas en materia de selección de alguno de ellos, en virtud del principio de libre escogencia, sobre todo, en materia de conservación de los beneficios que traía el anterior sistema; pero precisamente, fue ahí donde el gobierno nacional, autorizado por el legislador, entró a regular esas situaciones anómalas o que traían ciertas repercusiones a la hora de mantener esas prerrogativas dando lugar a casos de multifiliación pensional vulnerando la incompatibilidad entre regímenes.

(...)

Acorde con lo anterior, es evidente que aquellas personas con compartibilidad pensional tienen una limitación a la hora de trasladarse del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, que en el evento de ocurrir tal situación, se establece una solución para que las cosas vuelvan a su estado anterior; pero tal situación es un aspecto que afecta eventualmente el reconocimiento de la pensión de vejez, pero en modo alguno, la pensión restringida de jubilación como la que le fue declarada en este caso por el Tribunal, pues ni siquiera, bajo el amparo de la anterior disposición normativa, es posible modificar una prestación previamente reconocida, la cual cumple con sus lineamientos legales de configuración.”

INTERESES MORATORIOS

De plano, observa esta juzgadora que dicha pretensión no está llamada a prosperar, en la medida que se trata de una prestación reconocida bajo una normatividad diferente y anterior a la Ley 100 de 1993, ésta que contempla los intereses moratorios en su artículo 141; sin que la Ley 171 de 1961 que es sobre la cual se reconoció la prestación, establezca el pago de intereses en caso de mora en el reconocimiento y pago de la prestación.

Bajo ese entendido, el retroactivo que se genere, deberá pagarse de forma indexada, para lo cual deberá tomar como IPC inicial el de la anualidad anterior al de la causación de cada mesada pensional y como IPC FINAL el de la anualidad anterior al de la fecha de pago.

PRESCRIPCIÓN

Al respecto, se tiene que el derecho a la pensión restringida de jubilación se hizo exigible el 2 de noviembre de 2016, el 27 de diciembre de 2018 elevó reclamación ante la entidad (páginas 29 a 32 archivo 1) y la demanda la presentó el 18 de diciembre de 2020 (archivo 2); luego al haberse interrumpido la prescripción en término con la reclamación y presentarse la demanda dentro de los tres años siguientes a dicha reclamación, es claro que no operó la prescripción en tanto no transcurrieron más de 3 años entre una fecha y otra como lo prevé el artículo 151 del CPL.

DEL RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandante recurrió señalando:

Discrepo un poco con todo el respeto, respecto a la absolución que hizo de los intereses moratorios, porque es muy reciente, y ya en forma reiterada de la sentencia unificadora de la Sala laboral, en donde dice claramente, que los intereses moratorios se causan cualquiera que sea la pensión, cualquiera que sea la índole eso ya es unificada sobre ese. Invitaría a la señora Juez de pronto a consultar, pero para efectos de otros pronunciamientos posteriores, la sentencia que hay, incluso, creo que de este año hay una sentencia unificadora, que cualquiera que sea, la naturaleza, porque la pensión no es una sola. Entonces, en ese sentido, con todo respeto, formulo mi apelación para que el honorable tribunal con la con el alcance, para que el tribunal se disponga revocar esa parte de la sentencia en donde no accede a la a los intereses moratorios.

La parte demandada indicó en su recurso:

Solicito al honorable tribunal sea revocada la sentencia antes dictada y motivo del presente recurso, insistiendo en todos y cada uno de los argumentos de hecho y derecho

plasmados al momento de dar contestación a esta demanda inicial, y que se concretan efectivamente y de acuerdo con la decisión adoptada por el despacho de primera instancia en lo siguientes puntos: Corresponde reiterar que mis mandantes tienen precedente de reconocimiento de la pensión establecida en el artículo 8 de la Ley 171 de 1961, conforme se ha venido expresando incluso las respuestas dadas en sede administrativa porque se considera que aunque ciertamente el demandante laboró entre el período comprendido entre el 07 de mayo de 1979 y el 18 de agosto de 1992, no cumple con los requisitos, de acuerdo con la normatividad que le es aplicable para el momento de su retiro. Insistir también en que mi mandante en su momento la empresa energía de Bogotá Afilió efectivamente al demandante, al Instituto de Seguros Sociales, incluso obra la prueba en el expediente de dicha afiliación, y la vinculación a través de la entonces Empresa Energía de Bogotá, ciertamente también se encuentra establecido el período en el cual laboró el demandante que corresponde a 13 años, 3 meses y 12 días de servicios, pero las razones que se esgrimen como como las que constituyen efectivamente la inexistencia del derecho reclamado están dadas por la modificación normativa dada por la Ley 50 de 1990, y que efectivamente establece que solamente hay lugar al reconocimiento de esta pensión sanción cuando no haya esa afiliación por parte del empleador, porque ciertamente aunque es una sanción y la naturaleza de la prestación está dada, como un castigo para el empleador que hace nula la expectativa pensional, ciertamente esta debería entenderse superada con la afiliación efectiva para la cobertura del riesgo de vejez.

En ese sentido, se ha insistido que también con la modificación dada por la Ley 100 de 1993, efectivamente se establece como requisito de la prestación, la ausencia de la afiliación al sistema general de pensiones, pues ciertamente lo que se puede ver es que el reproche está dado no solamente por el hecho de truncar la expectativa, sino ciertamente hacerla imposible ante la inexistencia de afiliación al sistema general de pensiones. Es por ello que mi mandante ahora Grupo Energía Bogotá, estima que al cumplirse con la obligación legal de afiliarlo al entonces seguro social, existe la evidencia de ello, se estima que no hay lugar al reconocimiento de la pensión que fue objeto de condena, de modo que se le solicita al honorable de tribunal, revise las consideraciones expresadas y proceder a la revocatoria de la prestación y en el evento en que se mantenga la decisión frente a la existencia del derecho del demandante a la presentación reconocida, se estudie y se revise nuevamente la compatibilidad ante las prestaciones que serían pagadas de manera concomitante, pues como quedó la evidencia en el proceso, ciertamente con la prueba que llega de oficio, el demandante cuenta con una pensión pagada por Colfondos de acuerdo con el sistema del RAIS.

Y las dos prestaciones, es decir, la pensión social y la pensión reconocida por Colfondos resulta incompatible al tener de los artículos 12 y 16 de la Ley 100 de 1993, siendo inviable el pago de manera simultánea de dos prestaciones, de una de una prestación que tiene la misma naturaleza por los dos regímenes establecidos en la Ley 100 que es precisamente todo lo que el sistema normativo ahora quiere, precisamente, inviabilizar; en ese sentido, al tener la misma naturaleza prestacional y al tratar de la cobertura del mismo riesgo, no sería viable devengar de manera concomitante las dos prestaciones. Igualmente insistirse en que esa afiliación al entonces seguro social efectivamente hace que de parte del empleador se muestre el cumplimiento de las obligaciones legales, de modo que no debería existir ningún reproche frente a su proceder, y finalmente también frente a lo que tiene que ver con el recurso de apelación y la condena efectivamente impuesta por la sentencia de primera instancia, solicitarle al honorable tribunal revise los términos de la liquidación de la mesada pensional, y concretamente lo que tiene que ver con el decreto de la mesada catorce, toda vez que para el momento en el que se cumple la edad de exigibilidad ante la prestación la mesada 14 no existía en nuestro sistema jurídico, efectivamente la transición normativa de origen constitucional dada por el acto legislativo número 01 del 2005, hace reforma la mesada catorce y llega al punto de eliminarla, incluso estableció una transición hasta el 31 de diciembre del 2010, pero ciertamente el cumplimiento de la edad se hace con posterioridad, insistiéndose también que aunque la edad como lo ha mencionado su señoría y como lo tiene establecido la honorable Corte Suprema solamente un requisito de exigibilidad, que se tenga en cuenta que el acto legislativo 01 del 2005 establece dentro de su cuerpo normativo cuándo se entiende adquirido el derecho a una pensión y específicamente el legislador constitucional dice que se adquiere el derecho a la pensión cuando se cumplen con los dos requisitos. Es decir, desplaza esa interpretación jurisprudencial y debería, en efecto, respetarse la literalidad del texto constitucional que claramente indica que, para adquirir el derecho a la pensión, se ven cumplir los dos requisitos de modo que al decirlo en específico y en concreto el texto constitucional, así debe darse el entendimiento frente a la eliminación de la mesada catorce.

CONSIDERACIONES

El artículo 8° de la Ley 171 de 1961 señala que el trabajador que se retire voluntariamente o sea despedido sin justa causa, después de haber laborado más de 10 años y menos de 15 años, continuos o discontinuos tendrá derecho a la pensión pero sólo cuando cumpla 60 años de edad.

Al respecto, se observa que no fue objeto de debate la existencia de la relación laboral entre el actor y la entonces Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá hoy Grupo de Energía de Bogotá, que tuvo lugar entre el 7 de mayo de 1979 al 18 de agosto de 1992, como da cuenta la documental contentiva de formulario para liquidaciones de prestaciones de retiro visible en expediente digital.

Tampoco ofreció reparo la determinación en sede judicial, esto es por decisión proferida por el Tribunal Superior de Manizales el 1 de abril de 2002, respecto a que la terminación del vínculo laboral del actor, se dio de forma unilateral y **sin justa causa** por parte de su entonces empleador, ordenando en dicha oportunidad el pago de indemnización por despido al actor.

Conforme lo anterior, evidencia la sala que se satisface uno de los requisitos exigidos por la norma inicialmente citada; ahora, **en cuanto al tiempo de servicios y la edad**, como se determinó, el actor laboró para la demandada entre el 7 de mayo de 1979 al 18 de agosto de 1992, esto es, por espacio de 13 años, 3 meses y 12 días y en tanto nació el 2 de noviembre del año 1956, atendiendo al formulario de afiliación al ISS, **ese mismo día y mes del año 2016 cumplió los 60 años de edad.**

Resulta procedente aclarar que como bien lo señala la decisión de primer grado, la Corte Suprema de Justicia ha sido clara al indicar que esta pensión se **causa** desde el momento en que el trabajador es despedido sin justa causa o cuando se retira voluntariamente, primer presupuesto en el que se encuentra el demandante y que la edad, es un requisito pero para su **exigibilidad**, así quedó dicho entre otras en sentencia con radicado 697144 de 2020 emitida por la Máxima Corporación de Cierre de la Jurisdicción Ordinaria, M.P. Fernando Castillo Cadena.

Es así como, en atención a lo dispuesto por el artículo 8 de la Ley 171 de 1961 y la jurisprudencia transcrita frente al tema de causación y exigibilidad de la pensión se tiene que tal derecho pensional se causó antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es, **el 18 de agosto de 1992, siendo exigible desde el 2 de noviembre de 2016**, data para la cual, alcanzó los **60 años de edad**, circunstancias que llevan a concluir, que el demandante, cumplió los requisitos para el reconocimiento de la prestación pensional de que trata el artículo 8 de la precitada Ley 171, como en efecto lo señalara el Juez de conocimiento, la que se itera, se causó con anterioridad a la expedición de la Ley 100 de 1993, **así como del Acto Legislativo 01 de 2005**, razón por la cual, la pensión a que tiene derecho el demandante, dada la fecha de su causación, no se ve afectada por las disposiciones del Acto Legislativo en mención contrario a lo indicado por la demandada en su recurso y alegaciones.

Ahora, en cuanto al argumento de la demandada, según el cual la afiliación del trabajador al ISS, la exime del pago de la prestación bajo estudio, lo cierto que este tópico también ha sido desarrollado por vía jurisprudencial y en sentencia SL5268 de 2021, indicó la Sala Laboral de la CSJ lo siguiente a ese respecto:

*Al respecto, esta Sala de manera reiterada y pacífica ha sostenido que las pensiones de jubilación reguladas en la Ley 171 de 1961, sea la originada con el despido injusto del trabajador o la restringida por retiro voluntario, **no fueron derogadas ni remplazadas por la de vejez que asumió el ISS conforme a la Ley 90 de 1946, reglamentada por el Acuerdo 224 de 1966, aprobado por el Decreto 3041 del mismo año, puesto que constituyen obligaciones económicas cuyo deudor exclusivo es el empleador.***

*Lo anterior, por la potísima razón de que la prestación restringida de jubilación mencionada contiene un carácter subjetivo, **el cual clama por la estabilidad laboral de los trabajadores y que sanciona al empleador que los despedía luego de una cantidad considerable de años de servicios, por lo que no fue concebida para cubrir el riesgo de vejez**, y así fue recientemente reiterado y precisado por esta corporación en sentencia CSJ SL4374-2020, en la que se dijo:*

Así lo ha adoctrinado esta Corporación, entre otras razones porque esta prestación tiene un carácter subjetivo, es decir, no fue instituida precisamente para cubrir el riesgo de vejez sino para garantizar la estabilidad del trabajador o para reprimir al empleador que despedía a sus colaboradores después de muchos años de servicio, con cuyo proceder se enervaba el nacimiento pleno de sus derechos pensionales.

De otro lado, frente al argumento del Tribunal, ratificado por la opositora, según el cual al no tenerse en cuenta la afiliación y pago de aportes realizados por parte del empleador al ISS, se infringe el principio de confianza legítima, puesto que éste – el empleador – contaba con la subrogación del riesgo de la vejez en dicha entidad, resulta un razonamiento contrario al criterio de esta Sala de la Corte, el cual ha sido claro en precisar que la afiliación al ISS no incide en la pensión restringida de jubilación de que trata el art. 8 de la L. 171/61, puesto que esta surge a cargo del empleador y, por tanto, solo genera relevancia cuando opera la compartibilidad pensional, en virtud del otorgamiento de la prestación de vejez por parte de la entidad de seguridad social en pensiones. (negrilla fuera del texto original)

Conforme criterio jurisprudencial en cita, contrario lo indicado por la demandada, la afiliación que realizó del trabajador demandante al ISS en la vigencia de la relación laboral, no es óbice para efectuar el reconocimiento pensional bajo estudio, pues se itera, la prestación por sanción, protege la estabilidad en el empleo y no el riesgo de vejez, por lo que tal argumento, no sale adelante.

De otra parte y como quiera que se determinó en el trámite procesal que el actor se encuentra pensionado por vejez en el RAIS, el anterior criterio transcrito, sirve de base para concluir que la prestación bajo estudio y la de vejez de que goza el actor, no son incompatibles como indica la parte demandada y así lo reiteró el órgano de cierre de esta jurisdicción en un caso similar en sentencia SL3046 de 2022, oportunidad en que reiteró:

En todo caso, tal como lo expuso la representante judicial de la entonces demandante, esta Sala de la Corte ya ha dado solución a controversias de similares características, en las que la UGPP ha planteado incompatibilidad entre la pensión de jubilación prevista en la Ley 171 de 1961, con la otorgada por el RAIS por las razones expuestas previamente.

En la sentencia CSJ SL2652-2019, reiterada en la CSJ SL3507-2019, se asentó que la pensión de jubilación por retiro voluntario era un derecho adquirido, dado que su titular lo causó con el tiempo de servicios, sin que el traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, y posterior reconocimiento de la pensión de vejez habilitara el desconocimiento de la prestación restringida, por ser una circunstancia ajena a los elementos de configuración que consagra la Ley 171 de 1961; de suerte que si por el cambio de régimen pensional, se infringió el postulado legal que limita ese traslado (art. 5º D. 3995 de 2008, compilado en el D. 1833 de 2016), ello debía resolverse separadamente a la prestación, que sí fue concedida con apego a la Ley.

Así se discurrió en el primer proveído:

[...] Acorde con lo anterior, es evidente que en el proceso ordinario laboral, los operadores judiciales, en especial la decisión del Tribunal, no podía llegar a una conclusión distinta, que la de conceder el derecho reclamado por el señor León Munar Chaux, pues todos sus elementos se encontraban configurados; pero adicional a ello,

no obró mal el sentenciador colegiado, al declarar la compartibilidad de la pensión restringida, pues como lo sostiene la jurisprudencia de la Sala (CSJ SL15025-2017), cuando se acredita, como en el proceso ocurrió, que el empleador público, durante el tiempo de vinculación afilió y efectuó aportes al extinto Instituto de Seguros Sociales, tal hecho adquiere relevancia para la subrogación total o parcial de la prestación, según lo dispuesto en el artículo 17 del Acuerdo 049 de 1990, que resulta aplicable respecto de trabajadores oficiales afiliados a ese Instituto, norma que además era de estricta observancia en el asunto, en la medida que se encontraba vigente para la fecha del retiro del trabajador.

Ahora, la recurrente aduce que ese reconocimiento no era viable, en razón a que el actor se encontraba disfrutando de la pensión de vejez en el régimen de ahorro individual con solidaridad, a cargo de Colfondos S.A., a partir del 2009, según Resolución No. 410251158 del 1º de agosto de dicha anualidad, situación que en criterio de la Ugpp, genera una clara incompatibilidad «...como quiera que para el reconocimiento se tuvieron en cuenta los mismos tiempos de servicio públicos ordinarios con recurso de la nación y dichas cotizaciones cubren el mismo riesgo para pensión. Lo anterior, teniendo en cuenta que los tiempos prestados a la CAJA AGRARIA EN LIQUIDACIÓN, financiaron la pensión de COLFONDOS a través del BONO PENSIONAL TIPO A...».

Frente a ese argumento, encuentra la Corte, que efectivamente, en las instancias, especialmente el Tribunal, no hizo ninguna mención sobre dicho aspecto, pese a estar acreditado en el proceso, particularmente en la Resolución RDP 022315 del 2 de junio de 2015, con la cual la Ugpp negó el derecho a la pensión restringida reclamada, lo mismo que en el acta del comité de conciliación y defensa judicial de julio de 2016 (fls. 237/241) de la entidad, el énfasis que se hizo sobre el traslado de régimen pensional del señor Chaux y el reconocimiento pensional que hizo la administradora de fondos de pensiones Colfondos.

En todo caso, esa omisión en la sentencia de segunda instancia, sumado al hecho de que el señor León Munar tiene reconocido el derecho a la pensión de vejez en el RAIS, no afecta la declaración que efectuó la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, en la sentencia del 2 de agosto de 2016, por cuanto como se explicó en párrafos anteriores, para la fecha del retiro, en la que se encontraba vigente la Ley 171 de 1961, estaban dados todos los elementos de configuración de la pensión restringida de jubilación, como son el tiempo de servicios y la forma de terminación del vínculo, siendo la edad un requisito de exigibilidad más no de causación, acorde con reiterada y pacífica jurisprudencia de esta Corporación. (negrilla fuera del texto original)

Así las cosas, el argumento bajo estudio, tampoco tiene vocación de prosperidad, siendo pertinente indicar que la prestación bajo estudio, tiene el carácter de **compartible** con la de vejez de que disfruta el actor, aspecto en que se ADICIONARÁ la sentencia recurrida.

Ahora, en lo que respecta al reconocimiento de la mesada No. 14, preciso resulta mencionar que sobre este punto, tampoco le asiste razón al recurrente pues conforme a la fecha en que causó la pensión del señor Hoyos, esto es, el 18 de agosto de 1992, se encontraba vigente la norma que consagra la mesada 14 para **todos** los pensionados, como en efecto lo señalara la decisión de instancia.

Intereses Moratorios

Contrario a lo señalado por la juez de instancia, le asiste razón a la parte

demandante en este aspecto, como quiera que la CSJ tiene sentado entre otras en la sentencia SL 5268-2021 que los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 aplican a todo tipo de pensiones, sin importar el tipo de pensión legal adquirida, razón por la cual el actor tiene derecho a que se le paguen los intereses moratorios a partir del **27 de abril del 2019**, como quiera que elevó reclamación ante la demandada para el pago de la prestación, el 27 de diciembre de 2018; sobre cada una de las mesadas adeudadas hasta la inclusión en nómina; razón por la cual se **revocará** el numeral TERCERO de sentencia recurrida que ordenó la indexación del retroactivo pensional, en tanto dicha condena resulta incompatible con los intereses moratorios, para en su lugar CONDENAR a la demandada a efectuar el pago de estos últimos desde la data en mención.

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR el numeral TERCERO de sentencia recurrida que ordenó la indexación del retroactivo pensional, para en su lugar **CONDENAR** a la demandada a efectuar el pago de intereses moratorios desde la a partir del 27 de abril de 2019 y hasta la fecha de inclusión en nómina de la pensión objeto de condena.

SEGUNDO: ADICIONAR la sentencia, en el sentido de indicar que la prestación bajo estudio, tiene el carácter de **compatible** con la de vejez de que disfruta el actor.

TERCERO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia apelada.

CUARTO: Sin costas en esta instancia.

Las partes se notifican por edicto de conformidad con los artículos 40 y 41 del CPTSS.

Los Magistrados,


MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO


LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO

REPUBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTA D.C
SALA LABORAL**

PROCESO ORDINARIO No. 3-2019-601-01

ASUNTO: APELACION SENTENCIA

DEMANDANTE: FERNEY OVIEDO AGUILAR

**DEMANDADO: EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES
DE BOGOTÁ SA ESP**

**MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE**

En la ciudad de Bogotá, D.C., a los treinta y un (31) días del mes de julio de dos mil veintitrés (2023), Previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente,

S E N T E N C I A

P R E T E N S I O N E S

FERNEY OVIEDO AGUILAR, mediante apoderado, instauró demanda contra de **EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ SA ESP** para que, mediante el trámite de un proceso ordinario laboral, se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo por el periodo comprendido entre el 12 de enero de 1996 y el 27 de junio de 2018, que fue terminado en forma unilateral y sin justa causa, incumpliendo con los requisitos de la sentencia T-764/2005. En

consecuencia, **solicita como pretensiones principales** el reintegro al cargo, pago de salarios, prestaciones, aportes, desde el despido.

En forma subsidiaria solicita: el reconocimiento y pago a favor de mi poderdante de la **indemnización** por los perjuicios materiales y morales ocasionados por la terminación ilegal e injusta de su contrato de trabajo, indemnización adicional a la establecida en la CCT, a efectuar el reconocimiento y pago de reliquidación de salarios, prestaciones sociales legales y extralegales causadas a la finalización del contrato de trabajo, a efectuar el reconocimiento y pago a favor de mi poderdante de la indexación de las sumas que resulten reconocidas, a efectuar el reconocimiento y pago de las costas procesales y agencias en derecho que se causen en el juicio. (Expediente Digitalizado).

En síntesis, como fundamento de las pretensiones afirma que el demandante ingresó a laborar al servicio de **LA EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTA S.A E.S.P. "ETB S.A E.S.P"** mediante contrato de trabajo a término indefinido a partir del 12 de enero de 1996, que el último cargo desempeñado fue el de **EMPALMADOR**, que el último salario básico fue de \$2.500.000, que el 27 de junio de 2018, la empresa dio por terminado el contrato de trabajo suscrito con el demandante en forma unilateral y sin justa causa, que el demandante al momento de la terminación de su contrato de trabajo se encontraba afiliado a SINTRATELEFONOS y fue beneficiario de las convenciones colectivas de trabajo suscritas entre SINTRATELEFONOS y ETB S.A E.S.P, que se agotó la reclamación administrativa el 29 de julio de 2019, que la organización sindical a la cual se encontraba afiliado el demandante, se opuso a la privatización de la empresa iniciada por el entonces alcalde, y movilizó a todos sus afiliados y activistas en acciones de rechazo frente a la pretendida privatización, actividades en las cuales participó el demandante, que ante ello la empresa, dispuso el despido para el 27 de junio de 2018 de un número indeterminado trabajadores sindicalizados con el pago de una indemnización, entre los cuales se encontraba el demandante, que en un periodo menor a 6 meses, ETB S.A E.S.P incurrió en despido colectivo de trabajadores sin la autorización del ministerio de trabajo, que la demandada cuenta con un número superior a 1000 trabajadores, por lo que en los términos del Artículo 67 de la Ley 50 de 1990, en un término inferior a 6 meses no podía proceder al despido de trabajadores en número equivalente al 5% sin

autorización del ministerio del trabajo, que en un solo día despidió 42 trabajadores, superando en 6 meses el número de trabajadores contemplado en la norma, que los despidos de trabajadores sindicalizados se ha presentado como consecuencia de las acciones de rechazo por parte de SINTRATELEFONOS y sus trabajadores afiliados, frente a la pretendida venta y privatización, que la demandada, previo al despido NO cumplió con el requisito establecido en la Sentencia T-764/2005, consistente en que para que en el evento en que decida hacer uso legítimo de la facultad de terminación unilateral que la legislación laboral otorga al empleador, respecto de trabajadores sindicalizados, proceda a informar previamente de tal propósito al sindicato respectivo, en los términos expresados en la jurisprudencia constitucional, que por lo anterior, se desconoció el derecho de asociación sindical y el despido se torna ineficaz, que la Corte Constitucional adoptó la decisión de PREVENIR a ETB S.A E.S.P para que previo al despido de trabajadores sindicalizados, informara al sindicato al cual se encuentran afiliados los trabajadores, según sentencia T-1328/2001, que se causó un agravio injustificado al demandante, quien desde el día del despido no percibe ingresos, teniendo que acudir a tratamientos médicos derivados del decaimiento de su salud, que ha sufrido daño moral y no tiene requisitos para pensión, que no le cancelaron las prestaciones de acuerdo con la convención. (Expediente Digitalizado).

La demanda fue contestada mediante apoderado, quien se opuso a las pretensiones, asegurando que la terminación del contrato fue eficaz valida y ajustada a derecho, sin que exista obligación alguna de informar al sindicato de las mismas, sin que puedan extenderse las tutelas que se invocan. En cuanto a los hechos aceptó el contrato, y especificó que el salario era de \$ 2.143.212., negando en su mayoría los demás. Propuso las excepciones de inexistencia de causa para demandar, cobro de lo no debido, prescripción, pago, compensación, actuación de buena fe por parte de la demandada, inexistencia de la obligación de pagar indemnización moratoria, indexación, perjuicios o costas procesales, falta de supuestos fácticos y probatorios que soporten las pretensiones de la demanda y genérica. (Expediente Digitalizado).

Tramitada la primera instancia, el Juez 3 Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia, el diez (10) de agosto de dos mil veintidós, (2022), por la que resolvió

PRIMERO: DECLARAR que entre el demandante FERNEY OVIEDO AGUILAR y la demandada EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ-ETB S.A. E.S.P. existió un contrato de trabajo a término indefinido que inició el 12 de enero de 1996 y finalizó el 27 de junio de 2018 por decisión unilateral y sin justa causa del empleador, de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ-ETB S.A. E.S.P. en favor del demandante FERNEY OVIEDO AGUILAR al pago de TREINTA MILLONES (\$30.000.000) DE PESOS por concepto de DAÑO MORAL, de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: CONDENAR EN COSTAS, incluidas las agencias en derecho a la Sociedad Demandada EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S. A. E. S. P., las que se tasan en la suma de TRES MILLONES (\$3.000.000) DE PESOS, todo conforme la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: En caso de no ser apelada la presente providencia por la parte DEMANDANTE, remítase al Superior para que surta el grado jurisdiccional de Consulta, de conformidad con lo señalado en el parágrafo del artículo 69 del C.P.T. y SS.

Para llegar a esa conclusión afirmó el Juez “.En primer lugar de conformidad con lo manifestado por las partes en los hechos 2 y 7 del escrito demandatorio no se discute que el actor Ferney Oviedo Aguilar se vinculó con la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá, ETB SA ESP, a través de un contrato de trabajo a término indefinido que inició el 12 de enero de 1996 y finalizó el 26 de junio de 2018, tampoco se discute que el último cargo desempeñado por el demandante, fue el de empalmadora al servicio de la demanda por último, no existe duda en cuanto a que el 27 de junio de 2018 la demandada, terminó contrato de demandante de forma unilateral y sin justa causa; para tal efecto, aclarado lo anterior, el despacho encuentra que las pretensiones principales del promotor de este juicio, se encuentran sustentadas en la declaratoria de nulidad o ineficaz, como la llama de la terminación de contrato de trabajo como quiera que de esa declaratoria depende el reintegro del demandante con el correspondiente pago de salario, prestaciones sociales y aportes a seguridad social solicitados; para tal efecto el demandante expone dos razones por las cuales considera que el acta de terminación de contrato de trabajo debe ser declarado ineficaz o nulo por un lado, advierte la posible vulneración de lo dispuesto en el artículo 67 de la Ley 50 de 1990 y por otro lado, la violación de un mandato constitucional a raíz del cual el empleador debió informar a la organización sindical Sintrateléfonos que procedería con el despido del demandante; pues bien con relación al despido colectivo, lo primero que el despacho encuentra es que esta figura está contemplada efectivamente en el artículo 67 de la ley 50 de 1990, allí se estableció los presupuestos fácticos que deben concurrir para poder declarar la existencia de un despido colectivo que eventualmente pueda dar lugar a la ineficacia de la desvinculación.

Al respecto, el tenor literal de los numerales 4 y 5 de esa norma, dispone lo siguiente: cuarto: el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social no podrá calificar un despido como colectivo sino cuando el mismo afecte en un período de 6 meses a un número de trabajadores equivalente al 30% del total de los vinculados con contrato de trabajo al empleador en aquellas empresas que tengan un número superior a 10 e inferior a 50, al 20%, las que tengan un número de trabajadores superior a 50 e inferior a 100, al 15% en las que tengan un número de trabajadores superiores a 100 e inferiores a 200, al 9% en las que tengan un número de trabajadores superiores a 200 e inferior a 500, al 7% en las que tengan un número de trabajadores superiores a 500 inferior a 1000 y

al 5% de las empresas que tengan un total de trabajadores superiores a 1000. Quinto, no producirá ningún efecto el despido colectivo de trabajadores o la suspensión temporal de los contratos de trabajo sin la previa autorización del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, caso en el cual se dará aplicación al artículo 140 del CST, aunque la norma citada hace referencia a la autoridad administrativa competente para estos temas específicamente del Ministerio del Trabajo, el precepto debe leerse sin perjuicio de la cláusula general de competencia que tienen los jueces laborales para conocer de los conflictos jurídicos que se originen directa o indirectamente en el contrato de trabajo, conforme lo prevé el numeral primero del artículo 2 del Código de procedimientos de trabajo y de la Seguridad Social, así lo determinó la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 2379 del 9 junio 2021, radicado 67494 con ponencia de Magistrado, doctor Jorge Prada Sánchez, en la cual también puntualizó lo siguiente: “entonces no se discute en sede extraordinaria que la pretensión de ineficacia de la desvinculación cuando se invoca un despido colectivo no autorizado está condicionada a la acreditación en el proceso de los supuestos legales, dicho de otra manera, no se controvierte que correspondía al juez del proceso verificar si dentro del lapso al que se refiere la norma, el empleador había dispuesto unilateralmente de una parte de su planta de personal, de acuerdo con los porcentajes descritos”.

Precisado lo anterior, se entrará a verificar si efectivamente el empleador incurrió en un despido colectivo al haber despedido a los trabajadores en alguno de los porcentajes señalados en esa norma, para ese efecto basta con realizar un cálculo matemático respecto al número de trabajadores de la demandada y el número de trabajadores despedidos en un periodo de 6 meses. Recordemos aquí que el artículo 167 del CGP, aplicable en materia laboral por remisión directa del artículo 145 del CPTSS, impone una carga para las partes dentro del proceso indicando que incumbe a las mismas probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen, de esa forma, al revisar el expediente encontramos una certificación expedida por la demandada, ETB, fechada el 18 de noviembre del año 2021, en la cual se precisó lo siguiente, entre el 27 de diciembre del año 2017 y el 27 de junio del año 2018, inclusive se terminaron sin justa causa 55 contratos de trabajo, lo cual representa el 2% de los contratos de trabajo vigentes a fecha de corte 31 de diciembre del año 2017, entre el 28 de junio y el 27 de diciembre del año 2018 inclusive, se terminaron sin justa causa 18 contratos de trabajo, los cuales correspondían a personal de salario integral, los 18 retiros representan 0,67% de los 2676 contratos de trabajo vigentes a fecha de corte 27 de junio del año 2018. En este punto, el despacho advierte que la que ETB al referirse frente al hecho sexto del acápite denominado nulidad de la terminal del contrato de trabajo por incumplimiento del requisito establecido por la Corte Constitucional en sentencia T 764 del 2005 del escrito de la demanda, reconoció que contaba con aproximadamente 2700 trabajadores, esto quiere decir que para incurrir en un despido colectivo, debía despedir por lo menos 135 trabajadores en un periodo de 6 meses o si se quiere de 130 trabajadores tomando en cuenta la diferencia que existe con la certificación, situación que no se encuentra acreditada en el expediente, máxime si se considera que la única prueba que demuestra el despido de trabajadores es la certificación ya mencionada de fecha 18 de noviembre del año 2021 con la cual se acreditó únicamente despido de 55 trabajadores en un periodo de 6 meses, lo que representa un 2.03% del total de trabajadores de la demandada, de manera que no es posible declarar la nulidad del despido del demandante con ocasión a un presunto despido colectivo por parte de la demandada ETB SA ESP, prueba en todo caso que no logra ser desvirtuada a través de las testimonial recepcionada directamente por el despacho.

En segundo lugar, el actor afirma que la empresa demandada se encontraba la obligación de comunicar a la organización sindical, la decisión de haber terminado el contrato de trabajo de los trabajadores sindicalizados, específicamente el del propio demandante con ocasión de la decisión adoptada por la Corte Constitucional dentro del trámite de revisión de la acción de tutela T 764 del 22 de julio de 2005, para ello, se aportó al expediente una copia íntegra de la mencionada sentencia, la cual reposa a folios 87 a 106 del plenario, en el numeral cuarto de esa decisión, el juez constitucional dispuso: Cuarto; prevenir a la ETB SA ESP, para que en el evento en que decida hacer uso legítimo de la facultad de terminación unilateral que la legislación laboral otorga el empleador respecto de trabajadores sindicalizados, proceda a informar previamente de tal propósito al sindicato respectivo, en los términos expresados en la jurisprudencia constitucional, la decisión adoptada por el juez constitucional en principio incluía únicamente a las partes que intervinieron en dicha acción; no obstante, al leer la redacción de la decisión adoptada por el juez constitucional, es claro que con su decisión quiso extender los efectos de dicho fallo a los demás trabajadores sindicalizados de la empresa aquí demandada, dándole así una especie de efecto intercommunis a la providencia allí proferida; a esta conclusión, llega este operador judicial luego de leer la parte motiva y resolutive del fallo de tutela T764 del 2005 en la cual también se expuso la situación que rodeó el despido de los trabajadores que en ese momento instauraron la acción; encontró la Corte que los despidos se produjeron en una época de agitación sindical y de tensión en las relaciones entre empresa y sindicato, afectando así a los trabajadores sindicalizados que habían participado en distintas actividades sindicales, lo que a la postre generó una duda razonable, en torno al carácter antisindical de la conducta del empleador y a la afectación que de la misma se derivaría para la organización de los trabajadores, situación que conllevó a la inversión de la carga de la prueba correspondiendo a la ETB, entrar a demostrar que la terminación de los contratos de trabajo, no obedeció a una persecución sindical.

No obstante, posteriormente la sentencia T 660 del 2010, ante un caso que guarda identidad fáctica y jurídica, tanto la organización sindical Sintratefonos como un grupo de trabajadores solicitaban el reintegro sin solución de continuidad, en aplicación de lo dispuesto por la misma Corte Constitucional en las sentencias T 764 del 2005 al no haberse agotado el procedimiento constitucional que le exigía la empresa, informar a la organización sindical, sobre los trabajadores sindicales que despediría; en esa oportunidad, la Corte estimó que los supuestos fácticos que dieron lugar a la presentación de la acción de tutela en el año 2005, no podían asimilarse a los que dieron lugar a la acción de tutela del año 2010, toda vez que no existe una duda razonable que permita inferir que la ETB actuó en contra de los derechos sindicales, de esta forma, también concluyó que en este caso no se despierta una mínima duda de actos retaliatorios o de menoscabo de la libertad sindical que afecten a sus miembros y el sindicato mismo, teniendo en cuenta esas consideraciones, finalmente, la Corte Constitucional consagró lo siguiente en relación a la determinación adoptada en el numeral cuarto de la acción de Tutela T 764 del 2005.

“Por otra parte, en la referida sentencia T 764 del 2005, se previno a la ETB para que en el evento en que decida hacer uso legítimo de la facultad de terminación unilateral, que la legislación laboral otorga al empleador respecto a los trabajadores sindicalizados, procediera a informar previamente de tal propósito al sindicato respectivo; en relación con este aspecto encuentra la sala que la orden dada en esa oportunidad por la Corte Constitucional atendió a unas circunstancias particulares por el desconocimiento del derecho a la asociación sindical, que protegió entonces los asuntos concernientes al

incumplimiento de la sentencia de revisión, deben ser ventilados ante el juez de cumplimiento". De esta manera, la Corte Constitucional estimó que no ha existido una prueba razonable que indicara la violación del derecho de asociación sindical por parte de la demandada ETB, no había lugar a proteger a los trabajadores que instauraron la correspondiente acción constitucional, pues la situación fáctica que se vivió en su momento era completamente diferente.

Esos mismos argumentos son adoptados por este operador judicial, pues si bien la acción de tutela proferida por el juez constitucional en el año 2005 buscó proteger el derecho a la asociación sindical de los trabajadores de la ETB por los posibles actos de retaliación hacia los trabajadores sindicalizados, lo cierto es que en el presente asunto, no se acredita plenamente ningún acto de retaliación por parte de la demandada ETB, en ese sentido nótese que los testigos, entran a una evaluación subjetiva respecto del aquí demandante al tratar de identificar situaciones que se adaptaran a una situación pasada, aunado a lo anterior, se resalta que las afirmaciones y la documentación aportada, resultan muy generales e insuficientes en orden a demostrar mínimamente la configuración de actos violatorios del derecho de asociación, nótese que si bien se insistió fuertemente en la violación de la figura contemplada en el artículo 67 de la Ley 50 de 1990, tal circunstancia no fue acreditada, lo que conduce a señalar que al no haber una afectación al derecho de asociación sindical, tampoco hay lugar a reintegrar al demandante en los términos solicitados en el escrito de la demanda, del mismo modo, si bien la actora, a folio 47 del expediente hay una certificación expedida por el Presidente de la organización sindical Sintrateléfonos, fechada el 13 de mayo del año 2019, en la cual se indicó que el señor Fernando Oviedo Aguilar, estuvo afiliado a dicho sindicato desde el 25 de junio 1996 hasta el 27 de junio del 2018, lo cierto es que esa sola circunstancia no implica que todos los trabajadores despedidos eran afiliados a dicha organización sindical o al menos así no se encuentra demostrado en este proceso.

En este punto se reitera que en el expediente no obra ningún tipo de prueba que acredite el despido por parte de la demandada respecto de un grupo de trabajadores que implique la configuración de un despido colectivo, es decir, que supere el 5% de la totalidad de los trabajadores de la empresa para el año 2018, mucho menos se encuentra acreditado que dichos despidos hubieran ocurrido frente a trabajadores sindicalizados, por lo anterior no es posible declarar que la terminación del contrato de trabajo del demandante ocurrió con violación a la ley, pues ninguna de las dos circunstancias que el demandante invocó para tal efecto se encuentran debidamente acreditadas dentro del informativo, en ese orden de ideas, no es posible ordenar reintegro del demandante aun cargo igual o de superior categoría al que desempeñaba y el pago de salarios y prestaciones sociales desde la fecha de su vinculación y hasta cuando se haga efectivo el reintegro, pues estas pretensiones dependían de un reintegro que no es posible conceder al no haberse acreditado por el accionante un hecho que diera lugar a la nulidad o ineficacia del mismo, debiéndose absolver de todas y cada una de las pretensiones principales.

*El demandante también solicita de forma subsidiaria que se condene a la demandada **al pago de los perjuicios morales y materiales** causados por el despido, pues asegura que sufrió un profundo daño moral derivado de la terminación unilateral de su contrato sin haber dado lugar a él, sobre este punto en particular, reiteradamente se ha sostenido por la jurisprudencia laboral, que la terminación del contrato de trabajo impone la indemnización de perjuicios cuando la misma ocurre sin justa causa y esos perjuicios se encuentra plenamente a probar, así lo señaló la sala laboral de la Corte Suprema de*

Justicia en diferentes oportunidades, de las cuales vale la pena recordar la sentencia del 12 de mayo del año 2004 radicado 22014, ponencia del magistrado Bernardo Vásquez Botero, allí se dijo adicionalmente: “advierte la Corte que la indemnización de perjuicios como consecuencia del daño emergente derivada de la terminación unilateral que impulsa el contrato de trabajo, que comprende específicamente los perjuicios materiales y morales, es procedente pero a condición de que sean probados en el proceso, además de su existencia, el menester demostrar el nexo de causalidad directo con el despido”. Desde allí y con relación al daño material, **la parte demandante aportó un dictamen pericial**, lógicamente, con posterioridad a la oportunidad procesal señalada en el artículo 227 del Código General del Proceso, el cual establece: dictamen aportado por una de las partes; la parte que pretenda valerse de un dictamen pericial deberá aportarlo en la respectiva oportunidad para pedir pruebas ¿Cuál era la oportunidad para pedir pruebas de la parte demandante? Según el artículo 25 del CPTSS, por la misma demanda encontramos la primera inconsistencia en el dictamen pericial, el dictamen estudió y estimó el daño material en la suma de \$196.978.636, recordemos aquí que, con relación a estos dictámenes, debe tenerse en cuenta que el dictamen pericial es un instrumento de comprensión para el juzgador que de ninguna manera se encuentra obligado a acogerse a lo descrito en el mismo, pues solamente con un análisis integral de la totalidad de los medios probatorios allegados al proceso, se podrá definir el problema jurídico sometido a su estudio, así lo recordó recientemente la sentencia del 11 de noviembre del año 2020 dentro del radicado 64322 con ponencia del magistrado doctor Jorge Prada Sánchez, en el cual recordó, “a dicha prueba se acude cuando es necesario verificar hechos que requieren especiales conocimientos en alguna ciencia, arte o profesión, sobre los cuales solo pueden pronunciarse los expertos. por ello se ha dicho que es un instrumento de comprensión para el juez, sin embargo, es a este a quien le corresponde definir el problema sometido a su escrutinio”; aunado entonces a esta postura, recordemos nuevamente cuál era la oportunidad procesal para aportar el dictamen, pero adicionalmente debe consultarse también la doctrina del precedente vertical, que admite en todo caso probar con un buen sustento, es decir, un punto de partida lógico por cuanto la misma se ha referido indistintamente al artículo 64 del CST y en otras oportunidades en las cuales ha tenido también este operador judicial frente a trabajadores oficiales por mandato expreso del artículo 51 del Decreto 2127 de 1945, mandato que en todo caso, se ratifica en el contenido de la norma y en el decreto de compilación de esa norma 1083 de 2015, en los mismos términos y allí permite el pago de la indemnización de los salarios que restan para cumplirse, el plazo presuntivo y los perjuicios, la norma es la que establece en concreto, de manera que la una textualmente considera la posibilidad y en la otra se ha estudiado con base en el artículo 64, de suerte que, al mirar en su integridad, al peritaje en lo que se refiere aquí a los perjuicios materiales, se le olvidó hacer una evaluación más objetiva, es que al demandante no se le canceló la indemnización del artículo 64 sino una indemnización convencional que se sale de la doctrina del precedente vertical en primer lugar y en segundo lugar, que debió dar ocasión a un estudio partiendo de una situación diferencial. Sí, la Convención colectiva tiene una característica y es que siempre es superior a la norma legal en el evento de que se constituya un sindicato para pactar una convención colectiva con todos los derechos legales automáticamente por sustracción de materia, se acaba la organización sindical porque se trata de buscar reivindicaciones diferentes a la ya establecidas en la normatividad legal.

Ahí se encuentra entonces un error en el punto de partida que utiliza el perito para establecer el valor de los 1000, adicionalmente a eso, no se había allegado el texto convencional y finalmente al entrar en materia, es decir, para cuantificar esos perjuicios, el perito se dedicó o dirigió más bien esta operación a sumar los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir por el demandante desde la fecha del despido hasta la fecha de la elaboración del dictamen, como si se tratar de establecer ¿Cuánto le debía el empleador en caso de un reintegro?, lo que naturalmente carece de todo razonamiento lógico, frente a la forma en que se debe realizar un peritazgo de esta naturaleza, recordemos aquí que la misma prueba nos demuestra a folio 36 que al actor en su liquidación final del contrato de trabajo se le canceló una suma convencional de indemnización por despido sin justa causa, es decir, fueron las partes ya directamente, no fue la ley la que tasó en forma anticipada los daños y perjuicios, aquí fueron las partes, las que se separaron de la ley para acordar la tasación de esos daños y perjuicios y el valor de los mismos y en la cuantía natural que debía cancelarse en casos en que se diera por terminado el contrato de trabajo sin justa causa, situación que parece no haber entendido el peritazgo, razón por la cual este operador judicial encuentra procedente apartarse del mismo, como quiera que frente a él no se logra aportar un razonamiento suficiente para efectos de valorar, los perjuicios materiales que se causaron como consecuencia del despido sin justa causa del promotor del litigio.

Por otro lado, con relación a los daños morales, recordemos, invocando inclusive y rememorando la oposición que hace el apoderado de la misma demandada que la Sala laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha indicado que podría proceder el pago de la indemnización del daño moral en distintas oportunidades se ha pronunciado respecto de él, de igual manera para esos efectos ha establecido que esta procede cuando la terminación del vínculo laboral se dio sin justa causa y que corresponde en estos casos al juez determinar el valor de los mismos, desde ese horizonte encontramos que el demandante trabajó para la demandada por un período de 22 años, de igual manera y a pesar de ese largo tiempo de servicio en el expediente quedó acreditado que no existió una justa causa para su desvinculación, tanto así que el empleador procedió a realizar el pago de la indemnización por despido sin justa causa, a pesar de lo anterior, el despacho encuentra ese despido intempestivo del actor, luego del amplio tiempo de servicio prestado a la demandada, naturalmente que produce un daño moral, una congoja, una tristeza por la simple razón de perder el empleo del cual percibía un sustento, adicionalmente el mismo hecho de enfrentarse a una edad ya más madura al mercado laboral en condiciones desiguales porque había entregado 22 años de servicio y de desgaste laboral al servicio de la ETB; en ese orden de ideas, este operador judicial considera que la demandada deberá pagar al demandante los perjuicios morales causados por la terminación unilateral sin justa causa del contrato de trabajo, después de 22 años de servicio y para ese efecto tasa los perjuicios morales en el equivalente a 30 salarios mínimos mensuales vigentes, es decir la suma de \$30.000.000.

Finalmente, el demandante solicitó que se condenará a la demandada a realizar una reliquidación de la liquidación final de prestaciones sociales pues a su juicio, la misma no se realizó con un salario realmente devengado durante la relación laboral, pese a que el actor no refiere específicamente cuál fue la diferencia salarial que se presenta, el despacho infiere que pretendía que se tuviera como salario básico la suma de \$2.500.000 por ser el salario que indicó en el hecho quinto de la demanda, es lo único que encuentra uno como soporte

al revisar la liquidación final de prestaciones sociales, se advierte que el empleador tuvo como salario base del demandante la suma de \$2.143.212, con el cual realizó el cálculo de las diferentes prestaciones y la indemnización por despido sin justa causa, si bien el demandante pretende una reliquidación debe señalarse que la única prueba aportada con la demanda respecto de su remuneración consiste en una certificación expedida por el líder del centro de servicios al trabajador de la demandada fechado el 27 de julio de 2018, en el cual se indica, textualmente lo siguiente: “que revisada la historia laboral y los sistemas de información, se encontró que el señor Ferney Oviedo Aguilar, prestó sus servicios en la ETB SA ESP mediante contrato de trabajo término indefinido desde el 12 de enero de 1996 y hasta el 27 de junio del 2018, el último cargo desempeñado fue como empalmador de la dirección de aseguramiento de servicios masivos, el último sueldo básico devengado fue la suma de \$2.143.202, el motivo del retiro fue terminación del contrato sin justa causa con esto únicamente se demuestra que el último salario del demandante correspondió al mismo con el cual se realizó la liquidación final de prestaciones sociales, en ese sentido correspondía entonces a la parte demandante acreditar un salario diferente para realizar la reliquidación solicitada como quiera que éste no se logró probar dentro del debate probatorio, por lo que se absolverá a la demandada también de esta petición....”

Inconformes con la decisión las partes interpusieron recurso así:

Parte Demandante:

“Interpongo recurso de apelación con objetivo de que se revoque parcialmente la decisión proferida por su despacho única y exclusivamente en cuanto a las pretensiones principales que fueron objeto de absolució a la parte demandada. En este sentido, me permito indicar que únicamente presentó el recurso frente a las pretensiones que no fueron acogidas en esta instancia y conforme a ello, reitero la necesidad de que efectivamente se analicen los efectos y el alcance de la sentencia T764 del año 2005 en cuánto tuvo la necesidad de prevenir a la ETB para no despedir trabajadores que tienen el carácter de sindicalizados, precisamente porque se ha generado una práctica inveterada y reiterativa de esta empresa en lesionar los derechos sindicales, tanto colectivos como individuales de los trabajadores afiliados a la organización sindical, es así como en este sentido, se tiene que se desconoció el derecho social sindical tanto de Sintrateléfonos como del trabajador demandante, incumpliendo una orden constitucional que torna ineficaz el despido del trabajador; Sintrateléfonos certificó efectivamente que ETB no informó previo al despido, una decisión de terminación del contrato unilateralmente del trabajador demandante, por su parte, no solo la sentencia T7 64 del año 2005 hace referencia a la limitación que tiene el empleador de desvincular trabajadores sindicalizados, para ello me permito citar la sentencia T 1328 del año 2001 de la Corte Constitucional, en la cual indica “Sobre este particular la sentencia T 1328 2001, la Corte expresó que cuando un empleador decide terminar unilateralmente, sin justa causa el contrato de trabajo de un grupo de trabajadores sindicalizados, además de cumplir con los requisitos legales para el efecto expresados por ejemplo en el pago de una indemnización previa o con el reconocimiento y respeto de la institución del fuero sindical, cuando a ello haya lugar en la aplicación directa de la carta política, velar por la integridad del derecho de asociación sindical de sus empleados y del sindicato al que pertenecen, lo cual supone por lo menos

informar al sindicato sobre tal hecho, con el propósito de que la organización sindical puede actuar en defensa y representación de sus intereses colectivos y los de sus afiliados. En el presente caso, la terminación de los contratos de trabajo de un número de trabajadores sindicalizados se produjo en un ambiente de tensión originado en la posición del sindicato o en relación con la privatización de ETB en general de las empresas públicas del sector de las telecomunicaciones y no se observa que haya existido una comunicación formal al sindicato sobre la decisión adoptada por la empresa, de este modo al haber procedido como procedió la empresa, desconoció el derecho de asociación sindical al no haber permitido que Sintrateléfonos actuare en representación de los intereses individuales y colectivos de los trabajadores de ETB”.

Frente a esta decisión de la Corte Constitucional, reivindico lo señalado por el señor juez y es que efectivamente corresponde en una inversión de la prueba acreditar a ETB que tales despidos no se produjeron como consecuencia de una persecución y acoso laboral o sindical en contra de los trabajadores y la organización sindical a la cual pertenece, no obstante, dentro del proceso, señor juez, se acreditó a través de la prueba testimonial y documentalmente aportada que efectivamente mi poderdante, venía siendo el producto de persecución sindical como consecuencia de su afiliación a la organización sindical pero así mismo como consecuencia de su participación activa en todas las actividades de rechazo frente a la privatización de ETB, la ineficacia o nulidad del despido se solicita como consecuencia de que la empresa demandada no cumplió con ese requisito y deber constitucional de informar previamente la organización sindical a la cual se encontraba afiliado sobre la decisión de dar por terminado este contrato de trabajo con el demandante, lo cual sin duda le produjo perjuicios tanto materiales como morales, los cuales, en relación con los morales se encontró acreditado ante el despacho.

Adicionalmente, ETB no permitió que en cumplimiento de esa sentencia, Sintrateléfonos, efectuara la defensa colectiva e individual del trabajador demandante sindicalizado despedido, conforme a esta Corte Constitucional, era imperativo para la ETB que, efectivamente informara que realizaría la desvinculación del trabajador demandante, toda vez que esta apoderada considera que ETB ha hecho uso irracional, arbitrario y unilateral de la facultad de dar por terminados contratos de trabajo sin justa causa, debe así garantizarse el cumplimiento de los instrumentos internacionales relativos al derecho de asociación sindical garantizado en el artículo 39 de la Constitución Política, adicionalmente, la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, el pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el artículo 22 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el artículo 16 de la Convención Americana sobre derechos humanos, el protocolo adicional a la Comisión Americana sobre derechos humanos, económicos, sociales y culturales, protocolo de San Salvador y los convenios 87 y 98 de la OIT ratificados por Colombia mediante leyes 26 y 27 de 1976, adicionalmente debe indicarse que la señora Alejandra Wilches en la diligencia en la cual rindió testimonio, declaró que para el año 2018, fueron despedidos aproximadamente 57 trabajadores, indicó además que entre los años 2016 y 2019, fechas en las cuales se dieron acciones para contrarrestar la privatización de ETB, se indica la reducción de trabajadores convencionados en 2018, un aumento de trabajadores de 474 personas; lo anterior acredita, que, en efecto, producto de las acciones de rechazo contra la privatización de ETB, implementada por Sintrateléfonos que condujo a la vulneración de derechos colectivos de Sintrateléfonos con la disminución de trabajadores afiliados, adicionalmente se tiene que el señor Óscar Gustavo Penagos en su declaración afirmó que le

constó directamente que el demandante participó en las acciones de rechazo frente a la privatización de ETB, acciones que fueron convocadas por la organización sindical a la que pertenecía, por lo cual efectivamente se vislumbra que la organización ETB efectuó el despido de un trabajador sindicalizado, en forma unilateral sin mediar ninguna razón, toda vez que no había tenido llamados de atención y procesos disciplinarios, ni llamados por bajo rendimiento, ni ninguna otra causa frente a la labor que desarrolló para la ETB, lo único claro que efectivamente desarrolló el demandante fue su afiliación a la organización sindical y adicionalmente las acciones de rechazo, en las cuáles siempre participó tal como fue claro, el testimonio dentro del proceso.

Adicionalmente, señor juez se disiente muy respetuosamente frente al hecho de apartarse del dictamen pericial practicado, toda vez que en las voces del artículo 227 del Código General del proceso se tiene que “la parte, que pretenda valerse de un dictamen pericial deberá aportar a la respectiva oportunidad para pedir pruebas, cuando el término previsto sea insuficiente para aportar el dictamen, la parte interesada podrá anunciarlo en el escrito respectivo, y deberá aportarlo dentro del término que el juez conceda que en ningún caso podrá ser inferior a 10 días” lo anterior acredita que efectivamente la oportunidad, no se agota con presentarlo al radicar la demanda, sino que efectivamente en las voces del artículo ya mencionado, la oportunidad, también se tiene dentro del proceso, cuando el hecho de la solicitud de la prueba se hace o se anuncia en la demanda y se solicita efectivamente, al señor juez que conceda el término como en efecto ocurrió en este caso, por lo cual muy respetuosamente, considero que no se encuentra precluida o todavía nos encontrábamos en la oportunidad para que efectivamente, lo aportáramos; así mismo se reivindica el contenido de ese dictamen, toda vez que los prejuicios materiales, no pueden ser calculados sino de otra forma en relación con la terminación del contrato trabajo sin causa en forma arbitraria y unilateral que truncó hacia el futuro efectivamente al calcular el lucro cesante, la pérdida de la labor y de la terminación del contrato de trabajo en el cual las razones por las cuales fue contratado el trabajador subsistieron toda vez que no desapareció el cargo sobre el cual el señor demandante prestaba sus servicios, por lo cual el lucro cesante no podía ser otro que efectivamente que se determinara, no sólo la pérdida del salario, sino adicional de lo que tenía que ver como pretensión principal que era el pago de salarios, prestaciones sociales de naturaleza legal y convencional y adicionalmente, se truncó un ingreso producto de las cotizaciones a la seguridad social, máxime a la edad avanzada del trabajador que quedó efectivamente sin su empleo.

Adicionalmente, en relación con la mención al Decreto 1083 del 2015, se tiene que el trabajador demandante, es un trabajador particular de acuerdo con las voces de la Ley 1341 de 2009 en relación con la Ley de las telecomunicaciones, en la cual se dispuso en su artículo 73 vigencias y derogatorias: dejar incólume lo establecido en el artículo 41 y siguientes de la ley 142 de 1994, sobre el régimen laboral aplicable a los trabajadores de empresas de telecomunicaciones en este caso el empresa ETB que efectivamente, tiene una participación del 88% de acciones del distrito, sin embargo, para este caso los trabajadores se rigen por el código sustantivo del trabajo por su carácter de particulares....”

Parte demandada

La empresa de telecomunicaciones de Bogotá, a través del suscrito apoderado y con mi acostumbrado respeto, presenta recurso de apelación ante la sala

laboral del Tribunal Superior de Bogotá, a efecto de que revoque única y exclusivamente aquello que consistió en condenas por parte de su honorable despacho, es decir, una condena a perjuicios morales que asciende a \$30.000.000 y por supuesto, las agencias en derecho. Señoría en un análisis que hace de este particular capítulo su honorable despacho, entra a mirar qué ocurre con el daño moral y si el juez en su sabiduría y en sus competencias, puede establecerlo al margen de ese dictamen que nada nos ayuda al respecto y en efecto claro que encuentra esa facultad frente a lo cual no tenemos absolutamente ninguna objeción, hemos defendido esa tesis, en este mismo tipo de procesos y en diferentes escenarios, el problema está en cuando se entra a analizar y a concluir si hay lugar o no a una condena superior a la tasada para contemplar ese perjuicio moral, esos daños morales, esa aflicción, ese dolor, tristeza, ese decaimiento, esa cantidad de efectos que pueden producir en los seres humanos más allá de lo material, en este caso un despido. El señor juez analiza un factor que no deja de ser importante, no lo negamos el tiempo de servicio de Ferney Oviedo Aguilar o algo más de 20 años y realmente es ese el punto esencial que considera haber prestado un tiempo importante de servicios a la compañía más de 20 años y es despedido de manera unilateral y sin justa causa, eso le ha de causar perjuicio, aflicción, tristeza, claro que sí la debe tener, pero no es de aquella que impone al juez y que permite condenar en perjuicios morales en caso de terminación unilateral del contrato de trabajo, cuando ha mediado una indemnización, pero muy superior a la tasada por el legislador en el artículo 64 del estatuto laboral, sino como de una forma acertadísima en un análisis como la mayoría de sus providencias, lo hacen, en el sentido de que es que aquí hay que tener en cuenta que el perjuicio fue aportado, fue pactado en un contrato que se llama convención colectiva de trabajo, se estableció la posibilidad, se previó por eso la pretensión en otro sentido, la queremos absoluta, tampoco tiene razón de que se puede despedir al trabajador sindicalizado, a un trabajador afiliado Sinrateléfonos por supuesto, al beneficiario de la convención, con una indemnización muy superior a la establecida en la ley y se pactó esos perjuicios, en varias disposiciones podemos recordar en la cláusula 19, literal C, la recopilación de convenciones del 94 o la cláusula cuarta de las convenciones colectivas 90 y 91, Sinrateléfonos, ETB y así obró la compañía, si se le hubiera pagado la indemnización legal del artículo 64 a Ferney Oviedo le hubiera correspondido unos \$29.000.000, algo menos, \$82.774.232, fue la indemnización que se le pagó a Ferney Oviedo por el despido. Entonces, señoría, si uno analiza un poquito, descende a cuando la Corte Suprema de Justicia, sala laboral, porque esto no está arreglado, no hay una legislación, no encontramos un catálogo de normas, un menú normativo que nos diga, miren este caso específico, usted puede entrar a condenar el daño moral en perjuicios morales y dejar un poco al margen lo que ya se le pagó por otro concepto que insisto, que la indemnización pactada en la convención colectiva de trabajo, comprendía todo ello, sin embargo y en gracia de discusión observamos que cuando la Corte Suprema de Justicia en sala laboral, en esas sentencias que hemos citado y en otras como en ese SL 3203 del 2016 y otras prevé la posibilidad que impone también unas restricciones al juzgador, de las más importantes, que aquí están totalmente ausentes es la prueba de que el despido se configuró en una actuación reprochable del empleador que tenía por objeto lesionar al trabajador o que le originó un grave detrimento no patrimonial.

Esto es muy complejo porque es que esto hay que probarlo, no basta decirlo y no tenemos una sola prueba sobre eso, no existe un lineamiento que diga calcule los años que lleve trabajando el trabajador porque uno la puede voltear más trabajo, más años de servicio, más indemnización; en efecto, miren la indemnización del trabajador; ahora un trabajador que tiene sobrado los

requisitos, por lo menos en cuanto a cotizaciones en materia de pensión, es un trabajador que se va a pensionar muy prontamente, por eso, normalmente un trabajador próximo a pensionarse, no se despide porque la empresa, simplemente por la pensión lo puede despedir sin pagar un peso por indemnización, entonces eso podría verse desde las dos caras, ya habiendo laborado tanto y con esa edad que tiene, se va a pensionar y fuera de eso va a salir indemnizado, tema que no hubiera ocurrido si simplemente hubiera salido pensionado sin indemnización, pero entonces fíjense que por una parte, no hay una actuación reprochable que se le indique es que mire casi que si se hubiera encontrado eso, habría tenido que fallarse, prácticamente, también podría haberse pensado en el reintegro del trabajador, en una nulidad del despido porque hubiera sido un acto prácticamente doloso de la empresa en ese sentido, pero ya desde el 2014 en SL 1715 señoría, porque esto nos toca con la jurisprudencia, También habla de eso, de que el trabajador haya sido despedido de manera injusta, arbitraria que trajo consigo un menoscabo y aspectos emocionales de su vida, tanto en lo íntimo como en lo familiar o social por eso era que el señor contador no le servían los conocimientos financieros para esto, ni una entrevista con Ferney Oviedo, porque el único que hay fue lo mismo que dijeron en la demanda y lo que dijo Ferney Oviedo al perito que él no conoce de eso, aquí se necesitaba, era un psiquiatra, se necesitaba, era un sociólogo, se necesitaba un terapeuta familiar, que se fuera para allá, para la casa de él y analizará su situación, con conocimiento y con formación en las ciencias del alma de la mente, del dolor, de los sufrimientos y que sepa; porque es que esto tiene que ser así, no se puede condenar de otra manera, por eso la Corte es muy insistente en decir que ese trabajador tiene que haber sufrido una tristeza, una aflicción, un dolor, un menoscabo en su alma, en sus sentimientos, en su familia, en su vida de relación, para que aparte de la indemnización que se le pago, se le pague otra adicional, porque pues claro que todos nos ponemos tristes cuando nos echan de los empleos, eso es absolutamente natural y por eso se paga, pero hay que ir mucho más allá y hay que probarlo.

Entonces igual podríamos citar 22014 del 2004 porque es que venimos de adelante hacia atrás y tenemos entonces que esos elementos que ha trazado la Corte no los encontramos en este caso ni probados, ni establecidos lógicamente, con ese prudente juicio que tiene el juzgador y con esa facultad que tiene el juez para para tasarlos, miren, por ejemplo, el caso que es muy interesante en la 22014, cuando dice “aún terminado el presente, las consecuencias normales, el estado de ánimo del contratante, sino que debe estar ligada a circunstancias graves que causen un real daño de índole moral, como lo sería, la imputación injustificada de conductas delictivas contrarias a la moral o la ética que afecten la honra o el buen nombre del trabajador, etcétera”; eso no ocurrió, o eso era lo que había que probar en este evento, para poder decir aquí hay un daño por fuera del tasado en la ley, pero ni que se diga muy superior a todo a esa que ya estaba previamente establecido en la convención colectiva de trabajo firmada entre Sintra teléfonos y la ETB.

Entonces Señoría, muy brevemente por estas razones, porque simplemente no están reunidos los lineamientos que la Corte Suprema de Justicia en Sala laboral y que la doctrina ha establecido para fijar unas indemnizaciones y condenar a indemnización por daño moral, en el evento del despido, como que ni el comportamiento del empleador tiene una relación de causalidad con los presuntos sufrimientos, aflicciones, dolores y penas que sufriría el trabajador, pero que tampoco se probaron esas aflicciones más allá de la mera tristeza y la inconformidad que nos produce el despido, no fueron probados, no era fácil hacerlo, pero tenía que hacerse y si ello hubiera ocurrido, si había sido muy fácil hacerlo, había sido muy fácil demostrarlo para eso están las consultas médicas, la atención del psicólogo, el propio perito hubiera podido acompañarse de un

psicólogo, un sociólogo, un terapeuta. En esos dos aspectos solicito se revoque la decisión de primer grado, en cuanto a la condena en perjuicios y costas....”

CONSIDERACIONES

De conformidad con lo establecido en el art 66 A del C P del T y de la S S, esta Sala resolverá los recursos, empezando por razones de método por el de la parte actora.

Recurso parte demandante.

Lo primero que se advierte, es que las pretensiones de la demanda tanto principales como subsidiarias, se fundamentan en una protección derivada del derecho de asociación y en consecuencia de la libertad, para que los afiliados a una organización sindical; puedan ejercer tranquilamente el mismo, sin presiones y sin temor a ser despedidos, **en razón se itera, al ejercicio de esa actividad.**

Claro resulta que la constitución de 1991, elevó a la categoría de derecho fundamental el derecho de asociación, en concordancia con las normas internacionales que otorgaban al derecho de sindicalización tal jerarquía.

Es así como del estudio de convenios internacionales relacionados con el derecho de coalición y de asociación surge la norma consagrada en el artículo 39 de la Constitución Nacional, en donde se señala el derecho de los trabajadores y empleadores a constituir sindicatos o asociaciones sin intervención del estado.

Inspirado en el mismo criterio de la libertad de asociación, el mismo artículo reconoce a los representantes sindicales el fuero y las demás garantías necesarias para el cumplimiento de su gestión.

También es cierto que existen mecanismos administrativos y acciones judiciales, que tienden a garantizar la existencia de las asociaciones sindicales, para que no solo los directivos sindicales en algún momento sean protegidos, sino también todos los afiliados; como cuando se adelanta la negociación de un pliego válidamente celebrado (Fuero Circunstancial), o como cuando

efectivamente se demuestra que se atenta contra el derecho de asociación que incluso puede llegar a constituir una violación a normas penales.

No obstante, ello no implica que las empresas, no puedan hacer uso de la facultad que les otorga la Ley, para finalizar contratos de trabajadores afiliados a organizaciones sindicales, que no son directivos y en momentos diferentes a una negociación; casos en los que operarían los amparos o fueros antes mencionados; **salvo que quede absolutamente demostrado**, que la facultad no lo era, sino que más bien era una forma de disminuir la asociación, lo que como ya se dijo puede ser incluso, un delito.

Justamente por la gravedad de una conducta así; es que no basta para concluir que sucedió, las solas afirmaciones de los implicados y justamente también por ello, es que en sentencia de tutela la Corte Constitucional en un caso en particular determinó las sub reglas para concluir; que las terminaciones de contratos de afiliados a organizaciones sindicales en algunos casos no solo eran terminaciones autorizadas por la Ley, sino más bien mecanismos para afectar las organizaciones sindicales y en consecuencia el derecho de asociación, lo que traería como consecuencia determinar la ineficacia de los despidos.

Ahora bien, por ser sentencia de tutela y como así mismo aclara la Corte, dado sus efectos interpartes; será en cada caso que deba estudiarse de acuerdo con las pruebas si en verdad los despidos obedecieron a conductas atentatorias contra el derecho de asociación; como afirma el recurrente sucedió.

En ese orden la Sala encuentra que, tanto en el juicio como en el recurso, la parte actora solo realizó afirmaciones al respecto carentes absolutamente de respaldo probatorio; lo que analizaremos no sin antes recordar las sub reglas determinadas en la sentencia T 1328 de 2001 apoyo de las pretensiones, las cuales son: i) El número de trabajadores despedidos en cuanto y en comparación con el número de afiliados, ii) El rol de los despedidos, iii) frecuencia con la que se acude a la terminación de los contratos, iv) oportunidad o espacio temporal en la que suceden los despidos y v) impacto de los despidos frente a los demás trabajadores, vi) animus o intención del empleador al efectuar las terminaciones del contrato.

