



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

III

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: ENAN ENRIQUE ARBELÁEZ
Demandada: BANCO POPULAR S.A.
Radicado No.: 37-2021-00387-01
Tema: BENEFICIOS EXTRALEGALES– APELACIÓN PARTES – MODIFICA

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

En virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Enan Enrique Arbeláez instauró demanda ordinaria contra el Banco Popular S.A., con el propósito de que se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo suscrito en su condición de trabajador oficial desde el 27 de diciembre de 1983 al 31 de marzo de 2018 y, en consecuencia, solicitó que se dispusiera a su favor la reliquidación y reajuste de la cesantía definitiva, intereses de la cesantía, primas semestrales de junio y diciembre legales y extralegales, primas extralegales semestrales de mayo y noviembre, vacaciones y primas de vacaciones convencionales y legales, conforme al régimen prestacional de los Trabajadores Oficiales, contenido en el Decreto 1045 de 1978, normas concordantes y los acuerdos convencionales pactados en el Banco demandado, teniendo en cuenta como salario base de liquidación \$4.296.103.22 mensuales.

Subsidiariamente pidió el reajuste de las primas de servicios legal y extralegal de junio y diciembre, primas extralegales de mayo y noviembre, vacaciones, primas de vacaciones legales y convencionales, liquidadas indebidamente y correspondiente a los 3 últimos años de servicio por lo menos, así como intereses moratorios sobre las sumas insolutas. Adicional a ello, peticiona que se imparta condena por indemnización moratoria, indexación, lo que corresponda a las facultades ultra y extra petita, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que el Banco Popular se constituyó como sociedad anónima de economía mixta y posteriormente de economía mixta, del orden nacional y vinculada al Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Refirió que ingresó a laborar al servicio de la entidad el 27 de diciembre de 1983, lo cual lo hizo en condición de trabajador oficial; que el 4 de diciembre de 1996 su empleador paso hacer una sociedad comercial anónima, conservando la condición legal de sociedad de economía mixta, pero de carácter privada, razón por la cual se produjo sustitución empresarial de conformidad con lo dispuesto en el artículo 67 a 69 del C.S.T.

Precisó que el vínculo laboral estuvo vigente hasta el 31 de marzo de 2018, además, que en la liquidación definitiva del auxilio de cesantía se reconoció un tiempo total de servicio correspondiente a 12.326 y un salario promedio mensual de \$3.797.305.70, cuando en

realidad devengó en el último año de servicio la suma de \$4.513.391.6. Adujo que la demandada tiene vigentes convenciones colectivas de trabajo, siendo beneficiario de las mismas; sin embargo, ha reconocido parcialmente tales beneficios durante el transcurso de la relación laboral. (Expediente electrónico, PDF 06SubsanacionDemanda).

2. Contestación de la demanda. Al momento de recorrer el término de traslado se opuso a la totalidad de pretensiones formuladas, a excepción de lo relativo sobre la existencia de la relación laboral que terminó el 31 de marzo de 2018 por renuncia voluntaria del actor. Refirió que liquidó las primas legales, vacaciones y primas extralegales, conforme lo establece la ley y convenciones colectivas de trabajo. A su vez, sostuvo que, el salario para liquidar el auxilio de cesantía obedece al promedio de los devengos establecidos en la convención colectiva de trabajo y correspondiente al último año de servicios, es decir, desde el 31 de marzo de 2.017 al 31 de marzo de 2.018.

Frente a los hechos aceptó los enlistados en los numerales 1° a 4°, 8° a 10°, 12°, 14°, 16°, 17°, 19°, 27° a 29°, 36° a 40°, 42° a 46° y 104° y, respecto a los demás señaló no constarle o no ser ciertos. En su defensa formuló las excepciones de mérito que denominó falta de causa, pago, buena fe, inexistencia de la obligación reclamada, compensación, cosa juzgada, cobro de lo no debido y genérica. (Expediente electrónico, PDF 07ContestaciónDemandaBancoPopular).

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 15 de febrero de 2023, en la que el fallador condenó a la enjuiciada a reconocer y pagar a favor del actor debidamente indexado desde su exigibilidad hasta el momento en que se realice el pago efectivo de la obligación, la suma de \$19.780.663 por concepto de reliquidación del auxilio de cesantías, \$593.420, por reliquidación de los intereses sobre las cesantías, \$1.127.494 por concepto de la prima extralegal contemplada en el artículo 11 de la Convención Colectiva de Trabajo de 1981. No gravó en costas a las partes.

En lo que interesa a los recursos de apelación propuestos, en primer término, indicó que no existía controversia alguna respecto a la existencia del vínculo laboral entre las partes, el cual estuvo vigente entre el 27 de octubre de 1983 hasta el 31 de marzo del año 2018, sin embargo aclaró que, si bien, el Banco Popular era una sociedad de economía mixta del orden nacional, vinculada al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, lo cierto es que, el 1 de noviembre de 1996 el Estado enajenó la acciones que poseía en esta entidad, por lo que esta dejó de ser oficial y pasó a propiedad privada, lo que determinó que su régimen laboral pasara a ser de esta naturaleza, a las contenidas en las normas sustantivas laborales, así como las disposiciones convencionales vigentes en el banco. En razón a lo anterior, el demandante solo conservó la calidad de trabajador oficial hasta el 21 de noviembre de 1996, dado que, con posterioridad a esta fecha, detentó la calidad de trabajador privado y en esa medida no hay lugar a que se le reconozca las prestaciones sociales conforme establecido en el Decreto 1045 del año 1978.

Respecto a la reliquidación de las cesantías, señaló que, conforme lo dispuesto en el artículo 19 de la Convención Colectiva de Trabajo suscrita para el año 1981, se estipularon 3 factores, para liquidar este auxilio, de los cuales únicamente la parte actora señala que para su liquidación no se tuvo en cuenta los factores salariales devengados en el último año de servicios, así como tampoco, fue incluida la prima legal y extra legal contenida en el artículo 11 de la CCT vigente para año 1999. Para dilucidar lo anterior, tuvo en cuenta el artículo 5° de la Convención colectiva del año 1964, Laudo Arbitral del año 1974, artículo 32 de la Convención Colectiva de Trabajo en 1985, artículo 11 de la C.C.T. de 1999. Por lo anterior, consideró que adicional a la prima legal, el demandante tenía derecho a tres primas extralegales, por ello, en virtud de la relación laboral, al demandante le fueron reconocidas las siguientes primas: primas de servicio 1/3, prima de servicios 2/3, prima extralegal semestral, prima extralegal anual, de estos conceptos, por

prima extralegal anual, que corresponde al artículo 5 de la C.C.T. del año 1964, le fue reconocida al demandante en el mes de noviembre 2017 y proporcionalmente en el periodo laborado en el año 2018, valor total que debe ser tenido en cuenta en la doceava parte del salario base para el reconocimiento del auxilio de cesantías, valor que no fue tenido en cuenta; la prima de extralegal contemplada en el artículo 8º del Laudo Arbitral de 1974, con las modificaciones introducidas por las convenciones colectivas de los años 1980 y 1985, fueron reconocidas, en los meses de mayo y noviembre, para un total en ambos periodos por la suma de \$2'254.988 pesos, que corresponde a 15 días de salario, asimismo, se produjo su reconocimiento parcial para el año laborado en el 2018 por el valor de \$603.209,25, último concepto que no fue tenido en cuenta en el valor total en la liquidación de cesantías.

Respecto a la prima de servicios 1/3 y prima de servicios 2/3, señaló que estos dos conceptos arrojan un valor de \$7'656.295,3 pesos, valores discriminados para el año 2017, así como el valor proporcional reconocido en el año 2018, que arroja la suma total de \$1'992.125,85. Así las cosas, el valor total pagado corresponde a la prima legal de servicios incrementada de conformidad con el artículo 2º de la Convención Colectiva del año 1961.

De otro lado, sostuvo el juzgador que, la demandada pactó un incremento adicional sobre el valor de la prima legal del servicio, por cada semestre por un mes y medio de salario, por lo que el valor discriminado como prima 1/3, corresponde al valor de la prima legal de servicios y las 2/3 partes corresponde al valor incrementado del salario, por eso para calcular el valor de la doceava, solo se tuvo en cuenta el valor correspondiente a las 2/3 partes, por lo que dicho proceder se ajusta a lo determinado en el artículo 19 de la C.C.T. de 1981, que facultó a excluir esa 1/3 parte como factor salarial. Por lo anterior, se acreditó el pago de la prima de servicio legal incrementada en la cual solo se tuvo en cuenta como factor salarial en las 2/3 partes, por un valor total devengado por este concepto \$6'432.280,77, para los años 2017 y 2018.

Reseñó que no encontraba acreditado el pago de la prima creada por el artículo 11 de la Convención Colectiva de Trabajo del año 1999, la cual no fue excluida, ni perdió vigencia en virtud de las demás normas convencionales, por lo que había lugar a su pago, en la suma de \$1'127.494 pesos, valor este que debe ser incluido en la doceava parte para el salario base de liquidación de las cesantías, de conformidad con lo regulado por el artículo 19 de la C.C.T., por lo que resulta procedente la reliquidación del salario base de liquidación de las cesantías, incluyendo el valor devengado en el último año de servicios en su valor total para el año 2017, pues fueron causados durante ese periodo, así como el valor proporcional por dichos conceptos para el año 2018 en su doceava parte, con inclusión del valor de la prima extralegal consagrada en el artículo 11 de la Convención Colectiva de trabajo en el año 1999, por lo que halló como ingreso base de liquidación para las cesantías, la suma de **\$4.375.030,74**, valor que corresponde a valores devengados en el último año de servicios, esto es, el periodo comprendido entre el 30 de marzo de 2017 al 30 de marzo del año 2018.

Por lo anterior, realizó la liquidación retroactiva de las cesantías sobre 12.326 días, encontrando una suma total de \$149.796.191,22, valor al que, realizado los descuentos de las cesantías parciales pagadas, se tiene una suma adeudada por \$19.780.663 pesos. Lo anterior, dio lugar a la aplicación reliquidación de los intereses a las cesantías, para el año 2018; indicó que estas cifras no resultan afectadas por el fenómeno jurídico de la prescripción, como quiera que el contrato de trabajo finalizó el 31 de marzo de 2018 y la reclamación ante la demandada fue realizada el 6 de diciembre del año 2019, esto es, dentro del término establecido en el artículo 488 del CST. En todo caso, señaló que está excepción se aplica de manera parcial frente al reconocimiento y pago de la prima reconocida en el artículo 11 de la CCT del año 1999, en relación con lo causado con

anterioridad al 6 de diciembre del año 2016, por lo que impuso condena por concepto de \$1'127.494 pesos, que se corresponde periodo causado en el año 2017, en la medida que en esta norma convencional no contempla el pago proporcional.

En cuanto a la reliquidación de las vacaciones, señaló que no accedía a esta solicitud, en la medida que en virtud de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 192 del CST, el demandante no contaba con un salario variable, adicional a que este derecho fue pactado en las normas convencionales. De igual forma, negó el reconocimiento de la reliquidación de las primas legales y extralegales, debido a que conforme las normas convencionales se estipuló su reconocimiento frente al salario ordinario, como se advirtió de la declaración del presentante legal y la testigo traída a juicio.

Frente a la procedencia de la indemnización moratoria establecida en el artículo 65 del CST, sostuvo que, en vigencia de la relación laboral, fueron realizados pagos parciales, que atendieron la necesidad del demandante en su gasto cuando lo manifestó para la adquisición de vivienda. Lo que se puede advertir la ejecución del contrato de buena fe. Adiciona a ello, a la finalización del vínculo le fueron canceladas los salarios y las prestaciones debidas, hechos que demuestran un actuar de buena fe; si bien, se acreditó una indebida liquidación del auxilio de cesantías y la falta de pago de la prima contemplada en el artículo 11 de la CCT del año 1999, ello se debió a una mala interpretación normativa y no con la intención de desconocer los derechos del actor.

Ordenó la indexación de los valores objeto de condena, desde la fecha de causación de cada uno de los derechos reconocidos y hasta la fecha en que se haga efectivo el pago de la obligación.

4. Impugnación y límites del ad quem.

4.1. Demandante. Inconforme con la decisión formuló recurso de apelación esgrimiendo que, aunque el A quo ordenó la reliquidación del auxilio de cesantía teniendo un salario base de \$4.365.030,74, lo cierto es que debió tener para tal efecto la cantidad de \$4.555.719,54, en tanto que, omitió que el reconocimiento de la prima convencional semestral de junio y diciembre debió extenderse por lo menos durante los tres últimos años de servicio, en desarrollo de lo dispuesto en el artículo 488 del C.S.T.

Refirió que existen elementos de persuasión que dan cuenta del salario de liquidación del auxilio de cesantía debe ser de \$4.555.719,54, en la medida que al demandante en el mes de julio de 2017 se le pagó \$2'588.245, en diciembre de la misma anualidad se le pagó \$2'551.216,80 y en marzo del 2018 le fue reconocido \$1.328.083,90 para un total de \$6'467.546,10, que dividido por 12, arroja un promedio en el último año de \$538.962,18; que por conceptos de prima anual en noviembre de 2017, se reconoció la suma de \$1'127.494, en marzo de 2018 se pagó \$300.604,53, para un total de 1.429.098 que, dividido por 12, arroja \$119.091,50. En cuanto a la prima extralegal semestral pagada en los meses de mayo y diciembre 2017, señala que el banco demandado pagó 1'127.499 y 1'127.494 y en marzo de 2018 reconoció \$603.209,25, para un total de 2'858.147,25 que dividido por 12, arroja \$238.183,10.

Respecto a la prima de vacaciones como factor salarial, sostuvo que la sociedad demandada de manera deliberada y conscientemente, solamente tuvo en cuenta la prima de \$3'940.967,10, cuando ha debido tener en cuenta que la norma Convencional ordena que para establecer el salario base de liquidación debe tomarse la prima de vacaciones devengada durante el último año de servicio, la cual ascendió a la suma de \$3'683.147,07 y que fue pagada en junio de 2017, por lo tanto, el actor en el último año de servicio

devengó por este concepto la suma de \$7'624.114,17, que dividido por 12, arroja como resultado \$635.340,85.

En lo concerniente a la prima convencional semestral como factor salarial, indica que el saldo insoluto por este concepto en el último año de servicios, fue de \$3'260.184 pesos, teniendo en cuenta que, el banco omitió pagar en junio de 2017 la suma de \$1'286.188, en diciembre de este mismo año, \$1'286.188 y en marzo de 2018 se reconoció \$688.108, para un total de \$3'260.484, que dividido por 12, proyecta un total de \$270.707 pesos, para un promedio en el último año de \$1.803.287,54.

Adicionalmente, afirma que el fallador de primer grado paso por alto que el Banco Popular S.A. al liquidar el auxilio de cesantía tuvo en cuenta un sueldo básico de \$2.412.837, pero al cancelar la prestación solamente tomó como sueldo \$2'254.988 pesos, por lo cual, al liquidar el factor 1 solamente tuvo en cuenta \$2'594.593, cuando en realidad los documentos allegados dan cuenta que se debía establecer para liquidar este factor la suma de \$2'752.432 pesos. Indicó que la enjuiciada erró al no dar aplicación al artículo 19 de la CCT.

En lo relacionado a las primas legales, sostiene que el trabajador tuvo un salario promedio vacacional, conforme lo afirmado por el representante legal del banco y su testigo, solamente se tuvo en cuenta el salario base de liquidación, por lo tanto, solicita que se imparta condena, para que, en los últimos 3 años de servicio, se reajusten las vacaciones legales indebidamente liquidadas.

De otro lado, afirma que el trabajador ostenta la calidad de trabajador oficial, como quiera que al momento de su vinculación con la demandada, el Banco Popular era una sociedad de economía mixta del orden nacional adscrita al Ministerio de Hacienda, sin embargo, de manera unilateral, el banco el 21 de noviembre, transformó su contrato a privado, si bien hubo cambio en la naturaleza de la entidad, los contratos de trabajo se mantuvieron vigentes y no fueron sustituidos, ni cancelados, lo único que operó fue una sustitución patronal, por lo tanto, la venta de acciones de la entidad, no podía alterar su condición de trabajador oficial.

Finalmente, sostiene que procede la condena en costas y agencias en derecho, en la medida que, las normas legales señalan que la parte vencida en el proceso, debe ser condena en proporción a la condena impuesta, y nada se dijo frente a su absolución.

Una vez concedido el recurso de apelación, el apoderado de la parte actora realiza adenda al recurso de apelación y para ello, sostiene que se debe condenar a la demanda al pago de la sanción moratoria en los términos del artículo 65 del CST y el Decreto 797 de 1949, por cuanto la conducta de la demandante estuvo orientada a desconocer los derechos del trabajador.

4.2. Demandada. En su alzada adujo que, de conformidad con la convención colectiva de trabajo de 1980, en su artículo 15, se acordó que el Banco daría aplicación a un régimen similar al privado, dada su naturaleza jurídica de aquella época, en consecuencia, se remitieron a las normas del Código Sustantivo del Trabajo, para precisar que el auxilio de cesantía se liquidaba retroactivamente. Refirió que el texto extralegal de 1981, en su artículo 19, establece los factores para tener en cuenta en la liquidación de la prestación social, razón por la cual el fallador de primer grado al liquidar confunde los conceptos de causación y percibido o pagado.

Explicó que para determinar el tercer factor salarial se debe tener en cuenta lo devengado en el periodo del 31 de marzo de 2017 al 31 de marzo de 2018, luego la prima de mayo

de 2017 remunera el primer semestre de ese año, situación que de la misma forma ocurre con la prima extralegal semestral y de vacaciones. Precisó que el artículo 19 de la convención colectiva de trabajo de 1981, habla de lo devengado en el último año de servicios, no de lo causado, como equívocamente lo entendió el A quo.

Sostiene que no adeuda ninguna suma por reliquidación de cesantía y sus intereses, acotando, que en el Banco reconoce tres primas, esto es, la de servicios que no constituye salario por imperio de la Ley, mismas que son canceladas en el mes de junio y diciembre; la extralegal que corresponde a medio salario; y extralegal semestral que se paga 15 días salario ordinario en mayo y noviembre, misma que ha tenido modificaciones, dado que el artículo 8º de la CCT de 1980, señaló que a partir de su vigencia, el Banco incrementaría la primera legal semestral de que trataba el artículo octavo del laudo arbitral de 1971 en 15 días de salario, pagaderos 7.5 del salario en junio y 7.5 días de salario en el mes de diciembre de cada año; sin embargo, en la Convención colectiva del 16 de diciembre de 1999, se modificó la fecha frente a la oportunidad en la cual la entidad financiera pagaría la primera a sus trabajadores, quedando consignado en el artículo 11, que además de la prima que ordena la ley y las estipuladas en los laudos y convenciones del Banco, pagaría sus trabajadores 15 días de salario ordinario que pagarían en el mes de junio y 15 días de salario que se pagarían en el mes de diciembre, siendo esta modificada para ser cancelada dentro de los últimos días de los meses de mayo y noviembre, modificación que llevó al juzgador de instancia a concluir que la demandada desde el año 1999 no cancelaba esta prima, error que generó que se incrementaran los factores salariales de la CCT de 1981.

5. Alegatos de conclusión. Las partes alegaron en su favor y reafirmaron los argumentos expuestos al momento de impugnar la sentencia de primera instancia.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Apelación de sentencia y principio de consonancia. El recurso de apelación interpuesto tanto por el demandante como por la sociedad accionada, se estudiarán de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS, que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad expuesta por los recurrentes.

2. Problemas jurídicos. Corresponde a la sala dilucidar los siguientes: (i) ¿A pesar del cambio de naturaleza jurídica del Banco Popular para el 1 de noviembre de 1996, el señor Enan Enrique Arbeláez, continuó ostentando la calidad de trabajador oficial?; (ii) ¿Le asiste derecho al promotor de la contienda a que el auxilio de cesantías sea reliquidado? y ¿Cuáles son los factores que deben ser tenidos en cuenta para ello?; (iii) ¿Se equivocó el juzgado de instancia al impartir condena por concepto de prima extralegal contemplada en el artículo 11 de la C.C.T. de 1981?; (iv) ¿Hay lugar al reajuste de las vacaciones legales?; (v) En caso de resultar avantes estas pretensiones, ¿Hay lugar a impartir condena por concepto de indemnización moratoria contemplada en el artículo 65 del CST?

3. Contrato de trabajo y sus extremos. Para resolver el problema jurídico que concita la atención de la Sala, es preciso señalar que las partes no cuestionan las reflexiones que hizo el juez primigenio en torno a la existencia de la relación laboral y sus extremos temporales.

4. Cambio de naturaleza jurídica y calidad de trabajador oficial. No ha sido objeto de discusión que, la demandada varió su naturaleza jurídica de sociedad de economía mixta a sociedad comercial regida por el derecho privado, a partir del 21 de noviembre

de 1996; a pesar de ello, discute la parte demandante que la calidad que ostentó a lo largo de su vinculación fue la de trabajador oficial.

Al respecto, se deber hacer hincapié que en innumerables sentencias de la máxima corporación de la jurisdicción ordinaria, en su especialidad laboral, entre las que se destacan las del 21 de noviembre de 2002 con numero de radicación 19372 y SL780-2018, se ha reseñado que la mutación de naturaleza jurídica de una entidad, que pasa del régimen de pública a privada, en manera alguna aparece que se pierdan algunas garantías y prerrogativas de los servidores que tuvieron la calidad de trabajadores oficiales, como en el caso de los derechos pensionales, por revestir la categoría de irrenunciables y de derechos adquiridos, pese a ello, las calidades y privilegios propios de la naturaleza de la entidad pública, si se pierden, por lo que válidamente se puede afirmar que el actor dejó de ostentar la calidad de trabajador oficial al momento en que se realizó la privatización del banco demandado, esto es a partir del 21 de noviembre de 1996, pasando a ser un trabajador particular, tal y como acertadamente lo concluyó el juzgador de instancia.

Ahora, con la privatización del banco, dentro del presente juicio no se puede afirmar que el actor se le estén desconociendo derechos adquiridos al momento de realizarse la transición de la naturaleza jurídica de la entidad demandada, pues a pesar que, de un lado solicita la aplicación de las normas que regulan las relaciones laborales de los trabajadores oficiales, de otro lado, pretende la aplicación de aparte del CST; lo cierto es que en materia prestacional y salarial en el Banco Popular, se rige por normas de carácter convencional desde el año de 1961, tal como se evidencia del compendio de disposiciones convencionales (Expediente electrónico, PDF 08Convencionescomrpimidas)., de allí que, es oportuno traer a colación lo establecido por la jurisprudencia de Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia (SL4982-2017) respecto de la naturaleza y alcance de las disposiciones convencionales, a saber:

"De ahí que la convención colectiva de trabajo haya sido reconocida por antonomasia por la jurisprudencia como una fuente autónoma de derecho, en tanto que, a la par con la ley, los reglamentos, el laudo arbitral y otras normas laborales, establece derechos, obligaciones, deberes y facultades de los sujetos de la relación de trabajo, conclusión que también encuentra asidero en los Convenios 98 y 154 de la OIT, en los que se define el derecho de negociación colectiva como uno de los procedimientos voluntarios idóneos de reglamentación, a través de acuerdos colectivos. Así, lo ha sentado en múltiples oportunidades la doctrina de esta Sala, entre otras, en las sentencias SL9561-1997; SL15987, SL16556 y SL16944, todas de 2001, CSJ SL15605-2016, y más recientemente en sentencia CSJ SL4934-2017.

Entonces, como el contrato colectivo producto de la autonomía de la voluntad de las partes mediante el cual sus suscriptores dictan disposiciones que constituyen verdadero derecho objetivo con efectos vinculantes -como bien lo entiende el recurrente según lo expuesto en el eje central de su ataque-, sus contenidos rebasan las facultades del juez del trabajo a quien le está vedado desconocerlos".

Ello así, lo relacionado con las prestaciones que serán objeto de análisis en esta providencia, se encuentran contenidas en las normas de carácter convencional, y no como lo esgrime en el libelo genitor mezclando las normas de carácter convencional con la manera de liquidar ciertas prestaciones a la luz del CST o con prestaciones propias de trabajadores oficiales.

5. Liquidación del auxilio de cesantías. Sea lo primero reseñar que, la convención colectiva de trabajo suscrita entre la convocada a juicio y el Sindicato de Trabajadores del Banco Popular, celebrada el 28 de diciembre de 1981, en su cláusula 19 (Expediente electrónico, PDF 8Convencionescomprimidas, pag. 79 a 99) contempló que para la liquidación de este auxilio se tomarán tres factores, el primero de ellos integrado por el último salario ordinario

devengado por el trabajador, gastos de representación, auxilio legal o convencional de transporte, auxilio convencional de alimentación, prima técnica y de estadía, de estos conceptos, el único que se discute en esta instancia es el sueldo básico.

El segundo factor que debe ser tenido en cuenta para hallar el valor del auxilio de cesantías, se compone del promedio mensual de lo devengado en el año o fracción del año inmediatamente anterior a la fecha de liquidación, por concepto de hora extras, dominicales y festivos, recargo por trabajo nocturno, viáticos y honorarios, factores que a juicio del sentenciador de instancia no fueron causados y por ello no fueron tenidos en cuenta para el cálculo de la prestación, valoración que no fue objeto de censura por ninguno de los recurrentes.

El tercer factor se encuentra integrado por el promedio mensual de lo devengado en el año o fracción de año inmediatamente anterior a la fecha de liquidación parcial o definitiva, por concepto de primas de servicio (excluida una tercera parte de su valor, que corresponde a la prima legal), primas extralegales y prima de vacaciones, emolumentos sobre los cuales se presentan reparos por los recurrentes.

Planteado el anterior panorama, se efectuará un pronunciamiento expreso respecto al salario ordinario que corresponde al primer factor, y las primas legales, extralegales y prima de vacaciones, que constituyen el tercer factor, se itera, frente a los demás emolumentos no se presenta ninguna disquisición.

5.1. Primer factor - Salario ordinario. Reclama la parte actora que, para determinar la base salarial a efectos de establecer el valor de la liquidación del auxilio de cesantías, se debe tener en cuenta como primer factor un salario de \$2´752.432.

Sobre el particular, debe precisar esta sala de decisión que, conforme la norma convencional aludida, el salario que debe ser tenido en cuenta para hallar el primer factor corresponde al último salario devengado por el trabajador, por tal razón, contrario a lo sostenido por la parte demandante, el salario ordinario del extrabajador para la fecha del finiquito de la relación laboral, lo fue de \$2´412.837 y de ello da cuenta, no solo la certificación laboral del 27 de marzo de 2018, sino la relación de pagos realizados al actor y la liquidación final de prestaciones (Expediente electrónico, PDF 07ContestaciónDemandaBancoPopular, pag 46, 47 y 59).

A pesar de lo anterior, no se puede pasar desapercibido que, el primer factor no solo lo compone el último salario básico, pues, también lo conforman emolumentos tales como, el auxilio de alimentación y el auxilio de transporte. Revisada la relación de pagos efectuados al accionante y a la que se hizo referencia anteriormente, se tiene entonces que al actor le fue reconocido por el este primer concepto, una suma equivalente a \$226.273,02 y por el segundo de ellos, \$113.332,02, es por ello que, se concluye que el primer factor para liquidar el auxilio pretendido, equivale a **\$2.752.442,04**, valor que no fue tenido en cuenta por la encartada al momento de realizar esa operación, como quiera que, conforme se advierte de la liquidación de esta prestación, el sueldo tenido en cuenta fue de \$2.254.988, advirtiendo que si se tomaron los valores correctos para los auxilios de alimentación y transporte, por tanto, el Banco Popular halló como valor para este factor \$2´594.593.00, valor que indudablemente resulta ser inferior al determinado en esta oportunidad . (Expediente electrónico, PDF 07ContestaciónDemandaBancoPopular, pag 76).

5.2. Tercer factor. Con el ánimo de dilucidar este asunto, un primer aspecto a tener en cuenta para determinar la procedencia o no de las suplicas de la demanda, en lo que al tema objeto de estudio se refiere, es que la norma convencional indica que se debe tomar en cuenta el promedio mensual de lo devengado en el año anterior a la fecha de liquidación, esto es el interregno comprendido entre el **1 de abril de 2017 al 31 de marzo de 2018**; ahora bien, para despejar este factor se deberán tomar: **1)** prima de

servicio, excluyendo su 1/3 parte, según este mismo texto convencional, **2)** prima extralegal semestral, **3)** prima extralegal anual y **4)** prima de vacaciones.

Resalta la sociedad convocada a juicio que la CCT, hace alusión a lo devengado por estos conceptos, más no a lo percibido, así las cosas, a fin de zanjar la discusión entre uno y otro concepto, valga la pena citar la sentencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia SL2189-2020, en la que se rememora la SL027-2020, en donde se señaló:

"Debe tenerse en cuenta que no siempre lo devengado durante el último año de servicio corresponde a lo percibido por el trabajador en ese mismo periodo, porque bien puede suceder que lo que recibió comprenda el pago de derechos causados en periodos anuales anteriores, tal como lo explicó esta Sala en la sentencia CSJ SL12250-2015, al referir que:

[...] que una cosa es devengar o causar un determinado emolumento o derecho y otra cosa lo es percibirlo y recibirlo. Devengar según el Diccionario de la Real Academia Española es «Adquirir derecho a alguna percepción o retribución por razón de trabajo, servicio u otro título», lo que se asimila a causar o dar lugar a algo; en cambio, cuando se habla de percibir, generalmente se asocia a recibir u obtener el pago de algo. Puede decirse entonces que todo lo percibido lo es porque ha sido devengado, pero no siempre lo devengado es o ha sido percibido."

Conforme lo anterior, bajo esta óptica resulta claro que no le asiste asidero jurídico al apoderado de la parte demandante, y si al apoderado del banco demandado, en la medida que sobre los emolumentos descritos en el factor tercero, para los fines que se estudian en esta oportunidad, no pueden ser aplicados en una doceava parte automáticamente, siendo menester entonces, determinar las fechas en las que se causaron y cuando fueron pagadas, a fin de establecer en que interregno fue devengado, para luego establecer su incidencia en la liquidación del auxilio pretendido.

Para el caso objeto de estudio, tenemos entonces que, para la prima convencional, solo se toma lo devengado en el primer semestre de 2017, que corresponde a 90 días, esto es del 1 de abril al 31 de junio de 2017; se tomará lo reconocido en el segundo semestre de esta anualidad, por 180 días; posteriormente, se tendrá en cuenta lo devengado por este concepto entre del 1 de enero al 31 de marzo de 2018, esto es 90 días, de esta forma se establecerá lo devengado por este concepto en el último año laborado. Ahora bien, efectuadas las operaciones aritméticas correspondientes, se tiene entre el 1 de abril de 2017 y el 31 de marzo de 2018, el accionante devengó \$1.294.122,70, para el primer semestre de 2017, \$2.551.216,80 para el primer trimestre de 2018, para un total de \$5.173.423,40, que luego de dividido por 12, para determinar la doceava parte, se tiene **\$431.118,62**. El Banco demandado halló como valor para este concepto \$429,643.49, valor inferior al determinado en esta instancia (Expediente electrónico, PDF

07ContestaciónDemandaBancoPopular, pág. 76).

Idéntica operación aritmética se realizará respecto a la prima extralegal semestral, sin embargo se aclara que, se toman en cuenta los siguientes extremos para determinar lo devengado por este concepto en el último año de servicio, así: del 1 de abril al 31 de mayo de 2017 \$563.747,00, del 1 de junio al 30 de noviembre de este mismo año \$1.127.494,00 y del 1 diciembre de 2017 al 31 de marzo de 2018 \$603.209,25, por lo tanto, se tiene que, por este concepto se establece como doceava parte la suma de **\$191.204,19**, tal y como lo determinó la encartada en su oportunidad (Expediente electrónico,

PDF 07ContestaciónDemandaBancoPopular, pág. 76).

Ahora bien, respecto a la prima extralegal anual y siguiendo esta misma línea, se tiene que, del 1 de abril al 30 de noviembre de 2017, se tiene \$845.620,50 y del 1 de diciembre de 2017 al 31 de marzo de 2018, se halla \$ 301.604,63, para un total de \$1.147.225,13, por ende, la doceava parte asciende a la suma de **\$95.602,09**, mismo valor que fue determinado por la enjuiciada (Expediente electrónico, PDF 07ContestaciónDemandaBancoPopular, pág. 76).

Finalmente y en lo que se refiere a la prima de vacaciones, el artículo 26 de la convención colectiva del 6 de marzo de 1.990 y el artículo 13 de la convención colectiva del 18 de octubre de 2005, contemplan su pago se realiza por año completo o por fracción, al ser ello así, tenemos lo siguiente que dentro del 1 de abril de 2017 al 30 de junio de 2018 devengó \$920.786,75 y del 1 de julio al 31 de marzo de 2018 devengó \$2.955.725,33, para un total de \$3.876.512,08, por tanto, la doceava parte de este concepto corresponde a **\$323.042,67**, valor inferior al reconocido por el banco Popular, pues este halló por este concepto \$328.413,93 (Expediente electrónico, PDF 07ContestaciónDemandaBancoPopular, pág. 76).

5.2.1. Prima extralegal semestral insoluta. El a quo fulminó condena en contra de la sociedad demandada por la falta de pago de la prestación contenida en el artículo 11 de la Convención Colectiva de Trabajo de 1981 (sic), se alega en la censura que esta prima no es diferente a la establecida en el artículo 8º del Laudo Arbitral de 1974, modificado por los artículos 12 de la CCT de 1980, numeral 1º del artículo 32 de la C.C.T. de 1985 y artículo 11 de la C.C.T. de 1999, por lo que afirma que el sentenciador de instancia erró a determinar que en este nuevo articulado se había creado una nueva prima a favor de los trabajadores, pues se trata de la misma prestación, únicamente que allí se indica que la misma será pagada mayo y diciembre.

Para definir este asunto, debe advertirse que, en el Laudo Arbitral de fecha 26 de julio de 1974, en su artículo 8º se estableció el reconocimiento y pago de una prima de 7.5 días de salario ordinario pagaderos uno en junio y otro en diciembre de cada año; (Expediente electrónico, PDF 08Convencionescomprimidas, pág. 16 a 36); la que fue incrementada en virtud de lo dispuesto en el artículo 12 de la C.C.T. del año 1980, y en donde se estableció que el valor de esta prima sería incrementado en 15 días de salario ordinario (Expediente electrónico, PDF 07ContestaciónDemandaBancoPopular, pág. 217 a 229); a su vez, en el numeral 1º del artículo 32 de la C.C.T. del 12 de diciembre de 1985, modificó las fechas de pago de la prima extralegal semestral prevista en el artículo 8º del Laudo Arbitral de 1974 y el artículo 12 de la CCT de 1980, para ser canceladas en los meses de mayo y noviembre de cada anualidad (Expediente electrónico, PDF 07ContestaciónDemandaBancoPopular, pág. 251 a 273); de la misma forma, en el artículo 11 de la C.C.T. de 1999, se realiza una nueva modificación y se precisa que esta prima extralegal será cancelada dentro de los últimos 5 días de los meses de mayo y diciembre.

Aunado a ello, en este último articulado se estableció lo siguiente: "*Además de la prima que ordena la ley, y las estipuladas en Laudos y Convenciones, el Banco pagará a sus trabajadores las siguientes: a) Quince días de salario ordinario que se pagará en el mes de junio; y b) Quince días de salario ordinario que se pagarán en el mes de diciembre.*", del aparte convencional transcrito es totalmente claro que no se está haciendo referencia a la misma prima convencional que se reseña en el Laudo Arbitral de 1974, con sus respectivas modificaciones, por tanto, sin lugar a duda se evidencia que entre la organización sindical y la demandada se pactó el reconocimiento de una prima independiente a las reconocidas previamente, con fechas de pago disímiles, por ello, en lo más mínimo se puede considerar que la aseveración efectuada por el juzgador de conocimiento frente a este tema fue errada, por el contrario, esta colegiatura comparte la interpretación por él realizada.

Por lo anterior y en la medida que, la sociedad demandada no demostró su pago, se deberá confirmar la condena impuesta por este concepto, en tanto, la parte demandante no discute su valor. Se debe precisar que, dentro de la sentencia se estableció que esta condena ascendía a la suma de \$1'127.494, que corresponde a 15 días de salario del mes de diciembre del año 2017, por lo tanto, para el segundo semestre de esta anualidad debió devengar esta suma de dinero, correspondiéndole entonces por este concepto una doceava parte equivalente a \$93.957,83.

Dilucidado lo anterior, se tiene como tercer factor para liquidar las cesantías la suma de \$1` 134.925,40, existiendo una diferencia a favor del extrabajador.

Entonces sumando el primer factor con el tercero, resulta que la base salarial para liquidar las cesantías es de **\$3`887.367,44**, si bien, el convocado a juicio establece en el detallado de liquidación de esta prestación como salario base la suma de \$3` 639,456.70 (Expediente electrónico, PDF 07ContestaciónDemandaBancoPopular, pág. 76), lo cierto es que, las cesantías fueron determinadas con un salario de \$3` 797.305,70 (Expediente electrónico, PDF 07ContestaciónDemandaBancoPopular, pág. 46), valor que resulta ser inferior al establecido por esta colegiatura, conforme se ilustra a continuación:

FACTOR 1	VALOR
Sueldo	\$ 2.412.837,00
Auxilio de alimentos	\$ 226.273,02
Auxilio de transporte	\$ 113.332,02
Prima de estadía	\$ -
Total Factor 1	\$ 2.752.442,04
FACTOR 2	
Horas extras, causadas durante el último año	\$ -
Viáticos, causados durante el último año	\$ -
Total Factor 2	\$ -
FACTOR 3	
Prima Servicios Convencional	\$ 431.118,62
Prima Extralegal Semestral	\$ 191.204,19
Prima Extralegal Anual	\$ 95.602,09
Prima de Vacaciones	\$ 323.042,67
Prima extralegal semestral 2 Art. 11 CCT 1999	\$ 93.957,83
Total Factor 3	\$ 1.134.925,40
GRAN TOTAL TRES (3) FACTORES= Salario Base	\$ 3.887.367,44

Por lo tanto, realizada la liquidación de las cesantías, teniendo como base salarial la suma de \$3` 887.367,44, por 12.326 que corresponde a los días a liquidar, dividido esto por 360, se tiene que el valor de las cesantías corresponde a \$ 133.099.142,01, al cual se le debe descontar los pagos parciales realizados, esto es \$105.367.195,00. Se tiene entonces que, por valor de cesantías, el banco demandado debió reconocer y pagar la suma de \$27.731.947,01.

Ahora bien, como quiera que el empleador pagó la suma de \$ 24.648.333, al condenarse a la reliquidación de este auxilio se observa una diferencia de \$3.083.614,01, entre lo que pagó y lo que debió reconocer.

Por ello, se deberá modificar el literal a) del numeral primero de la sentencia recurrida, para en su lugar, condenar al banco Popular al pago de la reliquidación de las cesantías en la suma de **\$3.083.614,01**.

6. Reajuste de vacaciones legales. Se reclama en la alzada el reajuste de las vacaciones legales, sin embargo, al momento de esbozar sus argumentos frente a este asunto, se limita a señalar que las mismas fueron indebidamente liquidadas, sin que se exponga con claridad y fundamento cuales fueron los emolumentos o los factores que se echan de menos; a pesar de lo anterior, se tiene que dentro del libelo genitor se indica que *“La demandada omitió reconocer y pagar las Vacaciones Legales al Trabajador Oficial demandante considerando el auxilio de transporte y la prima de servicios, que son factor de salario para la liquidación de esta prestación legal, conforme lo dispuesto en el Artículo 17 del D.1045/78”*, sobre el particular y conforme fue advertido al abordar el primer

problema jurídico, el promotor de la contienda dejó de detentar la calidad de trabajador oficial al momento en que se realizó la privatización del banco enjuiciado, esto es a partir del 21 de noviembre de 1996, por lo que de ninguna manera puede darse aplicación a dicho postulado normativo y mucho menos reliquidar esta acreencia en la forma solicitada por el actor.

Aunado con lo anterior, en otro de los apartes del escrito inaugural, deprecia que se liquiden las vacaciones en los términos del numeral 2º del artículo 192 del CST, por contar con un salario variable, si bien, en estos términos no fue planteada la alzada, es necesario establecer que el salario del actor no fue variable y de ello da cuenta la relación de pagos efectuados al demandante (Expediente electrónico, PDF 07ContestaciónDemandaBancoPopular, pág. 66 a 75), tal y como lo advirtió el sentenciador de instancia, razones más que suficientes para confirmar la sentencia sobre este particular asunto.

7. Intereses sobre las cesantías. Modificado el valor de las cesantías, es evidente que sus intereses sufren variación, por lo tanto, se tiene que una vez efectuadas las operaciones aritméticas correspondientes, este valor asciende a la suma de \$ 831.958,41.

Ahora, como el empleador pagó la suma de \$739.449,99, al condenarse a la reliquidación de estos intereses se observa una diferencia de \$92.508,42, entre lo que pagó y lo que debió reconocer. Conforme lo anterior, modificar el literal b) del numeral primero de la sentencia recurrida, para en su lugar, condenar al banco Popular al pago de este valor.

8. Indemnización moratoria. Sentado lo anterior y en lo atinente a la indemnización moratoria, es preciso recordar que conforme lo establecido en el artículo 65 del CST, si a la terminación del contrato, el empleador no paga al trabajador los salarios y prestaciones debidas, salvo los casos de retención autorizados por la ley o convenidos por las partes, debe pagar al asalariado, una indemnización moratoria. En relación con la indemnización en mención, la jurisprudencia reiterada y pacífica de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia bajo el radicado 32529 del 5 de marzo del 2009 ha explicado que la misma no es una respuesta judicial automática frente al hecho objetivo de que el empleador, al terminar el contrato de trabajo, no cancele al trabajador la totalidad de salarios y prestaciones sociales adeudados, por ello, ha insistido en que el juez debe, en cada caso, de acuerdo con el material probatorio, establecer si se revela o evidencia la buena fe de aquel frente a tal conducta omisiva.

Criterio que coincide con lo planteado por la Corte Constitucional, entre otras, en la sentencia T-459 del 2017, en la que señaló que la jurisprudencia constitucional establece que es posible eximir al empleador del pago de la indemnización moratoria cuando se compruebe que éste actuó de buena fe al momento de la terminación del contrato, esto es, que tenía la conciencia de haber obrado legítimamente y con ánimo exento de fraude.

Descendiendo al caso objeto de estudio, se advierte que dentro del presente juicio no existen medios de prueba que demuestren que el actuar de la demandada estuvo orientado a fraguar los derechos laborales del actor, por el contrario, se observa que durante los mas de 34 años en lo que duró la relación laboral siempre le fueron canceladas los salarios y las prestaciones sociales, sin que se llegare a presentar reclamación alguna por parte del señor Arbeláez, por alguno de estos conceptos.

Ahora bien, a pasar que en presente juicio ha sido demostrado que no le fue liquidado correctamente su auxilio de cesantías, lo cierto es que ello no obedece a un actuar de mala fe, pues simplemente la entidad le estaba dando una interpretación diferente a los plasmado en los múltiples textos convencionales, los cuales no fueron desacertados en su totalidad, conforme se vio reflejado a lo largo de esta providencia.

Razones más que valederas para confirmar la decisión de primer grado.

9. Costas en primera instancia. Frente a las costas, el artículo 365 del CGP prevé que se debe condenar en costas a la parte vencida en el proceso, de manera que es procedente imponer costas de primera instancia en contra del Banco Popular, por lo que se deberá revocar el numeral 3º de la sentencia apelada, para en su lugar, grabar en costas a este extremo procesal, por lo tanto, las mismas deberán ser tasadas por el juzgado de conocimiento.

10. Costas. No hay lugar a condenar en costas en esta instancia, como quiera que los recursos de apelación interpuestos por las partes prosperaron de manera parcial.

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el literal a) del numeral primero de la sentencia apelada, para en su lugar **CONDENAR** al Banco Popular a pagar al demandante la suma de \$3.083.614,01, por concepto de reliquidación de las cesantías, conforme a la parte motiva de esta providencia.

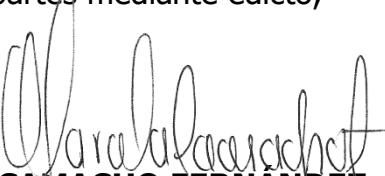
SEGUNDO: MODIFICAR el literal b) del numeral primero de la sentencia apelada, para en su lugar **CONDENAR** al Banco Popular a pagar al demandante la suma de \$92.508,42, por concepto de reliquidación de intereses a las cesantías, conforme a la parte motiva de esta providencia.

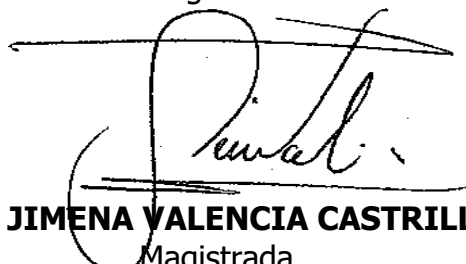
TERCERO: REVOCAR el numeral tercero de la sentencia apelada, para en su lugar **CONDENAR** al Banco Popular al pago de las costas causada en primera instancia, las que deberán ser tasadas por el Juzgado de conocimiento.

CUARTO: En lo demás, **MANTENER** incólume la sentencia de primer grado.

QUINTO: SIN COSTAS en esta instancia.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada


ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: *ORDINARIO LABORAL*
DEMANDANTE: *ARÍSTIDES CIFUENTES SEGURA*
DEMANDADO: *COLPENSIONES*
RADICACIÓN: *110013105-021-2021-00091-01*
ASUNTO: *APELACIÓN Y CONSULTA*
TEMA: *INDEMNIZACIÓN SUSTITUTIVA*

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

En virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA
ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. El señor Arístides Cifuentes Segura a través de mandatario judicial instauró demanda laboral con el fin que se condene a Colpensiones al reconocimiento y pago de la pensión de jubilación, junto con el pago del retroactivo, indexación y costas procesales. Subsidiariamente, solicita el pago de la indemnización sustitutiva.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló que su historia laboral inició el 17 de marzo de 1980 y terminó el día 31 de marzo de 1996, teniendo como patronos a la Sociedad Capital Ahorros Libertador, Laboratorios Wyeth INC, Banco Cafetero, quienes efectuaron aportes al ISS hoy Copensiones; refiere que es beneficiario del régimen de transición, en vista que al 1º de abril de 1994, era trabajador oficial activo del Banco Cafetero; que su retiro de la entidad se realizó por voluntad propia en marzo de 1996, fecha para la cual contaba con más 15 años de servicio.