Pues bien, el recurrente asegura que con la declaración de la testigo Marta Alejandra Wilches Pulido, quedó acreditado que los despidos se hicieron por la participación del demandante en protestas ante la presunta privatización de la empresa, asegurando además que con el interrogatorio de parte se estableció que el demandante participó activamente en las mismas; lo que evidentemente no se discute, hecho que solo requería dicho sea de paso esa confesión.

Sin embargo analizada la declaración de esta testigo, la Sala no puede más que compartir lo expresado por el Juez, pues acertadamente concluyó la poca credibilidad que podía otorgársele, toda vez que en un comienzo afirma que conoció al demandante después de ser despedido y acto seguido dice que era muy comprometido y que fue despedido por asistir a las movilizaciones, sin que esa afirmación este sustentada en ninguna otra prueba; más que, se itera, en afirmaciones de una declarante que incurre por supuesto en contradicciones evidentes, más cuando por lógica, si conoce al demandante después de haber sido despedido, no puede dar fe ni siquiera de su participación en actividades sindicales, lo que al respecto la convierte en un testigo de oídas.

Lo único claro entonces, por confesión del demandante, es que participó en movilizaciones, pero que esta fuera la causa de la terminación del contrato no está acompañada de una sola prueba, tampoco de la afectación o disminución de miembros del sindicato; -no sobra recordar que tampoco se probó el número total de despedidos-; ni el perjuicio causado a la organización ni menos aun siendo ello primordial, que la intención de empleador haya sido la afectación a la organización como retaliación a las protestas por su política empresarial.

Finalmente vale decir que, si bien el despido de uno o más trabajadores sindicalizados, disminuye sus miembros, no es cierto que ello lleve inexorablemente, como dice el recurrente, a su debilitamiento a perpetuidad afectando su capacidad de lucha; porque como señaló el Juez por el contrario lo que quedó demostrado es que la organización sindical en cuestión no se afectó y sigue ejerciendo sus funciones en completa normalidad.

No sobra agregar que le correspondía al demandante probar el número de trabajadores despedidos contrario a lo que se afirma en el recurso, eso no sucedió con la declaración de la testigo, menos aun lo que denomina persecución sindical, ni intención alguna de despedir trabajadores que

participaron en protestas, luego sin más consideraciones por innecesarias, se impone CONFIRMAR la decisión del Juez, que llegó a idéntica conclusión, luego de una acertada valoración no solo de las pruebas sino de la sentencia de apoyo a las pretensiones; siendo este el único motivo de inconformidad planteado y se itera dado lo establecido en el artículo 66 A del C P del T y de la S S.

Perjuicios materiales y morales

Sea lo primero recordar, que el accionante pretende se le reconozca y pague una indemnización por perjuicios materiales y morales ocasionados por la terminación ilegal e injusta de su contrato de trabajo.

Fundamenta su pretensión básicamente en que se le causó un agravio injustificado con su desvinculación irrogándole perjuicios de orden material y moral; que desde la fecha del despido no percibe ingresos en la proporción devengada al interior de la ETB que le permitan procurarse una subsistencia digna; que tuvo que acudir a tratamientos médicos derivados del decaimiento de su salud; que ha sufrido un profundo daño moral; que no cuenta con los requisitos para obtener su derecho pensional; que tanto el actor como su núcleo familiar derivan su sustento del ingreso salarial mensual que éste devenga y, que debe velar por la subsistencia digna de sus hijos quienes dependen económicamente de él.

Inconforme con la decisión del fallador de primera instancia de absolver de los perjuicios materiales indica que debe tenerse en cuenta el dictamen pericial y que éstos no son otros que el lucro cesante como allí se calcula.

En cuanto al Dictamen Pericial efectivamente se evidencia que el fallador de primera instancia entró en imprecisiones al valorarlo, como quiera que primero, indicó que no se había aportado dentro de la oportunidad procesal pertinente, por lo que no podría tenerse en cuenta, lo cual sea dicho de paso, no es el momento para determinarlo, pues si ello fue así, no entiende la Sala porque lo decretó como prueba, le corrió traslado de él a la parte demandante y recibió el interrogatorio del perito; y segundo, pese a haber dicho que no se había presentado dentro de la oportunidad procesal pertinente decidió valorarlo en su sentencia.

Planteado lo anterior, debe decirse que el Dictamen Pericial será valorado por esta Corporación, pues se evidencia que fue decretado por el *A quo* como prueba en favor de la parte demandante. Al revisarlo se evidencia que para calcular los **perjuicios materiales** el perito calcula los salarios y prestaciones que se hubiese devengado, lo cual corresponde al lucro cesante y, efectivamente como lo señala la apoderada de la parte demandante los perjuicios materiales se componen del lucro cesante y el daño emergente; sin embargo, olvida que tal y como lo ha explicado la Corte Suprema de Justicia, la indemnización por despido sin justa causa comprende el lucro cesante y el daño emergente, luego no hay lugar a condenar por el mismo concepto dos veces, pues conforme se evidencia de los hechos de la demanda el trabajador ya recibió una indemnización por despido sin justa causa; por lo que se confirmara la absolución impartida por este concepto.

Ahora, para que proceda el pago de **perjuicios morales** ha dicho la Corte entre otras en la sentencia SL 1361-2023 que es necesario que se pruebe la afectación que la terminación por despido injusto generó en el fuero interno del trabajador y, que éste se configuró ante una actuación reprochable del empleador, que tenía por objeto lesionarlo o que le originó un grave detrimento patrimonial.

Señalando además, que el hecho de que el despido suponga para el trabajador una tristeza por la pérdida del ingreso económico y, por las inevitables consecuencias que de ello se desprenden, no es suficiente para considerar que el empleador le irrogó los perjuicios morales cuyo resarcimiento deprecia. Indicando en la sentencia bajo el radicado 22015 del 20 de febrero del 2004 que:

“Como ya se indicó, no basta dar por sentado que luego del despido el ex trabajador por su inactividad laboral le sobrevino una situación de carencia económica; esta conclusión es la que enseñan las reglas de la experiencia, pero también que la penuria tiene origen en una multiplicidad de causas ajenas, y aún anteriores, a la relación contractual; ciertamente no existe prueba en el proceso que establezca algo diferente, como por ejemplo, que por las maneras en que se surtió el despido o por circunstancias que lo acompañaron, se le redujeron al actor las posibilidades u ofertas de trabajo.

Así, entonces, el dolor del actor, que según se indica en la demanda se deriva de la carencia de “ingresos para responder por las obligaciones

familiares, sociales, civiles y comerciales” los que antes obtenía de su trabajo, el cual era su única fuente de sostenimiento, no tiene relación directa con el despido y por tanto no puede ser atribuido a la actuación injusta del empleador.”

Conforme a lo anterior, es claro que no bastaba con señalar como lo hace el demandante que desde la fecha del despido no percibe ingresos en la proporción que antes devengaba en la ETB, pues ni siquiera aporta pruebas de los salarios o contratos que ha tenido con posterioridad al despido; tampoco de cuáles son sus gastos y de que manera se han visto afectados, sino que se limita a señalar de manera genérica que tanto él como su núcleo familiar se han visto afectados.

Lo mismo ocurre cuando indica que tuvo que acudir a tratamientos médicos derivados del decaimiento de su salud; sin indicar si quiera cuales tratamientos médicos o en que se vio afectada su salud, cuál fue el decaimiento que tuvo en su salud, ni mucho menos aportó prueba de su dicho; quedando simplemente en afirmaciones genéricas sin ningún sustento probatorio.

Tampoco es suficiente para acceder a perjuicios morales que indique que sufrió un profundo daño moral, sin siquiera especificar cuál fue o en que consistió o que le ocasionó el daño moral que alega en su demanda. Y es que el hecho de que un trabajador sea despedido y no cuente de manera inmediata los requisitos para acceder a un derecho pensional, por si solo, no da derecho a los perjuicios morales que aquí reclama.

Y es que revisando el dictamen pericial aportado en nada sirve para poder acceder a la condena de perjuicios morales, pues en dicho dictamen considera la Sala que el perito quien ostenta la profesión de contador no era la persona idónea para evaluar unos daños morales, lo cual se ve reflejado en su dictamen en el que indica únicamente frente a este punto “...Es de mencionar que el afectado tiene tres hijos en edad escolar, los cuales se vieron perjudicados directamente, con la ausencia de trabajo y desprotección de la convención colectiva que le cobijaba a su señor padre, situación que afecta la parte emocional, sentimental, psicológica y de aprendizaje; en este mismo sentido, se afecta directamente a toda la familia en la estabilidad social y económica al no poder responder por sus obligaciones económicas a cinco créditos activos con el sector financiero al momento del despido”; sin siquiera cuantificar el valor de los perjuicios morales o señalar que pruebas tuvo en cuenta para llegar a esa conclusión tan genérica y, la cual no tiene

ningún fundamento, pues como lo manifiesta al ser interrogado el supone que al quedarse sin trabajo el actor se vio afectado por lo que éste le manifestó y porque él también se ha quedado sin trabajo, lo cual no tiene ningún fundamento probatorio, pues el demandante no puede fabricar su propia prueba y, el perito no puede realizar un dictamen basado en suposiciones.

Tampoco se prueba que el despido haya obedecido a una actuación reprochable del empleador, que tenía por objeto lesionarlo o que le originó un grave detrimento patrimonial, como exige la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y no se aportó ninguna prueba que permita dar paso a una condena por perjuicios morales, pues los testigos traídos al proceso nada aportan a este punto.

En consecuencia, y no encontrando ningún respaldo probatorio en la decisión del fallador de primera instancia al condenar al pago de perjuicios morales, los cuales no pueden basarse en suposiciones, se revocará el numeral segundo de la sentencia apelada, para en su lugar absolver a la demandada de las pretensiones de la demanda y declarar probadas las excepciones de inexistencia de la obligación e inexistencia de la obligación de pagar perjuicios o costas procesales.

Sin costas en la alzada. Las de primera instancia quedan a cargo de la parte demandante.

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

R E S U E L V E

PRIMERO: REVOCAR el numeral segundo y tercero de la sentencia apelada conforme lo expuesto en la parte motiva de este proveído, para en su lugar **ABSOLVER** de las demás pretensiones de la demanda y declarar probadas las excepciones de inexistencia de la obligación e inexistencia de la obligación de pagar perjuicios o costas procesales.

SEGUNDO; Sin Costas en esta instancia. Las de primera instancia quedan a cargo de la parte demandante.

Las partes se notificarán por **EDICTO**, según lo establecido en los artículos 40 y 41 del C P del T y de la SS.



MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO



LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C
SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 09-2019-00316-01
ASUNTO: APELACION DE SENTENCIA
DEMANDANTE: JOHN ALEXANDER CASTAÑO GALLEGO
DEMANDADO: FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los treinta y un (31) días del mes de julio de dos mil veintitrés (2022), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por ambas partes, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado 9° Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 17 de febrero del 2022.

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior a las partes para presentar alegaciones, fueron remitidas las de la parte demandada.

ANTECEDENTES

El señor JOHN ALEXANDER CASTAÑO GALLEGO por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se CONDENE a la demandada al pago de las sumas correspondientes por



concepto de prima extralegal de servicios y prima extralegal de vacaciones; que se reajuste el valor de las cesantías, los intereses a las cesantías y las vacaciones teniendo en cuenta la prima extralegal de vacaciones y la prima extralegal semestral como factor salarial; sumas que deberán pagarse debidamente indexadas, junto con las costas procesales. (Expediente Digital)

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que suscribió contrato con la demandada a término fijo el cual por voluntad de las partes se modificó a indefinido; que la vinculación con la demandada inició el 1° de mayo del 2002; que se desempeña como Extensionista en el Municipio de Santuario (Risaralda) con una remuneración mensual para el año 2015 de \$2'729.950, para el año 2016 la suma de \$2'921.047, para el año 2017 la suma de \$3'125.520 y para el año 2018 la suma de \$3'313.051 mensuales; que en la demandada existe una organización sindical denominada Sindicato Nacional de Trabajadores de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia (SINTRAFEC); que entre la organización sindical y la Federación Nacional de Cafeteros se han firmado diversas convenciones colectivas; que en el artículo 29 de la Convención suscrita en 1974 se estableció una prima semestral, por lo que el actor tiene derecho a 2 meses de salario en junio y dos meses de salario en diciembre de cada año; que en el artículo 10° de la Convención Colectiva de Trabajo suscrita en 1984 se consagró una prima de vacaciones; que dado que se vinculó el 01 de mayo del 2002 a partir del mes de mayo del 2003 se causaron e hicieron exigibles las primas de vacaciones; que desde la fecha de su vinculación la demandada se ha negado a reconocerle y pagarle las primas semestrales y las primas de vacaciones consagradas convencionalmente; que para negar dichas prerrogativas ha argumentado que el actor no es beneficiario de la convención colectiva de trabajo, lo cual no se comparte pues la convención aplica a todos los trabajadores sean o no sindicalizados; frente a lo cual ya se pronunció la CSJ; que la prima de vacaciones es factor salarial.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, la **FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS** se opuso a la totalidad de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó el contenido en los numerales 2 y 3 y, negó los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, prescripción, pago y compensación, buena fe y la genérica. (Expediente Digital).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:

“PRIMERO. DECLARAR la existencia de un contrato de trabajo a término fijo entre el señor Jhon Alexander Castaño Gallego y la Federación Nacional de Cafeteros desde el 1° de mayo de 2002.

SEGUNDO. CONDENAR a la demandada a pagar al demandante las primas de vacaciones de 2016 por valor de \$4.668.579 y la del 2017 por \$4.939.020.

TERCERO. CONDENAR a la demandada a pagar al demandante las primas semestrales, así:

- i. Prima extralegal de junio de 2016: \$ 2.281.853
- ii. Prima extralegal de diciembre de 2016: \$ 2.847.820
- iii. Prima extralegal de junio de 2017: \$ 2.428.185
- iv. Prima extralegal de diciembre de 2017: \$ 2.998.639
- v. Prima extralegal de junio de 2018: \$ 2.208.701

CUARTO. CONDENAR a la demandada a tener la prima de vacaciones como factor salarial y, en consecuencia, pagar al demandante los siguientes reajustes:

- i. Por intereses a las cesantías un total de \$ 224.497
- ii. Por primas de servicio un total de \$1.361.560
- iii. Por vacaciones un total de \$1.879.546

QUINTO. CONDENAR a la demandada a pagar las diferencias que se causaron por la falta de inclusión de la prima de vacaciones como factor salarial en la liquidación de las cesantías. Ello, desde las cesantías que se causaron a partir del 1° de mayo de 2002 hasta las cesantías que se debieron consignar el 14 de



febrero de 2018; diferencias que deberán ser consignada al respectivo fondo que administra las cesantías del señor Castaño Gallego.

SEXTO. DECLARAR PARCIALMENTE PROBADAS las excepciones de prescripción, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, pago y compensación, buena fe y la genérica.

SÉPTIMO. ABSOLVER a la demanda de las demás pretensiones incoadas en su contra, conforme a la parte motiva de esta providencia.

OCTAVO. COSTAS. Las costas estarán a cargo de la Federación Nacional de Cafeteros y a favor de la parte demandante. Tásense por Secretaría. Fijense como agencias en derecho la suma correspondiente a \$1.600.000, de conformidad con el Acuerdo PSAA16-10554 de la Presidencia del Consejo Superior de la Judicatura.”

Fundamentó su decisión el Juez de primer grado señalando que:

Problema jurídico consiste en determinar la clase de contrato que une las partes y resuelto lo anterior vamos abordar el segundo problema que radica en establecer si eran aplicables las disposiciones convencionales que reseña en el escrito de demanda y si como consecuencia de ello, tiene derecho al pago de primas semestrales, prima de vacaciones y reliquidación de cesantías, intereses sobre cesantías, primas de servicios y vacaciones durante todo el tiempo de servicio; sentido de la decisión: esta judicatura accederá parcialmente a las pretensiones con base en las siguientes consideraciones: sea primero advertir que la parte demandante sostiene que el vínculo que detenta con la Federación Nacional de Cafeteros es a término indefinido, mientras que la demandada señala que contrato es a término fijo. Ahora en el plenario obra un contrato de trabajo a término fijo, visto a folios 2 y 3, así como también una certificación que milita folio 4, en la que se relaciona que el contrato era a término indefinido. Sobre la existencia del contrato de trabajo a término fijo, la jurisprudencia laboral ha precisado que partiendo de lo estipulado en el artículo 46 del CST, la eficacia de esas estipulaciones pende del cumplimiento de la solemnidad requerida por la legislación, es decir, que el mismo obre por escrito; para el caso en particular, se observa que en efecto obra prueba documental del pacto celebrado respecto del término fijo en Córdoba, a partir del 1 de Mayo del año 2002 a esto se contraponen la mencionada certificación; sin embargo, este documento no ofrece convicción sobre una convención entre las partes tendiente a modificar la duración del contrato, es decir, el contenido de la certificación no tiene la potencialidad de desacreditar el acuerdo a que llegaron las partes en el contrato referido, más aún cuando el documento fue expedido unilateralmente por el director ejecutivo por tanto, para cualquier efecto al que haya lugar se tendrá que las partes están unidas por un contrato de trabajo a término fijo desde el 1 de mayo del año 2002.

Ahora, en cuanto a la extensión de las convenciones a terceros procede el despacho a decantar si las convenciones eran aplicables, en lo que tiene que ver con las primas de vacaciones y primas semestrales, se procederá a analizar si las convenciones de 1974 y 1984 son aplicables al actor, especialmente en lo que concierne a la prima de vacaciones y las primas semestrales. En tal sentido, se tiene que en el artículo 29 de la convención colectiva celebrada en 1974 se dispuso lo siguiente: primas semestrales: adicionalmente a lo existente, las empresas pagan a todos los trabajadores por concepto de primas de servicios 20 días más del salario de la prima semestral de junio quedando en consecuencia así: dos meses de salario básico, prima de carestía, prima antigua de sobrecargos nocturnos en junio y dos meses de salario en diciembre, dichos pagos se harán de acuerdo a las normas vigentes de las empresas para esta prestación social, este punto tendrá vigencia a partir del 1 de septiembre de 1974, continuando con el mismo documento, dispuso en su artículo 33 lo siguiente: “la presente Convención colectiva de trabajo será aplicada a todos los trabajadores de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia y de los Almacenes Generales de Depósito de Café SA Almacafé en las condiciones y términos aquí indicados, a los trabajadores no sindicalizado que se beneficien total parcialmente con la convención colectiva se les hará con destino a sindicatos, las retenciones que autoriza la ley”. A su vez la Convención colectiva 1984, en su artículo 10, previó lo siguiente: prima de vacaciones: a partir de la firma de la presente Convención, la prima vacaciones tendrá la siguiente escala; para el primer periodo del 50% de la remuneración integral mensual, para el segundo periodo del 70% de la remuneración integral mensual, para el tercer periodo, 95% de la remuneración integral mensual para el cuarto periodo el 115% de la remuneración



integral mensual, quinto al décimo periodo de 130% de la remuneración integral mensual, del décimo primero al décimo quinto periodo el 135% de la remuneración integral mensual, del 16° en adelante 140% de la remuneración integral mensual. La prima de vacaciones se podrá compensar en tiempo hasta por un periodo de 1 año” igualmente, el artículo 16 de esta Convención dispuso que se aplicaría a todos los trabajadores de la Federación Nacional de Cafeteros y de los Almacenes Generales de Depósito de Café SA, en tal sentido, advierte el despacho frente a la extensión de los elementos convencionales de la Federación Nacional de Cafeteros, que la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 38463 del 25 de septiembre de 2012 señaló lo siguiente, “bajo ese marco general, estima la sala que ciertamente, la lectura de la cláusula convencional, sobre todo el segundo inciso realizada por el tribunal, distorsiona de manera palmaria el texto que recoge la voluntad de las partes, porque allí, en ningún caso se está condicionando la aplicación de las prerrogativas convencionales al pago de las cuotas sindicales, por el contrario, la primera parte de la exposición extiende de manera clara la Convención a todos los trabajadores, mientras que la segunda estipula que, por esos beneficios, a los trabajadores no sindicalizados se les harán con destino a sindicatos las retenciones que autoriza la ley, de manera que en realidad esta última estipulación, antes que una condición es apenas una consecuencia de la extensión de la Convención a todos los trabajadores y su inobservancia por parte de la empresa en modo alguno, incide en la determinación del alcance de la disposición contractual, como tampoco se ve este afectado por el hecho de que en vigencia el contrato de trabajo no se hubiera reconocido al actor ningún derecho de carácter convencional, si la voluntad de los contratantes hubiera sido condicionar la aplicación de la Convención a los trabajadores no sindicalizados, al pago de las cuotas al sindicato, así lo habrían dicho de manera expresa y nítida, o por lo menos con unos enunciados de los que se pudiera desprender razonablemente ese alcance, pero lo que aquí resulta claro es que en la regulación que acordaron las partes no hay ningún asomo de esa intención, ni siquiera haciendo el más grande esfuerzo interpretativo, ni admitiendo las limitaciones que pueda reconocerse al lenguaje natural, porque, aun aceptando que esto es así, es evidente que aquel cumple una importante labor comunicativa y puede expresar con certeza y unívocamente el querer de los contratantes, sin que, por otro lado de ninguna otra prueba se desprenda que fue voluntad de las partes regular el asunto como lo aduce la empresa; por lo tanto, si las partes consciente y nítidamente decidieron ampliar los beneficios de la Convención a todos los trabajadores, cualquier restricción a esta estipulación debía ser igual de diáfana y específica, cuestión que no se entrevé por ningún lado, incluso considera la sala importante destacar que la intención de los contratantes de extender la Convención a todos los trabajadores, sin que el pago de la cuota al sindicato fuera condición para ello, se reafirma con unas estipulaciones incluidas en algunas convenciones, por ejemplo la de los años 1982 a 1984, en cuyo artículo 24 se consignó “los trabajadores no sindicalizados y que así mismo se benefician de la presente convención colectiva y futuros actos jurídicos que pongan fin a los conflictos colectivos respectivos pagarán a Sintrafec una cuota ordinaria mensual del 1% de salario, devengado por el trabajador a menos que renuncien expresamente a los beneficios de la contratación colectiva” de donde es fácil inferir que solamente en el caso de la renuncia expresa del trabajador a los beneficios convencionales, no se le aplicarían los mismos, situación que aquí, en todo caso, no ha sido alegada, pues la empresa sustenta la no aplicación al actor de las prerrogativas de la Convención por el carácter minoritario del sindicato y por el no pago de las cuotas, siendo que estas situaciones no excusan la extensión de dichos derechos”.

Igualmente se tiene en sentencia SL 7805 2016 la alta corporación reseñó lo siguiente, “así, el artículo 471 del Estatuto antes mencionado, preceptúa que cuando, en la Convención colectiva, sea parte de un sindicato cuyos afiliados excedan de la tercera parte del total de los trabajadores de la empresa, las normas de la Convención se extienden a todos los trabajadores de la misma, sean o no sindicalizados; ahora bien, en términos de jurisprudencia, no es este el único evento de extensión del convenio colectivo de trabajo, toda vez que así como fruto del proceso de negociación, las partes acuerdan que los beneficios convencionales se extiendan a otras personas como jubilados o trabajadores no afiliados al ente sindical, así se trate de uno minoritario en la medida en que no se transgrede el principio del mínimo de garantías, tal consenso es totalmente válido y surte efectos plenamente”. Con todo, encuentra entonces el despacho que no son atendibles los argumentos de la demandada cuando señala que al demandante no le eran aplicables los instrumentos convencionales por no encontrarse afiliado al sindicato porque no se le efectuaron los descuentos para la organización sindical y porque el sindicato es minoritario. Esto debido a que no es jurídicamente viable que el empleador desconozca las obligaciones adquiridas en los instrumentos convencionales respecto de la totalidad de los trabajadores, pues para extender los beneficios allí contemplados bastaba con el acuerdo de las voluntades que se llevó a cabo entre el sindicato y el empleador, sin que mediara más requisitos como la afiliación al sindicato o el pago de las contribuciones sindicales para hacer acreedor de los emolumentos antes referidos a lo que se suma que antes del 2018, al analizar todas las convenciones colectivas que fueron aportadas y observa que el campo de aplicación del régimen convencional pactado desde el 74, no fue derogado, sustituido ni modificado por los textos de las posteriores convenciones colectivas. En tal sentido, se concluye que el empleador debía pagar al demandante las primas semestrales y de vacaciones desde el inicio de la vinculación hasta la fecha en que se afilió al sindicato, pues el pago de las prestaciones convencionales en vigencia de su afiliación al sindicato no es objeto del presente litigio. Ello quiere decir que no se discute la aplicación de las normas supraleales, después de junio 2018, además de observarse que la Convención aportada por la demandante correspondiente al año 2021, dispuso en su artículo 44 que las anteriores convenciones quedarían derogadas.

Ahora, para resolver sobre los factores que componen el salario siendo diáfano que el trabajador le asiste derecho a percibir las primas semestrales y de vacaciones con apego a lo antes expuesto, procede el despacho



a decantar su incidencia salarial para los objetos reclamados en la demanda, para ello, son de aplicación los artículos 127 y 128 del CST que primero establece que constituye salario, además de la remuneración ordinaria todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa de servicio; por su parte, el segundo consagra 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 reciben dinero o en especie no para su beneficio ni para enriquecer su patrimonio, sino para desempeñar a cabalidad sus funciones como gastos de representación, medios de transporte, elementos de trabajo y otros semejantes; en cuanto a la prima semestral, debe precisarse que el artículo 29 de la Convención colectiva de 1974, no le otorgó connotación salarial a sí mismo, su exclusión como parte integrante del salario encuentra sustento en el artículo 128 del CST y se apoya en la cláusula segunda del contrato de trabajo a término fijo que suscribieron las partes, además de observarse que la génesis de su reconocimiento es la decisión voluntaria del empleador a la Convención, siendo evidente que ese concepto, no pretende retribuir el servicio del trabajador; en consecuencia, no es dable tener en cuenta la primera semestral para efectos salariales. En lo que concierne a la prima de vacaciones, debe decirse que no sucede lo mismo debido a que el artículo noveno de la Convención Colectiva en 1996, le atribuyó incidencia salarial a folio 70, en suma, otros pronunciamientos del máximo órgano de cierre de esta jurisdicción, han dispuesto que, en efecto, la prima de vacaciones hace parte del salario; al respecto en sentencia SL 1690 de 2021 se indicó lo siguiente “el artículo noveno de la Convención Colectiva de Trabajo 1996, 1997, celebrada entre la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, Almacafé y Sindicato Nacional de Trabajadores de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia Sintrafec, a raíz de los cambios de jurisprudencia laboral respecto de los efectos salariales de la prima de vacaciones, las empresas reconocen a los trabajadores beneficiados por la presente convención colectiva que la prima vacaciones constituye factor salarial, los montos dejados de liquidar que afecten a las cesantías y sus intereses correspondientes a los años 1993, 1994 y 1995 se cuantificarán y se pagarán para efectuar los pagos correspondientes en cuanto se plazo a las empresas hasta el 30 de agosto de 1996, del texto examinado se desprende que la prima de vacaciones extralegal constituye factor salarial para la liquidación de las cesantías de los trabajadores beneficiarios del acuerdo convencional, siempre y cuando no se pacte lo contrario”.

Por lo anterior, se tendrá en cuenta a dicho concepto para la liquidación de cesantías, intereses a la cesantías y primas de servicios. Ahora pasa el despacho a individualizar las condenas en tal sentido sobre la prima de vacaciones, Se liquidarán partiendo del hecho que fue formulada la excepción de prescripción entonces al haberse presentado la demanda al 29 de abril de 2019, son exigibles las primas de vacaciones causadas con posterioridad al 29 abril de 2016, esto es a las de 2016 y 2017, liquidadas en un 135% del salario; así, para el año 2016: \$4'668.579 y para 2017 en \$4'939.020; frente a la prima vacaciones del 2018, advierte el despacho que se acreditó su pago en el documento que obra folio 285, ahora, en cuanto a las primas semestrales, se tiene que las mismas corresponden a 20 días de salario, de acuerdo con el artículo 29 de la Convención colectiva del 74, y no a dos meses de salario como lo refiere la parte actora en el hecho sexto, pues en esos dos meses de salario se incluyen prestaciones que no se reclaman en la presente litis, entonces deben pagarse estas primas de la siguiente manera en cuanto al año 2016 en junio, \$2.281.853, en diciembre de \$2.847.820, en 2017, en \$2'428.185 y en diciembre en \$2'998.639 y en cuanto a junio de 2018 \$2'208.701. Ahora, frente al reajuste de las prestaciones reclamadas y en lo que concierne a las cesantías, dado que en el proceso solo reposan los comprobantes de nómina, desde el año 2015, y no hay constancia del monto consignado al fondo de Cesantía se condenará a la demandada a pagar al demandante las diferencias que se causarán por la falta de inclusión de la prima de vacaciones como factor salarial, ello desde el 1 de Mayo de 2002 hasta las cesantías que se debieron consignar el 14 de febrero 2018 diferencias que deberá ser depositadas al respectivo fondo que administra las cesantías del señor Castaño; lo anterior en vista de que el derecho a las cesantías no se encuentra prescrito y si bien algunas primas de vacaciones sí lo están, lo cierto es que su declaración para justipreciar la liquidación de las cesantías no está sometida a la prescripción. En cuanto a los intereses a la cesantía, corresponde a la demandada, a pagar la diferencia entre lo cancelado en enero de 2017 y lo que debía pagar, incluyendo la prima vacaciones, por lo que en ese año, le correspondes a la suma de \$111.145 para enero de 2018, la diferencia entre lo pagado y lo que se debía cancelar asciende a la suma de \$113.352, en cuanto a la prima de servicios, deberá cancelarse frente a diciembre de 2016, \$675.341 y de diciembre de 2017, \$686.219; lo anterior en la medida que las primas de junio del 2016 y de 2017 no se vieron afectadas por la prima de vacaciones debido a que este factor salarial se pagó en el mes de diciembre de los respectivos años.

En cuanto a las vacaciones, se advierte que son exigibles a partir del 29 de abril de 2015, por lo que las diferencias resultantes para esos años son las siguientes, en 2015, \$221.662, en 2016, \$629.793 pesos, en 2017, \$359.986 y en 2018 \$668.105.

RECURSO DE APELACIÓN



La demandante recurrió señalando que,

Si bien el despacho accede a la mayoría de las pretensiones al condenar a la prima semestral establecida convencionalmente, que se establece en los siguientes términos, el artículo 29 y el artículo 74 “adicionalmente a lo existente, las empresas pagarán a todos los trabajadores por conceptos de prima de servicios 20 días de salario más en la prima de junio quedando en consecuencia así: dos meses de salario básico, prima de carestía, prima de antigüedad, sobrecargos nocturnos en junio y dos meses de salario en diciembre dichos pagos serán de acuerdo con las normas vigentes en la empresa para esta prestación social. Este punto tendrá vigencia a partir del 1 de septiembre del 74”. El despacho al hacer el análisis considera que solo tiene derecho a 20 días, de acuerdo a esa norma convencional, dice que dentro de estas incluyen, digamos el valor en este caso sería como de la parte de la prestación legal como tal, pero si disiento de ese criterio, con todo respeto y para eso me permito, citar sentencia que se hizo en proceso adelantado por Carolina Suárez Camelo contra Federación Nacional de Cafeteros radicado 11001310501420180030400 con ponencia del doctor David A.J. Correa el 28 de septiembre 2021 que, al respecto, indicó “la liquidación de la prima extralegal de servicios y vacaciones, la Convención colectiva en 1965 contemplaba en su artículo 29 que pagaría un mes de sueldo en junio y los sueldos en diciembre; no obstante, a través del artículo 16 de la Convención colectiva del 72 se amplió la de junio en una década y a partir de la conversión del 74 se determinó que sería en 20 días más por lo que quedarían dos meses de salario en junio y dos meses de salario en diciembre. Al analizar la disposición convencional fácilmente se advierte que la prima allí consagrada es adicional a la existente, es decir, que se suma a la existente, que es la legal, lo que indica que para este caso concreto no se tiene en cuenta el artículo 308 del CST, pues la empresa en ejercicio del principio de la autonomía de la libertad decidió reconocer esa prima convencional adicionalmente a la legal. De esta manera ya efectuada las operaciones de rigor se incorpora el siguiente cuadro... de acuerdo a lo anterior, señora juez considero que el derecho a esta prima extralegal, contemplada convencionalmente se debe condenar a dos meses de salario en junio y dos meses de salario en diciembre de cada anualidad, esa sería señora juez con todo respeto, la única inconformidad con la sentencia.

La parte demandada interpone recurso de apelación argumentando que

Como primera medida procedo a realizar una respetuosa invitación a los señores honorables magistrados del Tribunal superior del distrito judicial de Bogotá y esa invitación respetuosa consiste en que al momento de abordar este tipo de controversias, se contemple la posibilidad de acercarse a la misma desde una óptica diferenciadora, probablemente el fallador de primera instancia acude a una serie de sentencias proferidas por el órgano de cierre de esta jurisdicción, la sala laboral de la Corte Suprema de Justicia, sin embargo, entiende este extremo de la litis que dentro de la presente controversia se encuentran reunidas una serie de fundamentos fácticos y jurídicos que permiten que el juez de turno se aparte de dichas decisiones, mucho más aún, como cuando lo mencioné al proponer las alegaciones correspondientes, hemos de entender y ser conscientes de que la jurisprudencia nacional es dinámica, viva y siempre abierta a la reflexión y a considerar nuevos postulados en procura de evolucionar, valga la pena mencionar que al juez de turno y me dirijo específicamente a los honorables magistrados del Tribunal Superior, les es concedida la posibilidad de apartarse del precedente judicial mediante argumentación explícita y razonada y que esa alternativa se enmarca dentro de los principios de autonomía e independencia inherentes a la administración de Justicia y al ejercicio de la función judicial, y que esa actividad aplica perfectamente dentro de las presentes diligencias para que ustedes segunda instancia procedan a revocar las condenas impuestas en contra de mi representada, por las siguientes razones, el presente litigio entraña una serie de consideraciones particularísimas y específicas y es que la posibilidad de extensión de beneficios extralegales pactados convencionalmente entre mi representada y el sindicato, Sintrafec necesariamente, aluden a principios de orden superior que vale la pena sean estudiados con especial detalle y, con suma minuciosidad, a la hora de desentrañar este conflicto y es que encontramos dentro de esos principios a los cuales me refiero, postulados como el de la libertad y la autonomía de la voluntad propios del derecho a la libre asociación sindical.

Vale la pena mencionar que realizar un entendimiento como el que se dio en sede de primera instancia de alguna u otra manera, abre la posibilidad a que ese derecho a la libre asociación sindical se vea desfigurado, se vea desnaturalizado, tal cual se procederá a exponerse: a todas luces debe resolverse que el señor Castaño Henao no es beneficiario de las convenciones colectivas entre mi representada y el sindicato Sintrafec, ya que los suscribientes de esa contratación colectiva, si bien indudablemente abrieron la posibilidad para que todos los trabajadores de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia se beneficiarán de lo pactado por vía convencional; de igual forma, en desarrollo de ese postulado de la autonomía de la voluntad, procedieron a establecer una serie de condicionamientos para la aplicación de dichos beneficios convencionales, Concretamente, me refiero a requisitos atinentes a las retenciones que correspondían realizarse a favor del sindicato, dichos requerimientos se pueden apreciar de una manera diáfana y clara en el artículo 16 de la



Convención, suscrita en el año de 1984 en su inciso segundo, el cual me abstengo de leer en aras de la celeridad; no obstante, el mismo deja precisamente establecido que a quienes se benefician de dichas comisiones, se les harán los correspondientes retenciones con destino a el sindicato; dicha situación valga la pena mencionarse, pues crea este requisito para que un trabajador proceda a beneficiarse y en ese orden de ideas surge la necesidad de que quien pretenda gozar de dichas prestaciones extralegales, necesariamente debía realizar una manifestación de voluntad para que primero materializarán su deseo de adherirse a las convenciones colectivas y segundo, se procediera a cumplir con el requisito e ineludible de realizar retenciones en favor de la organización sindical correspondiente, he de reiterar que en caso de que no fuera necesario la manifestación de voluntad, la expresión del deseo de adherir a dichas convenciones colectivas cualquier tipo de retención que se realizará al respecto, procedería a constituirse en un acto ilegal, en una retención ilegal recordemos que el artículo 150 de nuestro estatuto laboral establece cuáles son las retenciones que son legalmente permitidas, cuáles descuentos puede realizar el empleador y dentro de esas pretensiones, en ningún momento se habla de descuentos en aras de beneficiarse de una convención colectiva; entonces, de una manera indudable, resulta establecido dentro del presente caso que era estrictamente necesario, que el señor Castaño Gallego procediera a efectuar la comunicación mediante la cual expresaba el deseo de adherir de beneficiarse de la contratación colectiva, acto que a todas luces se omitió y en ese orden de ideas, no se puede considerar en ningún momento que pueda proceder a beneficiarse de dichas convenciones, tal cual lo concluyó el fallador de segunda instancia, conclusión de la cual se disiente y motivo por el cual se procede a interponer el correspondiente recurso de alzada, valga la pena mencionar que el establecimiento de esos requisitos atinentes a la necesidad de manifestar la voluntad y de que se realizaran en los descuentos con destino a la organización sindical han sido reiterados a lo largo de todas las convenciones que han suscrito mi representada y Sintrafec, y para tal consecuencia y en demostración de dicho hecho, basta con remitirnos a artículos como el 14 de la Convención de 1988, el 16 de la Convención de 1990, el Séptimo de la Convención de 1992 en la Convención de 1994, el artículo 8, el artículo número 11 de la Convención colectiva de Trabajo, suscrita en el año de 1996, y al artículo 9 de la Convención Colectiva de 1998.

Pero adicionalmente conviene realizar una especial precisión y es que, si no existieran esos dos regímenes al interior de la Federación Nacional de Cafeteros, es decir de los beneficiarios de las convenciones colectivas, bien sea en virtud de pertenecer a una asociación sindical o en virtud de manifestar su deseo de adherir a los beneficios convencionales, existe el régimen de los que se benefician de dichas prerrogativas, existe, por otro lado, el régimen de los trabajadores que no se benefician si no fuera así, las partes contratantes sindicato, empleador no se hubiesen tomado la molestia en cada una de las convenciones colectivas suscritas realizar la aclaración en cuanto a que existe la naturaleza de trabajadores que se benefician de la presente Convención, lo cual se puede advertir desde los primeros artículos de todas las convenciones obrantes en el plenario en donde se da cuenta de la existencia de estos dos regímenes, vuelvo y repito, los beneficiarios y los no beneficiarios de las convenciones colectivas, suscritas adicionalmente en sustento de esta posición, valga la pena traer a colación lo establecido en preceptos como el artículo 68 de la Ley 50 de 1990, donde a todas luces se establece con total claridad que aquellos trabajadores no sindicalizados que se pretendan beneficiar de una convención colectiva, necesariamente habrá de realizarse los descuentos con destino a la organización sindical del caso, pero adicionalmente, valga la pena mencionarse, tal ha sido la preocupación de los suscribientes de la contratación colectiva a lo largo de todos estos años que, en procura de resolver cualquier tipo de problema de interpretación relativo a las convenciones existentes o suscritas firmadas entre Sintrafec y la Federación en la más reciente de ellas es la Convención Colectiva del año 2021, con especial preocupación, se procedió a establecer cuál era el campo de aplicación de las convenciones que se encontraban vigentes y de ahí que se proscriba una aplicación retroactiva y que se aclare que quienes no se encuentran vinculados al sindicato o quienes no han manifestado su deseo de beneficiarse de las convenciones, no pueden alegar dicho derecho, tal cual acontece en el caso del señor Castaño Gallego, que tan solo procedió a gozar de dicho estatus al momento de afiliarse al sindicato Sintrafec, valga la pena mencionar y poner de presente que, en sustento de todo este tipo de alegaciones en el Tribunal superior de Bogotá puede remitirse a una decisión emitida por dicha honorable corporación, y es que con fecha 5 de diciembre del año 2019, dentro del proceso con radicación 11001310500820170061001 con ponencia del honorable magistrado Luis Agustín Vega Carvajal, el Tribunal absolvió a mi representada en un caso de similar contorno, al que en este momento nos ocupa, señalando como plausibles y como valederos los argumentos que he planteado con antelación y siendo específicamente puntual en referir que sin que exista la manifestación de voluntad de adherir a las convenciones colectivas, ningún trabajador puede considerarse beneficiario de los mismos, máxime cuando no está de por medio la autorización para que se realicen los descuentos con destino a la organización sindical, valga la pena mencionar, de igual manera que bajo ningún entendido se puede pasar por alto que tanto el demandante como mi representada desde el preciso instante de suscribir el contrato que los unió, pactaron excluir la naturaleza salarial de cualquier emolumento y esa circunstancia particular debe ser de igual manera, específicamente advertida a la hora de estudiar en sede de segunda instancia esta controversia y por lo tanto, si no hay lugar a la revocatoria integral de las condenas impuestas en sede de primera instancia, por lo menos sí debe haber lugar a la modulación o modificación de las mismas.

Adviértase que en ese orden de ideas esta exclusión, necesariamente debe alterar el hecho de la consideración como factor salarial de la prima de vacaciones, la cual indudablemente no goza de dicha naturaleza y se le ruega específicamente al fallador de segunda instancia que analice esta particular circunstancia; es decir, la naturaleza



salarial de dicho emolumento, de igual manera y sin que en ningún momento que corresponda a una admisión de responsabilidad alguna, debe manifestarse que la prima extralegal de vacaciones, a la cual accedió la primera instancia no se origina o se causa de manera pura y simple, por tiempo prestado de servicios, sino en razón al disfrute efectivo de las vacaciones, ya sea en tiempo o compensadas en dinero, razón por la cual únicamente habría lugar a una eventual condena por dicho concepto o dicha prestación en relación con días de vacaciones o tiempo compensado durante periodos no prescritos y que no hubieran sido reconocidos aún por la empresa, los mismos pueden ser perfectamente reconocidos de las sábanas de pagos allegadas al plenario y, por tanto, dichas condenas necesariamente han de ser revisadas.

Como último argumento de este recurso de apelación, muy respetuosamente se le solicita al fallador de segunda instancia que proceda a verificar si las excepciones propuestas por este extremo en la controversia no gozan de la vocación de prosperidad de una manera total y completa respecto de las pretensiones planteadas en el escrito de demanda y en ese orden de ideas, en virtud de está en prosperidad plena, hay lugar a absolver por completo a mi defendida de la totalidad de las súplicas planteadas en el escrito de demanda y no solamente de una manera parcial como se resolvió. En ese orden de ideas dejó planteado los argumentos que sustentan este recurso, tendiente a la revocatoria integral de las condenas impuestas y, en segunda medida, un segundo aspecto que busca la modulación o modificación de las mismas, ya que indudablemente no deben ser impuestas de la forma en que fueron fulminadas por parte del fallador de segunda instancia, indudablemente en caso de prosperar las mismas han de ser establecidas de unas cuantías sumamente menores a aquellas señaladas en el fallo que ahora se ataca.

CONSIDERACIONES

La Sala resolverá los recursos de apelación interpuestos por las partes, de acuerdo con lo establecido en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, y teniendo en cuenta la inconformidad, que, en síntesis, obedece por parte de la demandante, a la forma en que se liquidó la prima semestral; y por parte de la demandada, primero, sobre la extensión de la convención colectiva y sus beneficios a la demandante, especificando la falta de retenciones por cuotas sindicales en este caso; y segundo, para que en caso que se confirme la sentencia, esta sea modificada en el sentido de no tener como factor salarial lo relativo a las primas extralegales de vacaciones.

Sea lo primero advertir que, por razones de estricto orden metodológico previamente se abordará el estudio del recurso formulado por la parte demandada.

Al respecto, la Sala de Casación Laboral, se ha pronunciado sobre el particular y ha mantenido vigente su postura frente a la extensión de los beneficios convencionales a todos los trabajadores de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, sin que para ello, como lo refiere el recurrente, sea necesario previamente la afiliación a la organización sindical, situación que trae consigo la falta del requisito alegado por el apelante sobre la acreditación de la retenciones en favor del sindicato, tal



como se precisó en la sentencia del 22 de julio de 2009, radicación 35134, M.P. Camilo Tarquino Gallego, oportunidad en la que se analizó la vigencia del artículo 14 del instrumento del año 1988, como pasa a citarse:

“(…)

El núcleo de la controversia, esencialmente, lo ubica el impugnante en establecer si la cláusula 27 de la convención colectiva de trabajo, vigente entre 1982 y 1984, suscrita entre la demandada y su sindicato de trabajadores, que consagra la extensión de los beneficios allí estipulados a “todos los trabajadores de la Federación Nacional de Cafeteros y de los Almacenes Generales de Depósito de Café S.A.” (fl. 110), desapareció, debido a que en el texto de la de 1988 “solo quedó la parte final sobre la retención de cuotas de beneficio en la cláusula 14 (f.55), en la cual se remitió puntualmente a la ley”, puesto que, como efecto de lo anterior, al tratarse de un sindicato minoritario, era necesario que quien no perteneciera a esta organización, como es el caso de JAIRO ENRIQUE ALMANZA, se adhiriera y pagara las cuotas para acceder a los beneficios convencionales.

Antes de examinar las pruebas relacionadas con el tema a dilucidar, conviene recordar que el campo de aplicación de la convención colectiva de trabajo, se encuentra regulado por los artículos 470 y 471 del Código Sustantivo del Trabajo; sin embargo, no escapa a la regla de la autonomía que tienen las partes para obligarse mediante la suscripción de un contrato, y de la connotación de ley que para las partes adquiere el convenio una vez formalizado; mucho más si, como en el ámbito del derecho laboral, lo pactado resulta favorable a los trabajadores respecto de lo que hay consignado en la legislación del trabajo, pues, ello consulta el espíritu del artículo 13 de la misma obra, y el 53 de la Constitución Política, de suerte que, es perfectamente lícito pactar que los beneficios convencionales se hagan extensivos a todos los trabajadores de la empresa. Ante esta estipulación en el clausulado de la convención, no es necesario indagar si quien pide que se le conceda determinado beneficio, es o no afiliado al sindicato, o si éste es mayoritario ó minoritario, pues,



se repite, la única condición para ser sujeto de la aplicación de lo convenido, es pertenecer a la empresa.

Pues bien, el problema jurídico cuya solución aborda ahora la Corte, ha sido objeto de no pocos pronunciamientos, y se ha analizado desde varias de las perspectivas jurídicamente posibles, cuando de aplicar las convenciones que han suscrito Sintrafec y la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA se trata. Es así, como en punto a la vigencia de la cláusula 27 de la que fue suscrita el 15 de julio de 1982, frente al artículo 14 del convenio colectivo celebrado el 29 de abril de 1988, en sentencia de 12 de mayo de 2005, que es el ejercicio que propone el recurrente, dijo la Corte:

“La impugnación le echa en cara al juez de la alzada haber cometido el error de hecho de dar por establecido, sin estarlo, que el literal e) del artículo 3 y el 27 de la convención colectiva de trabajo celebrada para el período 1982-1984 estaban vigentes para todos los trabajadores de la Federación Nacional de Cafeteros, sean o no sindicalizados. Y, al aplicarse a la tarea de la demostración de esa desviación en el entendimiento de la situación fáctica, planteó, esencialmente, que el mandato convencional que hacía aplicable sus disposiciones a todos los trabajadores de la demandada dejó de regir, en razón de que el sindicato, a partir de 1988, pasó a ser minoritario, por manera que la convención colectiva de trabajo sólo cobijaba a los sindicalizados o los que se adhirieran al acuerdo colectivo.

Por consiguiente, el juez de la alzada no incurrió en un desacierto fáctico al resolver la controversia con fundamento en el artículo 27 de la Convención Colectiva de Trabajo 1982 -1984 que prescribía que las disposiciones de ésta eran aplicables a todos los trabajadores de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, dado que no aparece demostrado que el texto aludido hubiese sido derogado por norma convencional posterior.

Conviene señalar que la aplicación de una convención colectiva de trabajo, en la hipótesis en que la misma disponga su extensión a todos los trabajadores de la empresa que la firmó, no puede



quedar supeditada a la afiliación del beneficiario al sindicato o a los aportes que éste deba sufragar por el hecho de resultar favorecido con las cláusulas de aquélla. Criterio que es el de la Sala, registrado en sentencia de 28 de noviembre de 1994, en la que se proclamó:

"De otra parte, si bien es cierto que la aplicabilidad de una convención colectiva no se presume, también lo es que la prueba en estos casos no es solemne y si alguna de sus cláusulas ordena que se aplique a todos los trabajadores, tal estipulación es válida, con las precisiones hechas anteriormente, y acredita su extensión a ellos, sin que sea procedente exigir la demostración de la afiliación al sindicato, o de los descuentos sindicales o de las demás circunstancias que echó de menos la doctrina del Tribunal que se rectifica. En tales eventos quien alegue la inaplicación del convenio a un trabajador, deberá probar que con arreglo al mismo o a la ley, éste está excluido.

"En suma, no es dable confundir, como lo hizo la decisión mayoritaria del Tribunal, los casos en que la aplicabilidad de la convención es procedente por mandato legal ineludible, con la que se impone por haberlo dispuesto el propio convenio y siempre que con ello no contravenga ordenamientos legales que expresamente lo prohíban" (Sentencia de 28 de noviembre de 1994, Rad. 6962).

Es, precisamente, la distinción que se anotó en la doctrina expresada la que lleva a sostener que el Tribunal con su actuación no incurrió en un desacierto al no apreciar los documentos que acreditan el carácter minoritario del sindicato de trabajadores, de suerte que no violó marco normativo alguno, como lo pretende la censura. Los artículos 37 y 38 del Decreto 2351 de 1965 constituyen el mínimo que es dable superar en virtud del contrato de trabajo, de la convención colectiva de trabajo, del pacto colectivo de trabajo o, incluso, unilateralmente por el empleador, que fue lo acaecido, en efecto, en el caso de autos.

Y tal doctrina también permite entender que la disposición convencional que extendió sus beneficios a todos los



trabajadores de la enjuiciada no perdió su vigor por el simple hecho de que en una convención colectiva de trabajo celebrada tiempo después prescriba que los descuentos al sindicato se harán de acuerdo con la ley”.(Rad. 24197).

Lo considerado por la Corte con ocasión de la contención definida en el fallo parcialmente transcrito, reiterado el 2 de noviembre de 2006 (27459), y 9 de noviembre de 2007 (31556), entre otros, coincide plenamente con los supuestos fácticos sobre los cuales el Tribunal edificó su decisión, y como nada distinto se observa en la argumentación desplegada en la sustentación del recurso extraordinario, la decisión que habrá de adoptarse no puede ser diferente.

Es así porque los dos primeros errores de hecho y el 4º, que son los que verdaderamente importaría verificar, involucran el estudio de las mismas probanzas que en aquella pretérita ocasión la Corporación analizó, como son los artículos 27 (fl.110) de la convención colectiva correspondiente al bienio 1982- 1984, y 14 (fl. 55) de la vigente entre 1988 y 1990. En ese orden, a nada conduce establecer si la organización sindical denominada Sintrafec es minoritaria, o si el trabajador estaba afiliado al sindicato, pues, en cualquier escenario, era beneficiario de lo estipulado en la cláusula 3ª del primero de los mencionados convenios colectivos, que consagra el derecho al reintegro del trabajador injustamente despedido, con más de 8 años de servicio.”

Postura que mantiene actualmente la H. Corte Suprema de Justicia como se puede leer en la sentencia SL 444del 23 de febrero de 2022 con ponencia del H.M. Jorge Prada Sánchez.

Aunado a lo anterior, la cláusula 31 de la Convención Colectiva de Trabajo es clara en indicar que: *“La presente convención colectiva de trabajo será aplicada a todos los trabajadores de las EMPRESAS, en las condiciones y términos aquí indicados. A los trabajadores no sindicalizados que se benefician total o parcialmente de la contratación colectiva se les harán con destino a SINTRAFEC las retenciones que autoriza la ley y esta convención”,* es decir, que es el mismo



instrumento convencional el que establece su extensión, y contrario a lo manifestado por el apoderado de la demandada, nada impide a que al demandante le sean extendidos los beneficios convencionales, y en tal orden de ideas la sentencia de primera instancia se confirmara en ese aspecto.

Continuando en el recurso de apelación elevado por la parte demandada, que en su parte final alega la no incidencia o naturaleza salarial de las primas extralegales de vacaciones, al respecto, debe precisarse previamente, que de la lectura de las diferentes convenciones colectivas de trabajo que se aportan al plenario, entre otras, las correspondientes para los años 1974, 1984, 1988, 1990, 1994 y 1996 no se vislumbra que las partes hayan pactado esa exclusión salarial en la manera que refiere el recurrente, y contrario a ello, lo que pactado en la cláusula 9° de la Convención Colectiva de Trabajo para el 1996, es del siguiente tenor:

“ARTICULO 9. Prima de vacaciones. A raíz en los cambios en la jurisprudencia laboral, respeto de los efectos salariales de la prima de vacaciones, las empresas reconocen a los trabajadores, beneficiados por la presente convención colectiva, que la prima de vacaciones constituye factor salarial. (Subraya el Tribunal).

Los montos dejados de liquidar y que afecten la cesantía y sus intereses correspondientes a los años 1993, 1994 y 1995, se cuantificarán y se pagarán. Para efectos de los pagos correspondientes, se concede plazo a las empresas hasta el 30 de agosto de 1996.

Las empresas podrán presentar, a los trabajadores beneficiados por la presente convención, una oferta individual en la cual le concedan una bonificación a cambio de que, a partir de la fecha de su aceptación, la prima de vacaciones no constituya factor salarial. A este efecto, se pacta expresamente entre las partes, que cuando el trabajador intuitu personae acepta la oferta de las empresas, la prima de vacaciones, que es una prestación extralegal no constituye salario para ningún efecto.”



Luego, en el caso de la prima de vacaciones es claro el acuerdo entre las partes en darle a ese beneficio extralegal la connotación salarial.

Ahora, la inconformidad de la demandada radica en que no se tuvo en cuenta el contrato de trabajo celebrado por las partes en el cual en su cláusula segunda se estableció *“LA FEDERACIÓN pagará a EL EMPLEADO un salario mensual de UN MILLON DOSCIENTOS CUARENTA Y CINCO MIL SEISCIENTOS CUARENTA PESOS M/cte (\$1.245.640). Cualquier otra remuneración de carácter extralegal o ingreso con motivo de este Contrato sea cual fuere su denominación, prima, bonificación o auxilio NO CONSTITUYE SALARIO, y por lo tanto no se tendrá en cuenta para la liquidación de las prestaciones sociales”*. Señalando que con este contrato el actor de manera voluntaria desalarizó la prima extralegal de vacaciones.

Para desentrañar el problema jurídico encaminado a determinar si con el contrato de trabajo suscrito por el actor podía renunciar a los beneficios convencionales a los cuales tenía derecho como lo es que la prima de vacaciones constituye factor salarial, la CSJ nos ha enseñado entre otras en la sentencia SL 2112-2022 que reiteró lo dispuesto en la SL 965-2021 que:

*“i) que son válidos todos aquellos acuerdos, se comprende individuales o colectivos, entre trabajadores y empleadores, que se profieran con observancia de las garantías y derechos mínimos e irrenunciables; ii) que, por consiguiente, lo pactado es ley para las partes e impone la obligación de ejecutarlo de buena fe; iii) que, sin embargo, debido a que, «el orden público laboral limita la voluntad de [estas]», debe entenderse que ese respeto, se pregona, «[...] única y exclusivamente cuando se realicen conforme a la ley laboral, toda vez que **no siempre las partes pueden decidir libremente**».”*
(negrilla fuera de texto)

Señalando además la Corte que la reacción o sanción del ordenamiento jurídico que debe adoptarse cuando se contrarían normas de orden público,



por cuanto, por su naturaleza están restringidas a la autonomía de la voluntad de las partes como se precisó en las sentencias de la Corte Constitucional C177-2015 y C781-2003 es la ineficacia de lo convenido. Indicando que esos acuerdos como en este caso lo es el contrato de trabajo, el cual si bien es ley para las partes, son contrarios a la fuerza del orden público que el sistema jurídico le otorga a la convención colectiva laboral, así como a las normas imperativas que regulan el procedimiento para variar lo dispuesto en aquella y sobre la vigencia de la misma, por lo que indica la CSJ que se le debe restar efectos a esos acuerdos individuales que contrarían la convención colectiva conforme a los postulados de buena fe contractual.

Y es que como lo ha adocinado la Corte entre otras en las sentencias SL 1240-2019 y SL 3820-2020 *“la «fuerza normativa de la convención», implica su reconocimiento como una fuente de derecho laboral objetivo, es decir, «[...] de orden público [...] y piso mínimo en la regulación de las condiciones de trabajo [...]; así como también, **su carácter de «irrenunciable e inderogable» y, por tanto, la imposibilidad de variarla negativamente, a través de otros mecanismos de autocomposición colectiva e individual.**”* (negrilla fuera de texto)

Siendo dicha hermenéutica la que se ajuste según lo indica la Corte en la sentencia SL 1309-2022 a la Recomendación N° 091 de la OIT a:

“i) los principios fundamentales del derecho laboral, entre ellos, a la irrenunciabilidad de los beneficios mínimos establecidos en fuentes normativas laborales y, a la imposibilidad de transigir, cuando estos tienen el carácter de ciertos e indiscutibles (artículo 53 de la CP);

ii) la naturaleza de orden público de esta especial regulación (artículos 13, 14, 15 y 16 del CST),

iii) la finalidad de su existencia, que no es una distinta que la de «lograr la justicia en las relaciones que surgen entre empleadores y trabajadores, dentro de un espíritu de coordinación económica y equilibrio social» (artículo 1° del CST), en relación con la regla hermenéutica general del artículo 18 del CST y, especialmente,



iv) al carácter preferente de la convención en el derecho constitucional colombiano, en tanto que es la máxima expresión del derecho a la negociación colectiva, garantizado en el artículo 55 de la CP y ser por el único contrato particular constitucionalizado.

En efecto, en ese marco, la Corte se ha preocupado por encontrar una armonía entre los derechos individuales fundamentales y colectivos, que convergen en las relaciones obrero patronales, con lo que se logra advertir, que la jurisprudencia apunta a establecer que la «negociación colectiva», bajo cualquier forma de instrumentalización (contrato colectivo, pacto colectivo o acuerdo extraconvencional), no constituye un derecho ilimitado.”

Concluyendo la Corte que, las partes no están habilitadas para desconocer las normas de carácter imperativo sobre las modificaciones y la vigencia de las convenciones colectivas laborales.

Por tanto, la cláusula segunda del contrato celebrado entre las partes, contrario a lo señalado por la recurrente, no tiene la facultad para desconocer o renunciar a la prima extralegal de vacaciones que le fue reconocida a través de la convención colectiva de trabajo, pese a que el contrato es ley para las partes, por lo que debe inaplicarse dicha cláusula contractual. Aunado a que en virtud del principio de favorabilidad como lo dijo el *A quo* al existir duda entre dos normas debe aplicarse la norma convencional la cual le es más favorable al trabajador.

Por último, respecto del recurso de apelación formulado por el apoderado de la parte actora, esto es, sobre la forma en que se liquidó la prima extralegal semestral basta con remitirnos al texto convencional en cuyo artículo 29 de la Convención Colectiva de Trabajo se establece “Adicionalmente a lo existente, las Empresas pagaran a todos los trabajadores, por concepto de prima de servicios, veinte (20) días más del salario en la prima semestral de junio, quedando en consecuencia así: dos meses de salario (básico, prima de carestía, prima de antigüedad y sobrecargos nocturnos) en junio y dos meses de salario en diciembre”; de



la cual se desprende que dicha prima corresponde a 2 meses de salario y que factores deben incluirse, por lo que se procederá a liquidarla nuevamente. Ahora, no se discute por las partes el salario señalado por el fallador de primera instancia, por lo que se tomara éste para liquidar esta acreencia.

Acreencia	Valor
prima semestral junio 2016	\$ 6.845.559,00
prima semestral diciembre 2016	\$ 8.543.460,00
prima semestral junio 2017	\$ 7.284.555,00
prima semestral diciembre 2017	\$ 8.995.917,00
prima semestral junio 2018	\$ 6.626.103,00

Por lo anterior, se modificará el numeral tercero de la sentencia apelada y se confirmará en todo lo demás.

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral tercero de la sentencia apelada, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia, el cual quedara así, CONDENAR a la demandada a pagar al demandante las primas semestrales, así:

Acreencia	Valor
prima semestral junio 2016	\$ 6.845.559,00
prima semestral diciembre 2016	\$ 8.543.460,00
prima semestral junio 2017	\$ 7.284.555,00
prima semestral diciembre 2017	\$ 8.995.917,00
prima semestral junio 2018	\$ 6.626.103,00

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás.

TERCERO: Sin costas en esta instancia.



Las partes se notifican por edicto de conformidad con los artículos 40 y 41 del CPTSS.

Los Magistrados,

MARLENY RUEDA OLARTE

MAGISTRADA

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

MAGISTRADO

LORENZO TORRES RUSSY

MAGISTRADO

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C
SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 17-2019-717-01
ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA
DEMANDANTE: AMALIA CAICEDO ALARCÓN
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTRO

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los treinta y un (31) días del mes de julio de dos mil veintitrés (2023), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por la demandada Colpensiones, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado 17 Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 22 de junio de 2022.

ANTECEDENTES

La señora AMALIA CAICEDO ALARCÓN por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral en contra de Colpensiones y Protección S.A., con el fin de que se DECLARE la nulidad de la vinculación efectuada al RAIS con el Fondo de Pensiones y Cesantías Protección S.A., que este fondo de pensiones debe trasladarla del RAIS al RPM y debe enviar el valor de los saldos o aportes pensionales junto con sus rendimientos, descuentos por administración y por pérdidas que se hayan aplicado en su cuenta pensional, que se declare que Colpensiones debe aceptar su vinculación en el RPM recibiendo el traslado de aportes, rendimientos financieros y devolución de cobros de administración. Igualmente, que se condene a Protección S.A., aceptar la nulidad de la vinculación al RAIS y a ordenar su retorno al RPM enviando el valor de los saldos o aportes pensionales que se hayan consignado en su cuenta pensional y a reembolsar de forma integral los cobros, gastos



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 17201900717-01 Dte: AMALIA CAICEDO ALARCÓN Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

administrativos y pérdidas descontados de sus aportes pensionales, así como la sanción prevista en el inciso 1 del artículo 271 de la Ley 100 de 1993.

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que ha prestado sus servicios como empleada a varias empresas privadas del país, que se afilió al ISS desde junio de 1983, que en vigencia de la Ley 100 de 1993, contagiada del furor y el acoso constante de las AFP se afilió en pensiones al Fondo de Pensiones y Cesantías Protección S.A., esto es, en marzo de 1995, realizando sus aportes a esta AFP, que el 11 de septiembre por intermedio de su apoderado judicial solicitó a Colpensiones la afiliación al RPM, rechazando esta administradora dicha petición, que el 19 de septiembre de 2019, solicitó a Protección S.A., el deseo de no pertenecer a este fondo y su determinación de desvinculación del RAIS, argumentando Protección que es improcedente el traslado de régimen porque la demandante ha sobrepasado la edad mínima para gestionar el cambio.

De otra parte, manifiesta que los asesores contratados por Protección S.A., no tenían un amplio, perito e idóneo conocimiento en temas de Seguridad Social, que dichos asesores la indujeron de manera equivoca a vincularse al RAIS, además, le indicaron que al trasladarse no perdía los beneficios pensionales del RPM pero que no le señalaron los eventuales riesgos que podía tener al trasladarse al RAIS ni tampoco le suministraron información idónea para asumir una determinación objetiva, que los asesores nunca le realizaron una simulación o comparación del valor de la mesada pensional que pudiera tener en el RAIS y la que lograría tener en el RPM, que el entonces ISS no realizó ninguna gestión para desvirtuar los argumentos de la AFP en cuanto decía que se iba a acabar.

Por último, expone que siempre ha sido una persona inexperta en el tema de la Seguridad Social Integral particularmente en las especificaciones técnicas del Sistema Pensional en el RAIS, que no se le suministró una asesoría puntual, transparente, precisa, exacta, suficiente y oportuna, que hasta la radicación de la demanda no conoce con precisión su real situación pensional,



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 17201900717-01 Dte: AMALIA CAICEDO ALARCÓN Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

que la permanencia en el RAIS lesiona ostensiblemente su derecho a la libre escogencia, que en la solicitud de desvinculación presentada se le indicaba a Protección S.A., que el fundamento de la petición radica en lo inconveniente que resulta una pensión en el RAIS, debiendo aplicar a su favor el principio de favorabilidad laboral principio in dubio pro empleado.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, **Protección S.A.**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos manifestó ser ciertos los contenidos en numerales 2, 4, 5, 8 a 13, 46 a 51 y 53, no constarle los No. 14 a 23, 26, 27, 29, 31 a 37, 39 a 42, 44, 45 y 52, no ser un hecho los numerales 28, 30 y 38 y negó los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: Inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe e innominada o genérica.

Por su parte, **Colpensiones**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos manifestó ser ciertos los contenidos en numerales 1, 3, 6, 7, 12, 25, 39 y 52, negó los No. 2, 23, 24, 27, 45 y no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia del derecho y de la obligación, error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas e innominada o genérica.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 17201900717-01 Dte: AMALIA CAICEDO ALARCÓN Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

PRIMERO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones de inexistencia del derecho y de la obligación, error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas y no procedencia de condena en costas a Colpensiones, propuestas por las demandadas, lo anterior según las razones ya señaladas.

SEGUNDO: DECLARAR QUE EL TRASLADO de la señora AMALIA CAICEDO ALARCÓN identificada con la C.C. 51.825.530, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad- RAIS administrado en su momento por Colmena S.A, hoy PROTECCIÓN S.A., fue ineficaz, y por consiguiente no produjo efectos jurídicos.

TERCERO: DECLARAR que la demandante señora AMALIA CAICEDO ALARCÓN, se encuentra válidamente afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida de COLPENSIONES, y que esta entidad tiene la obligación legal de validar su retorno sin solución de continuidad, según las consideraciones expuestas.

CUARTO: ORDENAR a la administradora de fondos de pensiones PROTECCIÓN S.A., trasladar a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la vinculación de la demandante, tales como cotizaciones, sumas adicionales de la aseguradora, bonos pensionales, todo con sus rendimientos e intereses, ordenándose además devolver los gastos de administración, los cuales deberán ser asumidos por esa entidad de su propio patrimonio.

QUINTO: ORDENAR a COLPENSIONES recibir el traslado de fondos que efectúe PROTECCIÓN S.A., a favor del demandante, y convalidarlos en su historia laboral.

SEXTO: ORDENAR a COLPENSIONES que tenga en cuenta el traslado de dinero que efectúe la AFP PROTECCIÓN y los convalide en la historia laboral de la demandante, para los efectos a que haya lugar en ese régimen pensional.

SÉPTIMO: CONDENAR EN COSTAS a las demandadas. Se dispone que en firme esta sentencia, se practique la liquidación, incluyendo agencias en derecho a cargo de cada una, por valor de \$900.000 M/Cte. (...)

Fundamentó su decisión el Juez de primer grado señalando que de los documentos obrantes en el expediente se constataba que la demandante se afilió al régimen de invalidez, vejez y muerte del entonces ISS, a partir del 20 de noviembre de 1986, y que permaneció cotizando hasta el 27 de enero de 1992, tal y como se constató de la historia laboral, lo que significa que cotizó a ese sistema alrededor 183 semanas. Así mismo, que obraba formulario de afiliación por medio del cual la demandante trasladó de régimen pensional y se vinculó con la AFP Colmena S.A., el 7 de abril de 1994, habiéndose materializado el traslado el día 1 de mayo de ese mismo año, según la documental de folio 173 y que corresponde al Sistema de Información de Afiliados al Fondo de Pensiones de Asofondos del cual se verifica la fecha en que se materializó ese traslado.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 17201900717-01 Dte: AMALIA CAICEDO ALARCÓN Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

Que la Corte Constitucional profirió una sentencia de unificación, a través de la cual reiteró los criterios que habían sido patentados en sus providencias C-789 de 2002, y en la 1024 de 2004, que permitían el retorno al RPM. En sus sentencias de unificación y de manera concreta la SU-130 de 2013, y la SU-062 de 2010, la Alta Corporación Constitucional orientó que solo los afiliados que fuesen beneficiarios del régimen de transición por tiempo de servicios cotizados al 1 de abril de 1994, esto es, aquellas personas que contaran con 15 años de servicios para esa fecha podrían trasladarse en cualquier tiempo al RPM y recuperar el régimen de transición aunque les faltare menos de 10 años para cumplir la edad requerida para acceder al derecho pensional.

Así, de conformidad con la historia laboral obrante en el expediente, se pudo advertir que la demandante al 1 de abril de 1994, contaba con 183 semanas cotizadas, adicional a lo anterior, y teniendo en cuenta que el traslado se efectuó en el mes siguiente de ese año a mayo de 1994, la demandante no registró variaciones importantes para el momento del traslado. Luego, cabe advertir que la demandante no encajaba en ninguna de las circunstancias contempladas en la Sentencia SU-062 de 2010, como para permitirse su retorno automático a Colpensiones y de esa manera concluir que en efecto el régimen que ella para ese momento le resultaba más beneficioso pues era el de prima media. Lo anterior, para denotar que con el traslado de la demandante no se desconoció alguna prerrogativa o beneficio pensional especial que la cobijase, en el marco de las normas del RPM.

Al efecto, el Juzgador se remitió al formulario de afiliación a través del cual la demandante se trasladó al RAIS, el 7 de abril de 1994, que el mismo se consignó una información general respecto de la futura afiliada, datos como nombres y apellidos, número de cédula, dirección y datos del vínculo laboral, sin que se pudiese establecer que el asesor se preocupó por cumplir con el deber de brindar una información completa, clara, suficiente y veraz a fin de ilustrar a la futura afiliada acerca de las condiciones y características de ese régimen pensional, partiendo del concepto que consagra de ese régimen pensional la Ley 100 de 1993, artículo 60 y todas las condiciones y



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 17201900717-01 Dte: AMALIA CAICEDO ALARCÓN Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

características que a partir, entre otras normas, de los artículos 59 y siguientes consagra ese estatuto normativo.

Explicación que debió comprender las distintas modalidades de pensión que consagra ese sistema, artículo 79 ibidem, las condiciones para acceder a un derecho pensional, artículo 64, la forma de cuantificar la prestación pensional a partir de unos aportes obligatorios y la posibilidad de efectuar cotizaciones voluntarias de acuerdo con lo previsto en el artículo 62 del mismo estatuto para aquellos casos de pretenderse incrementar el saldo de su cuenta de ahorro individual, con el fin de obtener un monto superior o un retiro anticipado. Situaciones que no se logra establecer le hubiesen sido debidamente explicadas a la futura afiliada.

Señaló que se echaba de menos, además, un comparativo entre los dos regímenes pensionales tratando de establecer las diferencias sustanciales entre ambos, circunstancia que en el presente caso no se lograron establecer siendo importante mencionar que debió explicársele a la afiliada la forma en que se conformaría su derecho pensional y en el RAIS hacerle claridad acerca de los múltiples factores macro y micro económicos que inciden para conformar ese derecho pensional y la modalidad que finalmente llegue a seleccionar el interesado, explicándole de manera clara las distintas modalidades de pensión y que le permita al afiliado optar por alguna que pueda responder a su expectativa pensional. Luego, resulta claro que la gestión del asesor para ese momento no cumplió ni se enmarcó dentro de los principios de la debida asesoría o el buen consejo que en materia pensional no significa sino poderle exponer al afiliado un panorama claro que le permita optar por una decisión que realmente se ajuste a sus expectativas e intereses.

Que ese deber de información que se reclama a las entidades administradoras de fondos de pensiones fue consagrado por el legislador desde la expedición misma de la Ley 100 de 1993, marco normativo que dio génesis en el derecho positivo a este Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, en ese estatuto se consagraron claramente todas las normas relacionadas con el funcionamiento, características, condiciones y el concepto del RAIS,



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 17201900717-01 Dte: AMALIA CAICEDO ALARCÓN Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

explicando de manera clara las distintas modalidades de pensión que consagra ese sistema. En otras palabras, la labor de los representantes, asesores comerciales o promotores de las Entidades Administradoras de Pensiones tiene como propósito principal transmitir esa información al futuro afiliado de manera que queden manifiestamente definidas las características y condiciones y pueda concluirse que efectivamente el futuro afiliado recibió una información que por lo menos represente para él un conocimiento general del funcionamiento de ese régimen pensional.

Posteriormente, se expidió el Decreto 663 de 1993, o Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, norma que resultaba aplicable a la actividad que cumplen las entidades administradoras de fondos de pensiones pues estas hacen parte del sistema como instituciones financieras privadas de carácter previsional, que tienen a su cargo administrar de manera eficiente los fondos y planes de pensión del RAIS y los fondos de cesantías en Colombia a través de la gestión fiduciaria que a ellos se les encarga. En ese estatuto se estableció la importancia del deber de informar al consumidor financiero y fue así como a partir del artículo 97 se consagró ese deber de brindar a los usuarios del sistema la información necesaria, con el fin de lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen y cuyo propósito principal es brindarle al futuro afiliado los elementos de juicio claros y objetivos que les permita optar por las mejores alternativas del mercado.

Destacó que cuando se atribuye al ente societario demandado esa omisión en el deber de información y pretende derivarse una consecuencia jurídica de esos silencios y de esas omisiones, no se encuentra en estricto sentido frente a una causal de nulidad pues finalmente el consentimiento plasmado por el afiliado no se encuentra afectado por un vicio, tal y como lo ha orientado la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral, la consecuencia jurídica de esa omisión es que se declare la ineficacia del traslado, por lo que atendiendo la figura planteada por la Corte Suprema de Justicia en sus numerosas providencias, y acogiendo además lo pretendido por la demandante declarararía la ineficacia del acto de traslado efectuado por la actora en su momento a RAIS a través de Colmena S.A., hoy Protección.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 17201900717-01 Dte: AMALIA CAICEDO ALARCÓN Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

No quedando demostrado que en el acto jurídico del traslado el asesor o representante de Colmena S.A., cumplió con el deber de ilustrar en debida forma a la futura afiliada, exponiéndole de una manera clara, completa, veraz y suficiente las condiciones y características de ese régimen pensional y sobre todo advirtiéndole de los riesgos y de la conveniencia o no de aceptar su traslado, de manera que, se debían acoger las pretensiones de la actora, quien en interrogatorio de parte, señaló unas circunstancias generales en las que se efectuó ese cambio de régimen pensional, indicando que si bien tuvo una asesoría esta no fue completa, no se le brindó la información de manera precisa, clara, de tal forma que pudiera tomar una decisión, no le fue informado las características de cada uno de los regímenes, tampoco se le explicó cómo funcionaba el RAIS y en aspectos particulares como el manejo del bono pensional cuando se generaba, cuando se redimía y todos lo demás atinente a este aspecto no se le informó absolutamente nada y no se le dio ninguna información respecto de este punto.

En síntesis, señaló que nunca recibió una asesoría clara, completa y suficiente, tampoco se le advirtió de la posibilidad que tenía de retractarse de ese traslado dentro del término que fija la ley; lo que de paso ratifica los principales supuestos fácticos en que apoyó sus pretensiones. Analizadas las respuestas dadas por la demandante en su interrogatorio, claramente puede concluirse que de sus respuestas no derivó alguna confesión a favor de los argumentos de las demandadas menos en el sentido de habersele dado una información con las características que aquí se analizaron.

Reiteró que la consecuencia que se genera a la falta del deber de información, no puede ser otra que declarar la ineficacia jurídica del traslado sin dejar de hacer alusión a la Sentencia SL 3349 con Radicado 88826 del 28 de julio de 2021, por lo que se está frente a un traslado ineficaz, lo que conlleva a dejar sin efecto jurídico el traslado efectuado por la demandante al RAIS y su vinculación actual a la Administradora de Fondos de Pensiones Protección S.A., quedando como consecuencia de ello y como única afiliación válida a los sistemas de pensiones la efectuada por la demandante en época pasada al ISS



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 17201900717-01 Dte: AMALIA CAICEDO ALARCÓN Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

hoy Colpensiones y señalando que para todos los efectos legales el traslado de la demandante al RAIS no produjo ningún efecto jurídico.

Como consecuencia de lo anterior, ordenó a Protección S.A., trasladar a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, tales como cotizaciones, sumas adicionales de la aseguradora, traslados de dineros de las otras AFPS, todo esto con sus rendimientos e intereses en la forma que lo dispone el artículo 1746 del Código Civil advirtiéndose a Protección S.A., gastos o comisiones de administración que en su momento descontó de los dineros de la demandante, los que debían ser asumidos por esa entidad de su propio patrimonio, ordenando a Colpensiones recibir este traslado de fondos que efectúe la AFP Protección S.A., y convalidarlos en la historia laboral de la demandante para los efectos de cotizaciones a que haya lugar en ese régimen pensional.

De otra parte, cuando lo que se debate es una omisión, una falta al deber de información, señaló que no resulta procedente imponer la sanción que solicita la demandante, y que finalmente, tampoco la destinataria sería la afiliada.

Indicó que no prosperaba la excepción de prescripción, teniendo en cuenta que el derecho que le pudiese asistir a la afiliada a retornar a Colpensiones y tenerse su traslado y su vinculación válida sin solución de continuidad, es un derecho que no puede ser afectado por el transcurso tiempo, menos la prescripción trienal que fue la invocada por las demandadas en su defensa. Respecto a la imprescriptibilidad de ese derecho a la ineficacia del traslado se ha pronunciado la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en Sentencia SL 65791 del 8 de mayo de 2019.

RECURSO DE APELACIÓN

La demandada **Colpensiones**, señaló que la condena en costas impuesta a esta administradora no es procedente, toda vez que de acuerdo a la naturaleza del proceso Colpensiones fue demandado por ser un tercero de buena fe, es decir, por ser la administradora del RPM que actualmente pues administra a dichos afiliados. En el caso eventual que se confirme la



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 17201900717-01 Dte: AMALIA CAICEDO ALARCÓN Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

ineficacia del traslado esta sería la administradora que empezaría a administrar todo el tema pensional de la demandante, frente a la oposición que hace Colpensiones es de acuerdo a la Ley 100 de 1993, la cual indica que cuando le faltaren 10 años para cumplir la edad de pensión pues esta no se puede trasladar. Por tal motivo, Colpensiones al aceptar dicho traslado tiene que ser por medio de una sentencia judicial que, en este caso, sería la ineficacia del traslado por lo que solicita se revoque la condena en costas de primera instancia y no se condene en costas en segunda instancia.

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver el recurso planteado, se tiene que lo pretendido por la señora AMALIA CAICEDO ALARCÓN, se circunscribe a la nulidad de la afiliación que realizara a Cesantías y Pensiones Colmena hoy Protección S.A., a través de formulario suscrito el 7 de abril 1994, como se verifica de copia del mismo, allegada por esta AFP en expediente digital.

En este orden, se tiene que como quiera que se alega la falta al deber de información en el acto de afiliación por parte de la AFP, dicha circunstancia impone como lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia y como acertadamente lo señaló el Juzgador de primer grado, que lo pretendido, se estudia bajo la óptica de la ineficacia del traslado de régimen pensional, así en lo reiteró la Corporación en mención en sentencia radicado No. 68852 del 9 de octubre de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas, oportunidad en que indicó:

En las sentencias CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019 y CSJ SL3464-2019 esta Sala precisó que la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia en sentido estricto o exclusión de todo efecto al traslado. Por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde esta institución y no desde el régimen de las nulidades o inexistencia.

Es así como dicho deber de información ha sido objeto de amplio desarrollo jurisprudencial por parte de nuestra corporación de cierre, en sentencia con radicado No. 33083 de 2011, criterio reiterado en sentencia radicado 46292



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 17201900717-01 Dte: AMALIA CAICEDO ALARCÓN Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

del 18 de octubre de 2017 y recientemente en sentencia 54818 del 14 de noviembre de 2018; M.P. Gerardo Botero Zuluaga; indicó que la responsabilidad de las administradoras de pensiones era de carácter profesional, que la misma debía comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional y que las administradoras de pensiones tenían el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible a la medida de la asimetría que se había de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad.

Así las cosas, para que en realidad se considere que el traslado de régimen pensional estuvo precedido de voluntad y deseo de cambio por parte del afiliado del régimen de prima media con prestación definida, se requiere entonces que la Administradora del Régimen de Ahorro Individual le suministre una información completa sobre las condiciones específicas de su situación pensional, lo que implica no solamente lo favorable, sino todo aquello que puede perder o serle lesivo de aceptar un traslado.

Es así como en casos, **la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado**; por el tipo de responsabilidad que se le endilga a estas entidades sobre las que pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional respecto de quienes simplemente buscan es la protección de los riesgos de vejez, invalidez o muerte sin prestarle mayor atención a conceptos científicos o legales, es por ello entonces que **las Administradoras son quienes deben demostrar el suministro completo y veraz al afiliado para que se pueda concluir que fue en realidad deseo del éste aceptar las condiciones de traslado para evitar precisamente que posteriormente alegue algún tipo de engaño**, el que no sólo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue, conocimiento que no se puede comparar al de la demandante.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 17201900717-01 Dte: AMALIA CAICEDO ALARCÓN Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

De las pruebas aportadas al expediente, se tiene que como bien lo adujo el Juzgador de primer grado, ninguna de ellas da cuenta respecto que a la señora Amalia Caicedo Alarcón, se le hubiera brindado alguna información o comparativo respecto del régimen de prima media, al momento de su traslado inicial al RAIS en el año 1994; por lo que se debe dar por demostrado que la demandada hoy Protección S.A., AFP a la que se trasladó la demandante, faltó al deber de información pues debió indicarle en forma clara todo aquello que resulta relevante para la toma de decisión, tanto lo favorable como lo desfavorable.

El deber de información en los términos anteriores, fue reiterado en reciente pronunciamiento del 8 de mayo de 2019, SL 1689 de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas, en dicha indicó esa Alta Corporación:

“Sobre el particular, en reciente sentencia CSJ SL1452-2019, esta Sala se ocupó de analizar: (i) la obligación de información que tienen las administradoras de fondos de pensiones, (ii) si tal deber se entiende satisfecho con el diligenciamiento del formato de afiliación, (iii) quién tiene la carga de la prueba en estos eventos y (iv) si la ineficacia de la afiliación solo tiene cabida cuando el afiliado cuenta con una expectativa de pensión o un derecho causado.

En ese orden, concluyó que:

(i) Las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional, a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional -artículos 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, 97, numeral 1.º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 y demás disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal. Posteriormente, se agregó a dicho deber la obligación de otorgar asesoría y buen consejo -artículo 3.º, literal c) de la Ley 1328 de 2009, Decreto 2241 de 2010- y, finalmente, se impuso la exigencia de doble asesoría -Ley 1748 de 2014, artículo 3.º del Decreto 2071 de 2015, Circular Externa n.º 016 de 2016 de la Superintendencia Financiera. Obligaciones que deben ser acatadas en un todo, a fin de que los usuarios del sistema puedan adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional.

(ii) En el campo de la seguridad social, existe un verdadero e ineludible deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SL19447-2017), pues dicho procedimiento garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, que el usuario comprende las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen; esto es que, previamente a tal acto, aquel recibió información clara, cierta, comprensible y oportuna. Luego, el simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente para dar por demostrado el deber de información.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 17201900717-01 Dte: AMALIA CAICEDO ALARCÓN Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

(iii) La aseveración del afiliado de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación, por cuanto la documentación soporte del traslado debe conservarla en sus archivos, y en tanto es la obligada a observar el deber de brindar información y probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento". (Negrilla fuera del texto original)

Con sujeción al criterio jurisprudencial en cita, se logra determinar que el suministro del deber de información, no se puede considerar por efectuado con la firma del formulario de afiliación, pues tal documental no contiene datos relevantes a la situación pensional particular de la actora, ya que en este únicamente se encuentran consignados sus datos personales y el fondo pensional al que pertenecía, de igual manera esta tópicamente ha sido objeto de pronunciamiento en la línea jurisprudencial antes citada, según la cual, se reitera, la suscripción del formulario no permite concluir que se suministró en debida forma toda la información relevante al afiliado previo al acto de traslado.

Es así como, al no haber prueba de que se le haya puesto de presente a la demandante las ventajas y desventajas de pertenecer a uno u otro régimen pensional, **al momento del traslado al RAIS en el año 1994**, resulta forzoso concluir que no le fue brindada a este de manera completa toda la información a este respecto, circunstancia que impone **confirmar** la declaratoria de **ineficacia**, dispuesta en primera instancia.

Ahora, en cuanto a la absolución de condena en costas que petitiona Colpensiones, no se modificará esta por cuanto en los términos del artículo 365 del CGP, esa entidad resultó vencida en juicio, ya que en su contra se imponen obligaciones.

Finalmente, se considera que hay lugar a DECLARAR que COLPENSIONES puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional de la demandante, en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión en la que incurrió el y/o los fondos de



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 17201900717-01 Dte: AMALIA CAICEDO ALARCÓN Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

pensiones demandados, aspecto en que se **adicionará** la sentencia recurrida.

Sin costas en esta instancia.

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

R E S U E L V E:

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia recurrida, en el sentido de DECLARAR que COLPENSIONES puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional del demandante, en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión en la que incurrió el y/o los fondos de pensiones demandados, conforme lo señalado en la parte pertinente de esta providencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia recurrida.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

Las partes se notifican por edicto de conformidad con los artículos 40 y 41 del CPTSS.

Los Magistrados,



MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 17201900717-01 Dte: AMALIA CAICEDO ALARCÓN Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

M o - 1 0 - 1 1 .

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO

Lorenzo - R

LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO .

REPUBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTA D.C
SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 17 2022 00211 01

ASUNTO: ACOSO LABORAL

DEMANDANTE: NUBIA ESPERANZA SUÁREZ

DEMANDADO: UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los Treinta y un (31) días del mes de julio de dos mil veintitrés (2023), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar el siguiente:

AUTO

Resuelve la sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante, contra la providencia mediante la cual, se declaró probada la excepción de caducidad y dispuso la terminación del proceso especial de acoso laboral.

ANTECEDENTES

La señora NUBIA ESPERANZA SUÁREZ, por intermedio de apoderado judicial, interpuso proceso especial de acoso laboral solicitando la declaratoria de existencia de contrato de trabajo entre ella y la Universidad Santo Tomás, desde el 14 de enero de 2017 al 13 de enero de 2018, que dicho contrato fue renovado por otrosí del 14 de enero de 2018 al 13 de enero de 2019, nuevamente del 14 de enero de 2019 al 13 de enero de 2020, que los actos desplegados por los señores Édgar Agudelo, Alexander Nivia y Germán Paredes en su contra, son constitutivos de maltrato laboral, solicita se declare que en virtud de las diferentes quejas presentadas por ella por conductas de acoso laboral en su contra, ostenta fuero circunstancial y que su despido el 13 de enero de 2020, es inexistente y por ello debe ser reintegrada.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ejecutivo Laboral No. 110013105017 2022 211 01 Dte: NUBIA ESPERANZA SUÁEZ Ddo.: UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS Y OTROS

Como consecuencia de tales declaraciones, peticiona se condene a pagar a la Universidad Santo Tomás, los salarios dejados de percibir desde el 14 de enero de 2020 al 22 de marzo de 2022, los causados desde el 26 de marzo de 2022 y hasta que se emita sentencia, cesantías dejadas de percibir desde la fecha de despido, así como interés a la cesantía, vacaciones, prima de servicios, aportes al sistema de seguridad social integral e intereses moratorios.

Como soporte de sus pretensiones señaló que el 3 de febrero de 2014, empezó a laborar para la Universidad demandada bajo la modalidad de contrato a término fijo hasta el 15 de enero de 2015, que se renovó por primer vez hasta el 17 de diciembre de 2015, que el cargo para el cual fue contratada fue el de docente, que su contrato se renovó nuevamente hasta el 13 de enero de 2017 y luego hasta el 13 de enero de 2018, al 13 de enero de 2019 y finalmente al 13 de enero de 2020, que para el año 2017, la Universidad ubicó al señor Édgar Agudelo en el programa de administración de Empresas Agropecuarias, quien para el momento de los hechos, trabajaba como coordinador de dicho programa, que el 18 de mayo de 2018 ante diferentes conductas de acoso laboral, concretamente maltrato y discriminación, presentó una denuncia por acoso laboral contra el señor Édgar Agudelo ante Claudia Pérez, quien fungía como decana de la facultad por las conductas cometidas desde el 11 de agosto de 2017 al 16 de mayo de 2018.

Refiere que ante dicha denuncia, la Universidad no tomó ninguna medida, sólo se limitó a recibir su versión libre el 12 de junio de 2018, que dentro de la facultad también trabajaba el señor Alexander Nivia, contra quien igualmente radicó queja el 17 de julio de 2019, por sus ataques misóginos y agresivos, que el 5 de septiembre de 2019, volvió a radicar una nueva queja contra los mencionados señores Édgar Agudelo, Alexander Nivia y Ricardo Paredes, que el 9 de septiembre de 2019, al persistir los malos tratos por parte del señor Édgar, interpuso una nueva denuncia ante el Director del Departamento de Talento Humano de la Universidad, ya que las quejas radicadas ante la decanatura, no habían sido tramitadas.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ejecutivo Laboral No. 110013105017 2022 211 01 Dte: *NUBIA ESPERANZA SUÁEZ Ddo.: UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS Y OTROS*

Indica que el Comité de Convivencia de la Universidad, el 25 de septiembre de 2019, le comunicó que no se habían evidenciado conductas de acoso laboral, cuando sólo fue llamada a responder algunas preguntas para ampliar su queja, oportunidad en la que no se solicitaron ni practicaron pruebas y los implicados, tampoco fueron llamados a rendir descargos, lo propio ocurrió con las 2 denunciar radicadas posteriormente, frente a las cuales, no se adelantó fase investigativa, para determinar las conductas de acoso laboral, que el 9 de septiembre de 2019, solicitó reubicación de su puesto de trabajo.

Refiere finalmente que nunca fue calificada de manera negativa por la Universidad en cuanto a su desempeño, que el 8 de noviembre de 2019 le fue remitido preaviso de terminación de contrato, que al momento de ser despedida, ya había constituido un fuero por acoso laboral, debido a los ataques en su contra desde el 18 de mayo de 2018 y que se prolongaron hasta el 9 de septiembre y 3 de diciembre de 2019.

DECISIÓN DE PRIMER GRADO

En audiencia del 28 de abril del 2023, el juez de conocimiento, declaró probada la excepción de caducidad propuesta por la Universidad demandada.

Como sustento de su decisión indicó:

Como fundamento de la excepción señalan que las presuntas conductas que se atribuyen a los demandados tanto en la universidad como las personas naturales demandadas y que fueron objeto de trámite e investigación por parte del comité de convivencia, datan del 9 de septiembre de 2019, fecha en la cual se radicó la queja en la Oficina de Gestión de Talento Humano de la universidad, surtiéndose el trámite ante el Comité de convivencia y anotando que la terminación del contrato de trabajo acaeció el 13 de enero de 2020, que para el momento de la terminación del contrato se encontraba vigente la ley 1010 de 2006 sin variación alguna por lo que indicaron el término de caducidad previsto en esa norma era de seis meses, que para el momento de la ocurrencia de los hechos en los términos del artículo 18, la ley 1010 de 2006, ya habían transcurrido casi 2 años en que la terminación del contrato, los hechos indicados como constitutivos de acoso laboral, y la radicación de la presente demanda por lo cual se configuró la caducidad de la acción y piden se declare probada.

A esta excepción se opuso el apoderado del accionante y para el efecto indicó que si bien efectivamente el artículo 18 de la ley 1010 de 2006 tenía previsto un término de caducidad de 6 meses, así lo indicó en su intervención posterior a la ocurrencia de los hechos para que la afectada realizara las actuaciones administrativas y judiciales pertinentes No obstante, indicó, ese término de caducidad fue ampliado en virtud a la



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ejecutivo Laboral No. 110013105017 2022 211 01 Dte: NUBIA ESPERANZA SUÁEZ Ddo.: UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS Y OTROS

Ley 2209 de 2022 a un término de tres años, por lo cual, al encontrarnos frente a dos normas vigentes, que en este caso dice sería la ley 1010 de 2006 y la ley 2209 de 2022 que le son aplicables al caso bajo estudio, es necesario que se aplique el criterio de la condición más beneficiosa la cual indica que la norma que se debe aplicar la norma del año 2022 prefiriendo esta por ser la más favorable a la demandante por lo cual concluyó el apoderado del accionante, la demanda se radicó dentro del término de los 3 años que establece la nueva ley por lo que no se aplicaría la consecuencia de la caducidad de la acción y pidió que se declarara no probada la excepción.

Pues bien, la caducidad de la acción ha sido entendida como la figura jurídico procesal a través de la cual “el legislador, en uso de su potestad de configuración normativa limita en el tiempo, el derecho que tiene toda persona de acceder a la jurisdicción con el fin de obtener pronta y cumplida justicia, su fundamento se halla en la necesidad por parte del conglomerado social y obtener seguridad jurídica para evitar la paralización del trópico jurídico”, así entonces, la caducidad apunta a la protección de un interés general e impide el ejercicio de la acción por lo cual cuando se ha configurado no puede iniciarse válidamente el proceso, esta es una figura de orden público lo que explica su carácter irrenunciable y la posibilidad incluso de ser declarada de oficio por parte del juez cuando el supuesto fáctico se presente; por tanto, opera por el solo transcurso del tiempo sin que se haya hecho uso de la acción judicial y el efecto es que se pierde para el afectado la posibilidad de instaurar la correspondiente acción judicial.

Es decir, para que opere solo basta la concurrencia de los supuestos, el transcurso del tiempo y la falta de ejercicio de la acción pues es una situación de índole objetivo. La implementación de la caducidad también tiene como propósito principal que el interesado en accionar ante la jurisdicción lo haga dentro de los términos que la misma ley prevé, si eso no se cumple, se genera para el juzgado la consecuencia de tener que rechazar la demanda por falta de un presupuesto procesal de la acción o la imposibilidad de no poder pronunciarse de fondo sobre el contenido de las pretensiones de tal manera que el fin de la caducidad es poner un límite al derecho a discutir una situación litigiosa, pues de no existir tal término se desdibujaría la seguridad de las decisiones dentro del transcurrir jurídico. Por tanto, es indiscutiblemente necesario para la seguridad jurídica establecer un término perentorio para el ejercicio de las acciones, más allá del cual no podrá la acción ejercerse, dándole de esa manera aplicación al principio de que el interés general de la colectividad y la estabilidad de las situaciones jurídicas deben prevalecer sobre las situaciones individuales de los particulares o de las personas afectadas.

También ha orientado la jurisprudencia que la caducidad, cuando aparezca clara, desde un principio debe decretarse desde el primer auto que se dicta dentro del proceso por razones de economía procesal y de celeridad del trámite, ya que no tendría sentido que las partes se sometiesen a un debate costoso y de larga duración para terminar con una declaración de tal naturaleza. Teniendo en cuenta entonces lo previsto en la ley y los anteriores criterios jurisprudenciales y descendiendo al caso que nos ocupa, tenemos entonces que la ley 1010 de 2006 por medio de la cual se dispuso la adopción de medidas para prevenir, corregir y sancionar el acoso laboral y otros hostigamientos en el marco de las relaciones de trabajo en su artículo 2, define y consagra las modalidades del acoso laboral en los siguientes términos: “Para efectos de la presente ley, se entenderá por acoso laboral toda conducta persistente y demostrable ejercida sobre un empleado trabajador por parte de un empleador, un jefe o superior jerárquico inmediato o mediato, un compañero de trabajo o un subalterno encaminada a difundir miedo, intimidación, terror y angustia, generar desmotivación en el trabajo o inducir la renuncia del mismo.

En el contexto del inciso primero de este artículo, el acoso laboral puede darse entre otras bajo las siguientes modalidades generales, y define la norma cada figura, habla entonces el numeral primero de maltrato laboral, segundo, persecución laboral, tercero, discriminación laboral, cuarto, entorpecimiento laboral, quinto, inequidad laboral, sexto, desprotección laboral, anotando entonces que cada una de estas conductas es definida claramente en la norma. Por su parte el artículo 18 del mismo estatuto en relación con la caducidad establece lo siguiente: “Las acciones derivadas del acoso laboral caducarán en seis meses después de la fecha en que hayan ocurrido las conductas a que hace referencia esta ley”. Es claro entonces a la luz de esta disposición que las acciones que



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ejecutivo Laboral No. 110013105017 2022 211 01 Dte: NUBIA ESPERANZA SUÁEZ Ddo.: UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS Y OTROS

se deriven del acoso laboral caducan en 6 meses después de la fecha en que se hayan presentado las conductas señaladas en dicho estatuto especial.

La norma no solo es clara entonces en fijar el término, sino también en los parámetros legales para que se contabilice ese término, esto es después de la fecha en que se haya presentado la conducta, lo que significa que es a partir del día siguiente a que el trabajador o trabajadora haya sido víctima del comportamiento; para el caso que nos ocupa, refiere el accionante varias circunstancias que en su sentir configuraron las conductas de acoso laboral reprochables indicando que en las distintas oportunidades los autores fueron los señores Edgar Agudelo López, Alexander Livia Ozuna y Germán Ricardo Paredes Guzmán, en su calidad de trabajadores de la Universidad Santo Tomás, también accionada, señalando a continuación que la institución universitaria no desplegó acción alguna en procura de brindarle un amparo o de adelantar las correspondientes investigaciones con miras a determinar los hechos que ella refirió al tenor de lo narrado en los numerales 16, 17 y 18 y 19 de los hechos, ubicando las conductas en los días 5 de septiembre de 2019, dentro de otras fechas, exposición que finalmente y en lo que hace relación a la terminación del vínculo laboral con la universidad demandada lo ubica tal hecho en el 13 de enero de dos mil veinte.

Así entonces atendiendo la narración de los hechos de la demanda, también es preciso establecer en qué fecha se sometió la demanda a conocimiento de este juez ordinario, para establecer si les asiste razón a los apoderados en los argumentos en que sustenta la excepción y esta información entonces la brinda el folio del expediente y que da cuenta que la demanda se sometió a conocimiento de este juez laboral el día 13 de junio de 2022. Luego entonces, entre la última conducta denunciada por el accionante, junto con la terminación de la relación laboral y la fecha de presentación de la demanda, alcanzaron a transcurrir un total de 2 años, 8 meses y 4 días, siendo cierto entonces que la correspondiente acción debió instaurarse a más tardar el día 05 de marzo de 2020 o en su defecto el 13 de julio 2020, sin embargo la demanda solo se sometió al juez el día 03 de junio de 2022, momento para el cual ya se había presentado la caducidad de la acción en los términos de la ley 1010 de 2006, artículo 18.

Ahora, cierto resulta y así lo invoca el apoderado del accionante que el término de caducidad contemplado en el referido artículo 18 de la ley 1010 de 2006 fue modificado por el artículo 1 de la Ley 2209 de 2022 “por medio de la cual se modifica el artículo 18 de la ley 1010 de 2006”, disposición que amplió el término de caducidad de las acciones derivadas del acoso laboral a 3 años. Sin embargo, también dicho estatuto en su artículo 2 hace alusión a que la ley rige a partir de su promulgación, siendo esta el 23 de mayo de 2022, y los hechos indicados en el presente proceso son muy anteriores a la promulgación de la referida ley 2209 de 2022; así entonces aplicar de manera retroactiva y en favor de la demandante esa disposición, desconocería no sólo el principio de la seguridad jurídica, sino que terminaría por afectar otros valores de orden superior que también son propios del debido proceso, entre estos, que las normas con las cuales se deben juzgar unos hechos no pueden ser otras salvo las excepciones que el mismo legislador establece que las vigentes para ese momento.

Por lo cual necesariamente debe arribarse a la conclusión de que el tiempo afectó la acción que instauró la accionante razón suficiente para que la excepción propuesta prospere y como consecuencia de ello declarar la terminación del presente proceso, resulta importante anotar que dentro del análisis que se hace de las distintas figuras de aplicación de la ley, y ya para concluir, resulta importante mencionar que la retroactividad que reclama el apoderado del accionante se configura cuando una norma se aplica a las situaciones que se consolidaron con anterioridad a su entrada en vigencia, la irretroactividad de la legislación implica, por el contrario, la imposibilidad genérica de afectar situaciones jurídicas consolidadas antes de la entrada en vigencia de una disposición nueva, el alcance de esta disposición como se vio, cuenta con fundamento constitucional y se plasma en que la nueva disposición no tiene vocación para afectar hechos o consecuencias jurídicas que se han formado válidamente en el marco de una ley anterior como garantía, reitero, de la seguridad jurídica. En consecuencia, la excepcional aplicación retroactiva de una norma solo puede tener lugar por expresa disposición del legislador en tanto como productor de la norma es este el órgano encargado de disponer cómo se deben aplicar las normas sin que esa atribución le sea otorgada al operador judicial, que es en últimas, el que tiene a su cargo aplicar las disposiciones y no generarlas.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ejecutivo Laboral No. 110013105017 2022 211 01 Dte: *NUBIA ESPERANZA SUÁEZ Ddo.: UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS Y OTROS*

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con dicha decisión, la parte demandante señaló:

Lo que nosotros tenemos acá es un conflicto entre disposiciones jurídicas, entre 2 normas de carácter procesal, en donde está mediando un principio general del derecho, que es el principio de favorabilidad y el de la condición más beneficiosa del trabajador; en esta medida, nos encontramos que todas las reglas de carácter procesal, como lo acabo de indicar, son reglas que estén subordinadas bajo el principio de favorabilidad y condición más beneficiosa; si eso es así, lo que tenemos acá es que las normas procesales no tienen ningún, ninguna atribución desde el punto de vista del ordenamiento jurídico que sean superiores a los principios que precisamente orientan el ordenamiento y las reglas jurídicas como tal.

En este caso, observamos que la ley 2209 del año 2022 tenía como finalidad aumentar el término de prescripción a 3 años, digamos que igualarlo al término trienal, final que tienen todas las disposiciones relativas al tema de seguridad social; en este caso, por ejemplo, el artículo 488 del código sustantivo del trabajo, y en la exposición de motivos del proyecto de ley, el 2209 de 2022, se dijo que precisamente el proyecto de ley tenía como finalidad que el término para interponer la acción en contra del acoso laboral es de 6 meses, esta disposición puede llevar a la confusión de las víctimas en razón a que la mayoría de acciones laborales prescriben en el término de 3 años, a partir de la ocurrencia de la situación objeto de controversia, diferentes tratadistas han manifestado la autonomía que existe entre la prescripción trienal de los derechos laborales y el término de caducidad que estableció la ley 1010 de 2006 por lo que se hace necesario identificar dicho término a fin de acompasar los derechos laborales. Así considerando la importancia del presente proyecto, se hace necesaria la modificación del artículo 18 de la Ley 1010, para armonizar la regulación del acoso laboral al ordenamiento del derecho laboral colombiano.

Entonces si vemos la motivación que tuvo este proyecto de ley, no estamos hablando de que las situaciones consolidadas quedaron, lo que estamos hablando es que esta ley 2209, lo que trata es de armonizar, es decir, de corregir al parecer un yerro jurídico del legislador del año 2006, para que el término de caducidad o prescripción de los derechos laborales se igualara a los términos de prescripción o caducidad trienal que ya estaban contemplados en todo el ordenamiento jurídico, en lo que tiene que ver con los derechos laborales y seguridad social de los trabajadores y en esa medida para solucionar este conflicto entre normas, se hace necesaria la aplicación del principio de favorabilidad, porque el principio como tal no discrimina qué regla jurídica si le puedo aplicar el principio y que no, las normas procesales siguen siendo reglas y por más que tengan el carácter de orden público están subordinadas a los principios generales del derecho, en este caso de favorabilidad, como en esta ocasión lo que tenemos son 2 normas principalmente una que no derogó sino que modificó el artículo 18 de la ley 1010 es necesario que el tribunal en este caso, se manifieste sobre si en efecto debe aplicar el principio de favorabilidad sobre una norma que no buscaba derogar o una norma que buscaba simplemente modificar, sino que buscaba subsanar un error que se dieron cuenta que tuvo el legislador del año dos mil seis, en no contemplar una caducidad o prescripción acorde a las prescripciones trienales contempladas en el sistema jurídico laboral colombiano.

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver el recurso de apelación interpuesto, se tiene que no fue objeto de reparo la existencia de la relación laboral de la demandante con la Universidad Santo Tomás, como tampoco sus extremos temporales;



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ejecutivo Laboral No. 110013105017 2022 211 01 Dte: NUBIA ESPERANZA SUÁEZ Ddo.: UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS Y OTROS

de igual forma, tampoco fue objeto de reproche que las conductas de acoso alegadas, tuvieron lugar entre el 2017 y 2019, indicando la parte demandante en su escrito introductorio, que dichas conductas, se extendieron hasta el **9 de septiembre de 2019**.

Determinado lo anterior, se tiene que el artículo 18 de la Ley 1010 de 2006, *“Por medio de la cual se adoptan medidas para prevenir, corregir y sancionar el acoso laboral y otros hostigamientos en el marco de las relaciones de trabajo”*, señalaba en su texto original **vigente** a la fecha en que ocurrieron los hechos denunciados por la accionante, que las acciones derivadas del acoso laboral, caducan **6 meses** después de la fecha en que hayan ocurrido las conductas de tal índole.

Así las cosas es claro que contrario a lo indicado por el recurrente, atendiendo a la fecha en que se alega, ocurrieron las conductas constitutivas de acoso laboral, la última como se dijo, en septiembre de 2019, se encuentra superado ampliamente el término de caducidad previsto en la norma en cita, que era la aplicable para la data de ocurrencia de los hechos, no pudiéndose aplicar disposición distinta como lo es la Ley 2209 de 2022, pues dicha normatividad, **no había sido expedida** en el momento en que acaecieron las conductas de acoso endilgadas a la demandada, no siendo posible aplicar una disposición legal inexistente para dicha época, pues es bien sabido que las normas aplicables a una situación fáctica, son las vigentes a la fecha de ocurrencia de los hechos con fundamento en el principio de irretroactividad de la Ley que prohíbe su aplicación a situaciones consumadas antes de su expedición.

Por lo anterior atendiendo a que esta acción judicial fue radicada **el 3 de junio de 2022**, se itera, el término de caducidad previsto en el texto original de la Ley 1010 de 2006, se superó con creces, siendo pertinente manifestar al recurrente que el principio de favorabilidad en materia laboral, implica la existencia de duda en aplicación de **2 normas vigentes** y en esta oportunidad es claro que la norma cuya aplicación deprecia el



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ejecutivo Laboral No. 110013105017 2022 211 01 Dte: NUBIA ESPERANZA SUÁEZ Ddo.: UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS Y OTROS

recurrente, **no estaba vigente** para la fecha de ocurrencia de los hechos, razón de más para **confirmar** la decisión recurrida.

Sin costas en la alzada.

Por lo expuesto, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D. C., SALA LABORAL, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la providencia apelada por lo antes expuesto.

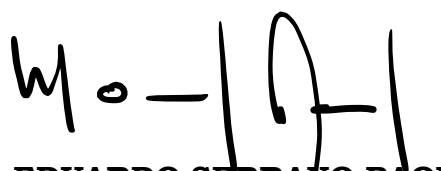
SEGUNDO: sin costas en la alzada.

Las partes se notifican por edicto de conformidad con los artículos 40 y 41 del CPTSS.

Los Magistrados,



MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO



LORENZO TORRES HUSSY
MAGISTRADO



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C
SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 27-2020-00051-01

ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA

DEMANDANTE: CARLOS GABRIEL GIL ARIAS

DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTROS

RECONÓZCASE PERSONERÍA a la sociedad **TABOR ASESORES LEGALES S.A.S.** representada legalmente por la Dra. **MARÍA CAMILA RIOS OLIVEROS**, identificada con la cédula de ciudadanía No. 1.026.275.391 y tarjeta profesional No. 272.749 del C.S de la J como apoderada principal de COLPENSIONES y como su apoderada sustituta se reconoce personería al Dr. DIEGO FERNANDO LONDOÑO CABRERA, identificada con la cédula de ciudadanía No. 1.032.360.658 tarjeta profesional No 198.680 del C.S de la J, para los fines del poder de sustitución conferido.

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los treinta y un (31) días del mes de julio de dos mil veintitrés (2023), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por la demandada Palmas Oleaginosas Bucarelia y del grado de consulta a favor de Colpensiones, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado 27 Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 27 de julio del 2022.



ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior a las partes para presentar alegaciones, fueron remitidas las de ambas partes.

ANTECEDENTES

El señor CARLOS GABRIEL GIR ARIAS por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se DECLARE la existencia de un contrato de trabajo con PALMAS OLEAGINOSAS BUCARELIA S.A.S. entre el 28 de julio de 1986 al 02 de diciembre de 1992; se condene a la demandada que realice el correspondiente cálculo actuarial de las cotizaciones no realizadas, junto con lo que resulte probado extra y ultra petita y las costas del proceso. (Expediente Digital).

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que celebró un contrato de trabajo a término indefinido con PALMAS OLEAGINOSAS BUCARELIA S.A.S. desde el 28 de julio de 1986; que el empleador la afilió a pensión a partir del 03 de diciembre de 1992; que su contrato finalizó el 31 de mayo de 1998; que el empleador no pagó los aportes a pensión entre el 28 de julio de 1986 al 02 de diciembre de 1992. (Expediente Digital).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, la **Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos manifestó que no le constaban. Propuso las excepciones de mérito que denominó falta de legitimación en la causa por pasiva, presunción de legalidad de los actos administrativos, inexistencia del derecho, cobro de lo no debido, buena fe, no configuración del derecho al pago del IPC, ni de indexación o reajuste alguno, no configuración del derecho al pago de



intereses moratorios e indemnización moratoria, prescripción, compensación, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la genérica. (Expediente Digital).

Por su parte, **PALMAS OLEAGINOSAS BUCARELIA S.A.S.**, se opuso a las pretensiones de la demanda, respecto de los hechos aceptó el 1 y 2 y, negó los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, doctrina probable, buena fe de la demandada y prescripción. (Expediente Digital).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:

“PRIMERO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a realizar el cálculo actuarial correspondiente al tiempo laborado por el señor CARLOS GABRIEL GIL ARIAS en PALMAS OLEAGINOSAS BUCARELIA S.A.S desde el 28 de julio de 1986 al 2 de diciembre de 1992, teniendo en cuenta los salarios devengados visibles en certificación de folio de folio 108 del archivo 01, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR a PALMAS OLEAGINOSAS BUCARELIA S.A.S efectuar el pago de los aportes a pensión del demandante CARLOS GABRIEL GIL ARIAS por el periodo comprendido entre el 28 de julio de 1986 al 2 de diciembre de 1992 conforme el cálculo actuarial que emita la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: DECLARAR no probadas las excepciones de PRESCRIPCION, PRESUNCION DE LEGALIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS, INEXISTENCIA DEL DERECHO y COBRO DE LO NO DEBIDO formuladas por COLPENSIONES y las de PRESCRIPCION, INEXISTENCIA DE LA OBLIGACION, COBRO DE LO NO DEBIDO y BUENA FE DE LA DEMANDADA formuladas por PALMAS OLEAGINOSAS BUCARELIA S.A.S.

CUARTO: CONDENAR en COSTAS a la demandada PALMAS OLEAGINOSAS BUCARELLA S.A.S. TASENSE incluyendo como agencias en derecho la suma de \$800.000.”

Fundamentó su decisión la Juez de primer grado señalando en síntesis que se encuentra probado que el actor laboró para la demandada PALMAS OLEAGINOSAS BUCARELIA S.A.S del 28 de julio de 1986 al 30 de agosto de



1998 en Puerto Wilches y, que el empleador lo afilió a pensión el 03 de diciembre de 1992 porque sólo hasta ese momento se amplió la cobertura del ISS para el Municipio de Puerto Wilches. Que la Corte ya ha indicado que por el hecho de no existir cobertura no es válido que el empleador se sustraiga del pago de los aportes de su trabajador por lo que se condena al pago del cálculo actuarial, debiendo pagar el empleador la totalidad del cálculo.

RECURSOS DE APELACIÓN

PALMAS OLEAGINOSAS BUCARELIA S.A.S. recurrió argumentando que para el momento en que el trabajador se vinculó a la empresa demandada la entidad de seguridad social no hacía presencia en la zona y por tal motivo no estaban en la obligación de hacer los aportes a seguridad social.

CONSIDERACIONES

Se observa que el problema jurídico, en principio, consiste en establecer si le corresponde al empleador demandado efectuar el pago del cálculo actuarial que efectúe COLPENSIONES correspondiente al periodo comprendido entre el 28 de julio de 1986 y el 2 de diciembre de 1992, no obstante que, para esa época el ISS no tenía cobertura en el lugar donde el actor prestaba sus servicios.

Argumenta la parte recurrente en síntesis que no existía obligación de la demandada de efectuar los aportes pensionales por cuanto para esa época el ISS no tenía cobertura en el Municipio de Puerto Wilches donde laborada el actor y que se debía dar aplicación a las normas que para dicha data regulaban tal aspecto.

A este respecto, es preciso señalar que la norma vigente y aplicable para la época era el Decreto 3041 de 1966, que determina con precisión quiénes están sujetos al seguro social obligatorio y quiénes tienen la condición de excluidos del mismo. En el literal a) del artículo 1 de la referida norma, se establecen como afiliados obligatorios a “los trabajadores nacionales y



extranjeros que, en virtud de un contrato de trabajo, presten servicios a patronos de carácter particular, siempre que no sean expresamente excluidos por la ley o por el presente reglamento”.

En éste caso, el demandante se encontraba vinculado mediante una relación laboral, como quedó demostrado y no fue controvertido por la recurrente y no se encontraba excluido del seguro obligatorio, toda vez que su condición no encaja dentro de las hipótesis de exclusión previstas en el artículo 3 del Decreto 3041 de 1966.

Por otra parte, es cierto que conforme a la prueba documental que obra en el expediente, el ISS empezó a funcionar en el Municipio de Puerto Wilches el 1º de diciembre de 1992.

Al respecto a la sentencia SL-9856 del 16 de julio de 2014 Radicado No. 41745, señaló lo siguiente:

“No sobra referir que aunque en la sentencia gravada se aludió al esquema de transición generado con la entrada en rigor del sistema general de pensiones a cargo del Instituto de Seguros Sociales, lo cierto es que el hecho de que el actor no contara 10 años de servicio en la fecha en que dicho ente asumió cobertura en los municipios donde laboró, ninguna incidencia tiene en la dilucidación del problema jurídico que ahora ocupa la atención de la Sala.”

Más adelante, respecto a las obligaciones del empleador en éstos eventos, la citada sentencia precisó:

“Estima esta Corte que si en cabeza del empleador se encontraba la asunción de las contingencias propias del trabajo, aquella cesó cuando se subrogó en la entidad de seguridad social, de forma que ese período en el que aquel tuvo tal responsabilidad, no puede ser obviado o considerarse inane, menos puede imponérsele al trabajador que vea afectado su derecho a la pensión, ya sea porque se desconocieron esos periodos, o porque por virtud del tránsito legislativo ve perturbado su derecho.



“Esa responsabilidad no puede entenderse como vacía, u obsoleta, por el contrario se traduce en una serie de obligaciones de quien estaba llamado a otorgar la pensión y quien si bien se subrogó no puede desconocer los periodos laborados por el trabajador.”

Así las cosas, durante ese periodo se encontraba en cabeza del empleador la asunción de las contingencias propias del trabajo que cesó cuando se subrogó en la entidad de seguridad social, pero no por ello puede ser obviado y menos puede aceptarse que el trabajador vea afectado su derecho a la pensión, razón por la que **“se debe facilitar al trabajador 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”**, como lo indica la mencionada sentencia.

Finalmente, conforme lo tiene sentado nuestro máximo órgano de cierre entre otras en la sentencia SL 1320-2023 el cálculo actuarial está ligado a la construcción del derecho pensional, por lo mismo, el capital que representa no está sujeto a extinguirse por prescripción y, tampoco caduca la acción para reclamarlo (CSJ SL5041-2021, SL2944-2016), lo que conlleva la no prosperidad de esta excepción, motivo por el cual se debe confirmar la sentencia de primera instancia.

Virtud de lo dicho habrá de confirmarse en su integridad la sentencia apelada y consultada.

Sin costas en esta instancia.

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

R E S U E L V E:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada y consultada en su integridad, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.



SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

Las partes se notifican por edicto de conformidad con los artículos 40 y 41 del CPTSS.

Los Magistrados,

MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO

LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO

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



DEMANDANTE: YAMILE FALLA MORALES

DEMANDADO: CRUZ BLANCA E.P.S.

RADICADO: 1100122050-00-2021-01010-01

MAGISTRADA PONENTE: MARLENY RUEDA OLARTE

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

S E N T E N C I A:

Resolver el recurso de apelación presentado contra la providencia proferida el 18 de mayo del 2020, por la Superintendencia Nacional de Salud, por medio de la cual accedió a las súplicas de la demanda y ordenó a CRUZ BLANCA EPS EN LIQUIDACION, pagar la suma de DOS MILLONES SEISCIENTOS UN MIL SETESCIENTOS SESENTA Y SIETE PESOS MCTE (\$2'601.767) junto con las correspondientes actualizaciones monetarias.

ANTECEDENTES

YAMILE FALLA MORALES instauró demanda ante la Superintendencia Nacional de Salud con el fin de que se ordene a la EPS CRUZ BLANCA el reconocimiento y pago por concepto de incapacidades.

Como fundamento de sus pretensiones expuso que fue sometida a dos cirugías de reemplazo de cadera debidamente autorizadas por su EPS y que como consecuencia de las mismas se ordenaron las incapacidades las cuales conllevaban el reconocimiento económico al cual tiene derecho por ley, sin

embargo éste no fue realizado en debida forma y de manera oportuna por parte de la EPS; que realizó múltiples peticiones sin obtener una respuesta favorable.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La accionada contestó la demanda aceptando parcialmente los hechos 7 y 8 y, manifestó no constarle los demás. Propuso como excepciones la de inexistencia de la obligación y la genérica.

DECISIÓN DE LA PRIMERA INSTANCIA

La Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación de la Superintendencia Nacional de Salud, en proveído de fecha 18 de mayo del 2020, resolvió acceder parcialmente a las súplicas de la demanda y condenó a la EPS CRUZ BLANCA, al pago de \$2'601.767 junto con las actualizaciones monetarias.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión, el apoderado de la parte accionada, interpuso recurso de apelación, en el que solicita se revoque la decisión adoptada, señalando que existe carencia de objeto por hecho superado pues ya pago las incapacidades N° 1889530, 2415284 y 2415286. Además solicita se aplique la prescripción frente a las incapacidades N° 2287342, 2287351, 2415249, 2415250, 2415203, 2415379. Indica que conforme a la entrada en liquidación de la EPS es de obligatorio cumplimiento para los jueces y funcionarios ejecutores, suspender los procesos ejecutivos y de ejecución coactiva que se adelanten en sus despachos para remitirlos al liquidador y como consecuencia de la imposibilidad de continuar con el presente proceso para que dichas obligaciones sean incluidas en el auto de graduación y calificación de acreencias, so pena de que se predique su extemporaneidad.

PROBLEMA JURÍDICO PARA RESOLVER

Analizados los fundamentos fácticos de la presente acción, lo decidido por la Superintendente Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación, y el recurso de apelación propuesto por la parte pasiva, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales, se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite*, en estricta consonancia con las inconformidades planteadas en la alzada, el determinar si debe ordenarse a la parte actora que se haga parte del proceso liquidatorio de CRUZ BLANCA EPS, radicando su respectiva acreencia.

CONSIDERACIONES

De conformidad con los términos del recurso planteado, procede esta Sala de Decisión a desatar el asunto sometido a su escrutinio, para lo cual resulta preciso indicar en primer lugar que no fue objeto de reproche por parte de la convocada a juicio CRUZ BLANCA EPS, la decisión adoptada por el *a quo* relacionada con que se generaron incapacidades en favor de la demandante por la suma de \$2'601.767, en la medida que la objeción que se hace al fallo de primera instancia frente a este punto, radica en que ya realizó el pago de algunas de esas incapacidades y que otras se encuentran prescritas.

La Ley 1122 de 2007 al consagrar las funciones de la Superintendencia Nacional de Salud en el artículo 41, adicionado por el artículo 126 de la Ley 1438 de 2011, en el literal g) le asignó la función de conocer y decidir sobre el reconocimiento y pago de las prestaciones económicas por parte de las EPS o del empleador.

El artículo 42 de la Ley 100 de 1993 dispone que el pago de las incapacidades es responsabilidad de las E.P.S. asimismo, el artículo 121 del Decreto Ley 19 de 2012 prescribe que el reconocimiento de dichas incapacidades debe ser adelantado de manera directa por el empleador y el artículo 24 del Decreto 4023 de 2011 establece que el pago de incapacidades por enfermedad general y licencias de maternidad y/o paternidad:

“(…)será realizado directamente por la EPS y EOC, a través de reconocimiento directo o transferencia electrónica en un plazo no mayor a cinco (5) días hábiles contados a partir de la autorización de la prestación económica por parte de la EPS o EOC. La revisión y liquidación de las solicitudes de reconocimiento de prestaciones económicas se efectuará dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la solicitud del aportante.

Parágrafo 1°. La EPS o la EOC que no cumpla con el plazo definido para el trámite y pago de las prestaciones económicas, deberá realizar el reconocimiento y pago de intereses moratorios al aportante, de acuerdo con lo definido en el artículo 4° del Decreto 1281 de 2002”.

Para resolver el asunto en cuestión, lo primero que se debe indicar es que la EPS accionada señala que las incapacidades N° 1889530, 2415284 y 2415286 ya fueron pagadas para lo cual aporta “relación de pagos por transferencia detallada por proveedor” la cual fue elaborada por dicha entidad; sin embargo con este documento no existe certeza de que se haya efectuado el pago, pues no aparece con firma de la demandante, ni sello del banco, ni de la persona responsable de certificar el pago, por lo que no se evidencia quien suscribió el documento, pero además tampoco existe certeza que la suma que se dice se pagó corresponda a las incapacidades N° 1889530, 2415284 y 2415286, por lo que no queda otro camino que confirmar la condena impuesta.

Ahora, en cuanto a que se declare la prescripción de las incapacidades N°2287342, 2287351, 2415249, 2415250, 2415203, 2415379, no se hará ningún pronunciamiento al respecto como quiera que tal y como lo dispone el artículo 282 del CGP la prescripción no es una excepción que pueda declararse de oficio y al revisar la contestación de la demanda se evidencia que no fue propuesta por la EPS accionada.

Finalmente, en cuanto a que se debe ordenar a la parte convocante hacerse parte del proceso liquidatorio, para efectos de que sea tenida en cuenta su acreencia dentro del mismo, se dispone lo siguiente:

Pues bien, al respecto se tiene que mediante Resolución 008939 de 2019, se ordenó por parte de la Superintendencia Nacional de Salud, la intervención forzosa administrativa para liquidar a la sociedad Cruz Blanca Entidad Promotora de Salud S.A. – Cruz Blanca EPS.

Ahora bien, el régimen jurídico aplicable a ese proceso liquidatorio se encuentra contenido en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y el Decreto 2555 de 2010, y las demás normas que las reglamenten, modifiquen, adicionen o sustituyan.

El artículo 9.1.3.2.1 del Decreto 2255 de 2010, establece que dentro de los 5 días siguientes a la fecha en que se disponga la liquidación de la institución, se emplazará a quienes tengan reclamaciones de cualquier índole contra la intervenida, para los fines de su cancelación, cuyo aviso debe contener entre otras cosas, la citación de todas las personas naturales o jurídicas de carácter público o privado que se consideren con derecho a formular reclamaciones de cualquier índole contra la aquí convocada, a fin de que se presenten con prueba siquiera sumaria de sus créditos, en el lugar que para el efecto se señale.

Igualmente, dicho emplazamiento deberá contener el término para presentar las reclamaciones oportunamente, con la advertencia de que una vez vencido este, el liquidador no tendrá facultad para aceptar ninguna reclamación, y que las obligaciones no reclamadas y las reclamaciones presentadas en forma extemporánea, que aparezcan debidamente comprobadas en los libros de contabilidad oficiales de la intervenida, serán calificadas como pasivo cierto no reclamado. Ahora bien, por su parte el artículo 9.1.3.5.20 del Decreto 2255 de 2010, estableció el procedimiento en tratándose del cobro de sentencias contra la entidad, cuando las mismas se encuentren en firme, para lo cual se dispuso:

a) Procesos iniciados antes de la toma de posesión: El liquidador deberá constituir una reserva razonable con las sumas de dinero o bienes que proporcionalmente corresponderían respecto de obligaciones condicionales o litigiosas cuya reclamación se presentó oportunamente pero fueron rechazadas total o parcialmente, teniendo en cuenta los siguientes criterios: La prelación que le correspondería a la respectiva acreencia, en caso de ser

fallada en contra de la liquidación y la evaluación sobre la posibilidad de un fallo favorable o adverso.

En caso de un fallo favorable para el demandante, este deberá proceder a solicitar la revocatoria de la resolución a que se refiere el artículo 9.1.3.2.4 de este decreto, en la parte correspondiente a su reclamación y en la cuantía en la cual fue rechazada, para proceder a su inclusión entre las aceptadas y a su pago en igualdad de condiciones a los demás reclamantes de la misma naturaleza y condición, sin que en ningún caso se afecten los pagos realizados con anterioridad.

Las condenas que correspondan a reclamaciones que no fueron presentadas oportunamente serán pagadas como pasivo cierto no reclamado;

b) Procesos iniciados con posterioridad a la toma de posesión: Cuando haya obligaciones condicionales o litigiosas originadas durante el proceso liquidatorio, se hará una reserva adecuada en poder del liquidador para atender dichas obligaciones si llegaren a hacerse exigibles, o mientras termina el juicio respectivo, según el caso. Terminada la liquidación sin que se haya hecho exigible la obligación condicional o litigiosa, la reserva se entregará al Fondo de Garantías de Instituciones Financieras - FOGAFIN en calidad de mandato, o a una sociedad fiduciaria encargada de su pago.»

De lo anterior, entiende la Sala que quien se considere con derecho a reclamar ante la entidad en liquidación, puede hacerse parte del proceso, dentro del término definido por la liquidación, a fin de hacer valer el crédito que radique en cabeza de la intervenida, lo cual en todo caso, será considerado como pasivo cierto no reclamado, si no se allega la respectiva reclamación de manera oportuna, o en caso de no reclamarse, siempre que se encuentre debidamente comprobado en los libros de contabilidad oficiales de la intervenida. Igualmente, las sentencias proferidas en procesos iniciados con anterioridad a la toma de posesión de la entidad, que versan sobre reclamaciones que no fueron presentadas oportunamente, también serán pagadas como pasivo cierto no reclamado.

Bajo ese entendimiento, la Sala considera que la reclamación sobre el crédito adeudado por CRUZ BLANCA EPS, se constituye en una facultad de su titular, quien en últimas es el llamado a decidir si hace efectivo o no su derecho en el proceso de liquidación.

En el presente caso, no se advierte prueba dentro del proceso que la entidad accionante haya elevado la correspondiente reclamación de su acreencia, dentro del proceso liquidatorio; no obstante, se considera que no es la Colegiatura la llamada a ordenar a la parte convocante hacerse parte de dicho proceso liquidatorio para reclamar el reembolso de la incapacidad aquí reclamada, porque esta es una facultad que radica en cabeza de la parte, quien en últimas debe decidir si hace efectivo su crédito o no.

Además, debe tenerse en cuenta que el proceso que ocupa la atención de la Sala inició con anterioridad a la toma de posesión y la intervención forzosa administrativa de cruz blanca EPS S.A., pues nótese que la demanda fue radicada el día 23 de octubre del 2017, por manera que la sentencia proferida por el *a quo*, en el sentido de acceder a lo deprecado en el *libelo* genitor, en todo caso deberá ser tenida en cuenta por la liquidación como pasivo cierto no reclamado.

Así las cosas, no se accede a la solicitud elevada por la demandada, tendiente a que se ordene a la parte convocante, se haga parte del proceso liquidatorio mediante la radicación de su acreencia.

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 18 de mayo del 2020 por la SUPERINTENDENCIA DELEGADA para la FUNCIÓN JURISDICCIONAL y de CONCILIACIÓN, por las razones expuestas.

SEGUNDO: Sin costas en la presente instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

SALVO VOTO. En mi criterio es un proceso de única instancia, y no procedía la apelación.



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado

REPUBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTA D.C
SALA LABORAL**

PROCESO ORDINARIO No. 22-2017-41-01

ASUNTO: APELACION SENTENCIA

**DEMANDANTE: CARLOS EDUARDO QUINTERO
VALDERRAMA**

DEMANDADO: UNIVERSIDAD INCCA DE COLOMBIA

-

**MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE**

En Bogotá a los treinta y uno (31) días del mes de julio de dos mil veintitrés (2023), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

S E N T E N C I A

El señor **CARLOS EDUARDO QUINTERO VALDERRAMA** mediante apoderado instauró demanda en contra de **UNIVERSIDAD INCCA DE COLOMBIA**, para que mediante el trámite de un proceso laboral se declare la existencia de una relación laboral del 16 de febrero de 1995 al 6 de febrero de 2011, mediante contrato de trabajo a término indefinido, que se declare la ineficacia de la cláusula compromisoria pactada en el contrato de trabajo. Solicita en consecuencia indemnización por despido injusto, salario, mayor valor de salarios, prestaciones, vacaciones, indexación, moratoria, extra y ultra petita, costas y agencias en derecho. (Expediente Digital).

Como fundamento de las pretensiones y, en síntesis, indica que el 16 de febrero de 1.995 el señor Carlos Eduardo Quintero Valderrama se vinculó a la demandada mediante contrato a término indefinido, en el cargo de Jefe de Bienestar y Desarrollo de Personal del área administrativa; que la fecha de desvinculación laboral se efectuó de manera unilateral por parte de la entidad demandada el 06 de febrero de 2.011, que la cláusula séptima del contrato es una cláusula compromisoria en donde se pactó dirigirse a tribunal de arbitramento cualquier conflicto omitiendo indicar las consecuencias Jurídicas y económicas subsiguientes a su decisión; que según

sentencia C-330 de 2000 la cláusula no tiene eficacia, que fue despedido unilateralmente por la entidad demandada argumentando justa causa, que en julio del año 2000, la demandada por crisis económica realiza reajustes a la planta de personal, que al demandante lo trasladaron como profesor de planta y tiempo completo de la carrera de Administración de Empresas, en julio 10 de 2000, que no obstante el cambio de cargo el demandante continuaba devengando el salario del cargo administrativo, superando entonces los salarios de la mayoría de los profesores incluido su Jefe inmediato el profesor Carlos Jaramillo, que el demandante fue descendido de cargo administrativo a cargo de docente, que se inició una persecución laboral al no aceptar otro cargo, que el 1 de enero de 2002 se realizó por parte de la universidad una reducción de salario, que el demandante aceptó la reducción de salario pues le había sido comunicado por parte del presidente del Sindicato que si no aceptaba las condiciones de cambio de salario su contrato se finalizaría, que en el 2002, el Sindicato negoció con la Universidad INCCA un incremento salarial para todos sus trabajadores, que al demandante no le hicieron el incremento correspondiente del 6%, que tuvo reconocimientos y realizó trabajos adicionales, que no se le pagaron, que se terminó el contrato con violación a lo establecido en el reglamento interno de trabajo y sin justa causa que el demandante era miembro del Sindicato de Trabajadores de la Universidad INCCA “SINTRAUNICCA”, que no se le canceló lo adeudado. (Expediente Digital).

La demanda fue contestada mediante apoderado, quien se opuso a las pretensiones por considerarlas temerarias, en cuanto a los hechos aceptó la existencia de la relación laboral, pero dio término con justa causa. Propuso las excepciones de falta de legitimación en la causa, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, mala fe del demandante, prescripción. (Expediente Digitalizado).

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior a las partes para presentar alegaciones, fueron remitidas las de la parte demandante.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Tramitada la primera instancia, la Juez 22 Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia, el 18 de julio de 2022 por medio de la cual resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR que entre el señor **CARLOS EDUARDO QUINTERO VALDERRAMA** y la demandada **UNIVERSIDAD INCCA DE COLOMBIA**, existió vinculación laboral en modalidad de contrato de trabajo a término indefinido, desde el 16 de febrero de 1995 hasta el 06 de febrero del 2011, de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: DECLARAR que el contrato de trabajo del señor **CARLOS EDUARDO QUINTERO VALDERRAMA** fue terminado de manera unilateral por la demandada **UNIVERSIDAD INCCA DE COLOMBIA** con justa causa, de acuerdo con el Art. 62 del C.S.T.

TERCERO: ABSOLVER a la demandada **UNIVERSIDAD INCCA DE COLOMBIA** de la totalidad de las pretensiones de condena incoadas en su contra por el señor **CARLOS EDUARDO QUINTERO VALDERRAMA**, conforme la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: DECLARAR probadas las excepciones de improcedencia de falta de legitimación en la causa, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, propuesta por la demandada.

QUINTO: COSTAS a cargo de la parte actora y en favor de la demandada, por secretaría, fíjense como agencias en derecho la suma de 2 salarios mínimo legal mensual vigente, liquídense en su oportunidad...”