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (Expediente electrónico PDF, 13NotificacionAgenciaNacional); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de la demandada. COLPENSIONES dando respuesta en el momento procesal oportuno, se opuso a las todas las pretensiones del accionante argumentado que el demandante nació el 18 de abril de 1957, por lo tanto, al 1º de abril de 1994, contaba con 37 años de edad, adicional a ello, para esta data solo contaba con 671 semanas cotizadas. De otro lado, señala que, el accionante actualmente cuenta con un total de 770 semanas por lo que tampoco acredita los requisitos de la Ley 797 de 2003. De otro lado, señala que, no resulta procedente la pretensión subsidiaria, en la medida que mediante resolución SUB 18032 del 08 de julio de 2022, se reconoció indemnización sustitutiva al aquí demandante en cuantía de \$28,676,089.00. Como excepciones de mérito propuso las que denominó inexistencia del derecho, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, buena fe de Colpensiones, no configuración del derecho al pago del I.P.C., ni de indexación o reajuste alguno; no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, prescripción, compensación, no

procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público e innominada o genérica (Expediente electrónico, PDF 18ContestacionDemandaColpensiones)

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 11 de mayo de 2023, mediante la cual el Juzgado condenó a Colpensiones a pagar a favor del demandante, la diferencia de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, en cuantía de \$3'785.733, debidamente indexada, absolvió de las demás pretensiones, y gravó en costas a la entidad (Expediente electrónico PDF, 25ActaAudiencia20230511).

Su decisión se basó en que, si bien, para la fecha en la que el actor prestó sus servicios a favor del Banco Cafetero, esto es, entre el 17 de julio de 1981 al 31 de marzo de 1996, esta entidad era una sociedad de economía mixta del orden Nacional y por ende detentó la calidad de trabajador oficial, lo cierto es que, esta calidad no genera que para el actor el sistema general de pensiones entrara a regir para el a partir del 30 de julio de 1995, debido a que no era trabajador de aquellas entidades para las cuales la Ley si contempló esta posibilidad, por ello, para el demandante la fecha entrada en vigencia de este sistema no es otra que 1 de abril de 1994. Así las cosas, al haber nacido el demandante el 18 de abril de 1957, para esta data contaba tan solo con 37 años de edad y 669.54 semanas cotizadas en el ISS, hechos que permiten establecer que el actor no es beneficiario del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, debido a que no cumplió ni con la edad ni el tiempo de servicio allí exigido.

De otro lado, sostuvo que el señor Cifuentes, tampoco acreditó el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9º de la Ley 797 de 2003, habida cuenta que, si bien cumplió los 62 años de edad el 18 de abril de 2019, no cuenta con 1.300 semanas, pues tan solo contabiliza en toda su vida 770.14.

Finalmente, señaló que Colpensiones en Resolución SUB 18032 del 08 de julio de 2022, le reconoció una indemnización sustitutiva al aquí demandante en cuantía de \$28,676,089, sin embargo, verificada su liquidación, se observa que el monto no se ajusta a lo realmente tenía derecho, pues esta ascendía a la suma de \$32.461.822, surgiendo así una diferencia de \$3.785.733, valor que ordenó cancelar debidamente indexado.

5. Impugnación y límites del ad quem. Fue propuesto recurso de apelación por parte de **Colpensiones**, argumentando que, tal y como lo indica la certificación 2207620022 del Comité de Defensa Judicial y Conciliación de la entidad, al accionante se le reconoció la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez en debida forma a través de la Resolución SUB 18032 del 08 de julio de 2022 y en cuantía de \$28.676.089, sin que se adeude suma alguna a favor del accionante. De igual forma, argumenta que, la condena impuesta no debe ser indexada, en la medida que, conforme lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, todas las prestaciones que se encuentran a cargo de la entidad se reajustan conforme esta normatividad.

Para culminar, reseñó que no hay lugar a la imposición de costas, en vista que la entidad siempre ha actuado con apego al orden legal y no adeuda suma alguna al demandante, adicional a que la pretensión principal fue negada.

6. Alegatos de conclusión. Colpensiones presentó alegatos, solicitando que se revocara la sentencia.

7. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Apelación de sentencia, grado jurisdiccional de consulta y principio de consonancia. El recurso de apelación interpuesto por Colpensiones se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por la recurrente, y se estudiará en consulta en su en lo que le sea desfavorable, de conformidad con lo dispuesto en el art. 69 CPT y de la SS.

2. Problemas jurídicos que centran la atención de la Sala consisten en establecer: (i) ¿Le asiste derecho al demandante al reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez?; (ii) ¿El valor liquidado por el a quo se encuentra ajustado a derecho y procede la indexación? y, (iii) ¿Resulta procedente la imposición de costas a cargo de la entidad en primera instancia?.

3. Indemnización sustitutiva. Previo a zanjar la controversia planteada, la Sala advierte que no hay discusión sobre los siguientes supuestos fácticos: (i) Que el demandante nació el 18 de abril de 1957 (expediente administrativo PDF 16RspuestaRequerimientoColpensionesParte2, pág. 22); (ii) Que estuvo afiliado al otrora ISS, hoy Colpensiones, desde el 17 de marzo de 1980, realizando aportes hasta el 31 de marzo de 1996 (expediente administrativo PDF, 01DemandaAnexos, pág. 45 a 49); (iii) que mediante Resolución SUB 18032 del 08 de julio de 2022, le fue reconocida una indemnización sustitutiva en cuantía de \$28,676,089 (expediente administrativo PDF, 16RspuestaRequerimientoColpensionesParte2 pág. 71 a 78). Así las cosas, el punto neural del debate se centra en determinar si le asiste derecho al actor al reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva por parte de Colpensiones, por el tiempo cotizado en tal entidad y cual debía ser su valor al momento del reconocimiento.

Bajo ese contexto, se observa que el actor al estar afiliado al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, le es perfectamente aplicable el artículo 37 de la ley 100 de 1993, el cual señala:

"ART. 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"

Por manera que, al haber acreditado la edad de 62 años el 18 de abril de 2019, por haber nacido el mismo día y mes del año de 1957 (expediente administrativo PDF 16RspuestaRequerimientoColpensionesParte2, pág. 22), fecha para la cual contaba con 770.14 semanas cotizadas, es decir, en un número inferior a las 1300 requeridas por el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9 de la ley 797 de 2003. De igual forma, se debe precisar que no es beneficiario del régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, como quiera que, para el 1 de abril de 1994, contaba con tan solo 36 años de edad y 669.54 semanas, con lo que

se constata que cumple los requisitos para hacerse acreedor a la indemnización sustitutiva, misma que es el equivalente a un salario base de liquidación promedio semanal multiplicado por el número de semanas cotizadas. Una vez se obtiene el resultado de esta operación aritmética, se le aplica el promedio ponderado de los porcentajes sobre los cuales haya cotizado el afiliado, según lo dispuesto en la aducida norma.

Ahora bien, respecto de la fórmula para determinar el valor de esta prestación económica, es procedente remitirnos a lo indicado en el Decreto 1730 de 2011, que textualmente señala en su artículo 3° lo siguiente:

"ARTICULO 3º-Cuantía de la indemnización.

Para determinar el valor de la indemnización se aplicará la siguiente fórmula:

$$I = SBC \times SC \times PPC$$

Donde:

SBC: Es el salario base de la liquidación de la cotización semanal promediado de acuerdo con los factores señalados en el Decreto 1158 de 1994, sobre los cuales cotizó el afiliado a la administradora que va a efectuar el reconocimiento, actualizado anualmente con base en la variación del IPC según certificación del DANE.

SC: Es la suma de las semanas cotizadas a la administradora que va a efectuar el reconocimiento.

PPC: Es el promedio ponderado de los porcentajes sobre los cuales ha cotizado el afiliado para el riesgo de vejez, invalidez o muerte por riesgo común, a la administradora que va a efectuar el reconocimiento.

En el evento de que, con anterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993, la administradora que va a efectuar el reconocimiento no manejara separadamente las cotizaciones de los riesgos de vejez, invalidez o muerte por riesgo común de las correspondientes al riesgo de salud, se aplicará la misma proporción existente entre las cotizaciones para el riesgo de vejez de que trata el inciso primero del artículo 20 de la Ley 100 de 1993 (10%) y las cotizaciones para el riesgo de salud señaladas en el artículo 204 de la misma ley (12%), es decir se tomarán como cotizaciones para el riesgo de vejez el equivalente al 45.45% de total de la cotización efectuada y sobre este resultado se calculará la indemnización sustitutiva.

A partir de la vigencia de la Ley 100 de 1993, se tomará en cuenta el porcentaje de cotización establecido en el inciso primero del artículo 20 de la Ley 100 de 1993."

Una vez efectuadas las operaciones matemáticas de rigor, se obtiene por concepto de indemnización sustitutiva el valor de **\$ 9.589.713,66** esto es, superior al valor que encontró la a quo, que lo fue de **\$7.120.040,27**. Sin embargo, como la sentencia se está revisando en grado jurisdiccional de consulta ya que esta no fue apelada por ninguna de las partes dentro del proceso, no es posible modificar la condena, en tanto no se le puede hacer más gravosa la situación a Colpensiones.

No sobra precisar que, en esta clase de prestaciones, de conformidad con el Decreto 1730 de 2011, artículo 3°, el salario base de cotización debe estar "*actualizado anualmente con base en la variación del IPC según certificación del DANE*", razón por la cual, el IPC final que se tiene en cuenta es el de diciembre del año inmediatamente anterior al reconocimiento, que en el sub examine corresponde al de diciembre de 2020, como se hizo por esta Judicatura.

Conforme a lo expuesto, no se modificará el valor a condenar por concepto de indemnización sustitutiva.

Indexación

Esta Colegiatura confirmará la orden impuesta por indexación, debido a que el derecho objeto de condena se ve menguado por el hecho notorio de la pérdida del valor adquisitivo de la moneda, y la misma debe ser asumida por quien debe realizar el pago, en este caso, COLPENSIONES, sin embargo, se debe aclarar que esta correrá desde el 27 de febrero de 2023, fecha en la que se profirió la decisión de primera instancia, y se declaró el derecho en favor del actor, para ello se calculará con el IPC de diciembre del año inmediatamente anterior a su reconocimiento, por lo que se modificará la decisión de instancia en este aspecto, pues el a quo ordenó la indexación sin que se indicara la fecha a partir de la cual debía realizarse este cálculo. La liquidación se debe efectuar conforme a la fórmula establecida para el efecto por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

COSTAS

Sin costas de segunda instancia por no haberse causado, además de revisarse la sentencia en el Grado Jurisdiccional de Consulta en favor de COLPENSIONES. Las de primera se confirman.

DECISIÓN

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

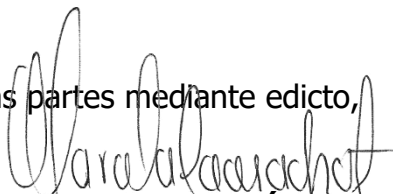
RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR EL NUMERAL 2 DE LA SENTENCIA CONSULTADA y proferida por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de indicar que, el valor de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, deberá ser indexada desde el 27 de febrero de 2023 y hasta la fecha de su pago, conforme lo expuesto en la parte motiva de la presente sentencia.

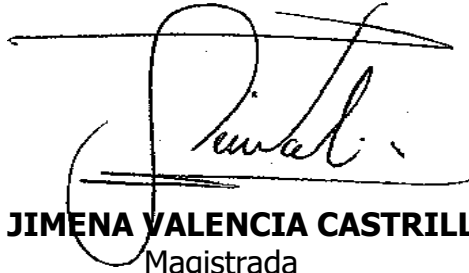
SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia materia de consulta.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia. Las costas de primera instancia se confirman.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado



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

III

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: MARISOL ZAMUDIO JIMÉNEZ
Demandada: PERMODA LTDA.
Radicado No.: 24-2020-00160-02
Tema: RELACIÓN LABORAL, RELIQUIDACIÓN DE PRESTACIONES SOCIALES, INDEMNIZACIÓN MORATORIA – APELACIÓN PARTES - CONFIRMA

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

En virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Marisol Zamudio Jiménez instauró demanda ordinaria contra Permoda Ltda., con el propósito de que se declare la existencia de un contrato de trabajo sin solución de continuidad desde el 1 de diciembre de 2002; que declare la ineficacia de los contratos suscritos con Temposervicios Ltda., Intertional Logistic Ltda., así como la ineficacia de la sustitución patronal efectuada entre LM International Logística y Permoda Ltda.; y en consecuencia, solicitó que se dispusiera su reintegro en iguales o mejores condiciones laborales, junto con los salarios, cesantías, intereses a las mismas, prima de servicios, vacaciones, aportes a seguridad social integral e indexación.

Subsidiariamente, solicita que sean reliquidadas sus prestaciones sociales, vacaciones, aportes a seguridad social integral, teniendo en cuenta para ello la totalidad del salario que devengaba como retribución directa del servicio prestado; de igual forma, peticiona que se imparta condena en contra de la demandada por concepto de indemnización por despido indirecto, indexación, sanción establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, indemnización moratoria del artículo 65 del CST.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló que el 1 de diciembre de 2002 se vinculó con la sociedad Permoda Ltda., a través de la empresa de servicios temporales Temposervicios Ltda., siendo trabajadora en misión desde el 1 de diciembre de 2002 hasta el 31 de enero de 2011; para enero de 2008 la demandada cambio de empresa de servicios temporales para el suministro de personal; refiere que ejerció las funciones de operaria de bodega, las que fueron ejecutadas de manera personal y atendiendo las instrucciones de Permoda Ltda.; sostuvo que el 1 de febrero de 2011 fue vinculada directamente a esta sociedad, mediante contrato de trabajo a término indefinido; que Temposervicios Ltda. actualmente se encuentra liquidada; que para el 1 de abril de 2016 se realizó una sustitución patronal con la compañía LM International Logistic Ltda., por lo que siguió desempeñando las mismas funciones laborales, en el mismo cargo y recibiendo órdenes directas de Permoda Ltda.; debido a la sustitución patronal celebrada entre LM International Logistic Ltda. con la accionada, el 01 de octubre de 2018 prestó nuevamente

sus servicios a Permoda Ltda. y hasta el 25 de julio de 2019, fecha en la que se provocó su renuncia; que durante la relación laboral trabajó más de 48 horas semanas.

De otro lado, manifestó que recibía una bonificación habitual por alimentación por valor de \$508.000, valor que no fue tenido en cuenta para liquidar las acreencias laborales; que debido a los tratos hostiles que recibió de su jefe, el señor Rafael Barbosa, comenzó a presentar cuadros de depresión intensa; que en un episodio de ansiedad presentó renuncia, sin que este acto haya sido consiente; que la demandante no efectuó pago de la liquidación; que acudió a la IPS Sigmedical con el objetivo de que le efectuaran una valoración ocupacional para determinar su estado de salud, en la que fue medicada para el tratamiento de la depresión; que al momento de la terminación del contrato de trabajo se encontraba en un estado de debilidad manifiesta; que Permoda Ltda. tuvo como ingreso base de liquidación para el pago de prestaciones la suma de \$1.778.000, sin tener en cuenta la totalidad de las horas extras, recargos nocturnos, dominicales, festivo y un bono de alimentación (Expediente electrónico, PDF 04Subsanacion).

2. Contestación de la demanda. Mediante proveído del 26 de octubre de 2021, se tuvo por no contestada la demanda, providencia que fue confirmada por esta corporación el 29 de abril de 2022 (Expediente electrónico, PDF 14InadmiteReforma Cuaderno C01Principial y PDF 01ApelacionAuto202000160-01 Cuaderno C02ApelacionAuto).

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 24 de mayo de 2023, en la que la falladora declaró que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido desde el 1 de diciembre de 2002 hasta el 25 de julio de 2019, el que terminó por renuncia presentada por la demandante; declaró que el salario devengado por la accionante fue de \$1'778.000 y en consecuencia, condenó a la enjuiciada al pago de \$1'157.111 por concepto de auxilio de cesantías, \$79.069 por concepto de intereses a las cesantías, \$141.141 por prima de servicios, \$1.509.776 por vacaciones; \$42.672.000 por sanción moratoria desde el 26 de julio de 2019 hasta el 25 de julio de 2021 y a partir del 26 de julio de 2021 hasta el 25 de febrero de 2023, fecha en que se consignaron las prestaciones sociales en el Juzgado Noveno Municipal de Pequeñas Causas Laborales de Bogotá, el pago de intereses moratorios a la tasa máxima de crédito de libre asignación certificada por la Superintendencia Financiera; absolvió de las demás pretensiones y gravó en costas a la parte demandada.

En lo que interesa a los recursos de apelación propuestos, en primer término, indicó que se encontraba acreditado que la parte actora se vinculó con la sociedad demandada a través de un contrato de trabajo a término indefinido desde febrero de 2011. A su vez que la accionante con anterioridad a esta fecha estuvo vinculada con Temposervicios, desde el 1 de diciembre de 2002 hasta el 31 de enero 2011, siendo enviada en misión a la sociedad Permoda Ltda., a pesar de ello, esta sociedad no acreditó ninguna de las circunstancias consagradas en el artículo 77 de la Ley 50 de 1990, esto es, el desarrollo labores ocasionales, accidentales o transitorios, reemplazo de personal en vacaciones, uso de licencias de incapacidad por enfermedad o maternidad o para atender un incremento en la producción, el transporte o las ventas de productos o mercancías, por el contrario, se acreditó que la demandante siempre desempeño las mismas funciones de operaría, en atención a ello, se podía tener como extremo inicia de vinculación el 1 de diciembre de 2002 al 25 de julio de 2019; advirtió la sentenciadora que si bien, se presentaban interrupciones entre el 18 de enero de 2010 al 1 de febrero 2011 y del 15 de enero 2011 al 1 de febrero de 2011, estos lapsos no desbordaron los 15 días, por lo que no se desvirtúa la continuidad en la relación de trabajo.

De otro lado, sostuvo que se estructuró la sustitución patronal entre Permoda Ltda. y la empresa LM International Logistic Ltda., sin embargo, manifestó que esta declaración

resultaba irrelevante, en el entendido que la demandante fue nuevamente vinculada con Permoda Ltda., quien fue su último empleador, recayendo en ella la responsabilidad solidaria contemplada en el artículo 69 del CST.

En lo que hace referencia al salario, manifestó que para el año 2011 se pactó como salario la suma de \$530.000, a pesar de ello, la accionante no demostró la causación de trabajo suplementario, ni se acreditó los días y fechas laborados más allá de la jornada ordinaria; en cuanto al auxilio de alimentación, refirió que en virtud de lo dispuesto en el otro si al contrato de trabajo de 1 de febrero de 2011, se acordó entre las partes el pago de \$25.000 por concepto de auxilio de alimentación, al que se le restó incidencia salarial en este mismo documento. Este auxilio fue incrementado en el año 2013 en la suma de \$110.000, para el 2014 se fijó en \$90.000, para el año 2015 se estableció en la suma \$120.000, en el 2016 fue de \$360.000, para el año 2017 fue de \$391.800, en el año 2018 se estableció en \$337.000 pesos y para el año 2019 fue establecido en la suma de \$508.000 pesos, el cual tenía por finalidad proveer al trabajador los medios para consumir alimentos balanceados y de buena calidad durante la jornada, más no estaba destinado a remunerar de manera directa los servicios prestados, lo que desvirtuaba su connotación salarial, en vista que este era pagado aun cuando la trabajadora se encontraba disfrutando de incapacidades médicas, por lo que concluyó que esta auxilio fue reconocido por mera liberalidad por parte del empleador y se encuadra dentro lo señalado en el artículo 128 del CST, por lo que este concepto al no constituir salario, no resultaba procedente la reliquidación de las acreencias laborales.

De otro lado, refirió que el vínculo laboral había terminado por renuncia presentada por la señora Zamudio el día 25 de julio de 2019, la que fue presentada pura y simple, sin que se especificar la causa para dar por terminado el contrato de trabajo, por ello, consideró que la misma tenía plena validez, más aún, cuando no se acreditó que al momento de su presentación y suscripción haya existido una perturbación emocional o su capacidad se haya visto afecta, por la existencia de vicios del consentimiento, pues si bien, la demandante fue diagnosticada con trastorno mixto ansiedad, ello fue con posterioridad a la terminación del contrato de trabajo. También descartó que, al momento de la terminación del contrato de trabajo la señora Zamudio estuviera amparada por estabilidad reforzada, en la medida que la terminación del vínculo no surge de un acto unilateral del empleador, sino de la renuncia presentada por la trabajadora, por lo que no accedió al reintegro pretendido. Finalmente, y en lo que a este asunto se refiere, argumentó que en juicio no se había sido acreditada ninguna conducta de acoso laboral, por lo que concluyó que, no existía lugar a invalidar la terminación del vínculo.

En lo concerniente al pago de prestaciones sociales, consideró que, la convocada a juicio no había acreditado que a la terminación del vínculo haya pagado la liquidación de prestaciones sociales, sin embargo, resaltó que solo hasta después de cerrarse el debate probatorio y presentarse alegatos de conclusión, fue allegado pago por consignación, el que fue asignado al Juzgado Noveno Municipal de Pequeñas Causa, por lo que ordenó el pago de las cesantías del año 2019, junto con sus intereses; en lo referente a la prima de servicios solamente se acreditó su pago hasta junio de 2019, por lo que ordenó el pago de lo causado en el segundo semestre de esta anualidad. Respecto a las vacaciones, se acreditó la liquidación de éstas hasta el 31 de enero de 2018, por lo que Permoda adeuda su compensación desde el 1 de febrero de 2018 hasta el 25 de julio de 2019.

En cuanto a la indemnización moratoria contemplada en el artículo 65 del CST, adujo que no existía ninguna situación que justificara la falta de pago de la liquidación final de prestación de la demandante, pues si bien, había sido constituido depósito judicial, no existe prueba que acredite que le fue comunicado a la trabajadora y que se haya surtido el trámite correspondiente para que la demandante pudiera acceder a sus prestaciones sociales, pues el pago solo se protocolizó ante el Juzgado Noveno Municipal de Pequeñas

Causas, el 15 de febrero de 2023, por lo que no se encontró que su actuar estuviera precedido de buena fe.

Por último y por solicitud de la parte demandante, fue adicionada la sentencia en el sentido de indicar que no procedía la indemnización por terminación del contrato de trabajo, en la medida que, conforme fue demostrado en el curso del proceso, la terminación del contrato obedeció a la renuncia presentada.

4. Impugnación y límites del ad quem. Fueron propuestos recursos de apelación por las siguientes partes procesales.

4.1. Demandante. Inconforme con la decisión formuló recurso de apelación esgrimiendo que, el bono de alimentación debe ser considerado como factor salarial, en la medida que el mismo retribuía su actividad laboral y no era para garantizar unos buenos hábitos alimenticios, tan es así que, era cancelado en efectivo mensualmente, pudiendo la trabajadora darle la destinación que estimara conveniente y era cancelado independientemente si hubiese estado incapacitada o no, pues su pago se pactó mensualmente y por ello debe ser tenido en cuenta como salario en los términos del artículo 127 del CST, por consiguiente, solicita que se disponga la reliquidación de las prestaciones sociales, vacaciones y aportes a seguridad social.

Argumenta que, las pruebas testimoniales logran acreditar que la demandante presentó renuncia debido a problemas y diagnósticos depresivos, pues fueron los declarantes lo que dieron cuenta de los abusos de que era parte la señora Zamudio por parte de su jefe inmediato. Agrega que, los actos de maltrato fueron los generadores de la renuncia de la demandante. Así mismo, sostuvo que la trabajadora fue diagnosticada con trastorno depresivo, por lo que su capacidad se encontraba afectada al momento de la presentación de renuncia, razón por la que el despido debe ser declarado ineficaz. Adiciona que la accionante es madre cabeza de familia, elemento que hace también que cuente con estabilidad laboral, por lo que deprecó que, se revoque la sentencia y como consecuencia de ello, se disponga el reintegro con el pago de los salarios y prestación sociales.

En cuanto a la indemnización moratoria, peticiona que se modifique la sentencia y, en consecuencia, se disponga que esta condena se extienda en un día de salario por cada día de mora y hasta la fecha en que se realizó el pago, como quiera que en los términos del artículo 65 del CST, la demanda fue presentada previo a que se cumplieran los 24 meses, teniendo en cuenta para su cálculo, el salario básico y el auxilio de alimentación.

Frente a la adición de la sentencia, señala que debe ser concedida la indemnización por despido indirecto, pues el motivo que dieron lugar a la renuncia fueron generado por la demandada, por lo que solicita que se imponga condena por este concepto, teniendo en cuenta para ello, que su vinculación se realizó con la demanda desde el año 2002.

4.2. Demandada. En su alzada adujo que, deben ser revocadas todas las condenas impuesta en su contra, especialmente lo relacionado con la declaratoria del contrato de trabajo desde el 1 de diciembre de 2002, teniendo en cuenta para ello que, la demandante suscribió un contrato de trabajo con una empresa de servicios temporales, y no se encuentra demostrado que la accionante desde el año 2002 y hasta el 2011 hubiese prestado sus servicios únicamente a Permoda Ltda., lo único que se encuentra acreditado es la existencia de una relación comercial entre la demandada y la Temposervicios, más no la prestación del servicio de la demandante en esta fecha, por lo que no hay lugar a la aplicación de la presunción establecida en el artículo 24 del CST, aunado a ello, afirma que frente a esta hecho no se produjo la confesión del representante legal de la demandada, lo que se presentó fue un lapsus calami, que no constituye prueba calificada y por ello, no se puede dar por sentada la existencia de un contrato de trabajo en la forma

declarada por la juzgadora, pues la única relación laboral existente entre las partes fue desde el año 2011 y hasta la fecha de la renuncia.

De igual forma, sostiene que no hay lugar a imponer condena por concepto de prestaciones sociales, como quiera que se encuentran acreditados estos pagos con la liquidación final del contrato de trabajo, pruebas que fueron decretadas oficiosamente por el Juzgado.

En cuanto a la indemnización moratoria, afirma que, su aplicación no opera de manera automática y debe estar precedida de un actuar de mala fe por parte del empleador y debe estar debidamente probada, lo que no sucede en el presente caso, en la medida que la empresa si logró demostrar que tuvo la intención de pagar y acudió a todos los mecanismos para realizar el pago de la liquidación final al momento de la terminación del contrato, pues se allegó la constancia de movimiento del pago de la liquidación, la cual no llegó a la cuenta de la demandante, sin embargo, queda acreditado que su intención nunca fue la de sustraerse de su pago, es más en correo del 11 de septiembre de 2019 fue solicitado cheque para el pago de las prestaciones, elementos que demuestran la intención de realizar el pago. Por otro lado, resalta que la demandante al momento de absolver el interrogatorio, aceptó que había cerrado su cuenta de ahorros y debido a ello, no había sido posible realizar su pago. A pesar de ello, el mismo fue realizado con posterioridad, asumiendo las pérdidas económicas que ello le produjo. También destaca que, al momento de realizarse este último pago, se remitió correo a la demandante y a su apoderada indicándoles el 15 de febrero de 2023, que se había realizado nuevamente el pago de las prestaciones sociales, lo que demuestra el cumplimiento de las obligaciones que recaen sobre la empresa.

5. Alegatos de conclusión. Las impugnantes alegan en su favor, los mismos argumentos expuestos al momento de recurrir la sentencia de primera instancia.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Apelación de sentencia y principio de consonancia. El recurso de apelación interpuesto tanto por el demandante como por la sociedad accionada, se estudiarán de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS, que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad expuesta por los recurrentes.

2. Problemas jurídicos. Corresponde a la sala dilucidar los siguientes: (i) ¿El A quo erró al colegir la existencia de una sola relación laboral entre la actora y Permoda Ltda., fungiendo la empresa Temposervicios como simple intermediaria?; (ii) ¿Se cumplieron los presupuestos establecidos para la contratación de trabajadores en misión?; (iii) ¿Es procedente declarar ineficaz la renuncia presentada por la demandante el 25 de julio de 2019; (iv) como consecuencia de lo anterior, ¿Resulta procedente el reintegro de la señora Marisol Zamudio Jiménez?; (v) en caso de no resulta procedente, de manera subsidiaria se analizará si ¿Hay lugar a impartir condena por concepto de indemnización por despido sin justa causa imputable al empleador? (vi) ¿El denominado auxilio de alimentación constituye factor salarial para la liquidación de las prestaciones sociales y vacaciones?; (vii) ¿Resulta procedente la condena por concepto de prestaciones sociales?; y (viii) ¿Hay lugar a impartir condena por concepto de indemnización moratoria contemplada en el artículo 65 del CST?.

3. Relación laboral. Para resolver los problemas jurídicos que concitan la atención de la Sala, es preciso señalar, que la encartada cuestiona la existencia del contrato de trabajo con la demandante desde el 1 de diciembre de 2002, en la medida que, a su juicio no

existe certeza que desde esta fecha la señora Zamudio haya prestado sus servicios únicamente en Permoda Ltda. pues su vinculación en este interregno, se realizó con una empresa de servicios temporales.

Al respecto, se tiene que el Decreto 4639 de 2006, compilado en el Decreto 1072 de 2015 (Decreto Único Reglamentario del sector del Trabajo), concordante con lo dispuesto en el artículo 71 de la Ley 50 de 1990, refiere que las empresas de servicios temporales (EST) *"son aquellas que contratan la prestación de servicios con terceros beneficiarios para colaborar temporalmente en el desarrollo de sus actividades, mediante la labor desarrollada por personas naturales, contratadas directamente por la empresa de servicios temporales, la cual tiene con respecto de éstas (sic) el carácter de empleador"*.

En ese sentido, su objeto consiste en el suministro de mano de obra con el fin de ponerla a disposición de una tercera persona, natural o jurídica (empresa usuaria), quien determina sus tareas y supervisa su ejecución; por manera que los empleados en misión son considerados trabajadores de la empresa de servicios temporales, pero por delegación de ésta, quien ejerce la subordinación material es la usuaria.

Sin embargo, en sendos pronunciamientos la H. Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral, ha señalado que sólo puede acudir a esta figura de intermediación laboral para algunos eventos específicos y excepcionales como son el desempeño de las labores ocasionales, accidentales o transitorias a que se refiere el artículo 6 del Código Sustantivo del Trabajo; cuando se requiere reemplazar personal en vacaciones, en uso de licencia, en incapacidad por enfermedad o maternidad, y para atender incrementos en la producción, el transporte, las ventas de productos o mercancías, los períodos estacionales de cosechas y en la prestación de servicios, por un término de seis (6) meses prorrogables hasta por seis (6) meses más (artículo 77 de la Ley 50 de 1990).

Así entonces, reiteró en sentencia con radicación SL4330-2020, que:

"En efecto, en el marco constitucional (art. 53 CP) y legal existe una preferencia hacia las relaciones laborales estables y duraderas. Por ello, este tipo de vinculaciones fueron concebidas con un carácter netamente transitorio, excepcional y taxativo. Transitorio porque el servicio es, por definición, temporal; es decir, para satisfacer necesidades puntuales y transitorias, que bien pueden ser o no del objeto social de las empresas. Excepcional porque debe enmarcarse en una o varias de las situaciones enunciadas en el artículo 77 de la Ley 50 de 1990, y taxativo porque no está previsto para colmar cualquier requerimiento temporal, sino aquellos de los descritos en la norma en cita."

Conforme a lo dicho y de cara a los supuestos fácticos probados en el caso analizado, no se puede admitir el argumento aducido por la pasiva en su recurso de apelación, dirigido a enervar la verdadera relación laboral que la ató con la aquí actora, bajo el argumento de que su vinculación lo fue con una empresa de servicios temporales, o que no se encuentra demostrado la prestación del servicio a favor de Permoda Ltda., ello en atención que la promotora del litigio en el interregno comprendido entre el 1 de diciembre de 2002 al 31 de enero de 2011, que estuvo vinculada como trabajadora en misión, ejecutó actividades en favor de ésta, que no corresponden a labores temporales determinadas por circunstancias específicas, compartiendo esta Sala en forma integral las intelecciones a las que llegó la sentenciadora de primer grado, cuando declaró probado el nexo laboral con la sociedad enjuiciada.

Lo anterior, se explica por cuanto, contrario a lo sostenido por el recurrente, si existe una confesión por parte del representante legal al momento de absolver el interrogatorio, en los términos del artículo 191 del CGP, por cuanto aceptó que la señora Zamudio fue trabajadora en misión en Permoda Ltda., a través de la empresa de servicios temporales Temposerevicios, para el periodo comprendido entre el 1 de diciembre de 2002 hasta el

31 de enero de 2011, en el que ejerció el cargo de Operaria de bodega; manifestación que bajo ninguna óptica puede ser entendida con un "*lapsus calami*", como así se pretende hacer ver por la encartada, como quiera que la misma guarda íntima relación con la narración fáctica expuesta en el libelo genitor.

Así las cosas, la promotora de la contienda prestó sus servicios a favor de Permoda Ltda. por un lapso superior a 8 años, para ejercer el cargo anteriormente referido, por ello, del acopio probatorio se desprende que la prestación del servicio fue siempre una necesidad permanente de la usuaria, adicional a lo anterior, no se logra demostrar por parte de la empresa usuaria hoy demandada, que dicha forma de vinculación haya surgido con ocasión del aumento de la producción en desarrollo de su objeto social, o cualquiera de las circunstancias descritas en el artículo 77 de la Ley 50 de 1990 y su Decreto Reglamentario 1707 de 1991. A lo anterior se suma que, está demostrado en el proceso que la convocada a juicio transgredió los límites de temporalidad y causalidad previstos en la citada preceptiva para este tipo de vinculaciones, se itera, la prestación del servicio a su favor se ejecutó por un espacio de 8 años y 2 meses.

Así las cosas, la juez de primer grado no incurrió en yerro alguno al escatimar que las actividades que desarrollaba la actora no correspondían a labores temporales determinadas por circunstancias específicas, como trabajos ocasionales, reemplazos de personal ausente o incrementos en la producción o en los servicios, en consecuencia, al ser un requerimiento permanente en la entidad usuaria, estas debían ser atendidas con un trabajador directamente vinculado por ella. De manera que, las circunstancias que rodearon la prestación del servicio no permiten colegir que fuesen gobernadas bajo ese rito normativo, en tanto, que existen elementos de persuasión que permiten concluir que la promotora de la litis continuó vinculada con la accionada ante la necesidad permanente de contar con sus servicios, que se extendió por más tiempo del legalmente previsto para el trabajo en misión.

De esta manera, resulta palmario que al no haberse encontrado dentro de las circunstancias contempladas en el artículo 6º del Decreto 4639 de 2006 para contratar a la aquí demandante como trabajadora en misión de la entidad usuaria, Temposerevicios simplemente fue un empleador aparente y verdadero intermediario que ocultó su calidad en los términos del artículo 35-2 del Código Sustantivo del Trabajo, de modo, que el usuario ficticio, es decir, Permoda Ltda., se considerará su empleador.

Por lo antes dicho y en tanto no existe discusión alguna frente a la continuidad de la prestación del servicio de la demandante a favor de la sociedad llamada a juicio, con posterioridad al 1 de febrero de 2011, no queda manto de duda alguno, que entre las aquí partes se desarrolló un contrato de trabajo a término indefinido, cuyos extremos temporales datan del 1 de diciembre de 2002 al 25 de julio de 2019.

Conforme las anteriores consideraciones, se impone confirmar la sentencia recurrida en lo que a este punto de apelación se refiere.

4. Forma de terminación del contrato de trabajo y reintegro. No queda duda alguna que la terminación del contrato de trabajo se dio con ocasión de la renuncia presentada por la accionante señora Marisol Zamudio Jiménez el 25 de julio de 2019 (Expediente electrónico, PDF 01Demanda, pág. 170), la que fuera aceptada por Permoda Ltda. a través de misiva de esta misma data (Expediente electrónico, PDF 01Demanda, pág. 169).

4.1. Estabilidad laboral reforzada por salud. A pesar de lo anterior, tenemos que conforme lo expresado en las pretensiones principales del libelo genitor, así como lo expuesto en el recurso de alzada, estas se cimentan en la necesidad de declarar la ineficacia de la terminación del contrato de trabajo, dado dos supuestos, el primero de

ellos es que la renuncia no puede ser entendida como un acto espontáneo de su voluntad, debido que para la fecha de su retiro de la empresa presentaba cuadros de depresión intensa y episodios de ansiedad, debido a ello presentó un estado de "shock" que la condujo a tomar esta decisión; el segundo de los móviles que generaron su dimisión, fueron según la activa, los malos tratos, la presión ejercida por su jefe inmediato Rafael Barbosa y las extensas jornadas de trabajo.

Planteado lo anterior, en primer lugar se debe indicar que no existe ni un solo medio de prueba que permita determinar que, para el 25 de julio de 2019, la señora Marisol Zamudio presentaba las patologías que se anuncia en su escrito introductorio, y mucho menos que, su capacidad estuviera comprometida al momento de la suscripción y comunicación de la misiva en la que anunciaba su retiro de la compañía, pues si bien, existe un diagnóstico de ansiedad y depresión (Expediente electrónico, PDF 01Demanda, pág. 180 a 181), lo cierto es que, este documento data del 29 de julio de 2019, es decir, con posterioridad al finiquito del vínculo laboral, prueba que no da cuenta del estado presentado por la accionante al momento de su dimisión.

Aunado lo anterior, si bien, la testigo Norela Melo Moreno, manifiesta que la accionante presenta un cuadro de depresión, lo cierto es que, este conocimiento fue obtenido por comentarios de la misma demandante, pues según su dicho desconoce si tuvo o no algún diagnóstico relacionado con trastornos de ansiedad para la fecha del retiro y mucho menos presencié su estado de salud al momento de la suscripción o presentación de la renuncia, debido que para el 25 de julio de 2019, ya no es encontraba laborando para la accionada, al producirse su desvinculación en el años 2015.

A igual conclusión se llega respecto a la declaración del señor Raúl Ernesto Prieto Malagón, como quiera que, su contrato de trabajo no se encontraba vigente para el momento en la promotora de este juicio presentó su abdicación, de igual forma, refirió que desconocía los motivos de la renuncia.

Finalmente, se observa que obra declaración de fecha 7 de octubre de 2019, suscrita por Herminda Jiménez, progenitora de la demandante (Expediente electrónico, PDF 01Demanda, pág. 199), lo cierto es que, esta manifestación tampoco demuestra las condiciones de salud o estado psicológico presentado por la señora Zamudio, para la fecha y hora en la que fue presentada la renuncia.

4.2. Despido indirecto. Respecto al segundo aspecto, esto es que la presentación de su renuncia se dio por razones atribuibles a su empleador; argumentos que corresponden a lo que la doctrina y jurisprudencia ha denominado despido indirecto, en virtud del cual, se ha entendido que se presenta cuando el empleador obliga a su trabajador a terminar el contrato de trabajo, bien sea porque directamente lo exige, o bien cuando su actuar conlleva a ejercer presión que necesariamente conducen al trabajador a tomar tal decisión.

Debe señalarse que, a la luz de lo previsto por el artículo 167 del CGP, debe acreditar el extrabajador la existencia de las justas causas que invocó en su oportunidad para dar por terminado el contrato de trabajo, pues de lo contrario se estará en presencia de una renuncia voluntaria.

Ahora, el párrafo del artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo, indica que:

"PARÁGRAFO. La parte que termina unilateralmente el contrato de trabajo debe manifestar a la otra, en el momento de la extinción, la causal o motivo de esa determinación. Posteriormente no pueden alegarse válidamente causales o motivos distintos."

Tras lo indicado, resulta claro que el trabajador también puede dar por terminado el contrato de trabajo con su empleador cuando este considere que el empleador ha incurrido en un incumplimiento de sus obligaciones o ha realizado actos que atenten directamente con el desarrollo de sus funciones que transgreden la naturaleza del contrato de trabajo; para lo cual, el trabajador puede invocar las justas causas para dar por terminado de forma unilateral el contrato de trabajo.

Aclarando que no basta sólo con invocar la causal fundada en la Ley para determinar la existencia u ocurrencia de una justa causa para dar por terminada la relación laboral, sino que es necesario que la parte que quien pretende el finiquito - en este caso la trabajadora por tratarse de un despido indirecto-, deberá señalar los hechos o motivaciones que dan origen a su decisión, tal como lo previó la Corte Constitucional en sentencia C – 594 de 1997.

Lo anterior permite inferir cuales son las razones de fondo que configuran la justa causa legal para dar por finalizado el vínculo laboral y da plena aplicación a los principios de buena fe y lealtad que deben estar inmersas al interior de las relaciones laborales. En ese sentido, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL-19995-2017, reiteró una vez más lo siguiente:

"El despido indirecto, se materializa cuando el empleador incurre en alguna o algunas de las causales previstas en el literal b del art. 7º del Decreto 2351 de 1965 que modificó el art. 62 del CST y, aunque de antaño se ha precisado, que al primero le basta con acreditar la terminación del contrato de trabajo para impetrar judicialmente los efectos de su terminación injusta, en este caso, la carga de la prueba se invierte de manera que, además, le corresponde demostrar que la decisión de renunciar obedeció a justas causas o motivos imputables al segundo (CSJ SL18623-2016)."

Además de lo anterior, debe recordarse que no es viable invocar hechos ocurridos con una anterioridad excesiva a la fecha de la presentación de la carta de terminación del contrato, por cuanto según lo ha establecido de manera reiterada la jurisprudencia del máximo órgano de la justicia laboral ordinaria, para finalizar una relación laboral con justa causa, las que se invoquen por quien decide romper la relación contractual deben ser mediatas, dentro de un término moderado y razonable, pues de lo contrario se entienden que han sido condonadas.

En conclusión, quien pretenda presentar su decisión de terminar la relación laboral, deberá, como primera medida, manifestarle a su empleador las razones de la terminación del vínculo, tal cual lo consagra el parágrafo del artículo 62 ibídem; en segundo lugar, deberá indicar los motivos que dieron lugar a la terminación unilateral del contrato de trabajo y, en tercer lugar, demostrar que tales hechos sucedieron por causa imputable al empleador.

Siendo ello así y conforme fue expuesto con anterioridad, en el plenario se encuentra carta de terminación del contrato de trabajo presentada ante la encartada el 25 de julio de 2019 (Expediente electrónico, PDF 01Demanda, pág. 170), en la que no se expone ni una sola de las razones indicadas en el libelo demandatorio. Únicamente se indica que la decisión se hace de manera voluntaria y por asuntos netamente personales, por lo tanto, al no haber sido planteados en dicho escrito cuales fueron los motivos que la llevaron al rompimiento del vínculo laboral, no se puede sorpresivamente en este juicio argüir una serie de acontecimientos, que nunca fueron de conocimiento del empleador, pues tal y como lo aceptó la demandante al momento de absolver el interrogatorio, durante la relación laboral, ni al momento de su finiquito, puso de presente hechos relacionados con las supuestas presiones o malos tratos ejercidos por su jefe inmediato Rafael Barbosa,

tampoco queja alguna por extensas jornadas de trabajo, o cualquiera de las alegadas en la demanda.

Por las anteriores consideraciones, es claro que la renuncia fue voluntaria, pura y simple, tal y como acertadamente lo anotó el juzgado de conocimiento, por ello, no resulta procedente la declaratoria de la ineficacia de la renuncia y el pretendido reintegro, mucho menos, exigir de la demanda el pago de la indemnización por terminación del contrato de trabajo. Por ello, se deberá confirmar la sentencia apelada, en lo que al tema objeto de estudio se refiere.

5. Auxilio de alimentación. Para resolver este problema jurídico es preciso señalar que el artículo 127 del CST consagra los elementos integrantes del salario, dentro de los que se encuentra *"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"*.

Ahora, sobre su correcta intelección la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL1662 de 2021, hace todo un andamiaje jurisprudencial respecto del artículo en cita, en la que extrae apartes de sentencias desde la radicación No 5481 de 2003 hasta la SL4850 de 2019, y en lo que aquí concita la atención de esta Sala, determina que de conformidad con el artículo 15 de la Ley 50 de 1990, declarado exequible por la Corte Constitucional en sentencia C-521 de 1995, existe la posibilidad de que beneficios habituales u ocasionales acordados convencional o contractualmente, u otorgados extralegalmente por el empleador, puedan ser considerados sin incidencia salarial, pero para que aquello ocurra debe verificarse si ese beneficio habitual u ocasional constituye retribución directa del ser servicio, es decir, le corresponde al juzgador *"examinar si su finalidad es remunerar de manera directa la actividad que realiza el asalariado (...)"*

En la misma providencia se determina que el solo hecho de que se reciba un beneficio de manera periódica no implica que tenga incidencia salarial, razón por la que, el administrador de justicia no puede de manera simplista determinar la incidencia salarial por la manera habitual en que se recibe una suma de dinero, sino que debe realizar un **"juicio hermenéutico"** para desentrañar si lo recibido a favor del trabajador fue para remunerar el servicio prestado o lo fue para otra finalidad.

Igualmente, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1798-2018 establece que existen conceptos que por su naturaleza tienen incidencia salarial, independiente del nombre que se les dé, los cuales no pueden excluirse de su naturaleza salarial por convenio entre las partes, tales como las comisiones.

La misma Corporación ordinaria ha señalado que las partes contratantes pueden convenir el pago de beneficios sin incidencia salarial, pero aquellos pactos deben ser expresos, claros, precisos y detallados, no siendo posible establecer cláusulas globales o genéricas, y que ante *"la duda de si determinado emolumento está o no incluido en este tipo de acuerdos, debe resolverse en favor de la regla general, esto es, que para todos los efectos es retributivo"*(SL5159-2018)

De la misma providencia se extrae que los pagos no salariales deben tener destinación específica, es decir, que el emolumento no sea otorgado para que el trabajador *"dispusiera inmediatamente de esos recursos"*, ya que, de ser así, puede aquel emplearlos en *"la satisfacción de las necesidades que usualmente se colman mediante el salario"*, y en ese orden se desnaturaliza la finalidad del beneficio no salarial pactado entre las partes.

Frente a este particular tema, de manera más puntual nuestro máximo órgano de justicia ordinaria dejó sentado que para darle connotación salarial a un pago, la parte activa **debe probar su origen**, esto es, que se efectuó como contraprestación directa del servicio, de lo contrario resultaría impróspera la pretensión (SL7820/14). Respecto a que se entiende por contraprestación directa del servicio, ha enseñado que es aquella cuyo pago depende de lo que haga o deje de hacer el trabajador, por ello, es necesario establecer si la contraprestación económica se generó o no por la actividad desarrollada por el trabajador (SL2029/20 que reitera SL435/19, Rad. 32657/09).

Descendiendo al sub examine, desde ya la Sala le dará la razón al a quo, con base en los siguientes razonamientos.

En el contrato de trabajo suscrito por las partes (Expediente electrónico, PDF 10ContestaciónPermoda, pág. 193 a 198), en su cláusula cuarta, parágrafo II, se pactó textualmente lo siguiente:

"Las partes convienes expresamente que cualquier suma o valor de suministros en especie que por cualquier concepto diferente al salario básico, o las sobreremuneraciones de ley y a las prestaciones sociales, vacaciones e indemnizaciones legales reconozca y pague el EMPLEADOR al (LA) EMPLEADO (A) en forma extralegal y voluntaria, no constituye salario ni factor del mismo para ningún efecto legal, prestacional no para los aportes a la seguridad integral o parafiscales, de conformidad con la facultad que tienen las partes de celebrar este convenio al amparo de lo previsto en el Artículo 15º de la Ley 50 de 1.990 y el Decreto 334 de 1996, teniendo en cuenta que las labores ordinarias y extraordinarias serán retribuidas por el salario básico y con las sobreremuneraciones de ley y los beneficios extralegales no tendrán carácter retributivo ni constituyen contraprestación de servicios"

Igualmente, se acordó el 3 de junio de 2014 el pago de una prima de alimentación (Expediente electrónico, PDF 01Demanda, pág. 108), en los siguientes términos:

"En forma adicional, la empresa ha decidido otorgarle unilateralmente y por mera liberalidad un beneficio no salarial, revocable y sometido a los ajustes y modificaciones que la empresa establezca, consistente en una prima de alimentación de \$90.000 Mensuales, que no tiene como finalidad contrarrestar servicios sino proveerle los medios para que usted adquiera el almuerzo durante los días laborales"

A su vez, el 28 de febrero de 2015 se estableció lo siguiente (Expediente electrónico, PDF 01Demanda, pág. 111) :

"En forma adicional, la empresa ha decidido otorgarle unilateralmente y por mera liberalidad un beneficio no salarial, revocable y sometido a los ajustes y modificaciones que la empresa establezca, consistente en una prima de alimentación de \$120.000 Mensuales, que no tiene como finalidad contrarrestar servicios sino proveerle los medios para que usted adquiera el almuerzo durante los días laborales"

Auxilio que fue reconocido para el año 2016 en cuantía de \$360.000, para el año 2017 ascendió a la suma de \$391.800, en el año 2018 se estableció en un valor de \$337.000 pesos y para el año 2019 fue de \$508.000.

En ese orden, debe precisar la Sala que existe orfandad probatoria de la parte activa de la Litis en sacar adelante tal pedimento, pues ninguna probanza adicional a la documental atrás referida emerge del plenario, y que permita como lo menciona la Corte, hacer ese ejercicio hermenéutico para examinar su naturaleza y finalidad, es decir, si remunera de manera directa la actividad que realiza el laborante, ya que no basta con que tal auxilio sea periódico o habitual como en efecto ocurre en el sub examine, sino que se requiere auscultar en que consistió tal auxilio y los motivos o razones que llevaron a las partes a pactarlo de esa manera, circunstancias que bien pudo la apoderada judicial de la activa

demostrar, entre otras, con la prueba testimonial practicada, pero nada de eso se desprende del dicho de Norela Melo Moreno y Raúl Ernesto Prieto Malagón, quienes fueran compañeros de trabajo, pues únicamente este último deponente refiere que a él se le pagaba este bono, pero nada indicó frente a la demandante, de lo cual poco o nada se puede rescatar de sus manifestaciones para efecto de lo que aquí debía acreditar la actora, esto es, **demostrar su origen**, lo que implica que este concepto no retribuía directamente la labor desempeñaba, o dicho de otro modo, no se generara por la actividad desarrollada por el trabajador (**SL2029/20 que reitera SL435/19, Rad. 32657/09**).

Ahora, la postura defendida por la parte actora es que los conceptos recibidos fueron habituales y constantes, para lo cual, resulta ilustrativo lo expuesto en sentencia SL5159-2018 en la que la Corte hace referencia a la "habitualidad" o "proporcionalidad" en los siguientes términos:

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

De lo expuesto, fluye con total claridad que la **habitualidad en el pago de un emolumento solo es contingente y no definitorio**, y por ello, en el caso sub lite, encuentra la Sala que el solo hecho de ser habitual y corresponder a una suma fija por año, los auxilios adquieren el carácter de salarial, debido a que no ha sido demostrado que este reconocimiento se generó como consecuencia de la actividad desarrollada por la trabajadora.

Se insiste, la pretensión solo se encamina a referir que los auxilios recibidos eran habituales y constantes, pero de allí a deducir que, por el hecho de ser habituales, constantes y en un monto fijo constituyen salario, no se corresponde con lo dicho por la Corte Suprema de Justicia como anteriormente se extractó, pues tales criterios son contingentes, siendo basilar *"determinar si su entrega tiene como causa el trabajo prestado u ofrecido. De otra forma: si esa ventaja patrimonial se ha recibido como contraprestación o retribución del trabajo"*, lo que no se logra vislumbrar en el presente asunto, por la falta de prueba de la parte activa.

Así las cosas, sin que haya más que agregar al respecto, concluye la Sala que debe confirmarse la decisión de instancia en lo que respecta a la incidencia salarial del auxilio reclamado.

6. Pago de prestaciones sociales. Sobre el particular, se debe advertir que no existe ninguna prueba recaudada oportunamente que demuestre, que tal y como lo refiere el apoderado de la parte demandada, las prestaciones sociales y vacaciones fueron canceladas a la señora a Marisol Zamudio, pues si bien, fue allegado por este extremo procesal constancia de movimiento bancario expedido por Davivienda por valor de \$1`828.702, de ello no se desprende que se haya hecho efectiva dicha transferencia, adicional a ello, se refleja que el número de cuenta de destino es "0" (Expediente electrónico, PDF 29Pruebadecretada, pág. 3-4), el cual evidentemente no corresponde al de la accionante, pues conforme los desprendibles de nómina, el salarios, los auxilios, las prestaciones sociales y vacaciones de la demandante eran consignado a la cuenta de ahorro No. 474800005982, conforme a los comprobantes de pago aportados al informativo.

De otro lado, se tiene que si bien, fue allegado constitución de depósito judicial del día 14 de febrero de 2023 por valor de \$1'820.702, lo cierto es que, dicha documental tan solo fue aportada al plenario un día después de su constitución, es decir una vez cerrado el debate probatorio y efectuados los correspondientes alegatos de conclusión, por lo tanto, frente a la misma nunca se surtió la contradicción y mucho menos fue incorporada al proceso como prueba, por tal razón, en esta instancia no se le puede dar el alcance pretendido por la enjuiciada, esto es dar por probado el pago de las acreencias laborales, máxime, cuando tampoco ha sido demostrada que exista orden de pago por parte del Juzgado Noveno Municipal de Pequeñas Causas Laborales de Bogotá, demostrándose de esta forma que las acreencias laborales causadas por la accionante se encuentran insolutas.

De acuerdo con ello, se impone confirmar la condena por concepto de pago de auxilio de cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios y vacaciones.

7. Indemnización moratoria. En orden a resolver este último problema jurídico, es preciso recordar que conforme lo establecido en el artículo 65 del CST, si a la terminación del contrato, el empleador no paga al trabajador los salarios y prestaciones debidas, salvo los casos de retención autorizados por la ley o convenidos por las partes, debe pagar al asalariado, una indemnización moratoria. En relación con la indemnización en mención, la jurisprudencia reiterada y pacífica de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia bajo el radicado 32529 del 5 de marzo del 2009 ha explicado que la misma no es una respuesta judicial automática frente al hecho objetivo de que el empleador, al terminar el contrato de trabajo, no cancele al trabajador la totalidad de salarios y prestaciones sociales adeudados, por ello, ha insistido en que el juez debe, en cada caso, de acuerdo con el material probatorio, establecer si se revela o evidencia la buena fe de aquel frente a tal conducta omisiva.

Criterio que coincide con lo planteado por la Corte Constitucional, entre otras, en la sentencia T-459 del 2017, en la que señaló que la jurisprudencia constitucional establece que es posible eximir al empleador del pago de la indemnización moratoria cuando se compruebe que éste actuó de buena fe al momento de la terminación del contrato, esto es, que tenía la conciencia de haber obrado legítimamente y con ánimo exento de fraude.

Descendiendo al caso objeto de estudio, se advierte que dentro del presente juicio existen medios de prueba que demuestran que el actuar de la demandada estuvo orientado a fraguar los derechos laborales de la actora, como quiera que, conforme lo demostrado en juicio pretendió ocultar una verdadera relación laboral a través de una empresa de servicios temporales, excediendo notablemente los términos para la contratación de personal mediante esta forma de vinculación, aunado a ello, no existe justificación alguna para que luego de más de tres años, las prestaciones sociales a las que tiene derecho la ex trabajadora no haya sido reconocidas ni pagadas, por lo que mal haría esta Sala exonerar a la enjuiciada de las sanciones que persigue la parte actora, por tal razón, no se acogen los argumentos expuestos por la parte demandada.

Ha sido criterio de la suscrita magistrada que, la indemnización moratoria en los precisos términos del artículo 65 del CST, procede a razón de un día de salario por cada día de retardo desde la fecha de terminación del contrato de trabajo hasta la fecha de pago de los salarios y prestaciones sociales debidas, siempre que se haya elevado el libelo demandatorio dentro del término de los 24 meses contados desde la finalización del nexo contractual, no obstante lo anterior y en virtud de la orden adoptada dentro de la acción de tutela 110010205000202101124001 por parte de la Sala de Casación Laboral del Corte Suprema de Justicia y confirmada por la Sala de Casación Penal de esta misma corporación en la sentencia en sentencia STL11218-2021, y en la medida que estas decisiones fueron excluidas de revisión por parte de la Corte Constitucional, acogiendo lo

allí dispuesto, se reconsidera la actual postura, para en su lugar y a partir de la fecha, acoger el criterio que reina actualmente en la máxima corporación de la Jurisdicción Ordinaria Laboral y que ha adoptado mayoritariamente esta sala de decisión luego de su nueva conformación, en lo que a la forma de liquidación de esta sanción se refiere, esto es que, si a la terminación del contrato ocurre después de la entrada en vigencia de la Ley 789 de 2002, y se interpone la acción dentro de los 24 meses contados a partir de la fecha del finiquito, procede la indemnización moratoria a razón de un día de salario por cada día de retardo hasta el mes 24 y a partir del mes 25 se deberán reconocer intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Bancaria, y si transcurridos 24 meses el trabajador no ha iniciado su reclamación por la vía ordinaria, el empleador deberá pagar intereses moratorios a partir de la misma terminación del vínculo hasta que el pago se verifique, esto en el caso que el asalariado tenga una retribución superior al mínimo, tal y como ha sido reflejado entre otras, en las sentencias SL2966-2018, SL2140-2019 y SL2805-2020.

Ahora, para el caso objeto de estudio, se debe tener en cuenta que la demanda se presentó dentro de los 24 meses finalizada la relación (acta de reparto del 3 de julio de 2020), así, la llamada a juicio deberá cancelar la cantidad diaria de **\$59.266,66**, desde la fecha de terminación del contrato de trabajo, es decir, **25 de julio de 2019** y hasta por **veinticuatro (24) meses**, que equivale a **\$42`672.000**; y en vista que el último salario devengado por la actor, fue por valor superior al salario mínimo, la Sala considera que a partir del primer día del mes veinticinco (25) el empleador deberá pagar al demandante los intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Bancaria, tal y como lo considero la juzgadora de instancia, por tal razón, se mantendrá incólume la decisión recurrida, en la medida que no existe disquisición alguna frente a la fecha hasta la cual deben correr los intereses.

7. Costas. En esta instancia a cargo de PERMODA LTDA. por no prosperar el recurso de apelación. Las de primera se confirman.

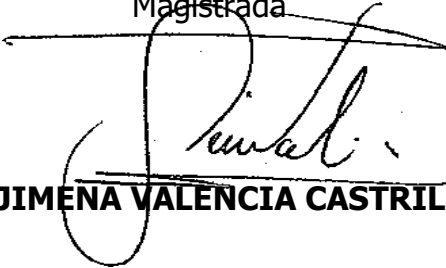
En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 24 de mayo de 2023, por el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá, conforme las consideraciones atrás expuestas.

SEGUNDO: CONDENAR en costas en favor de la parte demandante y a cargo de PERMODA LTDA. Las de primera se confirman.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN

Magistrada



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

Magistrado

AUTO PONENTE

Costas a cargo de **PERMODA LTDA.**, fijándose como agencias en derecho en favor de MARISOL ZAMUDIO JIMÉNEZ en la suma de un SMLMV, correspondiente a \$1.160.000.

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Magistrada



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

III

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: ANTONIO PEÑA RUBIANO
Demandada: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN
PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA
PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP.
Radicado No.: 05-2021-00630-01
Tema: RELIQUIDACIÓN PENSIONAL – MODIFICA

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

En virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Antonio Peña Rubiano instauró demanda ordinaria en contra de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP, con el propósito que se reliquide su pensión de vejez, teniendo en cuenta el último periodo cotizado hasta el 30 de marzo de 2015, una tasa de reemplazo del 75% sobre el promedio del IBL de los últimos 10 años cotizados, en virtud del principio de favorabilidad; en consecuencia, se condene a la demandada a reconocer y pagar las diferencias de las mesadas pensionales entre lo ordenado y el valor de la pensión reconocida en la Resolución RDP 017229 del 16 de abril de 2013, a partir del 1 de abril de 2015, junto con los intereses moratorios que consagra el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, por la negativa injustificada del reconocimiento pensional a partir del 1 de abril de 2015, así como la indexación, condenas ultra y extra petita y costas procesales.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló que, nació el 19 de julio de 1947, realizando cotizaciones tanto en el sector público, como privado; que el 28 de octubre de 2008, solicitó el reconocimiento de la indemnización sustitutiva ante el Seguro Social, por los aportes efectuados con empleadores particulares, petición que fue resuelta en la Resolución No. 057029 del 2008, concediéndole la prestación solicitada en cuantía de \$5.490.174, por 848 semanas cotizadas; que ante la UGPP, el 13 de julio de 2012, fue solicitado el reconocimiento y pago de la pensión mensual vitalicia de vejez en calidad de funcionario público de la Imprenta Nacional de Colombia, la que le fue concedida en la Resolución RDP 017229 del 16 de abril de 2013, a partir del 1 de julio de 2012, en cuantía de \$1'012.918, con efectos fiscales una vez demostrara el retiro definitivo del servicio; que frente a esta resolución se presentó recurso de reposición y en subsidio de apelación, siendo en las Resoluciones RDP 024071 del 27 de mayo de 2013 y RDP 025180 del 31 de mayo de 2013, que fue confirmada la resolución impugnada.

A su vez, refiere que le fue aceptada la renuncia al Cargo de Operario calificado 02 por parte Imprenta Nacional de Colombia a partir del 1 de abril de 2015, por ello, el 12 de noviembre de 2020 solicitó la reliquidación pensional por retiro definitivo del servicio oficial a fin de que se tuviera en cuenta todo el tiempo del servicio laborado con la Imprenta

Nacional, en vista que solo se incluyó el tiempo laborado hasta el 30 de junio de 2012; que la UGPP en Resolución RDP 008763 del 13 de abril de 2021, negó esta petición; que los recursos interpuestos frente a esta decisión fueron resueltos en las Resoluciones RDP 13844 de junio 1 de 2021 y la RDP 016124 del 29 de junio de 2021, en las que se confirmó dicha negativa (Expediente electrónico, PDF 02Demanda, pág. 1 a 6).

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (Expediente electrónico, PDF 05TramiteNotificacionAgencia); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de la demanda. La UGPP en su respuesta se opuso a todas y cada una de las pretensiones, argumentando que la pensión fue bien liquidada y los actos administrativos demandados se encuentran conforme a la normatividad aplicable al caso. Como excepciones de mérito propuso las que denominó prescripción, inexistencia de las obligaciones demandadas y cobro de lo no debido, buena fe e improcedencia de imposición de costas judiciales (Expediente electrónico, PDF 04ConestacionUgpp).

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 17 de mayo de 2023, en la que el fallador condenó a la UGPP a reliquidar la pensión legal reconocida al señor Antonio Peña Rubiano en la suma de \$1.289.863, a partir del 12 de noviembre de 2017, junto con los reajustes legales sobre todas las mesadas, de igual forma, condenó a la entidad al pago de los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, a partir del 12 de marzo de 2021 y la grabó en costas.

En lo que interesa al recurso de apelación propuesto, en primer término, indicó que no se encontraba en discusión que mediante Resolución RDP 017229 del 16 de abril de 2013 al actor le fue reconocida una pensión legal, en los términos de la Ley 71 de 1988, por ser beneficiario del régimen de transición, prestación que quedó supeditada al retiro efectivo del servicio, el que ocurrió el 1 de abril de 2015. Refirió que los periodos que dieron origen a la pensión de jubilación fueron tiempos públicos y que la última cotización realizada por el demandante fue en marzo de 2015, por lo que, teniendo en cuenta la forma de liquidación de la prestación conforme lo dispuesto en los artículos 36 de la Ley 100 de 1993, se deben tener en cuenta los últimos 10 años de aportes, tomando para ello, todas las cotizaciones realizadas conforme lo dispuesto en el artículo 48 de la Constitución Política, por tal razón, no hay ningún fundamento valido para que la UGPP descarte las cotizaciones realizadas entre el 1 de julio de 2012 hasta el 1 de abril de 2015, como quiera que solo se tuvo en cuenta las cotizaciones efectuadas hasta el mes de marzo de 2015.

Sostuvo igualmente que, la razón verdadera para negar la reliquidación pensional fue por no haber sido aportado el CETIL, argumento que no fue aceptado, en vista que esta carga no podía ser trasladada al ciudadano, cuando las mismas entidades podían adelantar el trámite de la consecución de este documento, por lo que afirmó que se presentaba una negligencia por parte de la entidad demandada.

Por lo anterior, encontró como ingreso base de liquidación la suma de \$1.523.185, que luego de aplicarle una tasa de reemplazo del 75% determinó como primera mesada pensional la suma de \$1.142.388, para el 1 de abril de 2015.

Respecto a la excepción de prescripción, manifestó que el demandante presentó reclamación administrativa el 12 de noviembre de 2020, por lo que se encontraban prescritas las diferencias pensionales causadas con anteriores al 12 de noviembre de 2017. Establecido lo anterior, determinó que para esta fecha la mesada pensional del actor era de \$1.289.863, en el año 2018 fue 1.342.618, en 2019 \$1.385.313, para el año 2020 fue de \$1.437.955, en 2021 esta correspondió a \$1.461.106, en 2022 ascendió a 1.543.220 y finalmente, para el año 2023 esta fue de \$1.745.691.

En relación con los intereses establecidos en el artículo 141 de 1993, arguyó que estos operan para esta clase de pensiones, además también procede sobre reliquidación de mesadas pensionales, por lo que impartió condena a partir del 12 de marzo de 2021, es decir 4 meses después de realizada la reclamación del derecho.

5. Impugnación y límites del ad quem. Fue propuesto recursos de apelación por la parte demandada, esgrimiendo que, si bien el demandante acreditó el retiro del servicio a partir del 1 de abril de 2015 de la Imprenta Nacional de Colombia, también lo es que, era necesario que fuera allegado el CETIL expedido por autoridad competente, pues esta entidad certificó los tiempos de servicio del 11 de diciembre de 1989 al 30 de julio de 2009, pero no del momento del retiro, por lo que era al accionante al que le correspondía acreditar tal circunstancia, dado que a la UGPP no le era posible tomar tiempos de servicio diferentes a los allí reflejados, razón por la que no resulta procedente la reliquidación pensional.

Aunado a ello, sostiene que los intereses moratorios, no resultan procedentes, en la medida que, estos solo proceden para el caso de mora en el pago de pensiones reconocidas en el sistema integral de pensiones, y al haber sido la pensión del actor reconocida por fuera de estos presupuestos y no pertenecer a la regulada en la Ley 100 de 1993, no se puede impartir condena por este concepto.

6. Alegatos de conclusión. La impugnante alega en su favor, los mismos argumentos expuestos al momento de recurrir la sentencia de primera instancia. Por su parte, el actor solicita que se confirme la decisión recurrida.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Apelación de sentencia, grado jurisdiccional de consulta y principio de consonancia. El recurso de apelación interpuesto por la UGPP se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por la recurrente, y se estudiará en consulta en favor de entidad en lo que le sea desfavorable, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 CPT y de la SS.

2. Problemas Jurídicos. Corresponde a la sala dilucidar los siguientes **problemas jurídicos:** i) ¿Tiene derecho el demandante a que se le reconozca y pague la reliquidación de la pensión, teniendo en cuenta para ello, las cotizaciones efectuadas a partir de la fecha de reconocimiento de la pensión y hasta el retiro efectivo del sistema? ii) en caso positivo, ¿Resultan procedentes los intereses moratorios contemplados en el artículo 141 de la ley 100 de 1993?

3. Régimen de Transición. De cara a los problemas jurídicos que debe resolver la Sala, debe en primer lugar decirse que no es objeto de discusión que el actor es beneficiario del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, como quiera, que a la entrada en vigor del Sistema General de Pensiones de la Ley 100 de 1993, esto es, el 1º de abril de 1994, contaba con más de 47 años, pues nació el 19 de julio de 1947, tal y como da cuenta la fotocopia de su cédula allegada al cartapacio (Expediente electrónico, PDF 02Demanda, pág. 9)•

Régimen que conservó hasta el 31 de diciembre del 2014, pues cuando entró a regir el AL 01 del 2005, esto es, el 29 de julio del 2005 contaba con más de 750 semanas, ya que para dicha fecha cuenta con un total de **5.728 días**, lo que es igual a **818,28semanas** (Expediente electrónico, PDF 02Demanda, pág. 14-15)•

4. Pensión de jubilación—Ley 71 de 1988- Teniendo en cuenta que el promotor del proceso es beneficiario del régimen de transición, es claro que su pensión debe estudiarse a la luz del artículo 7° de la Ley 71 de 1988, el cual exige como requisito a) contar con 60 años si es hombre o 55 años si es mujer y b) acreditar 20 años de aportes sufragados en cualquier tiempo.

Al respecto, debe acotar la Sala que frente a este aspecto tampoco se presenta inconformidad, como quiera que esta prestación fue reconocida por la UGPP a través de la Resolución RDP 017229 del 16 de abril de 2013, con base en la Ley 71 de 1988, con un IBL de \$1.350.557, una tasa de reemplazo del 75%, y un valor inicial de \$1.012.918, efectiva a partir del 1 de julio de 2012 (fecha de corte de la solicitud de reconocimiento pensional); sin embargo, quedó condicionada a que se presente el retiro definitivo del servicio (Expediente electrónico, PDF 02Demanda, pág. 18-22).

Es necesario advertir que para determinar el IBL, la convocada a juicio únicamente tomó el promedio del salario cotizado por el trabajador entre el 1 de julio de 2002 y el 30 de junio de 2012.

Conforme lo anterior, el extremo activo de la acción petitionó ante la unidad demandada, la reliquidación de su pensión, teniendo en cuenta para ello lo cotizado entre el 1 de julio de 2012 hasta el 1 de abril de 2015, es decir, por el periodo transcurrido entre la fecha de reconocimiento de la prestación y la del retiro definitivo del sistema, solicitud que fue negada por la encartada en la Resolución RDP 008763 del 13 de abril de 2021, en consideración a que la Imprenta Nacional de Colombia no había allegado los certificados de información laboral y factores salariales hasta la fecha del retiro, acto administrativo que fue confirmado en las resoluciones RDP 13844 de junio 1 de 2021 y la RDP 016124 del 29 de junio de 2021, (Expediente electrónico, PDF 02Demanda, pág. 50 a 52 y 56 a 66).

5. Monto de la pensión. Respecto al monto de la pensión, lo primero que debemos resaltar es que tal y como fue advertido en forma pretérita, para determinar el valor de la pensión, la UGPP en la Resolución RDP 017229 del 16 de abril de 2013, únicamente tuvo en cuenta el promedio del salario cotizado por el trabajador entre el 1 de julio de 2002 y el 30 de junio de 2012.

Sobre el particular, es de recordar que al tenor del artículo 150 de la Ley 100 de 1993, a los funcionarios y empleados públicos les asiste derecho a que se les reliquide su ingreso base para el cálculo de la pensión, cuando ello hayan sido notificados de la resolución de jubilación y no se hayan retirado del cargo, y para tal efecto, deben incluirse los aportes realizados con posterioridad a la fecha de notificación de la resolución.

Postulado normativo que no discutió la llamada a juicio en el curso de este proceso, pues nótese que, la negativa del reconocimiento de la reliquidación pensional fue la omisión por parte de la Imprenta Nacional de Colombia, de allegar el CETIL actualizado a la fecha del retiro, no obstante lo anterior, conforme lo dispuesto en el Decreto 726 de 2018, el trámite para la obtención de las certificaciones de tiempos laborados o cotizados y de salarios recae de manera principal en cabeza de la entidad que reconoce la prestación, en este caso la UGPP, por lo tanto, si la entidad obligada a expedir este documento, omitió su deber, lo procedente no era sacrificar el derecho pensional del actor en la forma como lo hizo la unidad demandada, pues la enjuiciada cuenta con amplias facultades para lograr la consecución del documento que echaba de menos, y a pesar de ello, no se encuentra acreditado en el presente juicio que haya ejecutado un solo acto tendiente a resolver de fondo la solicitud elevada por el pensionado, actuación administrativa que resulta totalmente reprochable.

Ahora bien, nótese que el artículo 2.2.9.2.2.7. del Decreto 726 de 2018, faculta a los ciudadanos a solicitar directamente a la entidad empleadora, las certificaciones de tiempos laborados o cotizados y de salarios, por ello, no se puede pasarse desapercibido que, el promotor de la contienda al momento de presentar solicitud de reliquidación de la pensión, no solo allegó documento que acreditaba su retiro del servicio, sino que aportó el certificado de salarios mes a mes expedido por la Imprenta Nacional de Colombia, sin que los mismos hayan sido tenidos en cuenta para acceder a la solicitud de reliquidación pretendida.

De acuerdo con lo anterior, sin lugar a duda el tiempo cotizado entre el 1 de julio de 2012 hasta el 1 de abril de 2015 debe ser incluido para efectos de determinar el ingreso base de liquidación.

Así las cosas, teniendo en cuenta que a la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones de la Ley 100 de 1993 -1º de abril de 1994- al actor le hacía falta más de 10 años para adquirir el derecho, su pensión debe liquidarse conforme al artículo 21 de la Ley 100 de 1993 (SL2818-2021), esto es, con los últimos 10 años, o el de toda la vida laboral, según le fuere más favorable, siendo que en el sub examine desde el libelo genitor se peticiona la liquidación del IBL de los últimos 10 años, y así fue como el a quo procedió a la reliquidación, sin que haya sido objeto de disenso por la parte activa, razón por la que la Sala entrará a revisar el IBL, pero solo de los últimos 10 años.

Así las cosas, la Sala procedió a realizar el cálculo del IBL de los últimos diez años con base en la certificación de salarios obrante en el expediente (Expediente electrónico, PDF 02Demanda, pág 46 y 08ExpedienteAdministrativo, pág. 8, 9 y 376), y teniendo en cuenta únicamente los factores contemplados en el artículo 1 del Decreto 1158 de 1994, según anexo que se glosa a la sentencia, obteniéndose la suma de **\$1.472.633,43**, en los últimos 10 años, al que al aplicarle la tasa de reemplazo del 75% establecida en la ley 71 de 1988, arroja una mesada inicial de **\$ 1.104.475,07**, para el año 2015, valor que resulta a ser inferior al determinado por el juzgado de primer grado y en vista que se está surtiendo el grado jurisdiccional de consulta a favor de la UGPP, se deberá modificar la sentencia en este sentido.

6. Causación y disfrute. Conforme a ello basta decir que sobre el tema de causación y disfrute de la pensión por aportes, debemos acudir al contenido del art. 8 de la Ley 71 de 1988 que dispone que una vez reconocida *"se hacen efectivas y deben pagarse mensualmente al pensionado desde la fecha en que se haya retirado definitivamente del servicio, en caso de que este requisito sea necesario para gozar de la pensión."*

Lo anterior permite concluir, que la causación del derecho se suscita cuando el afiliado reúne los requisitos para acceder a la pensión o, en otras palabras, cuando adquiere el estatus de pensionado, hecho jurídico que se configura cuando el asegurado arriba a la edad mínima requerida y acumula la densidad de semanas cotizadas exigidas, según el régimen pensional que le sea aplicable, de modo que al concurrir el cumplimiento de estos dos requisitos se causa el derecho a la pensión. Por su parte, para el disfrute de esta, se debe tener en cuenta la desafiliación del sistema de pensiones, como regla general para acceder al disfrute de la pensión.

Con fundamento en lo anterior, el actor cumplió su estatus pensional o causación el 1 de julio de 2012, cuando cumplió la edad y semanas requeridas, de conformidad con el artículo 7 de la Ley 71 de 1988; ahora bien, su causación será a partir de la fecha en la que acredite el retiro definitivo del servicio, tal y como quedó acreditado, este se produjo el 1 de abril de 2015, fecha en la fue aceptada la renuncia al cargo de Operario Calificado

02, por parte de la Imprenta Nacional de Colombia (Expediente electrónico, PDF 02Demanda, pág. 39), hecho frente al cual no existe controversia alguna.

7. Prescripción. Frente a este asunto en particular , cumple recordar, que son dos los preceptos regulan la prescripción extintiva de la acción o del derecho, esto es, los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, mediante los cuales señalan que las acciones que emanen de las leyes sociales prescribirán en tres años, que se contarán desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible y la simple reclamación escrita del trabajador, recibida por el empleador, sobre un derecho o prestación debidamente determinados, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso de tiempo igual.

Ahora, es necesario indicar que al haber sido demostrado el retiro del servicio el 1 de abril de 2015, es claro que el término de prescripción para reclamar las diferencias de las mesadas pensionales, se empezaba a contabilizar a partir de esta data, de acuerdo a ello, se tiene que el actor elevó reclamación tendiente a obtener la reliquidación de su pensión ante la demandada UGPP el 12 de noviembre de 2020, misma que le fue resuelta mediante Resolución RDP No. 08763 del 13 de abril de 2021, acto administrativo notificado el 19 de abril del mismo año (Expediente electrónico, PDF 02Demanda, pág. 49 a 52), sobre el cual fue presentado recursos de reposición y apelación, que fueron resueltos a través de las Resoluciones RDP 13844 del 1 de junio de 2021 y la RDP 016124 del 29 de junio de 2021, esta última que fue notificada 15 de julio de 2021, (Expediente electrónico, PDF 02Demanda, pág. 50 a 52 y 56 a 67)., por lo que es claro que, desde esta última data tenía tres (3) años para acudir a la jurisdicción, y como quiera que presentó la demanda el 16 de diciembre de 2021 (Expediente electrónico, PDF 01ActaReparto), esto es, dentro del término trienal, se considera entonces que las diferencias pensionales causadas con anterioridad al 12 de noviembre de 2017 se encuentran prescritas, esto es, las causadas 3 años anteriores a la presentación de la reclamación administrativa, como acertadamente lo determinó el a quo.

8. Retroactivo diferencias pensionales. Con arreglo a lo previsto en el artículo 283 del CGP, debe la Sala llamar la atención al despacho de primer grado para que en futuras oportunidades concrete el valor de las condenas, máxime cuando se trata de una reliquidación pensional, pues no está ajustado a derecho que haya dispuesto solo las fechas en que se otorgará el retroactivo y el valor de la primera mesada pensional.

En ese sentido, como quiera que existen diferencias a favor del actor al contrastar la mesada pensional determinada por esta Sala y la que venía reconociendo la UGPP, hay lugar a ordenar el retroactivo por diferencias pensionales, ello con arreglo a lo previsto en el artículo 283 del CGP, en tanto que la condena se debe extender hasta la fecha en que se profiera la sentencia de segunda instancia. Así entonces, al realizar los cálculos matemáticos se obtiene un valor de **\$765.204,75**, correspondiente a las mesadas causadas entre 12 de noviembre de 2017 al 31 de julio de 2023, y a partir del 1º de agosto de 2023 la UGPP deberá cancelar al actor una mesada pensional equivalente a \$1.687.755,12, la cual se incrementará anualmente conforme el reajuste que fije o acoja el Gobierno Nacional, la cual se pagará por 13 mesadas pensionales, por haberse causado la prestación con posterioridad a lo establecido en el Acto Legislativo 01 de 2005.

RETROACTIVO PENSIONAL						
Año	IPC	Valor reconocido	Valor real	Diferencia mensual	# mesadas	Retroactivo diferencia
2012	2,44%	\$ 1.012.918				
2013	1,94%	\$ 1.037.633				
2014	3,66%	\$ 1.057.763				
2015	6,77%	\$ 1.096.477	\$ 1.104.475	\$ 7.998		

2016	5,75%	\$ 1.170.709	\$ 1.179.248	\$ 8.539		
2017	4,09%	\$ 1.238.025	\$ 1.247.055	\$ 9.030	3	\$ 27.090,28
2018	3,18%	\$ 1.288.660	\$ 1.298.059	\$ 9.399	13	\$ 122.192,51
2019	3,80%	\$ 1.329.639	\$ 1.339.338	\$ 9.698	13	\$ 126.078,24
2020	1,61%	\$ 1.380.166	\$ 1.390.232	\$ 10.067	13	\$ 130.869,21
2021	5,62%	\$ 1.402.386	\$ 1.412.615	\$ 10.229	13	\$ 132.976,20
2022	13,12%	\$ 1.481.200	\$ 1.492.004	\$ 10.804	13	\$ 140.449,47
2023		\$ 1.675.534	\$ 1.687.755	\$ 12.221	7	\$ 85.548,85
					TOTAL	\$ 765.204,75

Se autoriza igualmente a la UGPP para que descuente del retroactivo pensional, las cotizaciones que por mandato legal deben realizarse con destino al sistema de seguridad social en salud, de conformidad con los lineamientos trazados por la H. Corte Suprema de Justicia -Sala de Casación Laboral-, en sentencia del 6 de marzo de 2012, Radicado 47528, M.P. Rigoberto Echeverry Bueno.

9. Intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

Establecido los anteriores supuestos se analiza la súplica relativa al reconocimiento, liquidación y pago del valor correspondiente a los intereses moratorios por la demora injustificada en el reconocimiento y pago de la pensión de vejez, discurriendo sobre este aspecto, que el sustento normativo de la pretensión relativa a ello, lo constituye el imperativo de orden legal consagrado en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, según el cual *“en caso de mora en el pago de las mesadas pensionales de que trata esta ley, la entidad correspondiente reconocerá y pagará al pensionado, además de la obligación a su cargo y sobre el importe de ella la tasa máxima de interés moratorio vigente en el momento en que se efectúe el pago.”*

La doctrina constitucional replicada por la H. Corte Constitucional en múltiples sentencias de tutela y unificadas, como en la sentencia SU-230 de 2015, en la que reiteró la posición vertida en la Sentencia C-601 de 2000 y más recientemente en la sentencia SU-065 de 2018, según la cual los intereses moratorios previstos en el art. 141 de la ley 100 de 1993, se causan por el solo hecho de la cancelación tardía de las mesadas pensionales, en aplicación del artículo 53 Superior, y son aplicables **a todo tipo de pensiones reconocidas en virtud de un mandato legal, convencional o particular**. Inclusive, con independencia de que su derecho haya sido reconocido con fundamento en la **Ley 100 de 1993 o una ley o régimen anterior**.

En este punto, resulta relevante destacar que, aunque en sentencia **SL1681-2020**, se dijo que los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 aplican a todo tipo de pensiones legales, **reconocidas con posterioridad a la entrada en vigencia del sistema general de pensiones**, la Sala, en virtud del respeto del precedente constitucional y en especial a la fuerza vinculante que deviene de la ratio decidendi de las sentencias de control abstracto y unificación de la Corte Constitucional, acoge el criterio en su integridad sobre la material fijado en las sentencias C-601 de 2000, SU-230 de 2015 y SU-065 de 2018, según las cuales los señalados réditos aplican **para todo tipo de pensiones, aun cuando se haya causado con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993**.

Posición que se repite ha de ser atendida por esta Corporación, como quiera que las decisiones de la citada suprema autoridad constitucional son obligatorias y vinculantes, tanto en la parte resolutive como en su ratio decidendi, es decir, en la regla que sirve

para resolver la controversia, sin que exista una razón de peso que justifique apartarse de las citadas decisiones, por lo que resulta imperativo su observancia en acatamiento del precedente constitucional.

Así las cosas, la Sala concluye que los réditos deben aplicarse a todo tipo de pensiones, con independencia de que el derecho pensional se haya causado con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, criterio que valga decir coincide con la aclaración de voto que el Magistrado, Dr. Gerardo Botero Zuluaga, realizó frente a la SL1681-2020, considerando que en armonía con la sentencia C-601 de 2000 y SU 065 de 2018, la autoridad constitucional en "*sede de control abstracto, indica que las entidades encargadas del reconocimiento de prestaciones propias del sistema de seguridad social están obligadas a reconocer el pago de intereses por mora a los pensionados a quienes se les ha reconocido su derecho prestacional en virtud de un mandato legal, convencional o particular. Inclusive, ello sucede con independencia de que su derecho haya sido reconocido con fundamento en la Ley 100 de 1993 o una ley o régimen anterior, por lo que la moratoria se causa por el solo hecho de la cancelación tardía de las mesadas pensionales, en aplicación del artículo 53 Superior*"

Sentado lo anterior, ha decirse que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha determinado la procedencia de los intereses moratorios en tratándose de reajustes o reliquidaciones, criterio vertido en la sentencia SL3130-2020, reiterada en la SL4073-2020, en los siguientes términos:

"Así las cosas, una interpretación racional y sistemática del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 obliga a la Corte a reconocer que los intereses moratorios allí concebidos se hacen efectivos en el caso de un pago deficitario de la obligación, pues, en dicho evento, la entidad encargada de su reconocimiento también incurre en mora".

Así mismo, frente a su causación, ha establecido en fallo del 16 de octubre de 2012 (rad. 42.826), que: "*se causan a partir del plazo máximos de 4 meses a que se refiere el artículo 9º de la ley 797 de 2003*", y que "*de forma excepcionalísima y particular, (...) la imposición de los intereses moratorios no opera cuando la decisión de negar la pensión tiene un respaldo normativo o porque proviene de la aplicación minuciosa de ley*" (CSJ SL787-2013).

Por último, sobre el hito inicial de procedencia de los mismos, esto es, si cuatro o seis meses, la misma Corporación (SL3563-2021) ha sostenido que estos deben reconocerse al vencimiento de los cuatro meses, así:

"En cuanto a la data desde cuando estos deben reconocerse, encontramos que el artículo 19 del Decreto 656 de 1994, expresa:

Artículo 19o.- El Gobierno Nacional establecerá los plazos y procedimientos para que las administradoras decidan acerca de las solicitudes relacionadas con pensiones por vejez, invalidez y sobrevivencia, sin que en ningún caso puedan exceder de cuatro (4) meses.

Lo anterior guarda concordancia con lo previsto en el último inciso del literal e) del Parágrafo 1, del artículo 9 de la Ley 797/03, que modificó el 33 de la Ley 100/93, y en donde se señaló que las entidades administradoras encargadas del reconocimiento de las pensiones, pagarán dicha prestación «en un tiempo no superior a cuatro (4) meses después de radicada la solicitud por el peticionario»,

término que ha sido aceptado por la jurisprudencia de esta Sala (CSJ SL4073-2020, CSJ SL4985-2017)".

Descendiendo al caso objeto de estudio, ninguna de las excepciones antes descritas se configura, ya que sin fundamento alguno procedió la UGPP a negar la reliquidación pensión solicitada, bajo el argumento de no aportarse por parte de la Imprenta Nacional de Colombia el certificado de tiempo y salarios, siendo claro que el señor Antonio Peña Rubiano al momento de solicitar la reliquidación pensional, aportó la prueba documental que acreditaba su retiro del servicio, a su vez allegó el certificado de salarios mes a mes y tiempo de servicio, expedido por la Imprenta Nacional de Colombia, sin que esos hubiesen sido tenidos en cuenta para acceder a lo pretendido por el pensionado, y por ello, yergue palmaria la prosperidad de los condignos intereses de mora del artículo 141 de la ley 100 de 1993.

En el caso de autos, tal derecho efectivamente se debe reconocer dentro del término señalado en el artículo 9o de la ley 797 de 2003, cuatro meses como periodo de gracia contados a partir de radicada la solicitud, esto es, a partir del 12 de noviembre de 2020, por lo que, tenía la entidad de seguridad social hasta el 12 de noviembre de 2021, para reconocer el derecho reclamado. Por lo dicho, no erró la juez de primer grado al ordenar el pago de los réditos reclamados a partir de dicha fecha, por manera que se sigue confirmar en lo que hace a este punto la sentencia apelada.

10. Costas en esta instancia. En esta instancia a cargo de la UGPP por no prosperar el recurso de apelación. Las de primera se confirman.

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral 1º de la sentencia consultada y apelada, para en su lugar, CONDENAR a la UGPP a reliquidar la pensión del ANTONIO PEÑA RUBIANO, a partir del 1 de abril de 2015, en cuantía de \$ 1.104.475, y pagar como retroactivo pensional causado desde el 12 de noviembre de 2017 al 31 de julio de 2023 la suma de \$765.204,75. A partir del 1o de agosto de 2023, deberá seguir reconociendo una mesada pensional en cuantía de \$ 1.687.755, que se incrementará anualmente, de conformidad con el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, sin perjuicio de la mesada adicional de diciembre.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás, la sentencia apelada y consultada.