Para llegar a esa conclusión y en síntesis afirmó el Juez: “...procede el despacho a pronunciarse sobre las pretensiones de la demanda....; Solicita el actor la declaratoria de una sola relación laboral, la cual alega lo fue bajo un contrato de trabajo a término indefinido desde el 16 de febrero de 1995 y hasta el 06 de febrero del 2011. Por su parte, la demandada aceptó en efecto que, la relación laboral se basó en un contrato a término indefinido desde el 16 de febrero de 1995 hasta el 06 de febrero del 2011, en su escrito de contestación de la demanda (Pg. 236 y s.s del documento 1 del exp. virtual) y al conforme al contrato de trabajo arrimado en el acápite de pruebas por la demandante (Pg. 04 y s.s del documento 1 del exp. virtual). De acuerdo a lo anterior y no siendo objeto de oposición o tacha, se declarará que la relación laboral fue un contrato laboral a término indefinido desde el 16 de febrero del 1995 y hasta el 06 de febrero de 2011. Ahora bien, sobre el salario percibido a la finalización del vínculo, se encuentra que la parte demandante afirma, ascendía a la suma de \$1.908.000, dicho que acredito con la documental vista a pg. 308 del documento 1 del expediente virtual, pertenecientes al comprobante pago de nómina de noviembre de 2010 emitida por la demandada, no obstante lo anterior y como quiera que la parte actora solicita se condene a la demandada al pago de la nivelación salarial y al pago del incremento del 6% establecido en la convención colectiva del 2002 y del 2011, procede el despacho a establecer el mismo. Solicita la parte actora se condene a la demandada a la nivelación salarial del actor, afirmando que fue requerido en enero de 2005 para que dirigiera el TRABAJO DE PROYECCIÓN SOCIAL DE LA UNIVERSIDAD (hecho 30 de la reforma), el cual no le fue remunerado por parte de la demandada (hecho 39). Así mismo señaló que para el año 2010, en las diferentes universidades el promedio salarial para el coordinador de proyección social, ascendía a la suma de \$2.500.000 y que pese a que, en el 2009, contrataron a una persona para desarrollar dicha labor, él, la seguía ejecutando. En relación con este principio legal de “a trabajo igual salario igual”, se encuentra que está previsto en el artículo 143 del CST (cita el artículo). Agrega que la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral, en sentencia SL520-2020, expresó, en relación a este tema: “Como lo pretendido por la censura, se basa en la nivelación salarial, basado en la aplicación del principio de igualdad salarial o retributiva, no basta demostrar que un trabajador desempeñó, formalmente, el mismo cargo de otro, puesto que, de cara a la regulación legal de la materia (artículo 5° de la Ley 6ª de 1945, artículo 143 del CST, modificado por el artículo 7° de la Ley 1496 de 2011, Convenios 100 y 111 de la OIT), lo relevante, a la hora de determinar si dos trabajadores realizan un trabajo de igual valor, es que ambos cumplieran el mismo puesto, en la misma jornada y con las mismas condiciones de eficiencia, eficacia y efectividad, aspectos que recogen el principio de a trabajo igual, salario igual, el cual se encuentra íntimamente enlazado al principio de primacía de la realidad sobre la forma. Sobre la temática objeto de escrutinio, la Sala ha puntualizado

entre otras, en la sentencia CSJ SL6570-2015, que reiteró la CSJ SL16217-2014, al precisar que «[...] aparte de un puesto igual y una jornada igual, para exigirse la igualdad retributiva es necesario que haya similar efectividad («eficiencia» en los términos del CST) entre los trabajadores que se comparan». El denominado principio, se encuentra cimentado en la presencia de pares, pues no se puede hablar de igualdad frente a dispares, es decir, es necesario, que dos entes u objetos compartan uno o varios elementos comunes, con base en los cuales se predique su igualdad.” Ahora respecto de la carga de la prueba cuando se estudian este tipo de procesos, la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL16404-2014, sostuvo: “Cuando se demanda la igualdad salarial, al trabajador no le resulta posible demostrar además de la diferencia de salarios e igualdad de cargo y labor, la igualdad en las condiciones de eficiencia entre él y el otro trabajador, así como de jornada, circunstancias estas últimas que si son de registro y conocimiento del empleador, quien se encuentra en una situación más favorable para aportar al proceso los medios probatorios que expliquen las razones objetivas de la diferencia salarial, por lo que realmente el llamado a probar este evento es el empresario o contratante. En efecto, lo que debe probar el trabajador que solicita la nivelación salarial es la diferencia de salarios y la identidad de cargo; al empleador le corresponde probar que dicha diferencia obedece a factores objetivos, relacionados con la eficiencia y la jornada, a riesgo de resultar condenada”

Descendiendo al caso de autos, este Despacho encuentra que la pretendida nivelación no tiene vocación de prosperidad, por cuanto la parte demandante pretende la nivelación en primer lugar con otros coordinadores de Trabajo de proyección social de otras universidades y en segundo lugar, con la persona que indica, fue contratada en el año 2009, para desempeñar dicho cargo, no obstante lo anterior, no allega prueba alguna que permita inferir, siquiera las funciones desarrolladas y que hayan sido en las mismas circunstancias de eficacia, eficiencia y efectividad, así como tampoco demuestra las condiciones particulares de la persona que alega fue contratada en el año 2009. Así las cosas, encontró que la parte actora no cumplió con su carga probatoria, ya que brillan por su ausencia pruebas relacionadas a las funciones desempeñadas por el Coordinador de Trabajo de proyección Social, y del cual predica su nivelación. En cuanto al aumento del 6%, dijo que, se observa que la parte actora en los hechos plasmados en la reforma de la demanda, señala que para el año 2002, el sindicato negoció con la universidad un incremento salarial para todos los trabajadores (hecho 28) y que como consecuencia de la “persecución desatada por la jefe de recursos humanos y director”, al actor no le realizaron dicho aumento (hecho 29). En relación con esta pretensión y revisado el plenario, la juez encontró que entre la universidad demandada y la organización sindical “SINTRAUNINCCA”, se suscribió un acuerdo extra convencional el día 27 de marzo de 2002, en el que en su art. 4 “acciones de austeridad, manejo y racionalización del gasto, se estableció que, en las actuales condiciones de económico – financieras de UNINCCA y con el propósito fundamental de garantizar los puestos de trabajo y la mayor estabilidad posible de los trabajadores de planta, UNINCCA y SINTRAUNINCCA, deciden: “No realizar durante el año 2002, incrementos salariales generalizados para los trabajadores de planta. ”A su turno el art. 7, del mencionado acuerdo convencional, señala: “a partir del 1 de enero de 2003 los puntos de la convención colectiva y laudos arbitrales vigentes, suspendidos en el art. 4 del presente documento, entraran nuevamente a regir con plena vigencia y derecho”. **Teniendo en cuenta lo anterior, concluyó que si bien para el año 2002, no le fue realizado el incremento al actor, consagrado en la convención colectiva de trabajo suscrita entre la universidad y SINTRAUNINCCA, dicha circunstancia no fue capricho de la demandada ni en razón a persecuciones en contra del actor, como quiera que el incremento en mención se encontraba suspendido para todos los trabajadores de planta en los términos el acuerdo extra convencional.** En cuanto al hecho 121 de la reforma de la demanda, se indicó: “dentro de la convención colectiva de trabajo en el acápite de soluciones de política social económica, clausula 4 de salarios, se indica el aumento para el 2011 del 6% sobre salarios inferiores a \$2.022.480”, a su turno en el hecho enlistado en el numera 122, se indicó que al actor no se le realizó

dicho incremento. Al respecto la Juez citó la cláusula y señaló que en dicha convención se pactó un aumento o incremento salarial para el año 2010, ya que se indicó que en el año 2010, para los trabajadores de planta que devengaran hasta 2.200.000,00, se tomaría el salario de diciembre de 2009 y se incrementaría 6% y los que devengaran más de 2.201.000, se incrementaría un 4%, sin que del texto convencional, o de la lectura de éste, se desprenda que dicho incremento se debiera realizar de manera anual, o para los años posteriores o sucesivos, esto es 2011, 2012 y en adelante), ya que nótese que la cláusula convencional es específica en señalar, que el incremento se realiza sobre el salario de diciembre de 2009 y para ser efectivo en enero de 2010. Por esta razón, absolvió a la demandada de la totalidad de las pretensiones relacionadas con reliquidación de prestaciones sociales, diferencias salariales o pago de mayores valores, como quiera que no prosperaron las pretensiones relacionadas con el incremento salarial ni la nivelación salarial, **por lo que para todos los efectos tuvo como valor del último salario percibido por el actor, lo fue en cuantía de \$1.908.000.**

En cuanto a pago de prestaciones de enero y febrero de 2011 encontró que se realizó pagó por valor de \$1908.000, evidenciándose que, lo que el demandante pretende es que los dineros descontados en la liquidación por concepto de los créditos solicitados en calidad de libranza, sean devueltos por parte de la demandada, ya que a su parecer no debe suma alguna. Una vez revisados los documentos aportados por las partes, se observó que hay un documento expedido por la Cooperativa Coounincca del día 03 de febrero del 2011, donde rinde cuenta que el demandante a tal fecha debe a tal cooperativa una suma que ascendía a \$14.775.254 por concepto de préstamos otorgados al demandante (documentos presentes en el documento 09 del plenario virtual), por lo tanto, el descuento realizado en la anterior liquidación está debidamente sustentado. Es de aclarar que, los descuentos realizados no son por decisión propia de la demandada universidad, ya que esta es simple retenedora de los valores que se descontaban y se enviaban con destino a la Cooperativa Coounincca, que es una persona jurídica distinta a la demandada, que cuenta con personería jurídica propia, por lo que, al momento de tener alguna inconformidad, el demandante debió reclamar ante la Cooperativa, tal y como efectivamente lo hizo. Reiterando que en el expediente se encuentra la libranza suscrita por el actor y que la cual se encuentra en el documento 009 del expediente virtual.

Luego se analizó por la juez la calidad de pre pensionado y el reintegro solicitado, encontrando que la calidad de pre pensionado, es una calidad surgida primordialmente por la jurisprudencia constitucional, por cuanto, esta calidad tiene origen en la vulneración de derechos de tipo constitucional que pueden causarse al dejar al empleado sin sustento económico, estando ad portas de causar su derecho a la pensión. Citó sentencias de la Corte Constitucional como la Sentencia T-500 de 2019 la T-357 de 2016, y señaló que una vez revisado el expediente se encuentra que el actor no ostentaba la condición de pre pensionado, ya que revisadas las resoluciones expedidas por el ISS No. 14851 del 2012, y posteriormente Resolución No. GNR303240 de 14 de noviembre de 2013 expedida por Colpensiones, se observa que el actor al 19 de diciembre de 2007 ya contaba con más del mínimo de semanas requeridas para acceder a la pensión, para esa data contaba con 1.362 semanas (documentos visibles en el documento 01 de la Pag 352 a 361), y a la fecha de la terminación del contrato también superaba el requisito de edad, por cuanto contaba con 64 años de edad, es decir, se reitera, para la fecha de la terminación del vínculo el actor ya tenía más que cumplidos los requisitos para ser acreedor a su derecho pensional. En consecuencia, de lo anterior, y como quiera que la calidad de pre pensionado se predica de las personas a las que les faltare menos de 3 años para cumplir los requisitos de edad y tiempo de servicios o semanas de cotización, y como quiera que en el presente caso, para la fecha de terminación del vínculo el actor ya había superados dichos requisitos, no hay lugar a declarar al actor sujeto de estabilidad laboral reforzada, en calidad de pre pensionado y en consecuencia absolvió del reintegro y sus

consecuencias. En cuanto a la terminación del contrato de trabajo que existía entre las partes conviene precisar que al trabajador le basta con demostrar el hecho del despido y al empleador probar las justas causas invocadas. Así lo ha indicado la Honorable Corte Suprema de Justicia – Sala Laboral, en sendos pronunciamientos, como en la decisión **SL284-2018**. A su turno, debe acreditar la parte contractual que fenece el contrato de manera unilateral con justa causa, el cumplimiento al parágrafo único del artículo 62 del C.S.T., que obliga, que en el momento de la extinción, se debe precisar la causa o motivo de la ruptura, a fin de que la parte que termina unilateralmente el vínculo contractual no pueda sorprender posteriormente a la otra alegando causas o motivos extraños que no adujo o distintos del que manifestó como justificativo de la terminación. Ahora bien, sobre estas pretensiones, la demandada se opone al manifestar que, la terminación del contrato laboral del demandante fue con justa causa, por cuanto el demandado incumplió con las obligaciones contractuales propias del cargo que tenía encomendado, además que realizó acciones fraudulentas o poco sanas, para buscar de los estudiantes que tenía a su cargo, una serie de favores o “prestamos”, valiéndose de su posición dominante de docente para aprobarles la materia de la que tenía a su cargo proyección social, en las prácticas de los mismos. Además de esto, la demandada aduce que el demandante aprobó una materia a dos estudiantes sin razón alguna para hacerlo. En este sentido a folio 63 del expediente, obra carta de terminación en los siguientes términos:

“Respetado Señor Quintero,

Me permito comunicarle que la Universidad da por cancelado su contrato de trabajo a partir de la fecha.

Previo cumplimiento de trámite de comités de disciplina conforme al artículo 69 del Reglamento Interne de Trabajo por los hechos que a continuación se indican:

1. Regalar nota de 4.0 a los estudiantes Pablo Arturo Castro Alonso código 61912 y Oscar Mauricio Galvis Murillo código 62891 en la asignatura Practica Empresarial II en el periodo académico I de 2009 y luego en 2010 informar por escrito que no la cursaron y que no autoriza su grado.

2. Igualmente se estableció préstamos solicitados al estudiante Javier Enrique Pinilla Martínez código 63956 prestamista de \$300,000 y a José Martin Cruz Gómez código 54298 codeudor de \$2,000,000 millones de pesos y prestamista de \$350,000 directamente y quien presento fotocopia de letra de cambio y recibo de pago de intereses.

En conclusión, por aprovechar su condición de Profesor para solicitar dinero a sus estudiantes, no pagarles y colocar notas pese a que su mismo informe no cumplieron en la práctica generando conflictos y lesionando así el Prestigio y el Buen Nombre del programa de Administración de Empresas y en general el de toda la Universidad.”

Ahora bien, el reglamento interno de trabajo, en su art. 69 establece:

“REGIMEN DE DESPIDOS servicio. ARTICULO 69. En el caso de cancelación de contratos por justa causa, se cumplirá el siguiente procedimiento:

1. Notificar por escrito al trabajador, con copia al Sindicato, dentro de los cuatro (4) días hábiles siguientes al conocimiento del hecho, de las presuntas faltas cometidas por aquel y que puedan dar motive al despido.
2. El trabajador asesorado de dos (2) representantes del Sindicato, presentara los descargos correspondientes durante los cuatro (4) días hábiles siguientes a la notificación ante el Comité de disciplina existente, allegando las pruebas del caso, si lo considera necesario.

3. *Si la determinación tomada por el Comité fuere desfavorable al trabajador, este podrá presentar dentro de los tres (3) días hábiles siguientes, recurso de reposición debidamente sustentado el mismo Comité.*
4. *Si la reposición fuere resuelta desfavorablemente al trabajador, este podrá interponer el recurso de apelación debidamente sustentado dentro de los tres (3) días hábiles siguientes ante el Rector quien podrá confirmar o infirmar la determinación.*
5. *El trabajador continuara vinculado a la Universidad mientras se surta el procedimiento anterior dentro de los términos fijados.*

En este punto, de acuerdo con las pruebas obrantes por el plenario, se encontró que al demandante se le realizó con anterioridad a la decisión de dar por terminado el contrato de trabajo, un proceso disciplinario por parte del comité de disciplina de la universidad, de acuerdo a ello el despacho avizoró que el proceso fue transparente, como quiera que se dio cumplimiento al reglamento interno de trabajo, se le dio la oportunidad de defenderse, además que se le dio la oportunidad de presentar los respectivos recursos, que fueron desatados por parte del centro educativo. Lo anterior, como quiera que los hechos en que se fundamentó el despido, fueron puestos en conocimiento de la demandada mediante derecho de petición suscrito por los estudiantes OSCAR GALVIS MURILLO y PABLO ARTURO CASTRO, el día 23 de noviembre de 2010, (fl.- 23), que mediante comunicación de fecha 26 de noviembre de 2010, se le citó para el día 1 de diciembre de 2010, (fl.- 32), llegado ese día, esto es, el 01 de diciembre de 2010 se escuchó en descargos a actor, el cual se encontraba asistido por 2 representantes de la organización sindical, (fl.- 33), diligencias todas estas suscritas por el actor. Igualmente se evidencia que con posterioridad a dicha data se amplió, o se escuchó nuevamente al actor el día 13 de diciembre de 2010 (fl.- 43). Así mismo el actor presentó incidente de nulidad el día 17 de diciembre de 2010 (fl.- 51), el cual fue resuelto el día 13 de enero de 2011 (fl.- 68). Ahora bien, en punto a la Justeza del despido, se encuentra que los hechos alegados por la demandada al momento de finiquitar el vínculo fueron demostrados a lo largo del presente proceso, de acuerdo a las pruebas allegadas por el demandado y la propia parte actora, aspectos que además fueron aceptados por el actor al momento de absolver el interrogatorio de parte, cuando aceptó que le regaló la nota a 2 estudiantes, así mismo con la documental se evidencia los préstamos que le solicitó a los estudiantes. Igualmente, en la diligencia de descargos realizada el día 13 de diciembre de 2010, el actor acepto el préstamo realizado al señor José Martin Cruz, por valor de 2.000.0000 (fl.- 47). Las anteriores situaciones, se encuentran en contravía con las obligaciones del trabajador establecidas en el C.S.T y el reglamento interno de trabajo ya que el demandante se lucró de los estudiantes, pidiéndoles dinero sin razón alguna, bien sea en calidad de mutuo, o cualquiera otro método de préstamo, valiéndose de su posición dominante al ser docente. Por otro lado, es reprochable al demandante que les haya aprobado la materia con nota favorable a dos estudiantes, por lo que se ABSOLVERÁ a la demandada de esta pretensión. De conformidad con lo anterior, y como quiera que no se emitió condena alguna en contra de la demandada, por sustracción de materia, se absolverá a la misma de la indemnización moratoria. Finalmente, no hay lugar a imponer condena en cuanto a la indemnización moratoria establecida en el art. 99 de la ley 50 de 1.990, como quiera que la misma se solicita teniendo en cuenta la diferencia salarial, de la cual ya se pronunció el Despacho y no encontró la prosperidad de esta pretensión....”

Inconforme con la decisión el apoderado de la parte demandante interpone recurso de apelación manifestando: “... Frente a la nugatoria de la nivelación salarial, el despacho realiza apreciaciones fácticas y probatorias, cita la sentencia SL 16404 de 2014, donde establece la carga dinámica de la prueba en cabeza del empleador, que debe demostrar las condiciones en las que trabajador prestaba el

servicio y, por ende, la nivelación que había de hacerse en virtud de las labores desarrolladas; **criterio que raya después al establecer que era el trabajador el que debía demostrar este tipo de condiciones, cuando precisamente la citada sentencia en su integridad, establece el deber del empleador, de determinar que las funciones que desempeñaba el trabajador y para el caso en concreto, en el cargo de coordinador y director, pues eran las mismas que debían remunerarse mismas condiciones que el cargo que se había asignado a otra persona, pero que aún seguía desarrollando el demandante; en tal sentido, frente a ese particular aspecto, se debe revocar la decisión teniendo en cuenta las consideraciones y probanzas que dentro de la acción se dieron, entre otras, las declaraciones de los testigos que obran dentro de la causa, mediante las que se establece que el trabajador, siempre prestó la labor en este cargo, que ese desarrollaba estas funciones, no como establece el despacho que no existieron pruebas, no existiendo una debida valoración probatoria referente los testimonios de la causa, quienes fueron claros y enfáticos y al unísono determinaron que efectivamente fue el profesor Carlos Quintero, quien desarrollaba estas actividades y las desarrolló hasta que se acabó el programa.**

Asimismo, se promueve recurso respecto **del aumento salarial o incremento que por convención colectiva se estableció, puesto que no existió una adecuada interpretación de la Convención colectiva, la que establecía estos valores y estos aumentos, en tal sentido, este extremo es enfático en determinar que al demandante no se le cancelaron tanto los salarios que debía pagarse en el aumento convencional fijado y que por Convención debía establecerse, en virtud de la igualdad salarial de que era beneficiario y que se establecían desde el 1 de enero hasta el 6 de febrero del año 2011, así mismo, no existe manifestación respecto a los salarios que se le adeudaron al trabajador desde el 1 de febrero hasta el 6 de febrero del año 2011, en tal sentido también se ruega al tribunal que en su decisión condene tanto al pago de los mayores valores de las prestaciones por cesantías, interés a la cesantía, prima de servicios, vacaciones y cotizaciones al sistema de seguridad social integral desde el 1 de enero del año 2011 hasta el 6 de febrero del año 2011, así como el pago de los salarios y prestaciones causadas dejadas de percibir desde el 1 de febrero del año 2011 hasta el 6 de febrero de 2011, incluyendo la prima extralegal, que por el mandato convencional se tenía establecida**

Asimismo, se interpone recurso frente a la determinación del fuero de prepensionado, por cuanto, contrario a lo que manifiesta el despacho, el trabajador, sí reunía las condiciones propias para acceder a este beneficio pensional, **le hacen falta menos de 3 años tanto en edad y semanas para poderse pensionar en las condiciones propias, que aun cuando existen sentencias posteriores, pues aplican a este tipo de beneficios que existían en su momento desde el año 2002 con las leyes de prepensionado que sobre la materia regían; ahora bien, frente a la terminación de contrato sin justa causa, existe también una indebida valoración por parte del despacho, frente al procedimiento que se lleva a cabo para la terminación del contrato, pues si bien, no se establece la totalidad de los hechos, hay una terminación, por hechos diferentes a los que se establecen dentro del curso, no se aguarda los reglamentos ni las condiciones propias para efectuar la terminación de contrato de trabajo, por ende, se ruega como pretensión subsidiaria y en caso de no acceder al reintegro como pretensión principal, se revoque y se condene a la demandada al pago de indemnización por la terminación del contrato sin justa causa; por ende, al establecerse que el trabajador era beneficiario de un mayor valor de salarios y prestaciones, conforme se ha establecido, solicito se revoque y se condene a la indemnización moratoria del artículo 65 del CST, y la sanción de que trata el artículo 99 de la Ley 50 del 90, por cuánto este extremo es insistente en que al demandante se le adeudan estos valores que dan lugar a este tipo de indemnización.**

Por último, también se interpone recurso frente a las costas, ya que se estima, son superiores a las que se han establecido en los acuerdos fijados por el Consejo Superior de la Judicatura para este tipo de juicios.

CONSIDERACIONES

La Sala resolverá el recurso de acuerdo con lo establecido en el artículo 66 A del C P del T y de la SS y en los puntos cuestionados en el recurso a saber: i) nivelación salarial, ii) aumento convencional y reliquidación, iii) calidad de pre pensionado, iv) de la terminación del contrato v) sanciones moratorias y vi) costas

De la nivelación salarial

Lo primero que debe recordar la Sala, es el principio de igualdad en el campo salarial, **en los términos en que se encuentra establecido en el Código Sustantivo del Trabajo**. Reza la norma:

“1. A trabajo igual desempeñado en puesto, jornada y condiciones de eficiencia también iguales, debe corresponder salario igual, comprendiendo en éste todos los elementos a que se refiere el artículo 127.

2. No pueden establecerse diferencias en el salario por razones de edad, sexo, nacionalidad, raza, religión, opinión política o actividades sindicales.”

En ese orden lo primero que salta a la vista es que resulta imposible hacer comparación de puesto, jornada y condiciones de eficiencia, para establecer la igualdad, tomando la afirmación hecha en la demanda; esto es que para **2010, en las diferentes universidades el promedio salarial para un coordinador de proyección social es de \$2.500.000** y ello sencillamente porque así incluso si se hubiere determinado cuales universidades, o se hubieren allegado las pruebas sobre si en ellas existía ese cargo y en que, condiciones se desarrollaba; -lo que no sucedió-, no es este el principio desarrollado en la Ley, que se refiere a condiciones de la empresa o sociedad en donde se labora, toda vez que cada persona jurídica, en este caso instituciones privadas universitarias establecen sus salarios normas y condiciones.

Ahora en cuanto a la carga de la prueba, que cuestiona el recurrente; la Sala hará algunas precisiones, advirtiendo desde ya que corresponde al empleador; justificar la diferencia salarial, para trabajadores que no solo se encuentran contratados para desempeñar el mismo cargo, sino que cumplen, **las mismas funciones en las mismas condiciones de eficiencia y eso es lo que ha desarrollado y aclarado la jurisprudencia y no como equivocadamente entiende el recurrente,**

relacionándolo con la prueba de las funciones desarrolladas, que es lo que dice debe probar el empleador y acreditaron los testigos.

De vieja data y en sentencia ***Sentencia T-079 de 1995 la H Corte Constitucional señaló:***

“(…)

CUANDO PUEDE HABER DIFERENCIA SALARIAL TRATANDOSE DE UNA MISMA ACTIVIDAD LABORAL.

Hay situaciones en las cuales puede ser diferente la remuneración para trabajadores que desempeñan un mismo puesto, o cargo, en el mismo lugar, con la misma intensidad horaria. Esto ocurre porque la remuneración es:

"proporcional a la cantidad y calidad del trabajo" (artículo 53 de la Constitución del 91).

Estos factores cuantitativos y cualitativos no contradicen el principio de la igualdad porque, como ya lo dijo la Corte en la sentencia C-71/93, no hay que confundir la igualdad con el igualitarismo y el derecho a la igualdad implica hacer diferencias donde éticamente se justifiquen. Luego, si OBJETIVAMENTE un trabajador produce MAS y MEJOR que sus compañeros es justo que la retribución sea mayor. El mismo Código Sustantivo del Trabajo (hoy artículo 14 de la Ley 50 de 1990) establece:

"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."

(....)

(...)

-El Artículo 143 CST.: Establece los factores que deben tenerse en cuenta para equiparar el salario, en donde lo principal es la eficacia del trabajo.

Surge de esta enunciación la posibilidad de una acción para que los organismos jurisdiccionales coloquen al trabajador y su salario en la misma situación en que el principio legislativo los quiso colocar.

*Y al mismo tiempo surge como factible la perspectiva de salarios distintos siempre y cuando **la diferenciación sea razonable (cantidad y calidad del trabajo, art. 53 C.P.),** y sea objetiva y rigurosamente probada por el empleador.*

El tratadista español Alfredo Montoya Melgar dice al respecto:

En cuanto compensación de un trabajo, la cuantía del salario ha de fijarse atendiendo a la calidad y cantidad de dicho trabajo, prohibiéndose las discriminaciones y tratos de favor basados en circunstancias personales, tales como sexo, origen, estado civil, raza, condición social, ideas religiosas o políticas, etc. (art. 17.1 ET); específicamente, el art. 28 ET dispone, en la línea del art. 35.1 Const., que el empresario está obligado a "pagar por la prestación de un trabajo igual el mismo salario, tanto por salario como por los complementos salariales, sin discriminación alguna por razón de sexo"; principio acogido en el Conv. de la OIT N° 100, en la Carta Social Europea, en el Tratado de la C.E.E. (art. 119) y Directiva de 102. 1975¹³ por otra parte, la legislación equipara los salarios de extranjeros y nacionales (art. 32 D. 1.119/1986, de 26.5).

(...)

¹³ Sobre la Directiva y Jurisprudencia. A. Montoya, J. Galiana y a. Sempere: *Instituciones de Derecho Social Europeo*, Madrid, 1988, págs. 20 y sigs. Cfr. también Ss. TJCE 4.2.88 (Caso Murphy) y 17.10.89 (caso Danfoss).

(...)

(....)

La carga de la prueba del trato distinto, corresponde al empleador. Es una inversión del ONUS PROBANDI, en cuanto quien alega la vulneración del principio de igualdad no está obligado a demostrar que es injustificada la diferenciación que lo perjudica, esto ha sido aceptado por la Corte Constitucional en la sentencia T- 230 de 1994, anteriormente transcrita y es reiteradamente acogido por el Tribunal Constitucional Español¹⁴

En nuestra normatividad constitucional, esta apreciación sobre la carga de la prueba tiene su asidero en el artículo 13 de la C.P. que establece la igualdad y prohíbe la discriminación, sabio principio que es particularmente importante en el derecho laboral, por eso en cualquier contrato de trabajo, sea escrito o verbal va implícito el derecho fundamental que tienen todos los trabajadores a recibir trato jurídico igual para condiciones semejantes, salvo, como ya se dijo, que la diferenciación busque un fin constitucionalmente lícito, tenga respaldo razonable y esté objetivamente demostrado, en otras palabras: que la distinción no se convierta en discriminación.

En conclusión. Quienes tienen la carga de probar la inexistencia de la desigualdad o la razonabilidad y objetividad del trato diferente son los empleadores a quienes se les imputa la violación al principio de igualdad. El afectado con el real o presunto trato desigual sólo debe aportar el término de comparación.

También de vieja data, en sentencia de la Corte Suprema de Justicia con Rad 44317 de diciembre 10 de 2014, MP CARLOS ERNESTO MOLINA MONSALVE, aclaró el tema de la carga de la prueba, en el que se deja definido que **es al empleador al que le corresponde justificar el trato diferente. Dijo la Corte:**

“Sobre el tema de la carga de la prueba, la Sala tiene adocinado que el trabajador que pretenda una nivelación salarial por aplicación del principio «a trabajo igual salario igual», **tiene por carga probatoria demostrar el «puesto» que desempeña y la existencia de otro trabajador que desempeña o desempeñó el mismo puesto o cargo con similares funciones y eficiencia.** Sobre el particular son ilustrativas las sentencias CSJ, SL 5 feb. 2014, Rad. 39858, y SL 20 oct. 2006, Rad. 28441, donde reiteró lo dicho en las de 10 de jun. 2005 y 24 de may. 2005, Rads. 24272 y 23148, respectivamente. Criterio adocinado anteriormente, en la sentencia CSJ SL, 25 sept. 1997, Rad. 9255, reiterada en la del 16 de nov. 2005, Rad. 24575.

Sin embargo, esta Corporación precisará el citado criterio, en cuanto a que, tratándose de relaciones de trabajo causadas antes de la modificación introducida al art. 143 del CST, por el art. 7º de la L. 1496/2011, según la cual «Todo trato diferenciado en materia salarial o de remuneración, se presumirá injustificado hasta tanto el empleador demuestre factores objetivos de diferenciación», en casos como el presente, en que la relación laboral culminó en 2006, atendiendo al principio de la carga dinámica –y no estática- de la prueba, también deberá invertirse la carga probatoria. **En consecuencia, si el trabajador aporta los indicios generales que suministren un fundamento razonable sobre la existencia de un trato discriminatorio en materia retributiva, le corresponde al empleador –dado que está en mejores condiciones para producir la prueba-, justificar la razonabilidad de dicho trato.**

Proyectado lo anterior al caso bajo estudio, se tiene que el cargo desempeñado por ambos trabajadores fue el mismo, con idénticas funciones y responsabilidades y las mismas condiciones de modo, tiempo, lugar.

De ahí que por inversión de la carga probatoria, la entidad bancaria debió haber acreditado la justificación del trato salarial diferente.

¹⁴ Ver Sentencias 38/81, 103/83, 81/82.

Criterio este sostenido hasta ahora por esa alta corporación; no solo en la sentencia en la que se apoyó la Juez, sino como por ejemplo en la SL 4825 Rad 69370 de noviembre 25 de 2020, en donde se reitera la SL14349 de 2017, que a su vez rememoraba la SL1503 de 2016 en el mismo sentido.

Con base en lo expuesto encontramos que para analizar la procedencia de nivelación salarial hay una carga atribuida al trabajador y contrario a lo afirmado en el recurso y alegaciones, no es el empleador quien debe probar las funciones desarrolladas, sino que es quien demanda quien debe probar diferencia de salarios con otros trabajadores de la empresa; -no sucedió-; pero además que no le basta a probar funciones similares o iguales, también se debe demostrar que las condiciones de eficiencia son las mismas **y si ello sucede el empleador deberá justificar el trato desigual**; esto es lo que expresa la jurisprudencia, se itera, no lo que interpreta el recurrente relativo a las funciones, siendo claro además que lo sostenido ahora en el recurso es que había supuestamente y nominalmente otro coordinador, pero que era el actor quien desarrollaba esa función, lo que de por sí escapa al principio analizado y de lo que tampoco hay prueba alguna, aun entendiendo que lo que solicita es nivelación con la persona que fue contratada en 2009, lo que para la Sala ni siquiera fue expuesto con la claridad necesaria.

Así las cosas, esta Sala considera que se exhiben como improcedentes las pretensiones del demandante y acertada la decisión de la Juez, en este aspecto.

Del aumento convencional

Lo primero que destaca la Sala es que el recurrente en su impugnación se limita a afirmar que hubo indebida interpretación de la convención, ligando su argumento a la nivelación salarial, tema independiente a los aumentos que dijo consagró la convención en 2002, sin que a él le fueran cancelados y eso fue lo que solicitó en la demanda, incluyendo en la reforma a la misma una solicitud de aumento para el 2011, que contrario a lo afirmado en el recurso, si fue analizada por la juez, encontrando que la cláusula convencional solo ordenó un reajuste para el 2010, con base en el salario de 2009 y de manera alguna puede inferirse de la misma que este sería sucesivo para los años posteriores, sencillamente porque claramente para hacer ese aumento se tomó el salario de 2009, luego no podría interpretarse que se continuaría haciendo timando el de 2010, para el 2011 el del 2011 para el 2012, pues eso no fue definitivamente lo pactado. En ese orden la decisión de la juez será confirmada, pues la convención solo ordenó un aumento salarial, teniendo en cuenta a cuanto ascendían estos; es decir 6% para los que llegaran a 2.200.000 y 4% para los superiores; sin que estos porcentajes se incrementaran año a año. Desde luego tampoco y en consecuencia hay lugar a reliquidación alguna pues no se probó un salario mayor ni por nivelación salarial ni por aumento convencional no cancelado.

De la calidad de pre pensionado y la terminación del contrato

En cuanto al primer aspecto o calidad de pre pensionado, en la que insiste el recurrente limitándose a afirmar que le faltaban tres años para poder adquirir el derecho, y dicho sea de paso sin cuestionar o referirse a los argumentos de la juez, olvidando que el pre antes de una palabra significa anterioridad local o temporal o previo, es decir que aún no adquiere el estatus de pensionado y ello efectivamente sucede, según lo desarrollado por la jurisprudencia, **cuando le falten tres o menos años para reunir los requisitos de edad y tiempo o semanas de cotización para obtener el disfrute de la pensión**, lo que no sucede en este caso; pues de la prueba documental analizada por la juez y que aparece en el expediente, se observa que el demandante para el 19 de diciembre de 2007 tenía 1362 semanas, teniendo además a la finalización del contrato la edad, lo cual ya le permitía obtener el disfrute de la pensión, luego la protección a fin de cumplirlos que es lo que se busca con el reintegro, por esta estabilidad, ya era inexistente.

Ahora bien, **frente a la pretensión de indemnización por despido injusto la Sala destaca que solo se cuestiona en el recurso el procedimiento para el despido y eso será lo analizado, -se itera no se dio argumento alguno que ataque la justa causa-; haciendo previamente algunas precisiones.**

Sabido es que una vez probado el despido; corresponde al empleador probar la justa causa invocada, en juicio y desde luego en el momento en que la invoca siendo claro en la forma en que lo comunica, lo cual sucedió en este caso, en el que, en la comunicación, se narraron los hechos que dieron lugar a la terminación; esto es en síntesis, regalar notas para luego informar que las materias no se cursaron, solicitar préstamos a los estudiantes y en general aprovechar su condición de profesor para solicitar dinero a los estudiantes no pagarles y colocar notas no fundadas en la práctica

Ahora, si bien es cierto de vieja data la jurisprudencia ha considerado que la terminación unilateral del contrato con justa causa por parte de empleador no es una sanción, luego no es que deba seguirse un **procedimiento previo como si lo fuera**, pues ello no tiene sustento legal alguno, a menos claro, que este establecido en pacto convención reglamento etc; también lo es que la Corte Constitucional en sentencia C-299 de 1998, señaló que el trabajador, **puede ejercer su derecho a la defensa frente al empleador antes de que le terminen el contrato y en consecuencia el empleador está obligado a darle oportunidad de defenderse de las imputaciones que se hacen en su contra, lo que reiteró para todas las causales en sentencia T-546 de 2000, sin que desde luego se trate de un proceso solemne riguroso,** sino de la oportunidad que se otorgue al trabajador de explicar la conducta que

se le atribuye, en diligencia, que puede ser de manera verbal, sin formalidades, sin que sea exactamente denominada de descargos y sin que se constituya en proceso disciplinario previo.

Este entendimiento del artículo 62 del CST, sin que signifique que el despido es una sanción fue definido también en sentencia SU 449-2020, en donde se expresó:

“(…)

1. Sobre las garantías con que cuenta el trabajador cuando se ejerce la facultad de terminación unilateral del contrato de trabajo con justa causa por parte del empleador. En vista de los pronunciamientos que en varios sentidos ha formulado este tribunal (en especial, frente al alcance del derecho de defensa) y dada la línea reiterada que en la materia existe en la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, **se considera necesario definir una regla de interpretación del artículo 62 del CST hacia el futuro, tanto por razones de seguridad jurídica para los empleadores y los trabajadores, como por aspectos de certeza y coherencia en el ordenamiento jurídico.** En consecuencia, cuando el empleador haga uso de la facultad unilateral de terminación del contrato de trabajo con justa causa, deberá cumplir con las siguientes garantías obligatorias, cuya exigibilidad se impone, y así se resaltarán en la parte resolutive de esta sentencia, por resultar la única interpretación conforme con la Constitución Política, a saber:

GARANTÍAS OBLIGATORIAS	
PRIMERO -Inmediatez-	<i>Debe existir una relación temporal de cercanía o inmediatez, o un término prudencial entre la ocurrencia o conocimiento de los hechos y la decisión de dar por terminado el contrato. De lo contrario, se entenderá que el motivo fue exculpado, y no se podrá alegar para fundamentar la resolución del vínculo.</i>
SEGUNDO -Causales taxativas-	<i>La decisión sobre la terminación unilateral del contrato de trabajo solo se puede sustentar en una de las justas causas, expresa y taxativamente, previstas en la ley.</i>
TERCERO -Comunicación de motivos concretos, claros y específicos que justifican la decisión de terminar el contrato-	<i>Se impone comunicar al trabajador las razones y los motivos concretos, claros y específicos que justifican la decisión de terminar el contrato. Lo anterior, siguiendo lo dispuesto en los artículos 62 (parágrafo) y 66 del CST.</i>
CUARTO -Existencia y aplicación de procedimientos específicos de terminación del vínculo contractual-	<i>Como se anotó con anterioridad, se exige observar los procesos previamente establecidos en la convención o pacto colectivo, en el reglamento interno, en un laudo arbitral o en el contrato individual de trabajo, siempre que en ellos se establezca algún trámite o procedimiento específico para dar fin al vínculo contractual. Esta exigencia se extiende a los casos en que el ordenamiento jurídico imponga la obligación de agotar un procedimiento determinado.</i>

GARANTÍAS OBLIGATORIAS	
QUINTO -Exigencias de cada una de las causales y preaviso respecto de algunas de ellas-	<i>Se impone acreditar el cumplimiento de las exigencias propias y específicas de cada causal de terminación, conforme se explicó en el numeral 109 de esta providencia. Entre ellas, cabe destacar de manera particular, la prevista en el inciso final del literal a), del artículo 62, del CST, conforme al cual: “En los casos de los numerales 9 a 15 de este artículo, para la terminación del contrato, el empleador deberá dar aviso con anticipación no menor de quince (15) días”.</i>
SEXTO -Respeto debido en la relación laboral-	<i>A partir de esta sentencia, y como resultado de la unificación jurisprudencial, se debe garantizar al trabajador el respeto debido como sujeto de la relación laboral, esto es, el derecho a ser escuchado y a no ser menospreciado por el empleador, antes de que éste ejerza su potestad unilateral de terminación. En consecuencia, no se menoscaba la dignidad humana del trabajador, al permitirle ser escuchado frente a los supuestos concretos y específicos que permitirían la configuración de la causal invocada. Este derecho, cuyo fundamento es la dignidad humana y la igualdad de trato y respeto, se erige como una garantía que integra el derecho del empleado a ser tratado con respeto y en condiciones dignas y justas, en el marco de su relación laboral; y de ninguna manera, puede ser entendido como un escenario de agotamiento del debido proceso.</i>

En consecuencia y como señala la Corte esta es una garantía no solo para el trabajador, pues deben ser escuchadas sus explicaciones, sino que también lo es para el empleador que otorga y respeta ese derecho.

Para la Sala es claro y ello luego de analizar las pruebas que aparecen en el expediente, que el empleador, cumplió con lo establecido en el reglamento interno de trabajo art 69, que **en este caso específico si consagra un procedimiento para la cancelación de contratos por justa causa; adelantando un proceso disciplinario a través del comité de disciplina de la universidad, cumpliendo con el reglamento y garantizando al actor su derecho a ser escuchado, como consagra la jurisprudencia, antes citada en concordancia con el reglamento, siendo asistido en los descargos por dos representantes de la organización sindical; sin que se encuentre vulneración ni a la constitución ni la ley ni al reglamento, incluso resolviéndole un incidente de nulidad que presentara ante la universidad.**

De las sanciones moratorias y costas

Como quiera que no existe condena alguna, ni omisión en los pagos, ni salario mayor que diera lugar a reliquidación, no hay lugar a imponer sanción moratoria alguna, lo que basta para confirmar este punto.

En cuanto a las costas no es este el momento procesal oportuno para cuestionar la cuantía de las costas como se hace en el recurso, toda vez que ello solo tiene lugar cuando sean liquidadas de manera concentrada por el juez de acuerdo con lo establecido en los artículos 365 y 366 del CGP.

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO. – CONFIRMAR la sentencia apelada en todas y cada una de sus partes.

Sin COSTAS en la alzada.

Las partes se notificarán por **EDICTO**, de acuerdo con lo establecido en los artículos 40 y 41 del C P del T y de la SS.



MARLENY RUEDA OLARTE



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



LORENZO TORRES RUSSY

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C
SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 23-2021-626-01
ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA
DEMANDANTE: WILSON UBALDO GARCÍA ACOSTA
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTROS

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

RECONÓZCASE PERSONERÍA a la Doctora Lina María Posada, identificada como aparece al pie de su firma, en documental contentiva de poder; en calidad de apoderada de la demandada Colpensiones, en los términos y para los efectos del poder de sustitución conferido.

En Bogotá a los treinta y un (31) días del mes de julio de dos mil veintitrés (2023), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por las entidades demandadas Porvenir S.A. y Colpensiones, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 12 de agosto de 2022.

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior a las partes para presentar alegaciones, fueron remitidas las Colpensiones y Porvenir S.A.

ANTECEDENTES



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 23202100626-01 Dte: WILSON UBALDO GARCÍA ACOSTA Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

El señor WILSON UBALDO GARCÍA ACOSTA por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral en contra de Colpensiones, Porvenir, Protección y Colfondos S.A., con el fin de que se DECLARE que la AFP Protección S.A., omitió proporcionar información necesaria, transparente, cierta, real, suficiente, determinante, oportuna y la debida asesoría al momento de realizar su afiliación y traslado del RPM al RAIS administrado por Cesantías y Pensiones Colmena hoy Protección S.A., el 2 de junio de 1994, que en consecuencia se declare la ineficacia del traslado efectuado del RPM al RAIS, solicita que se ordene a Colpensiones admitir su regreso como afiliado del RPM, que se condene a dichas Administradoras de Fondos de Pensiones a trasladar todos los dineros recibidos por concepto de gastos de administración y rendimientos debidamente indexados por todos los períodos en que el demandante permaneció como afiliado sin descontar valor alguno.

Por último, solicita se condene en costas y agencias en derecho a las demandadas y lo que resulte extra y ultra petita.

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que nació el 3 de agosto de 1965, que estuvo vinculado al RPM desde el 22 de junio de 1988 hasta el 30 de junio de 1994, que el 2 de junio de 1994, los asesores comerciales de Cesantías y Pensiones Colmena hoy Protección S.A., se presentaron en su lugar de trabajo la empresa Monómeros Colombo Venezolanos S.A., ofreciendo realizar la afiliación al fondo de pensiones, por lo que suscribió el formulario haciéndose efectiva su afiliación el 1 de julio de 1994, que al momento del traslado de régimen pensional a través de Cesantías y Pensiones Colmena hoy Protección S.A., tenía un salario bases de cotización de \$1.182.538 y había acumulado un total de 279.4 semanas en el RPM.

Indica el demandante que el asesor comercial de Colmena hoy Protección S.A., procedió a su afiliación sin cumplir a cabalidad con su obligación de debida asesoría y entrega de información suficiente, eficaz y oportuna que le permitiera a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger entre los



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 23202100626-01 Dte: WILSON UBALDO GARCÍA ACOSTA Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

regímenes pensionales existentes y poder tomar una decisión informada respecto de su futuro pensional, que previo a su traslado no se le brindó información acerca del funcionamiento del RAIS ni que en dicho régimen la pensión se construía con el capital que hubiere en su cuenta de ahorro individual, que tampoco se le informó que debía mantener un nivel de cotizaciones constantes tanto en tiempo como en valor y efectuar cotizaciones voluntarias adicionales a las de ley para acceder quizás a una pensión más favorable que la del RPM.

Continua manifestando que no se le indicó que en el RPM la mesada pensional se liquidaría según el promedio de los salarios sobre los cuales hubiere cotizado el afiliado durante los 10 años anteriores al reconocimiento de la pensión, mientras que en el RAIS el monto de la misma dependía de diferentes factores como el capital ahorrado o el bono pensional y los rendimientos de su cuenta de ahorros, que se le brindó una información muy precaria pues no le advirtieron sobre la conveniencia o no del traslado según sus condiciones particulares de afiliación, tampoco se le entregó el plan de pensiones ni el manual de funcionamiento de Colmena hoy Protección S.A., que lo único que le manifestó el asesor comercial de Colmena hoy Protección fueron unos supuestos beneficios que consistían en que podría pensionarse de manera anticipada con una mejor mesada pensional que la que recibiría en el RPM.

De otra parte, señala que el 25 de agosto de 1995, suscribe formulario de traslado de administradora, quedando afiliado a Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, entidad en la que estuvo afiliado hasta diciembre de 1996, que el asesor de esta administradora le manifestó que en este fondo tendría una mejor estabilidad pero nunca le indicó las ventajas ni desventajas de permanecer en el RAIS, y tampoco le señaló la oportunidad que tenía de volver al RPM, que el 3 de diciembre de 1996, suscribe formulario de traslado de administradora quedando afiliado a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., pero de acuerdo con la consulta del SIAFP, remitida por la misma AFP, se observa que esta afiliación no quedó en el registro del demandante.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 23202100626-01 Dte: WILSON UBALDO GARCÍA ACOSTA Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

Que el 1 de marzo de 1997, de acuerdo con la respuesta emitida por Porvenir S.A. y los formularios adjuntos, suscribe nuevamente formulario de traslado de administradora a Porvenir S.A., con lo cual se observa que el asesor comercial ni siquiera se percató de que ya había suscrito formulario de afiliación a esta AFP, posteriormente, en noviembre del año 2000, se afilió a Protección S.A., que esta AFP tampoco cumplió con su obligación de debida asesoría y entrega de información suficiente y eficaz y oportuna para tomar una decisión informada respecto de su futuro pensional, que el 20 de abril de 2001, procedió a realizar traslado de AFP, quedando afiliado nuevamente a Porvenir S.A., los cuales tampoco le informaron sobre las repercusiones que traería consigo conservar su afiliación en el RAIS.

Argumenta que el 6 de mayo de 2021, radicó reclamación administrativa ante Colpensiones solicitando que se aceptara de nuevo su afiliación en el RPM en su administradora dada la evidente ineficacia en el traslado de régimen pensional debido a la falta de información al momento de suscribir el acto jurídico el día 2 de junio de 1994, que Colpensiones dio respuesta señalando que la pretensión de traslado de régimen no era procedente por cuanto este fue realizado de manera voluntaria.

De otro lado, el 6 de mayo de 2021, radicó derecho de petición ante Protección, Colfondos y Porvenir S.A., solicitando información acerca de las condiciones en las que se dio la afiliación a cada una de estas entidades, que mediante escrito de 11 de mayo de 2021, Protección S.A., emitió respuesta adjuntando copia del formulario de afiliación diligenciado el día 2 de junio de 1994, indicando además que la asesoría dada al momento de la afiliación se realizó de manera verbal por lo cual no cuentan con ningún soporte físico que acredite que hayan cumplido con su obligación de debida asesoría y entrega de información suficiente, eficaz y oportuna. Por su parte, Colfondos mediante oficio de fecha 14 de mayo de 2021, dio respuesta al derecho de petición adjuntando copia del formulario de afiliación suscrito el 25 de agosto de 1995, señalando que el asesor de Colfondos brindó la asesoría pertinente al demandante, que Porvenir S.A., mediante oficio del 28 de mayo de 2021, dio respuesta adjuntando copia del formulario de afiliación suscrito el 3 de



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 23202100626-01 Dte: WILSON UBALDO GARCÍA ACOSTA Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

diciembre de 1996, 1 de marzo de 1997, y el 20 de abril de 2001, adjuntando copia de la historia laboral actualizada y copia de la consulta en el SIAFP e informe de la cuenta del demandante y también indicando que el proceso de la afiliación se realizó de manera verbal por lo que no cuentan con ningún soporte físico de la asesoría que se le brindó.

Por último, que en la misma respuesta se anexa proyección de la mesada que recibiría en el RAIS, informándole que su mesada pensional en caso de seguir cotizando sería de \$4.076.300 a la edad de 62 años y de \$3.670.900 en caso de no seguir cotizando para la edad de 62 años, evidenciándose que la mesada pensional sufriría un alto detrimento económico mensual en la cuantía de \$3.097.021, suma que sin duda alguna es representativa y terminará afectando su mínimo vital y vida digna pues viene realizando cotizaciones sobre un salario significativamente superior y la pensión que le reconocería Porvenir S.A., resultaría insuficiente para atender sus necesidades básicas.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, **Colfondos S.A.**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó los contenidos en numerales 1, 26, 27, 28 parcialmente, negó los No. 12, 17, 20, 21, 28 parcialmente y 34 y manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de fondo que denominó inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación del actor al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago, nadie puede ir en contra de sus propios actos e inexistencia de indexación.

Porvenir S.A., se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos negó los No. 6 a 8, 11, 13, 14, 16 a 21 y 29 a 32 y manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 23202100626-01 Dte: WILSON UBALDO GARCÍA ACOSTA Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y excepción genérica.

Protección S.A., se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó los contenidos en numerales 1, 3 parcialmente, 24 y 25, negó los No. 4, a 11, 15, 17, 20, 21 y 34 y manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, aplicación del precedente sobre los actos de relacionamiento al caso concreto, traslado de aportes e innominada o genérica.

Colpensiones, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos aceptó los contenidos en numerales 1, 2, 22 y 23, no ser un hecho los No. 11, 33 y 34 y manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema, buena fe, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción e innominada o genérica.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 23202100626-01 Dte: WILSON UBALDO GARCÍA ACOSTA Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA de la afiliación o traslado realizado por el demandante WILSON UBALDO GARCÍA ACOSTA al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la demandada SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. y por ende a COLFONDOS S.A., PENSIONES Y CESANTÍAS, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., conforme a lo expuesto en la parte motiva de la sentencia.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido, entre el 1 de julio de 1994 hasta el 31 de agosto de 1995 y del 01 de octubre de 2000 al 31 de mayo de 2001, con motivo de la afiliación del demandante WILSON UBALDO GARCÍA ACOSTA, junto con los rendimientos causados y pagados a dicha administradora sin la posibilidad de descuento alguno ni por gastos de administración ni por cualquier otro concepto, dadas las consecuencias de la ineficacia incluidos los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, pues tales conceptos, desde el nacimiento del acto ineficaz, debieron ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones.

PARÁGRAFO: Se autoriza efectuar el descuento del dinero que transfirió a la AFP COLFONDOS y AFP PORVENIR, con ocasión a los traslados de fondo solicitados por el demandante los días 01 de septiembre de 1995 y 01 de junio de 2001 respectivamente.

TERCERO: CONDENAR a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido entre el 01 de septiembre de 1995 al 30 de abril de 1997, con motivo de la afiliación del demandante WILSON UBALDO GARCÍA ACOSTA, junto con los rendimientos causados y pagados a dicha administradora sin la posibilidad de descuento alguno ni por gastos de administración ni por cualquier otro concepto, dadas las consecuencias de la ineficacia, incluidos los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, pues tales conceptos, desde el nacimiento del acto ineficaz, debieron ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones.

PARÁGRAFO: Se autoriza efectuar el descuento del dinero que transfirió a la AFP PORVENIR con ocasión al traslado de fondo solicitado por el demandante el día 01 de mayo de 1997.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 23202100626-01 Dte: WILSON UBALDO GARCÍA ACOSTA Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

CUARTO: CONDENAR a SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante WILSON UBALDO GARCÍA ACOSTA, junto con los rendimientos causados y pagados a dicha administradora sin la posibilidad de descuento alguno ni por gastos de administración ni por cualquier otro concepto, dadas las consecuencias de la ineficacia, incluidos los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, pues tales conceptos, desde el nacimiento del acto ineficaz, debieron ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones.

PARÁGRAFO: Se autoriza efectuar el descuento del dinero que transfirió a la AFP PROTECCIÓN con ocasión al traslado de fondo solicitado por el demandante el día 01 de octubre de 2000.

QUINTO: DECLARAR que el demandante WILSON UBALDO GARCÍA ACOSTA se encuentra afiliado al régimen de prima media con prestación definida, administrado en su momento por el extinto I.S.S., y hoy administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, por las razones expuestas.

SEXTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por las demandadas.

SÉPTIMO: CONDENAR EN COSTAS a la demandada SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.

OCTAVO: ORDENAR así fuere apelado este fallo en su oportunidad, se surta el grado jurisdiccional de **CONSULTA** ante el Superior, en razón que las pretensiones son adversas a COLPENSIONES.

Fundamentó su decisión el Juez de primer grado señalando que en tratándose de la afiliación al sistema pensional, los afiliados al mismo cuentan con el derecho de escoger libremente a que régimen se afilian tal y como se indica en el literal e) art. 13 de la Ley 100 de 1993, pero esa libertad de escogencia es fundamental el consentimiento libre e informado que debe asistir al usuario de la seguridad social; a su vez el artículo 1604 del Código Civil, consagra que la prueba de la diligencia o el cuidado en la celebración de los contratos incumbe a quien ha debido emplearlo, por tanto el deber de información estaba a cargo de las administradoras de fondos de pensiones de quienes emana una responsabilidad de carácter profesional.

Señaló de las pruebas aportadas al plenario y de acuerdo con los arts. 60 y 61 del CPTSS, se observan documentales que informan del traslado de la parte



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 23202100626-01 Dte: WILSON UBALDO GARCÍA ACOSTA Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

demandante del RPM al RAIS, que el actor estuvo afiliado al RPM desde el 22 de junio de 1988 hasta el 30 de junio de 1994, cuando decide trasladarse a ING hoy Protección el 1 de julio de 1994, efectuando cotizaciones en esta AFP hasta el 31 de agosto de 1995, pues se traslada hacia Colfondos el 1 de septiembre de 1995, y en dicho fondo efectúa aportes hasta el 30 de abril de 1997, nuevo traslado hacia la AFP Porvenir a partir del 1 de mayo de 1997, luego regresa a ING hoy Protección 1 de octubre del año 2000, efectuando cotizaciones hasta el 31 de mayo de 2001, y por último, retorna a Porvenir efectuando cotizaciones desde el 1 de junio de 2001, a la fecha.

Que el actor permanece en el Régimen de Ahorro Individual del cual pretende retornar al RPM aduciendo que no se le brindó la información necesaria sobre las reales implicaciones de este cambio de régimen. En relación con este asunto y la necesidad de que se brinde una información suficiente y necesaria al afiliado que pretende trasladarse de régimen, la Corte Suprema de Justicia ha efectuado múltiples pronunciamientos en los que ha concluido que es un deber de las administradoras de fondos de pensiones brindar una información completa, suficiente y necesaria sobre las reales implicaciones que conllevaría dejar el régimen anterior y las posibles consecuencias futuras. La Corte Suprema de Justicia viene consolidando su línea jurisprudencial desde el año 2008, que es la sentencia fundacional 31989; y posteriormente, se han proferido múltiples sentencias en esa Alta Corporación como la SL 4989 de 2018, SL 1452 de 2019, la de Radicado 90757 del 24 de mayo de 2022, entre otras.

Que del estudio de estas sentencias se puede extraer que las administradoras de fondos de pensiones deben brindar al afiliado una información cierta, comprensible, oportuna respecto de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos, consecuencias de este cambio de régimen pensional; que en estos procesos opera la inversión de la carga de la prueba a favor del afiliado y lo anterior, que es posible declarar la ineficacia de un traslado estando o no frente al beneficio de la transición o estando o no próximo a pensionarse, que en el presente asunto no se está frente al beneficio de la transición pero es posible discutir la validez del traslado con ocasión a



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 23202100626-01 Dte: WILSON UBALDO GARCÍA ACOSTA Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

la falta de información que aduce el demandante no se le brindó al momento mismo de la información, concluyendo el Juzgador de primer grado que desde la Ley 100 de 1993, existe la obligación de brindar una información clara, cierta, comprensible con el fin de que el afiliado hubiese podido comparar la información y haberla adecuado de la mejor manera a su situación personal.

Indicó que en el presente caso se solicitó la declaratoria de que existió información errónea o incompleta que pudo afectar al afiliado, por lo que este Despacho resolvió que ese eventual error en que incurren tales administradoras al no suministrar la información adecuada y precisa recae sobre una ineficacia de conformidad con el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 271 de la misma norma.

Así las cosas, la administradora de fondos de pensiones demandada para efectos de suscitar el traslado inicial del ISS al RAIS de la parte demandante, no allegó elemento probatorio suficiente con el propósito de acreditar que le suministró la información necesaria y relevante que llevó consigo la migración del régimen pensional, le correspondía a la AFP demostrar que en efecto existió la explicación debida sobre las reales implicaciones que llevaba ese cambio de régimen y este Despacho consideró que ello no se cumplió. En lo que tiene que ver con el interrogatorio de parte no se estableció confesión en contra del demandante donde se pudiese verificar que recibió información en los parámetros ya señalados, mucho menos que se hubiese recibido una información de los dos regímenes pensionales para haber podido comparar la información y haberla adecuado a su situación pensional. Así las cosas, el fondo de pensiones privado no se ocupó de brindarle asesoría e información directa al demandante de manera idónea, en lo atinente en lo que para él traería como consecuencia el traslado del RPM al RAIS.

Tampoco se pudo establecer actos de relacionamiento que se pudiesen verificar no solamente por haber efectuado los traslados porque si efectuó los traslados pero sino se verificó la información para el Despacho no se puede hablar de que se hubiese podido establecer una información en debida forma de manera precisa y antes de haber cumplido los 10 años para haberse



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 23202100626-01 Dte: WILSON UBALDO GARCÍA ACOSTA Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

trasladado de manera oportuna como lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia, por lo que el Despacho no estableció esa información.

Teniendo en cuenta lo anterior, el Despacho accedió a las pretensiones de la demanda y declaró la ineficacia del traslado que el demandante efectuó del RPM al RAIS administrado en principio por Protección, y como consecuencia lógica, lo accesorio sigue la suerte de lo principal, los demás traslados efectuados entre administradoras del mismo régimen sufren el mismo efecto práctico y, por tanto, el demandante actualmente estando en Porvenir en virtud del regreso automático hacia Colpensiones, deberá devolver todos los dineros que hubiese recibido con motivo de la afiliación de la parte demandante junto con los rendimientos causados y pagados a dicha administradora sin la posibilidad de descuento alguno ni por gastos de administración ni por cualquier otro concepto, dadas las consecuencias de la ineficacia que se está declarando. Siguiendo línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia SL 2177 de 2022, donde se establece claramente que se debe devolver absolutamente todos los dineros así sea con recursos propios, lo anterior para no violentar el principio de sostenibilidad financiera del sistema.

Por último, en el presente caso se observó que el demandante estuvo en varios fondos, el primer traslado lo efectuó el 1 de julio de 1994, hacía ING hoy Protección, luego se trasladó el 1 de septiembre de 1995, a Colfondos, posteriormente el 1 de mayo de 1997, a Porvenir, el 1 de octubre del año 2000, retorna a Protección y, finalmente, se traslada a Porvenir donde se encuentra actualmente. Reiteró el Juzgador de primer grado que las dos AFP anteriores, Protección y Colfondos, no pueden verse favorecidas con dineros que nunca debieron haber recibido, razón por la cual se les impuso la misma obligación de devolución de todos los dineros recibidos junto con los rendimientos causados y pagados a dichas administradoras sin la posibilidad de descuento alguno ni por gastos de administración ni por cualquier otro concepto, dadas las consecuencias de la ineficacia que se está declarando. A estos fondos como parágrafo como único descuento se les autorizará los dineros transferidos a



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 23202100626-01 Dte: WILSON UBALDO GARCÍA ACOSTA Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

las AFP con ocasión a los traslados realizados y solicitados por el demandante, en ese sentido fulminaron las condenas.

Respecto a las excepciones, se planteó la de prescripción y el despacho verificó las pretensiones de la demanda y observó que correspondió al reconocimiento de un estado jurídico como lo es la ineficacia, por tanto, es totalmente imprescriptible, razón por la que declaró no probada esta excepción, Sentencia SL 1688 de 2019, la cual fundamentó la decisión. Así mismo, declaró no probadas las demás excepciones dadas las resultados del proceso.

RECURSOS DE APELACIÓN

La demandada **Porvenir S.A.**, recurrió señalando que en el presente asunto el traslado fue eficaz y válido, pues al demandante se le brindó la información y fue acompañado por promotor por parte del RAIS y de acuerdo a lo contemplado por el artículo 9 del Código Civil donde indica que la ignorancia de las leyes no sirve de excusa, principio que establece una presunción legal, lo cual implica que habiéndose promulgado una ley como lo fue la Ley 100 de 1993, es conocida por todos los habitantes del territorio colombiano.

Menciona que ninguno de los presupuestos legales para declarar la ineficacia se alegó y menos resultaron demostrados en el proceso, pues es obligatorio señalar que el formulario de afiliación suscrito por la parte demandante es un documento público que se presume autentico y para el presente asunto no fue tachado de falso, de acuerdo también a lo que menciona el CGP pues el demandante mencionó que no leyó los formularios de afiliación y dicha omisión no se le puede atribuir a Porvenir.

Recalca que, para el momento de las vinculaciones con la AFP Porvenir S.A., esta cumplió con todas las obligaciones respecto al deber de información conforme a lo señalado en la Circular Externa 019 de 1998, de la Superintendencia Financiera de Colombia. Ahora bien, jurídicamente no es viable imponerle cargas distintas a Porvenir a las previstas en las leyes



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 23202100626-01 Dte: WILSON UBALDO GARCÍA ACOSTA Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

existentes al momento en que sucedió la afiliación de la parte demandante, pues esto constituye una violación al debido proceso y a la confianza legítima del fondo Porvenir, ya que para cuando se celebraron los actos de vinculación no solamente el afiliado para esos momentos era jurídicamente capaz sino que además el acto contenía un objeto y causa lícita y ahora por cuenta de interpretaciones del alcance que hacen algunas normas se desconocen instituciones primarias y un Estado Social de Derecho como lo son la validez y los efectos de los actos jurídicos.

Indica que no se puede condenar a Porvenir a la devolución por conceptos de gastos de administración, pues de acuerdo con lo dispuesto en el inciso 2 del artículo 20 de la Ley 100 de 1993, también en el RPM se define el 3% de la cotización a financiar gastos de administración y pensión de invalidez o sobreviviente pues dichos gastos de administración no forman parte integral de la pensión de vejez y por ello están sujetos a la prescripción que trata el artículo 151 del CPTSS. De igual manera, al ordenar el traslado de estos emolumentos y gastos de administración a la entidad Colpensiones se configuraría un enriquecimiento ilícito sin justa causa a favor de esta demandada, en la medida que no existe norma que disponga tal devolución pues en forma clara y sin lugar a interpretaciones distintas el artículo 113 literal b) de la Ley 100 de 1993, menciona cuales son aquellos dineros que se deben trasladar cuando existe el cambio de régimen, esto es, el saldo de la cuenta de ahorro individual incluidos los rendimientos, lo que se evidencia que no están destinados a financiar las prestación del aquí afiliado y, por ende, no pertenecen a él sino al fondo privado como contraprestación de la gestión que adelantó para incrementar el capital existente de la cuenta individual del demandante.

Por último, solicita que en el hipotético evento de confirmar el traslado y la ineficacia del traslado de sumas diferentes a las que reposan en la cuenta de ahorro individual del demandante y sus rendimientos, se compensen estas condenas, en especial los gastos de administración, primas de seguros y las indexaciones a cualquier título como rendimientos financieros que se exceden de los mínimos establecidos en la ley pues, en este caso, se está



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 23202100626-01 Dte: WILSON UBALDO GARCÍA ACOSTA Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

ordenando la devolución de los rendimientos financieros rubro que incluye los frutos e intereses que se obtuvieron con los dineros recibidos por Porvenir como consecuencia de la afiliación del demandante, por lo que se entiende que este rubro sería excluyente con la indexación ordenada en primera instancia, por lo que solicita se revoque la decisión frente a este aspecto ya que se estaría estableciendo doble condena en cabeza de Porvenir, bajo los supuestos en los cuales se encuentra condenada Porvenir S.A., en la sentencia de primera instancia no se encuentran debidamente acreditados, razón por la cual requiere se revoque la sentencia en su totalidad y, en su lugar, se absuelva a esta AFP de todas y cada una de las pretensiones y condenas en este proceso.

Colpensiones manifestó que es de tenerse en cuenta que en el presente caso no existen elementos que evidencien vicios del consentimiento o dolo, pues no había una expectativa legítima para el demandante como quiera que a la hora del traslado contaba con menos de 750 semanas y le faltaban más de 20 años para acceder a la pensión de vejez. Lo anterior, teniendo en cuenta la Sentencia C-789 de 2002, en cuanto a la llamada expectativa legítima, también es importante resaltar que el demandante ya se encuentra inmerso en la prohibición de traslado señalado en el Ley 797 de 2003, que modificó la Ley 100 de 1993, y no es beneficiario del régimen de transición por semanas de manera que no le son aplicables las sentencias de la Corte Constitucional, como lo es la SU-130 de 2013, y la SU-062 de 2010.

Señala que la simple manifestación de inconformidad de que el valor de la pensión a recibir en este momento en el RAIS pueda ser superior a la que ha de recibir en el RPM, no constituye prueba de que lo haya hecho movido por un engaño o por una equivocada información por parte de los fondos, teniendo en cuenta que el demandante indica que su inconformidad también es porque no está de acuerdo con la mesada pensional que va a recibir en el RAIS en este momento. Así, en el presente caso no se logró probar una información equivocada o falaz por parte de los fondos, máxime si se tiene en cuenta que para el año del traslado del demandante, esto es, para el año 1994, los fondos sólo tenían la obligación de brindar la información sobre las condiciones a la



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 23202100626-01 Dte: WILSON UBALDO GARCÍA ACOSTA Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

hora del traslado, por lo tanto, no hay lugar a la ineficacia solicitada pues lo que existió fue un desinterés o descuido por parte del demandante y se evidenció en que se ratificó el negocio jurídico teniendo en cuenta que el demandante realiza 3 traslados entre AFPS, por lo que se observa que el decidió continuar cotizando al RAIS de manera libre y voluntaria sin manifestación alguna de inconformidad durante todo este período ante los fondos.

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver los recursos planteados, se tiene que lo pretendido por el señor WILSON UBALDO GARCÍA ACOSTA, se circunscribe a la declaratoria de ineficacia de la afiliación que efectuara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, mediante formulario suscrito con Cesantías y Pensiones Colmena hoy Protección S.A., el 2 de junio de 1994, como se verifica de copia de dicha documental, allegada por la demandada en mención y visible en expediente digital, materializándose el traslado el 1 de julio de 1994, de conformidad con la consulta del Sistema de Información de los Afiliados a las Administradoras de los Fondos de Pensión – SIAFP, no habiendo ofrecido reparo los traslados horizontales que efectuara el demandante a Colfondos S.A., el 1 de septiembre de 1995, hacía Porvenir S.A., el 1 de mayo de 1997, posteriormente a ING hoy Protección S.A., el 1 de octubre del año 2000, y finalmente, retorna a Porvenir el 1 de junio de 2001, efectuando cotizaciones a la fecha en dicho fondo, de acuerdo con la consulta del SIAFP, remitida por la AFP Porvenir.

En este orden, la figura de la ineficacia del traslado de régimen pensional, ha sido objeto de amplio desarrollo jurisprudencial por parte de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que en sentencia con radicado No. 33083 de 2011, criterio reiterado en sentencia radicado 46292 del 18 de octubre de 2017 y recientemente en sentencia 54818 del 14 de noviembre de 2018; M.P. Gerardo Botero Zuluaga; en las que indicó que la responsabilidad de las administradoras de pensiones era de carácter profesional, que la misma debía comprender todas las etapas del proceso,



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 23202100626-01 Dte: WILSON UBALDO GARCÍA ACOSTA Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional y que las administradoras de pensiones tenían el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible a la medida de la asimetría que se había de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad.

Así las cosas, para que en realidad se considere que el traslado de régimen pensional estuvo precedido de voluntad y deseo de cambio por parte del afiliado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, se requiere entonces que la Administradora del Régimen de Ahorro Individual le suministre una información completa sobre las condiciones específicas de su situación pensional, lo que implica no solamente lo favorable, sino todo aquello que puede perder o serle lesivo de aceptar un traslado.

Es así como en casos, **la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado**; por el tipo de responsabilidad que se le endilga a estas entidades sobre las que pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional respecto de quienes simplemente buscan es la protección de los riesgos de vejez, invalidez o muerte sin prestarle mayor atención a conceptos científicos o legales, es por ello entonces que **las Administradoras son quienes deben demostrar el suministro completo y veraz al afiliado para que se pueda concluir que fue en realidad deseo del éste aceptar las condiciones de traslado para evitar precisamente que posteriormente alegue algún tipo de engaño**, el que no sólo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue, conocimiento que no se puede comparar al del demandante.

De las pruebas aportadas al expediente, se tiene que contrario a lo afirmado por Porvenir S.A. en su recurso y alegaciones, ninguna de ellas da cuenta respecto que al señor Wilson Ubaldo García, se le hubiera brindado alguna información o comparativo respecto del régimen de prima media, al momento de su traslado proveniente del RPM en el año 1994; por lo que



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 23202100626-01 Dte: WILSON UBALDO GARCÍA ACOSTA Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

se debe dar por demostrado que la demandada Protección S.A., AFP que promovió el traslado en mención, faltó al deber de información pues debió indicarle en forma clara todo aquello que resulta relevante para la toma de decisión, tanto lo favorable como lo desfavorable.