TERCERO: CONDENAR en costas en favor de la parte demandante y a cargo de la UGPP. Las de primera se confirman.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado

AUTO PONENTE

Costas a cargo de la UGPP, fijándose como agencias en derecho en favor del demandante en la suma de un SMLMV, correspondiente a \$1.160.000.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

TODA LA VIDA		SALARIO ANUAL		S PROMEDIO MENSUAL
DESDE	HASTA			
1/04/2005	31/04/2005	\$	947.088,00	
1/05/2005	31/05/2005	\$	947.088,00	
1/06/2005	30/06/2005	\$	947.088,00	
1/07/2005	31/07/2005	\$	947.088,00	
1/08/2005	31/08/2005	\$	1.010.225,00	
1/09/2005	30/09/2005	\$	947.088,00	
1/10/2005	31/10/2005	\$	947.088,00	
1/11/2005	30/11/2005	\$	947.088,00	
1/12/2005	31/12/2005	\$	1.278.566,00	\$ 990.934,11
1/01/2006	31/01/2006	\$	993.020,00	
1/02/2006	28/02/2006	\$	993.020,00	
1/03/2006	31/03/2006	\$	993.020,00	
1/04/2006	31/04/2006	\$	993.020,00	
1/05/2006	31/05/2006	\$	993.020,00	
1/06/2006	30/06/2006	\$	993.020,00	
1/07/2006	31/07/2006	\$	993.020,00	
1/08/2006	31/08/2006	\$	993.020,00	
1/09/2006	30/09/2006	\$	993.020,00	
1/10/2006	31/10/2006	\$	993.020,00	
1/11/2006	30/11/2006	\$	993.020,00	
1/12/2006	31/12/2006	\$	1.340.599,00	\$ 1.021.984,92
1/01/2007	31/01/2007	\$	993.020,00	
1/02/2007	28/02/2007	\$	993.020,00	
1/03/2007	31/03/2007	\$	1.186.664,00	
1/04/2007	31/04/2007	\$	1.057.568,00	
1/05/2007	31/05/2007	\$	1.057.568,00	
1/06/2007	30/06/2007	\$	1.057.568,00	
1/07/2007	31/07/2007	\$	1.057.568,00	
1/08/2007	31/08/2007	\$	1.057.568,00	
1/09/2007	30/09/2007	\$	1.057.568,00	
1/10/2007	31/10/2007	\$	1.057.568,00	
1/11/2007	30/11/2007	\$	1.057.568,00	
1/12/2007	31/12/2007	\$	1.427.717,00	\$ 1.088.413,75
1/01/2008	31/01/2008	\$	1.123.032,00	
1/02/2008	29/02/2008	\$	1.123.032,00	
1/03/2008	31/03/2008	\$	1.123.032,00	
1/04/2008	30/04/2008	\$	1.123.032,00	
1/05/2008	31/05/2008	\$	1.123.032,00	
1/06/2008	30/06/2008	\$	1.123.032,00	
1/07/2008	31/07/2008	\$	1.123.032,00	

1/08/2008	31/08/2008	\$	1.123.032,00	
1/09/2008	30/09/2008	\$	1.218.958,00	
1/10/2008	31/10/2008	\$	1.123.032,00	
1/11/2008	30/11/2008	\$	1.197.901,00	
1/12/2008	31/12/2008	\$	1.516.093,00	\$ 1.170.020,00
1/01/2009	31/01/2009	\$	1.123.032,00	
1/02/2009	28/02/2009	\$	1.123.032,00	
1/03/2009	31/03/2009	\$	1.517.468,00	
1/04/2009	30/04/2009	\$	1.220.398,00	
1/05/2009	31/05/2009	\$	1.220.398,00	
1/06/2009	30/06/2009	\$	1.330.997,00	
1/07/2009	31/07/2009	\$	1.220.398,00	
1/08/2009	31/08/2009	\$	1.320.827,00	
1/09/2009	30/09/2009	\$	1.220.398,00	
1/10/2009	31/10/2009	\$	1.220.398,00	
1/11/2009	30/11/2009	\$	1.220.398,00	
1/12/2009	31/12/2009	\$	1.647.538,00	\$ 1.282.106,83
1/01/2010	31/01/2010	\$	1.220.398,00	
1/02/2010	28/02/2010	\$	1.281.419,00	
1/03/2010	31/03/2010	\$	1.250.908,00	
1/04/2010	30/04/2010	\$	1.250.908,00	
1/05/2010	31/05/2010	\$	1.250.908,00	
1/06/2010	30/06/2010	\$	1.250.908,00	
1/07/2010	31/07/2010	\$	1.396.847,00	
1/08/2010	31/08/2010	\$	1.250.908,00	
1/09/2010	30/09/2010	\$	1.250.908,00	
1/10/2010	31/10/2010	\$	1.250.908,00	
1/11/2010	30/11/2010	\$	1.547.999,00	
1/12/2010	31/12/2010	\$	1.704.362,00	\$ 1.325.615,08
1/01/2011	31/01/2011	\$	1.250.908,00	
1/02/2011	28/02/2011	\$	1.250.908,00	
1/03/2011	31/03/2011	\$	1.401.022,00	
1/04/2011	30/04/2011	\$	1.622.117,00	
1/05/2011	31/05/2011	\$	1.300.946,00	
1/06/2011	30/06/2011	\$	1.300.946,00	
1/07/2011	31/07/2011	\$	1.300.946,00	
1/08/2011	31/08/2011	\$	1.300.946,00	
1/09/2011	30/09/2011	\$	1.300.946,00	
1/10/2011	31/10/2011	\$	1.300.946,00	
1/11/2011	30/11/2011	\$	1.300.946,00	
1/12/2011	31/12/2011	\$	1.843.007,00	\$ 1.372.882,00
1/01/2012	31/01/2012	\$	1.387.676,00	
1/02/2012	29/02/2012	\$	1.451.855,00	
1/03/2012	31/03/2012	\$	1.376.400,00	
1/04/2012	30/04/2012	\$	1.376.400,00	
1/05/2012	31/05/2012	\$	1.376.400,00	
1/06/2012	30/06/2012	\$	1.456.690,00	
1/07/2012	31/07/2012	\$	1.376.400,00	
1/08/2012	31/08/2012	\$	1.376.400,00	
1/09/2012	30/09/2012	\$	1.376.400,00	
1/10/2012	31/10/2012	\$	1.376.400,00	
1/11/2012	30/11/2012	\$	1.376.400,00	

1/12/2012	31/12/2012	\$	1.949.900,00	\$	1.438.110,08
1/01/2013	31/01/2013	\$	1.376.400,00		
1/02/2013	28/02/2013	\$	1.376.400,00		
1/03/2013	31/03/2013	\$	1.376.400,00		
1/04/2013	30/04/2013	\$	1.417.694,00		
1/05/2013	31/05/2013	\$	1.417.694,00		
1/06/2013	30/06/2013	\$	1.538.789,00		
1/07/2013	31/07/2013	\$	1.417.694,00		
1/08/2013	31/08/2013	\$	1.417.694,00		
1/09/2013	30/09/2013	\$	1.417.694,00		
1/10/2013	31/10/2013	\$	1.417.694,00		
1/11/2013	30/11/2013	\$	1.541.576,00		
1/12/2013	31/12/2013	\$	2.156.077,00	\$	1.489.317,17
1/01/2014	31/01/2014	\$	1.576.003,00		
1/02/2014	28/02/2014	\$	1.481.490,00		
1/03/2014	31/03/2014	\$	1.723.446,00		
1/04/2014	30/04/2014	\$	1.495.668,00		
1/05/2014	31/05/2014	\$	2.902.397,00		
1/06/2014	30/06/2014	\$	747.834,00		
1/07/2014	31/07/2014	\$	1.096.823,00		
1/08/2014	31/08/2014	\$	1.495.668,00		
1/09/2014	30/09/2014	\$	1.495.668,00		
1/10/2014	31/10/2014	\$	1.495.668,00		
1/11/2014	30/11/2014	\$	1.495.668,00		
1/12/2014	31/12/2014	\$	2.019.152,00	\$	1.585.457,08
1/01/2015	31/01/2015	\$	1.495.668,00		
1/02/2015	28/02/2015	\$	1.495.668,00		
1/03/2015	31/03/2015	\$	1.697.584,00	\$	1.562.973,33
1/04/2015	1/04/2015				

CALCULO VIDA LABORAL							
AÑO	No. DIAS	IPC INICIAL	IPC FINAL	FACTOR INDEXA	S MENSUAL	S. ACTUALIZ	S. ANUAL
2005	240	80,2089	118,15166	1,473050143	\$ 990.934,11	\$ 1.459.695,63	\$ 11.677.565,08
2006	360	84,1029	118,15166	1,404846253	\$ 1.021.984,92	\$ 1.435.731,68	\$ 17.228.780,17
2007	360	87,8690	118,15166	1,344634761	\$ 1.088.413,75	\$ 1.463.518,96	\$ 17.562.227,55
2008	360	92,8723	118,15166	1,272195083	\$ 1.170.020,00	\$ 1.488.493,69	\$ 17.861.924,30
2009	360	100	118,15166	1,18151658	\$ 1.282.106,83	\$ 1.514.830,48	\$ 18.177.965,77
2010	360	102,0018	118,15166	1,158329034	\$ 1.325.615,08	\$ 1.535.498,44	\$ 18.425.981,26
2011	360	105,2365	118,15166	1,122724974	\$ 1.372.882,00	\$ 1.541.368,91	\$ 18.496.426,90
2012	360	109,1574	118,15166	1,082397144	\$ 1.438.110,08	\$ 1.556.606,25	\$ 18.679.274,96
2013	360	111,8158	118,15166	1,05666373	\$ 1.489.317,17	\$ 1.573.707,43	\$ 18.884.489,18
2014	360	113,9825	118,15166	1,036576813	\$ 1.585.457,08	\$ 1.643.448,05	\$ 19.721.376,60

201		118,15166	118,151		\$	\$	\$
5	120		66	1	1.562.973,33	1.562.973,33	4.688.920,00
3600		total devengado actualizado a				2015	\$ 176.716.011,77
		Ingreso base de liquidacion					\$ 1.472.633,43
		tasa de reemplazo					75%
		primera mesada					\$ 1.104.475,07



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

III

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: MARÍA EDILSA CRISTIANO ALBA
Demandada: CLAUDIA YANETH CARRILLO SANTANA
Radicado No.: 43-2023-00036-01
Tema: CONTRATO DE TRABAJO – REVOCA

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

En virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. María Edilsa Cristiano instauró demanda ordinaria contra Claudia Yaneth Carrillo Santana, con el propósito de que se ordene el pago del auxilio de cesantías, sus intereses en los años 2013, 2014, 2017 y 2019, dotación, aportes al sistema de seguridad social en pensión durante la existencia de la relación laboral, indemnización por despido sin justa causa, indemnización moratoria por falta de pago, lo que corresponda a las facultades ultra y extra petita, costas y agencias en derecho.

Subsidiariamente a la indemnización moratoria, peticionó el pago de la indexación sobre las sumas adeudadas.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que trabajó para la enjuiciada desde el día 20 de noviembre de 2001 al 20 de enero de 2002, mediante contrato a término fijo inferior a un año N° 12179626, pactándose por concepto de salario la suma de \$286.000, más \$30.000 por concepto de auxilio de transporte y siendo la función desempeñada la de oficios varios; refiere que para el 20 de enero de 2002 finalizó el contrato, sin que se le pagara su liquidación, a pesar de ello, para esta misma fecha firmó contrato individual de trabajo a término indefinido N° 8328522, estableciéndose por concepto de salario, la suma de \$309.000, siendo su horario de trabajo de 7:00 A.M. a 4:00 P.M. de domingo a domingo, con descanso un domingo cada quince días y en el último año de trabajo, este fue de lunes a sábado.

A su vez, narró que el auxilio de cesantías no fue consignado ante Protección para los años 2013, 2014, 2017 y 2019, como consecuencia de ello, le realizó reclamación a su empleadora, quien tomó una actitud acosadora hacia ella, siendo objeto de descargos y sanción por 11 días; que el 12 de julio de 2020 la demandante decidió dar por terminado el contrato de trabajo bajo una justa causa. Por lo anterior, se le reconoció la suma de \$877.273, por concepto de liquidación final. De igual forma, informó que de su historia laboral se evidencia que durante varios periodos la empleadora omitió el pago de aportes en pensión ante Colpensiones, a pesar que se descontaba el porcentaje de cotizaciones

(Expediente electrónico, PDF 01Demanda).

2. Contestación de la demanda. El Juzgado Tercero Municipal de Pequeñas Causas Laborales de Bogotá, en audiencia celebrada el 15 de septiembre de 2022, dio por no contestada la demanda por parte de Claudia Yaneth Carrillo Santana. Acto seguido, declaró su falta de competencia y procedió con la remisión del expediente a los Juzgados Laborales del Circuito de Bogotá (Expediente electrónico, PDF 12ActaAudiencia20220915).

3. Fallo de Primera Instancia. El Juzgado Cuarenta y tres Laboral del Circuito de Bogotá avocó conocimiento de la presente acción el 2 de mayo de 2023 (Expediente electrónico, PDF 16Ord202300036AutoAvoca), terminó la instancia con sentencia del 26 de mayo de 2023, en la que la falladora declaró la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre el 20 de noviembre de 2001 hasta el 12 de julio de 2020 y en consecuencia, condenó al pago \$688.000 por concepto de cesantías, \$371.281 por intereses a las cesantías y \$11.206.618,30 por indemnización por despido sin justa causa, debidamente indexadas. De otro lado, impartió condena por concepto de aportes al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, por los periodos del 20 al 31 de diciembre de 2001, enero a marzo de 2002, julio de 2003, abril, septiembre de 2004, mayo, junio, agosto de 2005, agosto a noviembre de 2006, marzo a junio, diciembre de 2007, enero a mayo, noviembre y diciembre de 2008; enero, febrero, junio de 2009, agosto de 2010 y enero de 2011, tomando como ingreso base de cotización el salario mínimo para cada anualidad y gravó en costas a la demandada.

En lo que interesa a los recursos de apelación propuestos, en primer término, encontró demostrada la existencia de la relación laboral, regida por un contrato de trabajo a término indefinido, vigente entre el 20 de noviembre de 2001 hasta el 12 de julio de 2020, lo anterior conforme los contratos allegados y la confesión efectuada por la demandada. Respecto al salario, sostuvo que este correspondía a un salario mínimo, más el auxilio de transporte.

En lo que se refiere al pago de cesantías, reseñó que, de acuerdo con las certificaciones y los estados de cuenta allegados por ING y Protección, fue acreditado el pago de este auxilio para los años 2013, 2017 y 2019, que son los reclamados con la demanda, a pesar de ello, no se demostró el correspondiente al año 2014, razón por la cual impuso condena por esta anualidad en cuantía de \$688.000. Frente a los intereses a las cesantías, sostuvo que de estos no obra prueba de su pago para los años 2013, 2014, 2017 y 2019, para lo cual determinó que su valor correspondía a \$79.200, \$82.560, \$98.503 y \$111.018 respectivamente.

Frente a la terminación del contrato de trabajo, sostuvo que al trabajador le corresponde demostrar el hecho del despido y al empleador la existencia de la justa causa, siendo así, el primer evento fue acreditado con la confesión de la parte demandante, quien aceptó que la accionante había sido despedida en virtud de una justa causa, por los múltiples incumplimientos en la ejecución de las labores, y por la falta de respeto hacia ella y sus compañeros de trabajo. De igual forma, manifestó la sentenciadora que, de acuerdo con la carta del 12 de julio de 2020, se comunicó la terminación del contrato de trabajo, sustentando esta decisión en las causales 2, 3, 5, 9, 10 y 11 del artículo 62 del C.S.T. Que en vista que la empleadora señaló como justa causa para terminar el contrato de trabajo el deficiente rendimiento en el trabajo por parte de la señora Cristiano, se debió seguir el procedimiento contemplado en el Decreto 1373 de 1966, trámite que no se encontraba acreditado en el presente trámite.

Del mismo modo, sostuvo que si bien, la demandante fue objeto de constantes llamados de atención en razón a faltas en su trabajo, dichos hechos no tienen el soporte necesario para la configuración de las justas causas aducidas en la carta de terminación, pues no obra ningún medio de prueba que acredite las circunstancias fácticas descritas en los memorandos y mucho menos la frecuencia y la periodicidad de las conductas. A su vez,

refirió que, los llamados de atención eran de 2019 y del 4 de febrero de 2020, por lo que la demandada tardó más de 5 meses para aducir una justa causa, por lo que se consideró que no se cumplía con el principio de inmediatez, por lo que, resultaba procedente la indemnización por despido sin justa causa. Para su cálculo se tuvo en cuenta 18 años, 7 meses, 3 semanas y 1 día, y el salario mínimo para la época que ascendía a \$877.803, estableciéndose de esta forma el valor de la indemnización en cuantía de \$11.206.618,30.

Frente a la dotación, sostuvo el a quo que no habría lugar a su pago, en vista que la demandante no demostró la causación del perjuicio ante la omisión del empleador de suministrar calzado y vestuario de labor.

En lo atinente a la indemnización moratoria, sostuvo que a pesar que se demostró la existencia de créditos insolutos por concepto de cesantías e intereses a las mismas por parte empleadora, lo cierto es que ella durante la relación laboral actuó de forma apropiada al liquidar y consignar las cesantías a los fondos durante los 18 años de duración del vínculo laboral, así como los intereses a las cesantías anteriores a lo que fueron objeto de condena, por lo que no se podría predicar de su parte un actuar de mala fe, pues su conducta no estuvo orientada a desconocer los derechos laborales de la demandante, aún más cuando la liquidación final del contrato de trabajo fue pagada dentro de los 5 días siguientes a la finalización del contrato, lo que tornaba improcedente la indemnización solicitada y en consecuencia, ordenó que los valores reconocidos fueran debidamente indexados, desde la fecha en que cada una de las condenas se causó y hasta la fecha en la que se realice su pago.

En cuanto a los aportes a seguridad social en pensiones, señaló que no se había acreditado su pago para los periodos del 20 al 31 de diciembre de 2001, enero a marzo de 2002, julio de 2003, abril, septiembre de 2004, mayo, junio, agosto de 2005, agosto a noviembre de 2006, marzo a junio, diciembre de 2007, enero a mayo, noviembre y diciembre de 2008; enero, febrero, junio de 2009, agosto de 2010 y enero de 2011, por lo que ordenó su cancelación, teniendo en cuenta como ingreso base de cotización el salario mínimo para cada anualidad. No impartió condena respecto a los ciclos de julio, agosto de 2009, febrero de 2011, julio de 2012 enero y junio de 2013 y julio 2015, pues si bien, estos fueron realizados por la demandante como trabajador independiente, lo cierto es que, según confesión de este extremo procesal, los pagos realizados para estas fechas fueron efectuados con el dinero dado por la enjuiciada, lo que demostraba el cumplimiento de la obligación patronal por parte de la señora Carrillo.

Finalmente, en lo que se refiere al pago de la indemnización por no consignación de las cesantías, manifestó no que haría ningún pronunciamiento al respecto, en la medida que esta petición solo fue elevada al momento de presentar alegatos de conclusión.

4. Impugnación y límites del ad quem.

4.1. Demandante. Inconforme con la decisión formuló recurso de apelación parcial frente a la absolución de la indemnización moratoria del artículo 65 del CST, esgrimiendo que, se dio por probada la buena fe de la demandada no estándolo, respecto a la consignación oportuna de cesantías por ser un simple descuido, pues la consignación fue tardía, por lo tanto, no recibir esta sanción genera un desmedro económico a esta parte.

4.2. Demandada. En su alzada adujo que, las cesantías respecto del año 2014, conforme los documentos allegados, fue debidamente pagada.

Por otro lado, señala que el despido de la señora María Edilsa Cristiano fue justo, en la medida que ella al momento de absolver el interrogatorio de parte, aceptó que su despido fue por grosera. Adicional a ello, reseña que los memorandos presentados a la

demandante dan cuenta de su mala actitud, grosería y falencia en el desarrollo del contrato de trabajo, en vista que ni siquiera estos documentos fueron suscritos y de ello se debía dejar constancia a través de testigos. También manifiesta que por más de tres meses a la demandante le fueron presentados memorandos y por el hecho que estos no hayan sido firmados por la trabajadora y no haber sido presentado preaviso no se puede catalogar el despido como injusto.

5. Alegatos de conclusión. No fueron presentados alegatos de conclusión por ninguna de las partes.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Apelación de sentencia y principio de consonancia. El recurso de apelación interpuesto tanto por el demandante como por la accionada, se estudiarán de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS, que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad expuesta por los recurrentes.

2. Problemas jurídicos. Corresponde a la sala dilucidar los siguientes: (i) ¿Se encuentra demostrado el pago del auxilio de las cesantías correspondiente al año 2014?; (ii) ¿El despido de la trabajadora por parte de la demandada fue injusto y, en consecuencia, le asiste derecho a la indemnización por despido sin justa causa?; y (iii) ¿Hay lugar a impartir condena por concepto de indemnización moratoria contemplada en el artículo 65 del CST?

3. Contrato de trabajo y sus extremos. Para resolver el problema jurídico que concita la atención de la Sala, es preciso señalar que las partes no cuestionan las reflexiones que hizo el juez primigenio en torno a la existencia de la relación laboral, modalidad contractual, extremos temporales y salario.

4. Auxilio de cesantías. Sostiene la llamada a juicio que, conforme las pruebas documentales allegadas al informativo, se encuentra acreditado el pago del auxilio de cesantías causado en el año 2014.

Sobre el particular, tenemos que contrario a lo sostenido por el recurrente, dentro del plenario no obra ninguna prueba que demuestre que la señora Claudia Carrillo en calidad de empleadora, haya consignado las cesantías causadas por la trabajadora para el año 2014, como quiera que las certificaciones del 16 de mayo de 2013 expedida por Porvenir y del 26 de marzo de 2019 emanada de Protección, así como el estado de cuenta de cesantías al 15 de marzo de 2023 expedido por esta misma administradora (Expediente electrónico, PDF 01Demanda, pág 23, 24 y PDF 21DocumentosRequeridos, pág 3 a 5), únicamente dan cuenta de la consignación de esta prestación para los años 2009 a 2013 y 2015 a 2019, más no para el año 2014, por lo que fue acertada la consideración efectuada por la juzgadora de instancias, así las cosas, se impone confirmar la decisión objeto de censura, en lo que a este asunto se refiere.

5. Despido sin justa causa. La enjuiciada centró su inconformidad contra el fallo de primera instancia aduciendo que se encontraba demostrada la configuración de la justa causa para dar por terminada la relación laboral con la señora María Edilsa Cristiano.

Frente a tal discernimiento, es menester señalar que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, tiene definido que en tratándose de discusiones relativas a la legalidad o justeza de la terminación del contrato laboral, al trabajador le corresponde la demostración del despido, en tanto, al empleador le incumbe la carga de probar que para adoptar dicha decisión se ajustó en un todo a los parámetros legales, convencionales o contractuales consagrados para tal efecto y demostrar la ocurrencia de los hechos

endilgados como soporte de la determinación (SL180-2018, CSJ SL 5523-2016, CSJ SL 15094-2015 y CSJ SL 592-2014)

Adicionalmente, se debe resaltar que con arreglo al párrafo del artículo 62 y el artículo 66 del CST, la parte que termina el contrato de trabajo debe comunicar a la otra al momento de la finalización del vínculo, la causal o motivo de su terminación, sin que posteriormente pueda variarse, para ello, no basta con invocar genéricamente una de las causales previstas por la ley laboral sino que es necesario precisar los hechos específicos que sustentan la determinación, pues como ha señalado nuestra Corte Constitucional, la finalidad de la norma es permitir que la otra parte conozca las razones de la finalización unilateral de la relación de trabajo (C-594-97).

Siendo ello así, en el informativo se encuentra la carta de terminación del contrato de trabajo emitida por la encartada, donde se indica que la finalización del vínculo laboral fue con justa causa, teniendo en cuenta para ello, lo dispuesto en los numerales 2 a 5 y 9 a 11 del CST, si bien, allí se esboza una serie de causales, no se puede perder de vista que el fundamento de tal decisión obedece a que a mediados del mes de mayo de 2019 la trabajadora asumió una actitud y comportamiento con la empresa y compañeros de trabajo hostil, grosera e irrespetuosa (Expediente electrónico, PDF 19AnexoPruebas, pág 3 a 5).

Así, verificado que la llamada a juicio cumplió con el deber de comunicarle a la gestora del litigio las causas y motivos de su decisión, las cuales fueron sustentadas en el compendio normativo anteriormente aludido, deberá determinarse la ocurrencia de los hechos y si la conducta que desplegó resulta ser suficiente para catalogar el despido como justo.

Ha de empezar por señalar que al cartapacio se adosaron como pruebas de oficio, las documentales aportada por la parte demandada, visibles en el archivo 9 del expediente digital, contentivas de memorando de fecha 5 de febrero de 2020, a través de la que se comunica la imposición de una medida disciplinaria, esto es la suspensión de la trabajadora por el interregno del 6 al 8 de febrero de 2020, debido al incumplimiento del horario de trabajo (Expediente electrónico, PDF 09DocumentosDemandado, pág 15), memorando del 10 de febrero de 2020 en el que se comunica un posible finalización del vínculo laboral de continuar presentándose actos de irrespeto en contra de la jefe inmediata y su empleadora (Expediente electrónico, PDF 09DocumentosDemandado, pág 16); memorando del 24 de febrero de la misma anualidad, en la se hace llamado de atención por el desperdicio y mala utilización de elementos de trabajo (Expediente electrónico, PDF 09DocumentosDemandado, pág 17); llamado de atención por el incumplimiento del horario de trabajo de fecha 15 de agosto de 2017, 13 de mayo, 12, 21, 22 de agosto de 2019 (Expediente electrónico, PDF 09DocumentosDemandado, pág 20, 21, 26, 27); de las cuales no existe constancia alguna que le hayan sido entregadas a la promotora de la contienda y si bien, se encuentran suscritas por testigos, tampoco existe medio probatorio alguno que refleje que la destinataria de estas comunicaciones se haya rehusado a suscribir estas misivas.

De otro lado, se debe hacer notar que, el único llamado de atención que hace referencia a actos de irrespeto es el adiado del 10 de febrero de 2020, el cual ni si quiera cuenta con firma de la demandante, ni testigos, y tampoco se acredita que este documento le haya sido entregado; como si lo anterior fuera poco, nótese que allí no se describe cuales fueron puntualmente las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que tales actos se generaron, y que eventualmente dieran lugar al rompimiento del vínculo laboral; de igual forma, se hace hincapié que los hechos referidos al presunto incumplimiento del horario de trabajo o mala utilización de elementos de trabajo no fueron argumentos esbozados en la carta de finalización del contrato de trabajo.

Ahora bien, la terminación del contrato de trabajo no es una sanción disciplinaria, por lo tanto, el empleador no debía surtir procedimiento alguno, excepto escuchar al trabajador frente a los supuestos concretos y específicos que permitirían la configuración de la causal invocada, tal y como lo dejó sentado nuestra máxima corporación de justicia Constitucional en sentencia SU449-2020; de acuerdo con lo anterior, a pesar que en el informativo obra acta de descargos, se debe precisar que tal documento, tampoco se encuentra signado por la señora Cristiano, únicamente se encuentra suscrito por la enjuiciada y dos testigos, no obstante lo anterior, no obra medio de convicción que evidencie en primero lugar que la accionante haya sido citada a absolver estos descargos y muchos menos que se haya negado a la suscripción de este documento; ahora, si en gracia de discusión, se aceptara que la convocante a juicio rindió ante su empleador estos descargos, de ellos, no se evidencia de modo alguno, la aceptación de actos de violencia, injuria, malos tratamientos en que haya incurrido la trabajadora en contra de su empleadora o compañeros de trabajo y que eventualmente dieran lugar al finiquito del vínculo laboral mediante una justa causa. De igual forma, tampoco son de recibo las argumentaciones presentadas por el apoderado del extremo pasivo, relacionados con la confesión de la demandante frente a los hechos que dieron origen al fenecimiento de la relación laboral, como quiera que la absolvente no acepta en ningún momento que haya dirigido improperios en contra de su empleadora, o sus pares, pues únicamente refiere que en la carta de terminación del vínculo se le endilgan conductas groseras e irrespetuosas, mas no que ello haya sido así.

También se hace necesario resaltar que la carta de despido únicamente demuestra el fenecimiento de la relación laboral, más no la ocurrencia de los hechos invocado para la terminación del vínculo contractual con justa causa, lo cierto es que conforme con las reglas de la carga de la prueba, es al empleador a quien le corresponde la demostración de los hechos que dan origen a la finalización del vínculo laboral, siendo claro entonces que, la encartada no desplegó ninguna actividad probatoria tendiente demostrar los supuestos hechos de violencia, maltrato e irrespeto endilgados a la señora María Edilsa Cristiano, por lo tanto, ante la prominente omisión probatoria, no queda duda alguna que la terminación del contrato de trabajo no tuvo una justa causa, pues se itera la demandada no logró demostrar en juicio la ocurrencia de los hechos que dieron lugar al fenecimiento del vínculo contractual

Tampoco se puede perder de vista que, uno de los argumentos planteados por la juzgadora de instancia para impartir condena en contra de la pasiva, fue que no había inmediatez entre la ocurrencia de la falta y el despido de la trabajadora, al respecto, se advierte que esta consideración no fue objeto de censura por el extremo pasivo de la acción, pese lo anterior, para reforzar a un más la falta de justeza del despido, se debe reseñar que, en relación con la inmediatez, ha dicho la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral en sentencia CSJ SL18110-2016, reiterada en la SL3317-2019, que:

“Ahora bien, en lo que tiene que ver con la extemporaneidad del despido -punto (i)-, conviene recordar que esta Corporación, ha sostenido de forma pacífica que la terminación del contrato de trabajo por justa causa por parte del empleador debe ser, además de explícita y concreta, tempestiva, toda vez que aun cuando el legislador no ha establecido límites temporales máximos para que ante tal situación este invoque en su favor la condición resolutoria del vínculo jurídico, no puede olvidarse que entre las causas que le dan origen y la determinación de despido que se adopte, no debería mediar término o, a lo sumo, el que resulte apenas razonable, y que de no proceder el empleador a despedir a su trabajador de forma inmediata o dentro de un término prudencial, en sana lógica se entenderá que absolvió, perdonó, condonó o dispensó la presunta falta”.

De acuerdo con lo demostrado en el presente juicio, los hechos expuestos en la carta de terminación del contrato de trabajo, tuvieron ocurrencia en el mes de mayo de 2019 y el despido se produjo el 12 de julio de 2020, es decir, después de un año de ocurridos y a

pesar que se ha indicado que los actos de irrespeto fueron constantes a partir de esta data, estas circunstancias no se encuentran acreditadas en el plenario, por lo que se comparten las elucubraciones esbozadas por la juzgadora de instancia, en tanto a que el despido no fue inmediato a la ocurrencia de los actos que a juicio del empleador configuraba una justa causa para terminar el vínculo, por lo que se impone confirmar la sentencia apelada.

7. Indemnización moratoria. En orden a resolver este último problema jurídico, es preciso recordar que conforme lo establecido en el artículo 65 del CST, si a la terminación del contrato, el empleador no paga al trabajador los salarios y prestaciones debidas, salvo los casos de retención autorizados por la ley o convenidos por las partes, debe pagar al asalariado, una indemnización moratoria. En relación con la indemnización en mención, la jurisprudencia reiterada y pacífica de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia bajo el radicado 32529 del 5 de marzo del 2009 ha explicado que la misma no es una respuesta judicial automática frente al hecho objetivo de que el empleador, al terminar el contrato de trabajo, no cancele al trabajador la totalidad de salarios y prestaciones sociales adeudados, por ello, ha insistido en que el juez debe, en cada caso, de acuerdo con el material probatorio, establecer si se revela o evidencia la buena fe de aquel frente a tal conducta omisiva.

Criterio que coincide con lo planteado por la Corte Constitucional, entre otras, en la sentencia T-459 del 2017, en la que señaló que la jurisprudencia constitucional establece que es posible eximir al empleador del pago de la indemnización moratoria cuando se compruebe que éste actuó de buena fe al momento de la terminación del contrato, esto es, que tenía la conciencia de haber obrado legítimamente y con ánimo exento de fraude.

Descendiendo al caso objeto de estudio, se advierte que no existe ninguna razón para entender que el actuar de la demandada estuvo revestido de buena fe al no consignar dentro de los términos legales la cesantía al fondo destinatario de esa prestación social en lo correspondiente al año 2014, así como el pago de los intereses a las cesantías 2013, 2014, 2017 y 2019 y al no pagar estas acreencias al finiquito de la relación laboral, no le asista razón al sentenciador de primer grado cuando dispuso absolver de esta condena, pues es claro que el deudor moroso no demostró que su obrar hubiese estado ceñido a la buena fe, pues es claro que sobre este tópico ningún medio de prueba arrojó, aunado a ello, no existe justificación alguna para que luego de más de tres años, las prestaciones sociales a las que tiene derecho la ex trabajadora no haya sido reconocidas ni pagadas, por lo que mal haría esta Sala exonerar a la enjuiciada de las sanciones que persigue la parte actora, por tal razón, se deberán acoger los argumentos expuestos por la parte demandante y como consecuencia de lo anterior, resulta forzoso para la Sala revocar la decisoria de la Juez primigenia y, por consiguiente, entrar a cuantificar la citada indemnización:

7.1. Indemnización moratoria. Ahora, en cuanto a la forma de liquidación de esta indemnización, se debe tener en cuenta que el salario devengado por la demandante fue el equivalente a un mínimo, por tal razón, en virtud de lo dispuesto en el párrafo 2º del CST, la llamada a juicio deberá cancelar la cantidad diaria de **\$29.260,1**, desde la fecha de terminación del contrato de trabajo, es decir, 12 de julio de 2020 y hasta la fecha en que se realice el pago de las cesantías e intereses a las cesantías objeto de condena. Ante la prosperidad de esta pretensión y dada su incompatibilidad, resulta improcedente la condena por concepto de indexación, por tanto, se revoca.

8. Costas. En esta instancia a cargo de CLAUDIA YANETH CARRILLO por no prosperar el recurso de apelación. Las de primera se confirman.

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

RESUELVE

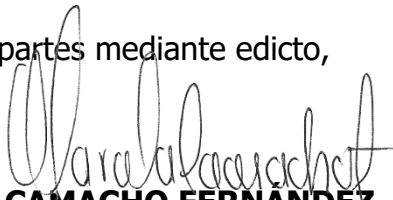
PRIMERO: REVOCAR el numeral cuarto de la sentencia apelada, para en su lugar **CONDENAR** a la señora Claudia Yaneth Carrillo a pagar a favor de María Edilsa Cristiano, la suma de \$29.260,1, desde el 12 de julio de 2020 y hasta la fecha en que se realice el pago de las cesantías e intereses a las cesantías objeto de condena, conforme a la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: REVOCAR el numeral segundo de la sentencia apelada, únicamente en lo que hace referencia a condena por concepto de indexación, conforme a la parte motiva de esta providencia.

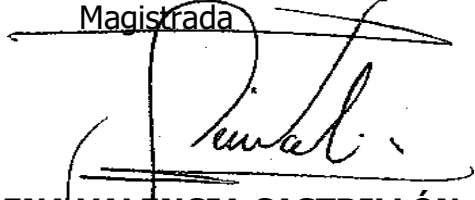
TERCERO: En lo demás, **MANTENER** incólume la sentencia de primer grado.

CUARTO: CONDENAR en costas en favor de la parte demandante y a cargo de Claudia Yaneth Carrillo. Las de primera se confirman.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Magistrada


ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN

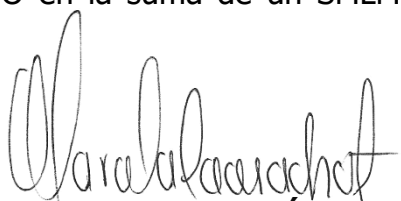
Magistrada


ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

Magistrado

AUTO PONENTE

Costas a cargo de **CLAUDIA YANETH CARRILLO**, fijándose como agencias en derecho en favor de **MARÍA EDILSA CRISTIANO** en la suma de un SMLMV, correspondiente a \$1.160.000.


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Magistrada



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

III

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: MARÍA EUTALIA ARCINIEGAS DUARTE
Demandados: COLPENSIONES y PORVENIR S.A.
Radicación: 110013105-026-2022-00214-01
Tema: INEFICACIA DE TRASLADO - CONFIRMA

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

En virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. María Eutalia Arciniegas Duarte instauró demanda ordinaria contra Colpensiones y la AFP Porvenir S.A. con el fin de que se declare la ineficacia de la afiliación efectuada por la demandante del RPMPD al RAIS que se realizó el 01 de febrero de 1995 ante la AFP Porvenir S.A., por existir engaño y asalto a su buena fe, induciendo en error, viciando su consentimiento y mantenerla en constante desinformación, y que como consecuencia de lo anterior, ordene a la AFP demandada a retornar a la demandante, junto con todos los valores de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses, con los rendimientos que se hubieren causados al RPMPD administrados por Colpensiones; que se ordene a Colpensiones a recibir en el RPMPD a la demandante y mantenerla afiliada sin solución de continuidad; las costas y agencias en derecho; o ultra y extra petita.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que la demandante desde el 30 de septiembre de 1987, hasta el 31 de enero de 1995, estuvo afiliada al ISS, hoy Colpensiones, acumulando 342.1 semanas cotizadas en dicha institución; que para el mes de febrero de 1995 se trasladó al RAIS por medio de la AFP Porvenir S.A.; que esta afiliación, aparentemente libre y voluntaria no estuvo precedida de la suficiente ilustración por parte del fondo de pensiones; que el 07 de marzo del 2022 radicó derecho de petición ante Colpensiones y Porvenir S.A. en el cual solicitó la nulidad y el posterior retorno de la afiliada al RPMPD. Solicitudes que fueron respondidas de manera negativa por parte de las entidades involucradas. (Expediente electrónico, PDF 01, demanda, Pág. 05 a 21)

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (Expediente electrónico, PDF 08); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de la demanda

3.1. Colpensiones: En su respuesta la demandada se opuso a todas y cada una de las pretensiones, declaraciones y condenas, argumentando que no se demuestra dentro del proceso con las pruebas allegadas al plenario, la configuración de algún vicio en el consentimiento dentro del acto de afiliación de la demandante, dice la entidad que tampoco se observa vulneración a la voluntad dada de manera libre en aplicación al literal b), del Art. 13 de la ley 100 de 1993, en ejercicio del derecho a la libre escogencia del régimen pensional, por parte de la administradora de pensiones; trae a colación la entidad que no es posible realizar el cambio de entidad de pensiones, debido a que se encuentra en la prohibición encontrada en el Art. 2 literal e) de la ley 797 de 2003. Como excepciones de fondo interpuso las que denominó como 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 declaratoria de otras excepciones. (Expediente electrónico, PDF 10 pág. 02-15 contestación Colpensiones)

3.2 Porvenir S.A. La AFP demandada responde la demanda oponiéndose a las pretensiones, declaraciones y condenas en la forma en que aparecen formuladas en la demanda argumentando que la parte actora se trasladó una vez recibida la información transparente y necesaria, lo cual permitió compararla con el conocimiento que tenía del RPMPD por haber pertenecido a él, para así tomar la mejor decisión de acuerdo con sus intereses pensionales. Que cabe resaltar que, de acuerdo con la suscripción del formulario de afiliación, documento público que se presume auténtico en los términos de los Art. 243 y 244 del CGP. La parte demandante da fe de la declaración escrita a que hace referencia el literal e) del Art. 114 de la ley 100 de 1993, y al no proceder la nulidad ni la ineficacia del traslado, no es posible declarar que se encuentra válidamente afiliada al RPMPD administrado por Colpensiones, por cuanto realizó aportes de manera voluntaria y continua por más de 27 años, sin mostrar ninguna inconformidad, por lo cual no existe vicios en el consentimiento que puedan probar la nulidad y/o ineficacia que afirma la parte demandante que se ha presentado en el traslado al RAIS. Como excepciones de mérito interpuso las que denominó como prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación, restituciones mutuas y la excepción genérica. (Expediente electrónico, PDF 11 pág. 02-34 contestación Porvenir S.A.)

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 16 de mayo del 2023, en la que el fallador de primera instancia declaró la ineficacia del traslado efectuado por la accionante al RAIS; condenó a la AFP Porvenir S.A. a transferir a Colpensiones los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual de la actora junto con sus rendimientos financieros causados, así como el porcentaje correspondiente a gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y supervivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, lo anterior debidamente indexado con cargo a sus propios recursos; condenó a Colpensiones a que acepte dicha transferencia y contabilice, para todos los efectos pensionales, las semanas cotizadas por la demandante; declaró no probadas las excepciones propuestas; condenó en costas a Porvenir S.A.

El quo fundamentó su decisión conforme lo dispuesto por la Corte Suprema de Justicia en sentencia CSJ SL12136 del 3 de septiembre de 2014, por lo que consideró que debía analizarse en virtud de lo dispuesto en los artículos 13 y 271 de la ley 100 de 1993, es si el acto jurídico que generó el traslado es o no eficaz, es así que para que se entienda que la afiliación se realizó de manera libre y voluntaria, se debe verificar si la administradora puso en conocimiento del afiliado los riesgos que implica el traslado de régimen y cuáles son sus beneficios, se debe demostrar que la entidad garantizó una decisión informada que permita al afiliado una manifestación de voluntad autónoma y consiente.

Señaló que, esta misma corporación en sentencia 6852, reiteró que el deber de información ha existido desde la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993; por lo tanto, debe analizarse el momento histórico de la afiliación con la finalidad de verificar si se cumplió con el deber legal, esto es, determinar si se ilustró al afiliado sobre las características, condiciones, accesos, efectos y riesgos de cada régimen pensional.

Por otro lado, dijo que conforme lo dispuesto en los artículos 97 Ley 100 de 1993, los fondos de pensiones son patrimonios autónomos propiedad de los afiliados independientes de las administradoras, por lo que se debe aplicar normas y principios que regulan los encargos fiduciarios propios de la legislación comercial; que el artículo 15 del Decreto 656 de 1994, estableció que los fondos de pensiones deben establecer un reglamento que contenga los derechos y deberes de los afiliados, lo cuales deben ser puestos en conocimiento del afiliado al momento de su traslado.

Indicó también que, conforme lo sentado por la Corte Suprema de Justicia, el simple consentimiento vertido en el formulario de afiliaciones es insuficiente, toda vez que, se debe demostrar un consentimiento debidamente informado, carga de la prueba que se encuentra en cabeza del fondo privado.

Precisó que, conforme la prueba documental allegada, se demostró que la demandante para febrero de 1995, se trasladó a la AFP Porvenir y que en el formulario de afiliación se plasmaron únicamente los datos personales de la demandante, sin que Porvenir lograra demostrar que la información que le brindó a la accionante al momento de la afiliación haya sido clara, suficiente y eficaz frente a cada una de las características propias del RAIS, la diferencia entre los dos regímenes, tampoco se demostró que le haya indicado cual era el más favorable para su caso particular y futuro pensional.

Concluyó que, al no demostrarse el cumplimiento del deber de información declaró la ineficacia de la afiliación y como consecuencia de ello se ordenó a Porvenir a trasladar a Colpensiones la totalidad de los aportes realizados por el afiliado, junto con los rendimientos financiero sin lugar a descontar suma alguna por concepto de administración y a su vez a Porvenir le ordenó restituir a la administradora del régimen de prima media, los dineros descontados a la demandante por concepto de gastos de administración, durante el tiempo que permaneció como afiliado a este fondo pensional.

En cuanto a la excepción de prescripción, señaló que dicho derecho era imprescriptible, dado que se trata de la construcción de un beneficio pensional; en cuanto a los demás medios exceptivos los declaró no probados.

5. Impugnación y límites del ad quem. Fue propuesto recurso de apelación por parte de **Porvenir S.A.** y para ello, solicita que se revoque el numeral 2 de la parte resolutive, debido a que esta condena no es compatible con los rendimientos financieros que se están ordenando de volver y se estaría condenando a la entidad dos veces por el mismo rubro, como quiera que, las AFPs garantizan la rentabilidad mínima de la cuenta individual de los afiliados, resultando incompatible con la indexación, en vista que los recursos allí depositados no se han visto afectados por inflación, por el contrario se han generado rendimientos financieros que inclusive son superiores a los mínimos establecidos en la ley y que no se hubiera causado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

6. Alegatos de conclusión. La impugnante alega en su favor, los mismos argumentos expuestos al momento de recurrir la sentencia de primera instancia. Por su parte, Colpensiones solicita que sea revocada la sentencia. De otro lado, el actor peticiona que se confirme la decisión recurrida.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Apelación de sentencia, grado jurisdiccional de consulta y principio de consonancia. El recurso de apelación interpuesto por Porvenir S.A. se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por la recurrente, y se estudiará en consulta en favor de COLPENSIONES en lo que le sea desfavorable, de conformidad con lo dispuesto en el art. 69 CPT y de la SS.

2. Problema jurídico. Corresponde a la Sala dilucidar el siguiente problema jurídico **principal:** ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por el accionante? Para lo cual se abordarán los siguientes problemas **jurídicos secundarios:** (i) ¿Los aportes o cotizaciones son requisito de validez del acto jurídico de afiliación? (ii) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP PRIVADA hubiera omitido su deber de información al momento en que la actora se trasladó de régimen?; (iii) ¿La AFP privada está obligada a devolver a Colpensiones sumas descontadas por gastos de administración, comisiones, seguros provisionales y rendimientos debidamente indexados?; (iv) ¿Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante?; y (v) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita?

3. Ineficacia del traslado de régimen - no nulidad del traslado. Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, debe precisar la Sala que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su **ineficacia y no desde la nulidad**, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 ibídem. Por tanto, resulta equivocado exigirle a la afiliada la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado N.º 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que mantiene actualmente, entre otras, en la sentencia SL 2208 del 26 de mayo de 2021.

4. Afiliación, cotización y traslado. Se tiene probado que la señora MARÍA EUTALIA ARCINIEGAS DUARTE se afilió al ISS, hoy Colpensiones desde el 30 de septiembre de 1987, con cotizaciones efectivas hasta el 31 de enero de 1995 (Expediente electrónico, PDF 10 Historia laboral Colpensiones); que el 01 de febrero de 1995 comenzó a cotizar al RAIS, por medio de la AFP Porvenir S.A., entidad en la cual se encuentra actualmente. (Expediente electrónico, PDF 01 pág. 53-60, Historia laboral Porvenir S.A.).

5. Carga probatoria y deber de información. Para resolver el problema jurídico relacionado con la carga probatoria, debe decirse que la misma sí recae en la AFP no en la demandante, en primer lugar, porque la omisión en torno al deber de información expuesta en el libelo incoatorio tiene la connotación de una negación indefinida, exenta de prueba de conformidad con lo preceptuado en el art. 167 del C.G. del P., en segundo lugar, porque la **custodia de la documentación** así como la obligación legal de brindar información se encuentra en cabeza del fondo, conforme a lo dispuesto desde el Decreto 663 de 1993, y en tercer lugar, porque el literal b) del art 11 de la Ley 1328 de 2009, considera una práctica abusiva la imposición de dicha **carga a los consumidores financieros**, teniendo en cuenta que los afiliados se encuentran en desventaja probatoria además de ser la parte débil de la relación contractual, quien en este tipo de procesos se

enfrentan a una entidad financiera, que cuenta con posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL 1897-2019, ha considerado que son las entidades de seguridad social las que deben garantizar, en caso de estar frente a un traslado de régimen pensional, que existió una decisión informada, que fue verdaderamente autónoma, consciente y objetivamente verificable, en el entendido de que los afiliados puedan conocer los **riesgos** que ello implica, así como los beneficios que le reportaría.

Dicho de otra manera, no se puede predicar la existencia de una manifestación libre y voluntaria cuando quiera que un afiliado al sistema no conoce la incidencia que la decisión de trasladarse de régimen pensional pueda tener, frente a eventuales derechos prestacionales; de ahí que no le corresponda a ella sino a la administradora de fondos de pensiones dar cuenta de que brindó la correspondiente información, que fue clara y suficiente, ya que un engaño no sólo se produce en lo que se dice, sino en el silencio que guarda el respectivo asesor, quien ha de tener la iniciativa de proporcionar todo aquello que resulte relevante y fundamental, tanto lo favorable como lo desfavorable para tomar la decisión e incluso, desanimar al afiliado en caso de que el traslado resulte perjudicial para su derecho pensional.

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 1995-, debe recordarse por la Sala que la CSJ en sentencia SL1452 de 2019 identificó distintas etapas sobre la evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras, que corresponde a los siguientes periodos:

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

Así, para la data en que la actora se trasladó a la AFP Porvenir S.A., esto es, el 01 de febrero de 1995 , el deber de información se enmarca en el primer periodo, fecha en la cual se exigía una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de

cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado; entendiendo en esa primera etapa como información suficiente *"la obligación de dar a conocer al usuario, de la manera más amplia posible, todo lo relacionado sobre el producto o servicio que adquiere."*(SL1452 de 2019)

Adicionalmente es necesario indicar que, la Sala no desconoce que para el momento en que la demandante se trasladó al RAIS se encontraba vigente el Decreto 692 de 1994 *"Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 100 de 1993"* en cuyo artículo 11 señala que para adelantar el proceso de vinculación a la AFP se debe diligenciar el **formulario** previsto por la Superintendencia Bancaria y que en el mismo deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones, siendo posible que el formulario contenga la leyenda preimpresa en ese sentido, sin embargo, como lo ha indicado la CSJ desde la sentencia bajo el radicado N.º 31989 del 2008, la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994 y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo impone el art. 1603 del C.C.

Señaló además la Corte en la sentencia SL 2324-2019 al reiterar la sentencia bajo el radicado N.º 33.083 del 2011, que por la doctrina se han elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de transparencia, vigilancia y el deber de información; éste último –información- debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Por tanto, la AFP demandada sí estaba en la obligación de proporcionar a la demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarla como potencial afiliada, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarlo de tomar una opción que claramente le perjudica, de manera que se equivoca la AFP al considerar desde la óptica de los vicios del consentimiento que en el presente caso no se dan los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado, como quiera que es claro, conforme al reiterado criterio jurisprudencial de la CSJ, que además constituye doctrina probable, que a la parte actora se le debió garantizar la debida asesoría al momento de su traslado, a fin de que su decisión estuviera precedida de un consentimiento informado.

Finalmente, es necesario precisar que en el presente caso no es necesario estudiar si el demandante está o no dentro de la prohibición establecida en la Ley 797 del 2003 la cual no permite que los afiliados se trasladen cuando les falten 10 años o menos para adquirir la edad mínima para pensionarse, ni tampoco si cumple con los requisitos establecidos en la sentencia SU 062 del 2010, como quiera que no nos encontramos frente a una **solicitud de traslado** sino de ineficacia del traslado.

6. Saneamiento de la ineficacia ante el transcurso del tiempo. Se debe indicar respecto a obtener la declaratoria de saneamiento de la ineficacia generada por la falta de información por el simple paso del tiempo, que conforme lo tiene adoctrinado la CSJ, entre otras, en la sentencia SL 1688-2019, el hecho de que la demandante haya permanecido muchos años en el RAIS, no tiene la virtualidad o aptitud de subsanar el

incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP inicial al momento del traslado, toda vez que la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad, pues como se explicó, el afiliado requiere para tomar decisiones la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato sólo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente, pierde su utilidad, lo que equivale a ausencia de información.

7. Actos de relacionamiento. Esta temática en efecto ha sido abordada por parte de la Sala de Descongestión Laboral de la Corte Suprema de Justicia, quien ha tenido en cuenta los actos posteriores a la afiliación para convalidar la misma en el RAIS; no obstante, tal tesis fue objeto de acción de tutela, y la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en sentencia STP15228-2021 concluyó que la tesis de los llamados “actos de relacionamiento” modificaba o variaba la línea jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral – permanente, ya que *“el análisis probatorio para determinar si se cumplió el deber de información en los actos de traslado de régimen pensional, debe ser antecedente o concomitante al mismo, sin tener en cuenta los actos posteriores que el afiliado hubiera podido realizar”*, tesitura que en el caso concreto no modifica la decisión de instancia, pues la falta de información se juzga al momento del traslado sin importar los actos posteriores del afiliado, sin que el hecho de que el afiliado permanezca 20 o más años haga que se convalide la falta de información por la llamada tesis de los “actos de relacionamiento”.

8. Aceptación de aportes y activación de la afiliación. Es necesario precisar, que al quedar sin efecto la afiliación al RAIS de la demandante es claro que su vinculación con Colpensiones quedó incólume de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de la AFP codemandada los aportes efectuados por aquella a ésta a fin de que reposen en la historia laboral de la entidad, quien está en la obligación de activarla en el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en la sentencia SL4360 de 2019.

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, ni afecta su sostenibilidad financiera, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante de manera íntegra a Colpensiones, declaración que trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia-).

9. Consecuencias que conlleva la ineficacia del traslado- devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos. Frente al tópico encaminado a determinar si la AFP privada está obligada a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adocinado, entre otras, en la sentencia SL 14911-2019 que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, **junto con los rendimientos financieros**. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad **a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades**, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJSL2877-2020, y SL2329-2021). Criterio que igualmente es aplicable en tratándose del **porcentaje destinado**

a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima (CSJ SL 2208-2021 y SL 1637-2022).

Conforme a ello, es claro que procede la devolución a Colpensiones de todos los aportes, cotizaciones y rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual, en la que se incluyen gastos de administración, comisiones, porcentajes destinados a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima por parte de la AFP codemandada, debidamente indexado (SL 3321 del 26 de junio del 2021 y SL1637 del 11 de mayo de 2022), sin que exista excepción alguna por el hecho de que en el RPMD también se permita efectuar descuentos por estos conceptos, como lo dice la censura.

Tampoco pueden pretender que se den restituciones mutuas, pues si bien existen reglas en el ordenamiento civil tendientes a este fin y la Ley 100 de 1993 faculta a los fondos privados para descontar algunos valores durante la afiliación, lo cierto también es que, en el específico caso de la declaratoria de ineficacia, se eliminan todos los efectos del acto contrario a derecho, imponiendo la devolución de todo lo recibido con ocasión del negocio jurídico que transgredió las prescripciones legales como si el negocio nunca se hubiere celebrado, por consiguiente, resulta desacertado lo afirmado por la censura, cuando busca que se invalide la condena de dichos conceptos (Sentencia SL1637 de 2002).

Aunado a que en estos procesos de ineficacia de traslado no se estudia si la gestión del fondo demandado fue buena o no y por tanto se generaron unos rendimientos, pues lo que se debe revisar es si la AFP privada brindó información necesaria a la demandante al momento en que se efectuó el traslado al ISS, ya que la devolución de los conceptos ordenados es la consecuencia ante el incumplimiento del deber legal de brindar la asesoría pertinente a sus futuros afiliados.

Además, hay que precisar que **los conceptos de la Superintendencia Financiera** no son vinculantes, pues así lo ha establecido la CSJ desde vieja data: "...las hechas por la Superintendencia Bancaria, no tienen el carácter de ser judiciales ni vinculan a los jueces" (Radicado 17784 de 2002). Tampoco es aplicable al presente caso el artículo 113 de la Ley 100 de 1993, como quiera que no nos encontramos frente a un traslado de régimen sino a una solicitud de ineficacia del traslado, por lo que se reitera que esta Sala acoge en su integridad la postura de la CSJ.

En el sub examine, una vez revisada la decisión de instancia, la misma congloba de manera expresa los conceptos atrás referidos junto con la indexación y, por ende, habrá de confirmarse la sentencia en este ítem.

10. Excepción de prescripción. Se debe precisar que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible y así se dejó sentado por nuestra H. Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL1421 de 2019 y SL1689 de 2019. En cuanto a la devolución de los gastos de administración al ser una consecuencia de la ineficacia del traslado y hacer parte de la cuenta individual de aportes de la afiliada, la Sala considera que es igualmente imprescriptible.

11. Costas en esta instancia. En segunda instancia se impondrán costas a cargo de Porvenir S.A., y a favor del demandante, por no haber prosperado el recurso de apelación impetrado.

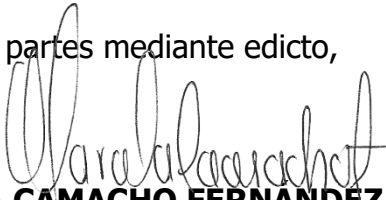
En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

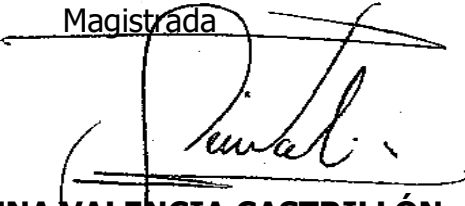
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 16 de mayo de 2023, por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con la parte motivada de este fallo.

SEGUNDO: CONDENAR en **COSTAS** en esta instancia a favor del demandante y a cargo de Porvenir S.A. Las de primera se confirman.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada


ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrado


ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado

AUTO PONENTE

COSTAS en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor del demandante y a cargo de Porvenir S.A., el equivalente a un (1) SMMLV, esto es, la suma de \$1.160.000.


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



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

III

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: EURIPEDES MUÑOZ PALACIOS
Demandados: COLPENSIONES, PORVENIR S.A.
Radicación: 1100131050-38-2022-00194-01
Tema: INEFICACIA DE TRASLADO- ADICIONA

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

En virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Eurípides Muñoz Palacios instauró demanda ordinaria contra Colpensiones y la AFP Porvenir S.A., con el fin de que se declare la nulidad del traslado de régimen pensional del cual fue objeto el demandante, es decir, del RPMPD administrado por Colpensiones al RAIS por medio de la AFP Porvenir S.A. por no suministrarle la información correcta al momento de la afiliación en Porvenir S.A.; y que en consecuencia de ello, se ordene a Colpensiones a que lo acepte como afiliado dentro del RPMPD; que se ordene a Porvenir S.A. a que haga los trámites necesarios y envíe a Colpensiones los aportes que tiene en este fondo y lo que por ley le corresponda junto con los respectivos rendimientos; el pago de agencias y costas en derecho; lo ultra y extra petita.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que estuvo afiliado al RPMPD con el ISS, hoy Colpensiones, desde el 04 de febrero de 1985, cotizando 452 semanas, y que se trasladó al RAIS por medio de la AFP Porvenir S.A. en el mes de septiembre de 1994 donde lleva actualmente cotizadas 1049 semanas; que al momento de realizar el traslado de régimen no se le brindó una información clara, concisa y transparente sobre las características, ventajas y desventajas que conlleva el traslado de régimen pensional; que el demandante solicitó a Colpensiones para que se admitiese como afiliado en el RPMPD, solicitud que fue negada por la entidad el 04 de marzo del 2022 (Expediente electrónico, PDF 01 ,demanda, Pág. 01 a 05).

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (Expediente electrónico-PDF 09); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de la demanda.

3.1. Colpensiones: En su respuesta la demandada se opuso a todas y cada una de las pretensiones tanto declarativas como condenatorias propuestas por el demandante y en consecuencia, se absuelva a Colpensiones argumentando que la afiliación al RAIS se realizó con plena voluntad del cotizante, quien por decisión propia solicitó suscribir el

formulario de afiliación a la AFP Porvenir S.A., cumpliendo con los requisitos establecidos por la sentencia C-1024 de 2004, y en la sentencia C-789 de 2002, basadas en el Art. 02 de la ley 797 de 2003 que modificó el literal e) del Art. 13 de la ley 100 de 1993; resaltó la administradora de pensiones que al momento en el cual el accionante solicitó el traslado de régimen ya se encontraba dentro de la prohibición establecida en el Art. 02 de la ley 797 de 2003, por lo cual era improcedente realizar el traslado; menciona la demandada que resulta inverosímil que el actor hubiese evidenciado las irregularidades en su traslado 27 años después de su afiliación, tiempo en el cual no formuló duda o inquietud sobre su afiliación al RAIS. Como excepciones perentorias interpuso las que denominó como aplicación del precedente establecido en la sentencia SL-373 de 2021, el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, buena fe, inexistencia del derecho y la innominada o genérica. (Expediente electrónico, PDF 10 ,Contestación Colpensiones, Pág. 03 a 24).

3.2.Porvenir S.A.: La llamada a juicio respondió oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones formuladas en la demanda que pretendan recaer sobre la AFP argumentando que, en primer lugar, el demandante no allegó prueba alguna que permita acreditar la existencia de la nulidad o ineficacia alegada, por lo cual, la afiliación al RAIS es válida y se encuentra vigente; que, en segundo lugar, menciona que se cumplió con el deber de información que le era exigible a la AFP en la fecha en que se materializó el traslado de régimen pensional, apegándose de esta manera a lo contenido en el numeral 01 del Art. 97 del Decreto No. 66 de 1993; como tercer punto, señala que, de acuerdo con los documentos aportados por el demandante, no se logra evidenciar soporte alguno que permita acreditar la existencia de error, fuerza o dolo; sin embargo, menciona que el demandante, al momento de suscribir el formulario de afiliación lo hizo de manera libre y espontánea, completamente informado, pues recibió asesoría de manera verbal por parte de Porvenir S.A. Como excepciones de fondo interpuso las que denominó como prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe. (Expediente físico, PDF 13 ,Contestación Porvenir S.A., Pág. 02 a 28).

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 28 de junio de 2023, en la que el fallador de primera instancia declaró la ineficacia de la afiliación verificada por el demandante con destino a la AFP Porvenir S.A.; ordenó a Porvenir S.A. a que conjuntamente con Colpensiones adelantar gestiones administrativas y financieras tendientes a retornar al demandante en condición de afiliado al RPMPD administrado por Colpensiones, y a reembolsar al mismo régimen los recursos recibidos por cuenta del actor en el RAIS durante el tiempo en el que permaneció irregularmente vinculado a este régimen, debiendo transferirse los respectivos recursos debidamente indexados; declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas; condenó en costas a Porvenir S.A.

El a quo fundamentó su decisión en que conforme lo señalado en el artículo 112 de la Ley 100 de 1993, las administradoras de fondos de pensiones no podían rechazar la afiliación de las personas que cumplieran con los requisitos para ser afiliados al RAIS, a excepción de las personas que se encontraban excluidas del RAIS según el artículo 61 de la Ley 100 de 1993, o respecto de las personas que estén restringidas en el régimen de movilidad pensional.

Afirmó que, conforme el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 13 de la misma norma, el empleador, y en general cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral se hará acreedor a las sanciones allí previstas, destacándose que la afiliación

quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador, lo que a su juicio implicaba que debía acreditarse los vicios del consentimiento, esto es, el error, la fuerza y el dolo, los cuales a la luz de las pruebas que estaban en el informativo no se acreditaban, por lo que en su criterio no había lugar a la declarar la ineficacia del traslado.

Advirtió que, no obstante lo anterior, la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral en sentencia SL2929-2022 al analizar un caso fallado en primera instancia por ese despacho, había indicado que al no acreditarse el deber de información prácticamente de forma inmediata debía deducirse la configuración de esa declaratoria de ineficacia al margen de que no se hayan acreditado los vicios en el consentimiento, pues la CSJ parte de la base de que era la AFP Porvenir quien debía probar que información le había suministrado a la afiliada al momento de su vinculación al RAIS con Colpatria y esta debía ser analizada a fin de determinar si era suficiente para tomar una decisión informada, por lo que en ese particular contexto y acatando la sentencia referida y analizando las pruebas obrantes en el informativo no se evidencia cual fue la información que le entregó al demandante, previo a la suscripción del formulario de afiliación a la AFP Colpatria hoy Porvenir.

Indicó que, la AFP Porvenir debía reintegrar a Colpensiones los recursos íntegramente recibidos y generados en el RAIS, sin descuento por gastos de administración, seguros previsionales o cualquier otra índole.

5. Impugnación y límites del ad quem. Fue propuesto recurso de apelación por las siguientes partes procesales:

5.1 Colpensiones Interpuso recurso de apelación señalando que, conforme el literal b) del artículo 66 de la ley 100 de 1993, el cual expresa que la selección de cualquiera de los regímenes es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien, para tal efecto lo manifestará por escrito, por lo cual, al futuro afiliado hizo la suscripción del formulario de afiliación, donde se demuestra que su consentimiento no ha sido viciado. Expone que en el proceso se observó como el demandante no presentó inconformidad alguna en el tiempo que llevaba suscrita a la RAIS, debido a que no presentó queja alguna ante las entidades en las que se encontraba afiliada. Finalmente argumenta que, si bien las AFP deben informar de manera clara a sus futuros afiliados sobre las ventajas y desventajas del cambio de régimen, lo cierto es que, es deber de los usuarios el investigar sobre la AFP que escogió de manera voluntaria y sobre su situación pensional.

5.2 Porvenir S.A.: Solicita que se revoque de manera integral la decisión de instancia, teniendo en cuenta que el traslado del demandante es válido, en la medida que este fue valido y el afiliado decidido permanecer allí durante mas de 25 años, realizando las debidas cotizaciones, lo que demuestra que el accionante estaba conforme con este régimen pensional. Adicional a ello, refiere que Colpatria en su momento le brindó la información correspondiente y así lo refleja el formulario de afiliación.

Los dineros no deben ser indexados, debido a que no existió pérdida de poder adquisitivo, adicional a ello, el fondo le dio al demandante rendimientos financieros, lo cuales no iban a ser entregados en el régimen de prima media.

6. Alegatos de conclusión. Las impugnantes alegan en su favor, los mismos argumentos expuestos al momento de recurrir la sentencia de primera instancia.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Apelación de sentencia, grado jurisdiccional de consulta y principio de consonancia. El recurso de apelación interpuesto por Colpensiones y Porvenir S.A. se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por la recurrente, y se estudiará en consulta en favor de COLPENSIONES en lo que le sea desfavorable, de conformidad con lo dispuesto en el art. 69 CPT y de la SS.

2. Problema jurídico. Corresponde a la Sala dilucidar el siguiente problema jurídico **principal:** ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por el accionante? Para lo cual se abordarán los siguientes problemas **jurídicos secundarios:** (i) ¿Los aportes o cotizaciones son requisito de validez del acto jurídico de afiliación? (ii) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP PRIVADA hubiera omitido su deber de información al momento en que la actora se trasladó de régimen?; (iii) ¿La AFP privada está obligada a devolver a Colpensiones sumas descontadas por gastos de administración, comisiones, seguros provisionales y rendimientos debidamente indexados?; (iv) ¿Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante?; y (v) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita?

3. Ineficacia del traslado de régimen - no nulidad del traslado. Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, debe precisar la Sala que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su **ineficacia y no desde la nulidad**, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 ibídem. Por tanto, resulta equivocado exigirle a la afiliada la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado N.º 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que mantiene actualmente, entre otras, en la sentencia SL 2208 del 26 de mayo de 2021.

4. Afiliación, cotización y traslado. Se tiene probado que el señor EURIPIDES MUÑOZ PALACIOS se afilió al ISS, hoy Colpensiones, desde el 04 de febrero de 1985, con cotizaciones registradas hasta el 31 de agosto de 1994 (Expediente electrónico, PDF 13. Pág. 56 a 61 Resumen Historia laboral); que el 22 de agosto de 1994 firmó la solicitud de traslado al RAIS, por medio de la AFP Colpatria S.A. (Expediente electrónico, PDF 13. Pág. 29 Solicitud de vinculación); siendo esta efectiva a partir del 1 de septiembre de 1994, luego se registran traslado de esta AFP a Horizonte y de esta a Porvenir, en virtud de cesión por fusión (Expediente electrónico, PDF 13. págs. 36-45 y 56).

5. Carga probatoria y deber de información. Para resolver el problema jurídico relacionado con la carga probatoria, debe decirse que la misma sí recae en la AFP no en el demandante, en primer lugar, porque la omisión en torno al deber de información expuesta en el libelo incoatorio tiene la connotación de una negación indefinida, exenta de prueba de conformidad con lo preceptuado en el art. 167 del C.G. del P., en segundo lugar, porque la **custodia de la documentación** así como la obligación legal de brindar información se encuentra en cabeza del fondo, conforme a lo dispuesto desde el Decreto 663 de 1993, y en tercer lugar, porque el literal b) del art 11 de la Ley 1328 de 2009, considera una práctica abusiva la imposición de dicha **carga a los consumidores financieros**, teniendo en cuenta que los afiliados se encuentran en desventaja probatoria

además de ser la parte débil de la relación contractual, quien en este tipo de procesos se enfrentan a una entidad financiera, que cuenta con posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL 1897-2019, ha considerado que son las entidades de seguridad social las que deben garantizar, en caso de estar frente a un traslado de régimen pensional, que existió una decisión informada, que fue verdaderamente autónoma, consciente y objetivamente verificable, en el entendido de que los afiliados puedan conocer los **riesgos** que ello implica, así como los beneficios que le reportaría.

Dicho de otra manera, no se puede predicar la existencia de una manifestación libre y voluntaria cuando quiera que un afiliado al sistema no conoce la incidencia que la decisión de trasladarse de régimen pensional pueda tener, frente a eventuales derechos prestacionales; de ahí que no le corresponda a ella sino a la administradora de fondos de pensiones dar cuenta de que brindó la correspondiente información, que fue clara y suficiente, ya que un engaño no sólo se produce en lo que se dice, sino en el silencio que guarda el respectivo asesor, quien ha de tener la iniciativa de proporcionar todo aquello que resulte relevante y fundamental, tanto lo favorable como lo desfavorable para tomar la decisión e incluso, desanimar al afiliado en caso de que el traslado resulte perjudicial para su derecho pensional.

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 1994-, debe recordarse por la Sala que la CSJ en sentencia SL1452 de 2019 identificó distintas etapas sobre la evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras, que corresponde a los siguientes periodos:

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

Así, para la data en que el actor se trasladó a la AFP Colpatria hoy Porvenir S.A., esto es, el 22 de agosto de 1994, el deber de información se enmarca en el primer periodo, fecha

en la cual se exigía una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado; entendiendo en esa primera etapa como información suficiente *"la obligación de dar a conocer al usuario, de la manera más amplia posible, todo lo relacionado sobre el producto o servicio que adquiere."*(SL1452 de 2019)

Adicionalmente es necesario indicar que, la Sala no desconoce que para el momento en que el demandante se trasladó al RAIS se encontraba vigente el Decreto 692 de 1994 *"Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 100 de 1993"* en cuyo artículo 11 señala que para adelantar el proceso de vinculación a la AFP se debe diligenciar el **formulario** previsto por la Superintendencia Bancaria y que en el mismo deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones, siendo posible que el formulario contenga la leyenda preimpresa en ese sentido, sin embargo, como lo ha indicado la CSJ desde la sentencia bajo el radicado N.º 31989 del 2008, la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994 y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo impone el art. 1603 del C.C.

Señaló además la Corte en la sentencia SL 2324-2019 al reiterar la sentencia bajo el radicado N.º 33.083 del 2011, que por la doctrina se han elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de transparencia, vigilancia y el deber de información; éste último –información- debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Por tanto, la AFP demandada sí estaba en la obligación de proporcionar al demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarlo como potencial afiliado, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarlo de tomar una opción que claramente le perjudica, de manera que se equivoca la AFP al considerar desde la óptica de los vicios del consentimiento que en el presente caso no se dan los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado, como quiera que es claro, conforme al reiterado criterio jurisprudencial de la CSJ, que además constituye doctrina probable, que a la parte actora se le debió garantizar la debida asesoría al momento de su traslado, a fin de que su decisión estuviera precedida de un consentimiento informado.

En el mismo sentido, la Sala observa que ninguna contradicción se presenta en el interrogatorio de parte, pues el actor fue consistente en manifestar que sólo dio cuenta de generalidades y los beneficios del RAIS, situación que llevaba a la AFP a demostrar que en efecto brindó la información de manera particular e integral al actor, presentándole todas las aristas de aquella decisión, pero nada de eso se encuentra acreditado, razón por la cual, se reafirma aún más la ineficacia por falta al deber de información.

Finalmente, es necesario precisar que en el presente caso no es necesario estudiar si el demandante está o no dentro de la prohibición establecida en la Ley 797 del 2003 la cual no permite que los afiliados se trasladen cuando les falten 10 años o menos para adquirir la edad mínima para pensionarse, ni tampoco si cumple con los requisitos establecidas en

la sentencia SU 062 de 2010, como quiera que no nos encontramos frente a una **solicitud de traslado** sino de ineficacia del traslado.

6. Saneamiento de la ineficacia ante el transcurso del tiempo. Se debe indicar respecto a obtener la declaratoria de saneamiento de la ineficacia generada por la falta de información por el simple paso del tiempo, que conforme lo tiene adoctrinado la CSJ, entre otras, en la sentencia SL 1688-2019, el hecho de que el demandante haya permanecido muchos años en el RAIS, no tiene la virtualidad o aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP inicial al momento del traslado, toda vez que la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad, pues como se explicó, el afiliado requiere para tomar decisiones la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato sólo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente, pierde su utilidad, lo que equivale a ausencia de información.

7. Actos de relacionamiento. Esta temática en efecto ha sido abordada por parte de la Sala de Descongestión Laboral de la Corte Suprema de Justicia, quien ha tenido en cuenta los actos posteriores a la afiliación para convalidar la misma en el RAIS; no obstante, tal tesis fue objeto de acción de tutela, y la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en sentencia STP15228-2021 concluyó que la tesis de los llamados “actos de relacionamiento” modifica o variaba la línea jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral – permanente, ya que “*el análisis probatorio para determinar si se cumplió el deber de información en los actos de traslado de régimen pensional, debe ser antecedente o concomitante al mismo, sin tener en cuenta los actos posteriores que el afiliado hubiera podido realizar*”, tesis que en el caso concreto no modifica la decisión de instancia, pues la falta de información se juzga al momento del traslado sin importar los actos posteriores del afiliado, sin que el hecho de que el afiliado permanezca 20 o más años haga que se convalide la falta de información por la llamada tesis de los “actos de relacionamiento”.

8. Aceptación de aportes y activación de la afiliación. Es necesario precisar, que al quedar sin efecto la afiliación al RAIS del demandante es claro que su vinculación con Colpensiones quedó incólume de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de la AFP codemandada los aportes efectuados por aquella a ésta a fin de que reposen en la historia laboral de la entidad, quien está en la obligación de activarla en el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en la sentencia SL4360 de 2019.

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, ni afecta su sostenibilidad financiera, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante de manera íntegra a Colpensiones, declaración que trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia-).

9. Consecuencias que conlleva la ineficacia del traslado- devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos. Frente al tópico encaminado a determinar si la AFP privada está obligada a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adoctrinado, entre otras, en la sentencia SL 14911-2019 que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, **junto con los rendimientos**

financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad **a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades**, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJSL2877-2020, y SL2329-2021). Criterio que igualmente es aplicable en tratándose del **porcentaje destinado a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima** (CSJ SL 2208-2021 y SL 1637-2022).

Conforme a ello, es claro que procede la devolución a Colpensiones de todos los aportes, cotizaciones y rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual, en la que se incluyen gastos de administración, comisiones, porcentajes destinados a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima por parte de la AFP codemandada, debidamente indexado (SL 3321 del 26 de junio del 2021 y SL1637 del 11 de mayo de 2022), sin que exista excepción alguna por el hecho de que en el RPMD también se permita efectuar descuentos por estos conceptos.

Tampoco pueden pretender que se den restituciones mutuas, pues si bien existen reglas en el ordenamiento civil tendientes a este fin y la Ley 100 de 1993 faculta a los fondos privados para descontar algunos valores durante la afiliación, lo cierto también es que, en el específico caso de la declaratoria de ineficacia, se eliminan todos los efectos del acto contrario a derecho, imponiendo la devolución de todo lo recibido con ocasión del negocio jurídico que transgredió las prescripciones legales como si el negocio nunca se hubiere celebrado, por consiguiente, resulta desacertado lo afirmado por la censura, cuando busca que se invalide la condena de dichos conceptos (Sentencia SL1637 de 2002).

Aunado a que en estos procesos de ineficacia de traslado no se estudia si la gestión del fondo demandado fue buena o no y por tanto se generaron unos rendimientos, pues lo que se debe revisar es si la AFP privada brindó información necesaria al demandante al momento en que se efectuó el traslado al ISS, ya que la devolución de los conceptos ordenados es la consecuencia ante el incumplimiento del deber legal de brindar la asesoría pertinente a sus futuros afiliados.

Además, hay que precisar que **los conceptos de la Superintendencia Financiera** no son vinculantes, pues así lo ha establecido la CSJ desde vieja data: "...las hechas por la Superintendencia Bancaria, no tienen el carácter de ser judiciales ni vinculan a los jueces" (Radicado 17784 de 2002). Tampoco es aplicable al presente caso el artículo 113 de la Ley 100 de 1993, como quiera que no nos encontramos frente a un traslado de régimen sino a una solicitud de ineficacia del traslado, por lo que se reitera que esta Sala acoge en su integridad la postura de la CSJ.

En el sub examine, una vez revisada la decisión de instancia, la misma engloba de manera expresa los conceptos atrás referidos junto con la indexación y, por ende, habrá de confirmarse la sentencia en este ítem.

10. Excepción de prescripción. Se debe precisar que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible y así se dejó sentado por nuestra H. Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL1421 de 2019 y SL1689 de 2019. En cuanto a la devolución de los gastos de administración al ser una consecuencia de la ineficacia del traslado y hacer parte de la

cuenta individual de aportes de la afiliada, la Sala considera que es igualmente imprescriptible.

11. Costas en esta instancia. En segunda instancia se impondrán costas a cargo de Colpensiones y Porvenir S.A., y a favor del demandante, por no haber prosperado el recurso de apelación impetrado.

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

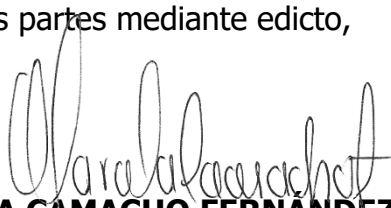
RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR el numeral **SEGUNDO** de la sentencia proferida el 28 de junio de 2023 por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá, la **ORDEN** de que la AFP PORVENIR S.A. traslade a COLPENSIONES, si aún no lo ha efectuado, además de los conceptos ordenados en el referido numeral, **los gastos de administración, descuentos para el fondo de garantía de pensión mínima y comisiones o sumas adicionales de la aseguradora de manera íntegra, los cuales deberá asumir de sus propias utilidades**, sin que haya lugar a deducir alguna comisión o realizar descuentos a las cotizaciones, ordenando que dichos conceptos, se devuelvan debidamente **INDEXADOS**, de conformidad con la parte motiva de este fallo.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primer grado.

TERCERO: CONDENAR en **COSTAS** en esta instancia a favor de la demandante y a cargo de Colpensiones y Porvenir S.A. Las de primera se confirman.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



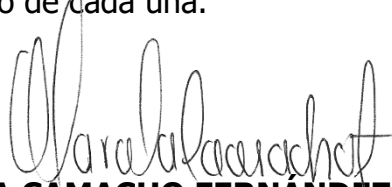
ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado

AUTO PONENTE

COSTAS en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor de la demandante y a cargo de Colpensiones y Porvenir S.A. el equivalente a un (1) SMMLV, esto es, la suma de \$1.1600.000 a cargo de cada una.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: LUZ ESTELLA PÉREZ ALVARADO
Demandada: INSTITUTO ÁLVARO MUTIS LTDA.
Radicación: 16-2021-00106-01
Tema: CONTRATO DE TRABAJO – CONFIRMA

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

En virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA
ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Luz Estella Pérez Alvarado, instauró demanda ordinaria contra el Instituto Álvaro Mutis Ltda., con el propósito de que se declare existencia de varios contratos de trabajo a término fijo durante los años 1987 a 1993 y que durante su vigencia no fue afiliada a seguridad social en salud y pensiones, en consecuencia, peticiona que se imparta condena en contra de la demandada a fin que pague el cálculo actuarial y sea afiliada en salud por estos periodos.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que nació el 17 de octubre de 1961 e ingreso a laborar con la demandada en enero de 1987, en el cargo de docente de primaria, con un salario de \$30.000, vinculación que finalizó en diciembre de la misma anualidad; refiere que para los años 1988 a 1993 suscribió varios contratos de trabajo, que iniciaban en enero y finalizaban el 6 de diciembre de cada anualidad, siendo su salario de \$35.000, \$40.000, \$45.000, \$55.000, \$70.000 y \$90.000 respectivamente; que cada contrato de trabajo fue a término fijo; sostuvo que durante la relación laboral nunca fue afiliada a seguridad social en salud y pensiones; que fue enviado derecho de petición a la institución solicitando el pago de los aportes a pensión durante 1987 a 1993, solicitud a la cual no se le dio respuesta (Expediente

electrónico, PDF 01EscritoDemandaAnexos. Pag. 1 a 15)

2. Contestaciones. Al contestar la demanda el Instituto Álvaro Mutis Ltda. se opuso a la prosperidad de las pretensiones, por considerar que entre las partes no existió ningún tipo de vínculo laboral, dado que no se suscribieron contratos de trabajo, no existió prestación del servicio, subordinación, ni remuneración. Adicional a ello, sostuvo que los aportes reclamados ya fueron pagaron por parte de su real empleadora de la época, esto es la señora María del Carmen de León, identificada con la cédula de ciudadanía No. 41.673.553 de Bogotá, como persona natural, tal y como lo demuestran los reportes de semana cotizadas en pensiones para los años 1988 a 1993. También sostuvo que el establecimiento de comercio fue adquirido en diciembre de 1993, por compra realizada por el señor Gerardo Loaiza Valencia a la señora Norma María Carrero de Gutiérrez y que el Instituto se constituyó como persona jurídica desde el año 2001. Propuso como excepciones de fondo las que denominó falta de legitimación en la causa por pasiva, prescripción de derechos, inexistencia de la obligación, falta de integración

del contradictorio, buena fe y genérica. (Expediente electrónico, PDF 05ContestacionDemanda y PDF 07SubsanacionContestacion).

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 8 de mayo de 2023 en la que el fallador absolvió a la demandada de todas y cada una de las pretensiones de la demanda y gravó en costas a la señora Luz Estela Pérez.

Para arribar a la decisión, indicó que conforme el certificado de existencia y representación legal, se acreditaba que el Instituto Álvaro Mutis Limitada fue constituida como persona jurídica por escritura pública número 115 el 22 de febrero de 2001 de la Notaría 28 de Bogotá, inscrita en la Cámara de Comercio el 23 de febrero de 2001, por lo tanto, solo fue sujeto de derechos y obligaciones a partir de este momento. Por lo tanto, para las fechas en que se predica la relación laboral, esto es, 1987 a 1993, la demandada no existía. Si bien, fue aportada al plenario la certificación del 15 de septiembre de 2009, en donde el rector señala que la accionante laboró en esa institución como docente de primaria para los años 1987 a 1993, lo cierto es que tal documento en nada compromete la responsabilidad de la institución, como quiera que únicamente se hizo constar que se prestó el servicio a favor de un establecimiento de comercio, más no que esta persona jurídica haya sido su empleador.

Que de acuerdo con la declaración de la testigo María del Carmen Moyano, se demostró que ella fue la directora del Colegio Instituto Álvaro Mutis, establecimiento de comercio distinto a la persona jurídica que aquí se demandada, y por ello fue quien afilió a la demandante a la seguridad social en pensiones. A su vez, que la testigo Normarí Carrero Salazar, también daba cuenta que la señora Moyano había sido la rectora del Colegio, el cual había sido vendido al señor Gerardo Loaiza en el año 1994.

De otro lado, sostuvo el sentenciador que, en el presente caso no operaba la figura de sustitución de empleador, en la medida que en los términos de los artículo 67 y 68 del CST, se requiere que los contratos de trabajo se encuentren vigentes al momento en que se produce el cambio del empleador, aunado a ello, este tema tampoco fue planteado en la demanda, sin embargo, sostuvo que en gracias de discusión, la demandante afirmó que su contrato de trabajo finalizó el 06 de diciembre de 1993 y la promesa de compraventa del colegio e realizó el 17 de diciembre de 1993, es decir, posterior a la terminación de la vinculación laboral que alega la demandante, por lo tanto no habría ninguna sustitución de empleador (Expediente electrónico, audios 12 y 13)

4. Alegatos de conclusión. Sin alegatos.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Grado jurisdiccional de consulta. El presente proceso se estudia en grado jurisdiccional de consulta en favor de la demandante, por ser la sentencia de primera instancia totalmente desfavorable y no haber sido apelada.

2. Problemas Jurídicos. Corresponde a la sala dilucidar los siguientes: (i) ¿El Instituto Álvaro Mutis Ltda. fungió como empleador de la actora para los interregnos 1987 a 1993?; (ii) ¿Se encuentra obligada al pago del cálculo actuarial por los aportes a pensión causado en dichos periodos?; y (iii) ¿Se encuentra obligada la institución educativa a realizar la afiliación de la señora Luz Estella Pérez al Sistema de Seguridad Social en salud, para estos mismos lapsos?

3. Relación laboral. Con el propósito de desatar la precitada controversia, es preciso señalar que para que se configure la existencia de un contrato de trabajo, se requiere de la presencia indiscutible de los elementos que lo integran, los cuales corresponden según el artículo 23 del C.S.T., a la prestación personal del servicio, la subordinación del trabajador respecto al empleador y el salario como retribución del servicio prestado.

En ese orden, la persona que exige la existencia de un contrato de trabajo, sólo le basta probar la prestación o la actividad personal para que se suponga la existencia del contrato de trabajo, dada a la presunción legal contenida en el artículo 24 de la norma sustancial, por manera que a la demandada le corresponde la carga de desvirtuar el trabajo subordinado, con la prueba del hecho contrario.

Lo anterior, para significar que en materia laboral la prosperidad del reconocimiento de los derechos laborales a favor del trabajador se centra inicialmente en la demostración de la existencia del vínculo laboral y de sus extremos temporales, situación que entra la Sala a analizar a fin de determinar la viabilidad de las súplicas de la demanda, efectuando para ello la valoración de las pruebas en su conjunto aportadas al plenario, conforme lo determina los artículos 60 y 61 del C.P.T y de la S.S.

En el sub – lite, se tiene que la parte actora señala que su relación laboral con la demandada estuvo enmarcada por siete contratos de trabajo a término fijo, autónomos e independientes entre sí, vigentes entre enero al 6 de diciembre, para cada una de las anualidades comprendidas entre 1987 a 1993. Frente a esta pretensión en la contestación de la demanda, se esgrimió la inexistencia del vínculo laboral del Instituto demandado para las fechas en las que se predica la existencia del contrato de trabajo, dado que, esta solo se constituye como persona jurídica en el año 2001, por lo que se opuso a la declaratoria de esta pretensión. Por su parte, el Juzgador de primer grado sobre tal aspecto indicó que, conforme el certificado de existencia y representación legal de la enjuiciada, se acreditaba que esta fue constituida como persona jurídica por escritura pública número 115 el 22 de febrero de 2001 de la Notaría 28 de Bogotá e inscrita en la Cámara de Comercio el 23 de febrero de 2001, por lo tanto, solo fue sujeto de derechos y obligaciones a partir de este momento.

Bajo ese contexto, es pertinente verificar si para la fecha en la que se presentan los hechos que dan origen a esta acción, el Instituto Álvaro Mutis Ltda., existía en el mundo jurídico. Es así que el único documento válido para demostrar la existencia de una sociedad es la certificación de la Cámara de Comercio, conforme lo dispone el artículo 117 del estatuto mercantil, al ser ello así, conforme prueba documental adosada en el informativo, se tiene que mediante Escritura Pública No. 0000115 del 22 de febrero de 2001 de la Notaría 28 de Bogotá D.C., inscrita en la Cámara de Comercio el 23 de febrero de 2001, con el No. 00008596 del Libro XIII, se constituyó la sociedad de naturaleza Civil que hoy es convocada a juicio. (Expediente electrónico, PDF 05ContestacionDemanda, pág.41 a 47).

Con el otorgamiento de la escritura pública se da vida a una persona moral distinta a de los socios individualmente considerados, conforme lo regulado por el artículo 110 del Código de Comercio, a pesar de ello, sus actos jurídicos solo serán oponibles en la medida que la escritura social sea registrada ante la Cámara correspondiente al domicilio principal de la sociedad, de acuerdo con el artículo 112 ibídem.

Por lo hasta aquí dicho, resulta totalmente diáfano que el acto constitutivo de la sociedad mercantil denominada Instituto Álvaro Mutis Ltda., se da el 22 de febrero de

2001, con la Escritura Pública No. 0000115 elevada ante la Notaría 28 de Bogotá D.C., data en la que esta sociedad surge como persona jurídica, sin embargo, se advierte que solo sus relaciones jurídicas se hacen oponibles desde que este instrumento público se registra, esto es, desde el 23 de febrero de 2001, por tanto, es inviable jurídicamente hablando que se pueda declarar una relación laboral entre la promotora de la contienda y esta sociedad, y mucho menos que a ella se le pueda exigir obligaciones reclamadas con anterioridad a su existencia jurídica, máxime que, dentro de los hechos y los suplicas de la demandada, no se hace referencia o insinuación alguna a alguna sociedad de hecho ni a cambio de empleador durante la vigencia del contrato de trabajo, que permita predicar que se produjo una sustitución patronal en los términos de los artículos 67 y siguientes del CST, y que en virtud de ello, la convocada a juicio deba responder por las exigencias que se hacen en esta acción ordinaria.

En esa medida, de entrada, advierte la Sala que ningún yerro cometió la Juez de primer grado al descartar que el aquí demandado actuó como empleador de la demandante, dado que para los periodos en los que se indica existió un vínculo laboral, la sociedad Instituto Álvaro Mutis Ltda. no existía en el mundo jurídico.

Por manera que, al demandarse a una persona que para los años 1987 y 1993 no era sujeto de derechos y obligaciones, precisamente por su inexistencia, o por su no nacimiento a la vida jurídica, es claro que debe absolverse a la enjuiciada, tal como lo dedujo el juez primigenio, de allí que no le quede otro camino a esta Sala que confirmar la sentencia de primer grado.

4. Costas. Sin costas en este grado jurisdiccional de consulta, por no haberse causado. Las de primera se confirman.

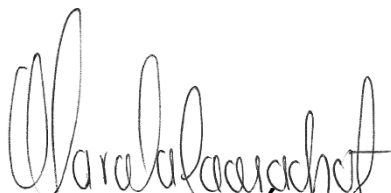
En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 8 de mayo de 2023, por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en este grado jurisdiccional de consulta. Las de primera se confirman.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN

Magistrada



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-



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

III

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: ALDEMAR DIMATE
Demandada: TEXTILES MIRATEX S.A.S.
Radicado No.: 07-2017-00792-01
Tema: ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA– APELACIÓN
DEMANDANTE - REVOCA

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

En virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Aldemar Dimate instauró demanda ordinaria contra Textiles Miratex S.A.S., con el propósito de que se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido que terminó el 5 de diciembre de 2015 de manera ilegal por parte del empleador sin mediar autorización del Ministerio del Trabajo. Solicita se condene a la demandada al pago de salarios y prestaciones dejadas de percibir desde la fecha de terminación del contrato a la fecha en que se profiera sentencia. Asimismo, solicita el pago de la indemnización por la no consignación de las cesantías en un fondo, vacaciones, aportes al fondo de pensión e indemnización por despido ilegal consagrada en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997; lo que corresponda a las facultades ultra y extra petita, indexación y costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que el 6 de marzo de 2006 suscribió contrato con la demandada para desempeñar el cargo de auxiliar de oficios varios y que el último salario devengado fue la suma de \$714.700; que la EPS Famisanar en agosto de 2013 comunica a Textiles Miratex S.A.S., que el actor fue diagnosticado con enfermedad profesional y le solicita a la empresa documentación para realizar la calificación y el 20 de noviembre de 2013 la EPS le comunica a la empresa demandada que el actor tenía las enfermedades de epicondilitis medial bilateral, lumbago no especificado y las recomendaciones laborales. Que el 30 de junio de 2015 le diagnosticaron síndrome de manguito rotatorio y que el 18 de julio de 2015 IDIME le practica un examen en el hombro izquierdo concluyendo cambios inflamatorios en la tuberosidad mayor de la cabeza del húmero, tendinopatía del infraespinoso sin rupturas, tendinopatía del supraespinoso con lesión parcial, huella distal no comunicante y bursitis subacromio subdeltoidea. Concluye afirmando que la demandada el 4 de diciembre de 2015 toma la decisión de despedirlo sin mediar justa causa, le pagan la liquidación por la suma de \$6.919.727.

2. Contestación de la demanda. Al momento de descorrer el término de traslado Textiles Miratex S.A.S., se opuso a la totalidad de pretensiones formuladas, aduciendo que al momento de la terminación del contrato el actor no tenía fuero alguno que suponga la presunción de una estabilidad laboral reforzada, aceptó la relación laboral y los

extremos, que el vínculo terminó sin mediar justa causa por lo que se le reconoció la indemnización correspondiente. Afirma que en el caso no se cumple con los preceptos legales y constitucionales con los cuales se demuestre que el actor se encontraba en estado de debilidad manifiesta y que la patología mencionada. Las recomendaciones médicas aportadas perdieron vigencia en mayo de 2014 y el actor jamás informó su estado de salud por lo que no existe nexo de causalidad entre la terminación del contrato y la patología alegada. Propuso las excepciones de fondo denominadas cobro de lo no debido, inexistencia de las obligaciones pretendidas, buena fe de la demandada, ausencia de título y de causa en las pretensiones del demandante, ausencia de obligaciones de la demandada y prescripción.

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 21 de marzo de 2019, en la que el fallador absolvió a la encartada de todas y cada una de las súplicas de la demanda, impetradas por el demandante, declaró probadas las excepciones de cobro de lo no debido e inexistencia de las obligaciones pretendidas y condenó en costas al demandante.

En lo que interesa al recurso de apelación propuesto, en primer término, estableció como problema jurídico determinar si al momento de la terminación del contrato de trabajo sin justa causa por parte del empleador, el actor se encontraba protegido por fuero de estabilidad laboral reforzada y como consecuencia de ello tiene derecho a la indemnización contemplada en la ley 361 y de 1997 y el reintegro y el pago de las pretensiones relacionadas en la demanda. Hace un análisis a la documental aportada, a los interrogatorios de parte y a la prueba testimonial para concluir que el demandante no es beneficiario de la estabilidad laboral reforzada pretendida de conformidad a la normatividad vigente y a la jurisprudencia sentencia 36115 de 2016 de la Corte Suprema de Justicia, el actor no logró demostrar que al momento de la terminación del contrato tuviera una declaración o certificación médica alguna que dieran fe de limitación física alguna, sea moderada, severa o profunda que advirtiera al empleador de su real condición. No se demostró que estuviera inmerso en proceso de calificación de pérdida de capacidad laboral. Si se demostró que fue despedido sin justa causa por el cierre de la planta del Dorado donde laboraba el actor por situación distinta a su estado de salud y por tanto no se requería de permiso por parte del Ministerio del Trabajo y finalizó indicando que la encartada demostró el pago de las prestaciones sociales por el tiempo en que estuvo vigente la relación laboral.

4. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la decisión la **demandante** formuló recurso de apelación esgrimiendo que, la empresa si conocía la condición médica del actor y que contaba con recomendaciones médicas, que el 20 de noviembre de 2013 donde se especifica que el demandante se encontraba en proceso de calificación para el origen de su enfermedad y que la empresa entregó documentos a la EPS para su calificación, es decir que si conocían de su condición. Indica que con respecto a las recomendaciones laborales seguían vigentes en razón a que el actor pidió citas para nuevamente ser valorado pero que nunca se las dieron. Que la empresa acató las recomendaciones y siempre lo mantuvo en las nuevas condiciones de trabajo porque sabían que no podía desarrollar otro tipo de actividades por las restricciones. Que las enfermedades del actor son progresivas y con el pasar del tiempo son más graves. Hace referencia a la sentencia SU 049. Solicita se revoque la sentencia y se acceda a las pretensiones.

5. Alegatos de conclusión. La parte demandada solicita que se confirme la sentencia proferida.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Apelación de sentencia y principio de consonancia. El recurso de apelación interpuesto por el demandante se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS, que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad expuesta por el recurrente.

2. Problemas jurídicos. Corresponde a la sala dilucidar lo siguiente: (i) ¿A la fecha de terminación del vínculo laboral el accionante se encontraba amparado por la estabilidad laboral reforzada a causa de su condición de salud y, por ende, la finalización del contrato se torna ineficaz al no contar con el aval del Ministerio del Trabajo?; en caso positivo, (ii) ¿Tiene derecho al pago de salarios y demás acreencias laborales solicitadas en el escrito introductor?

3. Contrato de trabajo, salario y sus extremos. Para resolver el problema jurídico que concita la atención de la Sala, es preciso señalar que las partes no cuestionan las reflexiones que hizo el juez primigenio en torno a la existencia de la relación laboral, sus extremos temporales que lo fueron del 6 de marzo de 2006 al 4 de diciembre de 2015, la labor que efectuó el actor siendo de oficios varios y el salario por la suma de \$714.700.

4. Estabilidad laboral reforzada. En lo atinente al problema jurídico dirigido a establecer si Textiles Miratex S.A.S. actuó de manera discriminatoria frente al trabajador al momento de terminar la relación laboral, la Sala Decisión Laboral debe recordar, en primer lugar, que respecto del alcance de la Ley 361 de 1997, es clara la desaparición en el sistema jurídico de la determinación de la discapacidad por grados, según las limitaciones moderada, severa y profunda, quiere ello decir, que no puede acudir a estas escalas para determinar el ámbito de la protección de la estabilidad laboral reforzada por discapacidad, en atención a que el Decreto 1352 del 26 de junio de 2013, en su artículo 61, derogó el Decreto 2463 de 2001, que precisamente en su artículo 7º establecía los grados de severidad de la limitación, luego no resulta plausible recurrir en este caso en concreto a dichos grados para determinar la limitación, máxime cuando se evidencia que la terminación del vínculo contractual es posterior a la fecha en que ya había entrado a regir el Decreto 1352 de 2013 (26-06-2013), pues la finalización se produjo el 4 de diciembre de 2015.