El deber de información en los términos anteriores, fue reiterado en reciente pronunciamiento del 8 de mayo de 2019, SL 1689 de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas, en dicha indicó esa Alta Corporación:

“Sobre el particular, en reciente sentencia CSJ SL1452-2019, esta Sala se ocupó de analizar: (i) la obligación de información que tienen las administradoras de fondos de pensiones, (ii) si tal deber se entiende satisfecho con el diligenciamiento del formato de afiliación, (iii) quién tiene la carga de la prueba en estos eventos y (iv) si la ineficacia de la afiliación solo tiene cabida cuando el afiliado cuenta con una expectativa de pensión o un derecho causado.

En ese orden, concluyó que:

(i) Las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional, a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional -artículos 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, 97, numeral 1.º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 y demás disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal-. Posteriormente, se agregó a dicho deber la obligación de otorgar asesoría y buen consejo -artículo 3.º, literal c) de la Ley 1328 de 2009, Decreto 2241 de 2010- y, finalmente, se impuso la exigencia de doble asesoría -Ley 1748 de 2014, artículo 3.º del Decreto 2071 de 2015, Circular Externa n.º 016 de 2016 de la Superintendencia Financiera. Obligaciones que deben ser acatadas en un todo, a fin de que los usuarios del sistema puedan adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional.

(ii) En el campo de la seguridad social, existe un verdadero e ineludible deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SL19447-2017), pues dicho procedimiento garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, que el usuario comprende las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen; esto es que, previamente a tal acto, aquel recibió información clara, cierta, comprensible y oportuna. Luego, el simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente para dar por demostrado el deber de información.

(iii) La aseveración del afiliado de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación, por cuanto la documentación soporte del traslado debe conservarla en sus archivos, y en tanto es la obligada a observar el deber de brindar información y probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento”. (Negrilla fuera del texto original)



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 23202100626-01 Dte: WILSON UBALDO GARCÍA ACOSTA Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

Con sujeción al criterio jurisprudencial en cita, se logra determinar que contrario a lo afirmado por Porvenir S.A., la línea jurisprudencial a que se alude, ha sido enfática en señalar que el deber de información tantas veces citado, está previsto en el ordenamiento legal desde la misma **creación** de las AFP, de manera que le correspondía a Protección S.A., entonces Colmena, probar el suministro de dicha información al demandante, no siendo suficiente para el efecto el formulario de afiliación suscrito por este, como erradamente lo señala Porvenir en sus alegaciones, ya que tal documental no da cuenta de haberse suministrado el deber de información en los términos antes señalados, pues únicamente cuenta con los datos personales del demandante, pero nada dice acerca de la información que se le brindó en el acto de traslado, ni respecto a sus condiciones pensionales particulares.

En cuanto a los gastos de administración, se tiene que tal punto no debe ser objeto de revocatoria o modificación alguna como indica la AFP Porvenir S.A., ya que la línea jurisprudencial aplicable a estos casos, ha sido enfática en indicar la procedencia del traslado de los mismos, **los que no están sujetos al término prescriptivo**, aspecto que fue reiterado entre otras en sentencias entre otras en sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019, SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. Gerardo Botero Zuluaga y en una más reciente, SL 2884 del 23 de junio de 2021, M.P. Luis Benedicto Herrera:

*También se ha dicho por la Sala que como la declaratoria de ineficacia tiene efectos ex tunc (desde siempre), las cosas deben retrotraerse a su estado anterior, como si el acto de afiliación jamás hubiera existido. **Tal declaratoria implica que los fondos privados de pensiones deban trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado junto con los rendimientos financieros, aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, comisiones y gastos de administración debidamente indexados, con cargo a sus propias utilidades**, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al RPMPD administrado por Colpensiones. (Negrilla fuera del texto original)*

Lo anterior por cuanto en virtud de los efectos de la ineficacia, se considera que dicho traslado de régimen **no existió** y, por ende, no resulta de recibo



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 23202100626-01 Dte: WILSON UBALDO GARCÍA ACOSTA Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

que la AFP se beneficie de unos dineros que no debió haber recibido y que fueron erogaciones realizadas a los aportes del afiliado, de igual forma, con apego a ese mismo criterio antes transcrito, la indexación de las sumas objeto de retorno contrario a lo indicado por la recurrente Porvenir S.A., no resulta improcedente.

Respecto a la permanencia del actor en el RAIS y los traslados horizontales dentro de este, se tiene que contrario a lo manifestado por la recurrente Colpensiones, la Sala Laboral de la CSJ ha sido enfática en señalar entre otras en la sentencia SL 1688-2019 que así el afiliado haya realizado traslados horizontales dentro del RAIS o permanecido con el paso de tiempo en dicho régimen, tales actos no tienen la virtualidad o aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP inicial al momento del traslado, por lo tanto con ellos no se sana la falta de información, postura que se mantiene y que fuera reiterada nuevamente en la sentencia SL3199-2021.

De otra parte y si bien el demandante se encuentra inmerso en la prohibición de traslado de que trata la Ley 797 de 2003, nada impedía que interpusiera esta acción alegando la falta al deber de información, que es lo que habilita para estudiar la validez de su traslado en sede judicial y en tanto como bien lo indicó la decisión de primer grado, esta acción por tener relación intrínseca con derechos pensionales, resulta **imprescriptible**, y la omisión bajo estudio contrario a lo indicado por la recurrente Colpensiones, **no se sana con el paso del tiempo**, ya que se itera, desde su nacimiento el acto de traslado se reputa ineficaz al no mediar la información necesaria al efecto.

Ahora, el hecho de que el demandante al momento de su traslado, no contaba con expectativa pensional legítima, ello no es óbice como erradamente lo indica la recurrente Colpensiones en recurso y alegaciones para que esta acuda a la jurisdicción a efectos de solicitar la ineficacia del traslado de régimen, dado que aceptar tal circunstancia, contravendría el derecho a la igualdad de los afiliados, pues el deber de información bajo estudio, no sólo se predica de grupos de afiliados que cumplan algún



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 23202100626-01 Dte: WILSON UBALDO GARCÍA ACOSTA Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

requisito, sean beneficiarios del régimen de transición o tengan expectativa pensional alguna, sino de todos los afiliados al sistema pensional; como a su vez lo indicó la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en pronunciamiento de fecha 8 de mayo de 2019, SL 1689 de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas:

“(iv) Ni la legislación ni la jurisprudencia establecen que se debe contar con una expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información; de modo que procede 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”.

Sentado lo anterior, el hecho de que el demandante no hubiera retornado al RPM en los plazos legales concedidos para el efecto, no lo priva de la posibilidad de acudir a esta acción judicial alegando la falta al deber de información, siendo también deber de la administradora del RAIS que promovió su traslado a ese régimen haberle puesto de presente tales posibilidades, no obstante, como se vio, ello no ocurrió.

Es así como, al no haber prueba de que se le haya puesto de presente al demandante las ventajas y desventajas de pertenecer a uno u otro régimen pensional, **al momento del traslado al RAIS en el año 1994**, resulta forzoso concluir que no le fue brindada a esta de manera completa toda la información a este respecto, circunstancia que impone **confirmar** la declaratoria de **ineficacia**, dispuesta en primera instancia.

Finalmente, se considera que hay lugar a DECLARAR que Colpensiones puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional del demandante, en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión en la que incurrió el y/o los fondos de pensiones demandados.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 23202100626-01 Dte: WILSON UBALDO GARCÍA ACOSTA Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

Sin costas en esta instancia.

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

R E S U E L V E:

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia recurrida en el sentido de DECLARAR que COLPENSIONES puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión en la que incurrió el y/o los fondos de pensiones demandados.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia objeto de recurso.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

Las partes se notifican por edicto de conformidad con los artículos 40 y 41 del CPTSS.

Los Magistrados,


MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 23202100626-01 Dte: WILSON UBALDO GARCÍA ACOSTA Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS


LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO .

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

MAG. PONENTE: MARLENY RUEDA OLARTE

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE OSCAR EDUARDO MENESES PIÑEROS
VS CLINICA COLSANITAS RAD N° 25-2020-133-01**

En Bogotá D.C., a los treinta y un (31) días del mes de julio del año dos mil veintitrés, previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente,

DECISION

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, resuelve el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandada, contra la decisión tomada por el Juez de primera instancia de no permitir la conexión a la audiencia de práctica de pruebas una vez se decidió no aplazar el interrogatorio de parte y declarar los efectos de esta inasistencia. La audiencia fue realizada el 14 de abril de 2023. (Expediente Digitalizado).

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior a las partes para presentar alegaciones, fueron remitidas las de ambas partes, la parte demandante, solicita se confirme la decisión de primer grado.

HECHOS

El señor **OSCAR EDUARDO MENESES PIÑEROS**, presentó demanda en contra de **CLINICA COLSANITAS SA**, para que se declare que fue despedido sin justa causa y se le condene a pagar indemnización por ese despido.

El Juez de instancia, durante la audiencia contemplada en el art 80 del C P del T y de la S S, una vez en la práctica del interrogatorio de parte señaló: *“La parte demandante solicitó el interrogatorio de parte del representante legal de la clínica, quien no hace presencia, pese a ser obligatoria su asistencia y conforme el artículo 77 CPTSS, no existe prueba sumaria que justifique su inasistencia, la sola afirmación no basta y al no presentarse la prueba sumaria, se deberán producir los*

efectos jurídicos señalados en la norma en cita, esto es, dar por ciertos los hechos susceptibles de prueba de confesión, entre otros, la existencia de un contrato de trabajo entre las partes desde el 17 de febrero de 2009 al 8 de octubre de 2019, que terminó sin justa causa imputable al empleador; de tal manera y con dichos efectos jurídicos, se da por finalizado el interrogatorio de parte, conforme lo indicado en los artículos 212 del CGP y normas concordantes para los efectos pertinentes.

El Apoderado demandada, ante esta decisión manifestó: hicimos la solicitud de aplazamiento de audiencia, sin pronunciamiento por parte del despacho; la representante legal solicita al despacho permitirle conectarse desde el celular.

El Juez manifestó: ¿Doctor y por qué no me dijo eso antes de iniciar la audiencia?, entonces la representante sí se podía conectar y no importa por qué medio lo haga, la audiencia es virtual, pero no me dijo antes de emitir pronunciamiento ¿puedo tomar eso a manera de recurso o sólo a título informativo?

El Apoderado demandada señaló: interpongo recurso de reposición a fin de que su señoría le permita al representante conectarse desde su celular; **en la medida de que no se accedió a la solicitud presentada con antelación de ausentarse de la audiencia por compromisos ya adquiridos. El apoderado manifestó que en subsidio interponía recurso de apelación. El Juez mantuvo su decisión.**

CONSIDERACIONES

La Sala resolverá el recurso de acuerdo con lo establecido en el artículo 66 A del C P del T y de la S S

Lo primero que observa la Sala es que la actuación de la demandada, contrario a lo indicado en sus alegaciones, no se adecua a lo ordenado en la Ley, ni tampoco a los postulados de respeto a las decisiones judiciales y a la colaboración a la que está obligada para obtener una rápida y correcta administración de justicia.

Si bien es cierto la virtualidad ha permitido que se practiquen audiencias de pruebas fuera de las sedes lo cual ayuda a que se adelanten con más facilidades, también lo es que las normas procesales de obligatorio cumplimiento, no pueden ser desconocidas o tomadas a la ligera por los profesionales del derecho que actúan como representantes y que bien conocen las consecuencias de ese desconocimiento.

En ese orden desde que se decretó la prueba la parte demandada sabía que debía comparecer a rendir el interrogatorio de parte decretado y que no es por cualquier razón o por compromisos adquiridos como se manifiesta en el recurso, que puede solicitar el aplazamiento de la diligencia.

Es claro que no toda excusa es suficiente para que el citado a interrogatorio de parte y así lo señala el art 204 del CGP, cuando dispone: “La inasistencia a interrogatorio solo podrá justificarse mediante prueba siquiera sumaria **de una justa causa que el juez podrá verificar por el medio más expedito, si lo considera necesario.**

Al no existir la prueba, porque evidentemente tener otros compromisos, tales como tener asignado ese día un beneficio denominado “tus puntos en familia” que lo eximía de asistir a la jornada laboral en su empresa, no puede ser tenido como una justa causa, para no cumplir con el compromiso ante la administración de justicia; no es una justa causa y nada más podía hacer el juez que no tener como justificada esa inasistencia y declarar los efectos procesales que esta trae, esto es la confesión presunta.

Ahora, cuando el apoderado de la demandada solicita que se deje conectar por celular al representante legal; haciendo desaparecer de tajo aparentemente, los motivos que antes había expresado para no asistir; ya la oportunidad procesal para la práctica de la prueba, había sido agotada y contrario a lo afirmado por el recurrente ya se había decidido sobre esa justificación para la inasistencia, pues como señaló el juez no había prueba siquiera sumaria de una justa causa; se itera no lo es lo manifestado en el escrito donde se pide reprogramación de la audiencia. De manera que esa era una nueva solicitud para dar una nueva oportunidad que escapa a toda previsión legal; ya que si bien pueden presentarse pruebas luego de la audiencia; el juez solo admitirá las que se fundamenten en fuerza mayor o caso fortuito y no como en este caso afirmaciones sobre imposibilidad por compromiso previos, sin que obedezca a la realidad procesal que el juez no se pronunció sobre la solicitud de aplazamiento; lo cual hizo en audiencia como obedece a un proceso oral, encontrando se itera, que no había justificación para acceder a esa solicitud.

Por lo expuesto se CONFIRMA el auto apelado.

Sin costas en la instancia.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior de Bogotá Sala Laboral, por conducto de la Sala Laboral,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR el auto objeto de la apelación, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO: COSTAS. Sin costas en la alzada.

Las partes se notifican por **EDICTO** de conformidad con los art. 40 y 41 del C.S.T. y de la S.S.

Los Magistrados,


MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO


LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C
SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 26-2019-280-01
ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA
DEMANDANTE: YOJAN ANDRÉS PEREA
DEMANDADO: SEGURIDAD ORIENTAL LTDA.

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los Treinta y un (31) días del mes de julio de dos mil veintitrés (2023), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado 26 Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 23 de junio de 2022

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior, fueron remitidas dentro de este, alegaciones por la parte demandada, la que solicita se confirme la decisión de primer grado.

ANTECEDENTES

El señor YOJAN ANDRÉS PEREA por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral, con el fin de que se DECLARE que la demandada terminó su contrato sin justa causa, que no le fueron canceladas cesantías, interés a la cesantía, prima de servicios, vacaciones, al momento de su retiro, que tiene derecho al pago de indemnización por no pago de cesantías, festivos y dominicales laborados, dotación, subsidio familiar, indemnización por despido sin justa causa y pago de aportes a seguridad social; como consecuencia de tales declaraciones, petitiona se condene a la



demandada al pago de cesantías causadas a la fecha de retiro, interés a la cesantía, prima de servicios, vacaciones, indemnización moratoria por no pago de cesantía, trabajo dominical y festivo, valor por concepto de dotaciones, subsidio familiar, indemnización por despido sin justa causa y pago de aportes al sistema de seguridad social.

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que firmó contrato de trabajo a término indefinido con la pasiva, para la que laboró entre el 29 de diciembre de 2016 al 6 de octubre de 2017, para ejercer labores de seguridad y vigilancia en Bogotá y Muzo – Boyacá, que devengaba el SMLV, que cuando laboraba en Muzo, se le pagaban \$345.143 adicionales y que se pactó con su empleador 20 días de labores y 10 de descanso, que su contrato terminó por decisión del empleador y sin justa causa, que no fue llamado a rendir descargos durante el desarrollo de su labor y a la terminación de su labor, no le fueron pagadas prestaciones legales, que no se le envió previo aviso respecto de la terminación del contrato y citó a la demandada a diligencia de conciliación ante el Ministerio de Trabajo, a la cual esta no asistió.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La sociedad demandada contestó la acción, oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos, aceptó los contenidos en numerales 1 a 3 y 5 a 7 y negó los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó cobro de lo no debido, mala fe del demandante, no procede indemnización por despido sin justa causa y buena fe del demandado.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, ABSOLVIÓ a la demandada de las pretensiones incoadas en su contra, condenando en costas al demandante.

Fundamentó su decisión el Juez de primer grado señalando:

En primer lugar, debe acotar el despacho que no existen discrepancias respecto a la existencia del contrato de trabajo, toda vez que la parte demandada aceptó y admitió dicha vinculación, además, fue acreditado con las pruebas documentales, específicamente contrato de trabajo, la certificación laboral, los formularios de afiliación al sistema de Seguridad Social en salud, así como los certificados de las entidades como Colsubsidio, Axa Colpatria y demás documentales aportados; así las cosas y para todos



los efectos legales, se tiene que entre las partes se suscribió un contrato de trabajo a partir del 29 de diciembre 2016 hasta el 6 de octubre 2017; ahora, en cuanto a los salarios, se tendrá que revisar el expediente: se registra a folio 34 archivo 1, certificación laboral, donde se indica que el demandante recibió un salario mensual equivalente al SMLV más un promedio de horas extras variables de \$345.143 pesos, en auxilio de transporte de 83.140 pesos, razón por la cual para todos los efectos legales se tendrán dichas sumas como las percibidas por el demandante.

Ahora analizado lo anterior procederá el despacho analizar las pretensiones incoadas en contra de la parte demandada, Solicita el demandante reconocimiento y pago del auxilio de cesantías, intereses a las cesantías, primas de servicios, compensación en dinero de las vacaciones, los cuales considera o indica que no fueron pagados; sobre estos conceptos considera este despacho que la parte demandada acreditó el pago de dichos emolumentos, tal y como se registra a folios 103 y siguientes, en el cual aparece el comprobante de egreso en donde se liquidan los cesantías, interés a cesantías, primas de servicios y vacaciones durante la vigencia de la relación contractual y se pagó suma de dinero por estos conceptos, entre ellos \$939.870 por concepto de vacaciones por cesantías, \$85.998 por intereses a las cesantías, prima de servicios, \$315.040 y compensación en dinero de las vacaciones \$438.230, razón por la cual el despacho no impondrá condena por estos rubros, teniendo en cuenta que la parte demandada acreditó dicha circunstancia no solamente con el comprobante de egreso, sino con el correspondiente pantallazo de haberse efectuado la correspondiente consignación en la cuenta de AV Villas a nombre del aquí demandante, razón por la cual y como ya se dijo se tendrá para todos los efectos legales que la demandada pagó dichos conceptos.

Ahora, en cuanto a los festivos y dominicales: solicita el demandante reconocimiento y pago los festivos y dominicales causados durante la vigencia de la relación contractual, esto es, de diciembre 2016 hasta el 6 de octubre 2017, sobre este punto, el artículo 167 del CGP, aplicable en materia laboral, expresa que corresponde a quien pretende reconocimiento de ciertos derechos, la carga de probar los supuestos de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico perseguido. Ahora bien, revisado el expediente, no se logra demostrar la causación de trabajo suplementario, distinto al pagado por la demandada, lo anterior toda vez que no se aportaron pruebas que permitan establecer en qué momento fueron laborados los festivos y dominicales, ni cuántas horas laboró efectivamente en dicho interregno, además de los documentos aportados por las partes, se puede establecer que el demandante percibió una remuneración por dicho concepto, toda vez que recibía en promedio \$345.143 pesos por concepto de horas extras y dominicales valor que fue tenido en cuenta para efectos de liquidar las prestaciones sociales; así las cosas, el demandante debe acreditar cuáles horas extras dejó de pagar la demandada durante la vigencia de la relación contractual, circunstancia esta que no fue acreditada por la parte actora quien tenía la carga de la prueba, conforme a lo establecido en las reglas establecidas en el artículo 167 del CGP.

Ahora en cuanto a las dotaciones, solicita el demandante reconocimiento y pagos de las dotaciones causadas durante la vigencia de la relación contractual sobre este punto debe tener a colación el despacho lo señalado por la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia del 22 de abril de 1998 en la cual se indicó lo siguiente “ El objetivo de esta dotación es que el trabajador la utilicen en las labores contratadas y es imperativo que lo haga, so pena de perder el derecho a recibirla para el período siguiente, se deriva, por tanto a la finalización de contrato carece de todo sentido el suministro, pues se reitera que él se justifica en beneficio del trabajador activo más en modo alguno de aquel que sea de cesante y que por obvias razones, no pueda utilizarlo en la labor contratada, de otra parte, no está previsto el mecanismo de la compensación en dinero y antes, por el contrario, el legislador lo prohibió en forma expresa y determinante en el artículo 234 del CST, no significa lo anterior que el patrono que haya negado ese suministro en vigencia del vínculo laboral a su terminación, quede automáticamente redimido por el incumplimiento, pues ha de aplicarse la regla general en materia contractual de que el incumplimiento de lo pactado genera el derecho a la indemnización de perjuicios a cargo de la parte responsable y en favor de la afectada, en otros términos, el empleador incumplido deberá la pertinente indemnización de perjuicios, la cual como no sea legalmente tarifada, ha de establecerse al juez en cada caso y es claro que puede incluir el monto en dinero de la dotación, así como cualquier otro tipo de perjuicio que se llegara a demostrar”. Ahora bien, revisado el expediente, se registra formato de entrega de dos dotaciones, visible a folio 101, archivo 1 digital, con lo cual se deberá absolver a la demandada de esta pretensión, máxime que tampoco acreditó perjuicios que le haya podido causar la entidad en caso de no haber entregado las dotaciones completas.



En cuanto al subsidio familiar, solicita el demandante se condene a la demandada al reconocimiento y pago de subsidio familiar, con lo cual observa el despacho que a folio 100 obra certificado de afiliación del demandante ante la caja de compensación familiar Colsubsidio entidad que es la encargada del reconocimiento y pago de dicho subsidio familiar una vez el trabajador acredite los requisitos para recibir tal beneficio, razón por la cual al encontrarse afiliado el demandante de dicha caja de compensación familiar debió haber acreditado que presentó a la parte demandada, esto es a su empleador, los documentos pertinentes para el reconocimiento y pago de dicho subsidio familiar y que por omisión de la empleadora no las haya entregado a la caja de compensación, circunstancia esta que no acontece en el caso bajo estudio, toda vez que el demandante no acredita que tenía personas a cargo, los cuales sean beneficiarios del subsidio familiar, en consecuencia el despacho absolverá a la demandada de estas pretensiones.

Ahora indemnización por despido sin justa causa: En cuanto a la iniciación prevista en el artículo 64 del CST debe tenerse en cuenta que la parte demandante debe acreditar el hecho del despido de la parte demandada a la justa causa invocada. Así mismo, conforme lo prevé el artículo 62 del CST, quien da por terminado el vínculo laboral debe manifestar al momento de la finalización de este los motivos que se dieron para la terminación de dicho contrato y después no pueden alegar razones válidamente distintas a las presentadas al momento de la finalización del vínculo contractual. Ahora, de acuerdo con el examen probatorio, se observa a folio 102 del archivo digital que se registra una carta suscrita por el demandante en la cual se manifiesta lo siguiente, “por medio de la presente, me permito presentar renuncia irrevocable al cargo de guarda que venía desempeñando en Muzo Boyacá, la anterior obedece a que debo viajar fuera de la ciudad por varios días para atender asuntos personales” Documento visible a folio 110, el demandante arguye que la parte demandada lo obligó, lo coaccionó para suscribir dicha carta de renuncia y que fue la misma parte demandada quien le dictó lo que debía escribir en dicho documento; para tal efecto, pues se allega las pruebas como son las testimoniales y en las cuales se preguntó o se indagó dicha circunstancia, los testigos manifiestan que no estuvieron presentes en la reunión de la abogada y la representante legal con el aquí demandante, que el aquí demandante estaba citado para una diligencia de descargos, en virtud de unos hechos acaecidos en el lugar donde prestaba el servicio, pero que posteriormente presentó la carta de renuncia; sobre este punto debe considerar el despacho que la parte demandante no logró acreditar que efectivamente fue coaccionado a suscribir dicho documento; por el contrario, lo único que se encuentra demostrado es que, efectivamente, la carta está firmada por el actor y que la misma se presenta una razón para dar por terminado el vínculo contractual sin quien haya acreditado circunstancia distinta. Así las cosas, este despacho deberá absolver a la demandada de esta pretensión, toda vez que el demandante no logró demostrar que fue coaccionado para suscribir dicho documento.

Respecto a las cotizaciones al sistema de Seguridad Social conforme las documentales obrantes a folios 108 y 109, aparecen las planillas de pago de aportes al sistema de Seguridad Social en salud, pensión y riesgos profesionales efectuados por la sociedad demandada durante la vigencia y la relación contractual, razón por la cual se absolverá sobre este concepto. En cuanto al beneficio monetario por mora en el pago de las prestaciones sociales debe advertir el despacho que dicha indemnización no procede de manera automática, sino que se debe analizar la buena o la mala fe del empleador o por el no pago oportuno de dichas prestaciones sociales, en el presente caso conforme se observa en la documental se tiene que el demandante presentó su carta de renuncia al 6 de octubre de 2017, las prestaciones sociales fueron liquidadas el 10 de octubre, tal y como se comprueba en el comprobante de egreso y fueron consignadas en la cuenta de nómina del actor el 20 de octubre de la misma anualidad; así las cosas, si bien es cierto me dieron 14 días desde la finalización del vínculo y el momento en que se consigne la correspondiente aporte, considera este despacho que no existe mala fe en el empleador toda vez que por el contrario, se considera que durante la vigencia de la relación contractual la parte demandada pagó todo lo que debía el demandante y al finalizar el vínculo solamente me dieron 14 días, los cuales el despacho considera que son en el presente caso eran necesarios o no son un amplio plazo teniendo en cuenta que debía liquidarse todas y cada una las prestaciones sociales del demandante; así las cosas, el despacho considera que el actuar de la demandada no estuvo revestida de mala fe, razón por la cual se absolverá igualmente frente a esta pretensión.

RECURSO DE APELACIÓN



La parte demandante recurrió señalando:

Señala su despacho que la empresa le pagó todo lo habido por salarios y prestaciones al señor Yohan Andrés Moreno, que para ellos existe un comprobante de pago, pero ese comprobante de pago su Señoría nunca se probó dentro del expediente que haya sido firmado por el trabajador como que haya recibido ese valor, como lo señalé en mis alegatos de conclusión es muy cierto que le hicieron una consignación, pero nunca le indicaron a qué se debía esa consignación; desde luego que entonces, al no haber estipulación sobre los ítems que allí se consignaban, no se entiende que haya sido recibido el pago de las cesantías, los intereses a la cesantías, el pago de las vacaciones, el pago de los festivos y dominicales, el pago de las primas a que haya lugar, entendiendo de que no hay una especificidad sobre el asunto concreto de la consignación que le fue efectuada, también en forma tardía, al señor Johan Andrés y frente a la situación de la carga de la prueba respecto del retiro sin justa causa, sí fue determinado por el trabajador en el entendido de que fue citado para que rindiera unos descargos, pero no se avizora que hayan sido rendidos esos cargos o que se les hayan tomado y más bien si se avizora de que el trabajador fue introducido como bien lo señaló la abogada a la oficina de la señora Luz Mery, gerente general de la empresa y con la misma abogada creo que la respetable Doctora que atendió la diligencia se manifiesta de que el señor Yojan Andrés redactó su carta eso no es tan específico su señoría y es allí donde se encuentra la injusta causa para el retiro porque al estar el señor Yohan Andrés en la oficina de la gerencia y con la abogada existe el constreñimiento desde luego su señoría no estamos en un asunto penal en el cual yo le pueda probar de forma fehaciente ese hecho, pero el entendido es que de allí el señor Yohan Andrés salió con carta de retiro firmada y al efectuar esa entrega de carta de retiro, según la empresa, con una causa determinada que era que no había querido rendir los descargos lo cual es totalmente falso porque para eso fue citado a la empresa y no se los tomaron, de allí que no aparezcan firmados, es muy cierto su señoría que la Carta fue presentada el 6 de octubre y el pago, como lo señaló su despacho existe una liquidación del 10 de octubre, pero solo fue consignado su valor hasta el 20 de octubre, es decir, le demoraron con dolo ese pago que le fue efectuado que como se señala, no es específico, qué era lo que allí le pagaban, desde luego que existen mora en el pago su señoría, que a la luz del artículo 65 del CST amerita la sanción de parte del despacho y frente aquí no existe la mala fe, si existe la mala fe de la empresa, porque si lo retiran el 6 de octubre de una liquidación efectuada el 10 de octubre, hombre llámelo y páguele y dígame vea aquí está su liquidación, pero no se avizora ninguna liquidación de prestaciones solamente que la habían de presentar al momento que el señor Yojan Andrés presenta su demanda.

Ahora, lo otro es que las agencias en derecho que ha determinado su despacho no se compadecen con el valor de las pretensiones que obran en la demanda de forma exagerada, descartadas esas agencias en derecho, es muy cierto que la apoderada tiene un trabajo para contestar la demanda, pero es parte de su mismo trabajo que tiene con la empresa. Entonces no puede beneficiarse con una esencia en derecho o la misma empresa, reclamándole al trabajador cuando únicamente le consignó el valor de \$1.779.000, es decir, estarían reclamando que le devuelva la plata que gentilmente le consigno, eso su señoría atenta contra los derechos del trabajador y es por lo cual me permito dejar sentado ante el honorable tribunal, esta apelación con el fin de que se determine que sí hubo un mora en el pago y además las agencias en derecho están siendo excesivas y la justa causa del retiro no está comprobada por parte de la empresa, en tanto sí hubo el constreñimiento en la oficina de la gerencia de la empresa con la anuencia de la señora apoderada que ella misma certificó en su declaración de que había estado en esa cita donde observo que el señor estaba redactando su carta y le decían que la redactara, generalmente uno entiende que esa situación no se puede probar parte de ella ni de parte mía porque solamente ellos conocen el Interno de esa reunión.

CONSIDERACIONES

No fue objeto de reparo la existencia de la relación laboral entre las partes, como tampoco sus extremos temporales, cuestiones que fueran aceptadas por la pasiva en escrito de contestación de demanda.

Determinado lo anterior, la Sala resolverá el recurso de acuerdo con lo



establecido en el artículo 66 A del C P del T y de la S S, teniendo como puntos de inconformidad, el pago de prestaciones sociales al actor, si existió mala fe en el actuar de esta para determinar la procedencia de la condena por concepto de indemnización moratoria, si se configuró despido sin justa causa y finalmente se pronunciará en cuanto al argumento frente a la condena por costas procesales.

Respecto al primer punto, esto es, el pago de prestaciones sociales a la finalización de la relación laboral, se tiene que como bien lo adujo la decisión de primer grado, la pasiva aportó junto con contestación documental contentiva de liquidación final de prestaciones sociales, la que, si bien no cuenta con una señal de recibo por parte del señor Yohan, lo cierto es que se acredita una consignación por esta misma suma, el 20 de julio de 2017 a cuenta bancaria del banco AV Villas en la que figura el actor como titular; respecto de lo cual, el apoderado de la parte actora en recurso y al indagar a los testigos de la parte demandante, acepta que el señor Yohan, luego de finalizada la relación laboral, recibió un pago pero que no conocía a qué conceptos obedecía, siendo claro que esta misma parte acepta el pago efectivo de la suma atribuible a la liquidación final de prestaciones sociales, razón de más para concluir que contrario a lo indicado por el recurrente, se encuentra suficientemente probado que sí se pagó a favor del actor los rubros reclamados.

Ahora bien, refiere el recurrente que la conducta de la demandada estuvo revestida de mala fe, por cuanto entre la terminación de la vinculación laboral que tuvo lugar el 6 de octubre de 2017 y la fecha del pago de la liquidación, 20 de octubre de 2017, transcurrieron 15 días; tal argumento no resulta de recibo para la Sala, pues es claro que no transcurrió un término considerable entre dichos interregnos temporales para concluir que la demandada pretendía sustraerse a sus obligaciones para con el ex trabajador demandante, argumento que se logra reafirmar con el caudal probatorio allegado por la pasiva que da cuenta del cumplimiento de todas sus obligaciones durante la vigencia y finalización de la relación laboral con el actor, como son el pago de salarios y trabajo suplementario, afiliación al sistema de seguridad social integral y caja de compensación, así como la entrega de dotación; de lo que se concluye con claridad que la pasiva no incurrió en conducta omisiva alguna que permita ubicar su actuar en el campo de la mala fe, para condenarla a la indemnización moratoria.



En cuanto a la indemnización por despido reclamada, tampoco se impondrá condena alguna, pues no se demostró en el trámite procesal constreñimiento alguno de la demandada al actor para elaborar la carta de renuncia irrevocable que fuera aportada por esta última, siendo ineludible como lo indicara la decisión de instancia que el trabajador demostrara lo injusto del despido al ser de su resorte dicha carga probatoria; contrario sensu, lo que se demostró en el trámite procesal, fue que la renuncia del actor, obedeció a una decisión libre y voluntaria, lo que no da cabida a la indemnización petitionada.

Por último, en cuanto a la suma en que fueron fijadas las costas de primera instancia, se tiene que esta no es la oportunidad procesal para controvertir tal aspecto, el que deberá ser ventilado en la etapa procesal de que trata el artículo 366 del CGP.

Al no salir adelante ninguno de los argumentos del recurso, se **confirmará** la decisión de primer grado en su totalidad.

Sin costas en esta instancia.

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

R E S U E L V E:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada, conforme lo señalado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

Las partes se notifican por EDICTO de conformidad con los art. 40 y 41 del C.S.T. y de la S.S.



Los Magistrados,



MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO



LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C
SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 27-2015-00571-02
ASUNTO: APELACIÓN SENTENCIA
DEMANDANTE: CLEMENTE SANTISTEBAN GOYENECHÉ
DEMANDADO: COOPSER Y OTRO

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los treinta y un (31) días del mes de julio de dos mil veintitrés (2023), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por las demandadas COOPSER y CODENSA S.A., revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 6 de julio de 2022.

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior a las partes para presentar alegaciones, fueron remitidas las de las demandadas COOPSER y CODENSA S.A.

ANTECEDENTES

El señor CLEMENTE SANTISTEBAN por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se DECLARE que entre él y la Cooperativa de Trabajo Asociado Servicios de Electricidad “COOPSER”, la Empresa de Energía de Cundinamarca S.A. ESP y Codensa

S.A. ESP, existió un contrato de trabajo desde el 28 de abril de 2011 al 24 de febrero de 2012, que el accidente de trabajo que sufrió el 11 de julio de 2011, que derivó en una invalidez del 67% acaeció por culpa imputable a las demandadas, por falta de medidas de prevención y por no suministrarle elementos necesarios para cumplir de forma cabal y sin riesgos sus funciones, que las demandadas están solidariamente obligadas a reconocer indemnización total y ordinaria de perjuicios materiales a su favor en la modalidad de lucro cesante, consolidado y futuro, morales y fisiológicos de que trata el artículo 216 del CST, que igualmente están obligadas al pago a favor de sus hijos y compañera permanente de perjuicios morales en lo correspondiente a daños morales objetivados y subjetivados.

Como consecuencia de tales declaraciones, peticiona se condene a las demandadas al pago de \$50.591.154 en la modalidad de lucro cesante, \$216.066.310, por concepto de lucro cesante futuro, perjuicios morales a razón del número de salarios mínimos probados, perjuicios fisiológicos o de alteración grave de las condiciones de existencia, en el número de salarios mínimos probados, perjuicios morales por daños morales objetivados y subjetivados en el número de salarios determinados en el proceso, sumas que solicita se paguen de manera indexada.

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que nació el 30 de octubre de 1979 en el Municipio del Espino – Boyacá, que el día en que sufrió el accidente laboral, contaba con 31 años de edad, que para dicha data y actualmente convive con su compañera permanente Andrea Vanegas y sus hijos menores Jonathan, Johan y Fabián Santisteban; que la Empresa de Energía de Cundinamarca S.A., CODENSA S.A. y COOPSER, lo vincularon laboralmente el 28 de abril de 2011, para el cargo de ayudante de cuadrilla, en el desarrollo de los contratos 5800005318 y 5800005444 de obras y mantenimiento de redes, contratos que se denominaron de “suministro de servicios operaciones técnicas MT/BT, Zona Sur, celebrados entre Coopser y la Empresa de Energía de Cundinamarca, y Coopser y Codensa S.A.

Afirma que como contraprestación de dichos servicios, recibía un salario de \$901.428 mensuales, que las demandadas, no le suministraron los EPP y de seguridad para el cumplimiento de sus funciones, que fue afiliado a la ARL Sura y que entre las demandadas, se presentó una simulación de un vínculo de asociación, ya que la prestación de su servicio fue para beneficio de las Empresas de Energía de Cundinamarca y Codensa S.A. ESP, las que utilizaron a Coopser para la contratación de personal. Refiere que el 11 de julio de 2011, recibió una descarga eléctrica de alta tensión cuando cumplía una orden de llevar una línea media de tensión, que al recibir dicha descarga, perdió el conocimiento, siendo trasladado al Centro de Salud Nuestra Señora del Pilar, donde fue remitido al Hospital Simón Bolívar, siendo diagnosticado con quemadura del 6% de brazo derecho y pliegue antecubital izquierdo, GH profunda de ambas manos por electricidad, edema en manos y deformidad en garra bilateral, necrosis incipiente de puntas de dedos, perfusión ausente en pulpejos.

Indica que luego de practicados diferentes exámenes y procedimientos, el 20 de julio de 2011, es intervenido quirúrgicamente para amputación de antebrazos derecho e izquierdo, que el 23 y 28 de julio, posterior a la cirugía señalada, se practica debridamiento y lavados quirúrgicos, siendo dado de alta el 29 de julio de 2011, que las secuelas sufridas por dicho accidente son: limitación del movimiento de codo derecho, amputación tercio proximal de antebrazo derecho, amputación tercio proximal de antebrazo izquierdo, síndrome de estrés post traumático y limitación de movimiento del codo izquierdo.

Señala por último que ARL Sura emitió dictamen de PCL, fijando esta en un total de 67%, de origen profesional, que existe culpa patronal por cuanto las demandadas no le suministraron los elementos y equipos de seguridad adecuados para el cumplimiento de sus funciones, no brindaron capacitación y entrenamiento para la realización de las actividades a él encomendadas, para el día del accidente de trabajo, no contaba con pértiga telescópica, detector de ausencia de tensión y no contaba con guantes dieléctricos para el manejo de alto voltaje.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, **CODENSA S.A. ESP**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó el contenido en numeral 8, negó los No. 4 y 11 y manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó cobro de lo no debido, buena fe, prescripción y falta de legitimación en la causa por pasiva.

La **Empresa de Energía de Cundinamarca S.A.** se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos, aceptó los No. 9, 13, 14 y 16, negó los No. 4 y 32 a 35 y manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia de la obligación pretendida, hecho imprevisto como excluyente de responsabilidad, carencia del derecho, prescripción, falta de causa y cobro de lo no debido, buena fe, inexistencia de la relación laboral entre el demandante y la EEC, inexistencia de solidaridad laboral entre Coopser y la EEC y compensación.

COOPSER, de igual forma, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos, aceptó el No. 12, negó los No. 4 a 11, 13, 17 y 32 a 35 y manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia de las obligaciones reclamadas, cobro de lo no debido, pago de lo no debido, ausencia de buena fe del demandante, buena fe del demandado y compensación.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:

PRIMERO: DECLARAR entre la EMPRESA DE ENERGÍA DE CUNDINAMARCA S.A. EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS hoy absorbida mediante fusión por CODENSA S.A. ESP en su condición de empleadora y el señor CLEMENTE SANTISTEBAN GOYENECHÉ existió un contrato de trabajo a término indefinido vigente entre el 28 de abril de 2011 hasta el 24 de febrero de 2012 en el que la COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO COOPSER actuó como simple intermediaria, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: DECLARAR que la EMPRESA DE ENERGÍA DE CUNDINAMARCA S.A. EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS hoy absorbida mediante fusión por CODENSA S.A. ESP es CIVILMENTE RESPONSABLE de los perjuicios ocasionados al trabajador

CLEMENTE SANTISTEBAN GOYENECHÉ con el accidente de trabajo ocurrido el día 11 de julio de 2011, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: CONDENAR a la empresa CODENSA S.A. ESP y solidariamente a la COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO SERVICIO DE ELECTRICIDAD RURAL "COOPSER" a pagar al demandante CLEMENTE SANTISTEBAN GOYENECHÉ la suma de \$124'842.480 por concepto de lucro cesante consolidado y \$209'906.805 por concepto de lucro cesante futuro, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: CONDENAR a la empresa CODENSA S.A. ESP y solidariamente a la COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO SERVICIO DE ELECTRICIDAD RURAL "COOPSER" a pagar por concepto de perjuicios morales las sumas de 50 salarios mínimos mensuales legales vigentes a CLEMENTE SANTISTEBAN GOYENECHÉ, 25 salarios mínimos mensuales legales vigentes a ANDREA VANEGAS RODRÍGUEZ, 25 salarios mínimos mensuales legales vigentes a JONATHAN DAVID SANTIESTEBAN VANEGAS y 25 salarios mínimos mensuales legales vigentes a JOHAN ESNEIDER SANTIESTEBAN VANEGAS, los dos últimos representados legalmente por su progenitor, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

QUINTO: NEGAR las pretensiones de la demanda formuladas por el señor FABIAN ALBERTO SANTIESTEBAN BARON, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEXTO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda formuladas por ANDREA VANEGAS RODRIGUEZ, CLEMENTE SANTISTEBAN GOYENECHÉ y sus menores hijos JONATHAN DAVID SANTIESTEBAN VANEGAS y JOHAN ESNEIDER SANTIESTEBAN VANEGAS, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

Fundamentó su decisión el Juez de primer grado señalando:

El primer problema jurídico que corresponde dilucidar al despacho se centra en determinar si existió entre el señor Clemente Santiesteban Goyeneche, como trabajador de Codensa, como directo empleador, un contrato de trabajo en donde la cooperativa de trabajo asociado Coopser actuó como simple intermediaria, como premisas normativas tenemos los artículos 23 y 24 del CST, la ley 79 de 1988, reglamentada por el decreto 468 de 1990, que regula el sector cooperativo, el Decreto 4588 de 2006, la Ley 1233 de 2008 y la sentencia SL 3436 de 2021, como premisas fácticas tenemos que el 23 de junio de 2010 entre la empresa de energía de Cundinamarca y la CTA Coopser, se celebró el contrato de suministro de servicios número 580005444 que obra a folios 514 a 559 del archivo denominado de expediente tomo 1 que tuvo como objeto el desarrollo de operaciones técnicas de mantenimiento, expansión y modernización de las redes de alumbrado público, obras y mantenimiento de redes y equipos de mediana tensión y de baja tensión y operación de la red MTBT en elementos de corte y subestaciones MTMT, ATMT operaciones de la Red MTBT en elementos de corte y subestaciones MTMTATMT 1, así como el servicio de atención de emergencias y/o plan de mantenimiento correctivo PMC en las redes de distribución de baja tensión y media tensión hasta el nivel de 34.5 kilovoltios en la zona sur de la empresa de energía de Cundinamarca en Cundinamarca, término de duración del mismo, era de 5 años con fecha de inicio del 2 de agosto del 2010, ese contrato finalizó por mutuo acuerdo el 6 de julio de 2012, según acta de terminación que obra A folios 563 al 567 del mismo archivo.

El objeto de la empresa de energía de Cundinamarca es " generación, transmisión, distribución y comercialización de energía eléctrica, así como la ejecución de todas las actividades afines, conexas o complementarias y relacionadas a la distribución y

comercialización de energía, la realización de obras, diseños y consultoría en energía eléctrica y la comercialización de productos y servicios en beneficio de sus clientes“ según certificado de existencia y representación legal que obra a folio 480 del archivo; el objeto social de Coopser es “generar y mantener trabajo sustentable para sus asociados de manera autogestionaria con autonomía, autodeterminación y autogobierno, vinculando voluntariamente el esfuerzo personal y los aportes económicos de sus asociados para la ejecución de labor de labores materiales o intelectuales relacionadas con trabajos de electricidad y construcción de obras de ingeniería civil o que constituirá su actividad socioeconómica, asignándoles, de acuerdo a sus aptitudes, capacidades y requerimientos del cargo, una labor que les permita mantener ocupados, obtener justas y equitativas compensaciones para la satisfacción de sus necesidades personales y familiares, elevando su nivel de vida, así como prestarles servicios complementarios del trabajo asociado sobre la base de la ayuda mutua como expresión de la solidaridad”.

Según certificado de existencia y representación legal, que obra a folio 493 del archivo denominado expediente tomo 1 del expediente digital mediante escritura pública 4063, en la Notaría Primera de Bogotá del 30 de septiembre de 2016, la sociedad Codensa S.A absolvió mediante fusión a la sociedad empresa de energía de Cundinamarca; en consecuencia, se tuvo como demandada para todos los efectos a esta sociedad. De acuerdo con las certificaciones visibles a folios 136 y 137, el archivo denominado expediente tomo 1 del expediente digitalizada el señor Clemente Santiesteban Goyeneche, estuvo vinculado con Coopser en calidad de socio desde el 28 de abril del 2011 hasta el 24 de febrero de 2012 cumpliendo funciones para el desarrollo de los contratos, 5800005318 y 5800005444 de obras y mantenimiento de redes, a folio 43 del archivo denominado expediente tomo 2, del expediente digitalizado, se encuentra el Convenio de Asociación suscrito entre Coopser y el señor Clemente Santiesteban de fecha 26 de abril de 2011, en cuya cláusula séptima se establece que el asociado realizará labores de ayudante de cuadrilla sin ejecutar trabajos en altura en redes de distribución de baja y/o media tensión y o las que directamente le asigne el gerente de la cooperativa o quien este designe y recibirá una compensación integral mensual; parágrafo, la cooperativa o la sociedad expresamente manifiesta que todas las actividades desarrolladas por el asociado se realizarán bajo su propia responsabilidad, sin que exista subordinación o dependencia de la cooperativa, por tanto no existe contrato de trabajo alguno.

En interrogatorio de parte rendido por el señor Clemente Santiesteban Goyeneche aceptó que de manera libre y voluntaria firmó el contrato con Coopser, una vez empezó a prestar sus servicios los reunieron para informarles que trabajarían con la empresa de energía y Codensa, el jefe de la zona era el ingeniero Jeison, diariamente tenía que presentarse a las 7 u 8 de la mañana y el jefe de zona les indicaba dónde debían ir a trabajar, posteriormente se dirigían al lugar de trabajo donde el cuadrillero era el jefe de campo, que para ese momento era el señor Dairo Hipólito, quien le daba las órdenes directas no sabía si él trabajaba para la cooperativa o para codensa, señaló que el señor Edgar Loaiza era el jefe de Copser, Rubén Darío Muñoz era el ETT de la zona asignado el día del accidente. El testigo Augusto Falla López señaló que trabaja con Codensa desde hace 21 años, no conoce al demandante, supo del accidente porque sucedió cuando estaba levantando una línea, que recibió una descarga de voltaje, conoce que entre la Cooperativa y la Empresa de Energía de Cundinamarca existía un contrato de Comercio que tenía por objeto obras y mantenimiento de redes, el testigo conocía el contrato porque en fusa se maneja uno igual con la misma cooperativa en el que desarrollaba el cargo de coordinador técnico, pero en la parte sur; las funciones del coordinador técnico eran las de supervisar el contrato de manera aleatoria para identificar la calidad de los trabajos, los cuales se generaban de manera mensual mediante una reuniones para analizar los niveles de servicio requeridos, que son el seguimiento de las labores de la cooperativa y la calidad, la empresa Codensa se apoya en cooperativas para la parte de mantenimiento de obras y operación de la red en cada zona donde la cooperativa desarrollaba ese contrato Codensa asignaba a un coordinador técnico, que era la persona que se comunicaba con el coordinador técnico de la cooperativa, entre ellos hablaban para determinar el servicio prestado, sabe que el coordinador de Codensa para el momento del accidente era el señor Iván García, que Codensa entregaba las solicitudes de trabajo por medio del coordinador técnico al coordinador técnico que tuviera Coopser y ellos miraban con qué personal ejecutaban las tareas, las órdenes de servicio se entregaban a medida que se iban generando, por lo cual Coopser debía tener las cuadrillas para realizar las obras.

El señor Hugo Ramiro Velasco Escobar trabaja con Codensa desde hace 22 años sabe del accidente del demandante, ya que se trataba de un trabajador de la cooperativa con la cual se tenía un contrato con el objeto de prestar el servicio de operaciones técnicas en el 2011, el testigo era profesional experto y sus funciones eran las de control y seguimiento al objeto en contrato con la cooperativa haciendo visitas aleatorias para mirar si se cumplían las funciones, en cada sede se tenía un ingeniero que hacía acompañamiento al personal y los supervisores iban a terreno a ver si la cooperativa cumplía, el demandante dependía de las cooperativas, ya que ellos eran quienes contrataban las cuadrillas, los ingenieros y tenían toda la infraestructura para poder cumplir el objeto del contrato en el año 2011 tenía las funciones de hacer control y seguimiento y hacer el plan de calidad, incluido Paratebuena, Codensa solo hacía seguimiento con supervisores en cada zona, si se encontraba incumplimiento, se hacían descargos para aclarar la situación y resolvían gestionando alguna sanción, ellos solo daban orientaciones para las capacitaciones, pero las capacitaciones las hacía la cooperativa; el testigo Jeison Olivero Ávila trabajó inicialmente para la cooperativa durante 7 años en Cáqueza y Paratebuena, posteriormente se vinculó con Codensa, donde laboró durante 3 años, conoce al demandante en razón a su vinculación con la cooperativa, como ayudante de cuadrilla, el señor Dairo, quien era el líder de la cuadrilla y daba las órdenes en campo al demandante, el testigo era quien de acuerdo al servicio asignado a la cuadrilla y ostentaba el cargo de ingeniero coordinador de Coopser, el señor Rafael Valderrama, era el Supervisor, pero no aclara si era trabajador de la cooperativa o de la empresa usuaria, Codensa realizaba acompañamiento de seguridad dependiendo de las actividades, la cooperativa siempre debía enviar las actividades a realizar en la empresa de energía de Cundinamarca para que estas las avalara, Coopser era la que atendía todo lo de media y baja tensión, esas actividades eran siempre con la orden directa de Codensa porque ellos debían enviar esa autorización a la empresa y no se podía intervenir ninguna línea si no se contaba con la autorización de Codensa.

Las anteriores premisas fácticas y normativas permiten concluir al despacho que el señor Clemente Santiesteban Goyeneche estuvo vinculado en el cargo de ayudante de cuadrilla con la cooperativa de trabajo asociado, Coopser desde el 28 de abril de 2011 hasta el 24 de febrero de 2012; no obstante, lo que se advierte el análisis probatorio correspondiente es que en primer lugar la actividad del señor Santiesteban Goyeneche se tiene que fue subordinada y dependiente, pues debía cumplir órdenes e instrucciones de quienes eran sus jefes, a quienes se refirió en su interrogatorio de parte como jefe de zona cuadrillero o jefe de campo, además, el presunto contrato de asociación existente entre el señor Santiesteban Goyeneche y la CTA demandada, no hizo más que esconder la existencia de un verdadero contrato de trabajo subordinado entre el trabajador y la empresa de energía de Cundinamarca, en el que la cooperativa fue solamente una intermediaria, teniendo en cuenta que las actividades de ayudante de cuadrilla que realizaba el actor eran propias del giro ordinario de actividades de la empresa contratante, que además era la que determinaba en qué forma debían ejecutarse los trabajos y no se trataba de una actividad que pudiera realizarse en forma autónoma e independiente por la cooperativa, pues tal como lo relatan los propios testigos, la ejecución de los trabajos era autorizada por Codensa, luego de lo cual la cooperativa asignaba las cuadrillas para cada trabajo y si bien la comunicación solo se realizaba ante el coordinador de Codensa y un ingeniero coordinador de Coopser, se entiende de que se trataba de una comunicación diaria y que las órdenes de servicios dependían de los reportes que se realizarán para el mantenimiento de la red, además que ninguna actividad de mantenimiento se realizaba sin autorización de Codensa S.A, lo que por sí solo desvirtúa el carácter autogestionario autónomo de la cooperativa, se trataba entonces de la realización de actividades misionales permanentes relacionadas directamente con el objeto social de la empresa contratante que en manera alguna podían ser realizadas a través de CTA, actividades misionales que define el artículo 1 del Decreto 2025 de 2001 como aquellas actividades o funciones directamente relacionadas con la producción del bien o servicios característicos de la empresa, advierte el despacho que el trabajador asociado no era dueño de los medios de producción y si bien ello no acredita como tal la subordinación es sin duda un elemento indicativo de que el vínculo de trabajo asociado no es real, sino meramente aparente, y esconde así la pretensión empresarial de deslaborizar el personal de una operación del proceso productivo de la empresa usuaria a través de un ente que carece de una estructura propia especializada, ni es autónoma en su gestión administrativa y financiera, tal cómo lo concluyó nuestro órgano de cierre en la sentencia que se toma como premisa normativa; teniendo en cuenta lo anterior, se concluye que la CTA

demandada incurrió en una indebida e ilegal intermediación laboral prohibida en las normas que regulan su funcionamiento, por lo que debe declararse el contrato de realidad del trabajador asociado disfrazado con la empresa que se benefició de sus servicios, que debe responder solidariamente junto con la cooperativa por las obligaciones laborales que aquí se deduzcan en favor del trabajador demandante, las cuales asumirá solidariamente Codensa S.A en virtud de la fusión por absorción de la empresa de energía de Cundinamarca. Se declarará entonces que entre el demandante, señor Clemente Santiesteban Goyeneche como trabajador y a la empresa de Energía de Cundinamarca S.A empresa de servicios públicos, existe un contrato de trabajo a término indefinido, vigente entre el 28 de abril de 2011 y el 24 de febrero de 2012, en el que la CTA Coopser fue simple intermediario.

Segundo problema jurídico si debe condenarse a las demandas al pago de la indemnización plena y ordinaria de perjuicios al trabajador, Clemente Santiesteban Goyeneche y a los demás demandantes al encontrarse suficientemente probada la culpa de la empleadora en el accidente ocurrido el trabajador el 11 de julio de 2011 como premisas normativas, tenemos que el Ministerio de Salud y Protección Social adoptó el reglamento de salud ocupacional en los procesos de generación, transmisión y distribución de energía eléctrica en las empresas del sector eléctrico, mediante la Resolución 1348 de 2009, que era la vigente para la fecha en que ocurrió el accidente al trabajador Clemente Santiesteban Goyeneche, en su artículo 2, señaló el reglamento de salud ocupacional en los procesos de generación, transmisión y distribución de energía eléctrica que se adoptan mediante la presente resolución, es de obligatorio cumplimiento en las empresas del sector eléctrico y debe ser aplicado en todo proceso de generación, transmisión y distribución de energía eléctrica que adelanten las empresas públicas y privadas, trabajadores dependientes e independientes, contratantes de personal bajo modalidad de contrato civil, comercial o administrativo, organizaciones de economía solidaria y del sector cooperativo, administradoras de riesgos profesionales, Policía Nacional, en lo que corresponde a su personal no uniformado y al personal civil de las Fuerzas Militares. En el anexo técnico de esa resolución, en su artículo 5 se señaló: “método de trabajo sin tensión (desergenizado): en los métodos de trabajo sin tensión se debe observar:

A. Todo trabajo en equipo en un equipo, una instalación eléctrica o en su proximidad que conlleve un riesgo eléctrico debe efectuarse sin tensión, salvo en los casos que se indican en este Reglamento.

B. Desergenizar o dejar sin tensión un equipo, instalación eléctrica: deben incorporarse a los procedimientos técnicos las medidas de seguridad para prevención de riesgo eléctrico, definidas en este Reglamento, que serán aplicadas con carácter obligatorio por todo el personal que, de una u otra forma, tiene responsabilidad sobre los equipos e instalaciones intervenidos.

C. Se deben aplicar las 5 reglas de oro para trabajo en equipo sin tensión, que son 1, corte efectivo de todas las fuentes de tensión, efectuar la desconexión de todas las fuentes de tensión mediante interruptores y de más equipos de seccionamiento en aquellos aparatos en que el corte no pueda ser visible, debe existir un dispositivo que permita identificar claramente las posiciones de apertura y cierre, de manera que se garantice que el corte sea efectivo, 2. enclavamiento o bloqueo de los aparatos de corte, operación que impide la reconexión del dispositivo sobre el que se ha efectuado el corte, permite mantenerlo en la posición determinada, imposibilita su cierre intempestivo para su materialización, se puede utilizar candado de condenación y complementarse con la instalación de las tarjetas de aviso, en los casos en que no sea posible el bloqueo mecánico, deben adoptarse medidas equivalentes como, por ejemplo, retirar de su alojamiento los elementos extraíbles.

3. Verificación de ausencia de tensión haciendo uso de los elementos de protección personal y del detector de tensión: se verificará la ausencia de la misma en todos los elementos activos de la instalación o circuito; esta verificación debe realizarse en el sitio más cercano a la zona de trabajo, el equipo de protección personal y el detector de tensión a utilizar deben ser acordes al nivel de tensión del circuito, el detector debe probarse antes y después de su uso para verificar su buen funcionamiento, 4. poner a tierra y en cortocircuito todas las posibles fuentes de tensión que inciden en la zona de trabajo, 5. señalizar y demarcar: la zona de trabajo es la delimitación perimetral del área de trabajo para evitar el ingreso y circulación, operación de indicar mediante carteles con frases o símbolos el mensaje que debe cumplirse para prevenir el riesgo de accidente; esta actividad debe garantizarse desde el arribo o ubicación en el sitio de trabajo y hasta la completa culminación del mismo, el artículo 10 de ese anexo técnico

señala procedimientos, diagnóstico, planeación, programación, ejecución, supervisión y control del trabajo en las empresas eléctricas, las empresas eléctricas deben establecer procedimientos, diagnóstico, planeación, programación, ejecución, para la ejecución se debe tener en cuenta lo siguiente, 1; dependiendo de la complejidad el jefe de trabajo designado debe informar previamente a los trabajadores involucrados en las actividades programadas el plan de trabajo, la responsabilidad asignada, los riesgos asociados y el plan de emergencias con el objetivo que puedan documentarse y prepararse para la ejecución, siempre en el sitio de trabajo y antes de iniciar las actividades, el jefe de trabajo hará una reunión con el personal para explicar claramente el alcance del trabajo utilizando planos y diagramas, el jefe de trabajo debe informar el método de trabajo, los riesgos asociados y medidas de seguridad, verificar el uso de los elementos de protección personal y colectivos, designar y confirmar la responsabilidad asignada a cada uno de los ejecutores, confirmar que las instrucciones hayan sido comprendidas y llenar los formatos y listas de chequeo. 3. Como parte de las medidas de seguridad, el jefe de trabajo o quien este designe debe hacer una revisión minuciosa de las condiciones de la instalación, estructuras, circuitos, cajas de conexiones, cubiertas, equipos, ambiente de trabajo, etcétera, para detectar los riesgos posibles y determinar las medidas que deben adoptarse para evitar los accidentes, 4. demarcar y señalizar la zona de trabajo cuando se inicie cualquier trabajo que pueda poner en peligro la seguridad de los trabajadores y los particulares, de acuerdo a la normatividad nacional e internacional vigente y acogida por la empresa, siempre que se trabaje en áreas, concepciones múltiples, muy semejantes, como en el caso de una sección de subestación, se debe marcar la sección de trabajo en forma muy notoria, acordonándola usando barreras con avisos preventivos, a fin de que sean identificadas claramente cuáles son las partes de esa desenergizadas y cuáles las energizadas, evitándose con esto contactos accidentales con dichas partes energizadas tanto de la sección de trabajo como de las adyacentes; realizar limpieza y reportar terminación de los trabajos y condiciones de los equipos e instalaciones intervenidas de las actividades de mantenimiento, se debe elaborar un informe resaltando los cambios o pendientes para los futuros trabajos, debe llevarse un registro de todas las averías que alteren las condiciones de los equipos e instalaciones, debe hacerse trazabilidad de las averías registradas hasta la solución óptima, el artículo 29 de este anexo técnico señala cuáles son los elementos de protección, herramientas y equipos de trabajo. Para los grupos de trabajo que laboran en los procesos de transmisión y distribución, además de los equipos y herramientas necesarias para la labor, debe contemplarse según su necesidad, la dotación de equipo de comunicaciones, botiquín de primeros auxilios, equipos para dar cumplimiento a reglas de oro, guantes y eléctricos de acuerdo al nivel de tensión y que cumplan normas técnicas que garanticen su efectividad en la protección y materiales para la señalización y demarcación. Además, como premisa normativa, se tendrán el artículo 216 del CSTy la sentencia SL 2206 de 2019, 2336 de 2020, 5154 de 2020, 1073 de 2021, 1897 de 2021 y 5300 de 2021.

Según el reporte de accidente de trabajo de IPS Sura, del folio 38 del archivo, denominado expediente uno del expediente digitalizado el 11 de julio de 2011, el señor Clemente Santiesteban Goyeneche sufrió un accidente de trabajo que se describió así, “ la cuadrilla se encontraba ejecutando una orden de trabajo en el municipio de Paratebueno, el ayudante Clemente Santiesteban, tuvo contacto con electricidad, lo que generó quemaduras en las manos, se anexó a tal reporte un documento firmado por los trabajadores Dairo Hipólito Rodríguez, Mauricio Ramírez, Rubén Darío Muñoz y Fabio Rincón, en el que se relató lo siguiente: el día 11 de julio de 2011, yo Dairo Hipólito Rodríguez, recibí la orden del señor Rafael Valderrama, tecnólogo de la zona, de terminar la orden con número de incidencia 40364, con comunicación 31388 de la vereda Buenavista del municipio de Paratebueno, en el cual se tenían que terminar los siguientes trabajos: poste partido BT, línea caída en MTIBT, montaje de transformador, traslado de estructura, parte de esos trabajos ya habían sido realizados por la cuadrilla del señor Walter Fabián Martínez el día 9 de julio 2011, realizando los siguientes trabajos: arrime en hincado de postes metálicos 10 mts, arrime y retiro de transformador monofásico, inicio del desplazamiento de la sede 7 y 10 de la mañana, cuando nos íbamos a desplazar recibí la orden del señor Rafael Valderrama de recoger en el municipio de Paratebueno al técnico Rubén Darío Muñoz, llegada al municipio Paratebueno 7 y 40 de la mañana se recogió al señor Rubén Darío Muñoz, el cual nos iba a hacer apoyo en dicha orden de camino al lugar de trabajo, comentamos con nuestros compañeros los trabajos a realizar y los puntos donde íbamos a realizar la apertura de dichos trabajos con el técnico, Rubén Darío Muñoz, nos comunicó que debíamos realizar apertura del seccionamiento 6165 para poder realizar dichos

trabajos; llega al Seccionamiento 8:20 de la mañana, en este sitio realizamos el diligenciamiento del análisis de riesgo pre operacional, el técnico Rubén Darío Muñoz procedió a comunicarse con el centro de Control para la autorización de la apertura del Seccionador 6165, recibiendo la autorización procedimos a la apertura del seccionador para retirar 3 cañuelas e instalación de aviso, dicha labor fue realizada por el técnico Rubén Darío Muñoz y el cuadrillero Dairo Hipólito Rodríguez, proseguimos con el desplazamiento al lugar de trabajo en búsqueda de una estructura anterior al lugar del daño para realizar la prueba de ausencia de atención e instalación de puesta en tierra en media tensión, llegamos a la estructura anterior al daño en esta le solicité yo a Dairo, Hipólito Rodríguez, al operario y técnico Mauricio Ramírez y clemente Santiesteban hacer alistamiento de pértiga, probador de tensión, equipo de alturas y de una línea de tierra en media tensión. Realizado el alistamiento de dicha herramienta, procedimos a realizar los trabajos.

El técnico Rubén Darío y el operario Fabio Rincón y el cuadrillero Dairo Hipólito Rodríguez, nos desplazamos a la estructura que está ubicada a 50 m de la vía, en esta estructura realizamos la prueba de ausencia de tensión, la apertura y retiro de 8 cañuelas para evitar posibles retornos, realizado esto, el técnico Rubén Darío Muñoz procedió a instalar una línea tierra en media tensión y al cierre de un pase en media tensión, el cual había sido abierto el 6 de julio por haber una línea de media tensión en el piso, esto se realizó para adelantar trabajo de devolución de la maniobra, continuamos nuestro desplazamiento al lugar de trabajo en el lugar, llegada al sitio de trabajo 9 y 15 en este lugar, el cuadrillero, Dairo Hipólito Rodríguez procedió a delegar funciones al técnico Mauricio Ramírez y al operario Fabio Rincón para realizar la terminación del cambio de postes, realizamos nuestro desplazamiento a la estructura donde se encontraba la línea de media tensión, en el piso donde se tenía que realizar el trazado de la estructura del montaje del transformador con el centro de distribución 23493 para adelantar estas labores le delegué al señor Clemente Santiesteban que fuera en búsqueda de la línea en media tensión que se encontraba en el piso, el señor Rubén Darío Muñoz realizó el alistamiento y arrime del material, Dairo Hipólito Rodríguez, procedí a llevar cable para realizar el empalme de la línea caída en media tensión, cuando iba descendiendo donde se encontraba el operario Clemente Santiesteban, noté que iba jalando la línea y en esos momentos la sujetaba con las dos manos, escuché que el operario realizó un pujido y posteriormente se cayó al piso, yo Dairo Hipólito Rodríguez corrí donde se encontraba el operario Clemente Santiesteban, encontrándolo en posible convulsión y con sus manos quemadas.

Este relato obra folios 39 al 41 del archivo denominado expediente tomo 1, el 15 de julio del 2011, la CTA Coopser adelantó una investigación de lo ocurrido que arrojó las siguientes conclusiones: “paso de corriente por el cable que manipulaba el funcionario por energización de la Red por personas ajenas a Coopser, intervención y manipulación de personas del sector ajenas en los puntos del seccionamiento de la línea, con elemento extraño, a folios 634 al 655 del archivo 1 se encuentra el plan de seguridad industrial y salud ocupacional del contrato de suministro 58000 y 5444, que estableció en su numeral 5.8 diagnóstico de las condiciones de trabajo, factores de riesgo, Coopser ha establecido el procedimiento riesgo 01, identificación de peligros de riesgos por medio del cual se identifican los peligros y se evalúan los riesgos, igualmente, las medidas de control necesarios para garantizar dentro de los trabajadores una actitud proactiva, provee los medios para la clasificación de riesgos y la identificación de los que se deban eliminar o minimizar en concordancia con los objetivos y programas consistente con la experiencia técnica del personal y con las capacidades de la cooperativa, proporciona un marco para el desarrollo de los controles operativos, los factores de riesgo identificados como prioritarios para la ejecución del control en el panorama de riesgos de Copser son; riesgo prioritario, eléctrico, locativo, biológico y mecánico.

Conforme al plan de calidad del contrato de suministro número 580005444 que obra a folio 57 al 133 del archivo tomo1, los procedimientos y recursos que se deben aplicar para cumplir los requerimientos de la empresa de energía de Cundinamarca se describen así: El equipo de protección personal es utilizado en todo momento de realización de actividades por todos los operarios, de igual manera, clasifica cada uno de los riesgos y sus correspondientes elementos de protección y frente al riesgo eléctrico, señala 1: guante dieléctrico clase 00 slash 0, 2: guante dieléctrico clase dos. 3: guante protector para guante dieléctrico clase 00 slash 0. 4: quantini, 5: visor pantalla facial 6. Soporte universal. Los mismos elementos de protección se señalan en el plan de calidad del contrato de suministro 5318. A folio 122 al 125 del archivo, denominado expediente

tomo 2, se encuentra en planillas de control de asistencia a capacitaciones realizadas por Coopser a las que asistió el trabajador demandante, cuyos temas a tratar fueron clima organizacional, huella ecológica del hombre, manejo de herramientas, colocando puesta a tierra, trabajo seguro en alturas, ninguna de estas con relación al riesgo eléctrico al que estaba expuesto el demandado; a folio 56 del archivo, denominado expediente tomo 2 se encuentra planilla de inducción a la cooperativa, documento que permite verificar que el señor Clemente Santiesteban Goyeneche recibió como dotación los siguientes elementos: casco de seguridad con barboquejo, gafas de protección UV, par de guantes de vaqueta, dos pantalones de Jean, una chaqueta de Jean, dos camisetitas y botas dieléctricas.