Siguiendo este hilo conductor, al perder sustento legal la tesis jurisprudencial que exigía la determinación de los grados de moderada, severa y profunda para la protección especial por discapacidad, merced a la derogatoria del artículo 7º del Decreto 2463 de 2001, por lo menos, desde su derogatoria expresa, estamos ante una circunstancia normativa que obliga a acudir a otra forma de interpretación para establecer si la limitación en la salud del trabajador es o ha sido la causa del finiquito del vínculo laboral, que no puede ser otra que la definida por la Corte Constitucional en sentencia SU-049 de 2017 (M. P. María Victoria Calle), en la cual se determinó que una vez las personas contraen una enfermedad o presentan, por cualquier causa (accidente de trabajo o enfermedad común o laboral) **una afectación médica de sus funciones que les impida o dificulte sustancialmente el desempeño de sus labores en condiciones regulares**, experimentan una situación constitucional de debilidad manifiesta y se exponen a la discriminación, lo cual se buscó proteger con la expedición de la Ley 361 de 1997.

Bajo esa perspectiva, la Corte Constitucional con base en dicha providencia y en pronunciamientos de las diferentes salas de revisión de esa misma Corporación, en sentencia SU-087 de 2022, fija algunas reglas, aunque no taxativas, que permiten identificar si el trabajador realmente se encuentra en una condición de salud que le impida o dificulte significativamente el normal y adecuado desempeño de sus actividades, así:

Supuesto	Eventos que permiten acreditarlo
Condición de salud que impide significativamente el normal desempeño laboral	(a) En el examen médico de retiro se advierte sobre la enfermedad o al momento del despido existen recomendaciones médicas o se presentó incapacidad médica durante días antes del despido ¹ . (b) Existe incapacidad médica de varios días vigente al momento de la terminación de la relación laboral ² . (c) Se presenta el diagnóstico de una enfermedad y el consecuente tratamiento médico ³ . (d) Existe el diagnóstico médico de una enfermedad efectuado durante el último mes del despido, dicha enfermedad es causada por un accidente de trabajo que genera consecuentes incapacidades médicas anteriores a la fecha de terminación de la vinculación, y la calificación de PCL tiene lugar antes del despido ⁴ .
Afectación psicológica o psiquiátrica que impida significativamente el normal desempeño laboral	(a) El estrés laboral genere quebrantos de salud física y mental ⁵ . (b) Al momento de la terminación de la relación laboral el actor se encuentre en tratamiento médico y presente diferentes incapacidades, y recomendaciones laborales. Cuando, además, el accionante informe al empleador, antes del despido, que su bajo rendimiento se debe a la condición de salud, y que después de la terminación de la vinculación continúe la enfermedad ⁶ . (c) El estrés laboral cause quebrantos de salud física y mental y, además, se cuente con un porcentaje de PCL ⁷ .
Inexistencia de una condición de salud que impida significativamente el normal desempeño laboral	(a) No se demuestra la relación entre el despido y las afecciones en salud, y la PCL es de un 0% ⁸ . (b) El accionante no presenta incapacidad médica durante el último año de trabajo, y solo debe asistir a controles por un antecedente médico, pero no a un tratamiento médico en sentido estricto ⁹ .

Adicionalmente, la Corte Constitucional en la citada sentencia de unificación estableció que como la garantía de la estabilidad laboral reforzada constituye un medio de protección frente a la discriminación, es necesario que el empleador conozca la situación de salud del trabajador al momento de la terminación de laborío; conocimiento que se acredita en los siguientes casos:

- “1) La enfermedad presenta síntomas que la hacen notoria.
- 2) El empleador tramita incapacidades médicas del funcionario, quien después del periodo de incapacidad solicita permisos para asistir a citas médicas, y debe cumplir recomendaciones de medicina laboral.
- 3) El accionante es despedido durante un periodo de incapacidad médica de varios días, por una enfermedad que generó la necesidad de asistir a diferentes citas médicas durante la relación laboral.
- 4) El accionante prueba que tuvo un accidente de trabajo durante los últimos meses de la relación, que le generó una serie de incapacidades y la calificación de un porcentaje de PCL antes de la terminación del contrato.

¹ T-703 de 2016, T-386 de 2020, T-052 de 2020, T-099 de 2020 y T-187 de 2021.
² T-589 de 2017.
³ T-284 de 2019.
⁴ T-118 de 2019.
⁵ T-372 de 2012.
⁶ T-494 de 2018.
⁷ T-041 de 2019.
⁸ T-116 de 2013.
⁹ T-703 de 2016.

5) *El empleador decide contratar a una persona con el conocimiento de que tiene una enfermedad diagnosticada, que al momento de la terminación del contrato estaba en tratamiento médico y estuvo incapacitada un mes antes del despido.*

6) *No se le puede imponer al trabajador la carga de soportar las consecuencias de que en razón a un empalme entre una antigua y nueva administración de una empresa no sea posible establecer si esa empresa tenía conocimiento o no del estado de salud del actor. Por tanto, se da prevalencia a las afirmaciones y pruebas del accionante, y no a las de la demandada en la contestación de la tutela.*

7) *Los indicios probatorios evidencian que durante la ejecución del contrato, el trabajador tuvo que acudir en bastantes oportunidades al médico, presentó incapacidades médicas, y en la tutela afirma que le informó de su condición de salud al empleador"¹⁰.*

Adicionalmente, debe decirse que en sentencia T-041 del 2019, estableció que la estabilidad laboral reforzada representa para el empleador que conoce del estado de salud del empleado un deber que se concreta en su reubicación atribuyéndole otras labores. Si en lugar de reasignarle funciones lo despide, se presume que la desvinculación se fundó en la condición del trabajador, y como consecuencia, dicha determinación se torna ineficaz.

No obstante, señaló en ambas providencias que el trabajador **en condición** de discapacidad o que tiene limitaciones físicas, psíquicas o sensoriales que le impiden o dificultan sustancialmente el desarrollo de sus funciones **puede ser despedido cuando incurre en una causal objetiva para la terminación del contrato**; pues de no existir dicha causal el empleador tiene el deber ineludible de contar con la autorización previa del Inspector del trabajo para dar por culminado el vínculo laboral.

Concluye la Corte que cuando el despido se hace sin previa autorización del inspector del trabajo, la jurisprudencia constitucional ha aplicado "*la presunción de desvinculación laboral discriminatoria*", entendiéndose que la ruptura del vínculo laboral se fundó en el deterioro de salud del trabajador; evento en el cual le corresponde al empleador utilizar los medios probatorios a su alcance con el objetivo de desvirtuar dicha presunción.

Al respecto en la sentencia T-320 de 2016, se dijo que: "*en razón al estado de vulnerabilidad en que se encuentra un trabajador con alguna discapacidad física, sensorial o psíquica esta Corporación ha invertido la carga de la prueba de manera que sea el empleador quien deba demostrar que la terminación unilateral del contrato tuvo como fundamento motivos distintos a la discriminación basada en la discapacidad del trabajador.*"

4.1. Caso en concreto. En este orden, se entrará a determinar bajo los anteriores parámetros la procedencia de la garantía de estabilidad laboral, siendo que, en el caso en concreto, no se logró comprobar ninguna de las situaciones descritas en el precedente jurisprudencial que den certeza a esta Sala, tal como lo concluyó el juez de primera instancia, que el actor cuente con una afectación en su salud que le haya impedido de forma sustancial ejecutar sus funciones.

Lo anterior se deriva de las prueba arrojadas al expediente en las que se pudo verificar que, el accionante contó en los años 2011 y 2013 con quebrantos de salud que en el último año mencionado dieron origen a unas recomendaciones médicas por diagnóstico de epicondilitis, tal como se lee en dicho documento, estas tuvieron una vigencia de "*...seis meses o hasta nueva valoración para contribuir a su mejoría y evitar complicaciones...*" (*historiaclínica demandante.pdr folio 47*), recomendaciones que fueron de conocimiento del empleador por notificación efectuada por la EPS Famisanar y que fueron acatadas como

¹⁰ T-434 de 2020. Reiterando las sentencias: T-383 de 2014, T-419 de 2016, T-589 de 2017, T-118 de 2019, T-284 de 2019, T-144 de 2017 y T-040 de 2016.

como la misma apoderada del actor lo acepta en sus argumentos de impugnación. Posterior a ello, para el año 2014 y 2015 se advierte en la historia clínica visitas al médico por lumbago, dolor en talón izquierdo y síndrome de manguito rotador. Para diciembre de 2015, mes en que se produjo la terminación del vínculo, se prueba que el actor se encontraba en terapias por el diagnóstico de manguito rotador. No se advierte incapacidades médicas para la data del 4 de diciembre de 2015, fecha del despido del actor. Tampoco periodos largos de incapacidad por causa de la enfermedad que le refirieron para el año 2013.

Con este análisis concluye la Sala que, si bien de la historia clínica del actor se advierten varios diagnósticos, los mismos no le generaron notorios quebrantos en su salud que le hayan impedido ejecutar sus funciones de forma sustancial.

A esa conclusión se arriba luego de verificar que el diagnóstico de epicondilitis puesto en conocimiento del empleador en el año 2013 fue objeto de recomendaciones que fueron acatadas por éste, enfermedad que para los años posteriores no requirió de tratamiento alguno ni de calificación durante el vínculo ni posterior a su finiquito, pues no obra prueba alguna al respecto.

En lo que tiene que ver al diagnóstico del manguito rotador, este solo tuvo origen de valoración médica en el año 2015, que empezó a ser tratado con terapias físicas, situaciones que no fueron de conocimiento del empleador pues no obra prueba de ello, esto es, que haya solicitado permiso para asistir a citas médicas o terapias, tampoco que se le hayan generado recomendaciones o restricciones médicas. Aunado a ello, por ésta última enfermedad no existen incapacidades que hagan concluir que por esta situación haya sido despedido.

Así las cosas, se deberá confirmar la absolución impuesta por el a quo, al no probarse que la terminación del vínculo fue con ocasión al estado de salud del actor, sino por decisión del empleador finiquitar la relación laboral sin justa causa y reconociendo la indemnización correspondiente.

5. Costas. En esta instancia a cargo de la parte actora y en favor de la empresa demandada.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 21 de marzo de 2019, proferida por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: CONDENAR en costas a la parte demandante. Tásense.

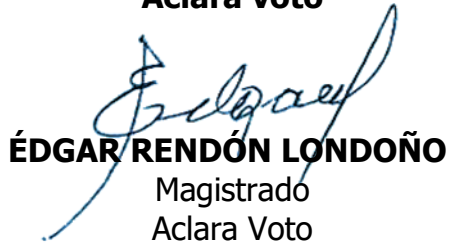
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada
Aclara voto



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado
Aclara Voto

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-

AUTO PONENTE

Costas en primera instancia fijándose como agencias en derecho a cargo del demandante y a favor de la demandada $\frac{1}{2}$ smmlv, esto es la suma de \$580.000.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



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

III

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: GLORIA ISABEL GÓMEZ HUERTAS
Demandadas: COLPENSIONES
Radicación: 25-2018-00696-01
Tema: APELACIÓN - COSTAS – CONFIRMA
CONSULTA – MODIFICA

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

En virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Gloria Isabel Gómez Huertas en calidad de guardadora de su hermana discapacitada mental Olga Patricia Gómez Huertas, conforme sentencia del 30 de agosto de 2011 proferida por el Juzgado Cuarto de Familia de Bogotá, demandó a Colpensiones con el propósito de que se condene al reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente a Olga Patricia Gómez Huertas por el fallecimiento de su padre JOSÉ BALDOMERO GÓMEZ CASTELLANOS, a partir del 20 de julio de 2015, fecha en que falleció su madre MARÍA ELENA HUERTAS DE GÓMEZ. Se condene a la indexación y las costas procesales.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que el señor José Baldomero Gómez Castellanos contrajo matrimonio con la señora María Elena Huertas de Gómez; que de dicha unión nació la señora Olga Patricia Gómez Huertas el 28 de diciembre de 1967, quien padece de una enfermedad llamada epilepsia criptogénica - psicosis trastorno esquizofrénico, asociado con retardo mental, y dependía económicamente de su padre quien falleció el 17 de marzo de 2002. La señora María Elena Huertas de Gómez demandó a Colpensiones para el reconocimiento de la pensión de sobreviviente, por lo que por sentencia del 16 de marzo de 2009 el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia condenando a la Administradora al reconocimiento de la prestación económica que venía disfrutando junto con su hija. Afirma que el Juzgado Cuarto de Familia de Bogotá, el 30 de agosto de 2011 declaró en interdicción judicial por discapacidad mental a la señora Olga Patricia Gómez Huertas y le designó como guardadora a su hermana Gloria Isabel Gómez Huertas. El 20 de julio de 2015 fallece la señora María Elena Huertas de Gómez, momento desde el cual su guardadora se hizo responsable de ella con dificultad por no tener los medios económicos. Adicionalmente indica que Colpensiones le solicitó varios documentos para radicar la solicitud pensional, lo que hizo el 27 de noviembre de 2017. Que por resolución SUB 9585 negó la pensión de sobreviviente porque ya se la habían reconocido a la cónyuge del causante y que por tanto había cosa juzgada.

2. Contestación de la demanda.

2.1 Colpensiones. Al momento de recorrer el término de traslado la llamada a juicio se opuso a las pretensiones del libelo genitor esgrimiendo que no es responsable del reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes, ya que la actora la pensión de sobreviviente ya había sido reconocida por decisión judicial por lo que existe cosa juzgada pues considera que se dan los presupuestos del artículo 303 del CGP. Propuso las excepciones de fondo que denominó cosa juzgada, prescripción, caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios, buena fe, declaratoria de otras excepciones.

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 26 de mayo de 2023, en la que el juzgador condenó a Colpensiones a reconocer y pagar a favor de la señora Olga Patricia Gómez Huertas representada por su guardadora Gloria Isabel Gómez Huertas, el 100% de la pensión de sobreviviente con ocasión al fallecimiento de su padre José Baldomero Gómez Castellanos reconocida en un principio a su cónyuge María Elena Huertas de Gómez a partir del 17 de marzo de 2002, quien falleció el 21 de julio de 2015 por lo que la reconoció desde dicha data, en cuantía de \$737.717 y en adelante mientras subsistan las causas que dieron origen al derecho. Ordenó el pago del retroactivo pensional por la suma de \$84.847.617. Declaró no probada la excepción de prescripción y condenó en costas a la demandada.

Para arribar a tal decisiva, se propuso verificar si a la demandante le asiste el derecho a la pensión de sobreviviente que pudiera dejar causada su padre José Baldomero Gómez Castellanos con ocasión a su fallecimiento adiado 17 de marzo de 2002 y en consecuencia si procede el reconocimiento y pago del derecho pensional a partir del 20 de julio de 2015, fecha en que falleció su progenitora María Elena Huertas de Gómez, retroactivo, indexación, ultra y extra petita y costas procesales. Con tal propósito, estimó como aspectos relevantes no controversiales que el ISS reconoció la pensión de sobreviviente a la señora María Elena Huertas de Gómez en calidad de cónyuge supérstite a partir del 17 de marzo de 2002, mediante Resolución 53241 del 10 de noviembre de 2009 en cumplimiento a la sentencia judicial del 16 de marzo de 2009 proferida por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá dentro del proceso ordinario laboral 2008-00596 a partir del 30 de junio de 2003 en cuantía inicial de \$332.000 mensual; que la pensionada falleció el 20 de julio de 2015 conforme registro civil de defunción; que Colpensiones negó el derecho pensional en razón a que operó la figura de la cosa juzgada. Tomo como marco normativo aplicable al caso, el literal c) del artículo 47 de la ley 100 de 1993 modificado por el artículo 13 de la ley 797 de 2003 y el artículo 38 de la ley 10 de 1993. Al revisar el acervo probatorio concluyó que la demandante remitió a Colpensiones al momento de solicitar el derecho pensional pretendido, el dictamen de pérdida de capacidad laboral proferido por la misma Administradora y la que le determinó en primera oportunidad como PCL del 60% de origen enfermedad común con fecha de estructuración el 28 de diciembre de 1967 por lo que determinó que está plenamente demostrada la invalidez de la activa. También que se logró demostrar su interdicción por lo que le fue designada como guardadora a su hermana Gloria Isabel Gómez Huertas, por lo que estableció que la señora Olga Patricia Gómez Huertas es una persona de especial protección conforme múltiple jurisprudencia, citando la T 286 de 2019. Y T 575 de 2017. Asimismo, infirió que la demandante no había podido solicitar la pensión pretendida en el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá en razón a que tan solo en el 2011 se profirió la sentencia de interdicción y su calificación lo fue en el año 2017, datas posteriores al fallo proferido y que posiblemente le habrían negado el derecho. Que por la fecha de estructuración de su PCL se tiene que siempre dependió económicamente de sus padres ya fallecidos, situación que no configura la cosa juzgada alegada por Colpensiones por lo que es viable el reconocimiento pensional.

5. Impugnación y límites del ad quem.

5.1. Colpensiones. Inconforme con la anterior decisión, formuló recurso de apelación de forma parcial únicamente contra el numeral que condena en costas a Colpensiones, en razón a que existía una duda razonable respecto a la pensión de la demandante, por lo que provenía de otro fallo judicial, no correspondía a la Administradora modificar el fallo por existir cosa juzgada. Bajo lo anterior se justifica la negativa de la demandada. Asimismo, no hubo maniobras dilatorias en el proceso por lo que pide se revoque el numeral que condena en costas. Lo demás del fallo se estudie en revisión.

6. Alegatos de conclusión. La parte actora alega en su favor que se confirme la sentencia por encontrarse ajustada a ley, y en lo que respecta al punto de apelación, esto es, las costas procesales fijadas, pide se tenga en cuenta la normatividad sobre tal aspecto.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Apelación de sentencia y principio de consonancia. El recurso de apelación interpuesto por la demandada se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS, que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por la recurrente, y se estudiará en consulta a favor de Colpensiones en lo que no haya apelado y le sea desfavorable.

2. Problemas jurídicos. Consisten en establecer: (i) ¿La demandante tiene derecho a la pensión de sobreviviente que dejó causada su señor padre José Baldomero Gómez Castellanos, prestación que fue reconocida a su progenitora señora María Elena Huertas de Gómez, quien falleció el 20 de julio de 2015 o en su defecto operó la cosa juzgada alegada por la demandada? En caso positivo a favor de la demandante (ii) ¿La señora Olga Patricia Gómez Huertas demostró la estructuración de la invalidez alegada? Por último (iii) ¿Hay lugar a condenar en costas a Colpensiones en la forma indicada por el a quo?

3. Aspectos fácticos relevantes. Previo a resolver el problema jurídico, lo primero que debemos advertir es que no fue objeto de discusión que: (i) la demandante nació el 28 de diciembre de 1967 y que por sentencia adiada 30 de agosto de 2011 proferida por el Juzgado Cuarto de Familia le fue declarada interdicción por discapacidad mental absoluta por ser una persona que padece de retraso mental moderado y epilepsia Criptogénica que le impide administrar sus bienes y disponer de ellos, lo que se comprueba con el registro civil de nacimiento, la sentencia en cita obrantes de folios 10 a 20 al igual con el formulario de calificación de PCL de folio 41 en el que se le reconoce como pérdida de capacidad laboral el 60% por enfermedad de origen común estructurada el 28 de diciembre de 1967 (ii) Colpensiones mediante Resolución 153241 del 10 de mayo de 2009 le reconoció la pensión de sobreviviente a la señora María Elena Huertas de Gómez con ocasión del fallecimiento de su cónyuge José Baldomero Gómez Castellanos que lo fue el 17 de marzo de 2002, prestación reconocida a partir del 30 de junio de 2003 y en cuantía inicial de \$332.000 documento visto a folio 36 y siguientes; (iii) La pensión le fue reconocida a la progenitora de la demandante, en la forma ordenada en sentencia proferida por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá el 16 de marzo de 2009. (iv) Que la señora María Elena Huertas de Gómez (q.e.p.d.), falleció el 20 de julio de 2015 como se encuentra debidamente acreditado.

4. Normatividad aplicable. Resulta oportuno recordar que, en materia de pensión de sobrevivientes, la norma aplicable es justamente aquella que se encontraba vigente al momento en que ocurrió el deceso del pensionado, que para este caso no es otra que el

texto original del literal b) del artículo 47 de la ley 100 de 1993, dado que el óbito del señor José Baldomero Gómez Castellanos se produjo el 17 de marzo de 2002 por lo que el a quo erró al determinar que la norma aplicable al caso lo era la citada, pero con las modificaciones de la ley 797 de 2003. Se precisa que el hecho que la prestación económica se haya reconocido primeramente a la cónyuge quien falleció en el 2015, no es razón para determinar que la norma aplicable al caso sea la vigente a la fecha del fallecimiento de la progenitora de la demandante, pues el derecho lo dejó causado el señor José Baldomero Gómez Castellanos quien era el cotizante para pensión en Colpensiones y es quien dejó causado el derecho a la prestación económica pretendida.

5. Requisitos sustitución pensional. La norma precitada, establece los requisitos para acceder a la pensión de sobreviviente de manera vitalicia, que en el caso de los hijos inválidos son fundamentalmente tres (i) el parentesco (ii) la dependencia económica respecto del causante y, (iii) el estado de invalidez del solicitante. (SL494-2021)

5.1 Parentesco. Respecto del primer requisito relacionado con el parentesco, no hay duda de que Olga Patricia Gómez Huertas, es hija del causante, por encontrarse así acreditado con el registro civil de nacimiento, visto a folio 11.

5.2 Dependencia económica. Sobre este aspecto, la Sala debe señalar que, conforme lo concluyó el juez primigenio, se logró demostrar por la activa, la total dependencia económica de la señora Olga Patricia Gómez Huertas con respecto a sus padres, pues conforme el testimonio del señor Luis Enrique Gómez Huertas y la señora Rosa Ismeni Aleón Morales se puede establecer que poco fue el estudio que pudo recibir la demandante en razón a su enfermedad, que nunca tuvo la oportunidad de trabajar y por la misma razón siempre estuvo a cargo de sus padres. Indicó que la única que actualmente propende por el cuidado y protección de la demandante es la señora Gloria Isabel Gómez Huertas. Aunado a lo anterior, se tiene en cuenta el dictamen proferido por Colpensiones en el que se estructuró su enfermedad mental absoluta a partir del 28 de diciembre de 1967, esto es, a partir de su nacimiento con lo que se reafirma la incapacidad de la señora Olga Patricia Gómez Huertas para laborar y proveerse por sí recursos para la satisfacción de sus necesidades básicas, por lo que queda plenamente probada su dependencia económica al momento del fallecimiento del causante del derecho.

5.3 Estado de invalidez. En lo atinente al estado de invalidez, es menester indicar que según lo dispuesto en el artículo 38 de la Ley 100 de 1993, se considera inválida la persona que, por cualquier causa de origen no profesional, hubiere perdido el 50% o más de su capacidad laboral. Así mismo, el actual Manual Único para la Calificación de Invalidez, Decreto 917 de 1999 (vigente para la fecha de su calificación), define como invalidez aquella que supera el 50% o más de pérdida de capacidad laboral; estado que según lo dispuesto por el artículo 142 del Decreto Ley 019 de 2012, que modificó el artículo 41 de la Ley 100 de 1993, puede ser determinado por las entidades adscritas al sistema de seguridad social, o bien directamente por la Junta Regional de Calificación de Invalidez, cuando la persona interesada así lo solicita, caso en el cual estas actuarán como peritos, de conformidad con el artículo 1 del Decreto 1352 de 2013, compilado en el Decreto 1072 de 2015.

Así mismo, el artículo 41 de la Ley 100 de 1993 dispone que el estado de invalidez será determinado con base en el Manual Único para la Calificación de Invalidez vigente a la fecha de la valoración, mismo que deberá contemplar los criterios técnicos de evaluación para calificar la imposibilidad que tenga el afectado para desempeñar su trabajo por pérdida de su capacidad laboral, por ende, las entidades encargadas de fijar en una primera oportunidad el grado de invalidez, origen de las contingencias y la fecha de

estructuración, como Colpensiones, las ARL y EPS, deberán seguir a cabalidad dicho texto.

En el caso concreto y tal como se indicó en líneas anteriores, se logró demostrar por la activa la pérdida de capacidad laboral con que cuenta la señora Olga Lucia Gómez Huertas desde la fecha de su nacimiento, pues así lo estableció Colpensiones en el dictamen proferido el 8 de noviembre de 2017 en el que dispuso una PCL del 60%, con fecha de estructuración del 28 de diciembre de 1967 de origen común. También es oportuno traer a la palestra la sentencia proferida el 30 de agosto de 2011 por el Juzgado Cuarto de Familia, quien declaró la interdicción por discapacidad mental absoluta a la señora Olga Patricia Gómez Huertas por haberse demostrado que es una persona que padece retraso mental moderado y epilepsia Criptogénica que le impide administrar sus bienes y disponer de ellos.

Así las cosas, considera esta Sala que le asiste derecho a la demandante al reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente que dejó causada su padre, tal como lo concluyó el juez de primera instancia, por encontrarse reunidos los requisitos de ley.

5.4 Disfrute de la prestación. Sobre este punto, considera la Sala que debe confirmarse la decisión de instancia que ordenó el reconocimiento pensional a partir del 21 de julio de 2015, día posterior al fallecimiento de la señora María Elena Huertas de Gómez, quien como madre estaba a cargo de la demandante y proveía por su subsistencia con la mesada pensional que percibía del causante, pues tal solución jurídica tiene sustento en lo decantado por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral en sentencia SL3572-2021, en la que en un caso de similares contornos expresó:

"por lo que el reconocimiento y pago de mesadas pensionales causadas con anterioridad al fallecimiento de la cónyuge generaría para el demandado un doble pago sin ningún fundamento que justifique ese gravamen, máxime que con el 100% de la pensión que venía recibiendo también se beneficiaba la demandante por pertenecer al grupo familiar de su señora madre.

Así, se dispondrá mantener la decisión confirmatoria del Tribunal frente a la sentencia de primer grado, en cuanto ordenó el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes a favor de Lydia Díaz Muñoz; y se modificará en cuanto a la fecha de pago de la misma para, en su lugar, señalar que se le debe pagar a partir del 7 de octubre de 2012, un día después del fallecimiento de su señora madre".

5.5. Cuantía y retroactivo pensional. Ahora bien, en cuanto al valor de la mesada a reconocer, se probó en el proceso conforme la Resolución 53241 del 10 de noviembre de 2009, mediante la cual se le reconoció la pensión de sobreviviente a la progenitora de la demandante, como valor de la mesada pensional el salario mínimo mensual vigente para cada anualidad, por lo que, como acertadamente lo dispuso el juez de primera instancia en la parte motiva, el valor de la primera mesada pensional a reconocer es la suma de \$644.350 salario mínimo vigente para el año 2015, por trece mesadas por estar vigente al 2015 el acto legislativo 001 de 2005. Que, efectuándose las operaciones del caso, arroja a favor de la demandante como retroactivo pensional la suma de \$84.415.902.50, valor diferente al ordenado en primera instancia que lo fue por la suma de \$84.847.617 por cuanto no tomó la proporción correspondiente al mes de julio del año 2015, pues la prestación se reconoció a partir del 21 de julio de dicha anualidad, por lo que se modificará la decisión del a quo en este aspecto.

RETROATIVO PENSIONAL			
AÑO	SALARIO	NÚMERO DE MESADAS	SUBTOTAL RETROACTIVO
2015	\$ 644.350,00	6,33	\$ 4.078.735,50
2016	\$ 689.455,00	13	\$ 8.962.915,00
2017	\$ 737.717,00	13	\$ 9.590.321,00
2018	\$ 781.242,00	13	\$ 10.156.146,00
2019	\$ 828.116,00	13	\$ 10.765.508,00
2020	\$ 877.803,00	13	\$ 11.411.439,00
2021	\$ 908.526,00	13	\$ 11.810.838,00
2022	\$ 1.000.000,00	13	\$ 13.000.000,00
2023	\$ 1.160.000,00	4	\$ 4.640.000,00
TOTAL			\$ 84.415.902,50

5.6 Cosa juzgada. Ahora bien, en lo atinente a que no era viable su reconocimiento por existir cosa juzgada, argumentos de la negativa pensional expuestos por Colpensiones al considerar que como ya existía decisión judicial en la que se otorgó a la señora María Elena Huertas de Gómez la pensión de sobreviviente que dejó causada el señor José Baldomero Gómez Castellanos, se advierte que no se dan los presupuestos establecidos en el artículo 303 del C.G.P., al no existir identidad jurídica de partes, pues en el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá la demandante lo fue la madre de la señora Olga Patricia Gómez Huertas. Asimismo, el artículo 47 de la ley 100 de 1993 dispone la posibilidad de reclamar en forma vitalicia el derecho pensional en estudio a la cónyuge o compañera permanente y a los hijos, y como reiterada jurisprudencia lo ha advertido, el derecho a la pensión no prescribe, lo que prescriben son las mesadas, por lo que es viable la reclamación y el reconocimiento pensional.

Frente a lo anterior debe traerse a colación lo discutido en la sentencia SL3572-2021, en la que en un caso de similares contornos la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, dijo lo siguiente:

"En efecto, la pensión se causa cuando se cumplen todos los requisitos exigidos para acceder a ella, aun cuando no se hubiere efectuado el reconocimiento. La causación del derecho no depende de que su titular lo solicite, puesto que la falta de reclamación no autoriza en forma alguna el desconocimiento del derecho válidamente adquirido que, se podrá reclamar en cualquier tiempo dado el carácter vitalicio e imprescriptible que acompaña al derecho pensional.

Así, los requisitos para acceder a la sustitución que se reclama bien pueden ser constatados tiempo después de la defunción del pensionado, como por ejemplo la dependencia económica, pues lo que interesa es que los mismos hubiesen existido a la data del deceso. Por manera que, si después de treinta y tres (33) años la actora pudo demostrar que dependía económicamente de su progenitor al momento de su fallecimiento, con ello se acredita uno de los requisitos para la sustitución pensional y, en consecuencia, no es de recibo la conjetura que hace la censura cuando afirma que, por no haberse presentado al mismo tiempo con su madre y su hermano a reclamar la prestación, surge de la resolución que enrostra como mal apreciada por el Tribunal que la reclamante no dependía económicamente del causante".

De lo anteriormente expuesto, no existe conclusión distinta a que la señora Olga Patricia Gómez Huertas estaba en todo su derecho a reclamar la pensión de sobreviviente en cualquier momento, sin que de ello se desprenda como erróneamente lo consideró Colpensiones, una cosa juzgada y por tanto la pérdida del derecho de la demandante.

Así las cosas, se mantiene la decisión del juez primigenio atendiendo las razones expuestas en esta sentencia.

5.7. Excepción de prescripción. Ahora, teniendo en cuenta que la exigibilidad del derecho pensional en la forma como fue petitionado tuvo lugar el 21 de julio de 2015, la reclamación pensional se hizo el 27 de noviembre de 2017 y la demanda se presentó el 22 de octubre de 2018 como consta en el acta de reparto, es claro que acertó el A quo en declararla no probada en tanto que no alcanzó a transcurrir el término trienal establecido en el art. 151 del CPT, entre la data de la reclamación del derecho y la presentación de la demanda.

5.8. Condena en costas. Ahora bien, la accionada apeló la decisión de primera instancia por considerar que no se debieron fijar costas a cargo de Colpensiones por haber existido una duda razonable en la medida que la prestación ya había sido asignada por decisión judicial a la cónyuge del causante.

El juez de instancia definió condenar en costas a la demandada sin hacer mayor análisis al respecto.

Sobre este punto el numeral 1 del artículo 365 del C.G.P. faculta a los jueces condenar en costas a la parte vencida en el proceso, que en el caso concreto lo fue Colpensiones, quien además se opuso a la prosperidad de las pretensiones, por lo que legalmente procedente la condena por este concepto. Si bien la parte pasiva en su defensa señala que existía una duda razonable por existir una decisión judicial resolviendo el reconocimiento pensional a favor de la cónyuge, esto no es óbice para haber negado la prestación a la demandante, pues la norma es clara en indicar los requisitos y quienes son beneficiarios de la pensión de sobreviviente, no reflejándose una posible duda o incertidumbre frente a quien le corresponde el derecho reclamado. Por lo anterior se confirma la condena en costas impuestas en primera instancia.

6. Costas. Se impondrá costas a cargo de Colpensiones y a favor del demandante, por no haber prosperado el recurso de apelación impetrado.

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

RESUELVE

PRIMERO: ACLARAR el numeral PRIMERO de la sentencia proferida el 26 de mayo del 2023, por el Juzgado Veinticinco Laboral del Circuito de Bogotá en el sentido de tener como valor de la primera mesada pensional la suma de \$644.350 que corresponde al salario mínimo mensual legal vigente para el 21 de julio de 2015, fecha a partir de la cual se ordenó el disfrute pensional a favor de la señora OLGA PATRICIA GÓMEZ HUERTAS.

SEGUNDO: MODIFICAR el numeral SEGUNDO de la citada sentencia, en el sentido de tener como retroactivo pensional a favor de la señora OLGA PATRICIA GÓMEZ HUERTAS, la suma de \$84.415.902.50, conforme a lo expuesto en la parte motiva.

TERCERO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia proferida.

CUARTO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandada y a favor de la parte demandante. Las de primera se confirman.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



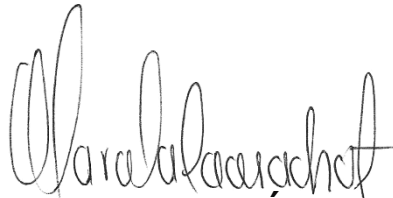
ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado

AUTO PONENTE

Costas en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor de Gloria Isabel Gómez Huertas quien actúa en representación de la señora Olga Patricia Gómez Huertas y a cargo de COLPENSIONES, en la suma de \$580.000, que corresponde a ½ smmlv.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: GERMAN RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ
Demandado: COLPENSIONES Y OTROS
Radicación: 03-2019-00389-01
Tema: APELACIÓN SENTENCIA

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

En virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, se procede a proferir la siguiente,

AUTO

En atención al memorial allegado mediante correo electrónico, se reconoce personería para actuar al doctor JAIME ANDRÉS ZULUAGA CASTAÑO, identificado en legal forma, como apoderado sustituto de COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido por la doctora MARÍA CAMILA RÍOS OLIVEROS, identificada en legal forma, como representante legal de TAVOR ASESORES LEGALES S.A.S.

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda.

1.1. Pretensiones: Germán Rodríguez Rodríguez, instauró demanda ordinaria contra Colpensiones con el propósito que se declare y se condene al reconocimiento y pago de la pensión de vejez incluyendo el tiempo de servicios laborado en la Flota Mercante Gran Colombiana hoy liquidada, correspondiente al periodo comprendido entre el 7 de abril de 1981 al 16 de julio de 1990, con los reajustes de ley, mesadas adicionales, indexación e intereses moratorios.

1.2. Sustento fáctico de las pretensiones: Expuso la parte activa que el 19 de enero de 2012 se tuteló el derecho fundamental a la seguridad social; que el actor radicó solicitud de cobro coactivo ante el entonces ISS, con el fin de que la entidad obtuviera el pago de los aportes a seguridad social por el tiempo laborado en la Flota Mercante Gran Colombiana desde el 7 de abril de 1981 al 16 de julio de 1990 (del que se deben descontar 120 días por licencia sin remuneración) y así poder reclamar la pensión de vejez. Que en respuesta COLPENSIONES, el 26 de abril de 2012 indicó que los ciclos causados con anterioridad a la liquidación de Panflota (julio 31 de 2000) ya están incluidos dentro de las gestiones de cobro adelantas por el extinto ISS. Afirma que el 10 de febrero de 2015 solicitó ante Panflota los certificados de tiempos de servicios y factores salariales del actor; presentó solicitud de pensión de vejez el 22 de marzo de 2018; nació el 2 de agosto de 1955 y que laboró al servicio del estado desde el 1 de marzo de 1974 al 27 de febrero de 1976 y posteriormente en varias empresas privadas desde el 21 de octubre de 1968 al mes de diciembre de 2018 en forma interrumpida. Señala que adquirió el status pensional el 1 de julio de 2018, pero con

efectos fiscales al día 31 de diciembre de 2018, fecha en la cual realizó la novedad de retiro. Mediante resolución SUB 165436 del 22 de junio de 2018 Colpensiones niega el derecho pensional por no cumplir con el requisito de semanas cotizadas conforme lo dispone la ley 797 de 2003, esto es, 1.300 semanas, decisión que fue apelada y ratificada por la Administradora.

2. Contestación de la demanda.

2.1. Colpensiones. En su respuesta se opuso a la totalidad de pretensiones de la demanda, argumentando que no es responsabilidad de la Administradora la falta de afiliación por parte de la Flota Mercante Gran Colombiana por lo que se espera que dicho empleador manifieste lo correspondiente. Afirma que el actor no cuenta con el requisito de semanas cotizadas y por tanto no tiene derecho a la pensión de vejez. Propuso como de fondo la excepción de prescripción, la no configuración del derecho al pago de intereses moratorios, presunción de legalidad de los actos administrativos. Cobro de lo no debido, buena fe, declaratoria de otras excepciones.

2.2. Fiduprevisora SA, como vocera y administradora del Patrimonio Autónomo Panflota. Por auto del 12 de noviembre de 2019 se ordenó llamar a integrar como el contradictorio como litis consorte necesario a la Fiduciaria la Previsora S.A., Fiduprevisora como vocera de la Flota Mercante Grancolombiana Panflota S.A. liquidada y a la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Fiduprevisora al contestar la demanda se opuso a la prosperidad de las pretensiones, aclarando que no asumió la posición, ni es el subrogatorio, cesionario o sucesor procesal de la Extinta Compañía de Inversiones de la Flota Mercante, ya que solo administra los recursos transferidos por la Federación Nacional de Cafeteros. En lo atinente a los hechos señaló no constarle ninguno de ellos. Propuso la excepción previa de falta de integración del litisconsorcio necesario respecto de la Federación Nacional de Cafeteros como administradora del Fondo Nacional del Café y Asesores en Derecho S.A.S., como mandataria con representación de Panflota. También con el carácter de previa propuso la de falta de legitimación en la causa por pasiva. Propuso como excepciones de fondo cosa juzgada, SuperSociedades determinó responsabilidad del PAR PANFLOTA, no responsabilidad de obligaciones dinerarias, imposibilidad de pagos distintos a los establecidos en el contrato de fiducia mercantil, inexistencia de la obligación, responsabilidad de la matriz, inexistencia de relación jurídica, inexigibilidad de la prestación e innominada.

2.3. La Nación Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Se opuso a la totalidad de las pretensiones de la demanda; dijo no constarle los hechos. En su defensa expuso que el Ministerio es completamente ajeno a la situación planteada además porque no es administradora de pensiones y tampoco está dentro de sus facultades las referidas a los extrabajadores de Panflota como también carece de facultad para definir controversias ente dicha entidad y sus trabajadores. Propuso las excepciones de indebida vinculación del Ministerio, inexistencia de obligación, falta de legitimación en la causa respecto de la parte pasiva, prescripción y la genérica.

2.4. Asesores en Derecho SAS en calidad de mandataria con representación de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante. Por auto del 17 de noviembre de 2020 se resolvieron las excepciones previas propuestas por Fiduprevisora ordenando llamar a integrar en contradictorio como litis consorte necesario a la Federación Nacional de Cafeteros y Asesores en Derecho S.A.S., quien al contestar la demanda se opuso a las pretensiones de la demanda, argumentando que actúa como mandataria con representación con cargo al Patrimonio Autónomo PANFLOTA, en

virtud del contrato de mandato No. 9264-001-2014 y, por tanto, no puede existir representación legal, ni capacidad para ser parte y comparecer al proceso en representación de una persona jurídica inexistente, dada la terminación del proceso liquidatorio de la CIFM. Aceptó los hechos 1, 10 y 13. Propuso como excepciones de fondo las de inexistencia de la obligación pues durante casi toda la existencia de la CIFM cerrada, el ISS no había asumido los riesgos IVM, imposibilidad jurídica y legal para reconocer el cálculo actuarial y/o bono pensional del demandante, ausencia del supuesto fáctico para la procedencia del cálculo actuarial, no procedencia de reconocimiento y pago de intereses moratorios, prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, genérica, oposición a la condena y los presuntos perjuicios irrogados al demandante.

2.5. Federación Nacional de Cafeteros de Colombia en su condición de Administradora del Fondo Nacional del Café. Se opuso a la totalidad de pretensiones argumentando que el actor nunca fue trabajador de la entidad gremial y por tanto no hay lugar a que se accedan a las mismas, por carecer de fundamento fáctico y legal para el efecto, en especial lo relacionado con cualquier derecho pensional que le corresponda al demandante. Dijo no constarle los hechos de la demanda, Propuso como excepciones de mérito inexistencia de la obligación, buena fe, prescripción, falta de legitimación en la causa, cosa juzgada, pago y compensación y, genérica.

3. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Ésta fue notificada en debida forma; sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 20 de abril de 2023, misma en que el fallador absolvió de todas las pretensiones a Colpensiones, declaró probada la excepción de inexistencia de la obligación frente al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, así como la falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta por la Fiduprevisora y la Federación de Cafeteros y por último la inexistencia de la obligación formulada por Asesores en Derechos S.A.S.

Los argumentos expuestos por el juez primigenio para llegar a tal resolutive fueron que, dentro del proceso quedó debidamente acreditado que por vía de tutela en el año 2012, se le reconocieron los derechos fundamentales del actor, a la seguridad social en conexidad con el mínimo vital e igualdad, ordenando reconocer el pago del pago del cálculo actuarial por el periodo laborado y no cotizado en la Flota Mercante Gran Colombiana, igualmente que el 26 de abril de 2012 el ISS responde al actor que mediante graduación y calificación de créditos se reconoció en favor del ISS una suma de dinero por concepto de cálculo actuarial del demandante por el tiempo laborado por el actor. Para determinar el derecho reclamado tuvo en cuenta lo dispuesto en el artículo 36 de la ley 100 de 1993 no encontrando acreditado este beneficio al demandante por no contar con 40 años a la entrada en vigencia de la citada ley, como tampoco contaba con 15 años de servicios. Que si se tuviera en cuenta el tiempo de servicios laborado en la Flota tampoco alcanzaría para acceder al régimen de transición pues solo tendría a dicha data 726.85 semanas. Que haciendo el estudio bajo los parámetros del artículo 9 de la ley 797 de 2003, encuentra acreditado que el actor cumplió los 60 años de edad el 2 de agosto de 2017, siendo objeto de litigio establecer si reúne las 1.300 semanas teniendo en cuenta el tiempo laborado en la Flota Mercante Gran Colombiana. Expuso que existe cosa juzgada frente al cálculo actuarial a que tiene derecho el actor por haber sido definitivo el fallo de tutela a que se ha hecho referencia situación que fue conocida por el ISS, conforme la respuesta dada al actor

frente a este aspecto; que se debió por Colpensiones iniciar las acciones correspondientes conforme el artículo 24 de la ley 100 de 1993, sin perjuicio de las obligaciones del actor. Concluyó que en favor del demandante se declaró y se ordenó por autoridad judicial, el reconocimiento y pago del bono pensional o cálculo actuarial laborando en la Flota Mercante Gran Colombiana, entonces, si dicho pago no se realizó debió recurrir al cobro correspondiente, pero no desconocer ni dejar de computar ese tiempo para el reconocimiento y pago de la pensión recamada como se refleja en las resoluciones aportadas, situación que no se acompasa con la jurisprudencia al respecto. Finalmente determinó que, sumadas las 830 semanas cotizadas indicadas en los actos administrativos expedidos por la Administradora, con las semanas obtenidas por el tiempo de servicios prestados por el actor a la Flota Mercante Gran Colombiana, al que se les descontó 120 días por licencia remunerada conforme la certificación lo indica, se tiene por este periodo 459.85 semanas que al sumarlas da un total de 1.284.85 por lo que no se cumple con las 1.300 semanas exigidas en la norma. Que, desde la sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 9 de diciembre de 2020, la condición más beneficiosa opera cuando no hubiese lugar al régimen de transición, razón por la cual absuelve a la demandada.

5. Impugnación y límites del ad quem.

5.1. Recurso de apelación demandante. Formuló recurso de apelación con la finalidad que se revoque el fallo, sustentando que en las resoluciones obrantes en el proceso se estableció que el actor ha cotizado un total de 830 semanas al ISS, que los tiempos cotizados a otras administradoras son: Ministerio de Defensa Nacional que corresponde a 102 semanas que sumadas a las establecidas por el despacho arroja un total de 1.386.4285 semanas. Además, solicita se constriña a la Federación Nacional de Cafeteros a dar cumplimiento al fallo de tutela, a pesar de los incidentes de desacato, con el fin de recuperar el cálculo actuarial.

6. Alegatos de conclusión. Las demandadas Colpensiones y la Federación Nacional de Cafeteros hacen uso del derecho a alegar, solicitando se mantenga la decisión de primera instancia como quiera que no hay discusión diferente que al cumplimiento de semanas cotizadas situación que no se logra probar en el proceso.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurso de apelación interpuestos por la parte demandante se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por la recurrente.

1. Problema jurídico. Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar los siguientes **problemas jurídicos:** (i) ¿Se equivocó el juez de primer grado al determinar el número de semanas cotizadas por el actor, esto es, no tuvo en cuenta el tiempo servido como soldado, certificado por el Ministerio de Defensa, o en su defecto, en el cálculo realizado no tuvo en cuenta la totalidad de tiempos servidos y cotizados por el actor en toda su vida laboral? y por último (ii) ¿Hay lugar a constreñir a la demandada Federación Nacional de Cafeteros de Colombia al cumplimiento del pago del cálculo actuarial ordenado en la sentencia de tutela proferida dentro del caso en estudio?

2. Aspectos relevantes probados en el proceso. Tal como acertadamente lo dispuso el juez primigenio, no fue objeto de litigio que: (i) El actor cumplió 60 años de edad el 2 de agosto de 2017: (ii) Que por sentencia de tutela proferida el 19 de enero de 2012 la Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Cuarta del Consejo de Estado, tuteló los

derechos a la seguridad social, en conexidad al mínimo vital, debido proceso e igualdad del actor, ordenando al liquidador de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante S.A, la inclusión del actor el cálculo actuarial, por los días que laboró con la Flota Mercante Gran Colombiana (de abril 7 de 1981 a julio 16 de 1990) y envíe la información correspondiente al ISS, para que esa entidad realice lo tendiente para que el demandante obtenga el bono pensional a que haya lugar, por tanto, es un hecho cierto y aceptado por las partes, que el actor laboró al servicio de la Flota Mercante Gran Colombiana por el lapso antes referido, por lo que era deber del juez establecer si dicho lapso de tiempo se tuvo en cuenta por Colpensiones al momento de estudiar la pensión de vejez reclamada.

3. Pensión de vejez. Como acertadamente lo concluyó el juez primigenio, el actor no reúne los requisitos para acceder al estudio pensional bajo el régimen de transición pues para la data de entrada en vigencia de la ley 100 de 1993 contaba con menos de 40 años de edad y en todo caso, tampoco tenía cotizados 15 años de servicios por lo que el actor tiene derecho al estudio de la prestación pensional bajo los parámetros del art. 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el art. 9° de la Ley 797 del 2003, se debe cumplir con 55 años si es mujer o 60 años si es hombre. A partir del 1° de enero del 2014 la edad se incrementará a 57 años para la mujer y 62 para el hombre. En cuanto a las semanas se exige haber cotizado un mínimo de 1000 semanas. A partir del 1° de enero del 2005 se incrementará en 50 semanas y a partir del 1° de enero del 2006 se incrementarán en 25 hasta llegar a 1300 en el año 2015.

7.1. Edad. El demandante cumplió el requisito de edad de 60 años el 2 de agosto de 2017, toda vez que nació el mismo día y mes del año 1955, como da cuenta la copia de su cédula de ciudadanía que reposa en el expediente digital.

7.2. Semanas. En este punto, objeto de impugnación, resulta importante precisar algunos aspectos relevantes.

7.3. Mora patronal. Como pretensión principal se había planteado el hecho que Colpensiones mediante resoluciones SUB 165436 del 22 de junio de 2018 y DIR 14417 del 8 de agosto de 2018 no tuvo en cuenta el tiempo laborado por el actor en la Flota Mercante Gran Colombia por el lapso comprendido entre el 7 de abril de 1981 al 16 de julio de 1990, debidamente certificado dentro del proceso y del cual, sea dicho ya, se deben descontar 120 días por licencia no remunerada como quedó probado en la certificación adosada al plenario. Pues bien, conforme la sentencia de tutela a la que se hizo alusión, como acertadamente lo avizó el juez de conocimiento, se debió tener en cuenta por parte de Colpensiones el periodo laborado al servicio de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante S.A, en tanto la orden judicial está dirigida a que el liquidador pague el cálculo actuarial y remita la información correspondiente a Colpensiones, para que esa entidad realice los trámites tendientes a que el demandante obtenga el bono pensional a que haya lugar. Sobre este punto tiene dicho la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral que: *"Los derechos pensionales y las cotizaciones son un corolario del trabajo; se causan por el hecho de haber laborado"* y *"en el caso del trabajador dependiente afiliado al (...), la condición de cotizante está dada fundamentalmente por la vigencia de la relación laboral, y por virtud de la prestación efectiva del servicio (...)"* (sentencia SL18108 de 2017).

Igualmente, frente a la mora del empleador en cotizaciones al sistema general de pensiones y las consecuencias a la asegurada, no puede desconocer la Sala la línea jurisprudencial atrás esbozada de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, misma que ha sostenido que la mora patronal no debe afectar al afiliado al

sistema pensional porque cuando aquella se presenta, la entidad de seguridad social tiene la obligación de ejercer las acciones de cobro respectivas, de conformidad con lo ordenado en el artículo 24 de la Ley 100 de 1993. En ese orden, si el empleador no cumplió con la obligación legal contenida en el artículo 22 de ley 100 de 1993 y dispuesta mediante fallo de tutela, tampoco obra prueba alguna que demuestre que Colpensiones desde que se configuró el incumplimiento, hubiese desplegado actividad alguna en aras de obtener la cancelación de la deuda, junto con los intereses moratorios, acorde con las precisas facultades que para el efecto otorgan los citados artículos, lo que conduce a que como lo hizo el juez de conocimiento, se deba tener en cuenta el periodo laborado por el actor a la Flota Mercante Gran Colombiana, las cuales resultan válidas para determinar el cumplimiento del requisito de densidad necesaria para ordenar cualquier reconocimiento pensional a favor del actor.

Entonces, efectuando el cálculo correspondiente se tiene que, por el tiempo de servicio a esta entidad, el actor tiene derecho al reconocimiento de **459.85** semanas como lo concluyó el juez de primera instancia. Ahora, en lo que hace referencia al punto impugnado, esto es, que el a quo no tuvo en cuenta el tiempo de servicios certificado por el Ministerio de Defensa Nacional, esto es, del 1° de marzo de 1974 al 27 de febrero de 1976, se advierte que el fallador tomó como semanas cotizadas al sector privado y el tiempo de servicios a entidades públicas el total de **830** semanas indicadas en la resolución DIR 14417 del 8 de agosto de 2018 en donde claramente se aprecia que dentro de tal densidad se encuentra el periodo indicado por el impugnante, relacionado en el primer renglón del cuadro allí plasmado. Entonces tenemos que, sumando el total de semanas obtenidas en el estudio efectuado, arroja un total de **1.289.85** semanas cotizadas y no **1.284.85** como lo determinó el juzgador, por lo que corresponderá hacer la aclaración frente a este cálculo. Luego es la misma conclusión a la que llegó el a quo, en cuanto a que, al no cumplirse con este requisito, esto es, tener mínimo 1.300 semanas cotizadas, se deberá indefectiblemente absolver a Colpensiones de las pretensiones incoadas en su contra y por tanto se habrá de confirmar la sentencia de primera instancia.

8. Solicitud de requerimiento. En cuanto a la solicitud que hizo el impugnante al momento de argumentar el recurso encaminado a que en esta instancia se requiriera a la Federación Nacional de Cafeteros para que dé cumplimiento a lo ordenado en la sentencia de tutela referente al cálculo actuarial, se considera que, ésta no es la vía para inducir el cumplimiento de una sentencia emitida por el juez constitucional, máxime cuando no es un punto de litigio en el proceso, ni tampoco fue propuesto como pretensión, por lo que, no hay lugar a su resolución en la medida que se estaría vulnerando el derecho de defensa y debido proceso que le asiste a las partes.

9. Costas en esta instancia. Conforme el numeral 3° del artículo 365 del C.G.P, habrá lugar a condenar en costas a la parte actora.

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

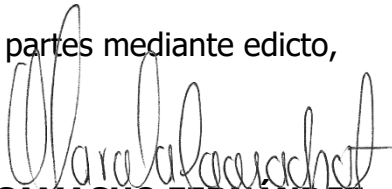
RESUELVE

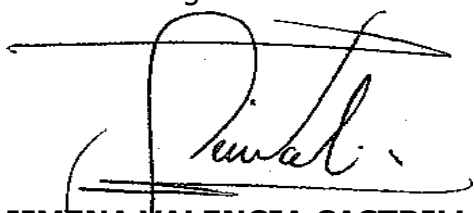
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado 3° Laboral del circuito de Bogotá el 20 de abril de 2023, por lo expuesto en la parte motiva y **ACLARANDO**

que el total de semanas cotizadas por el actor, efectuando la sumatoria de los tiempos servidos a entidades del Estado, a la Flota Mercante Gran Colombiana y a entidades privadas corresponde a 1.289.85 y no 1284.85 como lo indicó el juez de primera instancia.

SEGUNDO: CONDENA en costas a la parte actora. Tásense.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,

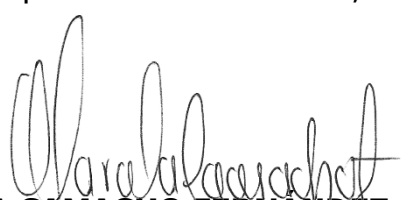

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada


ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada


ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado

AUTO PONENTE

COSTAS en esta instancia fijándose como agencias en derecho a cargo de la parte actora y a favor de Colpensiones el equivalente a ½ SMMLV, esto es, la suma de \$580.000.


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: CAROL VIVIANA HIGUERA DÍAZ
Demandados: FUNDACIÓN INSTITUTO COLOMBIANO DE
INVESTIGACIONES OFTALMOLÓGICAS - FICIO
Radicado No.: 09-2017-00798-01
Tema: CONTRATO DE TRABAJO- APELACIÓN DE SENTENCIA-
REVOCA

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

En virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Carol Viviana Higuera Díaz instauró demanda ordinaria contra Fundación Instituto Colombiano de Investigaciones Oftalmológicas FICIO, con el propósito de que se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido, que tuvo vigencia entre 23 de agosto de 2002 al 17 de febrero de 2017. Como consecuencia de ello, pretende que se condene a la demandada al pago de cesantía y sus intereses, vacaciones, prima de servicios, prima de vacaciones y prima de navidad, indemnización por despido sin justa causa, indemnización moratoria, reembolso de los aportes al sistema de seguridad social, perjuicios materiales y extrapatrimoniales, los derechos que resulten probados con base en las facultades ultra y extra petita y costas procesales.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que el 23 de agosto de 2002 ingresó a laborar a favor de la encartada, contrato de trabajo que terminó el 17 de febrero de 2017. Indicó que fue vinculada mediante contrato de prestación de servicios para desempeñarse en el cargo de optómetra, devengando como salario la suma de \$5.500.000 y cumpliendo con un horario de 8:00 a.m. a 12 del mediodía y de 2:00 p.m. a 5:00 p.m. de lunes a viernes y sábados de 8:00 a.m. a 12 del mediodía.

Sostuvo que el 17 de febrero de 2017 fue citada a rendir descargos por haberse encontrado documentos relacionados con historias clínicas, exámenes de "pentacam", venta de lentes de contacto y cirugías que habían sido realizadas y que supuestamente no ingresaron al sistema, considerando la Dra. Adriana Reinoso Suárez, representante legal y presidente de la fundación, que el asunto revestía de graves consecuencias jurídicas, razón por la que le anunció que debía renunciar, so pena de adelantar en su contra acciones legales. Preciso que en ningún momento se presentaron pruebas de algún ilícito; además, se obvió el hecho de que era una práctica común, recurrente y permitida dentro de la institución, la atención de amigos y familiares de los empleados de la fundación, sin que estos ingresaran propiamente al sistema de cobro de esta.

Dijo que suscribió un contrato de transacción a efectos de dar por terminado el contrato, en el que se transó la suma de \$28.575.072, argumentando la demandada que era una

indemnización por el tiempo que aparentemente le hacía falta para finalizar el vínculo laboral, lo cual aceptó, sin embargo, quedó gravemente afectada, puesto que no le reconocieron los derechos del periodo en que estuvo en la fundación, además, por el hecho de que fue amenazada con afectar su buen nombre en el gremio. (fols. 76 a 87).

2. Contestación de la demanda. Al momento de descorrer el término de traslado se opuso a la totalidad de pretensiones formuladas, indicando que celebró con la actora contrato civil para la prestación de los servicios como optómetra, siendo una profesión liberal, la cual desarrolló, no solo, con la Fundación, sino con otras empresas del sector salud, sin que existiera subordinación. Frente a los supuestos fácticos aceptó los enlistados en los numerales 3°, 8° al 10° y 13° relacionados con que la demandante se encontraba vinculada a la institución mediante un contrato civil, quien fue llamada a descargos y se le finalizó el contrato civil, con la consecuente suscripción del acuerdo de transacción y su valor. Respecto de los demás señaló no ser ciertos o no constarle y en su defensa formuló las excepciones de fondo que denominó inexistencia de la relación laboral dependiente, inexistencia de pruebas ciertas que desvirtúan la presunción del artículo 24 del CST, inexistencia de las obligaciones y cobro de lo no debido, buena fe, mala fe, genérica y prescripción. (fols. 404 a 445).

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 5 de febrero del 2022, en la que la falladora absolvió a la demandada de todas las pretensiones invocadas por la actora, declarando probada las excepciones de cobro de lo no debido e inexistencia de la obligación, condenando en costas a la parte actora.

Para los fines que interesan al recurso de apelación, se propuso verificar si la imposición y cumplimiento de funciones exigidas al contratista derivadas del sistema de salud o eran propias de un contrato de trabajo. Con tal propósito, luego de apreciar los medios de convicción allegados al plenario dijo que se hallaba probado que la actora prestó sus servicios de manera personal como optómetra a través de un contrato de prestación de servicios que inició el 23 de agosto de 2000 y finalizó el 23 de febrero de 2017; en consecuencia, procedía la presunción legal, esto es, que los servicios se prestaron bajo continuada subordinación o dependencia, correspondiéndole a la demandada desvirtuar la misma.

Frente a ello señaló que la accionante si bien indicó que la pasiva impartió órdenes e instrucciones sobre procedimientos, distribución de la consulta y diligenciamiento de las historias clínicas como se observaba en las documentales allegadas a folio 116, 118 y 120 del expediente; sin embargo, las que versaban sobre procedimientos y diligenciamiento de las historias clínicas, derivan de la normativa relativa al subsistema de salud que la pasiva como entidad prestadora del servicio de salud estaba obligada a cumplir, para lo cual había trasladado parte de los lineamientos a la demandante quien como profesional de la salud era la que atendía directamente al paciente.

Tras valorar la prueba testimonial allegada por las partes, dedujo que la actora adelantaba de manera concomitante y como independiente, para otros centros y consultorios, y gozaba de plena autonomía en la ejecución de sus funciones. En lo referente al acta de descargos a la que había sido citada, refirió que la misma tuvo por objeto la explicación de la contratista del por qué se encontraban historias clínicas que no ingresaron al sistema, la cual versaba sobre el incumplimiento de las obligaciones pactadas en el contrato civil, por lo que de ninguna manera podía atribuírsele el carácter disciplinario propio de una relación laboral, más cuando constató que la conclusión de la misma derivó la finalización del vínculo contractual y no de una sanción propia de un contrato de trabajo.

Sobre los perjuicios reclamados, sostuvo que estas pretensiones se encuentran formuladas de manera genérica y no se relataban los hechos en que se fundamenta su solicitud. Indicó que para que proceda la indemnización de perjuicios como regla básica de la responsabilidad subjetiva, se debe acreditar el hecho generador, un daño y una relación de causalidad entre ambos. Así, sostuvo que dentro del escrito de demanda no se determinaba a qué corresponde el daño causado, menos aún el hecho generador o nexo causal, por lo que ante la ausencia de elementos de juicio que acreditarán su existencia debía absolver a la demandada de este pedimento. (Cd. a fol. 474).

4. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión, la **demandante** formuló recurso de apelación argumentando que no comparte el análisis esbozado por la A quo respecto de que la organización de citas no es una forma de subordinar a la trabajadora, toda vez que aquella no podía determinar a qué horas o bajo qué circunstancias debía asignar las citas médicas. Dijo que una vez señaladas no tenía libertad de elección y locomoción más allá de poder prestar ella misma un servicio efectivo por la labor para la que fue contratada. Manifestó que el acta de descargos no podía ser considerado como un hecho aislado, por cuanto los protocolos propios para las relaciones civiles, establecen la posibilidad de terminación unilateral del mismo, sin necesidad de utilizar estos mecanismos.

Adujo que los actos subordinantes por el hecho de no documentarse no dejaban de existir; además, que la coordinación de actividades no puede tomarse dado al desarrollo propio de su profesión, en tanto que la fundación exigía protocolos y seguimientos que se debían cumplir, los cuales, si bien buscaban obedecer las normas de responsabilidad médico legales, no podía descartar la dirección, forma, trato y demás elementos que constantemente el Dr. Salomón Reinoso y posteriormente la Dra. Adriana Reinoso establecen, no solo a la actora, sino también a otros profesionales, para el desempeño de sus labores.

En cuanto a los daños morales, sostuvo que los mismos procedían por el hecho de haberse terminado la relación laboral por parte de la demandada de manera abrupta, injusta y bajo acusaciones grotescas, tendenciosas, dañosas y que fácilmente podrían derivar en la apertura de una investigación penal por tipos como injuria o semejantes, asegurando que tuvo conocimiento que a otros profesionales del área se les ha referido sobre la actora, situación que directamente ha afectado su ejercicio laboral. (Cd. a fol. 474).

5. Alegatos de conclusión.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Apelación de sentencia y principio de consonancia. El recurso de apelación interpuesto por la demandante se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por la recurrente.

2. Problemas jurídicos. Corresponde a la sala dilucidar los siguientes: (i) ¿La demandada Fundación Instituto Colombiano de Investigaciones Oftalmológicas FICIO fungió como empleadora de la actora, como consecuencia de la aplicación del principio constitucional de la realidad sobre las formas? De encontrarse positiva la respuesta, se entrará a determinar (ii) ¿Le asiste derecho al reconocimiento y pago de salarios, prestaciones sociales, vacaciones y demás emolumentos peticionados en escrito genitor?

3. Relación laboral. Para resolver el primer problema jurídico que concita la atención de la Sala, es preciso señalar que para que se configure la existencia de un contrato de

trabajo, se requiere de la presencia indiscutible de los elementos que lo integran, los cuales corresponden según el artículo 23 del CST, a la prestación personal del servicio, la subordinación del trabajador respecto al empleador y el salario como retribución del servicio prestado.

En ese orden, la persona que alegue la existencia de un contrato de trabajo, sólo le basta probar la prestación o la actividad personal para que se presuma legalmente la existencia del contrato de trabajo, conforme al contenido del artículo 24 de la norma sustancial, por manera que la demandada tiene la carga de desvirtuar el trabajo subordinado, con la prueba del hecho contrario. Es decir, al trasladarse la carga de la prueba a la pasiva, ésta ha de acreditar con contundencia que la prestación de servicios lo fue de manera autónoma e independiente a fin de derruir la presunción antes señalada.

De allí que, en búsqueda de la verdad real frente a las formas contractuales habrá de tenerse en cuenta lo dispuesto en el artículo 53 de la Constitución Política que consagra el principio de **"la primacía de la realidad sobre las formas"**. En torno a ello, lo que determina si un contrato es o no de trabajo, no es la denominación que le hayan dado las partes al momento de celebrarlo, sino las circunstancias que rodearon la prestación de los servicios convenidos, por lo cual, si de la misma se deduce con certeza que la actividad fue dependiente o subordinada, obviamente se estará en presencia de un típico contrato de trabajo, pues es la principal característica que diferencia esta vinculación de otras, de lo contrario, es decir, que si la actividad la desarrolló el contratado con independencia o autonomía, se estará frente a un contrato de naturaleza común.

En este sentido, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 2171 de 2019, reiteró una vez más tales presupuestos indicando:

"Pues bien, reiteradamente, esta Corporación ha indicado que el elemento diferenciador entre el contrato de trabajo y el de prestación de servicios es la subordinación jurídica del trabajador respecto del empleador, poder que se concreta en el sometimiento del primero a las órdenes o imposiciones del segundo y que se constituye en su elemento esencial y objetivo, conforme lo concibió el legislador colombiano en el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo al señalar que en el contrato de trabajo concurren la actividad personal de trabajador, el salario como retribución del servicio prestado y la continuada subordinación que faculta al empleador 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»."

Delimitado así el aspecto normativo sustancial y jurisprudencial aplicable al caso, encuentra la Sala que en el instructivo no existe duda alguna acerca de la prestación personal de los servicios de la señora Carol Viviana Higuera Díaz en favor de la Fundación Instituto Colombiano de Investigaciones Oftalmológicas FICIO, en tanto que tal situación fáctica fue aceptada desde la contestación de demanda y las partes no cuestionan las reflexiones del Juez primigenio en torno a ello; haciendo hincapié que el mencionado hecho se acredita, además, con el contrato de prestación de servicios (fols. 100 a 104), certificación expedida por la pasiva calendarada 12 de octubre de 2016 (fol. 43), acta de descargos del 17 de noviembre de 2017 (fols. 107 y 108) y lo confesado en el interrogatorio de parte que absolvió la representante legal de la demandada, aunque con la aclaración de que el vínculo estuvo regido por un contrato de prestación de servicios.

Lo anterior, lleva indefectiblemente a dar por acreditado el primer elemento del contrato de trabajo, esto es, la **prestación personal del servicio**, lo que da lugar a aplicar la **presunción** contenida en el artículo 24 del CST, según la cual, toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo, esto es, bajo subordinación y con derecho a remuneración salarial¹; presunción legal *iuris tantum*, en tanto admite prueba en contrario. De suerte que, se invierte la carga de la prueba, en donde el demandado deberá controvertir, de manera fehaciente, la prestación personal del servicio, o bien la no existencia de la subordinación, ello enmarcado al postulado "onus probandi", "*incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen*" (art.167 C.G.P antes 177 C.P.C), según el cual al demandado bajo el principio de "*'reus, in excipiendo, fit actor'*", cuando excepciona, funge de actor y debe probar los hechos en que funda su defensa (Sentencia C-086-2016).

La presunción significa **tener por cierto un hecho** antes de que se pruebe², darlo por cierto sin que esté probado, sin que nos conste³, se trata de un razonamiento por inducción⁴ creado por el legislador, no por el juez, orientado a eximir de prueba, en este caso, a quien prestó sus servicios personales a favor de otro, para que a priori, se tenga como cierto que su vínculo estuvo regido por un contrato de trabajo, permitiéndole en virtud del derecho fundamental a la igualdad de los trabajadores ante la ley, derivado de lo previsto en los artículos 13, 25 y 53 de la Carta Política y 23 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, contar con los mismos derechos de toda persona a tener un trabajo en condiciones dignas, equitativas y justas, con las mismas oportunidades y protección por parte del Estado; la configuración de esta presunción legal descansa en la experiencia⁵, hace efectivo el principio de la primacía de la realidad y propende por la protección de los derechos de carácter irrenunciable que emanan de la relación laboral, haciendo efectiva la garantía de otros derechos fundamentales.

Así, entonces, al revisar el plenario, no existe prueba, llámese documental, testimonial o cualquier otra, con la cual constatar que la promotora del proceso desempeñó su labor de manera libre y autónoma, desprovista de cualquier elemento subordinante, siendo nulo el esfuerzo de la accionada por desvirtuar la presunción deprecada, sin que para este efecto baste la mera afirmación de que la señora Carol Viviana Higuera Díaz ejecutó la labor de óptica mediante un contrato de prestación de servicios o decir que lo hizo para otras personas, pues lo imperativo era demostrar que tal actividad la hizo en forma autónoma e independiente, máxime cuando la actividad realizada para un tercero no constituye una razón seria y fundada para dudar sobre la existencia de relación laboral, dado que la trabajadora cuenta con la posibilidad legal para celebrar varios nexos contractuales, salvo pacto de exclusividad, de conformidad con el artículo 26 del CST, aspecto que no encuentra demostración en este asunto.

En este punto, llama la atención de la Sala que la pasiva no desplegó actividad alguna tendiente a demostrar que la promotora de la Litis haya desarrollado sus funciones de manera autónoma e independiente y así desvirtuar la presunción que operaba en su contra, por manera que, ante tal falencia probatoria, debe tenerse por cierto que el servicio se prestó con el elemento de la subordinación jurídica. Lo anterior además, por cuanto los medios de convicción valorados en su conjunto permiten corroborar que la labor ejecutada por aquella no se desarrolló con las citadas características, pues en esa perspectiva, se escucharon los testimonios allegados por la demandada, que de entrada,

¹ T-694-2010

² Julio Gonzáles Velásquez, *Manuel Práctico de la Prueba Civil*, Librería Jurídica Ltda., Bogotá, 1951, p. 280.

³ Jairo Parra Quijano, *Tratado de la prueba judicial. Indicios y Presunciones*, Librería del Profesional, Bogotá, 2001, p. 187.

⁴ C731-2005

⁵ Manuscritos de Jeremías Bentham por E. Dumont, edición 1847, citado por Gonzáles Vásquez, ob. Cit. p. 278.

para la Sala no cuentan con la fuerza demostrativa para enervar la presunción de la que es beneficiaria la actora, de allí que también evidencie esta Corporación el error en que incurrió la cognoscente de primer grado, cuando dedujo la existencia de un vínculo de carácter civil entre las partes.

Conclusión a la que se arriba luego de escuchar la declaración de los señores Maryuri Yadira Triana Pinzón (auxiliar administrativa) y Britter Armando Laverde Rodríguez (médico oftalmólogo), los cuales, lejos están de servir para colegir la manera en que se prestaron los servicios a favor de la sociedad demandada, pues su dicho únicamente se centró en que la actora laboró a través de un contrato de prestación de servicios, para desempeñarse como optómetra, sin que explicaran circunstancias de tiempo, modo y lugar que dieran cuenta que la labor ejercida a favor de la enjuiciada en verdad se hacía en forma autónoma e independiente en los aspectos técnicos, administrativos y directivos, entendiéndose *“no tanto del contenido de las prestaciones sino de las condiciones de su ejecución (intuitu personae, remuneración periódica, jornadas y horarios, lugar de prestación del servicio, medios de trabajo físicos y digitales suministradas por el empleador, ajenidad en los frutos, cantidad de trabajo.”*, pues al tratarse de una profesión liberal *“gozan de una independencia técnica en la ejecución de su trabajo -para eso se les contrata-. Respecto de ellos la subordinación no se expresa como frente a los obreros de las fábricas o los trabajadores no cualificados, pues poseen una relativa libertad de trabajo. La doctrina ha señalado que en estos casos «el poder de dirección no se ejerce ya en el corazón mismo de la prestación, sino tan sólo [sic] en su periferia, sobre las condiciones de ejecución de la prestación”*. (SL-1439-2021)

En esa perspectiva, la primera de las citadas deponentes narró que trabajó para la fundación desde el 5 de febrero de 2007 al 15 de octubre de 2019, inicialmente como mensajera y al finalizar ocupando el cargo de auxiliar administrativa. Indicó que la actora prestó sus servicios a favor de la encartada, relación que finalizó dado a una irregularidad que se presentó en las historias clínicas con la atención de pacientes. Dijo que, aunque aquella no debía pedir permiso para ausentarse, sí informaba a la fundación de la ausencia, para que otros profesionales de la salud la cubrieran, beneficiándose *“porque entre más pacientes vieran más plata ganaban”*. Aseguró, además, que existía una agenda para la prestación del servicio de salud, la cual, una vez culminada, la profesional de la salud podría retirarse de las instalaciones y aunque no tenía un horario definido, llegaba temprano para efectos de que se le agendará más usuarios, pues de ello dependía su remuneración. Dijo que en oportunidades realizaba labores administrativas, por solicitud del Dr. Salomón Reinoso.

En igual sentido, declaró el señor Britter Armando Laverde Rodríguez, quien laboró para la demandada como médico oftalmólogo y aunque no fue preciso con las fechas de su vinculación, pues dijo haber laborado por 25 años, finalizando su relación contractual en septiembre de 2019, si explicó que la promotora del proceso prestó sus servicios como optómetra a favor de la fundación, quien fijaba el horario según agendamiento de los pacientes que realizaba la pasiva. Desconoció los motivos de la terminación del nexo contractual de la actora, pero hizo notar que todos los profesionales de la salud se encuentran vinculados a través de contratos de prestación de servicios, *“pues es lo que más le conviene a uno”* y aunque la encartada no le daba órdenes, si le recomendaba que cumpliera con la cita médica previamente definida al paciente.

De los anteriores relatos, emerge evidente que la Juez de primer grado se equivocó al colegir de ese relato la naturaleza civil del vínculo entre las partes y la falta de subordinación ejercida sobre la promotora del proceso, por el contrario, dejan al descubierto, que la disponibilidad en la prestación del servicio no refleja la autonomía e independencia requería en la ejecución de la labor, por cuanto de sus propios dichos, lo que se refleja es que tal disponibilidad fue dada conforme a las mismas condiciones de

modo que impuso el empleador, que estaba atado al agendamiento de los pacientes, con lo cual determinaba, según el número de citas, si prestaba o no el servicio.

A lo anterior se suma que, aunque la testigo fue enfática en manifestar que la actora en ocasiones se retiraba de las instalaciones y, por ende, debía disponer de otra para prestar el servicio, lo cierto es que no dijo con detalle las ausencias en la fundación, ni que estas fueran permanentes y constantes. Lo que sí manifestó es que sus honorarios dependían del volumen de citas que debía cumplir, al punto de recibir mayores ingresos cuando arribaba a las instalaciones de la fundación con mayor prontitud. Ello denota, que si bien es cierto la promotora del proceso disponía de efectuar o no la labor, ello no lo fue porque tuviese libertad y autogestión, sino por las mismas condiciones de la prestación del servicio, y aunque no estaba obligada a cumplir un horario determinado, si se requería de su disponibilidad en los días, horas y lugares previamente definidos por éste y dada la necesidad requerida por la fundación demandada, lo que de suyo implica que en efecto tuviese subordinación jurídica y no plena autonomía como lo refiere la pasiva.

Además, no se predica de lo manifestado por la testigo que el elemento *intuitu personae* que caracteriza a los contratos de trabajo se haya quebrantado, pues no se observa que se hubiera acordado entre las partes de que terceros tuvieran la posibilidad real de satisfacer el servicio pactado, máxime que en cláusula cuarta del contrato de prestación de servicios se obligó a Carol Viviana Higuera Díaz prestar el servicio profesional en forma permanente y personal, y que en caso de ausentismo, si bien debía suministrar personal idóneo de reemplazo, también lo es que requería para tal fin aprobación de la fundación.

En un caso de similares contornos, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL-1233 de 2022 acotó:

"En este punto, resulta oportuno destacar que esta Sala tiene adoctrinado que el elemento intuitu personae, es uno de los rasgos distintivos de todo contrato de trabajo, por manera que fluye evidente que el demandante debía ejecutar personalmente las actividades contratadas, que no a través de otra persona, como lo enseña el acuerdo que suscribieron.

Si bien, en ocasiones el promotor del juicio podía ausentarse y encargar momentáneamente a otro galeno en calidad de reemplazante, tal comprobación en nada desvirtúa la condición referida, en tanto no es un elemento relevante que pueda resultar útil para acreditar que fuera totalmente autónomo para designar al médico que ocupara su lugar en caso de necesidad. Lo precedente, pone de presente que no se trató de un convenio en que el contratista se obligara a atender un número determinado de pacientes a cambio de unos honorarios, directamente o a través de un equipo de trabajo al margen de autorizaciones o permisos de la entidad contratante; es decir, con total prescindencia de la intervención de la segunda en cuanto a la forma y términos en que debía atender a los pacientes.

Bien ha dicho la jurisprudencia que una cosa es que se convenga la prestación de servicios médicos especializados con una persona natural o jurídica que cuente con la posibilidad real y efectiva de garantizarlos, él mismo o con el personal que autónomamente elija a fin de cumplir los objetivos del contrato. Otra, completamente diferente, es que la labor deba ser cumplida por un sujeto en particular, sin la potestad real de cederla o delegarla en un tercero a su libre albedrío (CSJ SL3345-2021)."

Ahora, debe decir la Sala, que examinados los medios probatorios restantes que tuvo en cuenta la cognoscente de primer grado para inferir la inexistencia del contrato de trabajo, se evidencia que no le asiste razón cuando arribó a tal conclusión, pues el análisis conjunto y sistemático de tales elementos de convicción, lleva a concluir que las actividades ejecutadas por la demandante se desplegaron en forma subordinada y no con autonomía e independencia.

Se recibieron los testimonios de los señores Fernando Rojas (oftalmólogo oncólogo) y Gloria Stella Castañeda (secretaria), quienes arrojan notas distintivas de un escenario totalmente opuesto a la autonomía que se pretende demostrar en la prestación de los servicios de la actora a favor de la enjuiciada. Lo anterior, por cuanto a que el primero de ellos señaló que conoció a la demandante en el año 2002, quien cumplía, al igual que él, un horario de trabajo, de 8:00 a.m. a 12:00 m y de 2:00 p.m. a 4 o 5 p.m. de lunes a viernes y los sábados de 8:00 a.m. a 12:00 m, dado a que dentro de dicho horario se le asignaba la agenda a desarrollar y en caso de que terminara la labor antes se retiraba de la fundación. Dijo que el Dr. Salomón Reinoso, daba órdenes, dado que era el director de la fundación, además, que la actora desarrolló fuera de ese horario labores administrativas a terceros. Mientras que la testigo sostuvo que la demandante entró como optómetra mediante un contrato de prestación de servicios a partir del año 2002, a quien le correspondía un porcentaje por la atención de los pacientes, dado al agendamiento programado y según el número de usuarios a atender. Manifestó que aquella tenía un horario a partir de las 8:00 a.m., atendiendo un promedio de 30 pacientes, mismos que eran agendados por la fundación.

En este punto, resulta oportuno precisar que el apoderado de la demandada oportunamente formuló tacha de sospecha contra la citada testigo de la parte actora, por considerar que tiene un vínculo de consanguinidad con la aquí demandante.

En ese sentido, el artículo 58 del CPT y de la S.S., en concordancia con el artículo 211 del CGP, señala que cualquiera de las partes podrá tachar el testimonio de las personas que se encuentren en circunstancias que afecten su credibilidad o imparcialidad, debido a su parentesco, dependencia, sentimientos o interés con relación a las partes o sus apoderados, antecedentes personales u otras causas. Para ello, la norma en comento fija algunos parámetros al juzgador para verificar si el testigo resulta o no sospechoso, por ejemplo, por razones de enemistad o amistad, sin embargo, a la luz del principio de la sana crítica se debe analizar el conjunto de medios probatorios y determinar si la declaración rendida merece o no credibilidad, o, si las afirmaciones resultan o no imparciales.

Precisión necesaria para denotar que la deponente no tiene interés inclinado a beneficiar la causa de la actora, en tanto que sus afirmaciones no resultan contrarias a la realidad que refleja. Ello a partir de que la testigo fue clara, contundente y conteste al señalar la prestación subordinada que ejerció la actora a favor del demandado, refiriendo el cumplimiento de horario, remuneración y el sometimiento a órdenes, cuando está por demás decir que a juicio de la Sala no estaba imposibilitada para conocer en detalle sobre tales supuestos, pues, no puede olvidarse que también fue compañera de trabajo de la actora, luego esa circunstancia es razón suficiente para que conociera las condiciones reales de la prestación del servicio.

Ahora, para abundar en razones, cumple señalar que así se descarten los testimonios de los señores Fernando Rojas y Gloria Stella Castañeda, la conclusión no sería diferente de cara al objeto del contrato de prestación de servicios que suscribieron las partes, cuya labor ciertamente es indicativa del sometimiento al que estuvo sujeto la demandante, respecto de la intensidad y manera como debía desarrollar sus actividades, pues no de otra forma se puede colegir razonablemente lo dicho, si se atiende a que se desempeñó como profesional en optometría de *“las personas y entidades que FICIO acepte y de conformidad con las regulaciones generales o especiales que FICIO determine”*, cargo que por su misma denominación denota la falta de autonomía en la ejecución de las funciones encomendadas.

En otras palabras, el objeto del contrato al que se comprometió la demandante no dista del propio de una relación dependiente o subordinada, al establecer que la contratista debía prestar funciones de optometría, de ahí que, como lo dijo la representante legal de la demandada, disponían de la demandante para atender el servicio requerido previa necesidad que tuviese la fundación, al punto que ante una falencia en la labor tuvo que ser llamada a descargos, procedimiento propio de las relaciones de trabajo.

Otro aspecto que llama la atención de la Sala es que por encima de la promotora de la causa se ubicaron personas que ejercían mando, pues así se especifica en la cláusula segunda, según la cual *"FICIO administrará y dirigirá el servicio de atención a los pacientes y por tanto establecerá los reglamentos que fueren necesarios."*; al punto que para el desarrollo de las actividades le fueron suministrados elementos de trabajo en tanto que así se dejó sentado en el contrato de prestación de servicios, señalando que *"FICIO suministrará todo el apoyo logístico y administrativo que fuere necesario para los fines de este contrato tales como equipo, consultorios, espacios de atención al público, personal de recepción y secretarial, personal administrativo en general, servicios de agua, luz y teléfono etc."*; de tal suerte que, las labores ejercidas no estaban gobernadas por la liberalidad, sino que por el contrario, se encontraban sujetas a la orientación de la empresa contratante.

Adicionalmente, la Sala al examinar la aceptación que realizó la demandada, tanto en la contestación de demanda como en el interrogatorio de parte, respecto de las labores que ejecutaba la actora, colige que no requerían de un conocimiento particular, es decir, no estaban dirigidas a suplir una necesidad específica y excepcional del personal que se requiriera en virtud de la actividad comercial que realiza la encartada, tampoco científica y técnica, a lo que se suma que se hizo de forma permanente, pues se prestó durante más de 14 años, de manera que tan necesaria era, que implicaba la presencia de la demandante quien contaba con el perfil para desempeñar el cargo de optómetra; labor que además no era extraña al objeto social, pues es inherente al componente misional de la sociedad, quien se dedica, entre otras, a realizar actividades relacionadas con la salud visual y cirugía de ojos, hecho aceptado por la encartada en su contestación de demanda.

Por lo anterior, no comparte la Sala aquellas intelecciones del A quo, con las cuales se desechó la subordinación a partir de la consideración de que la actora tenía independencia dado a que aquella disponía de su horario para la ejecución de la labor, porque en realidad ello refleja una simple coordinación de actividades que por esencia debía cumplir la accionada dado su rol misional, de ahí la continuidad y permanencia de la convocante del juicio para desempeñar funciones relacionadas con el giro ordinario de las actividades propias de la pasiva.

Debe acotar la Sala que el esfuerzo de la demandada para argumentar que se trató de un vínculo contractual carente de subordinación fue desatinado, cuando el hilo conductor de las pruebas demuestra que la actividad personal se realizó con las características propias de una relación de naturaleza laboral, prestación que se realizó conjunta y armónicamente con la empresa, disquisición está que no puede desecharse porque a la actora se le pagaban honorarios y según el número de pacientes atendidos, dado a que el hecho de haberle dado una diferente denominación a la de salario, no resta la eficacia de ser una retribución por un servicio prestado de carácter dependiente, máxime cuando es claro que esta clase de retribución como la que sucedió, es indicativo de un pacto de salario a destajo entre las partes, modalidad contenida en el artículo 132 del CST.

Concluyendo de todo lo anterior, que la presunción de la cual fue beneficiaria la demandante no fue derruida por la pasiva, pues el haz probatorio fue suficiente para acreditar que el servicio contratado, en realidad, no se ejecutó con libertad y autonomía técnica, científica y directiva, por el contrario, las probanzas desdibujan el supuesto

contrato de prestación de servicios, por cuanto es evidente que la accionante no ejecutó el servicio con sus propios medios de producción y asumiendo sus propios riesgos, sino que actuó bajo una actividad misional, dependiente o subordinada, prestando sus servicios en lugares y horarios asignados por la accionada, en tanto su actividad era esencial, permanente y estrechamente ligada a su objeto social.

Siendo ello así, queda claro que a juicio de esta Corporación erró la Juez de primer grado al concluir que la relación contractual entre las partes se ejecutó en forma autónoma e independiente y en tal sentido, se **REVOCARÁ** la sentencia apelada, para en su lugar, declarar la existencia de una verdadera relación laboral.

3.1. Extremos temporales de la relación. Esclarecido que entre las partes se verificó una verdadera relación laboral, le compete a la Sala dilucidar los extremos temporales del citado nexo contractual, para lo cual debe remitirse a la demanda, misma en la que se señala que estuvo vigente desde el 23 de agosto de 2002 al 17 de febrero de 2017. Sobre este aspecto se encuentra probado que la actora prestó sus servicios de forma continua desde aquella data, en tanto que así se registra en el contrato de prestación de servicios suscrito y la certificación que expidió la demandada el 12 de octubre de 2016. (fols. 4 a 8 y 43)

El extremo final tampoco presenta complejidad, pues es la misma parte pasiva quien acepta que la finalización del contrato civil se produjo el 17 de febrero de 2017, por tal razón, en lo que concierne a la fecha de terminación del vínculo laboral lo será dicha fecha.

3.2. Salario. En orden de verificar el salario devengado durante el tiempo en que la actora prestó sus servicios, se observa que al plenario se allegaron por las partes historia laboral expedida por AFP Protección S.A., cuentas de cobro y certificaciones en las que se denota el ingreso promedio mensual percibido por la actora, documentales que dan cuenta que durante los períodos allí señalados la señora Higuera Díaz percibió las siguientes sumas de dinero:

AÑO - MES	SALARIO	DÍAS	TOTAL SALARIO PROMEDIO
2002	\$ 1.777.776	128	\$ 416.666
2003	\$ 9.066.420	360	\$ 755.535
2004	\$ 9.506.900	360	\$ 792.242
2005	\$ 17.560.550	360	\$ 1.463.379
2006	\$ 20.093.500	360	\$ 1.674.458
2007	\$ 24.142.912	360	\$ 2.011.909
2008			
jul-08	\$ 461.500	30	\$ 461.500
ago-08	\$ 2.162.000	30	\$ 2.162.000
sep-08	\$ 461.500	30	\$ 461.500
oct-08	\$ 461.500	30	\$ 461.500
nov-08	\$ 461.500	30	\$ 461.500
dic-08	\$ 468.375	30	\$ 468.375
2009			
ene-09	\$ 470.250	30	\$ 470.250
feb-09	\$ 506.375	30	\$ 506.375
mar-09	\$ 503.875	30	\$ 503.875
abr-09	\$ 502.625	30	\$ 502.625
may-09	\$ 506.375	30	\$ 506.375
jun-09	\$ 497.000	30	\$ 497.000
jul-09	\$ 507.000	30	\$ 507.000
ago-09	\$ 515.750	30	\$ 515.750
sep-09	\$ 507.625	30	\$ 507.625
oct-09	\$ 499.500	30	\$ 499.500
nov-09	\$ 504.500	30	\$ 504.500

dic-09	\$ 497.000	30	\$ 497.000
2010			
ene-10	\$ 518.750	30	\$ 518.750
feb-10	\$ 522.500	30	\$ 522.500
mar-10	\$ 521.500	30	\$ 521.500
abr-10	\$ 3.800.000	30	\$ 3.800.000
may-10	\$ 530.000	30	\$ 530.000
jun-10	\$ 521.875	30	\$ 521.875
jul-10	\$ 522.500	30	\$ 522.500
ago-10	\$ 3.800.000	30	\$ 3.800.000
2011			
ago-11	\$ 3.800.000	30	\$ 3.800.000
oct-11	\$ 3.800.000	30	\$ 3.800.000
nov-11	\$ 1.361.250	15	\$ 1.361.250
dic-11	\$ 3.293.000	30	\$ 3.293.000
2012			
ene-12	\$ 3.097.200	30	\$ 3.097.200
feb-12	\$ 4.034.000	30	\$ 4.034.000
mar-12	\$ 5.334.350	30	\$ 5.334.350
abr-12	\$ 3.158.000	30	\$ 3.158.000
may-12	\$ 2.984.000	30	\$ 2.984.000
jun-12	\$ 3.647.000	30	\$ 3.647.000
jul-12	\$ 4.269.000	30	\$ 4.269.000
ago-12	\$ 5.334.350	30	\$ 5.334.350
sep-12	\$ 2.312.000	30	\$ 2.312.000
oct-12	\$ 2.793.000	30	\$ 2.793.000
nov-12	\$ 3.154.000	30	\$ 3.154.000
dic-12	\$ 3.710.500	30	\$ 3.710.500
2013			
ene-13	\$ 3.468.000	30	\$ 3.468.000
feb-13	\$ 3.769.400	30	\$ 3.769.400
mar-13	\$ 2.520.000	30	\$ 2.520.000
abr-13	\$ 1.804.400	15	\$ 1.804.400
may-13	\$ 700.000	30	\$ 700.000
jun-13	\$ 700.000	30	\$ 700.000
jul-13	\$ 700.000	30	\$ 700.000
ago-13	\$ 700.000	30	\$ 700.000
sep-13	\$ 700.000	30	\$ 700.000
oct-13	\$ 4.530.900	30	\$ 4.530.900
dic-13	\$ 1.506.000	15	\$ 1.506.000
2014			
ene-14	\$ 4.090.500	30	\$ 4.090.500
feb-14	\$ 6.138.200	30	\$ 6.138.200
mar-14	\$ 2.120.000	15	\$ 2.120.000
abr-14	\$ 1.658.500	30	\$ 1.658.500
may-14	\$ 5.275.000	30	\$ 5.275.000
jun-14	\$ 4.219.900	30	\$ 4.219.900
jul-14	\$ 4.737.500	30	\$ 4.737.500
ago-14	\$ 4.628.800	30	\$ 4.628.800
sep-14	\$ 4.899.500	30	\$ 4.899.500
oct-14	\$ 5.095.000	30	\$ 5.095.000
nov-14	\$ 4.737.500	30	\$ 4.737.500
dic-14	\$ 4.174.500	30	\$ 4.174.500
2015			
2015	\$ 55.543.500	360	\$ 4.628.625
2016			
ene-16	\$ 2.894.000	15	\$ 2.894.000
feb-16	\$ 4.814.000	30	\$ 4.814.000
mar-16	\$ 4.465.000	30	\$ 4.465.000
abr-16	\$ 4.199.000	30	\$ 4.199.000
may-16	\$ 4.277.000	15	\$ 4.277.000
jun-16	\$ 2.754.000	15	\$ 2.754.000
jul-16	\$ 5.195.000	30	\$ 5.195.000
ago-16	\$ 5.952.977	30	\$ 5.952.977
sep-16	\$ 5.127.920	30	\$ 5.127.920
oct-16	\$ 5.902.000	30	\$ 5.902.000
nov-16	\$ 3.449.680	30	\$ 3.449.680

dic-16	\$ 5.500.000	30	\$ 5.500.000
2017			
ene-17	\$ 5.855.918	30	\$ 5.855.918
feb-17	\$ 2.633.378	17	\$ 2.633.378

Sin embargo, para los períodos anteriores, no obra prueba en el informativo del salario devengado, siendo de su incumbencia probarlo, de conformidad con el artículo 167 del C.G.P. En consecuencia, esta Sala ha de tener como promedio salarial el indicado en los citados medios probatorios, mismos que no fueron objeto de tacha de falsedad, tampoco desconocidos por la accionada, y para los periodos restantes, como quiera que ninguna probanza adicional se aportó con la que se verifique el monto salarial, se tomará como asignación salarial el salario mínimo legal mensual vigente, por así disponerlo el artículo 132 del CST.