El demandante en su interrogatorio de parte señaló que los señores Dairo Fabio y un ingeniero, eran las personas que estaban con él el día del accidente, él estaba capacitado para trabajar con electricidad y conocía las 5 reglas de oro, que los guantes le quedaron adheridos a las manos y hasta que lo trasladaron a Bogotá pudieron quitárselos, que las órdenes las recibía de Dairo, quien era el cuadrillero de campo; el testigo Augusto falla López indicó que no conoce al demandante, pero sí supo del accidente que le sucedió al levantar una línea de media tensión que al personal es a quien le corresponde asegurar el área de trabajo que nadie podía trabajar sin sus elementos de protección que dependen de la función que realiza el trabajador. El señor Hugo Mario Velasco Escobar, manifestó que conoció el accidente de trabajo, ya que para ese momento él era el gestor de Codensa en Bogotá, nunca vio qué actividad realizaba el señor Clemente, que los encargados de acompañar al personal de la cuadrilla eran los ingenieros eléctricos, las capacitaciones de personal estaban a cargo de la cooperativa para la clase de trabajo, siempre se les indicó que debían cumplir las 5 reglas de oro que son; el Corte de las fuentes de energía, bloquear y señalizar que se está trabajando, garantizar que no vaya a llegar un tercero y de forma irresponsable energice el circuito, que la cuadrilla debe ejecutar, aterrizar y cortar el circuito y por último, señalizar toda el área de trabajo y por último, afirmó que conoció el informe del accidente en el cual se concluyó que un tercero de forma irresponsable energizó una de las líneas ocasionando el accidente.

El testigo Jeison Olivero Ávila, quien trabajó para la cooperativa, manifestó que él no se encontraba en el lugar del accidente, pero era quien daba las órdenes diarias, por lo cual el jefe de cuadrilla, el señor Dairo Hipólito, le avisó del suceso y se dirigió a Paratebueno, cuando llegó al lugar del accidente se dio cuenta que era un vuelo alto y desde el lugar en que se señalizó no se alcanzaba a ver el personal trabajando, por lo que era retirado de la carretera, que la comunidad tenía la costumbre que al cerrar el circuito punteaban la línea para dar energía, el señor Clemente tenía puesto casco y los guantes, pero no de placebo, ya que no trabajaba con redes energizantes ni se subía a postes, su función era ayudar al ingeniero desde el piso; a la pregunta de por qué no se quedaba alguien de la cooperativa si era común que la gente reconectara la luz respondió que de eso se habló en el plan de mejoras, ya que las herramientas eran bastantes y la cuadrilla tenía que hacer varias actividades para abrir paso al lugar de trabajo y a la pregunta si el demandante hubiera usado guantes dieléctricos, si hubieran reducido las secuelas del accidente, respondió que sí, pero no hubiera podido recoger el cable, ya que estos se rompen fácilmente.

Teniendo en cuenta las premisas normativas señaladas, advierte el despacho que para que se configure la denominada culpa patronal en los términos del artículo 216 del CST, debe verificarse si el empleador actuó con negligencia o no en el acatamiento de los deberes de velar por la seguridad y protección de sus trabajadores que le corresponden para evitar los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, bajo el estándar de la culpa leve que define el artículo 63 del CC y que implica que el incumplimiento que hace al empleador merecedor de la condena por reparación plena de perjuicios es aquel que se da por falta de diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios y no se puede determinar la culpa por la simple ocurrencia del infortunio laboral, ya que el empleador no tiene una obligación de resultado, es decir, no está obligado a que el siniestro no ocurra, sino que sus obligaciones de protección y seguridad son de medio, esto fue tomado en la sentencia proferida por la Sala de casación laboral de la Corte Suprema de Justicia SL 1073 de 2021, dejó sentado además el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral que cuando el trabajador edifica la culpa del empleador en un comportamiento omisivo por las obligaciones de protección y de seguridad asignadas al empleador por excepción, a los accionantes les basta enunciar dichas omisiones, teniendo en cuenta que las negaciones indefinidas no

requieren de prueba para que la carga de la prueba que desvirtué la culpa se traslade a quien ha debido obrar con diligencia en los términos del artículo 1604 del Código Civil; en tal caso, el empleador debe probar que cumplió sus deberes de prevención, cuidado y diligencia, a fin de resguardar la seguridad e integridad de sus trabajadores.

En el caso que nos ocupa, resulta evidente que la Empresa Energía de Cundinamarca, SA ESP incumplió con sus deberes de diligencia y cuidado para disminuir el riesgo al que estaba expuesto el trabajador Clemente Santiesteban, recordemos que era la Empresa de Energía Cundinamarca S.A, la directa empleadora del señor Clemente Santiesteban Goyeneche y en últimas, pues para evitar precisamente el accidente de trabajo que lo lesionó en su integridad corporal, incumplió con las reglas de oro previstas por la Resolución 1348 de 2009, toda vez que si bien es cierto, se cortaron efectivamente todas las fuentes de tensión, también lo es que no se realizó operación alguna que impidiera la reconexión de la misma y justamente el accidente ocurrió porque un tercero ajeno a la empresa de energía reconectó las fuentes de tensión, lo cual además era una práctica frecuente de los habitantes de la zona, cuando se quedaban sin luz por los mantenimientos de la empresa tal como lo informó el declarante Jeison Olivero Ávila en la versión rendida sobre lo ocurrido, tampoco se evidencia que se hubiera colocado tarjetas de aviso en el sitio donde se desenergizó la zona, ni a lo largo de los lugares donde se efectuarían los trabajos, como tampoco se efectuó la delimitación perimetral del área de trabajo para evitar el ingreso y circulación, indicando mediante carteles o símbolos que se estaban desarrollando trabajos y que estaba prohibido realizar conexiones, obligaciones que eran aún de mayor importancia si era del conocimiento de los trabajadores, que era frecuente que los habitantes del lugar reconectarán la energía como se indicó, vale la pena mencionar que si bien los declarantes Augusto Padilla López y Hugo Ramiro Velasco Escobar, se refirieron a las 5 reglas de oro y la obligación de señalización, tuvieron conocimiento de la ocurrencia del accidente, por lo que les contaron posteriormente de manera, pues que asumieron en su declaración que la empresa empleadora cumplió con las obligaciones antes descritas, sin que exista sustento probatorio alguno que dé cuenta de ello.

Finalmente de las directrices señaladas en la Resolución 1348 de 2009, se advierte que era obligatorio también el suministro y uso de guantes dieléctricos, cuyo material aislante con el que está fabricado se evita la posibilidad de sufrir daños ante una posible descarga eléctrica, elementos que indudablemente eran necesarios en el ejercicio de la labor del señor Santiesteban Goyeneche, pues pese a que su actividad, por lo menos para ese momento, se realizó con una fuente de energía desenergizada, implicaba siempre la manipulación de electricidad y según lo señaló el testigo Jeison Olivero Ávila, el trabajador no tenía guantes dieléctricos porque no trabajaba con redes energizantes ni se subía postes y si hubiera usado guantes dieléctricos no hubiera podido recoger el cable, ya que esto se rompe fácilmente, de manera pues que pese a que dentro del manual de funciones no se señalara que la actividad del trabajador tenía que ver con fuentes de energía que dentro de la dotación de elementos de protección no se encontraban los guantes dieléctricos, lo cierto es que el día del accidente tuvo que manipular una fuente de energía que aunque desenergizada implicaba de por sí un riesgo para el trabajador, justamente como el ocurrido, por lo que debía utilizar los referidos elementos específicamente los guantes dieléctricos, y de no tenerlos, pues no era el trabajador indicado para la realización de esa labor.

Son suficientes los anteriores argumentos para concluir que la empresa de energía de Cundinamarca, absorbida hoy por Codensa S.A, actúo en forma negligente y omitió el cabal cumplimiento de las obligaciones de protección y cuidado de sus trabajadores, y específicamente las obligaciones de salud ocupacional en los procesos de generación, transmisión y distribución de energía eléctrica, por lo que debe declararse subjetivamente responsable del accidente de trabajo ocurrido al señor Clemente Santiesteban Goyeneche, y por ende, debe condenársele al pago de los perjuicios ocasionados a él y a los demás demandantes. La condena se impondrá contra Codensa S.A en virtud de la fusión por absorción y solidariamente en contra de la CTA Coopser. Tercer problema jurídico si deben repararse integralmente los perjuicios ocasionados con el accidente de trabajo ocurrido el 11 de julio del 2011, al trabajador Clemente Santiesteban Goyeneche, a sus hijos, Jonathan, David Santiesteban, Vanegas, Johann Schneider Santiesteban, Vanegas y Fabián, Alberto Santiesteban Barón, y a su compañera permanente Andrea Vanegas Rodríguez; como premisas fácticas tenemos que el 13 de octubre del 2011 ARL Suramericana S.A, calificó las secuelas del accidente de trabajo sufrido por el señor Clemente Santiesteban Goyeneche y determinó como

diagnóstico, primero: secuelas de quemadura del 6% G 2 de brazo derecho y pliegue ante Cubital Izquierdo YG 3 profunda de ambas manos por electricidad TOP fasciotomía y creptomia POP, amputación de antebrazos, limitación para el movimiento de sus codos, folios 42 y 43 del archivo denominado expediente, tomo 1, el 4 de noviembre de 2011 Suramericana S.A notificó al señor Clemente Santisteban Goyeneche el otorgamiento de una pensión de invalidez en razón del accidente de trabajo ocurrido el 11 de julio de 2011, teniendo en cuenta que perdió el 67% de su capacidad laboral, según documento visible, a folio 147 y 148 del archivo denominado tomo 2 expediente digital, en declaración extra juicio rendida por el señor Clemente Santisteban Goyeneche el 19 de septiembre de 2013, que obra a folio 210 del archivo, denominado expediente tomo 1, del expediente digitalizado, señala que convive desde el año 2007 con su compañera permanente Andrea Vanegas Rodríguez, con quien procreó dos hijos de nombres Johann Esneider Santisteban Vanegas, que en la actualidad tiene 12 años, según registro civil de nacimiento de folio 213, y Jonathan David Santisteban Vanegas, que en la actualidad tiene 10 años; además, Clemente Santiesteban Goyeneche es padre de Fabián Alberto Santiesteban, quien tiene 20 años de edad según registro civil de nacimiento.

Como premisas normativas tenemos las sentencias SL 4665 de 2018 y SL 633 de 2020 proferidas por la Sala de casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, así como la SC 5885 de 2016 proferida por la Sala de Casación Civil de la misma Corporación. Teniendo en cuenta lo anterior, advierte el despacho que la reparación plena de los perjuicios ocasionados por un accidente de trabajo prevista por el artículo 216 del CST, incluyen los perjuicios materiales, lucro cesante y daño emergente, perjuicios morales y perjuicios fisiológicos, los solicitados en el libelo demandatorio, que se tasarán con fundamento en las pruebas aportadas al plenario y especialmente con el dictamen pericial que fue decretado por el juzgado y que no fue objetado por la demandada. Por concepto de daño emergente, no se fulminará condena alguna, toda vez que no se aporta pruebas al expediente que permita verificar que el demandante incurrió en gastos o pérdidas materiales como consecuencia del accidente de trabajo; Lucro cesante: hace referencia al lucro al dinero, a la ganancia, a la renta que una persona deja de percibir como consecuencia del perjuicio o daño que se le ha causado y que corresponde solamente al trabajador que fue quien, como consecuencia del daño, no pudo seguir devengando su salario, el lucro cesante comprende dos conceptos, lucro cesante consolidado, que corresponde a las sumas de dinero que dejó de percibir el señor Santisteban Goyeneche desde la fecha de finalización de contrato de trabajo hasta el momento en que se tasaron los perjuicios, 30 de junio, 2019, fecha en que se rindió el dictamen pericial, tal como se desprende del dictamen pericial, el salario devengado por el señor Clemente Santisteban Goyeneche era de \$901.428 pesos, que se actualizó la fecha de la liquidación conforme la variación del IPC a \$1.237.964, suma a la que se le agrega un 25% correspondiente al factor prestacional y a la que se le aplica el porcentaje de PCL del 67%; aplicadas las fórmulas matemáticas correspondientes conforme el dictamen, arroja por concepto de lucro cesante consolidado, la suma de \$124.842.480. Para la tasación del lucro cesante futuro el perito tuvo en cuenta que, para la fecha del accidente, el señor Santisteban Goyeneche tenía 31 años de edad y que la expectativa de vida era probable hasta los 80 años, por lo que las sumas dejadas de percibir desde la fecha en que se realizó el dictamen, aplicada las operaciones aritméticas correspondientes, se tasan en \$209.906.805; perjuicios morales: para su cálculo se tiene en cuenta lo que señaló el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral en cuanto a que la tasación del petitum doloris o precio del doloris queda a discreción del juzgador, teniendo en cuenta el principio de dignidad humana consagrado en los artículos 1 y 5 de la Constitución Política, ya que según lo ha sostenido esta corporación, para ello, deben evaluarse las consecuencias psicológicas y personales, así como las posibles angustias o trastornos emocionales que las personas sufran como consecuencia del daño y conforme la sentencia proferida por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, esta clase de perjuicios se presume de quien sufrió el daño y su núcleo familiar cercano, cuando se trata de lesiones corporales que fuera padecida por el trabajador Clemente Santisteban, que debió ocasionarle en ese momento y aún en la actualidad, enorme congoja, toda vez que, como consecuencia del accidente sufrió la amputación desde sus manos hasta los antebrazos y como consecuencia de ello su vida cambió drásticamente, pues además que depende de la ayuda de un tercero, como quedó señalado en el dictamen de la ARP Sura, en el que se indicó paciente, ingresa en compañía del sobrino, quien le ayuda a realizar todo, buscar papeles desvestirlo y vestirlo contestar el teléfono, dejó de ser económicamente productivo para su familia y eso ocasiona enorme congoja en cualquier ser humano, padecimientos morales que como se indicó se presumen sufridos también por su compañera permanente y sus hijos, que

aún son menores de edad por ser las personas con quienes convive a diario el trabajador.

De manera pues que pese a menos a que no se hayan incluido en la liquidación elaborada por la perito, se condenará a las demandas al pago de los perjuicios morales ocasionados con el accidente de trabajo en cuantía de 50 SMLV al señor Clemente Santisteban Goyeneche, 25 SMLV a Andrea Vanegas Rodríguez, 25 SMLV a, Jonathan David, Santisteban Vanegas y 25 SMLV a Johann Schneider Santisteban Vanegas, no se condenará al pago de perjuicios al demandante Fabián Alberto Santisteban Barón toda vez que no existe prueba en el plenario que permita verificar si vivía con su papá al momento del accidente, cuál era su relación con él y con el resto de su familia, por lo que pese a que se trate de un hijo del demandante no puede considerarse parte de su núcleo familiar cercano y los perjuicios que se le hayan ocasionado no pueden presumirse, sino que debían estar sujetos a prueba.

Perjuicios fisiológicos o daños a la vida de relación: los define la jurisprudencia de la Sala de casación laboral de la Corte Suprema de Justicia, como la afectación a la vida exterior, a la intimidad, a las relaciones interpersonales producto de las secuelas que las lesiones dejaron en las condiciones de existencia de la víctima, la valoración de esta clase de perjuicio, por ser inmaterial, ultra patrimonial, se ha confiado al discreto arbitrio de los falladores judiciales; sin embargo, ello no equivale a abrirle paso antojadizas intuiciones desdeñadas a la carrera para sustentar condenas excesivas, sino que dichos funcionarios se les impone el deber de actuar con prudencia, evitando en primer lugar servirse de pautas a priori; por ello, para su cuantificación deben apreciarse las particularidades especiales de cada caso, pues son ellas las que permiten a la jurisprudencia adaptar los criterios objetivos a las situaciones concretas de esa realidad y en tal sentido, se hace necesario tener en cuenta las condiciones personales de la víctima, apreciada según los usos sociales, la intensidad de la lesión, la duración del perjuicio, entre otras situaciones que el juez logre advertir para la determinación equitativa del monto del resarcimiento, sentencia SC 5885 de 2016.

En el caso que nos ocupa, pese a que no existe prueba en el plenario que permita verificar cómo era la vida familiar y social del trabajador Clemente Santisteban Goyeneche antes del accidente y qué perturbaciones sufrió, advierte el despacho que una lesión tan grave como la amputación de las manos impide que continúe el desarrollo de las actividades incluso básicas de la vida diaria y mucho menos podrá trabajador disfrutar de aquellos placeres de la vida, por lo menos, con la misma intensidad y satisfacción que lo hacía antes, por lo que se condenará a las demandadas al pago de 25 SMLV por este concepto al demandante y como quiera que ninguna prueba se aportó respecto a la afectación de la vida familiar y social de su compañera permanente y sus hijos como consecuencia del accidente de trabajo del señor Santisteban Goyeneche se absolverá a las demandadas del pago de tales perjuicios a Andrea Vanegas Rodríguez, Jonathan David Santisteban Vanegas y Johan Esneider Santisteban Vanegas y Fabián Alberto Santiesteban Vanegas.

Respecto de la excepción de prescripción “la jurisprudencia de la Corte ha considerado que el término prescriptivo empieza a correr no desde la data del accidente de trabajo, sino a partir de la fecha en la que se establezcan por los mecanismos previstos en la ley las secuelas que el accidente de trabajo haya dejado al trabajador, por lo que desde luego implica la imperiosa necesidad de que este haya procurado el tratamiento médico de rigor y la consecuente valoración de su estado de salud, sentencia SL 10728 de 2016, en la que se citan las de radicación, 28821 del 2008 y 39867 del 6 de julio de 2011, en el caso que nos ocupa, como quiera que el 4 de noviembre de 2011, Suramericana comunicó al señor Clemente Santiesteban el otorgamiento de la pensión de invalidez por haber perdido el 67% de su capacidad laboral, sin que se tenga noticia en el expediente que se haya elaborado un nuevo dictamen o valoración de secuelas por una entidad diferente y fecha anterior, el término prescriptivo de la acción ordinaria para obtener la indemnización plena, el artículo 216 del CST comienza a computar desde la referida data. Teniendo en cuenta que el señor Clemente Santiesteban reclamó la indemnización a Copser a Codensa y a la Empresa de nergía de Cundinamarca, en nombre propio en representación de sus hijos y de su compañera permanente el 7 de julio del 2014, conforme documentales de folios 215 al 223, 227 al 238 y 248 del archivo denominado expediente tomo 1, en tal fecha interrumpió el término prescriptivo y como quiera que presentó la demanda dentro de los 3 años siguientes, el 23 de junio de 2015 se declarará no probada la excepción de prescripción.

RECURSOS DE APELACIÓN

La demandada **Coopser**, recurrió señalando:

Me permito interponer recurso de apelación, conforme a la respuesta al problema jurídico número 1 en cuanto a la relación laboral, apelo dicha decisión aludiendo de nuevo que entre el demandante Clemente y la cooperativa Coopser no existe una relación de trabajo, sino que existió una asociación con la cooperativa tal como se desprende del documento que obra dentro del expediente y del cual el demandante Clemente, reconoció firmar de manera libre y voluntaria; también destacar que esta relación de asociado inicio el 28 de abril de 2011, relación que duró pocos meses por la ocurrencia del accidente, debo destacar que el 11 de julio del mismo año fue la fecha en que ocurrió el accidente razón por la cual sí se menciona si se le preguntaba al señor Clemente cuáles eran las características de esta vinculación de asociación con la cooperativa, él no logró determinar muy bien, de manera clara, cuáles fueron las características mediante las cuales se desarrolló su contrato de asociación, dado el corto tiempo que su relación perduró con la cooperativa, si bien es cierto su fecha de desvinculación fue hasta el año 2012, se debe tener en cuenta que posterior al accidente que él sufrió, duró hospitalizado, en ese orden de ideas, señálese el primer argumento; como segundo argumento frente a la respuesta del problema jurídico, si hubo o no responsabilidad, si hubo o no culpa patronal en cuanto al accidente de trabajo, debo manifestar que se debe hacer hincapié en la investigación realizada por SURA y en la investigación realizada por el copaso de la Cooperativa; en estos dos documentos se verificó y se logró concluir que un elemento extraño sobre un corto circuito fue lo que generó la energización de la red, ocasionando el accidente, esta fue una acción reconocida como un acto vandálico de un tercero, está circunstancia quedó demostrado por lo dicho el testigo Jeison, quien lo declaró en la audiencia del 22 de julio de 2019; frente a esto, debo también hacer hincapié en que dentro de la declaración del testigo, Jeison, cuando manifestó que era una práctica recurrente, él aclaró en que este hecho vandálico, si bien es cierto era una práctica recurrente, refirió que esta era la segunda oportunidad en que se presentaba y manifestó a su vez que al ser recurrente, pero a la vez el número de veces no ameritaba como para tener previamente una directriz frente a este hecho que si bien es cierto, no podemos generalizarlo como algo habitual que se presentaba en la zona, también debo destacar que dentro de este mismo documento que acaba de hacer relación el informe que realizó copaso; me permito leer que dentro del texto se desprende, es autorizado y proceden a la apertura, retirando 3 cañuelas, hacen condenación e instalación, aviso de no operar personal trabaja en línea esta investigación también al lado, dice ver fotografía número dos dentro del expediente, obra este informe, que está acompañado de unas fotografías donde se evidencia el paso a paso que realizaron la cuadrilla el día del accidente, donde sí quedó demostrado que hubo una desenergización de la red, que hubo una señalización del área conforme a las fotos que allí se encuentran, por eso hago hincapié en este tema. También debo resaltar, en cuanto a los elementos de protección suministrados al señor Clemente, es necesario precisar que el señor Clemente sí tuvo inducciones, que al momento del accidente tenía guantes de protección y que eso también se corroboró con la declaración del ingeniero Jeison, quien manifestó conocer al señor Clemente que narró que era una persona idónea para desarrollar estas actividades, también es importante precisar que él manifestó que dadas las funciones del señor Clemente él contaba con la dotación necesaria para sus funciones, es importante resaltar que dentro de las funciones del señor Clemente, dentro de su manual de funciones, se precisa que él no tenía relación ni tenía manipulación con energía; si bien es cierto, el día del accidente tuvo un contacto con la energía se debe precisar que ese contacto ocurrió por un hecho fortuito, porque dentro de la naturaleza de sus funciones no estaba el contacto con la energía, dado su cargo dentro de las declaraciones que se recolectaron dentro de todo el proceso; ellos fueron claros al indicar que una cuadrilla estaba dividida en diferentes cargos, dentro de los cuales estaba el cargo del señor Clemente, que era ayudante de cuadrilla, se debe hacer hincapié en que el ayudante de cuadrilla no manejaba energía para el caso del 11 de julio, se presentó la presencia de energía, pero fue producto de un hecho fortuito, no era algo habitual, razón por la cual no se puede generalizar esta serie de escenarios al manifestar que por el manipular cables necesariamente eran cables con energía, se debe hacer precisión que si bien es cierto, él debía realizar sus funciones con cables estos no tenían que tener energía, de hecho vuelvo y preciso la declaración del ingeniero de Jeison cuando él manifestó que, de haber tenido los guantes dieléctricos él no hubiese podido desarrollar

la actividad que se le había mandado hacer, entonces esto desvirtuaría un poco sus funciones.

También debo resaltar que Coopser nunca recibió un Ipal o requerimiento por parte de Codensa por falta de los elementos de protección de sus asociados, ya que, como quedó demostrado dentro de los testimonios Codensa realizaba constantemente evaluaciones y diagnósticos para determinar que la operación de sus contratos se hiciera bajo las reglas de seguridad, como a bien se hizo en esta oportunidad, también es importante mencionar que como causa del accidente quedó el hecho vandálico de un tercero, pues aquí estamos ante un rompimiento del nexo causal. ¿Por qué? Porque una causa extraña rompió el vínculo causal entre el hecho dañino y el perjuicio y por ello estamos ante una eximente de responsabilidad, situación que para este caso acaeció no por culpa de Coopser ni de Codensa, sino por un hecho tercero que no podía ser previsto. Es importante resaltar que el artículo 216 menciona cuando exista culpa suficiente comprobada del empleador y la ocurrencia del accidente de trabajo o de la enfermedad profesional, está obligado a la indemnización total y ordinaria por perjuicios, pero el monto de ella debe descontarse del valor de las prestaciones en dinero pagadas en razón de las normas consagradas en este capítulo, estamos frente a un caso donde no existe ningún elemento físico ni jurídico que permita concluir que la cooperativa es responsable por el accidente que sufrió el demandante, Coopser cumplió a cabalidad con todas las normas y procedimientos para las actividades realizadas por el demandante, lográndose demostrar la entrega de los elementos, la realización del paso a paso que se llevó a cabo el día del accidente, que lo podemos observar en el copaso, en la investigación que realizó SURA y en las declaraciones que hoy también se leyeron de las dos personas que presenciaron el accidente de trabajo, por esa razón, mi representada debe ser exonerada de esta responsabilidad por culpa patronal a su vez que solicitó al despacho, sea tenido en cuenta no en aras de reconocer ninguna relación laboral la compensación, haciendo énfasis en que el demandante actualmente está pensionado por Sura y producto de una póliza que pagó mi representada el demandante, recibió la suma de \$50.000.000, los cuales están dentro del expediente a folio 630 físico, se puede observar el recibimiento y aceptación por parte del señor Clemente de estas sumas de dinero.

Codensa S.A. ESP, señaló en su recurso:

Interpongo el recurso de apelación sobre la sentencia emitida en la mañana de hoy, en cuanto a lo argumentado hacia mi representada Codensa S.A, bajo el entendido que el despacho interpretó mal la normatividad colombiana y no tiene un fundamento ni factico ni jurídico para demostrar, pues que entre el señor Clemente Santisteban Goyeneche y la empresa Codensa SA ESP antes pues empresa de energía de Cundinamarca haya existido una relación laboral, es decir, entre estos dos sujetos Clemente, Santiesteban y Codensa nunca ha existido relación laboral y es de anotar que en últimas sí existió o no, existió una simulación de contrato realidad esta simulación debió haber sido única y exclusivamente mencionada hacia la empresa contratante o la cooperativa de trabajo Coopser como su único y real empleador y beneficiario, pues de todos los servicios del demandante como trabajador de la empresa Coopser es de menester señalar que el artículo 22 del CST, pues señala que contrato de trabajo es por medio del cual una persona natural se obliga para prestar un servicio personal a otra persona, natural o jurídica, bajo una continua dependencia o subordinación de la segunda y mediante una remuneración, Si aquí nosotros vemos estos dos requisitos de contrato laboral, codensa no ejerció ninguno de estos dos requisitos hacia el trabajador Clemente Santisteban Goyeneche, es decir, y según los testimonios efectuados y la declaración del señor Clemente Santisteban Goyeneche este manifestó que suscribió un contrato para con la empresa Coopser que sus jefes directos y las personas que emitían las observaciones eran unas personas que tenían los cargos de supervisores o cargos de líder en un grupo de trabajo que se denominaba que lo denominaban como grupo de trabajo y él se encargaba de ayudante, es decir a todas luces, la relación entre Codensa y el señor Clemente no cumple con los requisitos del artículo 22 del Código sustantivo de trabajo.

En cuanto a la existencia de la prestación personal de un servicio a Codensa y tampoco Codensa hacia una remuneración hacia ningún trabajador o hacia ninguna persona de codensa, entonces también conjuntamente, pues el artículo 23 del mismo señala los 3 requisitos esenciales para que haya contrato de trabajo a saber, es la actividad personal del trabajador, la continua subordinación y dependencia que le faculta a este para

exigirle el cumplimiento de órdenes en cualquier momento en cuanto a modo tiempo, cantidad de trabajo e imponerle reglamentos, el cual debe mantenerse en todo tiempo durante la duración del contrato. Aquí la señora juez lo que hace es una vaga interpretación o una mala interpretación en cuanto a que si existían unas solicitudes de servicio, la señora juez toma estas solicitudes de servicio, como si esto fuera un cumplimiento o unas órdenes o un cumplimiento de cómo se debía realizar un trabajo del tiempo que deben deberian gestionar o la cantidad de trabajo es de anotar, que aquí a quien se debió haber tomado como único y real empleador, es la empresa Coopser, quien fue la que buscó el servicio del trabajador, quien le decía cómo debía desplegar el trabajo, quien los reunía en unos sitios de trabajo y quien nos enviaba para gestionar simplemente un trabajo o una contratación comercial hacia la empresa de energía de Cundinamarca, en su momento, entonces por tales situaciones, tampoco se configura entre el señor Clemente y Codensa lo constituido en el artículo 23, máxime cuando tampoco se pagaba un salario, como retribución del servicio o codensa jamás pagaba un salario, acá ni se habló de pagos efectuados de Codensa hacia eso y lo que se desprende es la contratación de un contrato comercial macro o un servicio general como contratista independiente de una empresa hacia otra empresa en este caso, pues de una cooperativa hacia la empresa de energía de Cundinamarca.

Dilucidado lo anterior, es imperioso entrar a lo señalado en el fallo sobre la indebida intermediación laboral que presuntamente la juez señala, aquí yo indico que Codensa no actuó como intermediaria y que la actuación de la misma lo fue bajo los parámetros que regulan la materia comercial o la contratación que se pueden hacer con terceras empresas contratistas es de anotar, pues que en el evento existe un contrato por el cual se denominó de suministro de servicios por el cual, pues se le entregaron las gestiones a la empresa, a la cooperativa de trabajo asociado Copser para que ella generará unos requerimientos de trabajo y unos arreglos a su infraestructura eléctrica, bajo este entendido también conviene precisar que tanto los contratos asociativos de trabajo junto con el contrato sindical y el contratista independiente son 3 figuras a través de las cuales, se da cabida a la tercerización de servicios en el ordenamiento jurídico colombiano, pues al respecto, como lo manifesté en mis alegatos pues resulta relevante para desatar aquí la controversia que la tercerización y la intermediación laboral, la diferenciación entre las dos, pues la primera, la tercerización como lo mencioné acude a su mecanismo de contratación de servicios especializados a terceros en la producción de determinados bienes o servicios y tiene objeto como que las empresas, como se explicó ya no se desarrollen un objeto social tan amplio, sino que se dediquen, de manera exclusiva a su actividad principal o giro ordinario despojándose, de algunos de los procesos de producción de la cadena que se tenga en una determinada actividad y que se genere bajo la cuenta y riesgo de la empresa contratista, esta tercerización de servicios, como lo mencioné, no está proscrita en la legislación laboral y con esto, pues el despacho lo que hace es un desconocimiento de las normas comerciales que regulan la materia y frente a lo cual, pues también como se ha diseñado, pues el régimen laboral colombiano la tercerización no está proscrita de bienes de bienes y servicio a cambio que es la interpretación de la juez, que se presentó una indebida intermediación laboral, esta, sí está proscrita, pero que no se presenta en el caso bajo estudio, por las siguientes argumentaciones que más adelante mencionaré, como también lo manifesté, vale aclarar que estas figuras están avaladas por la legislación colombiana y también por la Organización Internacional del Trabajo entonces, bajo estos efectos prácticos ilustrativos como se ha indicado la OIT denomina esto como un trabajo en régimen de subcontratación, mediante el cual una empresa confía a otra el suministro de bienes y servicios y esta última se compromete a llevar a cabo el trabajo por su cuenta y con sus propios recursos financieros, materiales y humanos, esta definición de la OIT, es básicamente traída a nuestro caso se configura que Codensa antes Empresa de Energía, dio su actuar de acuerdo a esta definición en el sentido de que la contratista actuaba bajo su cuenta y riesgo y que la contratista tenía sus propios recursos financieros, materiales y humanos; entonces, en este sentido, en el presente caso se comprobó que de hecho se ejerció de manera correcta, lo que tiene que ver con la tercerización de un servicio bajo el entendido que a partir de esto, nosotros vemos que fue la empresa asociativa de trabajo, quien vinculó al señor Goyeneche esta persona aquí, como lo manifiesta, se comprobó esta empresa o esta figura asociativa de trabajo fue la que aportó todos los valores de la Seguridad Social al trabajador, quien compensaba la labor desplegada y quien pagaba un emolumento por la contratación de sus servicios; acá quedó demostrado que la entrega de dotación de herramientas de elementos de protección personal lo hacía la empresa Coopser a sí mismo de acuerdo a lo mencionado codensa lo único que desplegaba era unas órdenes de servicio y estas órdenes de

servicio fueron malinterpretadas por parte del juzgado en el sentido de decir que Codensa tenía la función de todos los riesgos y la presunción de que se presenta a una indebida intermediación laboral, por estos racionamientos es que manifiesto que no existe esta indebida intermediación laboral, máxime cuando esto está avalado o no está proscrito por la legislación colombiana y se cumplieron con los requisitos para que no se dé una intermediación laboral ni el cumplimiento de que se remitieran trabajadores en misión hacia la empresa de energía de Cundinamarca, ya que esto nunca ha sucedido, simplemente se creó un contrato comercial por medio del cual la empresa contratista se obligó a realizar unas labores encomendadas hacia codensa.

Para terminar señora juez solicitar la absolución en el sentido de que Codensa no es el empleador de los servicios del señor Clemente Santiesteban y nunca actuó como intermediario de la empresa Coopser o aparente relación laboral por lo mencionado en estos acápite y por lo mencionado, pues en mis alegatos de conclusión, que hice una extensa argumentación del por qué se cumplieron con los requisitos de la subcontratación. Conjuntamente y en lo que tiene que ver con la responsabilidad por el hecho dañino, solicitó al despacho manifestar la no responsabilidad de Codensa respecto al accidente sufrido por el señor Goyeneche bajo el entendido que en nuestra consideración existe un hecho imprevisto que lo que genera una inexistencia de culpabilidad, aquí se tiene entendido en la legislación civil que existen unos eximentes de responsabilidad, los cuales son pues la fuerza mayor o el caso fortuito la culpa exclusiva de la víctima y la culpa exclusiva de un tercero, si nosotros vemos de las pruebas aportadas al plenario pues se ve que existe un hecho imprevisto entonces definido como aquel que no se puede prevenir, entonces señala el Art 216 que cuando existe culpa suficientemente comprobada en la ocurrencia del accidente de trabajo o en la enfermedad profesional, es decir debe existir un hecho de causalidad entre el hecho que origina un accidente de trabajo y la omisión en las medidas preventivas que debe observar el empleador para que se pueda hablar de culpa patronal, acá vemos en principio en el estudio de la omisión de las medidas preventivas, aquí vemos que Coopser cumplió con todas las situaciones en el entendido de capacitación hacia el trabajador, de tomar en el momento del despliegue las funciones, unas medidas o 5 reglas de oro manifestadas por el despacho, al evento pues ocurrió un hecho imprevisto, igualmente, en el presente caso al existir un acto vandálico por un tercero, se desprende que tanto la cooperativa como Codensa pues no tienen responsabilidad en el hecho sucedido y máxime cuando cumplieron las reglas atinentes a la ejecución de trabajos que tiene que ver con energía eléctrica, conjuntamente para manifestar también al despacho que en lo que tiene que ver con la no existencia de la culpa exclusiva de un tercero, pero en determinado caso que el honorable tribunal manifestar como lo manifestó la abogada de la contraparte que la juez de instancia no valoró una excepción previa de compensación de emolumentos pagados al señor clemente como fue lo nombrado de un acuerdo contractual que hicieron de \$50.000.000 más los pagos que se han generado por estar pensionado por la ARL el señor trabajador estos valores no fueron descontados digamos del lucro cesante y no fueron contabilizados ni el lucro cesante consolidado ni el lucro cesante futuro, también solicito al honorable tribunal en caso de que indique que existe algún tipo de responsabilidad se tomen estos pagos como referentes a valores ya pagados por esta empresa ARL lo que no consolidaría ese lucro cesante mencionado en la sentencia.

CONSIDERACIONES

Sea lo primero señalar, que no fue objeto de reproche que el actor firmó convenio asociativo con la demandada Coopser, el 26 de abril de 2011, para el desempeño del cargo que allí se denominó **ayudante de cuadrilla, sin ejecutar trabajos en altura en redes de distribución de baja y/o media tensión**, dicha documental, fue aportada en tomo dos del plenario digital por la demandada Coopser; no ofreciendo tampoco reparo que fue contratado para la ejecución del contrato 5800005444 suscrito entre

Coopser y la Empresa de Energía de Cundinamarca, que posteriormente fuera absorbida por fusión por parte de Codensa S.A., cuyo objeto era el suministro para el desarrollo de operaciones técnicas de mantenimiento, expansión y modernización de redes de alumbrado público, obras y mantenimiento de redes y equipos de MT/BT y operación de la red MT/BT, servicio de atención de emergencias y/o plan de mantenimiento correctivo en las redes de distribución hasta el nivel 34.5 kv en la zona Sur de Cundinamarca.

De igual forma, quedó suficientemente demostrada la ocurrencia del accidente de trabajo al actor en ejecución del convenio de asociación antes anotado y que dicho infortunio, tuvo lugar el 11 de julio de 2011, el que le generó una PCL del 67% conforme dictamen expedido por la ARL Sura y como consecuencia de ello, dicha entidad, concedió pensión de invalidez al actor.

A efectos de resolver los recursos de apelación y por cuestión metodológica, se abordará en primer lugar la existencia de la relación laboral que niega la demandada Coopser, para luego establecer la procedencia de la condena por culpa patronal a cuya conclusión se arribara en primer grado y de confirmarse la existencia de esta, se efectuará el estudio de la responsabilidad de Enel – Codensa S.A.

En cuanto al primer punto, como se señaló, no ofreció reproche la vinculación del actor a través de convenio de asociación suscrito con Coopser, frente a lo cual, observa la Sala que contrario a lo indicado por esta, la sola labor desempeñada por el actor como ayudante de cuadrilla, determina la ausencia **autogestionaria** que caracteriza la vinculación como asociado de una CTA; contrario sensu, las pruebas aportadas al plenario y en sí, las mismas testimoniales solicitadas la pasiva, señores Hugo Velasco y Jeyson Oliveros, dieron cuenta que el señor Clemente, recibía órdenes e instrucciones para el cumplimiento de sus funciones, por parte del jefe de Cuadrilla, señor Dairo Hipótilo, que era Coopser quien lo capacitaba para el cumplimiento de las mismas y de igual forma, proveía su dotación, cumplía un horario, comprendido entre las 7:00 am a 5:00 p.m., pudiéndose extender dependiendo del avance del trabajo fijado a diario conforme a las

órdenes de servicio; en este sentido se pronunció la Sala Laboral de la CSJ, en sentencia SL377 de 2023, M.P. Gerardo Botero Zuluaga:

*Y, en lo que se refiere a los dispositivos del régimen que regula las relaciones y prestaciones de las cooperativas de trabajo y sus asociados, a excepción de las ya citadas reglas, resulta elemental que el régimen legal del cooperativismo no era el llamado a resolver el tema objeto de análisis, pues al encontrar acreditados los presupuestos fácticos que condujeron a declarar que la relación contractual estuvo regida por un contrato realidad de trabajo, **ante la ausencia autogestionaria en la ejecución de la labor de los demandantes, desdibuja la existencia de un verdadero contrato de asociación, para a su vez ponerlo en el plano de una relación subordinada**; lo propio cabe decirse frente a las denominadas compensaciones ordinarias y extraordinarias, para ubicarlas en el concepto de salarios y prestaciones sociales, tal como lo concluyó el juez de la alzada.*

Conforme a lo señalado en precedencia, en el presente asunto es claro que no se configura la relación de cooperativismo alegada, sino una verdadera relación laboral que unió al señor Clemente con la Cooperativa Coopser, al resultar claro que su labor no era autogestionaria y es que, se itera, no se explica cómo podría tener tal característica la labor para la cual fue contratado el actor, resultando a todas luces improcedente afirmar que era independiente como lo señala la Cooperativa en su recurso y alegaciones, de tal manera, este aspecto, no será objeto de modificación.

Ahora, respecto del segundo punto, esto es, la existencia de la culpa patronal señalada en primera instancia, se tiene que la misma se encuentra regulada en el artículo 216 del CST, que señala:

ARTICULO 216. CULPA DEL EMPLEADOR. *Cuando exista **culpa suficiente comprobada del {empleador} en la ocurrencia del accidente de trabajo** o de la enfermedad profesional, está obligado a la indemnización total y ordinaria por perjuicios pero del monto de ella debe descontarse el valor de las prestaciones en dinero pagadas en razón de las normas consagradas en este Capítulo.*

En desarrollo de esta disposición, la Sala Laboral de la CSJ, en sentencia SL1897 de 2021, M.P. Omar Ángel Mejía, indicó:

*1. La acusación por aplicación indebida del art. 216 del CST, al margen de las referencias probatorias efectuadas en la demostración por la censura que no vienen en la acusación por la vía directa, consistió en que el Tribunal no tuvo en cuenta que 1), **para reconocer los efectos de este precepto, es indispensable la culpa «suficientemente» comprobada del empleador** y 2) **la demostración de que el daño originado en una actividad laboral fue consecuencia de la negligencia o culpa del empleador en el acatamiento de los deberes que le corresponden velar por la seguridad y protección de sus trabajadores**, art. 56 del CST, es decir, le*

reprochó al juez de la alzada el no verificar el nexo causal entre la negligencia del empleador y el daño causado.

1.1. Sobre la culpa suficientemente comprobada del empleador respecto a una contingencia de origen laboral, la Sala tiene enseñado que

[...] la misma se determina por el análisis del incumplimiento de los deberes de prevención que corresponden al empleador, la cual se configura en la causa adecuada de la ocurrencia del infortunio laboral, ya sea que se derive de una acción o un control ejecutado de manera incorrecta o por una conducta omisiva a cargo de aquel (CSJ SL2206-2019). Tomado de la sentencia CSJ SL 5154-2020.

En otras palabras, la culpa se ha de comprobar de cara a los deberes de prevención de los riesgos laborales que corresponden al empleador y se configuren como causa adecuada de la ocurrencia del infortunio laboral. Para establecer la culpa, se evaluará la conducta del empleador, esto es, si él actuó con negligencia o no en el acatamiento de los deberes de velar por la seguridad y protección de sus trabajadores que le corresponden para evitar los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, bajo el estándar de la culpa leve que define el art. 63 del CC.

La culpa leve implica que el incumplimiento que hace al empleador merecedor de la condena por reparación plena de perjuicios es aquel que se da por la falta de diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios, frente al deber de tomar las medidas adecuadas para evitar el riesgo laboral sucedido, y no se puede determinar la culpa por la simple ocurrencia del infortunio laboral, ya que el empleador no tiene una obligación de resultado, es decir, no está obligado a que el siniestro no ocurra, sino que sus obligaciones de protección y seguridad son de medio (CSJ SL1073-2021). Él siempre podrá probar la diligencia y cuidado que debió emplear para evitar el riesgo laboral en cuestión, según el art. 1604 del CC.

En orden de lo anterior, esta Corporación ha establecido que la carga de la prueba de la culpa del empleador, por regla general, debe ser asumida por la o las víctimas del siniestro, de modo que ellos tienen la obligación de acreditar las circunstancias de hecho que dan cuenta de la existencia de una acción, omisión, o de un control ejecutado de manera incorrecta que constituyan el incumplimiento de las obligaciones de prevención o su incumplimiento imperfecto, CSJ SL5154-2020.

Cuando el trabajador edifica la culpa del empleador en un comportamiento omisivo de las obligaciones de protección y de seguridad asignadas al empleador, como se trató en el caso de autos, la jurisprudencia de la Corte ha precisado que, por excepción, a los accionantes les basta enunciar dichas omisiones (teniendo en cuenta que las negaciones indefinidas no requieren de prueba) para que la carga de la prueba que desvirtúe la culpa se traslade a quien ha debido obrar con diligencia en los términos del artículo 1604 del Código Civil. En tal caso, el empleador debe probar que cumplió sus deberes de prevención, cuidado y diligencia a fin de resguardar la seguridad e integridad de sus trabajadores (CSJ SL13653-2015, CSJ SL7181-2015, CSJ SL 7056-2016, CSJ SL12707-2017, CSJ SL2206-2019, CSJ SL2168-2019, CSJ SL2336-2020 y CSJ SL5154-2020).

1.2. En cuanto al nexo causal que debe existir entre la culpa del empleador y el daño causado, la jurisprudencia de esta Sala también tiene enseñado que, en la culpa basada en un comportamiento omisivo, no basta la sola afirmación genérica del incumplimiento del deber de protección o de las obligaciones de prevención en la demanda, sino que es menester delimitar, allí mismo, en qué consistió la omisión que llevó al incumplimiento del empleador de las respectivas obligaciones derivadas del propio contrato de trabajo y de la labor prestada por el trabajador y la conexidad que tuvo con el siniestro, para efectos de establecer la relación causal entre la culpa y el hecho dañino, pues nadie está obligado a resarcir un daño sino cuando ha dado causa o contribuido a él, CSJ SL2336-2020.

Es decir, precisa esta vez la Sala, siempre es indispensable que exista prueba del nexo causal entre la culpa del empleador y la ocurrencia del riesgo laboral:

[...] menester se exhibe memorar lo expuesto en la providencia CSJ SL14420-2014 en cuanto a que para que se cause la indemnización ordinaria y plena de perjuicios consagrada en el literal b), artículo 12 de la Ley 6ª de 1945 (sector oficial) y en el Art. 216 CST (sector particular), debe encontrarse suficientemente comprobada la culpa del empleador en la ocurrencia del accidente de trabajo o la enfermedad profesional, de modo que su establecimiento amerita, además de la demostración del daño originado en una actividad relacionada con el trabajo, **la prueba de que la afectación a la integridad o salud fue consecuencia o efecto de la negligencia o culpa del empleador en el acatamiento de los deberes que le corresponden de velar por la seguridad y protección de sus trabajadores. La causalidad, es decir, la relación de causa-efecto que debe existir entre la culpa patronal y el daño, a más de ser un elemento sine qua non de la responsabilidad plena y ordinaria de perjuicios del empleador, es una pauta de justicia, en la medida que, nadie está obligado a resarcir un daño sino cuando ha dado causa o contribuido a él.** De allí que la culpa exclusiva de la víctima o de un tercero, y el caso fortuito y la fuerza mayor (denominados por la doctrina causas ajenas), sean considerados en el derecho común como eximentes de responsabilidad, en tanto que, con su determinación, el nexo causal se rompe o quiebra, ante la imposibilidad de imputar el resultado dañino a quien se afirma lo cometió por acción u omisión culposa (CSJ SL 2336-2020). Negrillas de la presente sentencia.

En ese orden, en la culpa por omisión, el demandante de los perjuicios debe demostrar que la omisión que da lugar al incumplimiento tiene nexo de causalidad con el siniestro laboral generador de los perjuicios. Para ello, precisa la Sala en esta oportunidad, es menester que las circunstancias que dieron lugar al siniestro igualmente sean concretadas en la demanda y comprobadas en el plenario, comoquiera que, como lo tiene enseñado la Sala, «[...] en los eventos en que se plantea una culpa por abstención, el trabajador no queda relevado totalmente de sus cargas probatorias, pues además de honrar su deber de acreditar el incumplimiento del empleador, sin hesitación, debe demostrar el nexo causal entre el percance repentino generador del daño y la prestación del servicio bajo subordinación [...]». CSJ SL2336-2020. (Negrilla fuera del texto original).

En aplicación al criterio jurisprudencial en cita, se observa que la parte actora edifica sus pretensiones en la omisión de Coopser y Codensa, frente a las medidas de prevención del riesgo y no suministro de elementos de protección personal; razón por la cual, en este caso, es deber de la pasiva demostrar que actuó con diligencia en sus deberes de protección y de igual forma, la Sala deberá determinar si la parte actora, logró demostrar el nexo causal originado en la omisión alegada de comprobarse esta, con la ocurrencia del infortunio laboral.

Es así como, la resolución 1348 de 2009, vigente para la época de ocurrencia de accidente de trabajo, prevé en su artículo quinto, las 5 reglas de oro para trabajos sin tensión (desenergizados), reglas respecto de las cuales se hizo alusión en la decisión de primer grado y que se resumen en:

1. Corte efectivo de todas las fuentes de tensión.

2. Enclavamiento o bloqueo de los aparatos de corte. Operación que impide la reconexión del dispositivo sobre el que se ha efectuado el corte efectivo, permite mantenerlo en la posición determinada e imposibilita su cierre intempestivo.

3. Verificación de ausencia de tensión. Haciendo uso de los elementos de protección personal y del detector de tensión, se verificará la ausencia de la misma en todos los elementos activos de la instalación o circuito. Esta verificación debe realizarse en el sitio más cercano a la zona de trabajo.

4. Poner a tierra y en cortocircuito todas las posibles fuentes de tensión que inciden en la zona de trabajo.

5. Señalizar y demarcar la zona de trabajo. Es la delimitación perimetral del área de trabajo para evitar el ingreso y circulación operación de indicar mediante carteles con frases o símbolos el mensaje que debe cumplirse para prevenir el riesgo de accidente. Esta actividad debe garantizarse desde el arribo o ubicación en el sitio de trabajo y hasta la completa culminación del mismo.

Respecto a lo anterior, obra en el plenario reporte de accidente de trabajo que elaborara Coopser, documental que no ofreció reparo alguno y mediante el cual se describen las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrió el accidente de trabajo que motivó esta acción en que se relata conforme la declaración vertida por el jefe de cuadrilla, señor Dairo Hipólito Rodríguez, que el personal que conformaba la cuadrilla, en primer lugar, procedió a efectuar el corte efectivo de las fuentes de tensión, las imágenes dan cuenta igualmente de que se señaló y demarcó la zona de trabajo con el aviso de *“no operar, personal trabaja en la línea”*, continúa el relato señalando que posterior a ello, se trasladaron de la estructura energizante hasta el lugar de ejecución de labores, que se encontraba aproximadamente a 50 metros de distancia de la carretera, afirmación que fuera corroborada por el testigo Jeyson Oliveros, quien indicó haber sido el ingeniero encargado de Coopser en el contrato que esta cooperativa suscribió con Codensa S.A., cuyo dicho, no fue objeto de tacha alguna y quien indicó que de la fuente de

energía al lugar en que debía realizar la labor, había una distancia considerable y este último sitio, era de difícil acceso.

Posterior a ello, señala el relato que una vez en el sitio de ejecución de la labor, se encontró una línea de MT caída en el piso, el tecnólogo Dairo Rodríguez, jefe de la cuadrilla conforme al dicho del testigo, delega a Clemente para el levantamiento de esta y posterior acercamiento a la estructura, que cuando el señor Dairo está descendiendo del poste, visualiza que el señor Clemente, se encontraba con los guantes de dotación halando la línea caída, en ese momento escucha un pujido del señor Clemente, quien se sienta en el césped, el señor Dairo corre al sitio donde está este último y lo encuentra en posible convulsión y con los guantes quemados, que posteriormente cuando el demandante es llevado de urgencia para recibir atención médica, se envió al técnico Rubén Darío Muñoz a indagar sobre las causas de la energización accidental de la línea, quien encontró un fusible quemado, lo que reportó al supervisor, que igualmente fue informado del incidente al ingeniero y testigo en el trámite procesal Jayson Oliveros como jefe de la zona Cáqueza, quien se encontraba en dicho municipio y se desplazó al lugar del accidente, acudiendo inicialmente al centro de salud a donde fue trasladado el señor Clemente.

Luego, en el sitio del accidente, el señor Jayson, acompañado de los ingenieros Eliana Melo, Germán Infante y el tecnólogo Luis Martínez, verificaron la existencia de 8 cortacircuitos abiertos, sin las cañuelas de expulsión y un fusible quemado, indicándose en dicho reporte que la instalación de ese elemento extraño, fue lo que ocasionó la energización de la red, considerándose ello como un hecho vandálico de un tercero.

El recuento anterior, en efecto coincide con lo narrado por el testigo y mencionado ingeniero Jayson Oliveros, quien señaló en su testimonio, que se itera, no fue objeto de tacha que, en la red que proveía la energía al sitio del trabajo, se encontró un elemento extraño que había sido colocado en la red de manera anti técnica, que no era la primer vez que esto sucedía ya que los habitantes del municipio de Patebueno solían reconectar la energía cuando esta se suspendía y como las anteriores empresas demoraban en restablecer el servicio, por ello actuaban en dicha forma.

Es así como, en esta oportunidad es claro que el accidente de trabajo obedeció a una energización de la red por hecho de un tercero, pues se itera, ello no ofreció reparo como tampoco el dicho del testigo en mención, quien igualmente narró que se había realizado la verificación de la ausencia de tensión en la red de energía, como lo ordena la resolución en comento; no obstante, en el trayecto en el que la cuadrilla se desplazó al sitio en que debía ejecutar la labor, esta fue intervenida por un desconocido, quien con un elemento extraño, reconectó el flujo de energía; circunstancias fácticas que a juicio de la Sala, permiten desvirtuar las omisiones endilgadas a la parte pasiva, como quiera que conforme la descripción del accidente a que se hizo alusión y que se corrobora con el hecho del testigo, que si bien acudió al sitio del accidente posterior a este, lo cierto es que nada permite desvirtuar su dicho, pues se itera, no fue objeto de tacha como tampoco la parte demandante llamó al debate a ningún testigo presencial del hecho, que diera cuenta de circunstancias distintas a las narradas en el reporte del accidente; se evidencia que se efectuó en debida forma el procedimiento previsto en la precitada resolución 1348 de 2009, pues como se señaló, conforme las imágenes que acompañan dicho reporte, se determina que se señalizó y delimitó el lugar de trabajo, se desenergizó la red eléctrica y se comprobó que efectivamente no fluyera energía; no obstante ello, sucedió un hecho fortuito que no es atribuible a la demandada, como lo fue la manipulación no autorizada de un tercero de la red eléctrica a pesar de la señalización con que contaba esta.

Aunado a ello y contrario a lo indicado por la parte demandante y por la juez de primer grado, en el asunto bajo estudio, tampoco se evidencia omisión alguna por parte de la demandada en el suministro de elementos de protección personal al actor, ya que contrario a ello, la testimonial vertida por el señor Jeyson Oliveros y el reporte de accidente de trabajo, así como la misma declaración del demandante en diligencia de interrogatorio de parte, permiten concluir con facilidad que el día del accidente el señor Clemente portaba dichos elementos de protección, los que habían sido proporcionados por Coopser y que cada vez que estos empezaban a deteriorarse, esta demandada previa solicitud le suministraba nuevos, ya que siempre había disponibilidad; siendo pertinente indicar sobre este particular que no era obligación de la demandada suministrarle al actor

guantes para manejo de electricidad, ya que como se dejó claro al principio de este pronunciamiento, del contenido del contrato de asociación, el demandante fue vinculado para el manejo de redes **sin tensión**, cuestión que igualmente fuera corroborada por la testimonial en mención, quien indicó que el señor Clemente como no laboraba con red energizada, ni subía a poste, no utilizaba guantes tipo 2, de lo que se concluye que atendiendo a la labor para la cual fue contratado el actor, se le suministraban los EPP y su labor el día del infortunio, en efecto se iba ejecutar con red desenergizada, no obstante, se itera, por el hecho de un tercero, esta se energizó.

De lo señalado en precedencia, se logra determinar que conforme el criterio jurisprudencial antes citado, la sociedad Coopser, logró demostrar que cumplió con sus obligaciones de prevención y protección frente al demandante, al seguir el procedimiento previsto para trabajos con redes de energía, le suministraba los elementos de protección personal, los que portaba el día del accidente, aunado a ello, lo capacitaba para el ejercicio de sus labores, conforme lo indicaron los testigos Hugo Velasco y Jeyson Oliveros y así mismo lo refirió el actor en diligencia de interrogatorio de parte.

A más de lo anterior, no se evidencia la relación causa – efecto alegada, como quiera que el demostrado actuar de un tercero, no puede ser atribuible a la demandada Coopser como lo indica esta y Codensa en su recurso y alegaciones, pues a pesar de haberse señalizado y demarcado la fuente de energía, el hecho de un tercero en las condiciones anotadas, salía de su órbita de responsabilidad en el ámbito de seguridad y salud en el trabajo, ya que no es una autoridad policiva para controlar el actuar fraudulento de la población.

Por todo lo indicado, se determina que les asiste razón a las demandadas en mención, en cuanto a que la ocurrencia del accidente, no les es atribuible, razones que conllevan a **REVOCAR** los numerales SEGUNDO, TERCERO y CUARTO de sentencia recurrida, para en su lugar ABSOLVER a las demandadas de las condenas allí impuestas.

Por último y respecto de la declaratoria de Codensa S.A., como verdadero empleador del actor, se tiene que sobre este punto tampoco le asiste razón a la decisión de primer grado, pues si bien se comprobó la existencia del contrato de suministro de servicios 580005444, suscrito entre la entonces Empresa de Energía de Cundinamarca posteriormente absorbida por Codensa S.A., ninguna de las pruebas aportadas, da cuenta de la utilización del denominado contrato de asociación para ocultar una verdadera relación laboral con Codensa S.A.; pues los únicos testigos traídos al proceso, señores Augusto Falla, Hugo Velasco y Jeyson Oliveros, manifestaron al unísono que la Cooperativa Coopser, era autónoma en la ejecución del objeto de dicho contrato de suministro, para lo cual, ella designaba su personal y proveía los elementos para la ejecución de este y Codensa únicamente supervisaba de manera aleatoria el cumplimiento del objeto del mismo, sin ejercer facultad subordinante alguna respecto de ningún miembro de la Cooperativa.

Frente a este tema, ha sido reiterada la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, entre otras en las sentencias proferidas dentro de los Radicados Nos. 25713 del 6 de diciembre de 2006, 32505 del 17 de febrero de 2009 y 35790 del 25 de mayo de 2010 en el sentido de que, **la celebración de contratos con dichas cooperativas, no puede ser utilizado para ocultar la existencia de una relación de trabajo con el fin de evadir el reconocimiento y pago de derechos laborales que se causen. Y en este particular caso, aunque en apariencia figura la actora como cooperada, en realidad, fue vinculada a través de una intermediaria para prestar sus servicios personales en calidad de trabajadora subordinada al servicio de la empresa demandada y por esta razón, deberá ser considerado como su trabajadora para todos los efectos legales, toda vez que concurren los elementos que configuran una verdadera relación de trabajo.**

Ahora, el Artículo 16 del Decreto Reglamentario 4588 de 2006 establece la desnaturalización de trabajo asociado así: **“El asociado que sea enviado por la Cooperativa y Precooperativa de Trabajo Asociado a prestar servicios a una persona natural o jurídica, configurando la prohibición contenida en el artículo 17 del presente decreto, se considerará trabajador dependiente de la persona natural o jurídica que se beneficie**

con su trabajo. Y el artículo 17 del mismo Decreto consagra: “Prohibición para actuar como intermediario o empresa de servicios temporales. Las Cooperativas y Precooperativas de Trabajo Asociado no podrán actuar como empresas de intermediación laboral, ni disponer del trabajo de los asociados para suministrar mano de obra temporal a usuarios o a terceros beneficiarios, o remitirlos como trabajadores en misión con el fin de que estos atiendan labores o trabajos propios de un usuario o tercero beneficiario del servicio o permitir que respecto de los asociados se generen relaciones de subordinación o dependencia con terceros contratantes. Cuando se configuren prácticas de intermediación laboral o actividades propias de las empresas de servicios temporales, el tercero contratante, la Cooperativa y Precooperativa de Trabajo Asociado y sus directivos, serán solidariamente responsables por las obligaciones económicas que se causen a favor del trabajador asociado.”

Sin embargo en este caso, como bien lo manifiesta la demandada Codensa S.A., en recurso y alegaciones, se itera no hay prueba alguna, más que las afirmaciones de la parte actora, que indiquen que para el caso del demandante existió una verdadera relación laboral frente a la sociedad en mención, luego, ante la existencia del hecho indicador como lo era la prestación del servicio del actor frente a esta demandada, era imposible declarar la existencia de un vínculo de tal índole, pues ningún medio probatorio conduce a ello, siendo entonces claro el vínculo como trabajador del actor con la Cooperativa de Trabajo Asociado Coopser, como se concluyó en apartes anteriores, situación que impone **REVOCAR** el numeral PRIMERO de sentencia recurrida, para en su lugar declarar la existencia de la relación laboral del actor y la Cooperativa de Trabajo COOPSER, entre el 28 de abril de 2011 al 24 de febrero de 2012, debiéndose ABSOLVER a Codensa S.A., de todas las pretensiones incoadas en su contra.

Sin costas en esta instancia, las de primera a cargo del demandante.

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

R E S U E L V E:

PRIMERO: REVOCAR el numeral PRIMERO de sentencia recurrida, para en su lugar declarar la existencia de la relación laboral del actor y la Cooperativa de Trabajo COOPSER, entre el 28 de abril de 2011 al 24 de febrero de 2012.

SEGUNDO: REVOCAR los numerales SEGUNDO, TERCERO y CUARTO de sentencia recurrida, para en su lugar ABSOLVER a las demandadas de las condenas allí impuestas.

TERCERO: ABSOLVER a Codensa S.A., de las pretensiones invocadas en su contra por el demandante.

Sin costas en esta instancia, las de primera a cargo del demandante.

Las partes se notifican por edicto de conformidad con los artículos 40 y 41 del CPTSS.

Los Magistrados,



MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO



LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C
SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 27-2020-203-01
ASUNTO: APELACIÓN SENTENCIA
DEMANDANTE: MARÍA ISABEL CASTELLANOS SALDAÑA
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTRO

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

RECONÓZCASE PERSONERÍA al Doctor DIEGO FERNANDO LONDOÑO, identificado como aparece al pie de su firma, en documental contentiva de poder; en calidad de apoderado de la demandada Colpensiones, en los términos y para los efectos del poder de sustitución conferido.

En Bogotá a los treinta y un (31) días del mes de julio de dos mil veintitrés (2023), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por las demandadas Colpensiones y Porvenir S.A., revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado 27 Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 8 de agosto de 2022.

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior a las partes para presentar alegaciones, se recibieron vía correo electrónico las de Colpensiones y Porvenir S.A.

ANTECEDENTES

La señora MARÍA ISABEL CASTELLANOS SALDAÑA por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral en contra de Colpensiones y Porvenir S.A., con el fin de que se DECLARE la ineficacia del formulario de afiliación mediante el cual se trasladó al RAIS, a través de Porvenir S.A., ante la omisión al deber de información a cargo de esta AFP



Tribunal Superior Bogotá

*Proceso Ordinario Laboral No. 27202000203-01 Dte: MARÍA ISABEL CASTELLANOS SALDAÑA Ddo.:
COLPENSIONES Y OTRO*

sobre las consecuencias del traslado, que se declare que para efectos pensionales continúa afiliada en el RPM, que Porvenir S.A., realice la devolución de los aportes al RPM al que pertenecía antes y que Colpensiones la reciba en calidad de afiliada ya que es la encargada de administrar el RPM. Como consecuencia de tales declaraciones peticiona se condene a Porvenir S.A., y se obligue a efectuar la ineficacia en el formulario de afiliación mediante el cual se trasladó al RAIS y que continúa afiliada en el RPM. Por último, solicita se condene en costas y agencias en derecho a la demandada y lo que resulte ultra y extra petita.

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que nació el 4 de julio de 1967, que laboraba para la Corporación Abraham Lincoln donde fueron visitados en varias ocasiones por el promotor de ventas dependiente de la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., explicando de manera grupal los supuestos beneficios de este fondo privado, que el promotor de ventas dependiente de Porvenir S.A., después de varias visitas e insistencia, realizaron de manera individual la visita a cada uno de los trabajadores haciendo entrega del formulario sin brindar una asesoría sobre su futuro pensional.

Indica que Porvenir S.A., estaba en el deber legal de suministrar información veraz y oportuna al trabajador y empleador, esto es, antes de la supuesta afiliación o traslado de régimen pensional, que debió prestarle asesoría y advertirle sobre los riesgos y consecuencias negativas que le generaría tal traslado o, en su defecto, no tramitar la afiliación ante la omisión de brindar tan trascendental información, que estuvo afiliada al sistema general de pensiones en el RPM hoy administrado por Colpensiones, desde el 5 de marzo de 1991, hasta febrero de 1996.

Señala que firmó el formulario de afiliación de traslado del ISS hoy Colpensiones, a Porvenir S.A., desde el 2 de febrero de 1996, que está configurado el error en la naturaleza del acto, generado por la negligencia de la demandada en la tarea de afiliación, puesto que la información brindada por el asesor no fue clara, suficiente, oportuna sobre las consecuencias de un cambio de régimen pensional, que Porvenir S.A., al ser su fondo actual de



Tribunal Superior Bogotá

*Proceso Ordinario Laboral No. 27202000203-01 Dte: MARÍA ISABEL CASTELLANOS SALDAÑA Ddo.:
COLPENSIONES Y OTRO*

pensiones le proyecta un monto de \$781.242, para su mesada pensional a los 60 años de edad, que Colpensiones le planifica un monto de \$2.286.596 a los 62 años de edad, tal y como lo muestran las proyecciones de uno y otro fondo de pensiones aportadas con este escrito.

Que presentó derecho de petición ante Colpensiones el 16 de enero de 2020, solicitando que se declarara la ineficacia del traslado a Porvenir S.A., y copia de su expediente administrativo, que radicó igualmente ante Porvenir S.A., solicitud de ineficacia del traslado el 20 de enero de 2020, que el 30 de enero de 2020, Colpensiones emitió respuesta indicando que el traslado fue realizado de manera directa, voluntaria y ejerciendo su derecho a la libre elección de régimen, que está sufriendo un perjuicio irremediable al no aparecer en la historia laboral por la ineficacia del traslado de régimen realizado a cargo de Porvenir S.A.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, **Porvenir S.A.**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos aceptó los contenidos en numerales 1 y 13, manifestó no constarle los No. 6, 11, 12 y 14 y negó los demás. Propuso las excepciones de fondo que denominó prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

Por su parte, **Colpensiones**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó los contenidos en numerales 1, 12 y 14, negó el No. 6 y manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público e innominada o genérica.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:



Tribunal Superior Bogotá

*Proceso Ordinario Laboral No. 27202000203-01 Dte: MARÍA ISABEL CASTELLANOS SALDAÑA Ddo.:
COLPENSIONES Y OTRO*

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de la señora MARÍA ISABEL CASTELLANOS SALDAÑA del régimen de prima media con prestación definida administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES al de ahorro individual con solidaridad administrado por la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la señora MARÍA ISABEL CASTELLANOS SALDAÑA, como cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos, frutos e intereses generados en su cuenta de ahorro individual, sin descontar valor alguno por cuotas de administración, comisiones, aportes al fondo de garantía de la pensión mínima, ni primas de seguros previsionales, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES afiliar nuevamente a la señora MARÍA ISABEL CASTELLANOS SALDAÑA al Régimen de Prima Media con Prestación Definida y recibir las cotizaciones provenientes de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones de prescripción, errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del código civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, caducidad, inexistencia de causal de nulidad y saneamiento de la nulidad alegada, formuladas por COLPENSIONES y las de prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe, formuladas por PORVENIR S.A., conforme lo dispuesto en la parte motiva de esta providencia.

QUINTO: CONDENAR a la demandada la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., al pago de las costas del proceso en la suma de \$2.000.000 como agencias en derecho.

Fundamentó su decisión la Juez de primer grado señalando en síntesis que el problema jurídico planteado se centraba en determinar si debe declararse ineficaz el traslado del RPM al RAIS efectuado por la señora María Isabel Castellanos Saldaña en febrero de 1996, y si por ende deben trasladarse los aportes que posee en su cuenta de ahorro individual en la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., al RPM administrado por Colpensiones.

Indicó que la señora María Isabel Castellanos Saldaña nació el 4 de julio de 1967, como se verificaba de la copia de la cédula de ciudadanía que reposa a folio 5 del archivo 02 pruebas del expediente digital, que la demandante cotizó al ISS 102.29 semanas entre el 31 de enero de 1994 y el 31 de enero de 1996, según el reporte de semanas de cotización que reposa en el expediente administrativo, que el 2 de febrero de 1996, la señora María Isabel Castellanos Saldaña radicó formulario de afiliación en Porvenir S.A., el cual obra a folio 59 del archivo 07 contestación Porvenir del expediente digital, y desde el 1 de marzo de 1996, hasta la fecha se encuentra afiliada a esa administradora



Tribunal Superior Bogotá

*Proceso Ordinario Laboral No. 27202000203-01 Dte: MARÍA ISABEL CASTELLANOS SALDAÑA Ddo.:
COLPENSIONES Y OTRO*

como permitió verificarlo la certificación expedida por ella a folio 34 del archivo 07 contestación Porvenir.

Manifestó la Juzgadora de primer grado que la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., no cumplió con su carga probatoria de acreditar la correcta y completa asesoría dada a la afiliada al momento de solicitar el traslado de régimen, carga que correspondía a esa demandada y no a la demandante como lo ha dejado claro la línea jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral de la CSJ, pues no obra en el plenario prueba alguna que acreditara que se le haya informado sobre los beneficios de trasladarse de régimen y mucho menos de sus desventajas, la única prueba con la que contó la administradora demandada y con la que pretendió demostrar la debida información otorgada a la señora María Isabel Castellanos Saldaña es la suscripción del formulario de afiliación que tiene formas previamente establecidas para todos los casos y con el que no fue posible determinar cuáles fueron los términos de la asesoría que en su momento dio el respectivo asesor, por lo que no pudo tenerse como prueba el consentimiento informado que debió manifestar la demandante al trasladarse al Régimen de Ahorro Individual como lo ha indicado la Sala de Casación Laboral de la CSJ en las sentencias que se tomaron como premisas normativas.

Ahora bien, la línea jurisprudencial frente al deber de información de las administradoras, la carga probatoria de ellas ante el afiliado lego que solicita el traslado y la obligación de que exista un consentimiento informado para tomar la decisión libre y voluntaria de trasladarse al RAIS no sufre variaciones cuando se trata de afiliados que no son beneficiarios del régimen de transición o que no tuvieran una expectativa de derecho pensional cuando solicitaron el traslado o un derecho adquirido a la pensión, como en este caso, puesto que ni la legislación ni la jurisprudencia tienen establecido que se deba contar con ello para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información sino que por el contrario, la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado considerado en sí mismo.

Concluyó que Porvenir S.A., incumplió de manera notoria su deber de proporcionar una información una información clara y completa a la señora



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 27202000203-01 Dte: MARÍA ISABEL CASTELLANOS SALDAÑA Ddo.:
COLPENSIONES Y OTRO**

María Isabel Castellanos Saldaña y tal omisión influyó en la decisión de trasladarse de régimen pensional y permanecer en el, por lo que además incumplió su deber de buen consejo y asesoría y vulneró así los principios mínimos de transparencia que deben gobernar la movilidad entre regímenes pensionales.

Por lo anterior, se declaró la ineficacia del traslado del RPM al RAIS y se condenó la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., a devolver a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la señora María Isabel Castellanos Saldaña como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado tal como lo dejó claro la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la Sentencia 31989 del 9 de septiembre de 2008, y sin descontar valor alguno por cuotas de administración, comisiones, aportes al fondo de garantía de la pensión y primas de seguros previsionales, pues tal como lo señaló el máximo Tribunal en la Sentencia SL 1467 de 2021: ...*“En tratándose de afiliados la Sala ha adocrinado que lo fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado junto con los rendimientos financieros.”...*

Así mismo, que esta declaración obligaba a las entidades del RAIS a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz estos recursos han debido ingresar al RPM administrado por Colpensiones. De manera que, pese a que en la demanda sólo se haya solicitado la devolución de los aportes de la cuenta de ahorro individual, con fundamento en las facultades ultra y extra petita, el Juez Laboral, debe ordenarse la devolución de los demás conceptos en aras de garantizar el Principio de Sostenibilidad Financiera del Sistema General de Pensiones. Correlativamente, Colpensiones deberá afiliar nuevamente a la demandante al RPM y recibir las cotizaciones provenientes de Porvenir S.A.

En cuanto a la excepción de prescripción, señaló que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en Sentencias SL 1421 de 2019, y SL 1688 de 2019, se refirió a su inoperancia cuando se trata de ineficacia del traslado de régimen pensional no sólo por su nexo de causalidad con un



Tribunal Superior Bogotá

*Proceso Ordinario Laboral No. 27202000203-01 Dte: MARÍA ISABEL CASTELLANOS SALDAÑA Ddo.:
COLPENSIONES Y OTRO*

derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible como el de la seguridad social, sino por el carácter declarativo que ostenta la pretensión inicial. Con fundamento en lo anterior, se declaró no probada esta excepción.

RECURSOS DE APELACIÓN

La demandada **Porvenir S.A.**, recurrió indicando que esta AFP cumplió con el deber de información de conformidad con la normatividad que se encontraba vigente para la época, la cual no exigía dejar constancia de carácter escritural de lo informado, en este caso, a la afiliada. Resaltó que sólo fue con la expedición del Decreto 2555 de 2010, el Decreto 2071 de 2015, y la Ley 1748 de 2014, que las administradoras de fondos de pensiones incluyendo a Porvenir S.A., adquirieron en su cabeza la obligación de asesoría e información tanto para sus afiliados como para el público en general.

En la misma línea destacó que el ente gubernamental que vigila a las administradoras de fondos de pensiones ha sido enfático en señalar que la obligación de otorgar información clara, cierta, comprensible y oportuna respecto de las condiciones de su afiliación, nace en el ordenamiento jurídico únicamente a partir de la entrada en vigor del Decreto 2241 de 2010, así las cosas en Concepto 001 del 12 de junio del año 2017, la Superintendencia Financiera indicó *“la obligatoriedad de ofrecer una asesoría entendida como la información clara, cierta, comprensible y oportuna respecto a las condiciones de su afiliación, de manera tal que el consumidor financiero pueda tomar la decisión informada de vincularse a dicho régimen o de trasladarse entre administradoras se encuentra expresamente consagrada a partir del 1 de julio del año 2010, fecha de entrada en vigor del Decreto 2241 del año 2010”* El referido pronunciamiento también lo realizó la Superintendencia Financiera en Concepto 910 del 29 de diciembre del año 2015.

Que se hace indispensable señalar que las obligaciones generales y especiales vigentes para Porvenir al momento de realizar el traslado inicial de régimen pensional de la demandante, se encontraban establecidas en los artículos 14 y 15 del Decreto 656 del 94, como se indicó en los alegatos de conclusión dentro de los cuales no se estableció el deber de información



Tribunal Superior Bogotá

*Proceso Ordinario Laboral No. 27202000203-01 Dte: MARÍA ISABEL CASTELLANOS SALDAÑA Ddo.:
COLPENSIONES Y OTRO*

alegado por la parte actora y en los términos en que fue realizado por parte del Despacho en su providencia, de una manera tan exigente en el sentido de que era necesario dejar una constancia de carácter escritural de la información que fue brindada a la demandante, febrero de 1996.

Respecto de las repercusiones, las ventajas y desventajas, de vincularse con Porvenir S.A., cuando como se indicó norma que impusiera una obligación de carácter en ese sentido. En cuanto a la condena de gastos de administración, las primas de reaseguros y lo correspondiente al fondo de garantía de pensión mínima, Porvenir hace los descuentos acatando lo dispuesto en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, que posibilita a las administradoras de fondos de pensiones para realizar los descuentos por esos rubros, gastos, primas e igualmente el fondo de garantía de pensión mínima respecto del aporte mensual que realiza el correspondiente afiliado durante su estancia, vigencia con Porvenir S.A., para el caso en concreto.

En ese orden de ideas, sobre el 3% de la correspondiente cotización se han realizado los descuentos sobre esos conceptos por parte de Porvenir S.A., acatando un mandato de carácter legal, por lo que se puede concluir que Porvenir S.A., no realizó los descuentos de manera caprichosa sino simplemente acatando el ordenamiento jurídico, y tal y como se indicó en los alegatos de conclusión respecto de las primas de seguros de invalidez y sobrevivientes es impertinente destacar que Porvenir S.A., realizó los descuentos por esos rubros bajo el entendido de que durante el tiempo en que se encontraba vigente la afiliación de la parte actora, es decir, después de que se hizo efectiva en febrero de 1996, Porvenir S.A., se caracterizó porque mensualmente realizó los correspondientes descuentos de las primas para que se encuentren cubiertas las prestaciones económicas tanto de invalidez y sobrevivientes que tengan que ser pagadas en el momento en que se activen las respectivas contingencias y se materialicen en riesgos.

Bajo ese orden de ideas la parte actora se ha encontrado cobijada para que por intermedio de la correspondiente aseguradora Porvenir se encargue de realizar el pago de las pensiones que sean pertinentes y frente a los gastos de administración no es un concepto de carácter exclusivo en el RAIS también se descuenta en el RPM y se hace un pago como consecuencia de esos gastos administrativos, operacionales que tienen que incurrir las



Tribunal Superior Bogotá

*Proceso Ordinario Laboral No. 27202000203-01 Dte: MARÍA ISABEL CASTELLANOS SALDAÑA Ddo.:
COLPENSIONES Y OTRO*

administradoras de fondos de pensiones del RAIS e igualmente Colpensiones en el RPM por el manejo de los recursos de sus afiliados y, en este caso en concreto, respecto de la demandante sí se hizo. Argumentó que los gastos de administración son un concepto que de buena fe pues han sido descontados por parte de Porvenir como consecuencia del manejo de los recursos de la demandante y con la finalidad de incrementar los valores que reposaban en su cuenta de ahorro individual.

La demandada **Colpensiones** señaló que sobre la demandante recae la prohibición legal descrita en el artículo 2 de la Ley 797, la cual modificó el artículo 13 de la Ley 100, indicando que en el presente asunto no obró prueba alguna que demostrara que se estaba en presencia de un vicio del consentimiento y más en el interrogatorio de parte se indicó que no se presentó algún tipo de coerción para efectuar dicha vinculación. Frente al deber de información que si bien la AFP debió informar de manera suficiente a la actora, esto no lo exoneraba del deber de concurrir suficientemente ilustrada a la escogencia de su régimen pensional, de la cual dependían sus expectativas económicas y de plazo para acceder a las prestación por vejez como tampoco la sustraía de la aplicación de la ley para darle un tratamiento desigual como si su capacidad para celebrar actos y contratos estuviese menguada frente a la definición de un acto a la mayor importancia, en la medida que de su elección dependería las condiciones de cubrimiento a las contingencias amparadas por el sistema de seguridad social y en particular la de vejez, la que no convierte a los afiliados en incapaces para suscribir contratos.

Respecto al deber de información reiteró que ese deber sólo se materializó a través de la Ley 1748 de 2014, y el Decreto 2071 del 2015, por los cuales los fondos privados cuentan exclusivamente con el consentimiento vertido en el formulario de afiliación, formulario que obra en el presente asunto y el cual la actora leyó antes de firmarlo previo al respectivo traslado en el año 1996, que la demandante al momento de realizar este traslado era mayor de edad y plenamente capaz y circunstancia por la cual no podía alegar el desconocimiento de la norma para su propio beneficio. Ruega tener en cuenta la Sentencia C-1024 de 2014, SU-02 de 2010, SU-130 de 2013, en donde la Corte Constitucional en materia de traslados manifestó que nadie puede resultar subsidiado a costa de los recursos ahorrados de manera



Tribunal Superior Bogotá

*Proceso Ordinario Laboral No. 27202000203-01 Dte: MARÍA ISABEL CASTELLANOS SALDAÑA Ddo.:
COLPENSIONES Y OTRO*

obligatoria por los otros afiliados a este esquema, dado que el RPM se descapitalizaría.

Que en caso de no acogerse los argumentos expuestos por Colpensiones y la Sala decida confirmar la providencia objeto de alzada, sin que de ninguna manera se entiendan reconocidas las pretensiones, solicita se condicione el cumplimiento de la sentencia por parte de la Administradora Colombiana de Pensiones, por el cumplimiento en la devolución de la totalidad de las sumas obrantes en la cuenta de ahorro individual de la demandante por la AFP como son cotizaciones, rendimientos financieros, bonos pensionales, cuotas abonadas, gastos de administración y los demás debidamente indexados por el período en que permaneció afiliada al fondo privado, como quiera que Colpensiones no podrá dar cumplimiento al fallo hasta tanto la AFP reintegre los recursos y actualice los datos de la demandante en la respectiva base de datos. Así mismo, se ordene a la AFP no realizar descuentos por conceptos de seguros de invalidez o de vejez.

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver los recursos planteados, se tiene que lo pretendido por la señora MARÍA ISABEL CASTELLANOS SALDAÑA, se circunscribe a dejar sin efectos la afiliación que efectuara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, a través de la Administradora de Fondos de Pensiones Porvenir S.A., el 2 de febrero de 1996, como se verifica de copia de dicha documental, allegada por la demandada en mención y visible en expediente digital.

En este orden, la figura de la ineficacia de traslado de régimen pensional ha sido objeto de amplio desarrollo jurisprudencial por parte de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que en sentencia con radicado No. 33083 de 2011, criterio reiterado en sentencia radicado 46292 del 18 de octubre de 2017 y recientemente en sentencia 54818 del 14 de noviembre de 2018; M.P. Gerardo Botero Zuluaga; indicó que la responsabilidad de las administradoras de pensiones era de carácter profesional, que la misma debía comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional y que las administradoras de pensiones tenían el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible a



Tribunal Superior Bogotá

*Proceso Ordinario Laboral No. 27202000203-01 Dte: MARÍA ISABEL CASTELLANOS SALDAÑA Ddo.:
COLPENSIONES Y OTRO*

la medida de la asimetría que se había de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad.

Así las cosas y conforme lo señalado en precedencia para que en realidad se considere que el traslado de régimen pensional estuvo precedido de voluntad y deseo de cambio por parte del afiliado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, se requiere entonces que la Administradora del Régimen de Ahorro Individual le suministre una información completa sobre las condiciones específicas de su situación pensional, lo que implica no solamente lo favorable, sino todo aquello que puede perder o serle lesivo de aceptar un traslado.

Es así como en estos casos, **la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado**; por el tipo de responsabilidad que se le endilga a estas entidades sobre las que pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional respecto de quienes simplemente buscan es la protección de los riesgos de vejez, invalidez o muerte sin prestarle mayor atención a conceptos científicas o legales, es por ello entonces que **las Administradoras son quienes deben demostrar el suministro completo y veraz al afiliado para que se pueda concluir que fue en realidad deseo del éste aceptar las condiciones de traslado para evitar precisamente que posteriormente alegue algún tipo de engaño**, el que no sólo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue, conocimiento que no se puede comparar al de la demandante.

De las pruebas aportadas al expediente y contrario a lo indicado por las recurrentes Porvenir S.A. y Colpensiones también en alegaciones, se tiene que ninguna de ellas da cuenta respecto que a la señora María Isabel Castellanos, se le hubiera brindado alguna información o comparativo respecto del régimen de prima media, como tampoco información acerca de su situación pensional particular, pues se itera; y en interrogatorio de parte vertido por esta, señaló que le pusieron de presente cuestiones eminentemente beneficiosas del RAIS, sin señalarle en ningún momento desventaja alguna de este régimen, además de indicarle un hecho incierto como que el ISS, se iba a acabar, no siendo de su resorte investigar la



Tribunal Superior Bogotá

*Proceso Ordinario Laboral No. 27202000203-01 Dte: MARÍA ISABEL CASTELLANOS SALDAÑA Ddo.:
COLPENSIONES Y OTRO*

veracidad de tales afirmaciones, pues es deber de la administradora pensional, actuar con **transparencia** en cuanto a la información que le brinde a sus posibles afiliados; de tal manera, al no haberse allegado prueba de la información brindada a la señora María Isabel Castellanos, quedando así demostrado que la demandada Porvenir S.A., faltó al deber de información pues debió indicarle en forma clara todo aquello que resultaba relevante para la toma de decisión, tanto lo favorable como lo desfavorable.

El deber de información en los términos anteriores, fue reiterado en reciente pronunciamiento del 8 de mayo de 2019, SL 1689 de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas, en dicha indicó esa Alta Corporación:

“Sobre el particular, en reciente sentencia CSJ SL1452-2019, esta Sala se ocupó de analizar: (i) la obligación de información que tienen las administradoras de fondos de pensiones, (ii) si tal deber se entiende satisfecho con el diligenciamiento del formato de afiliación, (iii) quién tiene la carga de la prueba en estos eventos y (iv) si la ineficacia de la afiliación solo tiene cabida cuando el afiliado cuenta con una expectativa de pensión o un derecho causado.

En ese orden, concluyó que:

(i) Las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional, a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional -artículos 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, 97, numeral 1.º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 y demás disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal-. Posteriormente, se agregó a dicho deber la obligación de otorgar asesoría y buen consejo -artículo 3.º, literal c) de la Ley 1328 de 2009, Decreto 2241 de 2010- y, finalmente, se impuso la exigencia de doble asesoría -Ley 1748 de 2014, artículo 3.º del Decreto 2071 de 2015, Circular Externa n.º 016 de 2016 de la Superintendencia Financiera. Obligaciones que deben ser acatadas en un todo, a fin de que los usuarios del sistema puedan adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional.

(ii) En el campo de la seguridad social, existe un verdadero e ineludible deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SL19447-2017), pues



Tribunal Superior Bogotá

*Proceso Ordinario Laboral No. 27202000203-01 Dte: MARÍA ISABEL CASTELLANOS SALDAÑA Ddo.:
COLPENSIONES Y OTRO*

dicho procedimiento garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, que el usuario comprende las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen; esto es que, previamente a tal acto, aquel recibió información clara, cierta, comprensible y oportuna. Luego, el simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente para dar por demostrado el deber de información.

(iii) La aseveración del afiliado de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación, por cuanto la documentación soporte del traslado debe conservarla en sus archivos, y en tanto es la obligada a observar el deber de brindar información y probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento". (Negrilla fuera del texto original)

Con sujeción al criterio jurisprudencial en cita, se logra determinar que contrario a lo afirmado por las recurrentes Porvenir S.A. y Colpensiones, la línea jurisprudencial a que se alude, ha sido enfática en señalar que el deber de información tantas veces citado, está previsto en el ordenamiento legal desde la misma **creación** de las AFP, de manera que le correspondía a esa AFP, probar el suministro de dicha información a la señora María Isabel Castellanos, desde la fecha en que este suscribió el formulario de afiliación ante dicha administradora, lo que en efecto no ocurrió para el caso bajo estudio y sobre el particular el concepto emitido por la Superintendencia Financiera a que alude Porvenir S.A., no tiene carácter vinculante, pues este sólo se predica de los pronunciamientos emitidos por la Corporación de cierre de esta jurisdicción.

Conforme lo anterior y si bien como lo manifiesta la recurrente Colpensiones, la demandante también tiene el deber de informarse sobre su situación pensional, lo cierto es que ante la experticia de la entidad que promovió su traslado al RAIS, le correspondía en el acto del traslado brindarle a ella como afiliada toda la información respecto a las consecuencias de la decisión de cambiar de régimen pensional, omisión que conlleva a la ineficacia de tal acto, ya que se itera, las reales implicaciones del acto de traslado sólo las puede conocer el afiliado cuando se le brinda la adecuada información al respecto, la que está en custodia de las AFP, ya que conforme el papel que desempeñan en el sistema son las encargadas de



Tribunal Superior Bogotá

*Proceso Ordinario Laboral No. 27202000203-01 Dte: MARÍA ISABEL CASTELLANOS SALDAÑA Ddo.:
COLPENSIONES Y OTRO*

promover las afiliaciones y son quienes conocen el manejo y características del sistema pensional, conocimiento que no poseen los afiliados y que tampoco se encuentra en los extractos expedidos por estas, aunado a ello, dicho acto se encuentra afectado de ineficacia, razón por la cual, no nació a la vida jurídica y todos los actos que se realizaron con ocasión del mismo, corren la misma suerte.

De otra parte, contrario a lo manifestado por la administradora del RPM en su recurso y alegaciones, no es de resorte de la demandante, probar vicio del consentimiento alguno, por cuanto en la acción judicial objeto de pronunciamiento, como se señaló, se estudia bajo la óptica de la **ineficacia** caso en el cual, no se requiere existencia de vicio alguno del consentimiento, pues ello es propio de la figura de la nulidad, así lo reiteró la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia radicado No. 68852 del 9 de octubre de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas, oportunidad en que indicó:

En las sentencias CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019 y CSJ SL3464-2019 esta Sala precisó que la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia en sentido estricto o exclusión de todo efecto al traslado. Por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde esta institución y no desde el régimen de las nulidades o inexistencia.

En cuanto al argumento de Colpensiones, esbozado en su recurso según el cual, de accederse al traslado de régimen petitionado, implica la descapitalización del RPM que administra, suficiente resulta indicar que junto con este, se determina la procedencia de trasladar los aportes efectuados por la demandante durante su tiempo de afiliación al RAIS junto con rendimientos y gastos de administración, razón por la cual, no se incurre en descapitalización alguna.

Por otro lado y respecto al argumento de la recurrente Porvenir S.A., esbozado en sus recurso referente al traslado de los gastos de administración y primas de seguro, se tiene que los mismos son susceptibles de dicho traslado, así como los demás recursos objeto de pronunciamiento por la Juzgadora de primer grado como lo ha reiterado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia entre otras en sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. Gerardo Botero



Tribunal Superior Bogotá

*Proceso Ordinario Laboral No. 27202000203-01 Dte: MARÍA ISABEL CASTELLANOS SALDAÑA Ddo.:
COLPENSIONES Y OTRO*

Zuluaga, y en una más reciente, SL 2884 del 23 de junio de 2021, M.P. Luis Benedicto Herrera, reiteró:

*También se ha dicho por la Sala que como la declaratoria de ineficacia tiene efectos ex tunc (desde siempre), las cosas deben retrotraerse a su estado anterior, como si el acto de afiliación jamás hubiera existido. **Tal declaratoria implica que los fondos privados de pensiones deban trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado junto con los rendimientos financieros, aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, comisiones y gastos de administración debidamente indexados, con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al RPMPD administrado por Colpensiones.** (Negrilla fuera del texto original).*

Lo anterior por cuanto en virtud de los efectos de la ineficacia, se considera que dicho traslado de régimen **no existió** y por ende, no resulta de recibo que la AFP se beneficie de unos dineros que no debió haber recibido y que fueron erogaciones realizadas a los aportes del afiliado.

Ahora, si bien la demandante se encuentra inmersa en la prohibición de traslado de que trata la Ley 797 de 2003, nada impedía que interpusiera esta acción alegando la falta al deber de información, que es lo que habilita para estudiar la validez de su traslado en sede judicial y en tanto como bien lo indicó la decisión de primer grado, esta acción por tener relación intrínseca con derechos pensionales, resulta **imprescriptible**, y la omisión bajo estudio contrario a lo indicado por la recurrente Colpensiones, **no se sana con el paso del tiempo**, ya que se itera, desde su nacimiento el acto de traslado se reputa ineficaz al no mediar la información necesaria al efecto.

Así las cosas al no haber prueba de que se le haya puesto de presente a la demandante las ventajas y desventajas de pertenecer a uno u otro régimen pensional, **al momento del traslado al RAIS en el año 1996**, resulta forzoso concluir que no le fue brindado a este de manera completa toda la información a este respecto, circunstancia que impone **confirmar** la declaratoria de **ineficacia** señalada en primera instancia.

Finalmente, se considera que hay lugar a DECLARAR que COLPENSIONES puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional del demandante, en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión en la que incurrió el y/o los fondos de



Tribunal Superior Bogotá

*Proceso Ordinario Laboral No. 27202000203-01 Dte: MARÍA ISABEL CASTELLANOS SALDAÑA Ddo.:
COLPENSIONES Y OTRO*

pensiones demandados, aspecto en que se **adicionará** la sentencia recurrida.

Sin costas en esta instancia.

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

R E S U E L V E:

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia recurrida en el sentido de **DECLARAR** que COLPENSIONES puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión en la que incurrió el y/o los fondos de pensiones demandados.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia objeto de recurso.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

Las partes se notifican por edicto de conformidad con los artículos 40 y 41 del CPTSS.

Los Magistrados,

MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 27202000203-01 Dte: MARÍA ISABEL CASTELLANOS SALDAÑA Ddo.:
COLPENSIONES Y OTRO


LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C
SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 29-2019-380-01

ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA

DEMANDANTE: MARÍA ANGÉLICA GIRALDO

DEMANDADO: SERDAN S.A.

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los Treinta y uno (31) días del mes de julio de dos mil veintitrés (2023), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por las partes, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado 29 Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 11 de mayo de 2021.

ANTECEDENTES

La señora MARÍA ANGÉLICA GIRALDO por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral, con el fin de que se DECLARE que entre ella y la demandada existió un contrato de trabajo por duración de obra o labor determinada entre el 3 de agosto de 2010 al 30 de noviembre de 2018, que al momento de la terminación del contrato, se encontraba discapacitada con estabilidad laboral reforzada, por lo que dicha terminación se torna ineficaz pues la pasiva no contaba con autorización del Ministerio de Trabajo para el efecto; como consecuencia de tales declaraciones, peticiona se condene a la demandada reintegrarla sin solución de continuidad al cargo que venía desempeñando o a uno de superior categoría, al pago de los salarios, cesantías, interés a la cesantía,



primas de servicio, aportes a seguridad social dejados de percibir desde la fecha de su despido, así como a la indemnización equivalente a 180 días de salario.

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que entre ella y la pasiva se suscribió contrato de trabajo por la duración de una obra o labor determinada el 2 de agosto de 2010, para el desempeño del cargo de operario – aseo integral, que en el curso de la relación laboral, empezó a sufrir afecciones de salud, las que eran de conocimiento de su empleador, ya que desde el 23 de mayo de 2014, la EPS Cafesalud informó que padecía síndrome de manguito rotador bilateral y bursitis subacromio subdeltoidea bilateral, que por ello, fue valorada por AXA Colpatria, entidad que en dictamen 9887 del 8 de noviembre de 2016, la calificó con una PCL de 15.86% y fecha de estructuración 7 de septiembre de 2016, que recurrió dicho dictamen manifestando su inconformidad frente al porcentaje de PCL, el que fuera modificado por la Junta Regional de Calificación de Invalidez, señalando un 28.48%, que este último fue apelado por AXA Colpatria, siendo confirmado en todas sus partes por la Junta Nacional de calificación de Invalidez.

Refiere que el 3 de febrero de 2018, AXA Colpatria, emitió concepto de aptitud laboral, informándole al empleador las recomendaciones que debía seguir para el desempeño de sus funciones, que el 30 de noviembre de 2018, la demandada le remite comunicado mediante el cual da terminación al contrato laboral, omitiendo solicitar la autorización al Ministerio de Trabajo para terminar el mismo.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La sociedad demandada contestó la acción, oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos; aceptó los contenidos en numerales No. 1, 2, 4, 5, 7, y 9 a 12; referentes a la existencia de la relación laboral, el cargo desempeñado por la actora, que tenía conocimiento de las



afecciones de salud de esta y los referentes a los dictámenes de calificación emitidos en su caso; negó el No. 13 y manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones que denominó terminación del contrato de trabajo por terminación de la obra o labor, inexistencia de estabilidad laboral reforzada, pago, compensación. No discriminación a la actora por su estado de salud, cobro de lo no debido, buena fe y genérica.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:

“PRIMERO: CONDENAR a la sociedad demandada COMPAÑÍA DE SERVICIOS DE ADMINISTRACIÓN SERDAN S.A., a reintegrar a la demandante MARIA ANGELICA GIRALDO HERRERA, al cargo que venía desempeñando a uno de igual categoría.

SEGUNDO: CONDENAR a la COMPAÑÍA DE SERVICIOS Y ADMINISTRACIÓN SERDAN S.A. al pago de los salarios y las prestaciones sociales dejadas de percibir por la señora MARIA ANGELICA GIRALDO HERRERA, desde el día 01 de diciembre de 2018 y hasta que se haga efectivo el reintegro.

TERCERO: CONDENAR a la COMPAÑÍA DE SERVICIOS Y ADMINISTRACIÓN SERDAN S.A., a que realice los aportes a seguridad social en pensión a la demandante MARIA ANGELICA GIRALDO HERRERA a partir del día 01 de diciembre de 2018 hasta la fecha que se realice el reintegro.

CUARTO: ABSOLVER a la COMPAÑÍA DE SERVICIOS Y ADMINISTRACIÓN SERDAN S.A., de las demás pretensiones incoadas en su contra.

SEXTO: SIN CONDENA en costas.

Fundamentó su decisión la Juez de primer grado señalando en síntesis que se encontraba acreditado que la demandante estaba amparada por fuero de estabilidad laboral reforzada conforme se evidenciaba en los dictámenes allegados, especialmente en el expedido por la Junta Nacional que calificó su PCL en 28,48% de origen laboral con fecha de estructuración del 7 de septiembre de 2016, de igual forma, indicó que se había aportado copia del contrato de outsourcing suscrito entre Avianca y Serdan S.A., el otrosí de prórroga y la comunicación de no adjudicación de la licitación a la demandada, así mismo, refirió que estaba acreditado que la demandante prestó sus servicios para la empresa usuaria desde el 3 de agosto de 2010 hasta el 2018, por espacio de 8 años, aspecto frente al que no se referiría dado que ello fue aceptado por Serdan, pero resaltando que ese tiempo de servicio resultaba importante ya que durante este se había generado la PCL.



Afirmó que frente al argumento de defensa de la demandada relacionado con que no era procedente la protección en la medida que el contrato de trabajo se extinguió por la culminación de la obra o labor, si bien la C.S.J, en sentencia SL2586-2020 indicó que cuando la decisión de terminación se soportaba en un principio de razón objetiva esta decisión era legítima y se derivaba del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, dado que lo que se sancionaba era que el despido estuviera precedido de un acto discriminatorio y aludió que en dicha sentencia se indicó que tratándose de los contratos por duración de la obra o labor, la culminación de la obra era una razón objetiva; sin embargo, señaló que pese a ello, en aplicación de la jurisprudencia de la Corte Constitucional frente a la situación de salud presentada por la actora y dado que no se demostró que la EST no tuviera otras empresas usuarias donde se pudiera ubicar a la demandante en tanto que no se demostró que Avianca fuera la única empresa usuaria y dado que la misma había laborado por 8 años se ordenó el reintegro.

Finalmente, mencionó que no procedía la indemnización del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, en tanto que no se trató de un trato discriminatorio sino que el reintegro se produjo en razón de la aplicación de los principios constitucionales porque se daban todos los presupuestos establecidos.

RECURSOS DE APELACIÓN

La parte **demandante** recurrió señalando que la indemnización prevista en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 era procedente, en la medida en que se había logrado probar que el despido realizado a la actora no obedeció a una causa objetiva sino a una condición de discapacidad, adicionalmente, mencionó que frente a las costas no procedía revisar si había una causal objetiva o no, pues en este asunto lo que debía tenerse en cuenta era que la parte vencida debía ser condenada en costas.

La parte demandada señaló en su recurso que ya que se había acogido lo expuesto por la Corte Constitucional y no lo indicado por la Corte Suprema de Justicia, debiéndose tener en cuenta que incluso la Corte



Constitucional en sentencia SU-047 indicó que si había una razón objetiva no se daba la estabilidad laboral reforzada, la cual incluso había sido citada por el juzgado pero en lo relacionado con que esta protección se aplicaba a todo el mundo y no en lo relacionado con la razón objetiva, aspecto este último que también se citó en la sentencia T-020 de 2021 y no solo en estas sentencias sino también en varios pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia, tales como el citado por el despacho y el contenido en la sentencia SL-1360 de 2018, señalando que en el caso bajo estudio había operado una causal objetiva.

Que si bien era entendible la preocupación del despacho frente al tiempo laborado, pero debía tenerse en cuenta que Serdan S.A. no era una EST, ya que lo que existía era un contrato de outsourcing para que se prestaran unos servicios a Avianca S.A., no se trataba del envío de trabajadores en misión, igualmente, mencionó que se había probado que al darse la terminación del contrato con Avianca se terminaron todos los contratos y que la consideración efectuada respecto a que no se mandó a la trabajadora a otra empresa usuaria no operaba siendo que en todo caso cuando se tratare de una EST esto no se exigía.

CONSIDERACIONES

La Sala resolverá el recurso de acuerdo con lo establecido en el artículo 66 A del C P del T y de la S S, por razones de método, se resolverá en primer lugar el recurso de la parte demandada, determinando si la demandante debe ser objeto de la protección prevista en la Ley 361 de 1997, para de ser así, abordar el estudio de la indemnización prevista en la misma ley equivalente a 180 días de salario.

Sea lo primero señalar que no fue objeto de reparo la relación laboral sostenida por la demandante y la demandada entre el 3 de agosto de 2010 al 30 de noviembre de 2018, supuestos que fueran aceptados por esta última en escrito de contestación de demanda y que dicha vinculación se pactó en la modalidad de *contrato de trabajo por la duración de una obra o labor determinada*, como se puede verificar de documental contentiva de



contrato de trabajo visible a folio 4 del plenario.

De igual forma, no ofreció reparo que la demandante, se encuentra calificada por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez con una PCL del 24.48%, con fecha de estructuración 7 de septiembre de 2016, dictamen visible a folio 13 del plenario.

A su turno, del texto del contrato de trabajo a que se aludió, se establece claramente el objeto de la obra o labor para la cual fue contratada la demandante, detallándose la siguiente: *consiste en la ejecución de las actividades eficaces, propias al cargo operario – aseo integral, destinados al cumplimiento de la prestación del servicio y todas las actividades complementarias para el cliente Avianca S.A. ... **por el tiempo que dure el contrato comercial No. 10605017 suscrito entre Serdan y Avianca S.A.***

La documental contentiva de dicho contrato suscrito entre Avianca S.A. y la pasiva, fue allegada por esta última, la que también aportó prueba suficiente que da cuenta de que dicho convenio comercial, al que estaba sujeta la duración de la labor de la demandante, culminó el **30 de noviembre de 2018**, pues así se deduce claramente de comunicación expedida por Avianca S.A., para el mes de octubre de 2018 y visible a folio 111 del plenario mediante la cual esta sociedad informa a la demandada que no fue seleccionada en la licitación del servicio de *facility management* y de otrosí No. 4 realizado dentro del contrato en mención, mediante el cual se extendió su duración al **30 de noviembre de 2018**, data que coincide con la de terminación de la relación laboral.

Determinando lo anterior, resulta suficientemente claro que la culminación de la relación laboral de la demandante, obedeció a una **causal objetiva**, como lo fue la terminación de la obra para la cual fue contratada, cuestión que fue descrita claramente en el texto del contrato; y que si bien se determina la existencia del padecimiento de salud de la actora debidamente calificado, ello no era óbice para que la demandada pudiera dar fin a su contrato, se itera, con fundamento en una causal



objetiva; tal aspecto fue reiterado por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL 1154 del 10 de mayo de 2023, M.P. Marjorie Zúñiga:

*Si del análisis referido se concluye que el trabajador está en situación de discapacidad y la terminación del vínculo laboral **no se funda en una causa objetiva o justa, tal decisión se considera discriminatoria** y, por ello, es preciso declarar su ineficacia, acompañada de la orden de reintegro y el pago de salarios y demás emolumentos respectivos, junto con los ajustes razonables que se requieran y la indemnización contemplada en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997.*

Ahora, el empleador conserva en todo caso la facultad de terminar el contrato de trabajo con sustento en una causa justa u objetiva y, para tal efecto, no es necesario que solicite autorización ante el Ministerio de Trabajo. El referido trámite administrativo se requerirá cuando el despido tenga una relación directa con la situación de discapacidad y no fue posible implementar ajustes razonables. (Negrilla fuera del texto original)

Con fundamento en el criterio jurisprudencial en cita y luego de analizado el caudal probatorio al que se hizo alusión en apartes anteriores, se itera, es claro que la terminación del vínculo obedeció a una causal objetiva y no a la situación de discapacidad de la actora, pues si ese fuera el querer de su empleador, hubiera culminado el vínculo con bastante anterioridad a la fecha en que lo hizo, pues la misma parte demandante refiere que la EPS Cafesalud, desde el año 2014 emitió recomendaciones de salud al empleador en razón a su padecimiento, siendo este finalmente por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez en el 2016 y el vínculo fue finiquitado hasta el año 2018; amparado en la terminación de la obra o labor para la cual la demandante fue contratada, cuestión que quedó suficientemente probada.

Así las cosas, se impone **REVOCAR** la sentencia recurrida en su totalidad, para en su lugar **ABSOLVER** a la sociedad demandada de las condenas allí impuestas, no habiendo lugar por sustracción de materia a referirse respecto al recurso de apelación interpuesto por la parte demandante.

Sin costas en esta instancia.



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

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia recurrida, para en su lugar **ABSOLVER** a la sociedad demandada de las pretensiones incoadas en su contra.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

Las partes se notifican por EDICTO de conformidad con los art. 40 y 41 del C.S.T. y de la S.S.

Los Magistrados,


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado


LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado
Salvo voto

Considero que procede la indemnizacion por terminacion pues no podía atarce la duracion del contrato a la vigencia del contrato con la beneficiaria del servicio

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

MAG. PONENTE: MARLENY RUEDA OLARTE

**PROCESO ORDINARIO DE OSCAR EDUARDO PINZÓN BARRIOS VS
CHEMONICS INTERNATIONAL INC SUCURSAL COLOMBIA RAD N° 30-2021-
87-01**

En Bogotá a los treinta y uno (31) días del mes de julio de dos mil veintitrés (2023), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

DECISION

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, resuelve el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante, contra la decisión del juzgado 30 laboral del circuito con fecha 12 de abril de 2023, en cuya virtud declaró improcedentes las medidas cautelares solicitadas.

HECHOS

El señor **OSCAR EDUARDO PINZÓN BARRIOS**, actuando a través de apoderado, instauró demanda ordinaria laboral en contra de **CHEMONICS INTERNATIONAL INC SUCURSAL COLOMBIA**, para que se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo y que tiene derecho en consecuencia a los beneficios derechos y emolumentos a que tiene acceso un trabajador de la demandada ya sean legales o extralegales. En ese orden reclama indemnización por despido sin justa causa, perjuicios morales, prestaciones, vacaciones, aportes, moratoria, extra y ultra petita. De manera subsidiaria solicita devolución de 75% de aportes en pensión y salud y el 100% en riesgos laborales e indexación.

El apoderado de la parte actora solicitó de manera expresa medida cautelar así: “... **SOLICITO DECRETAR Y EJECUTAR MEDIDAS CAUTELARES de conformidad con lo estipulado en el artículo 590 y 599 del Código General del Proceso, en contra de la entidad de derecho privado, sucursal de sociedad extranjera Chemonics International Inc. Sucursal Colombia identificada con Nit**

900.480.566-1, lo anterior teniendo en cuenta, lo manifestado en la contestación de la demanda, mediante en la cual el demandante indica que el proyecto ORO LEGAL culminó, lo cual deriva en que no va a recibir más dinero; por tal motivo el suscrito considera que la entidad demandada puede contar con graves dificultades para el cumplimiento de las obligaciones que deriven del proceso, la ejecución y el decreto se solicita en las cuentas bancarias de ahorros, corrientes y CDTs o cualquier emolumento financiero, a nombre de la empresa demandada, de las siguientes entidades financieras...”

El a – quo, mediante la providencia que hoy estudia la Sala negó las medidas solicitadas afirmando: “... El artículo 85A del CPTSS modificado por el artículo 37 de la Ley 712 del año 2001, señala que cuando el demandado efectúe actos que el juez estime tendientes a insolventarse o a impedir la efectividad de la sentencia, o cuando el juez considere que el demandado se encuentra en graves y serias dificultades para el cumplimiento oportuno de sus obligaciones, podrá imponer caución para garantizar las resultas del proceso, la cual oscilará entre el 30 y el 50% del valor de las pretensiones al momento de decretarse la medida cautelar y en la solicitud, la cual se entenderá hecha bajo la gravedad del juramento, se indicarán los motivos y los hechos en que se funda; quiere decir lo anterior que lo que busca el legislador es garantizar el cumplimiento de las posibles condenas que se puedan imponer a una persona natural o jurídica, evitando dilaciones innecesarias. Adicionalmente, debe tenerse en cuenta que la Corte Constitucional en sentencia C 043 del 25/02/2021, con ponencia de la Dra. Cristina Pardo, al estudiar la exequibilidad del anunciado artículo 37 de la ley 712 concluyó la exequibilidad condicionada del artículo 37 de la Ley 712 de 2001, en el entendido de que en la jurisdicción ordinaria laboral, pueden invocarse mediante medidas cautelares innominadas previstas en el literal C de numeral 1, del artículo 590 CGP, dicho literal establece principalmente que puede aplicar cualquier otra medida que el juez encuentre razonable para la protección del derecho objeto de litigio, impedir su infracción o evitar las consecuencias derivadas de la misma, prevenir daños, hacer cesar los que se hubieren causado o asegurar la efectividad de la pretensión; para decretar la medida cautelar, el juez apreciará, entre otras actuaciones, la legitimación del interés para actuar de las partes y la existencia de la amenaza o vulneración del derecho.

Aclarado lo precedente, se tiene que la parte demandante solicita que se decrete el embargo de las cuentas bancarias de ahorro, corriente, excedentes o cualquier emolumento financiero que se encuentra nombre de la empresa demandada en las diferentes entidades financieras que relacionan el archivo 11 del expediente electrónico, argumentando que la culminación del proyecto deriva en que la enjuiciada no recibirá más dinero, generándose graves consecuencias para el cumplimiento de las obligaciones que resulten de juicio, se le dio la oportunidad de ratificar en el día de hoy su solicitud, que efectivamente lo hace y utiliza como medio de convicción los mismos argumentos; además se escuchó a la parte demandada, que hace su oposición a dicha solicitud, indicando que la empresa matriz tiene la capacidad económica suficiente para solventar las condenas que puedan resultar en caso de una sentencia y, además, la permanencia de la empresa es hasta el año 2028 y expone los documentos que así lo demuestran. Revisada la solicitud de la parte activa, así como verificando los hechos de la demanda y la respuesta a esta, se resalta el contenido del numeral 14 ¿? en el que, se asevera que a pesar que el proyecto legal aún funcionaba, no le fue a renovado el contrato, mientras que la pasiva alega que en el caso concreto del señor Pinzón, se tiene que el objeto de su contrato había finalizado por cuanto el alcance de sus servicios correspondía a la transmisión de conocimientos y diseño de plan de negocios de una empresa dedicada al cultivo de achote en el Chocó y al haberse constituido la empresa con la asesoría del demandante, eran los actores locales quienes debían

continuar la implementación del proyecto sin que se requiera acompañamiento técnico del señor Pinzón.

Adicionalmente, la pretensión declarativa sexta consiste en que se declare que el presunto contrato trabajo, finalizó de manera unilateral y sin justa causa por parte de la compañía; por lo que el aludido de hecho, necesariamente debe ser objeto de prueba, para decantar la real situación que se presenta en el caso concreto; por consiguiente, la culminación del denominado proyecto oro legal, no constituía para esta sede judicial, un acto tendiente a que la accionada se insolvente o que impida la efectividad de la sentencia o que se encuentre graves y serias dificultades económicas, solamente es la culminación de un proyecto de los varios que maneja la empresa y **viendo el objeto social, es financiado no solamente con los recursos para un proyecto, sino que en términos generales, está respaldado por el patrimonio de la empresa matriz**, siendo así las cosas, surge improcedente la solicitud de la medida cautelar decretada, la que sólo se debe decretar en casos excepcionales, cuando se demuestre, cuando efectivamente se demuestre que sea objetiva la razón por la cual se considere que se pone en peligro el cumplimiento de la sentencia...”

Inconforme con esta decisión el apoderado de la parte demandante interpuso recurso señalando: **“...De conformidad con la documentación efectivamente allegada, se tiene que existe un certificado de matrícula de sucursal de sociedad extranjera, el cual también está junto con la contestación de demanda, en el cual se evidencia que la duración de los negocios de la sucursal en Colombia, es hasta 31 de diciembre de 2023, posteriormente como parte de su fundamentación, señor juez, valora cada una de las pretensiones declarativas y condenatorias para efectos de indicar que no se encuentra probado que la demandada se encuentre en graves problemas para garantizar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la sentencia condenatoria; su señoría incurrió en error probatorio, el primero es la indebida valoración de la documentación efectivamente arrojada, como lo es el Certificado de Cámara de Comercio, el de la existencia y apertura de la sucursal de sociedad extranjera anexo a la contestación; el segundo, la indebida valoración del documento extranjero, el cual no ha sido incluido ni reportado ante la Cámara de Comercio, si bien es cierto, la validez de los documentos emitidos en el extranjero, para que puedan ser presentados ante el Estado colombiano, es necesario que sean apostillados, también es cierto que el término de duración de una sociedad y cualquier modificación que se ejecute respecto de los estatutos de la misma, es un acto solemne que requiere de la inscripción correspondiente del acto de renovación del acta que indica que efectivamente se tiende a continuar los negocios en la sucursal aperturada en Colombia por esa sociedad extranjera, también se tiene de conformidad con eso, que ese es un acto solemne, que para que ese documento que efectivamente la doctora nos hizo traslado en la pantalla, sea válido a nivel de Colombia, es necesario que este sea representado y adicionalmente, validado por la Cámara de Comercio de Bogotá. ¿Por qué, Señoría? Precisamente porque el certificado de matrícula de sucursal de sociedad extranjera, es el documento que le da validez y oponibilidad ante terceros a todos los actos ejecutados por una sucursal extranjera, tan es así su señoría que, para el Estado colombiano, la duración de la sucursal, apertura a hoy día, conforme lo efectivamente probado, tiene una duración máxima hasta el 31/12/2023. Por otro lado, tenemos que, efectivamente incluso en las manifestaciones realiza la doctora en apoyo a su tesis de defensa, indica que efectivamente ejecuta proyectos, que cada proyecto tiene una cuenta distinta y que cada una de ellas tiene una financiación específica y eso es de vital importancia, no es un tema probatorio menor, recuerde que las alegaciones de la parte también se puede tener como pruebas, pero aun así, partiendo diferentemente de eso, tenemos el certificado que indica efectivamente que las labores en relación al programa oro legal ya quedaron finalizadas desde el 21 de abril de 2021, lo que quiere decir que no hay recursos directamente para la asunción de una condena derivada del proyecto oro legal, no cuenta con fondos necesarios para su ejecución, motivo por el cual, considero que efectivamente se está ante uno de los requisitos dispuestos por el artículo 85A y que si señoría como consecuencia de estos**

errores en la valoración de la de la documentación allegada por la apoderada de la parte demandada, incurrió en una indebida aplicación de la norma en cita ¿Por qué su señoría y por qué tiene transcendencia en su decisión y por qué la corrección de ese error, torna en una determinación diametralmente opuesta la decisión; porque de haber valorado efectivamente el certificado de existencia y representación legal adjunto a la contestación de la demanda, sin hacer mención, por ejemplo, a temas de financiación que tiene la casa matriz, que, por cierto, no resultó probado tampoco, que ese es precisamente otro error, aquí hablan de que existe una casa matriz en Estados Unidos que lleva 70 años, pero no vimos una prueba relacionada, sabemos que hay una sucursal de sociedad extranjera que efectivamente se termina el 31 diciembre del 2023, no sabemos cuáles son las _____ de esa entidad, porque pruebas a nivel interno en este proceso no hay y eso es parte del error en la valoración de las pruebas, con todo respeto su señoría, lo que busco es hacer que el presente asunto se pueda garantizar el derecho fundamental al acceso a la administración de justicia en su arista de la efectividad y cumplimiento de las decisiones que eventualmente se emitan.

De nada sirve que para el momento en el salga la sentencia, probablemente este año, pero regularmente usted lo sabe señoría y es que es un hecho notorio que casi todas las sentencias emitidas en primera instancia, se van la apelación al Tribunal y el Tribunal actualmente se está demorando más de un año, el tema de la congestión judicial, es un hecho notorio. ¿Entonces, Señoría? Si para el momento de la ejecución de la sentencia ya ha pasado 31 diciembre 2023, no vamos a contar con fondos para poder ejecutar la sentencia y entonces la efectividad de la garantía de acceso a la administración de justicia en su arista del cumplimiento de las mismas, se va a ver vulnerada en cabeza de los derechos del señor Óscar Eduardo Pinzón. Así las cosas, lo probado es que hay una sucursal que efectivamente termina su renovación el 31 de diciembre de 2023, va a terminar su existencia, tenemos que cada uno de los programas que ejecuta Chemonics como bien ellos lo manifiestan en su contestación de la demanda, tienen un fin específico, cada uno de los dineros que ellos reciben para un contrato específico y para un proyecto específico, motivo por el cual, si se ha terminado el contrato, efectivamente, estamos ante el tercer evento estipulado por el 85A y precisamente en eso radica la diametral respuesta distinta de su señoría en caso de haber evaluado efectivamente las pruebas. ¿Por qué? Porque en este momento se puede establecer claramente que está en serias dificultades para el cumplimiento de sus obligaciones porque lo que está actualmente y lo que es oponible a terceros es que esta empresa, primero ya se gastó los dineros derivados de este contrato específicamente y segundo, no va a continuar funcionando aquí en Colombia; motivo por el cual, viendo única y exclusivamente las pruebas, reitero, las afirmaciones de la demandada aunque pueden ser de buena fe que, aunque pueden corresponder a la realidad, no encuentran sustento jurídico probatorio, motivo por el cual solicitando que se acuda a exclusivamente a lo probado, se encuentra que es procedente la aplicación de la medida.

CONSIDERACIONES

De conformidad con lo preceptuado en el artículo 66 A del C P del T y de la S S, la Sala resolverá el recurso, destacando que en él el recurrente acude al art 85 del C P del T y de la S S, aun cuando el fundamento de la solicitud era el CGP, tema que es válido analizar a la luz de la jurisprudencia al respecto,

Desde ya la Sala advierte que la decisión del Juez de primera instancia será CONFIRMADA. Veamos las razones.

Hasta la sentencia C 043 de 2021, se había sostenido que en materia laboral la única medida cautelar posible en proceso ordinario era la contemplada en el artículo 85 A del C P del T y de la S S; siendo imposible recurrir para otras al CGP, ya que no lo permitía el artículo 145 de nuestro ordenamiento procesal, por tener el tema absolutamente regulado en este código. Sin embargo, la sentencia C043, proferida el 25 de febrero del año en curso, al estudiar una demanda de inexecuibilidad del artículo 85 A ya citado y como bien señaló la Juez abrió la puerta para la aplicación de las denominadas medidas cautelares innominadas, solo que solo y siempre y cuando se den los requisitos para que así sea, lo que desde ya advierte la Sala no se cumple en este caso, toda vez que la Corte declara exequible de forma condicionada el artículo 37A de la Ley 712 de 2001, por el cargo de igualdad que analizó, pero en el entendido que en la jurisdicción ordinaria laboral **pueden invocarse las medidas cautelares innominadas previstas en el literal “c”, numeral 1, del artículo 590 del Código General del Proceso; lo cual no implica que su decreto sea automático con la simple solicitud de las mismas.** Nótese que, en la misma sentencia, en el numeral segundo de la parte resolutive, la Corte exhorta al Congreso de la República, **para que defina** un régimen de medidas cautelares que atienda las características propias de las pretensiones que se tramitan ante los jueces laborales, lo que implica que al decretarlas desde luego no solo debe el Juez analizar los requisitos, sino atender esas características propias del derecho laboral.

La Corte sostuvo además que el objetivo de las medidas cautelares, dada la jurisprudencia al respecto es “proteger provisionalmente, mientras dura el proceso, la integridad de un derecho discutido dentro del mismo. Además de garantizar que la decisión adoptada logre ser materialmente ejecutada”; aclarando además que para su decreto y en palabras de la Corte: *“...deben darse dos presupuestos esenciales para decretar una medida cautelar, a efectos de asegurar su proporcionalidad y congruencia. El periculum in mora (o peligro en la demora), “tiene que ver con el riesgo de que al no adoptarse la medida cautelar sobrevenga un perjuicio o daño mayor del que se expone en la demanda, que de no precaverse, transforme en tardío el fallo definitivo. Tiene igualmente que ver con un temor fundado de que el derecho se frustre o sufra menoscabo durante la sustanciación del proceso”¹. Y el fumus boni iuris (o apariencia de buen derecho), que “aduce a un principio de veracidad en cuanto a la afectación del derecho invocado como fundamento de la pretensión principal”.*

Ninguno de estos dos requisitos aparece plenamente acreditado en este caso; es decir no hay evidencia de un perjuicio o daño mayor si no se ordena la medida, ni tampoco del *fumus boni iuris* o apariencia de buen derecho que por las características propias del derecho laboral, no puede surgir desde la presentación de la demanda y son la sola afirmación de la parte actora como acá se pretende; sobre todo cuando esta se limita a **que la sucursal va a finalizar o por decirlo llegar a su culminación cuando en verdad existe un matriz que puede garantizar el cumplimiento de una eventual condena, lo cual es en verdad el único argumento para la medida cautelar, que se itera fue embargo de cuentas, que debe además obedecer a los requisitos antes señalados, toda vez que no son las que consagra el art 85 A del C P del T y de la S S, que solo se refiere a caución.**

Conviene resaltar entonces que en cuanto a medida cautelares en proceso ordinario en laboral, la corte no pudo ser más clara al respecto y en la sentencia ya analizada señaló:

“(…)

De allí que, para evitar un abuso en la imposición de una medida cautelar, su procedencia no sea automática tras la solicitud, sino que está sujeta a la decisión del juez, quien ejerce un rol que es esencial para que bajo criterios de proporcionalidad y razonabilidad defina sobre su viabilidad y término de duración. Por tanto, esta Corporación ha indicado que “[l]as medidas cautelares no pueden, en ningún caso, ser arbitrarias. Los jueces, en ejercicio de su función, las deben decretar en cada proceso, de tal manera que aún en la hipótesis en que su atribución para decidir sea amplia, la discrecionalidad jamás pueda constituir arbitrariedad”².

Ahora bien, el recurrente insiste en la aplicación del artículo 590 de CGP; tema que ya tiene una respuesta positiva dada la sentencia analizada; recordemos entonces el artículo, pues en el no solo se consagran cuales son las medidas sino las reglas o requisitos para su procedencia.

“ARTÍCULO 590. MEDIDAS CAUTELARES EN PROCESOS DECLARATIVOS. *En los procesos declarativos se aplicarán las siguientes reglas para la solicitud, decreto, práctica, modificación, sustitución o revocatoria de las medidas cautelares:*

1. Desde la presentación de la demanda, a petición del demandante, el juez podrá decretar las siguientes medidas cautelares:

a) La inscripción de la demanda sobre bienes sujetos a registro y el secuestro de los demás cuando la demanda verse sobre dominio u otro derecho real principal, directamente o como consecuencia de una pretensión distinta o en subsidio de otra, o sobre una universalidad de bienes.

Si la sentencia de primera instancia es favorable al demandante, a petición de este el juez ordenará el secuestro de los bienes objeto del proceso.

b) La inscripción de la demanda sobre bienes sujetos a registro que sean de propiedad del demandado, cuando en el proceso se persiga el pago de perjuicios provenientes de responsabilidad civil contractual o extracontractual.

Si la sentencia de primera instancia es favorable al demandante, a petición de este el juez ordenará el embargo y secuestro de los bienes afectados con la inscripción de la demanda, y de los que se denuncien como de propiedad del demandado, en cantidad suficiente para el cumplimiento de aquella.

El demandado podrá impedir la práctica de las medidas cautelares a que se refiere este literal o solicitar que se levanten, si presta caución por el valor de las pretensiones para garantizar el cumplimiento de la eventual sentencia favorable al demandante o la indemnización de los perjuicios por la imposibilidad de cumplirla. También podrá solicitar que se sustituyan por otras cautelas que ofrezcan suficiente seguridad.

c) **Cualquiera otra medida que el juez encuentre razonable para la protección del derecho objeto del litigio, impedir su infracción o evitar las consecuencias derivadas de la misma, prevenir daños, hacer cesar los que se hubieren causado o asegurar la efectividad de la pretensión.**

Para decretar la medida cautelar el juez apreciará la legitimación o interés para actuar de las partes y la existencia de la amenaza o la vulneración del derecho.

Así mismo, el juez tendrá en cuenta la apariencia de buen derecho, como también la necesidad, efectividad y proporcionalidad de la medida y, si lo estimare procedente, podrá decretar una menos gravosa o diferente de la solicitada. El juez establecerá su alcance, determinará su duración y podrá disponer de oficio o a petición de parte la modificación, sustitución o cese de la medida cautelar adoptada.

Cuando se trate de medidas cautelares relacionadas con pretensiones pecuniarias, el demandado podrá impedir su práctica o solicitar su levantamiento o modificación mediante la prestación de una caución para garantizar el cumplimiento de la eventual sentencia favorable al demandante o la indemnización de los perjuicios por la imposibilidad de cumplirla. No podrá prestarse caución cuando las medidas cautelares no estén relacionadas con pretensiones económicas o procuren anticipar materialmente el fallo.

2. Para que sea decretada cualquiera de las anteriores medidas cautelares, el demandante deberá prestar caución equivalente al veinte por ciento (20%) del valor de las pretensiones estimadas en la demanda, para responder por las costas y perjuicios derivados de su práctica. Sin embargo, el juez, de oficio o a petición de parte, podrá aumentar o disminuir el monto de la caución cuando lo considere razonable, o fijar uno superior al momento de decretar la medida. No será necesario prestar caución para la práctica de embargos y secuestros después de la sentencia favorable de primera instancia.

PARÁGRAFO PRIMERO. En todo proceso y ante cualquier jurisdicción, cuando se solicite la práctica de medidas cautelares se podrá acudir directamente al juez, sin necesidad de agotar la conciliación prejudicial como requisito de procedibilidad.

PARÁGRAFO SEGUNDO. Las medidas cautelares previstas en los literales b) y c) del numeral 1 de este artículo se levantarán si el demandante no promueve ejecución dentro del término a que se refiere el artículo 306.”

Es entonces en el literal c) se consagran las medidas innominadas, es decir cualquier medida que el Juez encuentre razonable; **y que solo son procedentes si se dan los requisitos, siempre bajo principios de razonabilidad y proporcionalidad y dadas las pretensiones perseguidas; esto es: i) la existencia de la amenaza o la vulneración del derecho y ii) la apariencia de buen derecho, como también la necesidad, efectividad y proporcionalidad de la**

medida permitiéndole además, si lo estimare procedente, decretar una menos gravosa o diferente de la solicitada.

Ninguna de estas se encuentra acreditada, pues no basta que el recurrente afirme que la sucursal va a finalizar y que esto se desprende del certificado de existencia y representación legal de la demandada; ya que, si bien eso puede ser cierto, no puede olvidarse que justamente una sucursal tiene una matriz y por ello los existen mecanismos a los que se puede acudir para la garantía de los derechos.

Finalmente, la Sala destaca y cita la sentencia de la Corte Constitucional, a la que nos hemos venido refiriendo, esto es la C043 de 2021: pues en ella se ofrece respuesta a las medidas cautelares posibles en un proceso ordinario laboral, que de manera alguna pueden ser todas a las que permite acudir el artículo 590 del CGP. Señaló la Corte:

“(…)

La Sala evidencia entonces que el régimen cautelar contemplado para el procedimiento civil, específicamente el previsto para los procesos declarativos (art. 590, CGP), es más ventajoso para sus justiciables, si se compara con el disponible en el proceso laboral para los justiciables de esta especialidad. Efectivamente, el primero goza de un estándar de protección más alto puesto que su régimen cautelar permite adoptar medidas con diferente alcance para proteger preventivamente el derecho reclamado, mientras que el segundo cuenta únicamente con la caución como herramienta para garantizar provisionalmente los derechos que allí se exigen, sin más alternativas.

Sin duda, lo expuesto refleja un déficit de protección cautelar para los justiciables del proceso laboral. Lo cual lleva a concluir que, bajo el razonamiento judicial de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, la norma acusada vulnera el principio de igualdad.

No obstante, para solucionar el trato desigual señalado, la Sala descarta declarar la inexequibilidad de la norma acusada, dado que ello pondría en una situación más gravosa a los justiciables en el proceso laboral, al pasar de un estatus de protección cautelar deficiente a la ausencia absoluta de este. Además, como se indicó líneas atrás, la norma en sí misma persigue una finalidad constitucionalmente importante y en virtud del principio de conservación del derecho es preciso acudir a una interpretación que garantice para el proceso laboral un estándar de protección en materia de medidas cautelares semejante al de los justiciables del proceso civil³.

En tal sentido, la Sala considera que existe otra interpretación posible de la norma acusada que permite garantizar el derecho a la igualdad de los justiciables del proceso laboral y también superar el déficit de protección evidenciado. Consiste en sostener que el art. 37A de la Ley 712 de 2001 sí admite ser complementado por remisión normativa a las normas del CGP, dado que el primero no contempla una disposición especial que proteja

³ Sentencia C-499 de 1998 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz), reiterada en las sentencias C-038 de 2006 y C-054 de 2016). De acuerdo con estas decisiones, en virtud del principio de conservación del derecho, la Corte Constitucional “no puede excluir una norma legal del ordenamiento jurídico, por vía de la declaración de inexequibilidad, cuando existe, por lo menos, una interpretación de la misma que se aviene al texto constitucional. De ser así, el juez de la carta se encuentra en la obligación de declarar la exequibilidad de la norma legal condicionada a que ésta sea entendida de acuerdo con la interpretación que se concilie con el estatuto superior. Con esto, se persigue, esencialmente, salvaguardar, al menos, algunos de los posibles efectos jurídicos de la disposición demandada, de manera que se conserve al máximo la voluntad del legislador”.

preventivamente los derechos reclamados en aquellos eventos donde la caución es inidónea e ineficaz. Aplicación analógica que procede únicamente respecto del artículo 590, numeral 1º, literal “c” del estatuto procesal general, es decir, de las medidas cautelares innominadas, por las siguientes razones.

El CGP es un cuerpo legal que complementa los demás procedimientos judiciales en lo no contemplado en ellos. Así lo dispone su artículo 1º cuando sostiene que “se aplica, además, a todos los asuntos de cualquier jurisdicción o especialidad y a las actuaciones de particulares y autoridades administrativas, cuando ejerzan funciones jurisdiccionales, en cuanto no estén expresamente regulados en otras leyes”. A su turno, como se ha indicado en párrafos anteriores, el CPT permite aplicar analógicamente disposiciones especiales no contempladas en este. Tal es el caso de las medidas cautelares innominadas, no previstas en el CPT, pero sí en el CGP.

La posibilidad de aplicar analógicamente las medidas cautelares innominadas del proceso civil en el laboral se debe a que con ellas el legislador responde “a la variedad de circunstancias que se pueden presentar”⁴ en el proceso, por lo que resultan idóneas y eficaces para prevenir daños y garantizar la tutela judicial efectiva de los derechos de los trabajadores en sus distintas dimensiones.

En efecto, la medida cautelar innominada consagrada en el literal “c”, numeral 1º, del artículo 590 del CGP, es una prerrogativa procesal que por su lenguaje no explícito puede ser aplicada ante cualquier tipo de pretensión en un proceso declarativo, dado que no condiciona su procedencia a una situación concreta definida por el legislador. Es a través de este tipo de medidas que el juez laboral puede, con fundamento en los principios de razonabilidad y proporcionalidad, determinar si procede su adopción de acuerdo con el tipo de pretensión que se persiga. A través de ellas el juez podrá adoptar la medida que “encuentre razonable para la protección del derecho objeto de litigio, impedir su infracción o evitar las consecuencias derivadas de la misma, prevenir daños, hacer cesar los que se hubieren causado o asegurar la efectividad de la pretensión”.

Por el contrario, las demás medidas previstas en el art. 590 del CGP responden a solicitudes específicas del proceso civil. Si se admitieran en el proceso laboral todas las medidas cautelares de la referida norma procesal general, implicaría que en él pudiera solicitarse la inscripción de la demanda o el embargo y secuestro de un bien, pasando por alto que el legislador habilitó estas medidas para casos particulares en lo civil, esto es, cuando se persigue el reconocimiento del derecho de dominio o el pago de una indemnización de perjuicios por responsabilidad contractual o extracontractual.

Así, la referida interpretación judicial del artículo acusado aumenta significativamente la garantía del derecho de acceso a la justicia y de la tutela judicial efectiva de los justiciables del proceso laboral, pues para decretar la medida cautelar innominada el juez seguirá los parámetros establecidos por el art. 590 del CGP. Con esto se superan la desventajas que los demandantes señalaban respecto del art. 37A de la Ley 712 de 2001, referidas (i) al listado de medidas disponibles, (ii) su efectividad, (iii) el estándar para decretarlas y (iv) el plazo para resolverlas. Sumado a ello, este entendimiento de la norma es conforme con los principios de la primacía del derecho sustancial sobre las formas, el de contar con un recurso judicial efectivo y con el trato especial que la Constitución Política otorga a los derechos al trabajo y a la seguridad social, tanto en su dimensión sustancial como procedimental.

Finalmente, es importante recordar que, según lo visto en el acápite de consideraciones, las medidas cautelares innominadas ya estaban presentes en otros procedimientos judiciales especiales antes de ser introducidas por el legislador en el CGP (Ley 1564 de 2012). Esto último significó sin duda que, a partir de ese

⁴ C-835 de 2013, M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

momento, tal herramienta jurídica dejaba de ser una prerrogativa exclusiva de algunos procesos particulares para empezar a regir en la generalidad de los procesos declarativos, a excepción del proceso laboral. Por tanto, con la presente decisión se supera ese trato desigual del que era objeto el proceso laboral en relación con las medidas innominadas.

*Conforme lo expuesto, la Sala concluye que la disposición acusada admite dos interpretaciones posibles. (i) Una primera conforme a la cual es una norma especial que impide la aplicación, por remisión normativa, del régimen de medidas cautelares dispuesto en el CGP, posición esta adoptada por la Corte Suprema de Justicia, que lleva a concluir que la disposición vulnera el principio de igualdad. **Pero también (ii) otra interpretación que reconoce que la norma no impide esta posibilidad de aplicación, por remisión normativa, concretamente del literal c) del numeral 1º del artículo 590 del CGP, referente a la facultad del juez de decretar medidas cautelares innominadas.***

De estas dos interpretaciones posibles, en concepto de la Sala Plena, debe preferirse la segunda, porque hace efectivos los principios constitucionales de protección especial al derecho al trabajo, ínsitos en las reclamaciones de orden laboral, y no genera un déficit de protección del derecho a la tutela judicial efectiva.

Teniendo en cuenta lo anterior, la Corte declarará exequible de forma condicionada el artículo 37A de la Ley 712 de 2001, en el entendido según el cual en la jurisdicción ordinaria laboral pueden invocarse medidas cautelares innominadas, previstas en el literal “c” del numeral 1º del artículo 590 del CGP.

Dicho literal establece, principalmente, que se puede aplicar cualquier otra medida que el juez encuentre razonable para la protección del derecho objeto de litigio, impedir su infracción o evitar las consecuencias derivadas de la misma, prevenir daños, hacer cesar los que se hubieren causado o asegurar la efectividad de la pretensión. Para decretar la medida cautelar el juez apreciará, entre otras situaciones, la legitimación o interés para actuar de las partes y la existencia de la amenaza o la vulneración del derecho. (Destaca y subraya la Sala).

De manera que es la misma Corte la que indica que medidas como la solicitada, eso si entiende que se persigue embargo de cuentas; no son posibles en un proceso laboral, porque son específicas, pero tampoco en este caso las del art 85 A del C P del T y de la S S, porque la simple afirmación sobre la posibilidad de incumplimiento por desaparición de una sucursal, es suficiente para la procedencia de la medida; razón por la cual se **CONFIRMA**, la decisión de primera instancia.

Sin costas en la alzada.

En mérito de lo expuesto por el Tribunal Superior de Bogotá, por conducto de la Sala Laboral,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR los autos objeto de la apelación, por las razones expuestas en la parte motiva del presente proveído.

SEGUNDO: COSTAS. No se causan en la alzada.

Las partes se notifican por edicto de conformidad con los artículos 40 y 41 del CPTSS.

Los Magistrados,



MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO



LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C
SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 31-2021-00612-01
ASUNTO: APELACIÓN SENTENCIA
DEMANDANTE: GLORIA CONSTANZA LATORRE
DEMANDADO: COLPENSIONES

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

RECONÓZCASE PERSONERÍA a la Doctora AMALIA LOAIZA, identificada como aparece al pie de su firma, en documental contentiva de poder; en calidad de apoderada de la demandada Colpensiones, en los términos y para los efectos del poder de sustitución conferido.

En Bogotá a los treinta y un (31) días del mes de julio de dos mil veintitrés (2023), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por Colpensiones, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 14 de julio de 2022.

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior a las partes para presentar alegaciones, fueron remitidas las de ambas partes, la demandante, solicita se confirme la decisión de primer grado.

ANTECEDENTES

La señora GLORIA CONSTANZA LATORRE por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se reconozca y pague a su favor pensión de sobreviviente en calidad de compañera permanente del señor José Gonzalo Vargas, quien falleció el 27 de abril de 2021, a partir de dicha data, junto con indexación e intereses moratorios.

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que el señor José Gonzalo Vargas, falleció el 27 de abril de 2021, que contrajo matrimonio por rito católico con este, el 19 de diciembre de 1990, que convivieron juntos compartiendo techo mesa y lecho desde abril de 1988 hasta el 18 de diciembre de 1990 en calidad de compañera permanente, desde el 19 de diciembre de 1990, fecha del matrimonio católico al 28 de septiembre de 2013, en calidad de esposos y del 28 de septiembre de 2013, data en que se declaró el divorcio y la cesación de efectos civiles del matrimonio hasta el 27 de abril de 2021, en calidad de compañeros permanentes.

Que, durante su unión en matrimonio y compañeros permanentes, procrearon 4 hijos, Javier Humberto, Lidia Esperanza, Cristian Camilo y Yesid Fabián, todos mayores de edad, que, desde el 28 de septiembre de 2013, hasta el 27 de abril de 2021, siempre convivieron bajo el mismo techo con vocación de familia y ayuda mutua, de igual forma sucedió en todo el tiempo de su unión como esposos.

Señala que el 9 de junio de 2021 y con ocasión del fallecimiento de su compañero permanente, reclamó ante la demandada reconocimiento y pago de pensión de sobreviviente, la que le fue negada a través de resolución SUB 216551, acto administrativo contra el que interpuso los recursos de ley, siendo confirmada tal negativa, que su convivencia con el señor José Gonzalo nunca se interrumpió.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, Colpensiones, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó los No. 1 y 7 a 10, negó el No. 11 y manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó prescripción, inexistencia del derecho reclamado por falta de los requisitos legales, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y buena fe.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:

PRIMERO: CONDENAR a la demandada Administradora Colombiana de Pensiones, COLPENSIONES a reconocer y pagar a Gloria Constanza Latorre Cortés pensión de

sobrevivientes generada por el fallecimiento de José Gonzalo Vargas Usaquén, a partir del 27 de abril del año 2021, en cuantía de un salario mínimo legal mensual vigente.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada Administradora Colombiana de Pensiones, COLPENSIONES a reconocer y pagar a Gloria Constanza Latorre Cortés la suma de 15'297.871 por concepto de retroactivo pensional liquidado entre el 27 de abril del año 2021 al día 30 de julio del año 2022.

TERCERO: CONDENAR a la demandada al pago de intereses moratorios a partir del 9 de agosto del año 2021 sobre el valor de las mesadas adeudadas y no cancelas.

CUARTO: CONDENAR a la demandada al pago de costas y agencias en derecho en cuantía de medio salario mínimo legal mensual vigente.

Fundamentó su decisión la Juez de primer grado señalando:

De pensión de sobrevivientes: la norma aplicable es la norma vigente en el momento del fallecimiento del causante; aparece el registro civil de defunción de José Gonzalo Vargas, en donde se indica que falleció el 27 de abril del año 2021, por lo que la norma aplicable en materia de pensión de sobrevivientes en el caso que nos ocupa es la ley 797 del año 2003 en sus artículos 12 y 13, que modificó la Ley 100 de 1993. Tendríamos que revisar si el fallecido, el artículo 12 de la Ley 797 del año 2003, indica requisitos para obtener la pensión de sobrevivientes: tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez o invalidez, por riesgo común que fallezca, los miembros del grupo familiar del afiliado al sistema que fallezca siempre y cuando éste hubiese cotizado 50 semanas dentro los 3 últimos años inmediatamente anteriores al fallecimiento.

Lo primero que debe resaltarse es que la exigencia es de 50 semanas en los 3 años inmediatamente anteriores al fallecimiento del causante y no 26 como dice la señora apoderada de la parte demandante, al revisar la resoluciones incorporadas al plenario se SUB216551 del 7 de septiembre del año 2021 y SUB282535 del 26 de octubre del año 2021, es claro que en el momento del fallecimiento del Sr. José Gonzalo Vargas, se encontraba afiliado al sistema, cotizando a Colpensiones y en los 3 años inmediatamente anteriores a su fallecimiento reporta más de 150 semanas cotizadas como quiera que sus cotizaciones fueron continuas en interrumpidas desde el año de 1993, pues lo que es claro entonces que el señor José Gonzalo Vargas superó con creces la exigencia establecida en el numeral 2 del artículo 12 de la Ley 797 del año 2003, esto es, tenía más de 50 semanas cotizadas en los últimos 3 años inmediatamente anteriores a su fallecimiento, habiendo dejado causado el derecho al reconocimiento pensional.

Tendríamos que revisar ahora quién o quiénes serían los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes; el artículo 47 de la ley 193, que fue modificado por el artículo 13 de la Ley 797 del año 2003, dispone beneficiarios de la pensión de sobrevivientes: son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, en forma vitalicia, el cónyuge, compañero o compañera permanente supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario a la fecha del fallecimiento del causante tenga 30 o más años de edad, en caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge, compañera o compañero permanente supérstite deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de 5 años continuos con anterioridad a su muerte.

Tendríamos que revisar qué calidad tiene la señora Gloria Constanza Latorre, aclarando que no es posible que simultáneamente que tenga la calidad de cónyuge y la calidad de compañero permanente, la misma persona, las 2 calidades no pueden concurrir jurídicamente; aparece un registro civil de matrimonio entre Gloria Constanza Latorre y José Gonzalo Vargas; o sea matrimonio realizado por el rito católico el 19/12/1990, pero también aparece una anotación del Juzgado Segundo de Familia, en donde se indica que por sentencia el 28 de noviembre del año 2013, se decretó la cesación de efectos civiles del matrimonio católico, por lo que es claro entonces que la demandante ya no

tenía la calidad de cónyuge, esta calidad terminó en el momento en que se profiere la sentencia de cesación de efectos civiles del matrimonio católico de fecha 28 noviembre del año 2003.

Dice la señora apoderada de la parte demandante que como ella era la cónyuge, la convivencia podría ser en cualquier tiempo, no; doctora, eso no es cierto, la demandante no era la cónyuge, fue la cónyuge, pero ya existía una cesación de efectos civiles del matrimonio católico, por lo que debía acreditar necesariamente la convivencia en los 5 años anteriores al fallecimiento del causante, aquí ya no era posible convivencia en cualquier tiempo; la Corte Constitucional en la sentencia, SU 149 del año 2021 del 21 de mayo del año 2021, siendo magistrada ponente la doctora Gloria Stella Ortiz Delgado, indica: “la argumentación de la Sala de casación laboral no justifica este trato desigual entre los beneficiarios del pensionado y del afiliado, contrario a lo que sostuvo la Corte Suprema de Justicia, el hecho de que en el caso del afiliado no se haya causado el derecho pensional antes de su fallecimiento, no es óbice para que sus familiares requieran las mismas protecciones ante la eventualidad de que personas ajenas al grupo familiar obtengan artificiosamente el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, esto bajo el entendido de que la concesión de esa prestación económica se fundamenta en la dependencia con el afiliado causante, la cual es análoga en ambos casos y según se ha insistido en los argumentos anteriores; en este sentido, la sala plena comparte el argumento según el cual esta protección también es necesaria para la familia del afiliado, pues las pensiones de sobrevivientes causadas en este supuesto también son susceptibles de situaciones fraudulentas y si la exigencia de un mínimo de convivencia a personas que no integraban el grupo familiar del afiliado, podrían obtener opción exitosamente el reconocimiento pensional, asimismo, el trato diferenciado carece de una justificación objetiva, porque desatiende que, sin importar si se está ante una prestación causada por la muerte del afiliado o pensionado, la finalidad de la pensión de sobrevivientes es la protección del grupo familiar; en este sentido, el legislador, dentro de su amplio margen de apreciación en materia de diseño de las prestaciones y en materia de seguridad social, impuso el requisito de convivencia para garantizar que la pensión de sobrevivientes se reconozca a los beneficiarios a partir de sus finalidades, sin que lo dicho constituya un juicio abstracto sobre la constitucionalidad del requisito de convivencia o la imposibilidad de que, posteriormente, el Congreso la República pueda variar dichos requisitos”.

La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación laboral en la sentencia es SL 4142 del año 2021 del 15 septiembre del año 2021, siendo Magistrada Ponente la doctora Jimena Isabel Godoy; indica: del mismo modo que en la providencia la Corte señaló que no basta con la simple manifestación de la existencia de la convivencia pus era exigencia inexcusable que la citada acreditara la convivencia efectiva real y material, la vida en común con acompañamiento espiritual permanente, apoyo mutuo con el ánimo y la intención de constituir y organizar un proyecto de vida común familiar, como presupuesto determinantes a efectos de probar su derecho y quebrar el fallo de segundo grado, esta misma postura es reiterada en diversas jurisprudencias, verbigracia, en la sentencia SL4137 del año 2021, del 15 de septiembre del año 2021, siendo magistrada ponente esa misma doctora, en donde la Corte estipula que el concepto de convivencia va más allá de la vida conjunta en un hogar común, involucra una exigencia legal que entraña una comunidad de vida estable y permanente, en donde se brinde soporte en los pesos de la vida, apoyo espiritual y físico y camino hacia un destino común, sentencia SL1399 el año 2018 asimismo, tal concepto, conforme a lo explicado por esta corporación, comprende circunstancias que van más allá del meramente económico, pues implica el acompañamiento espiritual permanente, proyecto de vida común, apoyo económico, el compartir la vida de pareja y la cohabitación bajo el mismo techo que es la regla, SL6286 del año 2017; la jurisprudencia parte de la premisa que la vida en común bajo un mismo techo es la expresión ordinaria y frecuente del deseo de conformar una familia, sin que desconozcan circunstancias excepcionales, como lo refiere la censura que impidan que concurra la vida en el lugar común, por ejemplo, las derivadas de una fuerza mayor como la enfermedad, situaciones laborales y económicas, entre otras; no obstante, también ha considerado que se desvirtúa íntegramente si de la misma se infiere que esa

vida en común es prescindible y que puede ser reemplazada por proyectos de vida separados.

Tendríamos entonces que entrar a revisar si en los 5 años anteriores a la fecha del fallecimiento del causante, esto es, a partir del año 2016, existió convivencia bajo el mismo techo, pero como pareja no, no bajo el mismo techo porque no quería ninguna de los 2 irse de la casa ni desocuparla, es como pareja entre la señora demandante y el señor José Gonzalo Vargas; en el interrogatorio que absuelve la demandante, ella hace la relación de la vida en común que tuvo con el causante a partir del año de 1990, cuando ella quedó embarazada de su primer hijo, refiere cómo parten comprando un lote y empiezan a construir, empiezan a cohabitar con el lote, empezando por una habitación que no tenía ni frisos ni piso, no tenía nada y como después, con el paso del tiempo, van construyendo hasta finalmente, en el año 2017, principios del año 2018, terminar esa casa que es de 4 pisos, en donde ya conviven con todos sus hijos y sus familias, señala igualmente que en el año 2012 -2013 tuvieron inconvenientes y que precisamente por eso se separaron, se distanciaron; dice ella que durante esa época de distanciamiento ella, no obstante vivir en la misma casa, no convivía con el causante en la misma habitación, ella es clara al decir que se fue al primer piso a ocupar la habitación de su hija, pero que esa circunstancia duró algunos meses, que en el 2014 no recuerda abril o mayo nuevamente convivieron y de ahí en adelante convivieron en la misma habitación hasta que él falleció, refiere que tuvieron 4 hijos que él falleció de covid, pero que tenía problemas generados por una enfermedad profesional causada por los químicos.

Comparece como testigo Marcos Parra; testigo que es claro, conteste y coincidente que le ofrece este estrado judicial serios motivos de credibilidad, él refiere que es vecino de la misma cuadra, es decir, la calle 127, el Rincón de Suba desde el año 92-93, que fue cuando llegaron la señora Gloria, que desde ahí ellos vivieron juntos y que los vio construir, edificar el lote, que él falleció de covid, indica que nunca ingresó a la casa, pero que de vez en cuando compartía con el causante que tomaban cerveza, que, que era un caballero tomando cerveza, pero que nunca comentaron aspectos personales, que nunca hablaron de problemas familiares, que nunca hablaron de los hijos, que nunca hablaron de la economía del hogar, que esos temas no se tocaba; indica el que siempre lo vio convivir a la pareja en la misma casa, como una pareja normal.

Comparece como testigo José Pinilla, testigo que es claro, conteste y coincidente, quien indica que él conoció al causante porque fuera un compañero de trabajo, que fueron compañeros de trabajo durante más de 26 años en la empresa Flores Sac, que él convivía con la señora Gloria que era la esposa, que tuvieron cuatro hijos, refiere el testigo que uno de esos hijos es su abogado, manifiesta el testigo que él en el año 2000 les ayudó a construir el primer y segundo piso de la casa, como quiera que la pareja vivía en una piecita, un baño y una cocina, pero que los ayudó a construir, dice que el causante falleció de covid, pero que no, porque en la empresa manejaba muchos químicos, que duró como 7 meses incapacitado porque se le habían tapado los pulmones con los químicos y los restringieron un poco, manifiesta que el causante nunca se fue de la casa, que siempre vivió con su comadre y con los muchachos, que sepa él de separación, no, que sepa divorcio, no, que los gastos los manejaban entre ambos, que el causante sí lo visitaba, pero lo visitaba en la casa y que se iban a tomar cerveza y que de ahí se iba el señor causante a la casa, que en todas las reuniones de la empresa asistía el causante con su cónyuge.

Comparece como testigo Lidia Esperanza Vargas, testigo que es tachada como sospechosa porque, confiesa ser la hija de la demandante y el causante; esta testigo es mentirosa, no le ofrece a este estrado judicial serios motivos de credibilidad como quiera que ella niega la misma situación que refirió su madre, esto es, que estuvieron separados durante un tiempo y que su mamá se quedaba con ella en su habitación, por eso el dicho esta testigo no le ofrece ninguna credibilidad ante este estrado judicial; no obstante, estar bajo la gravedad de juramento mintió ante esta operadora judicial; no obstante lo anterior del dicho de los testigos, José Pinilla y Marcos Parra, se acredita la convivencia entre el causante, José Gonzalo Vargas y Gloria

Constanza La Torre, compañera permanente; por lo menos a partir del año 2014 que es cuando, confiesa la misma demandante, aunque los testigos indican que la convivencia fue durante muchísimo más tiempo, acreditándose entonces, de esta manera lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 797 del año 2003, esto es, que quien alega la calidad de compañera permanente, acredita convivencia durante más de 5 años continuos con anterioridad a la fecha de fallecimiento del causante, por lo que en el caso que nos ocupa, Gloria Constanza Latorre tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente generada por el fallecimiento del afiliado a partir del día 27 de abril del año 2021, en cuantía del SMLV, que el retroactivo pensional liquidado al 30 de julio del año 2022, nos arroja un monto de \$15.247.871; se está solicitando igualmente el reconocimiento de intereses moratorios, el artículo 141, la Ley 100 del 93, establece que hay lugar al reconocimiento y pago de intereses moratorios cuando hay mora en el pago de la mesada pensional, el artículo 1 de la Ley 717, del año 2001, sobre el término de que disponen las administradoras para reconocer la pensión, indica: “el reconocimiento del derecho a la pensión de sobrevivientes por parte de la entidad de previsión social correspondiente, ha de efectuarse a más tardar 2 meses después de radicada la solicitud por el peticionario con la correspondiente documentación que acredite su derecho.

En el caso que nos ocupa, de lo que se puede leer de la resolución, SUB216551 del 7 de septiembre del año 2021, es que la demandante reclamó el 9 de junio del año 2021, por lo que los 2 meses se cumplirían el 9 de agosto del año 2021, por lo que la demandada Colpensiones, deberá reconocer y pagar intereses moratorios a partir del 9 de agosto del año 2021 sobre el valor de las mesadas pensionales adeudadas y no canceladas; sobre la petición de que se condene al pago de las sumas de dinero debidamente indexadas, esto no procede como quiera que no es posible condenar simultáneamente al pago de intereses moratorios y de indexación.

RECURSO DE APELACIÓN

Colpensiones, recurrió señalando:

Se matiza que la improcedencia, el reconocimiento pretendido por la demandante, al no cumplir con los requisitos para la pensión reclamada, en consideración lo resuelto dentro de investigación adelantada por Colpensiones; asimismo, dentro de las contradicciones o no claridades por parte de los testigos y por parte de la demandante en este sentido, frente al margen cronológico que tenía la convivencia entre la señora Gloria y el señor José Gonzalo Vargas, lo que en este sentido, permite determinar que las resoluciones SUB163341 y la proferida en abril de 2021, se encuentran ajustadas a derecho.

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver el recurso de apelación planteado y el grado de consulta a favor de Colpensiones, sea lo primero señalar que como quedó determinado en la instancia, no ofreció reproche la fecha de fallecimiento del señor **José Gonzalo Vargas Usaqué**n, que tuvo lugar el 27 de abril del 2021 como da cuenta el registro civil de defunción aportado en expediente digital, como tampoco que a dicha data, acreditaba haber cotizado la densidad de semanas exigida para que sus beneficiarios puedan tener derecho a la pensión de sobreviviente.

Determinado lo anterior, como es bien sabido, la normatividad aplicable a efectos de reconocimiento pensional de sobreviviente, es la vigente a la fecha del fallecimiento del causante, esto es la Ley 797 de 2003, disposición que exige en su artículo 13, un tiempo de convivencia del cónyuge o compañero permanente de 5 años previo al fallecimiento del causante.

La **finalidad de la pensión de sobrevivientes** es beneficiar a las personas más cercanas que realmente compartían con el causante su vida, pues esta pensión sustitutiva busca impedir que quien haya convivido de manera permanente, responsable y efectiva y haya prestado apoyo a su pareja al momento de morir, se vea abocado a soportar aisladamente las cargas materiales y morales que supone su deceso; de este modo, **se trata de amparar una comunidad de vida estable, permanente y definitiva con una persona, en la cual la ayuda mutua y la solidaridad como pareja sean la base de la relación y permitan que se consolide un hogar, excluyendo así una relación fugaz y pasajera.**

Es así como la decisión de primer grado encontró acreditados los requisitos exigidos, por lo que el problema jurídico que ocupa la atención de la Sala consiste en establecer si la actora **Gloria Constanza Latorre** en su condición de cónyuge supérstite con vínculo matrimonial disuelto y luego, compañera permanente del causante, tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente deprecada.

Una vez revisado el material probatorio recaudado, considera esta Sala que contrario a lo señalado por la demandada en recurso y alegaciones, se logra probar la convivencia exigida en los 5 años anteriores al fallecimiento por la demandante, con las declaraciones vertidas por los señores Marcos Parra y José Pinilla; quienes como lo indicó la decisión de primer grado, en su condición, el primero de vecino de la demandante y el segundo como compañero de trabajo del causante, indicaron al unísono conocer a la pareja desde hace mucho tiempo y dieron cuenta que en todo el tiempo de contacto que tuvieron con ellos, que se extendió hasta la fecha de fallecimiento del causante, tenían un vínculo de pareja, siempre convivieron en la misma casa con sus hijos ubicada en el barrio Rincón de Suba y no supieron ni conocieron de separación alguna de la pareja, este último dio cuenta igualmente que en los eventos de la sociedad para la que laboró en vida el causante, iba acompañado de la señora Gloria como su pareja.

Así las cosas, contrario a lo señalado por la demandada, las pruebas vertidas en el trámite procesal, dan cuenta que se logra controvertir el contenido de la investigación a que alude Colpensiones, que otra es la realidad que consigna la misma, pues se itera, se acredita que la demandante, sí convivía con el causante en calidad de compañera permanente de este último por un interregno temporal superior al exigido en la norma en cita y si bien la demandada indica en su recurso que los testigos incurren en contradicciones, no señala a qué contradicciones se refiere para determinar si las mismas ponen en duda su dicho, contrario sensu, como lo refirió la decisión de primer grado, su dicho fue espontáneo y no resulta sospechoso.

Es así como se determina la procedencia del reconocimiento pensional dispuesto en primer grado, a partir del 27 de abril de 2021, fecha de fallecimiento del causante, verificándose que la suma por concepto de retroactivo pensional señalado en la instancia, se encuentra liquidado en debida forma.

Ahora, en cuanto a los intereses moratorios, se determina igualmente la procedencia de dicha condena, por cuanto la demandada incurrió en mora en efectuar el reconocimiento pensional a favor de la demandante, cuando esta acreditó los requisitos para el efecto; de otro lado, no se configura el fenómeno prescriptivo atendiendo a la fecha del fallecimiento del causante, año 2021 y para esta misma anualidad, fue interpuesta esta acción judicial.

Por lo anterior, se **confirmará** la sentencia proferida en primera instancia en su integridad.

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida en primera instancia, conforme lo señalado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Las partes se notifican por edicto de conformidad con los artículos 40 y 41 del CPTSS.



MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO



LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C
SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 31-2020-268-01

ASUNTO: CONSULTA DE SENTENCIA

DEMANDANTE: MARCO AURELIO CASTRO

DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTROS

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

RECONÓZCASE PERSONERÍA a la Doctora AMALIA LOAIZA, identificada como aparece al pie de su firma, en documental contentiva de poder; en calidad de apoderada de la demandada Colpensiones, en los términos y para los efectos del poder de sustitución conferido.

En Bogotá a los treinta y un (31) días del mes de julio de dos mil veintitrés (2023), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado 31 Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 12 de julio de 2022.

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior a las partes para presentar alegaciones, fueron remitidas las de Colpensiones, Porvenir S.A. y la parte demandante, estas últimas solicitan se confirme la decisión de primer grado.

ANTECEDENTES

El señor MARCO AURELIO CASTRO por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se DECLARE que se encuentra multiafiliado al sistema de seguridad social en pensiones, por intermedio de Colpensiones y Porvenir, que está válidamente afiliado al RPM,



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 3120200026801 Dte: MARCO AURELIO CASTRO Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

por lo que tiene derecho al pago de indemnización sustitutiva de pensión por parte de Colpensiones, junto con intereses moratorios; como consecuencia de tales declaraciones, peticiona se condene a Porvenir S.A., a devolver a Colpensiones los dineros depositados en su CAI, a esta última a validar su afiliación y reconocerle indemnización sustitutiva de pensión, junto con intereses moratorios.

Subsidiariamente solicita, se declare que se encuentra válidamente afiliado a Porvenir S.A., y por ello tiene derecho a la devolución de saldos junto con intereses moratorios.

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que nació el 25 de abril de 1955, que cuenta en la actualidad con 65 años de edad, que inició a cotizar a Colpensiones el 7 de julio de 1988, siendo trasladado a Porvenir S.A. el 2 de mayo de 2003, que el 12 de abril de 2016, según investigación de la AFP en mención, se decretó su afiliación nula por ilícito, falsedad/fraude, por lo que le fue informado que los dineros depositados en la CAI a su nombre, habían sido trasladados a Colpensiones, razón por la cual, el 12 de enero de 2018, solicita ante Colpensiones reconocimiento pensional de vejez, solicitud que es respondida de manera negativa, indicándole que se encuentra afiliado a Porvenir S.A.

Refiere que el 27 de marzo de 2018, peticionó ante Copensiones información sobre su estado de vinculación al sistema pensional, a lo que esta respondió que se encontraba afiliado a Porvenir S.A., lo propio hizo con esta última, a lo que le indicaron que se había trasladado a Colpensiones sus aportes, que el 31 de enero de 2020, Colpensiones le señala que su traslado a esa administradora había sido anulado por cuanto el formulario presentaba irregularidades que hacían suponer falsedad, que se le indicó por las demandadas que se debía hacer un estudio grafológico y a la fecha su situación de multivinculación no se ha definido.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, COLPENSIONES, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó los contenidos en numerales 1, 2,



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 3120200026801 Dte: MARCO AURELIO CASTRO Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

4, 5, 8, 9, 11 y 13 a 17, 22, y manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia del derecho para regresar al RPM, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad del orden público y buena fe.

Porvenir S.A., se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos, aceptó los contenidos en No. 5 a 7, 12, 13, negó los No. 19 a 21 y manifestó no constarle los demás, propuso las excepciones de mérito que denominó falta de legitimación en la causa por pasiva, falta de causa para pedir, inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción e inexistencia de la afiliación.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:

PRIMERO: DECLARAR que el señor MARCO AURELIO CASTRO RUIZ se encuentra válidamente afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.

SEGUNDO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a reconocer y pagar al señor MARCO AURELIO CASTRO RUIZ la suma de \$25.340.831 pesos por concepto de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez liquidada a julio del año 2022.

TERCERO: ABSOLVER a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES del pago de intereses moratorios, del pago de costas y agencias en derecho.

CUARTO: ABSOLVER de la totalidad de pretensiones subsidiarias a la ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES PORVENIR.

Como fundamento de su decisión, indicó la Juez:

Dentro del plenario aparece un formulario de traslado de régimen formulario por medio del cual el demandante aparentemente se trasladó del RPM administrado por pensiones antes ISS a la AFP Horizonte hoy Porvenir, traslado que aparentemente se realizó el día 2 de mayo del año 2003; ahora bien, para que este traslado de régimen tuviese validez y efectivamente pudiese predicarse esta multivinculación, el primer presupuesto que debería cumplirse es el del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 del literal B, que la selección de cualquiera de los regímenes previstos por el artículo anterior es libre y voluntaria por parte del afiliado quien manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado, ese literal B, establece un primer presupuesto y es que la manifestación sea escrita, el artículo 11 del Decreto reglamentario 692 del 94 también establece que quienes deciden afiliarse voluntariamente al sistema, manifestarán su decisión al momento de vincularse a una determinada administradora; efectuada la selección, el empleador deberá adelantar el proceso, vinculación con la respectiva administradora mediante el diligenciamiento formulario previsto para el efecto por la superintendencia bancaria. Sobre el formulario que fue aportado al plenario por medio del cual aparentemente se configuraría el traslado, el demandante en interrogatorio dice, yo no



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 3120200026801 Dte: MARCO AURELIO CASTRO Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

hice ningún traslado, me enteré porque fui a Colpensiones a preguntar, en el año 2003 laboraba en la Cooperativa de Transportadores, en ningún momento me informaron nada; Colpensiones me remitió comunicación del 31 de enero del año 2021, ahí me enteré que no estaba en Colpensiones, me dijeron que me habían retirado, ahí me dijeron, vaya Porvenir, A mí nunca me hicieron eso, ni he firmado nada, nunca me dijeron nada.

El demandante es claro al mencionar que nunca firmó formulario de traslado; dentro de las pruebas que aporta la demandada Porvenir, aparece un documento de fecha 12 de abril del año 2016, firmado por Luis Alfredo Archila Báez, perito en documentos cuestionados, investigaciones Porvenir, asunto: informe análisis grafológico, expediente 234, en donde se puede leer: el señor Marco Aurelio Castro Ruiz, identificado con Cédula 17308983, en carta radicada ante Porvenir, de fecha 29 de marzo del año 2016, manifiesta: solicito copia del contrato donde figure que me encuentre afiliado con ustedes, ya que en ningún momento he firmado ningún documento con Porvenir, teniendo en cuenta la queja mencionada, se procedió al estudio de la firma y validación del formulario afiliación, identificado con el folio 1750547 de fecha 2 de mayo del 2003, el cual se gestionó como traslado de fondos de pensiones en la ciudad de Villavicencio y aparece relacionado el número de cédula de la citada persona, presenta saldo a la fecha, registrada en la carta de reclamación radicada ante Porvenir sin diligencia autenticación ante notario, firma indubitada, registrada en el formulario de afiliación número 1750647, diferencia en el análisis, inclinación de la firma, espacios inter literales gráficos y velocidad en el ritmo de la escritura mediante el cotejo de firmas; se pudo observar discrepancias en los movimientos generados de los trazos, extensión de desplazamiento y ubicación del espacio gráfico, concluyendo que la signature que suscribe el formulario de afiliación referido no se identifica con la firma autógrafa del titular, irregularidad por falsificación de firma del afiliado, por lo que es claro entonces en el caso que nos ocupa, que realmente el demandante no se trasladó de régimen, nunca estuvo válidamente afiliado a Porvenir, por lo que no puede predicarse en el caso que nos ocupa la multifiliación.

Multiafiliación, a la que se refiere el Decreto 3935 del año 2008, en su artículo 2, cuando plantea diversos criterios de solución, se reitera entonces que en el caso que nos ocupa, el demandante jamás estuvo válidamente afiliado a Horizontes hoy Porvenir, por lo que no existiría multifiliación; tendríamos que entrar a revisar ahora qué pasó con los aportes que realizó el demandante en el fondo de pensiones Porvenir; Dentro de las certificaciones allegadas al plenario, es claro que porvenir trasladó a Colpensiones el saldo existente en la cuenta del demandante, equivalente al monto de \$19.209, suma que fue trasladada de Porvenir a Colpensiones; ahora bien, Colpensiones, dando respuesta al oficio librado por este despacho el 21 de junio del año 2022, indica: al respecto me permito informar lo siguiente, con relación al trámite del bono pensional, se consulta el sistema de financiación, pensiones de pensiones y el sistema de bonos pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito, se observa que la última solicitud registrada por Porvenir fue el 9 de enero del año 2016 y el estado del trámite de bonos pensionales de cambio de régimen, trámite que no superó la liquidación provisional del bono pensional y el señor Marco Aurelio Castro Ruiz registra actualmente afiliado Colpensiones, es claro entonces que es la misma Colpensiones, quien certifica que el demandante se encuentra actualmente afiliado en esa administradora y es claro que ya Porvenir trasladó los saldos existentes en la cuenta a Colpensiones, como quiera que así se certifica en la respuesta librada ante este estrado judicial, en donde se aclara que efectivamente que ya se realizó un traslado de una sumas de dinero. Por lo que es claro entonces, en el caso que nos ocupa que nunca existió multivinculación porque nunca existió una afiliación válida.

El demandante nació el 25 de abril de 1955, por lo que a primero abril de 1994 no tenía 40 años de edad, no sería beneficiario del régimen de transición por edad, ahora para dicha calenda, solamente tenía 171 semanas cotizadas, por lo que de manera alguna sería beneficiario del régimen de transición, por lo que la norma aplicable en materia de reconocimiento pensional sería el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 del 2003 que establece como requisitos para acceder al reconocimiento pensional 1300 semanas cotizadas y 62 años de edad, el demandante nació el 25 de abril de 1955, por lo que cumplió 62 años de edad, 25 abril del año 2017, pero solo reporta 949 semanas cotizadas por lo que no tendría derecho al reconocimiento de la pensión de vejez a cargo de Colpensiones, al no cumplir con los requisitos del artículo 33 de la Ley 1993.

Por lo anterior, tendría derecho a una indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, el artículo 37 de la ley 100 de 1993 dispone que las personas que habiendo cumplido la



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 3120200026801 Dte: MARCO AURELIO CASTRO Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

edad para obtener la pensión de vejez, no hayan cotizado el mínimo de semanas exigidas y declaren su imposibilidad de continuar cotizando, tendrán derecho a recibir en sustitución indemnización equivalente a un salario base de liquidación promedio semanal multiplicado por el número de semanas cotizadas, al resultado obtenido, se le aplicará el promedio ponderado, los porcentajes sobre los cuáles haya cotizado el afiliado, el decreto reglamentario, 1730 del año 2001, en su artículo tercero, establece cómo se determina esta indemnización sustitutiva, se tasa teniendo en cuenta el ingreso base de cotización semanal. En el caso que nos ocupa, este ingreso base de cotización semanal, se toma al año 2022, porque es la fecha cuando se va a pagar la indemnización sustitutiva y al año 2022 nos arroja un ingreso base de liquidación semanal o de cotización semanal de \$199.034,87, se multiplica por el número de semanas cotizadas, 949,43 por el porcentaje de cotización para el riesgo de vejez, este es el porcentaje ponderado promediando desde el año 88 hasta el final. Nos da un 13.41% arrojándonos entonces un monto de indemnización, sustitutiva de \$25.340.833, suma que cómo se liquida la fecha del día de hoy, pues obviamente no tendrá que ser indexada, se indexará en el evento de Colpensiones, no pague la suma, liquidada al día de hoy a la fecha y la pague en años o calendas posteriores.

El artículo 141 de la ley 1993 establece que hay lugar al reconocimiento y pago de intereses moratorios cuando hay mora en el pago de las mesadas pensionales, pero es que aquí no estamos hablando de una mesada pensional, aquí estamos hablando de una indemnización sustitutiva y como se indexó a la fecha, julio del año 2022, no habrá lugar ni a intereses moratorios ni a indexaciones posteriores.

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver el grado jurisdiccional de consulta a favor de la demandada, se tiene que no fue objeto de reproche y quedó suficientemente demostrado durante el trámite de primera instancia, que la firma que se encuentra en formulario de afiliación de la entonces Horizonte AFP, del 2 de mayo de 2003 y mediante el cual se consigna una aparente voluntad de afiliación del actor a dicha AFP, no corresponde a su rúbrica, pues así lo determinó la misma AFP hoy Porvenir S.A., al efectuar la investigación de falsedad correspondiente, concluyendo en comunicación del 12 de abril de 2016, que luego de realizado el estudio grafológico, la firma consignada en el formulario y la del señor Marco Aurelio, no coincidían.

Por lo anterior, procedió a efectuar el traslado de los aportes a nombre del actor, respecto de los cuales ostentó su manejo por virtud de la falsa afiliación con destino a Colpensiones, prueba que igualmente fue allegada por esa AFP, acreditando que trasladó a órdenes de Colpensiones la suma de \$18.205.591 el 20 de diciembre de 2016 y demás cotizaciones que se siguieron efectuando entre las anualidades de 2017 a 2019, por cuanto Colpensiones se negaba a validar la afiliación del actor indicando que debía interponer denuncia ante la Fiscalía General de la Nación, circunstancia de la que también da cuenta las documentales allegadas al plenario.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 3120200026801 Dte: MARCO AURELIO CASTRO Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

Conforme el recuento anterior, es claro que como lo adujo la decisión de primer grado, en el caso bajo estudio, no se configuró la multiafiliación alegada, pues el actor no estuvo afiliado de manera simultánea a las administradoras demandadas y la afiliación que presuntamente realizara a la AFP Horizonte, hoy Porvenir S.A., se reputa **nula**, por cuanto no medió su voluntad para el efecto, consentimiento que como lo indica el artículo 1502 del Código Civil, constituye requisito ineludible para la celebración de cualquier acto jurídico.

Es así como al haber adolecido tal afiliación de la voluntad y consentimiento de quien presuntamente se obligó, esto es el demandante, el mismo resulta afectado de **nulidad**, en los términos del artículo 1741 del Código Civil, figura que como lo indica el artículo 1746 del mismo estatuto, tiene como efecto el regreso al mismo estado en que se hallaban las cosas antes de efectuarse dicho acto, como lo indicó la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en reciente sentencia SL2946 de 2021, M.P. Clara Cecilia Dueñas:

En la medida que el legislador no previó un camino específico para declarar la ineficacia distinto al de la nulidad, en sentencias CSJ SL1688-2019, CSJ SL3464-2019, CSJ SL2877-2020 y CSJSL373-2021, la Sala explicó que las consecuencias prácticas de la primera declaración son idénticas a la de la segunda (vuelta al *statu quo ante*). Con asidero en este argumento, la Sala Civil de esta Corporación igualmente ha afirmado que *«cualquiera sea la forma en que se haya declarado la ineficacia jurídica (entendida en su acepción general), bien porque falte uno de sus requisitos estructurales, o porque adolezca de defectos o vicios que lo invalidan, o porque una disposición legal específica prevea una circunstancia que lo vuelva ineficaz, la consecuencia jurídica siempre es la misma: declarar que el negocio jurídico no se ha celebrado jamás»* (CSJ SC3201-2018). (Negrilla fuera del texto original)

De tal manera al haberse comprobado con suficiencia que dicho acto de afiliación es nulo, por cuanto en él no medió el consentimiento de la parte demandante, le correspondía a Porvenir, efectuar el traslado de aportes que hubiera recaudado con ocasión de la afiliación con formulario falso, lo que en efecto acreditó dicha AFP.

No siendo de recibo el argumento de Colpensiones para negar la afiliación del actor a esa administradora, cuando este la solicitó, según el cual para



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 3120200026801 Dte: MARCO AURELIO CASTRO Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

aceptar el traslado de la demandante, debía mediar decisión de declaratoria de falsedad emitida por la Fiscalía General de la Nación, ya que no se discutió en el trámite procesal que la firma vertida en el formulario de afiliación de la demandante, no corresponde a la de él, sin que sea dable imponerle cargas adicionales que no le exige la Ley para demostrar que el acto de afiliación adoleció de su consentimiento, cuando tal circunstancia fue plenamente aceptada y determinada por la demandada Porvenir, entidad ante la cual presuntamente había suscrito dicho formulario.

Las anteriores razones resultan suficientes para concluir que el demandante se encuentra válidamente afiliado a Colpensiones, como esta misma administradora lo indicara finalmente en comunicación del 21 de julio de 2022, respondiendo a requerimiento del despacho judicial.

Determinado lo anterior y en cuanto a la indemnización sustitutiva objeto de condena, se tiene que tal figura se encuentra prevista en el artículo 37 de la Ley 100 de 1993, que prevé:

ARTÍCULO 37. INDEMNIZACIÓN SUSTITUTIVA DE LA PENSIÓN DE VEJEZ. *Las personas que habiendo cumplido la edad para obtener la pensión de vejez no hayan cotizado el mínimo de semanas exigidas, y declaren su imposibilidad de continuar cotizando, tendrán derecho a recibir, en sustitución, una indemnización equivalente a un salario base de liquidación promedio semanal multiplicado por el número de semanas cotizadas; al resultado así obtenido se le aplica el promedio ponderado de los porcentajes sobre los cuales haya cotizado el afiliado.*

Sobre el particular, se evidencia que conforme copia de documento de identificación del actor, se determina que nació el 25 de abril de 1955, por lo que alcanzó los 62 años de edad requeridos para pensionarse en el año 2017; en cuanto a las semanas cotizadas, revisadas las historias laborales aportadas por Porvenir S.A. y Colpensiones, se verifica que como bien lo adujo la decisión de primer grado, el actor no cotizó al sistema el mínimo de semanas requeridas para acceder a la prestación por vejez, pues en efecto acredita 959 semanas cotizadas, configurándose en su caso, los requisitos para acceder a la indemnización bajo estudio.

En cuanto a su monto, conforme liquidación efectuada por el grupo previsto para el efectivo de esta Corporación, se verifica que este rubro liquidado a julio de 2022, asciende a **\$20.804.187**, razón por la cual, atendiendo al grado de consulta en que se estudia la sentencia emitida en primera instancia a favor de la demandada, se impone MODIFICAR el numeral



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 3120200026801 Dte: MARCO AURELIO CASTRO Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

SEGUNDO de sentencia recurrida, para señalar como monto de la indemnización bajo estudio, el aquí descrito.

Sin costas en el grado jurisdiccional.

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

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR el numeral SEGUNDO de sentencia consultada, en el sentido de indicar que la indemnización sustitutiva objeto de condena, asciende a \$20.804.187.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia objeto de consulta.

TERCERO: SIN COSTAS en el grado jurisdiccional.

Las partes se notifican por edicto de conformidad con los artículos 40 y 41 del CPTSS.

Los Magistrados,

MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO

LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA LABORAL

MAG. PONENTE: MARLENY RUEDA OLARTE

PROCESO DE JORGE EDUARDO GERENA MORA VS MARITEL DEL NOGAL
SA RAD 35-2021-350-02

En Bogotá a los treinta y un (31) días del mes de julio de dos mil veintitrés (2023), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

DECISIÓN

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, resuelve el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la demandada contra el auto proferido por la Juez 35 Laboral del Circuito de Bogotá, el día veintisiete (27) de febrero de dos mil veintitrés (2023), por medio del cual la juez de primera instancia declaró no probado el incidente de nulidad por indebida notificación, que la parte demandante propuso en audiencia con los siguientes argumentos, luego de haberse surtido recursos de reposición y apelación al respecto.

El apoderado señaló: *“Me permito proponer una nulidad de carácter constitucional, que se origina en una irregularidad de carácter sustancial, supralegal que resulta de la violación del principio de publicidad que impone el deber de comunicar las actuaciones surtidas dentro de un proceso, en este caso se trata de la notificación que hiciera la Secretaría del despacho del auto admisorio de la demanda, notificación que entorpeció el normal desarrollo de este proceso y que resulta ineficaz porque no cumple con el doble propósito para el cual fue creada por el legislador; a lo cual hay que decir que el primer propósito de la notificación del auto admisorio de la demanda, es comunicar la existencia de esta al demandado, y establecer el término que tiene la que se tiene para ejercer el derecho de contradicción y defensa, y el segundo propósito es que, con base en el vencimiento de este primer término, se abre la puerta para que quien demanda pueda reformar, bien porque hay hechos o pruebas nuevos, o todos los anteriores. Para dar forma a lo expuesto, de manera cronológica, se tiene que el suscrito radicó la presente demanda 4 de agosto de 2021, que el 11 de este mismo mes fue inadmitida, que según el archivo 21, la demanda fue admitida el 29 de septiembre de 2021 y que en el texto el referido auto, el despacho ordenó realizar la notificación personal del auto admisorio de la demanda conforme lo dispone el artículo 8 del Decreto 806, fue así como previa revisión de la página de consulta de la Rama Judicial y micrositio que se pudiera revisar y sin ninguna novedad que alterara el curso de este proceso, el 3 de noviembre 2021, la parte que represento procedió a notificar personalmente el auto admisorio de la demanda y con base en esta notificación, se contaron los términos para*

reformular esta; fue sí como el libelo fue reformado, archivo número 45, el 7 de marzo de 2022, el día 17 de este mismo mes, la reforma fue rechazada por el Juzgado sin dar justificación, lleno de confusión por lo sucedido y revisada nuevamente la página de consulta de la Rama Judicial siglo XXI, la cual figuraba sin novedad, con fundamento en la fecha de nuestra notificación de la demanda, se realizó un conteo de los términos y con base en ello, se interpusieron recursos de reposición y en subsidio de apelación contra la providencia que rechazó la reforma de la demanda, así lo cuenta el archivo 94, atribuyendo todo a un error de conteo de términos, fue así y como se ve en el archivo 95, mediante el auto que decide no reponer y concede apelación, se pudo establecer lo que en realidad había pasado en el proceso, es decir, que en la Secretaría del juzgado, había notificado sin la publicidad debida y en un acto secreto, el auto admisorio de demanda; al revisar el expediente, se pudo establecer que la sociedad demandada constituyó apoderado para que se notificará del contenido de la demanda y sin haberse realizado la notificación personal del auto de que trata el artículo 8 del Decreto 806 y 291 del Código General del proceso, bien por el demandante o por la Secretaría del juzgado a la dirección de electrónica que reportó en la demanda la parte interesada, es decir, mi mandante; la sociedad demandada constituyó apoderado para que se notificara del mencionado auto, que mediante correo electrónico de fecha 20 de octubre de 2021, y en una abierta conducta concluyente, solicitó al juzgado, se lee, notificar personalmente la presente demanda pidiendo que se efectuara a su correo personal, a lo que la Secretaría del juzgado accedió, enviándole el día 21 de octubre de 2021 el traslado de la demanda en la forma que ordena el artículo 8 del Decreto 806, como da cuenta el archivo 18 del expediente, sin tener en cuenta que, si bien se trataba de una notificación personal, esta no se podía realizar bajo la oferta del artículo 8 Decreto 806 y tampoco en los términos del artículo 291, porque se trataba de una notificación personal, pero por conducta concluyente, que se describe claramente en el literal e) del numeral segundo del artículo 41 del Código procesal del trabajo y que se desarrolla en el inciso segundo del artículo 301 del Código General del Proceso, que tiene implícito otros requisitos y términos para iniciar a contar el traslado.

De manera específica, esta norma dice que quien constituya apoderado judicial, se entenderá notificado por conducta concluyente de todas las providencias que se hayan dictado en curso del proceso, inclusive, el auto admisorio de la demanda o mandamiento ejecutivo y que el término empezará a correr el día que reconoce personería; pero lo grave no es eso, lo grave de este asunto y que constituye una violación al debido a un proceso y al acceso a la administración de justicia, contemplados en los artículos 29 y 229 de la carta política, es que la secretaria de juzgado al margen de equivocarse en la forma cómo realizó este tipo de notificación, violó los derechos fundamentales de la parte que represento al haber realizado esta notificación sin hacer publicidad alguna de este acto en la página web de la Rama Judicial, sin ni siquiera copiarme a mí o a la parte que representa el referido correo, lo que hizo que el suscrito, dando palos de ciego, por desconocer el actuar reservado de la Secretaría, notificara personalmente el auto admisorio de la demanda en fecha posterior a la notificación que fuera realizada de manera oculta por la Secretaría del juzgado y digo palos de ciego porque ni la parte que represento ni este abogado sabíamos del actuar equivocado de la Secretaría, actuar que hizo que fracasara la reforma de la demanda porque fue rechazada por el juzgado por extemporánea, porque al no conocer de la notificación que fuera realizada por la Secretaría, **de manera totalmente equivocada y reservada, este abogado, contó los términos para presentar la reforma de la demanda con base la fecha en que fuera realizada nuestra notificación del auto admisorio, es decir a partir del 3 de noviembre de 2021, y no del 21 de octubre de 2021 como sí lo hizo el despacho con base en la tan citada notificación, lo que causó un perjuicio al proceso pues con esta actuación de la Secretaría, se cercenaron derechos fundamentales de la parte que represento que son los contenidos en los artículos 29 y 229 superior, que obligan a garantizar el debido proceso de las partes, que es mucho más que el respeto por las ritualidades procesales, pues como es bien sabido el derecho sustancial en materia laboral otorga la Facultad de reformar la demanda y**

si esta se vulnera, se vulnera también el acceso a la administración de Justicia en tales condiciones y en presencia de un acto viciado de nulidad que entorpece el buen desarrollo del proceso que produce un verdadero perjuicio a la parte que represento, es por lo que solicito de manera muy respetuosa a la señora juez, decretar la nulidad de la notificación a partir del auto admisorio de la demanda, para que se subsanen estos vicios procesales.

Para negar la nulidad señaló la juez: *Escuchados los fundamentos en los que el apoderado judicial de la parte demandante soporta la nulidad por indebida notificación del auto comisorio, el despacho procederá a negarlo, en virtud de lo siguiente; primero que todo, se advierte que el recurso de reposición y el de apelación fueron básicamente por los mismos argumentos que usted está exponiendo en el día de hoy y al respecto se le ordena, se le dispone estarse a lo resuelto en esos proveídos y en cuanto a la notificación que usted advierte, no se realizó en el sistema de consulta siglo 21, bastará con manifestarle que, según la Corte Suprema de Justicia, tal sistema es simplemente de comunicación más no de notificación y en esa medida las partes no deben atenerse a él, sino que simplemente los despachos, en aras de facilitar la información a las partes, utilizan tal mecanismo para acceder a la información procesal correspondiente en esos términos, el despacho niega la nulidad solicitada por la indebida notificación del auto admisorio..”*

Inconforme con esta decisión el apoderado del demandada interpuso recurso: *“...No es cierto, su señoría, con el mayor respeto que la anterior reposición y en subsidio de apelación que se hubiera hecho antes, estuviera basado en los mismos hechos, porque no es cierto; porque en ese momento, al no conocer esta actuación, al no conocerse esta actuación, pues en realidad, en lo que se basó esta alzada, fue en los hechos propios y basados en la notificación que nosotros mismos habíamos realizado y no en la notificación de carácter velado que había hecho la Secretaría del juzgado, luego entonces sea el primer la primer situación, que no es cierto de que se trata de una cosa, ni tampoco se hizo en el término de 3 días que consagra el numeral tercero del artículo 322 del Código General del proceso, **porque no se conocían argumentos nuevos, porque si la página de si la página de consulta la rama principal, no funciona y si el microcircuito tampoco funciona y si el expediente digital que se envía, no abre de manera corriente, en ese corto traslado no se alcanzan a conocer los hechos, pero sí el perjuicio que se presenta es demasiado grande para para la persona a la que se le oculta las actuaciones procesales; porque eso es ocultar actuaciones procesales, actuaciones procesales que redundan en violación de derechos fundamentales, luego entonces la nulidad es el camino para que se corrijan este tipo de actuaciones, advirtiendo que el debido proceso y el acceso a la administración de Justicia es algo sagrado en materia de derechos y que en esta oportunidad se vulneró y se vulneró, porque no es posible, el doctor Juan Andrés tenía todo el derecho de mandar su correo personal y decir notifiquen y a mi correo personal, él tenía todo el derecho, porque eso está consagrado en los estatutos procesales, pero lo que si no había derecho era que al señor Secretario se le ocurriera solamente copiarle a él, y no copiarnos como mínimo a la parte que represento o al suscrito apoderado y si uno revisa de manera detallada el expediente digital, entonces en este también sólo se puede ver cómo solamente se coloca notificación, la notificación personal que nosotros hacemos entonces no se le da el mismo manejo, luego entonces se está desbalanceando de manera injusta el proceso y se está desbalanceado sin necesidad, porque realmente lo correcto era haber notificado como él hubiera querido, pero haber hecho la publicidad....”***

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior a las partes para presentar alegaciones, fueron remitidas las de ambas partes, la demandada solicita se confirme la decisión de primer grado.

CONSIDERACIONES

Teniendo en cuenta los antecedentes anteriormente descritos, se evidencia que en el caso objeto de estudio y desde ya lo advierte la Sala, NO se configuró causal de nulidad alguna ni de las contempladas en el artículo 133 numeral 8° del Código General del proceso, ni constitucional por violación al debido proceso, que, aunque el recurrente pretenda separar de los recursos presentados, surge con claridad que así es tal y como señala la juez, siendo entonces un incidente carente de fundamento; siendo claro que no puede usarse esta vía para revivir términos y realizar actuaciones que no se hicieron en el momento procesal oportuno.

Y es que definitivamente el recurrente, en términos no muy apropiados a la dignidad de la justicia, insiste en realizar apreciaciones equivocadas hacia los operadores judiciales, como que “mi notificación fue en un día y la del secretario fue en otro y cuando y como quiso”, olvidando que ya se le indicó al resolver los recursos lo siguiente:

*Efectivamente el artículo 28 del C P del T y de la S S, regula el tema de la reforma de la demanda, y establece el término para reformar la demanda, este no es otro **que dentro de los cinco (5) días siguientes al vencimiento del término del traslado de la inicial o de la reconvención, si fuere el caso.***

*De conformidad con la norma citada y en las condiciones particulares del caso, **es claro que para la reforma de la demanda dentro del proceso ordinario laboral existe un término de obligatorio cumplimiento, que en el presente asunto no fue observado, pues como lo advirtió el juez de instancia, el escrito que la contenía fue presentado de manera extemporánea.***

Y es que revisado el expediente encuentra la Sala que el recurrente parte de una premisa equivocada esto es que la notificación se surtió el 3 de noviembre, toda vez que según consta en el expediente, la notificación personal tuvo lugar el 21 de octubre de 2021 (Archivo 18 Notidemanda); ante solicitud que se hiciera al respecto vía correo por el demandado. En ese orden siguiendo lo dispuesto en el Decreto 806 de 2020, la notificación quedó surtida el 25 de septiembre de 2021, empezando la contabilización de términos el 26 de octubre de ese mismo año, por lo que finalizó el 9 de noviembre. A partir de allí el demandante contaba con 5 días para presentar la reforma, sin contabilizar desde luego los festivos. Luego como señaló el Juez el plazo vencía el 17 de noviembre; siendo presentada la reforma el 30 de noviembre. (Archivo 46. Correo)

Conviene agregar que las normas procesales son de orden público y de obligatorio cumplimiento, de manera que su seguimiento no puede ser soslayado por las partes; esto es; no pueden las partes hacer una dejación total, de las formalidades y oportunidades que consagra la Ley procesal para el ejercicio de los

derechos y acciones, que conlleva en últimas al desquiciamiento total de las instituciones procesales.

Con lo anterior queda claro que este incidente es una réplica de los medios de impugnación, que se encamina a corregir una omisión solo atribuible a la parte actora, esto es presentar la reforma a la demanda en tiempo; siendo claro que la notificación como ya se dijo tuvo lugar el 25 de octubre de 2021, y lo demás esto es publicación en el sistema siglo XXI, solo tenía funciones de información, sin que pueda involucrarse con la diligencia que da lugar a la contabilización de términos.

De manera que así el recurrente insista en que se trata de otro asunto, surge con claridad, que no lo es y que ya existe providencia ejecutoriada del superior al respecto; sin que se encuentre ninguna actuación irregular del juzgado ni vulneración al debido proceso con la notificación del auto admisorio de la demanda, que como ya se dijo se hizo en la forma que contempla la ley.

Costas a cargo de la parte recurrente.

En mérito de lo expuesto por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, por conducto de la Sala Laboral,

RESUELVE

PRIMERO:- CONFIRMAR el auto apelado, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS. A cargo de la parte recurrente.

Las partes se notifican por edicto de conformidad con los artículos 40 y 41 del CPTSS.

Los Magistrados,


MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO



LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO

AUTO

Inclúyase en la liquidación de costas la suma de un salario mínimo legal vigente, según lo establecido en los artículos 365 y 366 del CGP.



MARLENY RUEDA OLARTE

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



DEMANDANTE: CARMEN CASTAÑEDA TARAZONA

DEMANDADO: CAPITAL SALUD EPS S.A.S.

RADICADO: 11001 22 05 000 2023 00022 01

MAGISTRADA PONENTE: MARLENY RUEDA OLARTE

Bogotá, D.C., Treinta y uno (31) de julio de dos mil veintitrés (2023)

S E N T E N C I A:

Procede la sala a resolver el recurso de apelación presentado contra la providencia proferida el 2 de diciembre de 2022, por la Superintendencia Nacional de Salud, por medio de la cual accedió a las pretensiones formuladas por la demandante, ordenando a la EPS accionada que en un plazo no mayor a 48 horas, a partir de la notificación de dicha decisión, suministrara la tecnología ordenada por médico tratante la paciente Juan Sebastián Mora, constitutiva de cuidador de 8 horas diarias de lunes a viernes.

Como fundamento de sus pretensiones indica la accionante que cuenta con 68 años de edad y es la única persona al cuidado de su hijo Juan Sebastián Mora Castañeda, quien no puede valerse por sí mismo para suplir sus necesidades humanas básicas, que el 1 de octubre de 2022, el médico tratante de la IPS Proseguir, expidió orden para que se suministrara *cuidador externo por al menos 8 horas diarias de lunes a viernes, para apoyo en las actividades diarias, ya valorado por trabajo social, quienes consideran necesidad de apoyo de tercero entrenado para manejo adecuado del paciente por única cuidadora madre adulto mayor, no puede suplir todas las necesidades que el paciente requiere – pobre red de apoyo. (...)*. Indica que la EPS accionada se niega a suministrar este servicio y que requiere orden de tutela.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

La Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación de la Superintendencia Nacional de Salud, en proveído de fecha

2 de diciembre de 2022, resolvió acceder a las súplicas de la demanda, para lo cual ordenó a la accionada que, en un plazo no mayor a 48 horas, a partir de la notificación de dicha decisión, suministrara la tecnología ordenada por médico tratante la paciente Juan Sebastián Mora, constitutiva de cuidador de 8 horas diarias de lunes a viernes.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión, la EPS accionada señaló que no es posible suministrar el servicio ordenado en sentencia, ya que no se encuentra incluido en el POS.

CONSIDERACIONES

Teniendo en cuenta el resumen que antecede, es necesario tener en cuenta que la Ley 1122 de 2007 al consagrar las funciones de la Superintendencia Nacional de Salud, le asignó en el artículo 41 literal e) *“Conflictos entre las Entidades Administradoras de Planes de Beneficios y/o entidades que se le asimilen y sus usuarios por la garantía de la prestación de los servicios y tecnologías no incluidas en el Plan de Beneficios, con excepción de aquellos expresamente excluidos de la financiación con recursos públicos asignados a la salud”*.

Así las cosas, no ofreció reparo que la IPS Proseguir, en historia clínica que fuera allegada junto con escrito de demanda, indicó que el diagnóstico del hijo de la accionante, correspondía a *parálisis cerebral, cuadriparesia espástica, retardo mental severo, escoliosis dorso lumbar secundaria y epilepsia focal*, relacionando en el plan de tratamiento, que requiere cuidador externo por al menos 8 horas diarias de lunes a viernes para apoyo en las actividades diarias, ya que habiendo sido valorado por trabajo social, se considera dicha necesidad de apoyo de tercero entrenado para manejo adecuado, **pues la única cuidadora es su madre, adulto mayor, quien a su vez, tiene múltiples patologías y afecciones de salud**, concluyendo que la red de apoyo es pobre.

Conforme el recuento anterior y frente a la figura del cuidador, la Corte Constitucional en sentencia T – 015 de 2021, señaló que para la proporción de este, se debían cumplir dos requisitos, indicando al respecto:

En lo que respecta al servicio del cuidador, la jurisprudencia de la Corte destaca que: i) su función es ayudar en el cuidado del paciente en la atención de sus necesidades básicas, sin requerir instrucción especializada en temas médicos.^[38] ii) Se refiere a la persona que brinda apoyo físico y emocional en el cuidado de otra persona que sufre

una enfermedad grave, congénita, accidental o como consecuencia de su avanzada edad, que depende totalmente de un tercero, sin que ello implique la sustitución del servicio de atención paliativa o atención domiciliaria a cargo de las EPS.^[39] iii) Se trata de un servicio que debe ser brindado principalmente por los familiares del paciente, en atención a un primer nivel de solidaridad que corresponde a los parientes de un enfermo. Sin embargo, excepcionalmente una EPS podría estar obligada a prestar el servicio de cuidadores con fundamento en el segundo nivel de solidaridad para con los enfermos en caso de que falle el primer nivel por ausencia o incapacidad de los familiares y cuando exista orden del médico tratante,^[40] como se explica a continuación.

28. De acuerdo con la interpretación y el alcance que la Corte ha atribuido al artículo 15 de la Ley estatutaria 1751 de 2015, esta norma dispone que todo servicio o tecnología que no esté expresamente excluido del Plan Básico de Salud, se entiende incluido en éste, razón por la cual debe ser prestado.^[41] En relación con el servicio de cuidador, el tema que se plantea es que la posibilidad de que una EPS preste el servicio de cuidadores no está expresamente excluido del listado previsto en la Resolución 244 de 2019,^[42] pero tampoco se encuentra reconocido en el Plan Básico de Salud, cuya última actualización es la Resolución 3512 de 2019.

29. **Frente a este contexto, la jurisprudencia constitucional ha sostenido que, como una medida de carácter excepcional, la EPS deberá prestar el servicio de cuidador cuando se cumplan dos condiciones: (1) exista certeza médica sobre la necesidad del paciente de recibir este servicio; y (2) la ayuda como cuidador no pueda ser asumida por el núcleo familiar del paciente, por ser materialmente imposible. Por imposibilidad material se entiende que el núcleo familiar del paciente:** (i) no cuenta con la capacidad física de prestar las atenciones requeridas, por falta de aptitud en razón a la edad o a una enfermedad, o porque debe suplir otras obligaciones básicas, como proveer los recursos económicos básicos de subsistencia. (ii) Resulta imposible brindar el entrenamiento adecuado a los parientes encargados del paciente. Y (iii) carece de los recursos económicos necesarios para asumir el costo de contratar la prestación del servicio.^[43]

30. **En conclusión, para prestar cuidados especiales a un paciente en su domicilio es necesario verificar: (i) una orden proferida por el profesional de la salud, si se trata del servicio de enfermería, y (ii) en casos excepcionales si el paciente requiere el servicio de cuidador y este no puede ser garantizado por su núcleo familiar por imposibilidad material, es obligación del Estado suplir dicha carencia y en tales casos se ha ordenado a las EPS suministrar el servicio para apoyar a las familias en estas excepcionales circunstancias, cuando el cuidador sea efectivamente requerido.** (Negrilla fuera del texto original)

Con apego al criterio jurisprudencial en cita y conforme el caudal probatorio que se detalló en apartes anteriores, se encuentra demostrada la imposibilidad en que se encuentra el núcleo familiar del señor Juan Sebastián Mora Castañeda, en aras de brindarle la ayuda para la satisfacción de sus necesidades básicas, pues únicamente vive con su madre, adulto mayor de 68 años, quien a su vez, padece diferentes patologías como lo refirió la historia clínica de su hijo; por lo que como bien lo indicó la decisión impugnada, y conforme lo señalado por la Corporación de cierre en materia constitucional, para determinar la procedencia del cuidador, se requiere concepto médico del señor Sebastián, que determine si en su caso particular y atendiendo a sus padecimientos, necesita de dicho servicio, encontrándose por ello ajustada la decisión impugnada que ordenó dicho servicio, pues la misma documental aportada junto con impugnación por la pasiva, contentiva de concepto de auditoría médica, da cuenta de que el señor Sebastián es un paciente con **total dependencia para la realización de actividades diarias**, aunado a ello, su grupo familiar compuesto únicamente por su madre, no puede suministrarle el apoyo que

él requiere, encontrándose así configurados los requisitos para que le sea suministrado dicho servicio a pesar de encontrarse excluido del POS.

En mérito de lo expuesto, la **SALA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D. C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la providencia proferida por la Superintendencia Nacional de Salud – Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación el 2 de diciembre de 2022, por las razones expuestas.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Las partes se notifican en estrados conforme lo previsto en los artículos 40 y 41 del CPTSS.

Los Magistrados,


MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO


LORENZO TORRES HUSSY
MAGISTRADO

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



DEMANDANTE: JESÚS EMILIO LOBO

DEMANDADO: MEDIMÁS EPS

RADICADO: 11001 22 05 000 2023 00602 01

MAGISTRADA PONENTE: MARLENY RUEDA OLARTE

Bogotá, D.C., Treinta y uno (31) de Julio de dos mil veintitrés (2023)

S E N T E N C I A:

Procede la sala a resolver el recurso de apelación presentado contra la providencia proferida el 25 de agosto de 2022, por la Superintendencia Nacional de Salud, por medio de la cual accedió a la pretensión formulada por el accionante, ordenando a la EPS accionada a reconocer y pagar a favor de su masa sucesoral, la suma de \$6.500.000.

Como fundamento de sus pretensiones el señor Jeil Mauricio Lobo, señaló que su padre, el señor Jesús Emilio Lobo, en el 2019, fue diagnosticado con tumor maligno de la vejiga, que por intermedio de la EPS Accionada y Uronorte, de manera prioritaria se le ordenó desde el 4 de enero de 2020 cirugía de resección transuretral de tumor vesical, pese a dicha orden prioritaria ordenada por la IPS, acudieron para la práctica del procedimiento y la accionada les indicó que no había contrato para realizar el mismo, luego de insistir para su práctica, nuevamente el señor Jesús es remitido a Uronorte, siendo allí valorado por segunda vez el 23 de enero de 2020, oportunidad en la que insisten en la práctica de la cirugía, expidiendo otra vez orden prioritaria, la que nuevamente se presenta ante la EPS y son renuentes a practicar la misma por razones de contratación.

Indican que extenuados de presentar órdenes a la accionada para la práctica del procedimiento, averiguan con la IPS Uronorte el valor de dicho procedimiento particular, señalándoles que cuesta \$6.500.000, que son una familia de escasos recursos, su padre no trabajaba ni era pensionado, no obstante, eran conscientes de que sino se practicaba la cirugía, su padre fallecería y su padecimiento era constante debido al dolor, por lo que tramitaron un préstamo y cancelaron dicho valor de manera particular,

siendo operado su padre el 27 de febrero de 2020 y durante ese año se vieron obligados a continuar costearo medicamentos y suplementos, quien finalmente falleció el 27 de septiembre de 2020.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

La Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación de la Superintendencia Nacional de Salud, en proveído de fecha 25 de agosto de 2022, accedió a las súplicas de la demanda, ordenando a la EPS accionada a reconocer y pagar al demandante la suma de \$6.500.000.

Para lo cual señaló en síntesis que conforme la profesional de medicina adscrita a ese despacho, la situación médica del actor constituía una urgencia vital y a pesar de ello, omitió la práctica de procedimiento expedida por médico adscrito a su propia red, demostrándose las fallas de accesibilidad y oportunidad en la atención del señor Jesús Lobo.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión, la EPS accionada, señaló que el usuario en salud tiene unos deberes definidos en la Ley, entre los que se encuentran haber reclamado el reembolso objeto del litigio conforme lo previsto en la Resolución 5261 de 1994 y para el caso del actor, no se registra reclamación alguna en tal sentido.

CONSIDERACIONES

Teniendo en cuenta el resumen que antecede, es necesario tener en cuenta que la Ley 1122 de 2007 al consagrar las funciones de la Superintendencia Nacional de Salud, le asignó en el artículo 41 literal b) *“el reconocimiento económico de los gastos en que haya incurrido el afiliado por concepto de atención de urgencias en caso de ser atendido en una IPS que no tenga contrato con la respectiva EPS cuando haya sido autorizado expresamente por la EPS para una atención específica y en caso de incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia demostrada de la Entidad Promotora de Salud para cubrir las obligaciones para con sus usuarios”*.

A su turno, el artículo 14 de la Resolución 5261 de 1994, dispone:

“RECONOCIMIENTO DE REEMBOLSOS. Las Entidades Promotoras de Salud, a las que esté afiliado el usuario deberán reconocerle los gastos que haya hecho por

*su cuenta por concepto de: atención de urgencias en caso de ser atendido en una I.P.S. que no tenga contrato con la respectiva E.P.S., cuando haya sido autorizado expresamente por la E.P.S. para una atención específica y en caso de incapacidad, imposibilidad, **negativa injustificada o negligencia demostrada de la Entidad Promotora de Salud para cubrir las obligaciones para con sus usuarios.** La solicitud de reembolso deberá hacerse en los quince (15) días siguientes al alta del paciente y será pagada por la Entidad Promotora de Salud en los treinta (30) días siguientes a su presentación, para lo cual el reclamante deberá adjuntar original de las facturas, certificación por un médico de la ocurrencia del hecho y de sus características y copia de la historia clínica del paciente. Los reconocimientos económicos se harán a las tarifas que tenga establecidas el Ministerio de Salud para el sector público. En ningún caso la Entidad Promotora de Salud hará reconocimientos económicos ni asumirá ninguna responsabilidad por atenciones no autorizadas o por profesionales, personal o instituciones no contratadas o adscritas, salvo lo aquí dispuesto.” (negrilla fuera del texto original)*

Descendiendo al caso bajo estudio, respecto al punto de inconformidad de la impugnante, referente a que el demandante, no efectuó reclamación previa del reembolso ante esa EPS, se tiene que si bien la resolución 5261 contempla el trámite para la reclamación de reembolsos, lo cierto es que este no se constituye **en requisito de procedibilidad** alguno para peticionar su pago a través del trámite de proceso sumario, que dicho sea de paso, se caracteriza como lo indica su nombre por ser un trámite breve y que prescinde de ciertas formalidades legales, entre ellas, no contempla como se dijo, requisito de procedibilidad alguno para su acceso, por lo que dicho argumento, no resulta acertado; pues el texto transcrito de la misma resolución contempla que las EPS se pueden negar a efectuar el pago de reembolso, únicamente en el caso de que hayan sido generados como consecuencia de procedimientos practicados por profesionales no adscritos a su red, caso que no es el puesto a consideración, pues no ofreció reparo que la cirugía en cuyo pago incurrió el actor, fue autorizado por la misma red de prestadores de la accionada.

De otra parte, se observa que durante el trámite procesal con las pruebas allegadas a este, quedó suficientemente **demostrada la negligencia** de la accionada en practicar el procedimiento que requería el actor, cuando este presentaba un cuadro clínico que estaba poniendo en peligro su vida y que requería de un actuar inmediato por parte de la EPS a la que se encontraba afiliado, lo que claramente no ocurrió, viéndose obligado el actor a sufragar tales servicios de manera particular; razones que resultan suficientes para **confirmar** la decisión de primer grado.

En mérito de lo expuesto, la **SALA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D. C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la providencia proferida el 25 de agosto de 2022, por la Superintendencia Nacional de Salud – Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación, por las razones expuestas.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Las partes se notifican en estrados conforme lo previsto en los artículos 40 y 41 del CPTSS.

Los Magistrados,


MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO

SALVO VOTO. En mi criterio es un proceso de única instancia, y no procedía la apelación.


LORENZO TORRES HUSSY
MAGISTRADO