En conclusión, las siguientes sumas serán las que se tenga en cuenta para liquidar las acreencias laborales a que haya lugar:

AÑO - MES	SALARIO	DÍAS	TOTAL SALARIO PROMEDIO
2002	\$ 1.777.776	128	\$ 416.666
2003	\$ 9.066.420	360	\$ 755.535
2004	\$ 9.506.900	360	\$ 792.242
2005	\$ 17.560.550	360	\$ 1.463.379
2006	\$ 20.093.500	360	\$ 1.674.458
2007	\$ 24.142.912	360	\$ 2.011.909
2008			
ene-08	\$ 461.500	30	\$ 461.500
feb-08	\$ 461.500	30	\$ 461.500
mar-08	\$ 461.500	30	\$ 461.500
abr-08	\$ 461.500	30	\$ 461.500
may-08	\$ 461.500	30	\$ 461.500
jun-08	\$ 461.500	30	\$ 461.500
jul-08	\$ 461.500	30	\$ 461.500
ago-08	\$ 2.162.000	30	\$ 2.162.000
sep-08	\$ 461.500	30	\$ 461.500
oct-08	\$ 461.500	30	\$ 461.500
nov-08	\$ 461.500	30	\$ 461.500
dic-08	\$ 468.375	30	\$ 468.375
Promedio salarial			\$ 603.781
2009			
ene-09	\$ 470.250	30	\$ 470.250
feb-09	\$ 506.375	30	\$ 506.375
mar-09	\$ 503.875	30	\$ 503.875
abr-09	\$ 502.625	30	\$ 502.625
may-09	\$ 506.375	30	\$ 506.375
jun-09	\$ 497.000	30	\$ 497.000
jul-09	\$ 507.000	30	\$ 507.000
ago-09	\$ 515.750	30	\$ 515.750
sep-09	\$ 507.625	30	\$ 507.625
oct-09	\$ 499.500	30	\$ 499.500
nov-09	\$ 504.500	30	\$ 504.500
dic-09	\$ 497.000	30	\$ 497.000
Promedio salarial			\$ 501.490
2010			
ene-10	\$ 518.750	30	\$ 518.750
feb-10	\$ 522.500	30	\$ 522.500
mar-10	\$ 521.500	30	\$ 521.500
abr-10	\$ 3.800.000	30	\$ 3.800.000
may-10	\$ 530.000	30	\$ 530.000
jun-10	\$ 521.875	30	\$ 521.875
jul-10	\$ 522.500	30	\$ 522.500
ago-10	\$ 3.800.000	30	\$ 3.800.000
sep-10	\$ 515.000	30	\$ 515.000
oct-10	\$ 515.000	30	\$ 515.000
nov-10	\$ 515.000	30	\$ 515.000
dic-10	\$ 515.000	30	\$ 515.000
Promedio salarial			\$ 1.066.427
2011			
ene-11	\$ 535.600	30	\$ 535.600
feb-11	\$ 535.600	30	\$ 535.600
mar-11	\$ 535.600	30	\$ 535.600

abr-11	\$ 535.600	30	\$ 535.600
may-11	\$ 535.600	30	\$ 535.600
jun-11	\$ 535.600	30	\$ 535.600
jul-11	\$ 535.600	30	\$ 535.600
ago-11	\$ 3.800.000	30	\$ 3.800.000
sep-11	\$ 535.600	30	\$ 535.600
oct-11	\$ 3.800.000	30	\$ 3.800.000
nov-11	\$ 267.800	15	\$ 1.629.050
	\$ 1.361.250	15	
dic-11	\$ 3.293.000	30	\$ 3.293.000
Promedio salarial			\$ 1.400.571
2012			
ene-12	\$ 3.097.200	30	\$ 3.097.200
feb-12	\$ 4.034.000	30	\$ 4.034.000
mar-12	\$ 5.334.350	30	\$ 5.334.350
abr-12	\$ 3.158.000	30	\$ 3.158.000
may-12	\$ 2.984.000	30	\$ 2.984.000
jun-12	\$ 3.647.000	30	\$ 3.647.000
jul-12	\$ 4.269.000	30	\$ 4.269.000
ago-12	\$ 5.334.350	30	\$ 5.334.350
sep-12	\$ 2.312.000	30	\$ 2.312.000
oct-12	\$ 2.793.000	30	\$ 2.793.000
nov-12	\$ 3.154.000	30	\$ 3.154.000
dic-12	\$ 3.710.500	30	\$ 3.710.500
Promedio salarial			\$ 3.652.283
2013			
ene-13	\$ 3.468.000	30	\$ 3.468.000
feb-13	\$ 3.769.400	30	\$ 3.769.400
mar-13	\$ 2.520.000	30	\$ 2.520.000
abr-13	\$ 294.750	15	\$ 2.099.150
abr-13	\$ 1.804.400	15	
may-13	\$ 589.500	30	\$ 589.500
jun-13	\$ 589.500	30	\$ 589.500
jul-13	\$ 589.500	30	\$ 589.500
ago-13	\$ 589.500	30	\$ 589.500
sep-13	\$ 589.500	30	\$ 589.500
oct-13	\$ 4.530.900	30	\$ 4.530.900
dic-13	\$ 294.750	15	\$ 1.800.750
	\$ 1.506.000	15	
Promedio salarial			\$ 1.921.427
2014			
ene-14	\$ 4.090.500	30	\$ 4.090.500
feb-14	\$ 6.138.200	30	\$ 6.138.200
mar-14	\$ 2.120.000	15	\$ 2.120.000
abr-14	\$ 1.658.500	30	\$ 1.658.500
may-14	\$ 5.275.000	30	\$ 5.275.000
jun-14	\$ 4.219.900	30	\$ 4.219.900
jul-14	\$ 4.737.500	30	\$ 4.737.500
ago-14	\$ 4.628.800	30	\$ 4.628.800
sep-14	\$ 4.899.500	30	\$ 4.899.500
oct-14	\$ 5.095.000	30	\$ 5.095.000
nov-14	\$ 4.737.500	30	\$ 4.737.500
dic-14	\$ 4.174.500	30	\$ 4.174.500
Promedio salarial			\$ 4.314.575
2015			
2015	\$ 55.543.500	360	\$ 4.628.625
2016			
ene-16	\$ 2.894.000	15	\$ 2.894.000
feb-16	\$ 4.814.000	30	\$ 4.814.000
mar-16	\$ 4.465.000	30	\$ 4.465.000
abr-16	\$ 4.199.000	30	\$ 4.199.000
may-16	\$ 4.277.000	15	\$ 4.277.000
jun-16	\$ 2.754.000	15	\$ 2.754.000
jul-16	\$ 5.195.000	30	\$ 5.195.000
ago-16	\$ 5.952.977	30	\$ 5.952.977
sep-16	\$ 5.127.920	30	\$ 5.127.920
oct-16	\$ 5.902.000	30	\$ 5.902.000
nov-16	\$ 3.449.680	30	\$ 3.449.680
dic-16	\$ 5.500.000	30	\$ 5.500.000
Promedio salarial			\$ 4.544.215
2017			
ene-17	\$ 5.855.918	30	\$ 5.855.918
feb-17	\$ 2.633.378	17	\$ 2.633.378
Promedio salarial			\$ 4.244.648

4. Excepción de prescripción. Pasa ahora esta Corporación a determinar a cuánto ascienden los emolumentos laborales que adeuda la demandada a la señora Carol Viviana Higuera Díaz, previo estudio de la excepción de prescripción propuesta por la convocada a juicio.

Para resolver este problema jurídico debemos remitirnos al art. 488 y 489 del CST, los cuales establecen que las acciones laborales prescribirán en 3 años, que se contarán desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible y señala que el simple reclamo escrito del trabajador recibido por el empleador **sobre un derecho o prestación debidamente determinado** interrumpirá la prescripción, pero sólo por un lapso igual.

No aparece dentro del expediente que la gestora de la litis haya reclamado a la demandada las acreencias laborales que aquí pretende, por tanto, es claro que la prescripción sólo fue interrumpida con la radicación de la demanda el **15 de diciembre de 2017**. En ese sentido, se debe declarar probada la excepción de prescripción en relación con los intereses a las cesantías, prima de servicios y devolución de aportes al sistema de seguridad social **exigibles** con anterioridad al **15 de diciembre del 2014**.

En relación con las **cesantías**, como quiera que el término se cuenta desde la finalización del contrato por ser la fecha en que se hacen exigibles (Criterio expuesto por la CSJ, entre otras, en la sentencia SL 472-2020), se debe declarar **no probada la excepción de prescripción**. En cuanto a las **vacaciones** en razón a que el empleador cuenta con un año para concederlas (art. 187 CST y sentencia CSJ SL 2149-2020) se declarará probada la excepción de prescripción en relación con las exigibles antes del **15 de diciembre del 2013**.

5. Acreencias laborales adeudadas. Se procede a liquidar las acreencias laborales reclamadas frente a las cuales no existe ninguna prueba de que hayan sido canceladas a la actora, teniendo en cuenta el salario atrás señalado, de la siguiente manera:

5.1. Auxilio de cesantía. Todo empleador está obligado a pagar a sus trabajadores y a las demás personas que se indican en este capítulo, al terminar el contrato de trabajo, como auxilio de cesantía, un mes de salario por cada año de servicios y proporcionalmente por fracción de año (Art. 249 CST). Para liquidar el auxilio de cesantías debe tomarse como base el último salario mensual, siempre y cuando éste no haya tenido variación en los 3 meses anteriores. En el caso contrario, y en el de los salarios variables se tomará como base el promedio mensual de lo devengado en el último año de servicios o en todo el tiempo servido si fuese menor de un año. (Art. 253 CST).

El auxilio de transporte forma parte de la base para liquidar el auxilio de cesantías, sin embargo, para que sea tomado en cuenta deberá demostrarse que fue percibido o que se reúnen los presupuestos contenidos en el art. 2º de la Ley 15 de 1959, esto es, devengar hasta 2 SMLMV, sin residir en el mismo lugar de trabajo, que el traslado no le implique un mayor costo o esfuerzo y que no le sea suministrado de manera gratuita por su empleador, supuestos que ni siquiera se enunciaron en la presente Litis y en consecuencia, no fueron debatidos judicialmente.

Una vez realizadas las operaciones aritméticas encuentra la Sala que la demandada le adeuda a la actora la suma de **\$29.915.321** por concepto de auxilio de cesantía entre el 23 de agosto de 2002 al 17 de febrero de 2017.

Auxilio de Cesantías					
Auxilio de Cesantías	Salario	Auxilio de transporte	Tota (salario + auxilio de transporte)	Días Liquidados	Valor cesantías
2002	\$ 416.666	\$ 0	\$ 416.666	128	\$ 148.148

2003	\$ 755.535	\$ 0	\$ 755.535	360	\$ 755.535
2004	\$ 792.242	\$ 0	\$ 792.242	360	\$ 792.242
2005	\$ 1.463.379	\$ 0	\$ 1.463.379	360	\$ 1.463.379
2006	\$ 1.674.458	\$ 0	\$ 1.674.458	360	\$ 1.674.458
2007	\$ 2.011.909	\$ 0	\$ 2.011.909	360	\$ 2.011.909
2008	\$ 603.781	\$ 0	\$ 603.781	360	\$ 603.781
2009	\$ 501.490	\$ 0	\$ 501.490	360	\$ 501.490
2010	\$ 1.066.427	\$ 0	\$ 1.066.427	360	\$ 1.066.427
2011	\$ 1.400.571	\$ 0	\$ 1.400.571	360	\$ 1.400.571
2012	\$ 3.652.283	\$ 0	\$ 3.652.283	360	\$ 3.652.283
2013	\$ 1.921.427	\$ 0	\$ 1.921.427	360	\$ 1.921.427
2014	\$ 4.314.575	\$ 0	\$ 4.314.575	360	\$ 4.314.575
2015	\$ 4.628.625	\$ 0	\$ 4.628.625	360	\$ 4.628.625
2016	\$ 4.544.215	\$ 0	\$ 4.544.215	360	\$ 4.544.215
2017	\$ 4.244.648	\$ 0	\$ 4.244.648	37	\$ 436.255
Total Auxilio de cesantías					\$ 29.915.321

5.2. Intereses a las cesantías. Todo empleador que esté obligado al pago de cesantías deberá pagar a sus trabajadores intereses sobre las mismas, lo cual se encuentra vigente desde la Ley 52 de 1975. Actualmente, se encuentran contenidos en el numeral 2 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, en el que se señala *"El empleador cancelará al trabajador los intereses legales del 12% anual o proporcionales por fracción, en los términos de las normas vigentes sobre el régimen tradicional de cesantía, con respecto a la suma causada en el año o en la fracción que se liquide definitivamente."*

Conforme a lo anterior, los trabajadores que tengan derecho al pago de cesantías tienen derecho a que se les pague un interés del 12% anual a más tardar el 31 de enero de cada año, sobre la suma que el trabajador cause por concepto de cesantías el año inmediatamente anterior. El valor de los intereses será el resultado de multiplicar la suma que el trabajador cause por concepto de cesantías el año inmediatamente anterior, por la tasa de interés del 12% anual y se divide por 360 días.

Una vez realizadas las operaciones aritméticas encuentra la Sala que la demandada adeuda la suma de **\$1.623.870** por concepto de intereses a las cesantías causados.

Intereses a las cesantías				
Cesantías año	Intereses a las cesantías causados y exigibles	Días liquidados	Valor cesantías	Valor intereses a las cesantías
2002	Prescritos			
2003				
2004				
2005				
2006				
2007				
2008				
2009				
2010				
2011				
2012				
2013				
2014	ene-15	360	\$ 4.314.575	\$ 517.749
2015	ene-16	360	\$ 4.628.625	\$ 555.435
2016	ene-17	360	\$ 4.544.215	\$ 545.306
2017	Terminación de la relación laboral	37	\$ 436.255	\$ 5.380
Intereses a las cesantías				\$ 1.623.870

5.3. Prima de servicios. El empleador está obligado a pagar a su empleado la prima de servicios que corresponde a 30 días de salario por año, la cual deberá reconocerse en dos

pagos, así: (i) 15 días de salario los cuales deberá pagar a más tardar el 30 de junio y (ii) los otros 15 días deberá cancelarlos los 20 primeros días de diciembre. Su reconocimiento se hará por todo el semestre trabajado o proporcionalmente al tiempo trabajado (Art. 306 CST). El salario base de liquidación es el promedio de lo devengado en el respectivo semestre o en el lapso trabajado. El auxilio de transporte forma parte de la base para liquidar la prima de servicios, con la advertencia de que se efectuó en el acápite de cesantías.

Una vez realizadas las operaciones aritméticas encuentra la Sala que se adeuda la suma **\$11.965.162** por concepto de prima de servicios causadas.

Prima de servicios					
Prima causada y exigible	Salario	Auxilio de transporte	Tota (salario + auxilio de transporte)	Días	Valor prima
2002	Prescrita				
2003					
2004					
2005					
2006					
2007					
2008					
2009					
dic-14	\$ 4.712.133	\$ 0	\$ 4.712.133	180	\$ 2.356.067
jun-15	\$ 4.628.625	\$ 0	\$ 4.628.625	180	\$ 2.314.313
dic-15	\$ 4.628.625	\$ 0	\$ 4.628.625	180	\$ 2.314.313
jun-16	\$ 3.900.500	\$ 0	\$ 3.900.500	180	\$ 1.950.250
dic-16	\$ 5.187.930	\$ 0	\$ 5.187.930	180	\$ 2.593.965
2017	\$ 4.244.648	\$ 0	\$ 4.244.648	37	\$ 436.255
Total Prima de servicio					\$ 11.965.162

5.4. Vacaciones. Todo empleador está obligado a conceder a sus trabajadores por cada año de servicios, quince (15) días hábiles consecutivos de vacaciones remuneradas. La época de las vacaciones debe ser señalada por el empleador a más tardar dentro del año siguiente a aquel en que se causaron, y deben ser concedidas oficiosamente o a petición del trabajador sin perjudicar el servicio y la efectividad del descanso (Art. 186 y s.s. CST).

Los trabajadores que cesen en sus funciones o hayan terminado sus contratos de trabajo, sin que hubieren causado las vacaciones por año cumplido, tendrán derecho a que estas se le reconozcan y compensen en dinero proporcionalmente por el tiempo efectivamente trabajado. De conformidad con el art. 189 del CST para la compensación en dinero de las vacaciones se tomará como base el último salario devengado por el trabajador. Siendo necesario aducir que para el cálculo de esta acreencia no se tendrá en cuenta el auxilio de transporte.

Como quiera que, en el presente caso no fueron disfrutadas las vacaciones, una vez realizadas las operaciones aritméticas encuentra la Sala que se adeuda a la demandante la suma de **\$9.515.086** por su compensación en dinero.

Vacaciones -inició el contrato el 23 de agosto de 2002				
Tiempo laborado tenido en cuenta	Vacaciones (fecha en que se hacen exigibles)	Salario	Días laborados	Valor vacaciones
23/08/2002 AL 22/08/2003	23/08/2004	PRESCRITAS		
23/08/2003 AL 22/08/2004	23/08/2005			
23/08/2004 AL 22/08/2005	23/08/2006			

23/08/2005 AL 22/08/2006	23/08/2007			
23/08/2006 AL 22/08/2007	23/08/2008			
23/08/2007 AL 22/08/2008	23/08/2009			
23/08/2008 AL 22/08/2009	23/08/2010			
23/08/2009 AL 22/08/2010	23/08/2011			
23/08/2010 AL 22/08/2011	23/08/2012			
23/08/2011 AL 22/08/2012	23/08/2013			
23/08/2012 AL 22/08/2013	23/08/2014	\$ 4.244.648	360	\$ 2.122.324
23/08/2013 AL 22/08/2014	23/08/2015	\$ 4.244.648	360	\$ 2.122.324
23/08/2014 AL 22/08/2015	23/08/2016	\$ 4.244.648	360	\$ 2.122.324
23/08/2015 AL 22/08/2016	23/08/2017	\$ 4.244.648	360	\$ 2.122.324
23/08/2016 AL 17/02/2017	Terminación del Contrato	\$ 4.244.648	174	\$ 1.025.790
Total vacaciones				\$ 9.515.086

6. Indemnización moratoria. Respecto a esta pretensión cumple recordar que conforme al artículo 65 del CST, si a la terminación del contrato, el empleador no paga al trabajador los salarios y prestaciones debidas, salvo los casos de retención autorizados por la ley o convenidos por las partes, debe pagar al asalariado una indemnización moratoria.

En relación con la indemnización en mención, la jurisprudencia reiterada y pacífica de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia bajo el radicado 32529 del 5 de marzo del 2009 ha explicado que, las mismas no son una respuesta judicial automática frente al hecho objetivo de que el empleador, al terminar el contrato de trabajo, no cancele al trabajador la totalidad de salarios y prestaciones sociales adeudados o no consigne las cesantías en la fecha debida, por ello, ha insistido en que el juez debe, en cada caso, de acuerdo con el material probatorio, establecer si se revela o evidencia la buena fe de aquel frente a tal conducta omisiva.

Criterio que coincide con lo planteado por la Corte Constitucional, entre otras, en la sentencia T-459 del 2017, en la que señaló que la jurisprudencia constitucional establece que es posible eximir al empleador del pago de la indemnización moratoria cuando se compruebe que éste actuó de buena fe al momento de la terminación del contrato, esto es, que tenía la conciencia de haber obrado legítimamente y con ánimo exento de fraude.

Descendiendo al caso objeto de estudio, se advierte que no existe ninguna razón para entender que el actuar de la demandada estuvo revestido de buena fe, no siendo suficiente argüir que se tuvo el pleno convencimiento que entre las partes se pactó un contrato de prestación de servicios, cuando los mismos medios de convicción vertidos al proceso dan cuentan, sin mayores discusiones, que la dadora del laborío quiso utilizar de forma indebida la vinculación de la actora a través de la citada forma contractual, ocultando que en verdad la relación rigió bajo los elementos constitutivos propios del contrato de trabajo, pues así se vislumbra de la actividad personal que desarrolló la promotora del proceso a favor de la llamada a juicio, que concuerda con su objeto social, realizándose bajo su estricta subordinación y poderío, sin que fungiera como un

contratista independiente y autónoma, por lo que mal haría esta Sala exonerar a la enjuiciada de la sanciones que persigue la parte actora.

6.1. Liquidación. Ha sido criterio de la suscrita magistrada que, la indemnización moratoria en los precisos términos del artículo 65 del CST, procede a razón de un día de salario por cada día de retardo desde la fecha de terminación del contrato de trabajo hasta la fecha de pago de los salarios y prestaciones sociales debidas, siempre que se haya elevado el libelo demandatorio dentro del término de los 24 meses contados desde la finalización del nexo contractual, no obstante lo anterior y en virtud de la orden adoptada dentro de la acción de tutela 110010205000202101124001 por parte de la Sala de Casación Laboral del Corte Suprema de Justicia y confirmada por la Sala de Casación Penal de esta misma corporación en la sentencia en sentencia STL11218-2021, y en la medida que estas decisiones fueron excluidas de revisión por parte de la Corte Constitucional, acogiendo lo allí dispuesto, se reconsidera la actual postura, para en su lugar y a partir de la fecha, acoger el criterio que reina actualmente en la máxima corporación de la Jurisdicción Ordinaria Laboral y que ha adoptado mayoritariamente esta sala de decisión luego de su nueva conformación, en lo que a la forma de liquidación de esta sanción se refiere, esto es que, si a la terminación del contrato ocurre después de la entrada en vigencia de la Ley 789 de 2002, y se interpone la acción dentro de los 24 meses contados a partir de la fecha del finiquito, procede la indemnización moratoria a razón de un día de salario por cada día de retardo hasta el mes 24 y a partir del mes 25 se deberán reconocer intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Bancaria, y si transcurridos 24 meses el trabajador no ha iniciado su reclamación por la vía ordinaria, el empleador deberá pagar intereses moratorios a partir de la misma terminación del vínculo hasta que el pago se verifique, esto en el caso que el asalariado tenga una retribución superior al mínimo, tal y como ha sido reflejado entre otras, en las sentencias SL2966-2018, SL2140-2019 y SL2805-2020.

En consecuencia, para el caso en particular, se fulmina condena por este concepto, para lo cual se tendrá en cuenta que la demanda se presentó dentro de los 24 meses finalizada la relación (acta de reparto del 15 de diciembre de 2017), así, la llamada a juicio deberá cancelar la cantidad diaria de **\$141.488,27**, desde la fecha de terminación del contrato de trabajo, es decir, **18 de febrero del 2017** y hasta por **veinticuatro (24) meses**, que equivale a **\$101.871.552**; y en vista que el último salario devengado por el actor, fue por valor superior al salario mínimo, la Sala mayoritaria ordena que a partir del primer día del mes veinticinco (25) el empleador deberá pagar al demandante los intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Bancaria, y hasta cuando el pago de prestaciones sociales se verifique, en los términos previstos en el artículo 29 de la Ley 789 de 2002 que modificó el art. 65 del C.S.T., a título de indemnización moratoria.

Indemnización moratoria					
Salario	Desde	Hasta	Salario diario	Total días	Total Moratoria
\$ 4.244.648	18/02/2017	17/02/2019	\$ 141.488,27	720	\$ 101.871.552

7. Indemnización por despido sin justa causa. La demandante argumentó en su libelo introductor que se dan las condiciones para que sea condenada a la encartada al pago de la citada indemnización, en tanto que fue despedida sin justa causa.

Sobre tal semblante, es menester señalar que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, tiene definido que en tratándose de discusiones relativas a la legalidad o justeza de la terminación del contrato laboral, a la trabajadora le corresponde

la demostración del despido, en tanto, al empleador le incumbe la carga de probar que para adoptar dicha decisión se ajustó en un todo a los parámetros legales, convencionales o contractuales consagrados para tal efecto y demostrar la ocurrencia de los hechos endilgados como soporte de la determinación (SL180-2018, CSJ SL 5523-2016, CSJ SL 15094-2015 y CSJ SL 592-2014).

Adicionalmente, se debe resaltar que con arreglo al párrafo del artículo 62 y el artículo 66 del CST, la parte que termina el contrato de trabajo debe comunicar a la otra al momento de la finalización del vínculo, la causal o motivo de su terminación, sin que posteriormente pueda variarse, para ello, no basta con invocar genéricamente una de las causales previstas por la ley laboral, sino que es necesario precisar los hechos específicos que sustentan la determinación, pues como ha señalado nuestra Corte Constitucional, la finalidad de la norma es permitir que la otra parte conozca las razones de la culminación unilateral de la relación de trabajo (C-594-97).

Conforme a lo atrás dicho, se advierte que la actora no cumplió con la aducida carga probatoria, en tanto que no existe prueba ni certeza de que la finalización del nexo laboral se hubiera dado por decisión unilateral del empleador, quedando únicamente la afirmación de que ello aconteció, la cual no puede ser tenida en cuenta para los efectos que pretende la demandante. Por el contrario, evidencia la Sala de los medios de convicción vertidos al plenario, que las partes por mutuo acuerdo decidieron terminar el laborío el 17 de febrero de 2017 y que a título de transacción se pactó pagar a aquélla la suma de \$28.575.072. Lo anterior deja en evidencia que la intención inequívoca de las partes fue la de finiquitar el laborío que los unía a partir de la citada calenda y a cambio de una suma de dinero, a título de bonificación, situación que fue aceptada por la actora, sin que haya alegado o probado la presencia de un vicio que pudiera afectar la libre determinación de su voluntad.

En esas circunstancias, habrá de negarse tal pretensión, pues el finiquito del laborío no provino de una decisión unilateral del empleador.

8. Devolución de aportes al sistema de seguridad social en salud y pensión. En el libelo introductor se pretendió específicamente por la actora que se condene a la convocada a juicio al *"reembolso del valor de los aportes a seguridad social (...) realizados por mi poderdante durante el tiempo laborado en la institución y que por las condiciones no eran de su resorte sino de la fundación."*

Bajo ese horizonte, ha de precisarse que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL5197-2021, ha validado la devolución de los aportes al sistema de seguridad social en pensión y salud que la trabajadora en exceso efectuó durante la vigencia del nexo, en el porcentaje que le correspondía al empleador, de manera que admitida su procedencia, en el caso en concreto, al escrito demandatorio, se anexan como prueba la misiva adiada enero 22 de 2007 (fol. 115), por medio de la cual la Fundación demandada solicitó a la contratista afiliarse al sistema de seguridad social integral y realizar aportes mensualmente. Así mismo, la historia laboral y certificado de aportes adosados al proceso da cuenta de que la actora efectivamente acreditó el pago de los referidos aportes, luego no cabe duda de que ésta asumió el pago total del monto de la respectiva cotización, cuando la Ley 100 de 1993 estipula un porcentaje a cargo del empleador.

Ahora bien, la citada documental da cuenta de los ingresos base de cotización con que se aportó al sistema general de pensiones y salud, en los que se evidencia que en algunos periodos los aportes se realizaron con un IBC inferior al salario realmente devengado,

mientras que en otros no se acreditó los pagos efectuados con ese motivo, tal y como se evidencia a continuación:

AÑO - MES	SALARIO	IBC REPORTADO – DEMANDANTE	
		SALUD	PENSIÓN
2002	\$ 416.666	NO PRUEBA	NO PRUEBA
2003	\$ 755.535	NO PRUEBA	NO PRUEBA
2004	\$ 792.242	NO PRUEBA	MARZO \$800.000
2005	\$ 1.463.379	NO PRUEBA	NO PRUEBA
2006	\$ 1.674.458	NO PRUEBA	NO PRUEBA
2007	\$ 2.011.909	NO PRUEBA	ENERO - \$433.548
2008			
ene-08	\$ 461.500	NO PRUEBA	NO PRUEBA
feb-08	\$ 461.500	NO PRUEBA	NO PRUEBA
mar-08	\$ 461.500	NO PRUEBA	NO PRUEBA
abr-08	\$ 461.500	NO PRUEBA	NO PRUEBA
may-08	\$ 461.500	NO PRUEBA	NO PRUEBA
jun-08	\$ 461.500	NO PRUEBA	NO PRUEBA
jul-08	\$ 461.500	NO PRUEBA	\$ 461.500
ago-08	\$ 2.162.000	NO PRUEBA	\$ 461.500
sep-08	\$ 461.500	NO PRUEBA	\$ 461.500
oct-08	\$ 461.500	NO PRUEBA	\$ 461.500
nov-08	\$ 461.500	NO PRUEBA	\$ 461.500
dic-08	\$ 468.375	NO PRUEBA	\$ 468.375
2009			
ene-09	\$ 470.250	NO PRUEBA	\$ 470.250
feb-09	\$ 506.375	NO PRUEBA	\$ 506.375
mar-09	\$ 503.875	NO PRUEBA	\$ 503.875
abr-09	\$ 502.625	NO PRUEBA	\$ 502.625
may-09	\$ 506.375	NO PRUEBA	\$ 506.375
jun-09	\$ 497.000	NO PRUEBA	\$ 497.000
jul-09	\$ 507.000	NO PRUEBA	\$ 507.000
ago-09	\$ 515.750	NO PRUEBA	\$ 515.750
sep-09	\$ 507.625	NO PRUEBA	\$ 507.625
oct-09	\$ 499.500	NO PRUEBA	\$ 499.500
nov-09	\$ 504.500	NO PRUEBA	\$ 504.500
dic-09	\$ 497.000	NO PRUEBA	\$ 497.000
2010			
ene-10	\$ 518.750	NO PRUEBA	\$ 518.750
feb-10	\$ 522.500	NO PRUEBA	\$ 522.500
mar-10	\$ 521.500	NO PRUEBA	\$ 521.500
abr-10	\$ 3.800.000	NO PRUEBA	\$ 515.000
may-10	\$ 530.000	NO PRUEBA	\$ 530.000
jun-10	\$ 521.875	NO PRUEBA	\$ 521.875
jul-10	\$ 522.500	NO PRUEBA	\$ 522.500
ago-10	\$ 3.800.000	NO PRUEBA	\$ 524.375
sep-10	\$ 515.000	NO PRUEBA	NO PRUEBA
oct-10	\$ 515.000	NO PRUEBA	NO PRUEBA
nov-10	\$ 515.000	NO PRUEBA	NO PRUEBA
dic-10	\$ 515.000	NO PRUEBA	NO PRUEBA
2011			
ene-11	\$ 535.600	NO PRUEBA	NO PRUEBA
feb-11	\$ 535.600	NO PRUEBA	NO PRUEBA
mar-11	\$ 535.600	NO PRUEBA	NO PRUEBA
abr-11	\$ 535.600	NO PRUEBA	NO PRUEBA
may-11	\$ 535.600	NO PRUEBA	NO PRUEBA
jun-11	\$ 535.600	NO PRUEBA	NO PRUEBA
jul-11	\$ 535.600	NO PRUEBA	NO PRUEBA
ago-11	\$ 3.800.000	NO PRUEBA	NO PRUEBA
sep-11	\$ 535.600	NO PRUEBA	NO PRUEBA
oct-11	\$ 3.800.000	NO PRUEBA	NO PRUEBA
nov-11	\$ 1.629.050	\$ 467.000	\$ 467.000
dic-11	\$ 3.293.000	\$ 700.000	\$ 700.000
2012			
ene-12	\$ 3.097.200	\$ 700.000	\$ 700.000
feb-12	\$ 4.034.000	\$ 700.000	\$ 700.000
mar-12	\$ 5.334.350	\$ 700.000	\$ 700.000
abr-12	\$ 3.158.000	\$ 700.000	\$ 700.000
may-12	\$ 2.984.000	\$ 700.000	\$ 700.000
jun-12	\$ 3.647.000	\$ 700.000	\$ 700.000
jul-12	\$ 4.269.000	\$ 700.000	\$ 700.000
ago-12	\$ 5.334.350	\$ 700.000	\$ 700.000
sep-12	\$ 2.312.000	\$ 700.000	\$ 700.000
oct-12	\$ 2.793.000	\$ 700.000	\$ 700.000

nov-12	\$ 3.154.000	\$ 700.000	\$ 700.000
dic-12	\$ 3.710.500	\$ 700.000	\$ 700.000
2013			
ene-13	\$ 3.468.000	\$ 700.000	\$ 700.000
feb-13	\$ 3.769.400	\$ 700.000	\$ 700.000
mar-13	\$ 2.520.000	\$ 700.000	\$ 700.000
abr-13	\$ 2.099.150	\$ 700.000	\$ 700.000
abr-13			
may-13	\$ 589.500	\$ 700.000	\$ 700.000
jun-13	\$ 589.500	\$ 700.000	\$ 700.000
jul-13	\$ 589.500	\$ 700.000	\$ 700.000
ago-13	\$ 589.500	\$ 700.000	\$ 700.000
sep-13	\$ 589.500	\$ 700.000	\$ 700.000
oct-13	\$ 4.530.900	\$ 700.000	\$ 700.000
dic-13	\$ 1.800.750	\$ 700.000	\$ 700.000
2014			
ene-14	\$ 4.090.500	\$ 700.000	\$ 700.000
feb-14	\$ 6.138.200	\$ 700.000	\$ 700.000
mar-14	\$ 2.120.000	\$ 700.000	\$ 700.000
abr-14	\$ 1.658.500	\$ 700.000	\$ 700.000
may-14	\$ 5.275.000	\$ 700.000	\$ 700.000
jun-14	\$ 4.219.900	\$ 700.000	\$ 700.000
jul-14	\$ 4.737.500	\$ 700.000	\$ 700.000
ago-14	\$ 4.628.800	\$ 700.000	\$ 700.000
sep-14	\$ 4.899.500	\$ 700.000	\$ 700.000
oct-14	\$ 5.095.000	\$ 700.000	\$ 700.000
nov-14	\$ 4.737.500	\$ 700.000	\$ 700.000
dic-14	\$ 4.174.500	\$ 700.000	\$ 700.000
2015			
2015	\$ 4.628.625	ABRIL Y AGOSTO: \$700.000	ABRIL Y AGOSTO: \$700.000
2016			
ene-16	\$ 2.894.000	\$ 700.000	\$ 843.750
feb-16	\$ 4.814.000	\$ 700.000	\$ 828.750
mar-16	\$ 4.465.000	\$ 700.000	\$ 812.500
abr-16	\$ 4.199.000	\$ 700.000	\$ 703.125
may-16	\$ 4.277.000	\$ 700.000	\$ 701.875
jun-16	\$ 2.754.000	\$ 700.000	\$ 756.875
jul-16	\$ 5.195.000	\$ 700.000	\$ 738.125
ago-16	\$ 5.952.977	\$ 700.000	\$ 700.000
sep-16	\$ 5.127.920	\$ 700.000	\$ 701.250
oct-16	\$ 5.902.000	\$ 2.000.000	\$ 2.005.625
nov-16	\$ 3.449.680	\$ 1.300.000	\$ 1.303.750
dic-16	\$ 5.500.000	\$ 1.300.000	\$ 1.300.000
2017			
ene-17	\$ 5.855.918	\$ 1.300.000	\$ 1.300.000
feb-17	\$ 2.633.378	\$ 1.300.000	\$ 1.309.375

En ese orden, conviene recordar que el artículo 23 del Decreto 1703 de 2002, permitió a los contratistas efectuar el pago de sus cotizaciones al sistema de seguridad social integral sobre el 40% de la totalidad de ingresos percibidos en el ejercicio de sus funciones, empero, tratándose de trabajadores en desarrollo del vínculo contractual su aporte debe atender el 100% del salario devengado, sobre el cual debe aplicarse un 12.5% como aporte al sistema de salud, del cual corresponde el 4% al trabajador y el 8.5% al empleador, conforme a lo preceptuado en el artículo 10 de la Ley 1122 de 2007, que modificó el art. 204 de la Ley 100 de 1993; y un total de 16% como aporte en el sistema pensional, correspondiéndole un 4% al trabajador y del 12% al empleador, en consonancia con lo establecido en el Decreto 4982 de 2007.

Conforme a lo anterior, teniendo en cuenta que el aporte que correspondía al empleador era del 12% en pensión y 8.5% a salud, se observa que debe ser condenado a reintegrar lo pagado por cotizaciones realizadas a partir del 15 de diciembre del 2014, pues las canceladas con anterioridad se encuentran afectadas por el fenómeno de la prescripción, como se dijo en precedencia. Así las cosas, se condenará a la demandada a pagar la suma de **\$298.030**, por la devolución de los valores pagados por la actora en exceso por concepto de cotizaciones.

AÑO - MES	SALARIO	IBC REPORTADO - DEMANDANTE		APORTE REALIZADO		APORTE CORRESPONDIENTE COMO TRABAJADORA		SALDO A FAVOR TRABAJADORA	
		SALUD	PENSIÓN	SALUD (12,5%)	PENSIÓN (16%)	SALUD (4%)	PENSIÓN (4%)	SALUD (4%)	PENSIÓN (4%)
2014									
dic-14	\$ 4.174.500	\$ 700.000	\$ 700.000	\$ 87.500	\$ 112.000	\$ 166.980	\$ 166.980	-\$ 79.480	-\$ 54.980
TOTAL								\$ -	\$ -
2015									
2015	\$ 4.628.625	ABRIL: \$700.000	ABRIL: \$700.000	\$ 87.500	\$ 112.000	\$ 185.145	\$ 185.145	-\$ 97.645	-\$ 73.145
		AGOSTO: \$700.000	AGOSTO: \$700.000	\$ 87.500	\$ 112.000	\$ 185.145	\$ 185.145	-\$ 97.645	-\$ 73.145
TOTAL								\$ -	\$ -
2016									
ene-16	\$ 2.894.000	\$ 700.000	\$ 843.750	\$ 87.500	\$ 135.000	\$ 115.760	\$ 115.760	-\$ 28.260	\$ 19.240
feb-16	\$ 4.814.000	\$ 700.000	\$ 828.750	\$ 87.500	\$ 132.600	\$ 192.560	\$ 192.560	-\$ 105.060	-\$ 59.960
mar-16	\$ 4.465.000	\$ 700.000	\$ 812.500	\$ 87.500	\$ 130.000	\$ 178.600	\$ 178.600	-\$ 91.100	-\$ 48.600
abr-16	\$ 4.199.000	\$ 700.000	\$ 703.125	\$ 87.500	\$ 112.500	\$ 167.960	\$ 167.960	-\$ 80.460	-\$ 55.460
may-16	\$ 4.277.000	\$ 700.000	\$ 701.875	\$ 87.500	\$ 112.300	\$ 171.080	\$ 171.080	-\$ 83.580	-\$ 58.780
jun-16	\$ 2.754.000	\$ 700.000	\$ 756.875	\$ 87.500	\$ 121.100	\$ 110.160	\$ 110.160	-\$ 22.660	\$ 10.940
jul-16	\$ 5.195.000	\$ 700.000	\$ 738.125	\$ 87.500	\$ 118.100	\$ 207.800	\$ 207.800	-\$ 120.300	-\$ 89.700
ago-16	\$ 5.952.977	\$ 700.000	\$ 700.000	\$ 87.500	\$ 112.000	\$ 238.119	\$ 238.119	-\$ 150.619	-\$ 126.119
sep-16	\$ 5.127.920	\$ 700.000	\$ 701.250	\$ 87.500	\$ 112.200	\$ 205.117	\$ 205.117	-\$ 117.617	-\$ 92.917
oct-16	\$ 5.902.000	\$ 2.000.000	\$ 2.005.625	\$ 250.000	\$ 320.900	\$ 236.080	\$ 236.080	\$ 13.920	\$ 84.820
nov-16	\$ 3.449.680	\$ 1.300.000	\$ 1.303.750	\$ 162.500	\$ 208.600	\$ 137.987	\$ 137.987	\$ 24.513	\$ 70.613
dic-16	\$ 5.500.000	\$ 1.300.000	\$ 1.300.000	\$ 162.500	\$ 208.000	\$ 220.000	\$ 220.000	-\$ 57.500	-\$ 12.000
TOTAL								\$ 38.433	\$ 155.433
2017									
ene-17	\$ 5.855.918	\$ 1.300.000	\$ 1.300.000	\$ -	\$ 208.000	\$ -	\$ 234.237	\$ -	-\$ 26.237
feb-17	\$ 2.633.378	\$ 1.300.000	\$ 1.309.375	\$ -	\$ 209.500	\$ -	\$ 105.335	\$ -	\$ 104.165
TOTAL								\$ -	\$ 104.165

SUBTOTAL	
SALUD	PENSIÓN
\$ 38.433	\$ 259.598
Total	\$ 298.030

9. Devolución de lo pagado por aportes en riesgos laborales. Debe señalar la Sala que lo pretendido por la actora es que la Fundación Instituto Colombiano de Investigaciones Oftalmológicas FICIO como empleador, sea condenado a devolver el porcentaje que por ministerio de ley debió realizar con destino a la administradora de riesgos laboral, por cuanto debió sufragarlos de su propio patrimonio y en su condición de contratista.

Siendo ello así y teniendo en cuenta la existencia de la relación de trabajo, es claro que a la empleadora le correspondía asumir el porcentaje respecto a la totalidad del aporte al sistema de seguridad social en materia de riesgos laborales, por lo que debe ser reintegrado a la actora de manera completa, en los términos del artículo 6° de la Ley 1562 de 2012.

En ese orden, la pasiva deberá ser condenada a reintegrar lo pagado por cotizaciones realizadas a partir del 15 de diciembre del 2014, dado al fenómeno de la prescripción que sobre las mismas pesa, además siempre que se encuentre debidamente acreditado los pagos efectuados por la actora con ese motivo.

Así las cosas, según la certificación de aportes que milita a folios 59 a 74, en concreto se adeuda a la demandante la suma de **\$34.653**; a la cual deberá ser condenada la demandada.

DEVOLUCIÓN DE APOORTE ARL	
MES	APOORTE
oct-16	\$ 10.400

nov-16	\$ 6.800
dic-16	\$ 6.800
ene-17	\$ 6.800
feb-17	\$ 3.853
TOTAL	\$ 34.653

10. Prima de vacaciones y navidad. No se accederá a esta pretensión pues la Sala de Decisión Laboral no encuentra fundamento legal, convencional o acuerdo entre las partes, en virtud del cual deba imponerse condena sobre estas acreencias laborales al empleador.

11. Perjuicios materiales y morales. Sobre el particular, es del caso resaltar que para hablar de indemnización de perjuicios es necesario acreditar los elementos estructurales de la responsabilidad general, esto es, el daño, la culpa y el nexo causal entre lo primero y lo segundo; en efecto, la imputación de responsabilidad requiere de tres elementos concurrentes: el padecimiento de un daño por parte de quien reclama la indemnización; una actuación culposa o dolosa de la demandada probada en el proceso y un nexo de causalidad entre la culpa y el daño. Cada uno de estos elementos es considerado como un presupuesto axiológico de la responsabilidad que debe acreditarse en cualquier reclamación de esta naturaleza.

Descendiendo al caso en concreto, la parte imputa a la demandada el suceso de la terminación de la relación laboral, aduciendo que aquello le trajo consigo un perjuicio patrimonial y extrapatrimonial, por lo que solicita su pago. Sin embargo, para la Sala es claro que al revisar los medios de convicción que fueron allegados al plenario, no demuestra cosa diferente a la inexistencia del perjuicio pretendido, en tanto que no existe elemento de prueba que acredite la causación del mismo.

En ese sentido, y contrario a lo aducido por la actora, el daño no puede ser presumido a partir del motivo que posiblemente llevó a las partes finalizar de común acuerdo la relación laboral, por el contrario, debe tenerse plena certeza de que se generó, situación que a la postre no se cumplió, pues, como se dijo en precedencia, no se incorporó medio de convicción para su demostración. Además, esta Sala tampoco evidencia que esté probada la actuación culposa y reprochable de la demandada, cuando esta decidió finiquitar el laborío, pues como se vio en líneas atrás, la terminación no fue producto o como consecuencia de una decisión unilateral, sino de un mutuo acuerdo entre las partes, de manera que su obrar no tuvo fuente inmediata en un hecho antijurídico o un obrar negligente, como lo pretende hacer valer la demandante.

Por consiguiente, al no estructurarse uno o más de los presupuestos, es decir, el actuar reprochable y el daño previamente probado, tampoco sería posible predicar un nexo de causalidad que permita afirmar que fue el actuar culposo la causa adecuada del daño cuya indemnización pretende. En tal contexto y al no encontrarse reunidos los presupuestos jurídicos y fácticos para que proceda esta condena, se sigue absolver a la demandada en lo que respecta a esta pretensión.

12. Costas. En ambas instancias a cargo de la demandada, conforme a lo dispuesto en el numeral 4 del artículo 365 del C.G.P.

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 5 de febrero del 2022, por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este

proveído, para en su lugar, **DECLARAR** la existencia de un contrato de trabajo entre la señora **CAROL VIVIANA HIGUERA DÍAZ** y **FUNDACIÓN INSTITUTO COLOMBIANO DE INVESTIGACIONES OFTALMOLÓGICAS - FICIO** entre el 23 de agosto de 2002 al 17 de febrero de 2017.

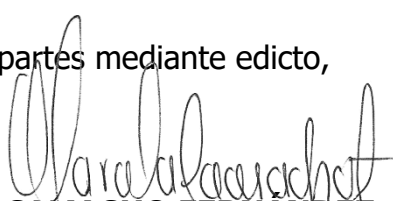
SEGUNDO: CONDENAR a la demandada **FUNDACIÓN INSTITUTO COLOMBIANO DE INVESTIGACIONES OFTALMOLÓGICAS - FICIO**, a pagar a la señora **CAROL VIVIANA HIGUERA DÍAZ**, las siguientes sumas de dinero:

- a) **\$29.915.321**, por concepto de auxilio de cesantía.
- b) **\$1.623.870**, por concepto de intereses sobre el auxilio de cesantía.
- c) **\$11.965.162**, por concepto de prima de servicios.
- d) **\$9.515.086**, por concepto de vacaciones.
- e) **\$298.030**, por la devolución de los aportes a pensión y salud pagados por la actora en exceso.
- f) **\$34.653**, por concepto de devolución de aportes a ARL.
- g) Por concepto de indemnización moratoria del artículo 65 del C.S.T., la suma de **\$141.488,27**, desde el día siguiente a la fecha de terminación del contrato de trabajo, es decir, 18 de febrero del 2017 y hasta por veinticuatro (24) meses, que equivale a **\$101.871.552**; y a partir del primer día del mes veinticinco (25) el empleador deberá pagar a la demandante los intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Bancaria, y hasta cuando el pago de prestaciones sociales se verifique.

TERCERO: DECLARAR PROBADA de manera parcial la excepción de prescripción propuesta por la encartada **FUNDACIÓN INSTITUTO COLOMBIANO DE INVESTIGACIONES OFTALMOLÓGICAS - FICIO** y las demás no probadas.

CUARTO: CONDENAR en costas en ambas instancias en favor de la parte demandante y a cargo de **FUNDACIÓN INSTITUTO COLOMBIANO DE INVESTIGACIONES OFTALMOLÓGICAS - FICIO**.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Magistrada


ELCY JIMÉNEZ VALENCIA CASTRILLÓN

Magistrada


ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

Magistrado
Salva Voto

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-

AUTO PONENTE

Costas en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor de **CAROL VIVIANA HIGUERA DÍAZ** y a cargo de **FUNDACIÓN INSTITUTO COLOMBIANO DE INVESTIGACIONES OFTALMOLÓGICAS - FICIO**, en la suma de \$4.000.000.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada