

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

**Magistrada Ponente:
LUZ MARINA IBÁÑEZ HERNÁNDEZ**

**Bogotá D.C., veintinueve (29) de septiembre de dos mil veintitrés
(2023)**

Número de Proceso: 110013105005 2021 00034 01

Demandante: Gabriel Suárez Ramírez

**Demandado: Administradora Colombiana de Pensiones -
Colpensiones, Skandia Administradora de
Fondos de Pensiones y Cesantías S.A y la
Administradora de Fondos de Pensiones y
Cesantías Porvenir S.A.**

Procede la Sala Segunda Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, conformada por los magistrados, Marceliano Chávez Ávila, Claudia Angélica Martínez Castillo y Luz Marina Ibáñez Hernández, quien actúa como ponente, a dictar la siguiente PROVIDENCIA de segunda instancia dentro del presente proceso, así:

AUTO

Se reconoce personería adjetiva para actuar al abogado Nicolás Ramírez Muñoz, identificado con C.C. No. 1.018.463.893 y portador de la T.P. No. 302.039 expedida por el Consejo Superior de la Judicatura, como apoderado sustituto de Colpensiones, conforme a la sustitución allegada a la carpeta de segunda instancia (archivo 6).

I. ANTECEDENTES:

1. PRETENSIONES

El señor **Gabriel Suárez Ramírez**, actuando por intermedio de apoderado judicial, demandó a la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, Skandia Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías S.A y la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.- Porvenir S.A., con el fin de obtener las siguientes pretensiones (fº. 2 del archivo 2):

“1. Se deje sin efecto ni eficacia jurídica su traslado a los Fondos de Pensiones Old Mutual Pensiones y Cesantías S.A. y Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., para de esa forma el demandante regrese al sistema de régimen de pensiones de prima media con prestación definida que administra Colpensiones.

2. Como consecuencia se ordene a las demandadas el traslado del demandante al régimen de pensiones de prima media con prestación definida que administra Colpensiones, con el consecuente traslado del capital ahorrado.

3. Se condene en costas y agencias en derecho a la entidad que se oponga a las pretensiones.”

2. HECHOS RELEVANTES

Como fundamentos fácticos de las súplicas, en síntesis, señaló, que:

1. Se afilió al Instituto de Seguros Sociales el 1º de abril de 1981.
2. Se trasladó a Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. en el año de 1998.
3. En febrero de 2001 hace un movimiento horizontal a Old Mutual Pensiones y Cesantías S.A.
4. En los casos en que se efectuó su migración de un fondo a otro, no hubo la debida información, para que pudiera tomar en forma objetiva tal determinación.

5. Que la mesada pensional que le podría reconocer el fondo privado correspondería al salario mínimo legal vigente para la época, mientras que, en el RPM, esta sería equivalente a \$2.340.800.
6. El 2 de octubre de 2019 solicitó su retorno a Colpensiones, pero tal pedimento fue desatado de manera desfavorable en la misma fecha.

3. ACTUACIÓN DEL JUZGADO

La demanda fue presentada ante el Centro de Servicios Administrativos Jurisdiccionales para los juzgados civiles y de familia, el 1 de febrero de 2021 (archivo 1) y admitir el libelo introductorio con proveído del 5 de marzo de 2021 (archivo 3).

La Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., presentó contestación oponiéndose a los pedimentos de la demanda. No aceptó los hechos planteados en la demanda. Propuso las excepciones que denominó prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación, y la genérica. Como motivos de defensa expuso que el acto del traslado, fue efectuado de manera libre, informada y espontánea, libre de presiones y engaños (archivo 05).

Skandia Administradora de Fondos de Pensiones Cesantías S.A contestó la demanda, y se opuso a las súplicas. En cuanto a los hechos informó que no le constaban, eran parcialmente ciertos o no ser ciertos. Propuso las excepciones que denominó: Skandia no participó ni intervino en el momento de selección de régimen, el demandante se encuentra inhabilitado para el traslado de régimen en razón de la edad y tiempo cotizado, ausencia de configuración de causales de nulidad, inexistencia de violación al debido proceso para el momento de la afiliación al RAIS, ausencia de falta al deber de asesoría e información, los supuestos fácticos de este proceso no son iguales o similares ni siquiera parecidos al contexto de las sentencias invocadas por el demandante, prescripción, buena fe, y la genérica (archivo 06).

La Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, dio contestación en forma legal y oportuna, oponiéndose a las pretensiones; en cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento de la actora, y la petición presentada; sobre los restantes manifestó que no son ciertos o no le constan. Como medios de defensa propuso las que denominó la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (Acto Legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política), buena fe de Colpensiones, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, improcedencia de declaratoria de ineficacia de afiliación de los casos de pensionados en el RAIS, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción, y la innominada o genérica. Fundó su oposición en que, el demandante se trasladó al RAIS de manera libre y voluntaria, ejerciendo su derecho de libre escogencia, verificándose una negligencia por esta, al no auscultar sobre su situación pensional, además, de encontrarse inmersa en una prohibición legal para retornar al RPM (archivo 07).

Con auto del 3 de mayo de 2022, el Juzgado de conocimiento notificó por conducta concluyente a las demandadas y se aceptó el llamado en garantía presentado por Mapfre Colombia Vida Seguros S.A., ordenando la notificación de la aseguradora (archivo 11).

Mapfre Colombia Vida Seguros S.A, no avaló lo reclamado por la parte actora. Afirmó que, el traslado al RAIS se efectuó en el marco de la autonomía de la voluntad, siendo un acto libre y espontáneo; dijo no constarle la totalidad de los hechos relacionados en la demanda. Como excepciones propuso las de, el acto jurídico de afiliación al RAIS fue debidamente informado y todas las decisiones tomadas por la demandante se dieron al amparo del principio de “autonomía de la voluntad”, sin estar mediadas y/o determinadas por error o vicio alguno del consentimiento, siendo absolutamente lícitas y válidas; inexistencia de motivos que

tipifiquen alguna causal de nulidad material o de invalidación del acto jurídico de afiliación de la petente a las AFP demandadas y la vinculada; legalmente “la demandante” se encuentra inhabilitada para trasladarse de régimen pensional, por estar en el período de carencia; reconocimiento oficioso de excepciones. Respecto al llamado en garantía efectuado, también sentó su oposición, al considerar que, “el único objeto de éste previsional regulado en los artículos 70 y 77 de la Ley 100 de 1993, es que, en caso de realizarse el riesgo, se impone para la aseguradora el pago de la suma adicional para completar el capital que financie el monto de la pensión de invalidez o sobreviviente” (archivo 15).

4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El JUZGADO QUINTO LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ, mediante sentencia del 10 de febrero de 2023, puso fin a la primera instancia de la siguiente manera (archivo 41 ibídem):

“PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA del traslado de régimen de prima media al de ahorro individual realizado por el señor **GABRIEL SUÁREZ RAMÍREZ**, a través de **PORVENIR S.A.**

SEGUNDO: ORDENAR a **SKANDIA S.A.**, que traslade a **COLPENSIONES** el valor de las cotizaciones efectuadas junto con rendimientos, frutos e intereses, y a la COLPENSIONES a recibir los aportes del demandante, procediendo a actualizar su historia laboral.

TERCERO: CONDENAR en **COSTAS** únicamente a **SKANDIA S.A.** y **PORVENIR S.A.**, inclúyase como agencias en derecho cuatro (4) salarios mínimos legales mensuales vigentes a cargo de cada una de estas AFP.

CUARTO: En caso de que este fallo no fuera apelado, **CONSÚLTESE** con el superior a favor de **COLPENSIONES”**

En lo que interesa a la alzada, sostuvo que, de acuerdo a la línea jurisprudencial de la H. Corte Suprema de Justicia – Sala Laboral, se han resuelto estos problemas jurídicos. Estimó que, la carga de la prueba le corresponde a las administradoras, de acuerdo a lo preceptuado en el Decreto 720 de 1994, luego entonces, de los diversos formularios de traslados, se puede colegir el registro de información personal del actor,

pero no las ventajas, desventajas o características de cada régimen; para dirimir la controversia tampoco era necesario que el peticionario fuera beneficiario del régimen de transición; del interrogatorio de parte recepcionado no se extrae una confesión; además, que falló Skandia en el deber de oportunidad, pues no le informó al trabajador la posibilidad que tenía de retornar al RPM o permanecer en el RAIS, debiendo accederse a la declaratoria de ineficacia, con las consecuencias que de ella se derivan, separándose razonadamente de la tesis de la H. Corte Suprema de Justicia, en cuanto a no ordenar la devolución de cuotas de administración, gastos de administración y seguros previsionales, al estimar que, al retrotraerse la actuación como si nunca hubiera estado en el RAIS, no se generaron rendimientos a su favor, por otro lado, en la actualidad el demandante se encuentra cubierto por una aseguradora y el otro concepto, tiene su génesis en la Ley, no siendo viable que se ordene su devolución.

5. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del *a quo*, Colpensiones interpuso recurso de apelación argumentando que no existen elementos que evidencien la existencia de algún vicio del consentimiento al momento de la afiliación, al no tener una expectativa legítima para acceder a la pensión, y tampoco era beneficiario del régimen de transición; por otro lado, no se logró acreditar que se hubiere suministrado una información errónea por parte de los fondos, por cuanto para el año del traslado, solamente se debía informar sobre las condiciones a la hora del traslado, por tanto, no procede la declaratoria de ineficacia, al existir desinterés de la parte actora y decide continuar cotizando al RAIS.

6. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en la Ley 2213 de 2022, Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en la Ley 2213 de 2022, Porvenir SA presentó alegatos en esta

Exp. No. 005 2021 00034 01

instancia, argumentando que el acto jurídico de traslado goza de plena validez, sin existir vicios del consentimiento.

A su turno, Colpensiones también presentó alegatos en esta instancia, reiterando los argumentos expuestos en su apelación, además de manifestar que el actor se encuentra dentro de la prohibición legal de traslado.

Por su parte, el demandante y Skandia SA solicitan se confirme la decisión de primera instancia.

7. PROBLEMAS JURÍDICOS.

El problema jurídico que ocupa la atención de la Sala se circunscribe en determinar si Colpensiones está legitimado para cuestionar el acto jurídico del traslado de régimen pensional, cuando la AFP no presentó oposición alguna a la declaratoria de ineficacia de mismo.

II. CONSIDERACIONES

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

Colpensiones interpone recurso de apelación en el que indica que en el asunto no se configuran los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado; en este sentido se recuerda que era la AFP Porvenir SA quien tenía la carga de probar que, efectivamente, al afiliado se le dio toda la información veraz, pertinente y segura de cuáles eran las condiciones de su eventual pensión en el RAIS, por ser quien tiene la información sobre el particular, al haber sido la que impulsó el traslado de régimen pensional; sin que Colpensiones tenga injerencia alguna ni legitimidad para cuestionar este punto, ya que no participó en el mentado negocio

jurídico y la aludida AFP en momento alguno se mostró inconforme con esa decisión al no recurrirla.

Por lo que la alzada se restringe únicamente a revisar la procedencia o no de las condenas impuestas a Colpensiones, no sin antes hacer las siguientes precisiones en torno a la ineficacia del traslado:

1. El análisis de la eficacia del acto jurídico de migración del RPMPD al RPM por ausencia de una debida información de parte de las AFP no debe abordarse desde la figura jurídica de las nulidades si no por medio de la institución de la ineficacia, con excepción de las consecuencias de su declaratoria las cuales se rigen por lo previsto por el artículo 1746 del Código Civil relativo a los efectos de aquella (CSJ SL1688-2019, CSJ SL1465-2021, CSJ SL4297-2022, CSJ SL3155-2022, CSJ SL610-2023).
2. No resulta procedente que el sentenciador exija demostrar que el consentimiento expresado al momento en que se tomó la determinación cuestionada estuvo afectado por algún vicio, esto es error, fuerza o dolo (CSJ SL1566-2022, CSJ SL3155-2022, CSJ SL610-2023) y que en caso de estarlo se configuraría un yerro de derecho que no lo afectaba (CSJ SL2279-2021).
3. La Corte Suprema de Justicia, Sala Casación Laboral en forma reiterada jurisprudencia ha señalado que, cuando el conflicto suscitado tiene como origen la omisión de información al afiliado por parte de la AFP en el momento de traslado de régimen pensional debe analizarse desde la figura jurídica de la ineficacia, puesto que al transgredirse el derecho a que el cambio de régimen pensional sea libre y voluntario, el efecto jurídico previsto por el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, no es otro, que el de la ineficacia de la afiliación (CSJ SL3871-2021, CSJ SL 3611-2021, CSJ SL3537-2021).

Por lo que no resulta adecuado entonces, como lo señala Colpensiones que el demandante probara la configuración de un vicio en su consentimiento (error de hecho, fuerza o dolo), puesto que como quedó visto el análisis del caso controvertido debe centrarse en establecer si la administradora de pensiones

cumplió con su deber de información en el momento en que el afiliado tomó la decisión de cambiarse de sistema pensional.

4. Desde el surgimiento de los fondos privados en el sistema pensional han tenido la obligación de suministrar al afiliado una ilustración «comprensible y suficiente, sobre las consecuencias favorables y desfavorables que su decisión acarrea» pues es lo que conduce a que el usuario realmente tenga un consentimiento informado, el que ha sido definido como «un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen» (CSJ SL19447-2017, CSJ SL4324-2022) permitiendo así, que la decisión de traslado sea libre y voluntaria como lo exige el ordenamiento jurídico (CSJ SL4322-2022, CSJ SL1055-2022, CSJ SL610-2023).

5. Por lo previo son las administradoras de pensiones quienes tienen que acreditar que durante la migración entre el RPMPD al RAIS, se otorgaron los datos completos, necesarios y, suficientes, ya que la afirmación por parte del demandante de que tal obligación fue omitida, configura la existencia de una negación indefinida que, tiene como consecuencia la inversión de la carga de la prueba en armonía con el mandato establecido en el canon 1604 del Código Civil (CSJ SL1217-2021, CSJ SL3871-2021, CSJ SL5686-2021).

6. Y con relación a que la actora no era beneficiaria del régimen de transición, y por ello no lo habilita para declarar la ineficacia, ni la legislación ni la jurisprudencia tienen establecido que, para su procedencia, sea necesario que el afiliado, al momento del traslado, haya reunido los requisitos para acceder a la pensión en el régimen anterior al que estuviese afiliado. *“de modo que elementos tales como la tener una expectativa legítima de adquirir el derecho pensional, entre otros, no constituyen prerrequisitos sustanciales para demandar y eventualmente obtener dicha declaratoria”* (CSJ SL1452-2019, CSJ SL4064-2021 y CSJ SL 2483-2022).

7. El resultado de la declaratoria de lo pretendido en el presente juicio trae consigo el regreso al régimen de prima media con prestación definida, lo cual implica que el fondo privado tenga la obligación de retornar a Colpensiones todos los emolumentos que percibió mientras el demandante estuvo vinculado al RAIS lo que incluye no solamente el capital, si no los rendimientos, cuotas de administración, comisiones, aportes para las garantías de pensión mínima, más seguros previsionales debidamente indexada, cobijando también todas las vinculaciones que hubiese tenido en dicho sistema (CSJ SL3464-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL5280-2021, CSJ SL1055-2022, CSJ SL2369-2022, CSJ SL610-2023).

En virtud de lo anterior, se deberá condenar tanto a Skandia como a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. a devolver a Colpensiones lo descontado por concepto de gastos de administración, primas de seguros previsionales y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados a fin de contrarrestar la pérdida de poder adquisitivo de la moneda, y con cargo a sus propios recursos; al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen. Y es que, es apenas natural que se devuelvan todos los dineros aportados y generados en el RAIS para que pueda retrotraer el estado de afiliación del demandante. De no operar dicho reembolso, se le estaría dando efectos parciales a dicha declaratoria, y ello, además, implicaría un enriquecimiento sin justa causa a costa de los aportes del cotizante y su empleador.

Bajo este entendimiento, ante la indiscutible falta de información que se le debió brindar al demandante en el momento de su traslado de régimen pensional, se adicionará la decisión apelada y consultada, en los términos ya indicados.

PLAZO PARA EL TRASLADO DE LOS DINEROS

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

COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Dado el resultado desfavorable del recurso para la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, se le impondrá las costas en esta instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO.- ADICIONAR el ordinal segundo de la sentencia proferida el 10 de febrero de 2023, por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá, la cual fue apelada y consultada, en el sentido de condenar tanto a Skandia Administradora de Fondos de Pensiones Cesantías S.A y a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones, además de los valores ordenados por el *A quo*, lo descontado por concepto de gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, por todo el tiempo en que el actor estuvo afiliado a cada una de esas AFP. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

Exp. No. 005 2021 00034 01

SEGUNDO.- ADICIONAR la sentencia apelada y consultada en el sentido de conceder a Skandia Administradora de Fondos de Pensiones Cesantías S.A y a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., el término de 30 días contados a partir de la ejecutoria de esta sentencia, para que pongan a disposición de la Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones-, las sumas ordenadas.

TERCERO.- CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada y consultada.

CUARTO.- Costas en esta instancia a cargo de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones. Inclúyase en la liquidación respectiva la suma de un (1) smmlv, por concepto de agencias en derecho.

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



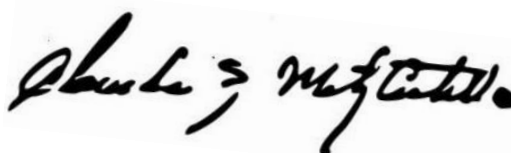
LUZ MARINA IBAÑEZ HERNANDEZ

Magistrada



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Magistrado



CLAUDIA ANGÉLICA MARTÍNEZ CASTILLO

Magistrada

Exp. No. 005 2021 00034 01

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

Magistrada Ponente:
LUZ MARINA IBÁÑEZ HERNÁNDEZ

Bogotá D.C., veintinueve (29) de septiembre de dos mil veintitrés (2023)

Número de Proceso: 110013105011 2021 00044 01

Demandante: Víctor Manuel Carranza

Demandado: Cemex Colombia S.A.

Procede la Sala Segunda Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, conformada por los magistrados, Marceliano Chávez Ávila, Claudia Angélica Martínez Castillo y Luz Marina Ibáñez Hernández, quien actúa como ponente, a dictar SENTENCIA de segunda instancia dentro del presente proceso, de la manera siguiente:

I. ANTECEDENTES:

1. PRETENSIONES

El señor VÍCTOR MANUEL CARRANZA, demandó a CEMEX COLOMBIA S.A. antes Cementos Diamante S.A. y Cementos Apulo S.A., con el fin que se declare la existencia de un contrato de trabajo entre el 16 de octubre de 1973 y el 16 de octubre de 1984, el cual terminó sin justa causa.

Consecuencia de lo anterior, se condene al reconocimiento y pago de la pensión sanción, a partir del 28 de diciembre de 2005, se liquide la prestación conforme a los salarios debidamente indexados; retroactivo causado, junto con las mesadas adicionales de junio y diciembre e intereses moratorios.

En forma subsidiaria reclama la indexación; costas y agencias en derecho.

2. HECHOS RELEVANTES

Como fundamento fáctico de las súplicas, el actor, en síntesis, señaló que:

1. Nació el 28 de diciembre de 1945.
2. La sociedad Cementos Apulo S.A. fue subordinada de Cementos Diamante hoy Cemex Colombia S.A..
3. Fue vinculado mediante contrato de trabajo a término indefinido con Cementos Apulo el 16 de octubre de 1973.
4. El 16 de octubre de 1984 la demandada dio por terminada la relación laboral.
5. El último salario devengado fue de \$819,⁵⁰.
6. Del 16 de octubre de 1973 al 30 de abril de 1974 y del 2 de enero de 1975 al 16 de octubre de 1984, se omitió el pago de los aportes al sistema de seguridad social al Instituto de Seguros Sociales.
7. La accionada solo realizó aportes al ISS en el período del 1 de mayo de 1974 al 1 de enero de 1975 (folio 3 del archivo 5 del expediente digital).

3. ACTUACIÓN DEL JUZGADO

La demanda fue presentada ante el Centro de Servicios Administrativos Jurisdiccionales para los juzgados civiles y de familia, el 5 de febrero de 2021 (archivo 1), siendo admitida por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Bogotá, con proveído del 2 de noviembre de 2021 (fº. 33 del archivo 6), la cual fue notificada por correo electrónico a la convocada, el 5 de noviembre de 2021 (fº 3, archivo 7).

Cemex Colombia S.A., contestó la demanda dentro del término legal. Con relación a los hechos admitió: *i)* la prestación de servicio del demandante en las fábricas de Tolima y Apulo – Cundinamarca; *ii)* el vínculo laboral perduró por espacio de 11 años a favor de Cementos Apulo S.A; *iii)* Los aportes al sistema de seguridad social fueron realizados entre el 1 de mayo de 1974 y el 1 de enero de 1975.

Propuso como medios exceptivos los que denominó pago de las obligaciones, cobro de lo no debido, buena fe, falta de legitimación por pasiva y aplicación del principio de la realidad sobre la forma. Como fundamento de su defensa sostuvo

que el demandante estuvo vinculado con la compañía Cementos Apulo S.A. hoy Cemex entre el 16 de octubre de 1973 y el 16 de octubre de 1984, el cual feneció por renuncia del trabajador. (Archivo 8).

4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El JUZGADO ONCE LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ, mediante sentencia de fecha, 4 de agosto de 2022, dispuso:

“PRIMERO. - ABSOLVER a la demandada persona jurídica de derecho privado CEMEX COLOMBIA S.A. de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por parte del ciudadano VICTOR MANUEL CARRANZA de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de la presente sentencia.

SEGUNDO. – ABSOLVER Sin agencias en esta instancia y sin costas por no haberse causado.

TERCERO. - CONSULTAR esta decisión con la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en favor del demandante, en el evento de no ser apelada oportunamente por este sujeto procesal, y de conformidad con los argumentos normativos de orden procesal expuestos en la parte motiva de esta sentencia”

Fundó su decisión en que, se encontraba acreditada la terminación por del contrato, por renuncia voluntaria presentada por el demandante, luego entonces, al no verificarse el despido, no había lugar a reconocer la prestación económica reclamada.

5. ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en la Ley 2213 de 2022, la parte demandada presentó alegatos en esta instancia, en los que solicitó se confirmará la decisión primigenia, al encontrarse acreditado que el vínculo laboral entre las partes acaeció por renuncia del trabajador.

6. PROBLEMA JURÍDICO.

Establecer si el señor, Víctor Manuel Carranza tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión sanción en los términos señalados en la Ley 171 de 1961.

II. CONSIDERACIONES

Se conoce en segunda instancia en virtud del grado jurisdiccional consulta establecido en el artículo 69 del CPT y SS, por ser una sentencia totalmente adversa a los intereses del extrabajador demandante, y no haber sido apelada.

No es motivo de discusión que el actor laboró en la Compañía Cementos Diamante S.A., hoy Cemex Colombia S.A., en las fábricas del Tolima y Apulo S.A., desde el 16 de octubre de 1973 hasta el 16 de octubre de 1984, devengando como último sueldo la suma de \$819,⁵⁰, de acuerdo a la certificación emitida por el Gerente Administración de Personal de Cemex Colombia S.A. (folio 10 del archivo 3). Además, fueron hechos aceptados por la convocada a juicio al momento de contestar la demanda (hecho 5, folio 8, archivo 3).

La tesis de la parte actora, tiene como fundamento en que el contrato de trabajo se extendió desde el 16 de octubre de 1973 hasta el 16 de octubre de 1984, fecha para la cual fue despedido sin justa causa. El demandado, por el contrario, sostuvo que la terminación del vínculo laboral lo fue por renuncia voluntaria del señor Víctor Manuel Carranza, razón esta para no tener derecho a la pensión sanción, argumento que fue avalado por el juez de primer grado.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia, SL 1494-2014, respecto a la norma aplicable en materia de pensión restringida de jubilación, fue enfática en señalar, que se debe aplicar la norma vigente al momento del retiro del trabajador, pues el cumplimiento de la edad es tan solo una condición para su exigibilidad. (Ver, entre otras, CSJ SL, 25 may. 2008, rad. 32933; CSJ SL, 1 dic. 2009, rad. 34974; y CSJ SL 14 nov. 2012, rad. 45637, SL1494-2015).

En el caso *sub lite*, la terminación del contrato de trabajo del demandante ocurrió el 16 de octubre de 1984, por lo que la norma aplicable al presente caso, es el art 8° de la Ley 171 de 1961, el cual señala:

“El trabajador que sin justa causa sea despedido del servicio de una empresa de capital no inferior a ochocientos mil pesos (\$800.000.00), después de haber laborado para la misma o para sus sucursales o subsidiarias durante más de diez (10) años y menos de quince (15) años, continuos o discontinuos, anteriores o posteriores la vigencia de la presente ley, tendrá derecho a que la empresa lo pensione desde la fecha de su despido, si para entonces tiene cumplidos sesenta (60) años de edad, o desde la fecha en que cumpla esa edad con posterioridad al despido.

Si el retiro se produjere por despido sin justa causa después de quince (15) años de dichos servicios, la pensión principiará a pagarse cuando el trabajador despedido cumpla los cincuenta (50) años de edad o desde la fecha del despido, si ya los hubiere cumplido. Si después del mismo tiempo el trabajador se retira voluntariamente, tendrá derecho a la pensión pero solo cuando cumpla sesenta (60) años de edad.

La cuantía de la pensión será directamente proporcional al tiempo de servicios respecto de la que le habría correspondido al trabajador en caso de reunir todos los requisitos necesarios para gozar de la pensión plena establecida en el artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo, y se liquidará con base en el promedio de los salarios devengados en el último año de servicios.

En todos los demás aspectos de la pensión aquí prevista se regirá por las normas legales de la pensión vitalicia de jubilación”

De manera que, de acuerdo con el precepto transcrito, son dos los requisitos esenciales para acceder a la pensión restringida de jubilación; en primer lugar, que los servicios hayan sido prestados por más de 10 años y menos de 15 años continuos o discontinuos y, en segundo lugar, que la terminación del vínculo se haya producido por decisión unilateral y sin justa causa de la empresa.

Bajo tales derroteros, se tiene que, de acuerdo con la certificación de folio 8 y 10 del archivo 3 del expediente digital, se puede corroborar que Víctor Manuel Carranza prestó sus servicios a la Compañía Cementos Diamante desde el 16 de octubre de 1973 al 16 de octubre de 1984, es decir, el vínculo se prolongó por espacio de 11 años. Ahora bien, fue allegada copia de carta elaborada por el demandante y dirigida a Jorge E Bernal Eusse, en calidad de gerente encargado de Cementos Apulo S.A., de fecha 16 de octubre de 1984 (folio 5 del archivo 9), en la que, indicó:

“Con la presente me permito presentar ante Usted renuncia al cargo de trabajo que desempeño en la Compañía y por ende estoy renunciado al trabajo a partir de la fecha.

Agradezco a Usted y por su intermedio a la Compañía la atención que le merezca la presente”

Fue así como el gerente encargado (folio 4 del archivo 9), en la misma data dio respuesta al pedimento, de la siguiente manera:

“En atención a su comunicación de la fecha, nos permitimos informarle que la Compañía acepta la renuncia del cargo que en ella presenta Usted, a partir de la fecha.

Favor presentarse a la Oficina de Personal para que se le liquiden y paguen las prestaciones legales y convencionales a que tiene derecho, previo el examen médico de retiro si desea que se le practique.

En nombre de la Compañía le expreso sus agradecimientos por los servicios prestados a ella”

Luego entonces, del caudal probatorio se tiene que, el vínculo contractual que existió entre las partes, no feneció por despido injusto de Cementos Diamante hoy Cemex Colombia S.A., sino, por renuncia voluntaria del trabajador, descartándose de esta manera, los argumentos esgrimidos en el libelo genitor, deviniendo de ello, que no hay lugar al reconocimiento de la pensión sanción consagrada en la ley 171 de 1961 (art. 8º) y como las demás pretensiones dependían de la prosperidad del reconocimiento de la pensión sanción, las mismas tampoco saldrán avante. En tal sentido se confirmará la sentencia de primera instancia.

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

R E S U E L V E

PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia consultada, de fecha cuatro (4) de agosto de dos mil veintidós (2022), proferida por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Bogotá.

SEGUNDO.- Sin costas en esta instancia, al conocerse del trámite en el grado jurisdiccional de consulta.

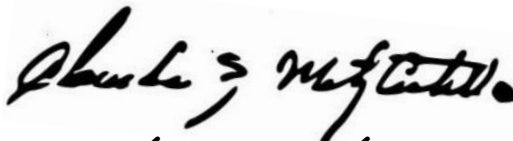
Notifíquese y cúmplase.



LUZ MARINA IBAÑEZ HERNANDEZ
Magistrada



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado



CLAUDIA ANGÉLICA MARTÍNEZ CASTILLO
Magistrada

**Número de Proceso: 110013105011 2021 00044 01. Demandante: Víctor
Manuel Carranza. Demandado: Cemex Colombia S.A.**

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

Magistrada Ponente:
LUZ MARINA IBÁÑEZ HERNÁNDEZ

Bogotá D.C., veintinueve (29) de septiembre de dos mil veintitrés (2023)

Número de Proceso: 110013105019 2018 00177 01
Demandante: EDISON UMAÑA TAMAYO
Demandado: PORSCHE COLOMBIA S.A.S

Procede la Sala Segunda Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, conformada por los magistrados, Marceliano Chávez Ávila, Claudia Angélica Martínez Castillo y Luz Marina Ibáñez Hernández, quien actúa como ponente, a dictar SENTENCIA de segunda instancia dentro del presente proceso, de la manera siguiente:

I. ANTECEDENTES:

1. PRETENSIONES

EDISON UMAÑA TAMAYO, actuando por intermedio de apoderada judicial, demandó a Porsche Colombia SAS, con el fin que se le reintegre al cargo que venía desempeñando al momento del despido, al encontrarse amparado por el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 y sin el permiso del Inspector del Trabajo. En consecuencia, solicita se eleve condena al pago de los salarios dejados de percibir desde el despido y hasta cuando se produzca su reintegro al cargo.

Subsidiariamente, reclama: *i).* el pago de las cesantías, intereses a las cesantías, vacaciones, primas de servicio, causados durante todo el tiempo laborado y con el salario realmente devengado; *ii)* sanción del artículo 65 CST al descontársele la suma de \$11.735.730, cuando realmente adeudaba la suma de \$9.482.523, reintegrándole la suma de \$2.253.207 de manera

extemporánea; *iii*). indemnización por despido injusto; *iv*) aportes al sistema de seguridad social desde la fecha del despido hasta su reintegro; *v*) costas.

2. HECHOS RELEVANTES

Como fundamentos fácticos de sus súplicas, el actor en síntesis señaló que: *i*) fue vinculado en Porsche Colombia S.A.S, mediante contrato de trabajo a término indefinido como – analista de sistemas - desde el 1° de enero de 2012 hasta el 31 de enero de 2018, devengando en el último año de servicios, la suma de \$7.079.000, cuando le fue terminado el contrato sin justa causa; *ii*) tuvo un accidente, practicando football, que le generó dolencias en su rodilla derecha, siéndole reconstruía la LCA Semit Grascilis; *iii*) la intervención quirúrgica fue realizada en la Clínica la Sabana el 25 de octubre de 2017 y le fue emitida incapacidad hasta el 23 de noviembre, *iv*) después de presentarse el finiquito contractual le fueron ordenadas 15 terapias físicas y aún se encuentra en tratamiento médico por el diagnóstico de inestabilidad crónica de la rodilla; *v*) se encontraba en una situación especial de salud, al encontrarse en tratamiento médico, *vi*) tenía una deuda con Compensar y a la fecha del despido, presentaba un saldo negativo de \$9.482.523, sin embargo, de la liquidación de acreencias le fue descontado un valor superior al de su obligación; *vii*) el 5 de febrero de 2018, le fue realizado examen de egreso, en el que fue diagnosticado con artroscopia diagnóstica de rodilla derecho; *viii*) no se tramitó ante el Ministerio de Trabajo autorización para desvincularlo de su trabajo; *ix*) no ha podido seguir con su tratamiento médico, al encontrarse desvinculado del sistema de seguridad social (fº. 8 del archivo 3).

3. ACTUACIÓN DEL JUZGADO

La demanda fue presentada ante el Centro de Servicios Administrativos Jurisdiccionales para los juzgados civiles y de familia, el 16 de marzo de 2018 (archivo 2), y la misma fue admitida por el Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Bogotá, mediante auto de fecha 9 de abril de 2018, (archivo 4), siendo notificada de manera personal al apoderado de Porsche Colombia S.A.S., el 9 de mayo de 2018 (fl.º 53 ibídem).

La sociedad Porsche Colombia S.A.S. contestó la demanda dentro del término legal. Con relación a los hechos admitió la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido, los extremos temporales, así como las funciones desplegadas por el dador de laborío y el salario percibido; además, que, lo afilió al fondo de cesantías, pensiones, salud y caja de compensación familiar, autorizándole el retiro de las cesantías; igualmente, aceptó que al actor se le practicó una intervención quirúrgica. Negó que al promotor del litigio se le hubieren emitido tratamiento médico o terapias, pues, después de haber cumplido la incapacidad no volvió a presentar reporte médico, controles, terapias y tampoco tenían conocimiento de recomendaciones médico-laborales, prestando sus servicios en condiciones normales para la fecha del retiro, no gozando de estabilidad laboral reforzada, al no encontrarse disminuido físicamente, ni en estado de debilidad manifiesta para realizar su trabajo. Propuso las excepciones de liquidación laboral ajustada a derecho; temeridad y mala fe del demandante

Como fundamento de su defensa, en apretada síntesis sostuvo que, la empresa no ha infringido las normas constitucionales y legales relacionadas con la estabilidad laboral reforzada, subrogando la obligación de velar por la salud al sistema de seguridad social, por ello, le fue prestado el servicio médico en la Clínica de la Sabana y emitieron incapacidad equivalente a 30 días, interregno de tiempo, en el que le hicieron controles y terapias con el fin de lograr su recuperación. Para la fecha de la desvinculación, el demandante, no presentaba incapacidad, ni había sido declarado inválido, tampoco le habían sido emitidas recomendaciones laborales, por ello, no se puede pregonar que el contrato feneció a causa del estado de salud del trabajador y mucho menos que, se pudiera inferir que el trabajador no estaba en óptimas condiciones de salud (fº. 69 del archivo 3).

4. FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

El JUZGADO DIECINUEVE LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ, mediante sentencia de fecha 22 de abril de 2022, dispuso (archivo 7 del expediente digital):

“PRIMERO: CONDENAR a la **SOCIEDAD PORSCHE DE COLOMBIA S.A.S. con NIT 900.466.209-7**, a REINTEGRAR al demandante señor EDISON UMAÑA TAMAYO identificado con C.C. N° 11.442.364 a su cargo o uno de igual o mejor categoría acorde a sus capacidades físicas y aptitudes si fuere necesario, junto con el pago de los salarios, vacaciones y prestaciones sociales sin solución de continuidad, a partir del 31 de enero de 2018 y en adelante hasta se verifique el reintegro del trabajador.

SEGUNDO: Se ordena que la parte demandada realice la correspondiente compensación, descontando los pagos que haya recibido el demandante a la terminación del vínculo.

TERCERO: Se condena en costas a la parte demandada.”

En lo que interesa a la alzada, fundó su determinación la *a quo*, en que, de acuerdo a lo dispuesto por la H. Corte Suprema de Justicia – Sala Laboral, en sentencia SL10538-2016, el trabajador goza de estabilidad laboral reforzada, cuando acredita una limitación moderada, que corresponde a una pérdida de capacidad laboral entre el 15 y el 25%, por lo tanto, de acuerdo al acervo probatorio, el actor, no se encuentra calificado con ese grado de minusvalidez, sin embargo, de acuerdo a lo establecido por la H. Corte Constitucional en sentencia SU049-2017, que las personas que presenten una afectación en su salud e impidan o dificulte el desempeño de sus labores en condiciones regulares, no es necesario contar con un dictamen. Es así como de las pruebas incorporadas, se podía concluir que el actor presentaba “artroscopia de rodilla derecha” y estaba activo en tratamiento médico, por el cual fue sometido a una cirugía y requirió bastón para caminar y le fue emitida incapacidad médica, siendo necesario que el empleador, solicitara permiso ante el Ministerio del Trabajo, para terminar el contrato de trabajo, dada la afectación médica que tenía para dicha data. Por otro lado, aseveró que, del interrogatorio de parte, rendido por el representante legal de la demandada, se podía establecer que la empresa tenía conocimiento del accidente médico sufrido por el trabajador, más el hecho notorio de las incapacidades, que advierten las condiciones de salud del actor.

5. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del *a quo*, la demandada la recurre en apelación, argumentando que el trabajador no presentaba inconvenientes de salud, y tampoco había presentado ante la empresa, recomendaciones ni

incapacidades médicas que permitiera inferir que no estuviera en óptimas condiciones de salud, al fenecimiento del vínculo laboral. Después de que le fuese emitida incapacidad al señor Umaña, por una lesión sufrida, fuera de su jornada laboral, se reincorporó y no presentó novedad alguna respecto a su salud. Se pretende una estabilidad a la que no tenía derecho, al desarrollar su actividad de manera normal.

6. PROBLEMA JURÍDICO

Teniendo en cuenta los motivos de inconformidad de la demandada, la Sala procede a resolver si Edison Umaña Tamayo, para la fecha de terminación del contrato de trabajo gozaba de estabilidad laboral reforzada por fuero de salud, y en caso afirmativo si tendría derecho a las pretensiones derivadas de esta garantía.

7. ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en la Ley 2213 de 2022, las partes en contienda presentaron alegatos en esta instancia.

El promotor litigioso solicita se confirme la sentencia de primera instancia, pues, en su sentir, el accidente que sufrió, fue en cumplimiento de órdenes de su empleador y a pesar de haber sido intervenido quirúrgicamente el 25 de octubre de 2017, y ordenarse terapias, fue despedido el 31 de enero de 2018, sin haberse tramitado ante el Ministerio de Trabajo, el correspondiente permiso, además de presentar una tendinitis y síndrome de túnel del carpo.

A su turno, la empresa demandada, trae a colación sentencias emitidas tanto por la H. Corte Constitucional como por la Corte Suprema de Justicia e indica que, el accidente sufrido por el ex trabajador, acaeció un día domingo, se le practicó una cirugía, y le fue expedida incapacidad, sin embargo, para la fecha del finiquito contractual, el actor, no se encontraba incapacitado, ni le habían sido emitido recomendaciones médicas, además, caminaba sin auxilio alguno, por lo tanto, reclamó la revocatoria de la sentencia.

II. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 66 A del CPT y la SS, procede la sala a realizar el análisis de los reparos efectuados por las partes en la sustentación del recurso impetrado.

No fue objeto de controversia que: *i)* entre el demandante y Porshe Colombia S.A.S., existió un contrato de trabajo desde el 1° de enero de 2012 y el 31 de enero de 2018; *ii)* el empleador, lo dio por terminado sin justa causa el 31 de enero de 2018. Hechos estos que fueron aceptados por la demandada al contestar la demanda y se corrobora con los medios de convicción allegados al plenario, tales como el contrato de trabajo, carta de terminación del mismo y liquidación de acreencias laborales (fº. 23; 81- 84; 88 del archivo 3).

De la estabilidad Laboral reforzada

Como se expuso el actor pregona que tiene derecho a la estabilidad laboral reforzada en razón a que afirma que, un día de descanso se encontraba en prácticas de football y tuvo un accidente, que le ocasionó varias dolencias en su rodilla derecha, generándole una intervención quirúrgica, dolores, terapias, y fue diagnosticado con “LCA SEMIT GRASCILIS”, siendo incapacitado entre el 25 de octubre y el 23 de noviembre de 2017, y despedido, cuando se encontraba enfermo y asistiendo a terapias físicas.

El demandado negó que el fenecimiento del vínculo hubiera acaecido por los quebrantos de salud del actor, pues, este se encontraba totalmente recuperado de su lesión y ulterior cirugía, pues, no presentó a la empresa, constancias de visitas médicas, recomendaciones, órdenes de terapias, con posterioridad a su reintegro de la incapacidad; por el contrario, sus servicios eran prestados en condiciones normales, por lo que, no pudo inferir que este, no se encontrara en óptimas condiciones de salud.

El a quo para resolver el problema jurídico planteado, estimó que, al encontrarse en tratamiento médico el trabajador, a la fecha de terminación del vínculo laboral, la empresa debió mantener el vínculo laboral vigente, hasta tanto obtuviera el permiso del Ministerio del Trabajo, además, porque,

de acuerdo a la declaración rendida por el representante legal de Porsche, la empresa, tenía conocimiento de las afectaciones en la salud del actor.

Para resolver las bifurcaciones planteadas, se tendrá en cuenta lo preceptuado en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad del 13 de diciembre de 2006, que a la letra señala:

“Artículo 1: El propósito de la presente Convención es promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente.

Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”.

Por otro lado, la misma norma convencional, en su artículo 27, preceptúa:

“1. Los Estados Partes reconocen el derecho de las personas con discapacidad a trabajar, en igualdad de condiciones con las demás; ello incluye el derecho a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente elegido o aceptado en un mercado y un entorno laborales que sean abiertos, inclusivos y accesibles a las personas con discapacidad. Los Estados Partes salvaguardarán y promoverán el ejercicio del derecho al trabajo, incluso para las personas que adquieran una discapacidad durante el empleo, adoptando medidas pertinentes, incluida la promulgación de legislación, entre ellas:

a) Prohibir la discriminación por motivos de discapacidad con respecto a todas las cuestiones relativas a cualquier forma de empleo, incluidas las condiciones de selección, contratación y empleo, la continuidad en el empleo, la promoción profesional y unas condiciones de trabajo seguras y saludables;

b) Proteger los derechos de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a condiciones de trabajo justas y favorables, y en particular a igualdad de oportunidades y de remuneración por trabajo de igual valor, a condiciones de trabajo seguras y saludables, incluida la protección contra el acoso, y a la reparación por agravios sufridos;

c) Asegurar que las personas con discapacidad puedan ejercer sus derechos laborales y sindicales, en igualdad de condiciones con las demás;

d) Permitir que las personas con discapacidad tengan acceso efectivo a programas generales de orientación técnica y vocacional, servicios de colocación y formación profesional y continua;

e) Alentar las oportunidades de empleo y la promoción profesional de las personas con discapacidad en el mercado laboral, y apoyarlas para la búsqueda, obtención, mantenimiento del empleo y retorno al mismo; -23-

f) Promover oportunidades empresariales, de empleo por cuenta propia, de constitución de cooperativas y de inicio de empresas propias;

g) Emplear a personas con discapacidad en el sector público;

h) Promover el empleo de personas con discapacidad en el sector privado mediante políticas y medidas pertinentes, que pueden incluir programas de acción afirmativa, incentivos y otras medidas;

i) Velar por que se realicen ajustes razonables para las personas con discapacidad en el lugar de trabajo;

j) Promover la adquisición por las personas con discapacidad de experiencia laboral en el mercado de trabajo abierto;

k) Promover programas de rehabilitación vocacional y profesional, mantenimiento del empleo y reincorporación al trabajo dirigidos a personas con discapacidad.

2. Los Estados Partes asegurarán que las personas con discapacidad no sean sometidas a esclavitud ni servidumbre y que estén protegidas, en igualdad de condiciones con las demás, contra el trabajo forzoso u obligatorio.”

Esta convención fue aprobada mediante la Ley 1346 del 31 de julio de 2009, donde el Estado Colombiano se comprometió a promover y proteger los derechos fundamentales de las personas que tuviesen una discapacidad y para ello, debía adelantar las gestiones legislativas y administrativas idóneas.

De acuerdo a la responsabilidad contraída, se emitió la Ley 1618 del 27 de febrero de 2013, por medio del cual se establecen disposiciones para garantizar el ejercicio pleno de los derechos de las personas con discapacidad, y dispuso:

“Artículo 2°. Definiciones. Para efectos de la presente ley, se definen los siguientes conceptos:

1. Personas con y/o en situación de discapacidad: Aquellas personas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a mediano y largo plazo que, al interactuar con diversas barreras incluyendo las actitudinales, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás.

2. Inclusión social: Es un proceso que asegura que todas las personas tengan las mismas oportunidades, y la posibilidad real y efectiva de acceder, participar, relacionarse y disfrutar de un bien, servicio o ambiente, junto con los demás ciudadanos, sin ninguna limitación o restricción por motivo de discapacidad, mediante acciones concretas que ayuden a mejorar la calidad de vida de las personas con discapacidad.

3. Acciones afirmativas: Políticas, medidas o acciones dirigidas a favorecer a personas o grupos con algún tipo de discapacidad, con el fin de eliminar o reducir las desigualdades y barreras de tipo actitudinal, social, cultural o económico que los afectan.

4. Acceso y accesibilidad: Condiciones y medidas pertinentes que deben cumplir las instalaciones y los servicios de información para adaptar el entorno, productos y servicios, así como los objetos, herramientas y utensilios, con el fin de asegurar el acceso de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones, al entorno físico, el transporte, la información y las comunicaciones, incluidos los sistemas y las tecnologías de la información y las comunicaciones, tanto en zonas urbanas como rurales. Las ayudas técnicas se harán con tecnología apropiada teniendo en cuenta estatura, tamaño, peso y necesidad de la persona.

5. Barreras: Cualquier tipo de obstáculo que impida el ejercicio efectivo de los derechos de las personas con algún tipo de discapacidad. Estas pueden ser:

- **a) Actitudinales:** Aquellas conductas, palabras, frases, sentimientos, preconcepciones, estigmas, que impiden u obstaculizan el acceso en condiciones de igualdad de las personas con y/o en situación de discapacidad a los espacios, objetos, servicios y en general a las posibilidades que ofrece la sociedad;

- **b) Comunicativas:** Aquellos obstáculos que impiden o dificultan el acceso a la información, a la consulta, al conocimiento y en general, el desarrollo en condiciones de igualdad del proceso comunicativo de las personas con discapacidad a través de cualquier medio o modo de comunicación, incluidas las dificultades en la interacción comunicativa de las personas.

- **c) Físicas:** Aquellos obstáculos materiales, tangibles o contruidos que impiden o dificultan el acceso y el uso de espacios, objetos y servicios de carácter público y privado, en condiciones de igualdad por parte de las personas con discapacidad.” (Resaltado de la Sala)

A su turno, el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 prevé que:

“(...) En ningún caso la discapacidad de una persona, podrá ser motivo para obstaculizar una vinculación laboral, a menos que dicha discapacidad sea claramente demostrada como incompatible e insuperable en el cargo que se va a desempeñar. Así mismo, ninguna persona en situación de discapacidad podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su discapacidad, salvo que medie autorización de la oficina de Trabajo.

No obstante, quienes fueren despedidos o su contrato terminado por razón de su discapacidad, sin el cumplimiento del requisito previsto en el inciso anterior, tendrán derecho a una indemnización equivalente a ciento ochenta días del salario, sin perjuicio de las demás prestaciones e indemnizaciones a que hubiere lugar de acuerdo con el Código Sustantivo del Trabajo y demás normas que lo modifiquen, adicionen, complementen o aclaren.”

Dicho precepto fue declarado exequible de manera condicionada en sentencia C-531 de 2000, bajo el entendido que carece de todo efecto jurídico el despido o la terminación del contrato de una persona por razón de su limitación sin

que exista autorización previa de la Oficina de Trabajo que constate la configuración de la existencia de una justa causa para el despido o terminación del respectivo contrato. Y, en todo caso, el precepto en cita ordena pagar al trabajador despedido sin el cumplimiento de dicho requisito, una indemnización equivalente a ciento ochenta días del salario.

A su vez, la Sala de Casación Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia, en sentencia hito SL1154 de 2023 destacó dos aspectos importantes, a saber; en primer lugar, que este instrumento internacional es vinculante no solo para el entendimiento del concepto de discapacidad, sino de la protección de estabilidad contenida en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997; en segundo lugar, que *“la identificación de la discapacidad a partir de los porcentajes previstos en el artículo 7.º del Decreto 2463 de 2001 es compatible para todos aquellos casos ocurridos antes de la entrada en vigor de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, el 10 de junio de 2011 para deficiencias de largo plazo, y el 7 de febrero de 2013 para aquellas de mediano y largo plazo, conforme a la Ley Estatutaria 1618 de ese año”*. Y con relación al alcance de la citada disposición normativa a la luz de la Convención Sobre Derechos de las Personas con Discapacidad, indicó que la protección de estabilidad laboral reforzada se determina conforme a los siguientes parámetros objetivos:

“a) La existencia de una deficiencia física, mental, intelectual o sensorial a mediano y largo plazo. Entiéndase por deficiencia, conforme a la CIF, «los problemas en las funciones o estructuras corporales tales como una desviación significativa o una pérdida». Por tanto, no cualquier contingencia de salud por sí misma puede ser considerada como discapacidad.

b) La existencia de una barrera para el trabajador de tipo actitudinal, social, cultural o económico, entre otras, que, al interactuar con el entorno laboral, le impiden ejercer efectivamente su labor en condiciones de igualdad con los demás;

c) Que estos elementos sean conocidos por el empleador al momento del despido, a menos que sean notorios para el caso.”

Y con respecto a la existencia de las barreras, enfatizó que el trabajador tiene derecho a que las mismas luego de conocidas por el empleador, sean *“mitigadas por el empleador, mediante los ajustes razonables”*. Y señala como ajustes razonables *“una lista no cerrada de medidas o adaptaciones que los*

empleadores pueden implementar para eliminar o mitigar esas barreras y permitir la plena participación de las personas con discapacidad en el trabajo.

Asimismo, los ajustes razonables deben fundarse en criterios objetivos y no suponer «una carga desproporcionada o indebida» para el empleador. La determinación de la razonabilidad o proporcionalidad de los ajustes requeridos podrían variar, según cada situación, lo que implica para los empleadores hacer un esfuerzo razonable para identificar y proporcionar aquellos que sean imprescindibles para las personas con discapacidad. Y en caso de no poder hacerlos debe comunicarle tal situación al trabajador»

En ese sentido, al momento de evaluarse la situación de discapacidad y garantizar la estabilidad laboral reforzada, es imprescindible que queden probados tres elementos;

“(i) La existencia de una deficiencia física, mental, intelectual o sensorial, una limitación o discapacidad de mediano o largo plazo -factor humano-;

(ii) El análisis del cargo, sus funciones, requerimientos, exigencias, el entorno laboral y actitudinal específico -factor contextual-; y

(iii) La contrastación e interacción entre estos dos factores -interacción de la deficiencia o limitación con el entorno laboral-.

“Si del análisis referido se concluye que el trabajador está en situación de discapacidad y la terminación del vínculo laboral no se funda en una causa objetiva o justa, tal decisión se considera discriminatoria y, por ello, es preciso declarar su ineficacia, acompañada de la orden de reintegro y el pago de salarios y demás emolumentos respectivos, junto con los ajustes razonables que se requieran y la indemnización contemplada en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

Ahora, el empleador conserva en todo caso la facultad de terminar el contrato de trabajo con sustento en una causa justa u objetiva y, para tal efecto, no es necesario que solicite autorización ante el Ministerio de Trabajo. El referido trámite administrativo se requerirá cuando el despido tenga una relación directa con la situación de discapacidad y no fue posible implementar ajustes razonables...”

Siendo relevante anotar que, los criterios utilizados para definir y configurar la discapacidad y la protección por estabilidad laboral, por fuero de salud, parafraseando lo expuesto por el órgano de cierre, consisten en, encontrar acreditada una limitación o deficiencia física, psíquica o sensorial a mediano y largo plazo, que impida al trabajador interactuar, no solo en su entorno laboral, sino social, entendiendo ello, como los obstáculos que pueden presentarse respecto a las demás personas, en el campo actitudinal,

comunicativo o físico, siendo estas barreras, la forma en cómo se puede impedir el acceso a espacios, objetos, servicios, información, consulta y adquisición de conocimiento.

Como medios de convicción se recepcionó el interrogatorio de parte del representante legal de la empresa, quien no señaló nada diferente a lo expuesto en la contestación de la demanda.

En interrogatorio de parte, el actor informó haber tenido una ruptura de ligamento cruzado, por el cual fue intervenido quirúrgicamente el 25 de octubre, le fueron expedidas incapacidades por el término de dos meses, pero solo se tomó un mes, pese a ello, la compañía le dio por terminado el contrato de trabajo, estaba en terapias y dolor de la rodilla; con posterioridad al 24 de noviembre de 2017, le fueron expedidas incapacidades y terapias, las cuales fueron presentadas a Ángela Luna, encargada de Recursos Humanos y a su jefe inmediato; sus funciones consistían en velar por el área de tecnología, cargando, configurando, instalando, llevando, viajando, en el área de estructura tecnológica.

Como testigo se presentó a declarar Giovanni Matos, trabaja en el área de software de tecnología de Porsche, desde el año 2015, precisando que, el demandante, era profesional de infraestructura tecnológica, en otra área de la empresa; se enteró que, en un partido de fútbol, él se lesionó y después de la incapacidad se reincorporó a sus labores, pero no recuerda si le volvieron a emitir una incapacidad; después del 23 de noviembre, lo vio cojeando, pero estima que, después de una cirugía es algo entendible; pero para el 31 de enero de 2018, no recuerda haberlo visto con quebranto de salud, máxime que trabajaban sentados.

Como pruebas documentales tenemos, exámenes, ordenes e historia clínica emitidos con anterioridad a la terminación del contrato de trabajo: (archivo 3)

La EPS Clínica Colsanitas, el 20 de agosto de 2017, le realiza “R.M. Rodilla Derecha Simple” y el 28 de septiembre de 2017, exámenes de laboratorio (fl. 35, 39-40)

Hoja quirúrgica emitida por la Clínica La Sabana del 25 de octubre de 2017, en la que se registró el ingreso del demandante a la institución para realizar “RECONSTRUCCIÓN LIGAMENTO CRUZADO ANTERIOR RODILLA DERECHA” (sic) (fl. 28).

De acuerdo a epicrisis de la misma fecha, al actor se le realizó el procedimiento quirúrgico consecuencia de ello, se le recomendó “NO MOJAR NI RETIRAR EL VENDAJE, MANTENER LA EXTREMIDAD ELEVADA EN EXTENSIÓN, APLICAR HIELO LOCAL 3 VECES AL DÍA EN BOLSA, MARCHA ASISTIDA CON MULETAS, APOYAR LA EXTREMIDAD AL CAMINAR, MOVILIZAR TOBILLO Y DEDOS DEL PIESIGNOS DE ALARMA>DOLOR SEVERO2.EDEMA (INFLAMACION)3.SANGRADO ACTIVO4.FIEBRE” (sic), otorgándose una incapacidad del 25 de octubre de 2017 al 23 de noviembre de la misma anualidad (folio 30).

Para el 16 de noviembre de 2017, fue atendido por el médico ortopedista y traumatólogo, en el que, registró “PACIENTE EN POS OPERATORIO DE RECONSTRUCCIÓN DE LCA DE LA RODILLA DX SEMIT GRASCILIS EL 25-0717, VIENE CAMINANDO CON UN BASTON , HAY RETRACCION EN FLEXION, SE INSISTE EN HACER FISIOTERAPIA Y SE EXPLICA LA IMPORTANCIA DE HACER ESTENSION (sic), HAY ERITEMA EN PUNTOS DISTALES POR LO QUE DOY CIPROXACILINA Y RETINO DE PUNTOS”, finalizando el registro médico, diagnosticándose “INESTABILIDAD CRONICA DE LA RODILLA” (folio 31 del archivo 3).

El 17 de noviembre de 2017, el promotor litigioso vuelve a ser atendido por el ortopedista y se registra en el que se dio como plan “SEGUIR EN FISIOTERAPIA INTENSIVA Y CITA EN 08 DIAS PARA DECIDIR SI QUIERE MAS REHABILITACIÓN Y MAS INCAPACIDAD” (folio 32 del archivo 3).

Es así como, el 28 de noviembre de 2017 se registra por el galeno tratante que: “PACIENTE EN POS OPERATORIO RECONSTRUCCION LCA SEMIT GRASCILIS DE LA RODILLA DERECHA EL 25-10-2017, VIENE A CONTROL, HA REALIZADO 10 SESIONES DE FISIOTERAPIA **CAMINANDO SIN AUXILIO**. PLAN SEGUIR FISIOTERAPIA POR 10 SESIONES CITA AL FINALIZAR TERAPIA. YA ESTA TRABAJANDO SE RECOMIENDA MÁXIMO CUIDADO AL CAMINAR Y NO DEPORTES NI SALTOS” (folio 33).
Resaltado de la sala.

Igualmente, se incorporó al cartulario órdenes médicas emitidas con posterioridad al 31 de enero de 2018 (archivo 1), así:

El médico ortopedista atiende al paciente el 2 de febrero de 2018 y da orden de seguir con 15 sesiones de fisioterapia (fº. 46).

El 5 de febrero de 2018, asiste nuevamente a consulta, en el que se registra que el paciente “...DE RECONSTRUCCION LCA RODILLA DERECHA **VIENE CAMINANDO BIEN**, MANIFIESTA QUE LE DUELE UN POCO Y SE LE INFLAMA A VECES FALSEA HA REALIZADO 20 TERAPIAS” (sic).

Recomendándose en dicha oportunidad, “HACER MAS TERAPIAS SE DA ORDEN 15 SESIONES NO DEBE EN LO POSIBLE SUBIR Y BAJAR ESCALERAS Y CARGAR OBJETOS PESADOS CITA EN 20 DÍAS A 01 MES”. (folio 34 del archivo 3).

Para la misma data, el área de Salud Ocupacional de Sanitas, realiza valoración al actor, registrándose, que el cargo desempeñado era el de “Ingeniero IT”, teniendo asignadas como funciones “Administrador de la plataforma y la infraestructura tecnológica, manejo de videoterminales, viajes, visita a clientes, manipulación de equipos de cómputo (impresoras, pc, torres, módems, infraestructura tecnológica) en data center refiere exposición a ruido y a vapores, humos, polvo...”, ejerciendo sus labores “Sentado 60%, De pie 40%, Movimientos repetitivos: Del hombro, Del codo, De la muñeca”, siendo su esfuerzo más frecuente “descargar, cargar, empujar, levantar”, diagnosticándose de manera principal “trastornos interno de la rodilla, no especificado (M239), Derecho (a), pop tardío de reparación ligamento cruzado anterior por artroscopia rodilla derecha, Confirmado nuevo, Causa Externa: Enfermedad general”, ordenándose su remisión por solicitud del médico tratante a “Medicina Física y Rehabilitación (EPS) Por solicitud del médico tratante. Justificación: tincl y phalen positivos derechos, dolor pronosupinación muñeca derecha se recomienda toma de electromiografía + neuroconducciones miembros superiores para descartar síndrome túnel del carpo” (sic) (fº. 102-108).

Del acervo probatorio, se puede concluir sin elucubración alguna que, en efecto, Edison Umaña presentó quebrantos de salud, con anterioridad al 31 de enero de 2018 y, producto de ello, le fue practicada una cirugía en su rodilla, además, le fueron ordenadas terapias, con el fin mejorar la movilidad de esta; sin embargo, no obra prueba alguna, que acredite que tuviese una deficiencia física, mental, intelectual o sensorial a mediano y largo plazo, esto es, problemas en las funciones corporales de manera significativa, pues

como lo ha señalado nuestro máximo órgano de cierre de la Jurisdicción Ordinaria en su especialidad laboral, no cualquier contingencia de salud puede ser considerada como discapacidad.

Además, brota por su ausencia la prueba de la existencia de barreras, que le impidieran interactuar con su entorno laboral, y le obstaculizara ejercer efectivamente su labor en condiciones de igualdad con los demás colaboradores, por el contrario, lo que está demostrado es que, al actor, le fue emitida incapacidad del 25 de octubre al 23 de noviembre de 2017, pero con posterioridad a dicha fecha, las únicas recomendaciones que se dieron a este, era la realización de terapias, con el fin de mejorar la movilidad en su pierna, dada la intervención quirúrgica a la que había sido sometido, por otro lado, que tuviera cuidado al caminar y no realizara saltos ni deportes, situación que en manera alguna, da a entender que, Edison debía prestar sus servicios en condiciones especiales, máxime, que de acuerdo a la información registrada por el médico tratante, para el 28 de noviembre el paciente, ya no caminaba con asistencia (muletas).

Amén de lo expuesto, tampoco se pasa inadvertido que, con posterioridad a la desvinculación de Porsche Colombia S.A.S., se emitieron sendas órdenes para la realización de terapias, valoraciones y, adicional a ello, se realizó examen de retiro, en el que se solicita la remisión del trabajador a medicina física, pero con el fin de descartar posibles afectaciones por túnel del carpo, situación o afectación, ajena a la aquí debatida, pues, en lo tocante a la rodilla, solamente le indicaron que “estilo de vida saludable, continuar manejo por fisioterapia por lesión osteomuscular rodilla derecha...” (fº. 103 archivo 3), pudiendo concluirse que, para la fecha de la realización de este estudio, las secuelas de la cirugía realizada en el mes de octubre, estaba controlada y, por tanto, no afectaban el normal desarrollo de sus actividades laborales.

Resaltándose que, en este tópico, le correspondía al accionante acreditar no solo la existencia del diagnóstico de reconstrucción de “LCA DE LA RODILLA DX SEMIT GRASCILIS”, pues este por sí solo no dispensa protección, sino que también la existencia de la barrera, y que el empleador conociera de esta para que pudiera hacer los ajustes razonables. Pero se itera, no está

acreditado en el plenario la existencia de aquellas, que le impidiera actuar con su entorno laboral.

En síntesis, de los medios de convicción reseñados en precedencia, se colige que la patología que presentó Edilson Umaña Tamayo, no constituye complicación considerable en su estado de salud, que lo hagan merecedor a la especial protección reclamada. De ahí que, al no haberse demostrado que su contrato de trabajo finalizó por razón de su discapacidad, no hay lugar a aplicar las consecuencias establecidas en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

COSTAS.

Dadas las resultas del recurso de alzada, las costas de ambas instancias, estarán a cargo de Edilson Umaña Tamayo.

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

R E S U E L V E

PRIMERO.- REVOCAR la sentencia del 22 de abril de 2022 y, en su lugar, absolver a Porsche Colombia S.A.S. de las pretensiones incoadas por Edison Umaña Tamayo de acuerdo a los argumentos expuestos en la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO.- Costas de las instancias, a cargo de la parte demandante. Inclúyase en la liquidación respectiva la suma de un (1) smmlv, por concepto de agencias en derecho de esta instancia.

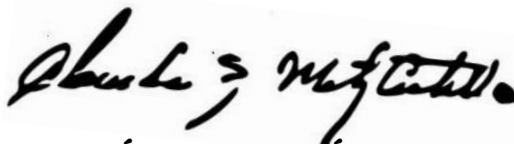
Notifíquese legalmente a las partes y cúmplase.



LUZ MARINA IBAÑEZ HERNANDEZ
Magistrada



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado



CLAUDIA ANGÉLICA MARTÍNEZ CASTILLO
Magistrada

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

Magistrada Ponente:
LUZ MARINA IBÁÑEZ HERNÁNDEZ

Bogotá D.C., veintinueve (29) de septiembre de dos mil veintitrés (2023)

Número de Proceso: 110013105006 2010 00231 02
Demandante: Luz Lilia Sánchez Velasco
Demandado: Administradora de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.

Procede la Sala Segunda Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, conformada por los magistrados, Marceliano Chávez Ávila, Claudia Angélica Martínez Castillo y Luz Marina Ibáñez Hernández, quien actúa como ponente, a dictar SENTENCIA de segunda instancia dentro del presente proceso, de la manera siguiente:

I. ANTECEDENTES:

1. PRETENSIONES

LUZ LILIA SÁNCHEZ VELASCO, en nombre propio y en representación de su hija Maylin Yineth Pineda Sánchez, por intermedio de apoderado judicial, demandó a la AFP Porvenir SA, con el fin que se declare que las dos últimas empleadoras del señor Jairo Enrique Pineda Simijaca (Asistencia Laboral C&T Ltda. y Cootraflor – Cooperativa de Trabajo de Floricultores de La Sabana) efectuaron aportes a pensión por los ciclos de enero a agosto de 2003 con destino a Colfondos SA, quien posteriormente trasladó las cotizaciones a Porvenir SA.

Consecuencia de lo anterior, se debe condenar a la demandada a reconocer y pagar la pensión de sobrevivientes en forma proporcional entre las demandantes, a partir del 8 de agosto de 2003, en cuantía equivalente a un

smlmv; junto con la indexación de las sumas, la “indemnización moratoria”, lo que resulte probado en uso de las facultades extra y ultra petita, y las costas.

2. HECHOS RELEVANTES

Como fundamento fáctico de las súplicas las actoras, en síntesis, señalaron que: (f.º 111 a 115 del archivo 05 del expediente digital) así:

1. Luz Lilia Sánchez convivió con Jairo Enrique Pineda Simijaca aproximadamente durante 7 años y procrearon a Maylin Yineth Pineda Sánchez.
2. El afiliado falleció violentamente el 7 de agosto de 2003.
3. Al momento de su deceso, el causante cumplía con los requisitos legales para que sus beneficiarias accedieran a la pensión de sobrevivientes.
4. Entre el 24 de abril de 2002 y el 30 de abril de 2003 el *de cujus* laboró con Asistencia Laboral C&T Ltda., la cual lo mantuvo afiliado al sistema de seguridad social, pagando los aportes cumplidamente, a excepción de los ciclos enero, febrero, marzo y abril de 2003, que fueron consignados extemporáneamente.
5. Del 1º de mayo al 7 de agosto de 2003, el trabajador laboró con Cootraflor, empresa que lo mantuvo afiliado al sistema de seguridad social, efectuando cotizaciones a Colfondos SA hasta septiembre de 2003.
6. Colfondos SA trasladó los aportes del afiliado a Porvenir SA, sin ningún tipo de objeción, generándose una aceptación tácita respecto a estos pagos.
7. A finales del 2003 reclamaron ante la AFP, en nombre propio y en representación de su hija menor, el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, obteniendo respuesta negativa mediante oficio n° CJB-04-3741

del 21 de enero de 2004, con el argumento que no se acreditaban las 50 semanas de cotización en los 3 años anteriores al deceso.

8. El 25 de junio de 2009 radicó una nueva reclamación pensional, la cual fue negada el 18 de agosto de 2009.

9. Por otro lado, el afiliado también cotizó más del 20% de los aportes, contabilizados, desde la fecha en que cumplió 20 años hasta su deceso.

10. El 25 de junio de 2009 presentó una nueva reclamación de reconocimiento prestacional, pero fue despachada en forma desfavorable el 18 de agosto de 2009.

10. BBVA no ejerció acciones de cobro, frente a los empleadores del trabajador.

11. Promovió proceso laboral, el cual fue conocido por el Juzgado 19 Laboral del Circuito de Bogotá bajo el radicado No. 2004-1013, en el que se reclamó el reconocimiento y pago de una pensión sanción y otros derechos laborales a favor del fallecido.

12. El aludido trámite fue remitido al Juzgado 11 Laboral de Descongestión del Circuito de Bogotá, quien profirió sentencia el 31 de marzo de 2009, en la que, condenó parcialmente a Asistencia Laboral C&T Ltda. al pago de unos salarios y prestaciones, pero negó el reconocimiento de la pensión sanción.

3. ACTUACIÓN DEL JUZGADO

La demanda fue presentada ante el Centro de Servicios Administrativos Jurisdiccionales para los juzgados civiles de familia, el 9 de abril de 2010 (carpeta 1, archivo 1) y la misma fue admitida por el Juzgado Sexto Laboral del circuito de Bogotá D.C., con proveído del 24 de mayo de 2010 (carpeta 1, archivo 6), siendo enviada citación de que trata el artículo 291 del CGP, el 4 de junio de 2010, a la Carrera 11 No. 87-51 Piso 7, de esta ciudad, donde se entregó comunicación el 8 de junio de 2010 (carpeta 1, archivo 7, f° 5), conforme a ello, se procedió a remitir el aviso de notificación el 25 de junio de 2010 (carpeta 1, archivo 7, f° 10), a la misma dirección de la comunicación anterior.

La convocada no se notificó personalmente, pero, aportó escrito de contestación de demanda y el juzgado de conocimiento con auto del 17 de septiembre de 2010, dio por contestada la misma y ordenó la integración del litis consorcio necesario de Asistencia Laboral C&T Ltda. (carpeta 1, archivo 12).

BBVA Horizonte Pensiones y Cesantías (Hoy Porvenir S.A) contestó la demanda dentro del término legal. Con relación a los hechos, aceptó como cierto la reclamación presentada por las demandantes y la respuesta desfavorable. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó inexistencia de obligación a cargo de mi representada de reconocer y pagar la pensión de sobrevivientes pretendida en la demanda por ausencia de los presupuestos y requisitos establecidos en la ley para tener derecho a dicha pensión; ausencia de derecho sustantivo, responsabilidad del empleador obligado al pago oportuno de los aportes al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones; cobro de lo no debido, mala fe de la demandante, prescripción, buena fe de la AFP y compensación.

En apretada síntesis expuso la convocada a juicio que, a pesar de que Jairo Pineda estaba afiliado a dicha entidad, no cumplía con los requisitos legales, para que sus beneficiarios accedieran a la prestación económica, al no haber cotizado al sistema de seguridad 50 semanas, durante los últimos 3 años anteriores a su deceso, pues, estimó que, *“el empleador Asitencia Laboral C%T LTDA no realizó los pagos correspondientes a los períodos enero de 2003 a abril de 2003 en forma cumplida, tal como se discrimina en la comunicación antes citada, presentando mora en dichos pagos, tal como se registra en el formato de cálculo para el cumplimiento de requisitos adjunto”* (sic), además, porque las cotizaciones que pudieron realizar los empleadores a su favor, no fueron transferidos a Horizonte (carpeta 1, archivo 09, fl. 4 del expediente digital).

Con el fin de lograr la notificación de la empresa convocada como litis consorte, la parte actora, remitió citación de comparecencia a la Calle 7 No. 10-10 Piso 2, de Madrid – Cundinamarca, pero Inter Rapidísimo, certificó la devolución del documento, con nota que *“NO VIVE O NO LABORA EN LA DIRECCIÓN SUMINISTRADA”*, (carpeta 1, archivo 23, fº 5), procediendo la interesada a solicitar el emplazamiento de la empresa (carpeta 1, archivo 7, fº. 3) y resolviéndose en forma positiva la solicitud, con auto del 19 de septiembre de 2011 (carpeta 1, archivo 25).

Fue así como se libraron las comunicaciones a los auxiliares de la justicia, designados y tomando posesión del cargo, la curadora ad litem el 22 de septiembre de 2011 (carpeta 1, archivo 26, f°l. 4), quien contestó dentro del término legal. Con relación a los hechos, aceptó que el ex trabajador había fallecido el 7 de agosto de 2003 y que el derecho reclamado había sido negado. Respecto a los restantes fundamentos fácticos, precisó que, no le constaban o no estaban demostrados. No propuso excepciones (archivo 27 del expediente digital).

Debe resaltarse que, el Juzgado Quince Laboral de Descongestión del Circuito de Bogotá, profirió sentencia el 29 de noviembre de 2013, en la que, absolvió a la demandada de todas las pretensiones formuladas en su contra, al concluir que el causante no contaba con 50 semanas de cotización requeridas por la ley para generar en favor de sus beneficiarios la pensión de sobrevivientes. La anterior decisión fue revocada por la Sala de Descongestión Laboral de este Tribunal, a través de sentencia del 9 de mayo de 2014 y, en su lugar, concedió la prestación a las dos reclamantes, en un 50% para cada una (carpeta 1, archivo 61 y 68, folio 39).

En proveído del 14 de agosto de 2019 la Sala de Descongestión de la Corte Suprema de Justicia, al considerar que no se vinculó al trámite a Fabián Enrique Pineda Layton, hijo menor de edad del causante, resolvió declarar la nulidad de todo lo actuado desde el auto de fecha 24 de octubre de 2014, que admitió el recurso de casación formulado por el apoderado judicial de la AFP accionada y dispuso la devolución del expediente a este Tribunal para adoptar los correctivos procesales pertinentes.

La Sala Laboral de este Tribunal, a través de auto del 9 de septiembre de 2019, en cumplimiento a lo ordenado por la máxima Corporación de la jurisdicción ordinaria en su especialidad laboral, declaró la nulidad de todo lo actuado a partir del proveído dictado el 24 de mayo de 2010, por el cual se admitió la demanda, con el fin de que Fabián Enrique Pineda Layton fuese vinculado como litis consorte necesario por pasiva (carpeta 1, archivo 69, f°l. 4).

El Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Bogotá, con auto del 1° de octubre de 2019, dio cumplimiento a lo dispuesto por esta Sala de Decisión y requirió a las

partes para que informaran el lugar de domicilio del vinculado, procediéndose a avalar y ordenar la citación de Pineda Leyton a la Calle 129 D n° 152-80 (carpeta 1, archivo 62, f°. 10), sin embargo, la empresa de mensajería “Pronto Envíos”, certificó que ésta no existía (carpeta 1, archivo 62, f°. 4), ordenándose su emplazamiento, el 23 de noviembre de 2021 (carpeta 1, archivo 65, f° 21).

Fue así como el auxiliar de la justicia designado para representarlo, con relación a los hechos dijo que estos no le constaban. Propuso las excepciones de buena fe, declaratoria de otras excepciones – genérica (carpeta 1, archivo 67, f°. 1 a 5 del expediente digital).

4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El JUZGADO SEGUNDO TRANSITORIO LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ, mediante sentencia de fecha 25 de octubre de 2022, dispuso (archivo 22 y 23 del expediente digital).

“PRIMERO: Declarar que **Maylin Yineth Pineda Sánchez**, en su calidad hija menor de edad en una época y posteriormente como hija incapacitada económicamente por razón de sus estudios si así lo acredita, tiene derecho a recibir el 100% de la pensión de sobrevivientes causada por el afiliado Jairo Enrique Pineda Simijaca (QEPD), a partir del 7 de agosto de 2003, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente sentencia.

SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior Condenar a Porvenir SA a reconocer y pagar en favor de la demandante **Maylin Yineth Pineda Sanchez** la suma de **\$107.357.512,53** , como **retroactivo pensional** causado Y LIQUIDADO desde el 7 de agosto de 2003 y hasta el 8 de diciembre de 2018, conforme lo esbozado en la parte motiva de la sentencia.

TERCERO: Se autoriza a **Porvenir SA** que realice el descuento respectivo de los aportes a salud y lo redirija a la EPS a la que se encuentre afiliada la mentada demandante, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente sentencia.

CUARTO: Condenar a Porvenir SA a pagar a la demandante Maylin Yineth Pineda la indexación del retroactivo pensional mencionado en el numeral anterior.

QUINTO: Declarar parcialmente probada únicamente la excepción de prescripción propuesta por la demandada, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente sentencia.

SEXTO: Por tanto Absolver a la entidad demandada de las demás pretensiones incoadas en el libelo demandatorio.

SÉPTIMO: Costas a cargo de **Porvenir SA**, en favor de la demandante Maylin Yineth Pineda, se fijan como agencias en derecho la suma de 1 SMLMV en su favor...”

Para arribar a la conclusión anterior, primero, indicó que, la norma aplicable para el presente caso era la Ley 797 de 2003, encontrando acreditada la cotización al sistema de seguridad social en pensiones, durante, los últimos 3 años de vida del afiliado, es decir, entre el 7 de agosto de 2000 y el mismo día y mes del año 2003, un total de 152,14 semanas, dejando causada la pensión, exponiendo en este aspecto que, los períodos de enero a agosto de 2003, fueron pagados en Colfondos, conforme a las documentales obrantes de folio 62 a 74 y a pesar de alegarse que dichos rubros no se recibieron, la misma se desvirtuó con el oficio CJB 043741 del 21 de enero de 2004, en donde, se relacionaron dichas cotizaciones y se refuerza con la documental acopiada de folio 57 a 60, además, de la respuesta dada por Porvenir con la prueba decretada en su oportunidad por la Sala de Descongestión del Tribunal Superior de Bogotá, por lo que, dichos aportes debían tenerse en cuenta para el cómputo de las 50 semanas. Preciso que al existir una afiliación válida al fondo de pensiones, esta tiene la obligación de velar por el cumplimiento del pago de las cotizaciones por parte de los empleadores, de acuerdo a las herramientas otorgadas por el legislador, sin que puedan trasladarse las consecuencias negativas al trabajador. Por otro lado, señaló que, de acuerdo a la relación histórica de movimiento de Horizonte, allegado por Porvenir, se acreditó “los meses completos del período comprendido entre el mes de diciembre de 2002 y agosto del año 2000...”, y a pesar de que, “el hecho de que allí se señale como razón social, que los aportes se estaban efectuando como trabajador independiente, pero que en el tipo de cotizante, se indique que el trabajador dependiente no reviste mayor importancia, pues lo importante es que tales aportes se encuentran efectuados al sistema de seguridad social y fueron recibidos y se encuentran acreditados en la cuenta individual del afiliado fallecido” estos períodos aparece un registro como dependiente e independiente, no era importante, al haberse realizado los pagos; por otro lado, arguyo, que los aportes “desde el mes de agosto del año 2000 y hasta diciembre del año 2002, pues a pesar de haber sido efectuados como trabajador independiente, fueron pagados al fondo oportunamente, por lo que incluso en gracia de discusión en la hipótesis en que se excluyeran los aportes efectuados desde enero del año 2003, el demandante o el causante tenía más que cumplido el requisito de haber cotizado más de 50 semanas al sistema dentro de los tres años anteriores a su fallecimiento”, acreditándose un total de 152,14 semanas. En lo tocante al derecho de los beneficiarios del afiliado, precisó que, no se probó la convivencia entre la señora Sánchez Velasco y Jairo Enrique

Pineda. El material probatorio era insuficiente. Del interrogatorio de parte rendido por la reclamante y Fabián Pineda, hijo del fallecido, estimó que, a pesar de que sus declaraciones son coincidentes, no daban credibilidad, pues, Luz Lilia, habló en forma vaga y contradictoria sobre la convivencia con su pareja, respecto al segundo, generó inquietud, pues, relató hechos acaecidos en 1997, cuando él tenía aproximadamente, 3 años de edad y tampoco dio certeza sobre los períodos en que convivió la pareja; por otro lado, estimó que el término prescriptivo se mantuvo suspendido hasta la fecha en que Fabián y Maylin cumplieron 18 años, y por ello, se encontraban prescritas las mesadas causadas a favor de aquel, no ocurriendo lo mismo con Maylin, quien cumplió la mayoría de edad, en el año 2018, por lo que, al presentarse la demanda en el año 2010, no había operado el fenómeno exceptivo alegado, resultando, procedente ordenar el reconocimiento de la prestación desde la fecha de fallecimiento de su padre y hasta la fecha en que la demandante cumplió los 18 años o hasta los 25, si acredita ante el fondo de pensiones, la escolaridad.

5. RECURSOS DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión del *a quo*, la demandante Luz Lilia Sánchez Velasco y la demandada Porvenir SA la recurren en apelación, así:

La AFP accionada argumentó que Pineda Simijaca no cotizó el mínimo de semanas para dejar causado el derecho a la pensión de sobrevivientes, pues, de acuerdo a la relación de aportes, ello, no se encuentra acreditado. Expuso que el empleador hizo el pago de aportes, a otro fondo, por ello, la entidad, no sabía del vínculo existente entre la empresa y el afiliado, tan solo con sentencia judicial emitida por otro despacho judicial, se declaró la existencia del contrato de trabajo, de acuerdo a la primacía de la realidad sobre las formas. Por otro lado, se desconoció la prueba documental arrimada. Asistencia Laboral C&T Ltda. realizó una vinculación con posterioridad al fallecimiento del afiliado, a través de una AFP diferente, no pudiéndose fulminar condena, al existir un incumplimiento por parte del empleador en este aspecto. Afirmó que no se le podía endilgar a Porvenir SA una conducta omisiva respecto del cobro de aportes, al desconocer del contrato de trabajo; que no se observan vinculaciones con anterioridad al año 2002 y que no es viable reconocer el pago del retroactivo pensional y costas.

A su turno, la demandante Luz Lilia Sánchez Velasco manifestó que las pruebas fueron indebidamente valoradas, al encontrarse acreditado que ella, convivió con el causante durante más de 5 años anteriores al deceso y, en todo caso, según reciente jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, a la compañera permanente supérstite no le es exigible un tiempo de convivencia mínimo, ya que, solo debe demostrar la vocación de núcleo familiar.

6. ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

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

7. PROBLEMA JURÍDICO

Así las cosas, corresponde a la Sala dilucidar, en primer lugar, si Jairo Enrique Pineda Simijaca dejó causado el derecho a la pensión de sobrevivientes; en caso afirmativo, deberá determinarse si Luz Lilia Sánchez Velasco y Fabián Enrique Pineda Layton cumplen los condicionamientos para ser beneficiarios de la prestación económica.

II. CONSIDERACIONES

Atendiendo lo expuesto en el artículo 66 A del CPT y SS, procede la Sala a analizar los puntos de inconformidad propuestos por Luz Lilia Sánchez Velasco, por Porvenir SA, y en grado jurisdiccional de consulta frente a Fabián Enrique Pineda Layton.

En el caso que ocupa la atención, no existe discusión en cuanto a que: *i)* Jairo Enrique Pineda Simijaca falleció el 7 de agosto de 2003, como da cuenta su registro civil de defunción (carpeta 1, archivo 4, folio 38 del expediente digital) *ii)* Maylin Yineth Pineda Sánchez y Fabián Enrique Pineda Layton ostentan la calidad de hijos del causante, según registros civiles de nacimiento (carpeta 1, archivo 4, folio 66 y 80 del expediente digital); *iii)* la AFP Porvenir SA, mediante comunicación del 21

de enero de 2004, negó el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a las demandantes argumentando que el afiliado no completó 50 semanas de cotización en los 3 años anteriores al fallecimiento, acreditando únicamente 8,42 semanas.

De la pensión de sobrevivientes. Causación del derecho.

Pues bien, considerando la data del deceso del causante, 7 de agosto de 2003, es claro que la normatividad aplicable al presente caso es el artículo 12 de la Ley 797 de 2003, que modificó el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, el cual reza:

“Tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes:

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

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

Porvenir niega el derecho a la pensión de sobrevivientes, porque afirma enfáticamente que el afiliado no cotizó las 50 semanas en los 3 años anteriores a la fecha de la muerte; pues los aportes pagados por los empleadores Asistencia Laboral CYT y LTDA y COOTRAFLOR, en los meses de enero a abril de 2003 y julio del mismo año, se realizaron después del fallecimiento del señor Jairo Enrique Pineda Simijaca, además que si se aceptara que estos aportes fueron pagados oportunamente, los mismos no serían suficientes (archivo 9, fl.º 20, cuaderno contestación de la demanda).

En ese orden, el estudio se centra en establecer la densidad de semanas cotizadas por Jairo Enrique Pineda Simijaca entre el 7 de agosto de 2000 al 7 de agosto de 2003.

Como pruebas documentales se allegaron las siguientes:

a) Copia de los formularios de autoliquidación de aportes sufragados por la Cooperativa de Trabajo Cootraflor, de los períodos de julio, junio y mayo de 2003, en los cuales se puede verificar que, fueron pagados el 8 de agosto, 8 de julio y 10 junio, del año 2003, respectivamente, a la AFP Colfondos (folios 73, 96,

74, 97, 75, 98, 76, 99, 77, 78 101, de la carpeta 1, archivo 00; además, los folios 107, 109, 111 del archivo 10 del expediente digital).

b) Respuesta del fondo de pensiones BBVA hoy Porvenir S.A, (carpeta 1, archivo 68, fº. 23), en la que informó:

“Sea del caso mencionar que la relación histórica de movimientos de la cuenta de ahorro individual del afiliado en Porvenir, solicitada por su despacho y que adjuntamos, constan los periodos cotizados por el afiliado desde su vinculación a esta Administradora, en la cual se registra mes a mes y en forma detallada: fecha de afiliación, la fecha del movimiento (fecha de pago), periodos cotizados, Nit y nombre del empleador, salario base de cotización, y días cotizados.

De acuerdo a lo anterior discriminamos las semanas válidas cotizadas ante este Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A antes HORIZONTE Pensiones y Cesantías, que se aprecian en el informe de movimiento de cuenta adjunto, así:

AÑO/MES	DIAS COTIZADOS
2003-01	30**
2003-02	30**
2003-03	30**
2003-04	30**
2003-05	29
2003-06	30
2003-07	30**
2003-08	7**

*** Se relacionan los aportes correspondientes a los meses de los tres años anteriores a la fecha de fallecimiento de afiliado, los cuales fueron pagados por los empleadores ASISTENCIA LABORAL CYT LIMITADA y COOTRAFLOR, después de la fecha de fallecimiento del señor JAIRO ENRIQUE PINEDA SIMIJACA (7 de agosto de 2003), por lo tanto dado que son extemporáneos no son válidos para tener en cuenta para un beneficio pensional.*

*De acuerdo a lo anterior, 59 días / en 7 (días de la semana) = **8,2** semanas cotizadas en los últimos 3 años, esto es desde agosto de 2000 hasta agosto de 2003. Al respecto es preciso mencionar y aclarar para NO dejar lugar a dudas, que el afiliado falleció el 7 de agosto de 2003 y dentro de los tres últimos años a su fallecimiento NO cotizó las 50 semanas establecidas en la norma...”*

c) Relación de aportes efectuados a Porvenir a favor del causante por sus empleadores Asistencia Laboral Ltda. y Cooperativa de Trabajo Asociado de Cultivadores y Floricul, así: (carpeta 01, archivo 68, fl.º 26)

Fecha de pago	Periodo de pago	Empleador
22/09/2003	012003	Asistencia Laboral Ltda.
22/09/2003	022003	Asistencia Laboral Ltda.
22/09/2003	032003	Asistencia Laboral Ltda.
22/09/2003	042003	Asistencia Laboral Ltda.

21/07/2003	052003	Cooperativa de trabajo asociado de cultivadores Floricul
25/08/2003	062003	Cooperativa de trabajo asociado de cultivadores Floricul
22/09/2003	072003	Cooperativa de trabajo asociado de cultivadores Floricul
	082003 (7 días cotizados)	Cooperativa de trabajo asociado de cultivadores Floricul

Y aparece en la referida documental, que el fallecido estuvo afiliado como independiente desde agosto de 2000 hasta diciembre de 2002 y de septiembre de 2003 a abril de 2004, y de junio de 2004 a **octubre de 2013**, esto es, más allá de la su fecha su muerte, la que ocurrió el 7 de agosto de 2003.

Fecha de pago	Periodo de Pago	Razon social
2000-09-29	200008	Trabajador independiente
2000-10-31	200009	Trabajador independiente
2000-11-30	200010	Trabajador independiente
2000-12-31	200011	Trabajador independiente
2001-01-31	200012	Trabajador independiente
2001-02-28	200101	Trabajador independiente
2001-03-31	200102	Trabajador independiente
2001-04-30	200103	Trabajador independiente
2001-05-30	200104	Trabajador independiente
2001-06-26	200105	Trabajador independiente
2001-07-30	200106	Trabajador independiente
2001-08-27	200107	Trabajador independiente
2001-09-21	200108	Trabajador independiente
2001-10-29	200109	Trabajador independiente
2001-11-26	200110	Trabajador independiente
2001-12-24	200111	Trabajador independiente
2002-01-28	200112	Trabajador independiente
2002-02-25	200201	Trabajador independiente
2002-03-26	200202	Trabajador independiente
2002-04-29	2002-03	Trabajador independiente
2002-05-27	200204	Trabajador independiente
2002-06-30	200205	Trabajador independiente
2002-07-29	200206	Trabajador independiente
2002-08-31	200207	Trabajador independiente
2002-09-23	200208	Trabajador independiente
2002-10-28	200209	Trabajador independiente
2002-11-25	200210	Trabajador independiente
2002-12-23	200211	Trabajador independiente
2003-01-24	200212	Trabajador independiente
2003-09-22	200301	Asistencia Laboral C Y T Ltda.
2003-02-24	200301	Trabajador independiente
2003-09-29	200301	Trabajador independiente
2003-09-29	200302	Trabajador independiente
2003-09-22	200302	Asistencia Laboral C Y T Ltda.

2003-03-25	200302	Trabajador independiente
2003-04-26	200303	Trabajador independiente
2003-09-29	200303	Trabajador independiente
2003-09-22	200303	Asistencia Laboral C Y T Ltda.
2003-09-29	200304	Trabajador independiente
2003-05-23	200304	Trabajador independiente
2003-09-22	200304	Asistencia Laboral C Y T Ltda.
2003-07-28	200305	Trabajador independiente
2003-07-21	200305	Cooperativa de Trabajo Asociado de Cultivadores y Floricul.
2003-06-24	200305	Trabajador independiente
2003-08-28	200306	Trabajador independiente
2003-08-25	200306	Cooperativa de Trabajo Asociado de Cultivadores y Floricul.
2003-07-28	200306	Trabajador independiente
2012-08-10	200306	Trabajador independiente
2003-09-22	200307	Asistencia Laboral C Y T Ltda
2003-09-22	200307	Cooperativa de Trabajo Asociado de Cultivadores y Floricul
2003-09-22	200308	Cooperativa de Trabajo Asociado de Cultivadores y Floricul

De las anteriores pruebas a tres conclusiones llega la Sala:

La primera, el empleador Asistencia Laboral cumplió con su obligación de inscripción al sistema, pero no a partir del 24 de abril de 2002 como lo indica la actora en el hecho sexto de la demanda, sino a partir de enero de 2003, sin embargo, este empleador, no cumplió con su obligación de pagar las cotizaciones a favor de JAIRO ENRIQUE PINEDA SIMIJACA (q.e.p.d.), por lo que dicha omisión no puede ser atribuida al afiliado, ni a sus beneficiarios. Sabido es que cuando se presenta mora del empleador, los trabajadores dependientes, no pueden salir perjudicados, cuando las administradoras de los regímenes pensionales no han cumplido con su deber de cobro (CSJ SL1691-2019, SL2000-2021). Así las cosas, las cotizaciones efectuadas para los meses de enero a abril de 2003, deben ser contabilizadas para el cálculo de la prestación reclamada.

La segunda, el empleador COOTRAFLOR efectuó cotizaciones de los meses de mayo, junio, julio de 2003 y los 7 días del mismo año a favor del fallecido en

COLFONDOS, AFP a la cual no estaba afiliado el señor Jaime Enrique Pineda Simijaca (q.e.p.d.), por lo que, si bien la demandada no podía conocer de la existencia de ellas, también lo es que los errores de los empleadores en el depósito de las consignaciones no pueden ser atribuidos con consecuencias negativas para el afiliado, máxime que no se discute la no prestación del servicio con este, ni tampoco que este hubiese realizado cotizaciones a otra AFP y que además ya están en poder de PORVENIR. Precisamente las Administradoras de los regímenes pensionales están llamadas a realizar una gestión articulada que permita realizar con diligencia, eficiencia y efectividad las diversas situaciones, como las que ocurre en el *sub judice* que van relacionadas con la administración de sus aportes y de esta manera garantizar los derechos de los afiliados y beneficiarios del sistema general de seguridad social otorgando las prestaciones económicas oportunamente, superando trabas de índole administrativas.

En los anteriores términos lo tiene sentado la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL4331-2022:

“En ese contexto, no es compatible con esta perspectiva que la AFP recurrente se refugie en responsabilidades individuales y afirme que la situación que ocurrió con la demora en el traslado efectivo de los recursos por parte de Colpensiones la exime del reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes, con pleno desconocimiento de las graves consecuencias que ello puede generar en la persona que espera la protección del sistema; y quien sin duda alguna no puede sufrir las consecuencias negativas de la negligencia de las entidades en el adelantamiento del trámite administrativo correspondiente. Así, la AFP no puede exonerarse por esa circunstancia (CSJ SL715-2013). Precisamente en esta decisión la Corte asentó:

(...) es conveniente precisar que el pago de los aportes a una entidad distinta de aquella a la cual debía realizarse, no exime a la administradora del régimen pensional a efectuar el reconocimiento de la prestación económica correspondiente, prevalido de esa situación irregular y con fundamento en el artículo 1634 del Código Civil, ya que como lo advierte el opositor, existe norma especial del sistema de Seguridad Social que regula tal situación, como son los artículos 10 del Decreto 1161 de 1994 y el 3° del Decreto 228 de 1995, que regulan el punto relacionado con las consignaciones de personas

Nótese que en este asunto no hay duda del pago efectivo de los aportes por parte de los empleadores, solo que estos los realizaron a la entidad equivocada, y tampoco que en los períodos en discusión el causante estaba válidamente afiliado a la AFP Protección S.A. De modo que les correspondía a los entes administradores de pensiones realizar el trámite efectivo para sanear las irregularidades presentadas respecto al destino de las cotizaciones consignadas, conforme a las previsiones de los artículos 37 del Decreto 692 de 1994, compilado en el artículo 2.2.3.1.23 del Decreto 1833 de 2016, y 10 del Decreto 1164 de 1994, sin que la tardanza en el mismo pueda comprometer la protección del riesgo en caso de que este ocurra antes de corregir la situación, como se indicó”.

Se destaca que en este caso, no se probó que el fallecido se hubiera traslado válidamente a otra AFP diferente que no fuera HORIZONTE hoy PORVENIR S.A, y de la cual registra afiliación el 1° de septiembre de 1994 (fl.° 18 del archivo 9).

La tercera, es que el *de cujus*, estuvo afiliado como independiente desde agosto de 2000 (archivo 68, folio 27), sin embargo, de la información registrada en la misma relación de movimientos, se observa que, desde el mes de agosto de 2000 a diciembre de 2002, no se hicieron los pagos al sistema de seguridad social en pensiones, pues no se registra nit de pago, ni tampoco el valor cancelado.

Para reforzar esta conclusión, se tiene en el reporte del estado de cuenta del afiliado, desde el mes de septiembre de 2000, no se registró el ingreso base de cotización respecto del cual se hacía la cotización, resaltándose que, el valor de los aportes son saldos negativos, en la casilla denominada “cotización obligatoria”, y, consecuencia de ello, no se generaron rendimientos ni intereses a favor de Pineda Simijaca, por ende, tampoco, no se cobraron comisiones ni prima de seguros correspondiente al RAIS, no pudiendo refutarse que, el trabajador, en calidad de independiente, en efecto hubiera pagado en este interregno de tiempo las cotizaciones al sistema de seguridad social (f°. 8 – 11 del archivo 10).

En este punto, debe recordarse que, en el espacio de tiempo señalado en precedencia, el cotizante debía reportar y efectuar los pagos de aportes en forma anticipada, tal y como lo prevé el artículo 35 del Decreto 1406 de 1999:

“ARTÍCULO 35. *Declaración de novedades y pago de cotizaciones en los Sistemas de Seguridad Social en Salud y Pensiones. Los trabajadores independientes deberán presentar la declaración de novedades y realizar el pago de las respectivas cotizaciones por períodos mensuales y en forma anticipada. Las novedades que ocurran y no se puedan reportar anticipadamente, se reportarán al mes siguiente.*

La declaración de novedades de los trabajadores independientes deberá hacerse mediante formularios físicos, según el formato que se adopte conjuntamente por las Superintendencias Bancaria y de Salud, conforme a sus respectivas competencias.

Los plazos para presentación de las declaraciones de novedades, y para el pago de los respectivos aportes mensuales serán los establecidos en el artículo 24 para los pequeños aportantes, según el último dígito de su documento de identidad.”

En este sentido, el artículo 24, de la normativa traída a estudio, señala que la fecha de vencimiento de pago de aportes, debía realizarse teniendo en cuenta el último número de cédula del afiliado, por lo que, verificada la identificación del

señor Jairo Enrique (q.e.p.d.), la cédula terminaba en 8, debiendo pagarse esta obligación al séptimo día hábil de cada mes, tal como se registró en forma precedente, empero, de la relación histórica de movimientos emitido por Porvenir, no se puede concluir que el afiliado hubiere sufragado dichos pagos, pues, nótese que, en la casilla, denominada “*aporte obligatorio*”, se itera, no se registra ninguna suma de dinero, tampoco el Ingreso Base de Cotización sobre el cual se efectuó el mismo, ni se enlistan los días efectivamente cotizados. Fluyendo en forma palmaria, que, al no efectuarse el pago de aportes desde agosto de 2000 a diciembre de 2002, no se pueden tener en cuenta estos períodos a la hora de contabilizar semanas de cotización.

Luego entonces, de conformidad al acervo probatorio, se puede concluir que el afiliado cotizó válidamente durante el período del 7 de agosto de 2000 al 7 de agosto de 2003, las siguientes semanas:

Período Cotizado	Fecha de Pago	Días Cotizados
enero de 2003	22/09/2003	30
febrero de 2003	22/09/2003	30
marzo de 2003	22/09/2003	30
abril de 2003	22/09/2003	30
mayo de 2003	21/07/2003	29
junio de 2003	25/08/2003	30
julio de 2003	22/09/2003	30
Total Días		209
Total Semanas		29,86

Fuerza concluir, que, en efecto, el fallecido no dejó causado el derecho de la pensión de sobrevivientes, al no contabilizarse el mínimo de 50 semanas de cotización, durante los 3 últimos años anteriores a su deceso.

Del estudio del derecho conforme al parágrafo 1° del art. 12 de la Ley 797 de 2003

Se procederá al estudio de la prestación económica bajo el abrigo del parágrafo de la Ley 797, luego entonces, se trae a colación la norma en cita.

“Parágrafo 1°. Cuando un afiliado haya cotizado el número de semanas mínimo requerido en el régimen de prima en tiempo anterior a su fallecimiento, sin que haya tramitado o recibido una indemnización sustitutiva de la pensión de vejez o la devolución de saldos de

que trata el artículo 66 de esta ley, los beneficiarios a que se refiere el numeral 2 de este artículo tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes, en los términos de esta ley.”

De la norma transcrita se desprende claramente que, en virtud de la misma, es posible reconocer la pensión de sobrevivientes a los beneficiarios del afiliado que hubiera completado la densidad de semanas necesaria para obtener una pensión de vejez, de acuerdo con el régimen de prima media aplicable (CSJ SL 9484-2017).

De los documentos allegados (carpeta 1, archivo 4, fº. 26, *archivo 68, folio 24; archivo 4, folio 27 y archivo 00, folio 42*), y lo concluido en párrafos precedentes, el causante cotizó durante toda su vida laboral las siguientes semanas:

Empleador	Período Inicial	Período Final	Semanas Cotizadas
Flores Horizonte Ltda	21/05/1991	1/01/1993	84,57
Suicol Ltda	2/02/1993	15/04/1994	62,57
Nelson García y Cia Wolrd	4/08/1994	1/10/1994	8,43
Jairo Pineda Simijaca	1/07/1995	30/05/1997	69,28
Asistencia Laboral	1/01/2003	30/05/2003	21,43
Cooperativa Floricul	1/06/2003	30/07/2003	8,57
Total Semanas			254,85

Luego entonces, de la densidad de cotizaciones realizadas tanto al Régimen de Prima Media como al Régimen de Ahorro Individual, no se logran acreditar que el *de cujus* a la fecha de su muerte, tuviera las semanas mínimas para tener derecho a la pensión de vejez.

De la Condición más Beneficiosa

Si bien, el afiliado, no dejó causado el derecho, al momento de su deceso, esta Sala procederá a realizar un estudio de la causación del derecho aplicando la condición más beneficiosa, aplicado en tratándose de pensión de sobrevivientes e invalidez, por carecer estas de un régimen de transición. Frente a este tópico la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral en sentencia SL 2078 de 2022, hizo ciertas precisiones para la aplicación del referido principio, así:

“De manera que, por regla general, en presencia de regímenes de transición, la condición más beneficiosa no puede aplicarse pues haría nugatorios todos los objetivos económicos y sociales que con una reforma pretenden lograrse y, desde el umbral, debe aplicarse en torno a normas de impacto mediato.

a. El destinatario posee una situación jurídica concreta- expectativa legítima

En pensiones de siniestro, como las de invalidez y sobrevivientes, no es fácil establecer qué es una situación jurídica concreta. Empero, se ha entendido por la Jurisprudencia que la situación es concreta si se cumple en estos casos con la densidad de semanas de cotización, dentro del plazo estrictamente exigido por la normatividad aplicable.

Así, por ejemplo, en el régimen de los seguros sociales obligatorios, la situación es concreta si el afiliado cotizó 300 semanas antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993, dado que la norma exigía ese número de semanas de cotización en todo el tiempo.

Con la vigencia de la Ley 100 de 1993, en parte puede existir una definición de situación concreta a estos efectos, dado que la norma precisa tal situación dependiendo de la cotización efectiva.

Del anterior mandato se desprende dos situaciones que dan acceso a la prestación:

Afiliado que se encontraba cotizando al sistema al momento del fallecimiento

Requisito de semanas: haber cotizado por lo menos veintiséis (26) semanas al momento de producirse la muerte, es decir, en cualquier tiempo.

Afiliado que no se encontraba cotizando al sistema al momento del fallecimiento

Requisito de semanas: haber cotizado por lo menos veintiséis (26) semanas del año inmediatamente anterior al momento en que se produzca la muerte.

Nótese que a diferencia del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año, el legislador del 93 estableció como criterio de acceso el hecho de la cotización efectiva al sistema, al momento de la muerte o invalidez, para estructurar el requisito de semanas de cotización. En efecto, mientras que la normativa anterior exigía haber cotizado 300 semanas en cualquier tiempo o 150 semanas dentro de los seis años anteriores al momento del siniestro, sin establecer el requisito de cotización al momento de la muerte o invalidez; en la legislación de 1993, el nivel de concentración de las semanas de cotización exigidas en un determinado lapso depende del hecho de la cotización efectiva al momento de la invalidez.

Teniendo en cuenta lo dicho, ¿Cómo se expresa la situación jurídica concreta en el cambio normativo de la Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003?

1. Afiliado que se encontraba cotizando al momento del cambio normativo

En este evento la situación jurídica concreta emerge si el afiliado para el momento del cambio legislativo, esto es, 29 de enero de 2003, (i) estaba cotizando al sistema, y (ii) había aportado 26 semanas o más en cualquier tiempo.

Ello por cuanto no solamente se da eficacia, sino que también se satisface con la densidad de semanas de cotización efectuadas dentro del plazo estrictamente exigido por el mandato abolido.

Cumple a ese propósito dejar en claro, empero, que, si el asegurado estaba cotizando para el 29 de enero de 2003 y no tenía en su haber 26 semanas de cotización en cualquier tiempo, no es poseedor de una situación jurídica concreta y, en consecuencia, se le aplica con rigurosidad la Ley 797 de 2003, en desarrollo del principio de la retrospectividad de la ley, pues repárese en que no tiene una expectativa legítima ni mucho menos un derecho adquirido. En resolución, en este caso no hay condición más beneficiosa.

2. Afiliado que no se encontraba cotizando al momento del cambio normativo

En esta hipótesis la situación jurídica concreta aflora si el afiliado para el momento del cambio legislativo, esto es, 29 de enero de 2003, (i) no estaba cotizando al sistema, (ii) pero había aportado 26 semanas o más dentro del año inmediatamente anterior a la data del tránsito legislativo, esto es, entre el 29 de enero de 2002 y 29 de enero de 2003.

*Ello, toda vez que se cumple con la densidad de semanas de cotización, dentro del interregno estrictamente exigido por el precepto derogado. Si el afiliado no estaba cotizando para el 29 de enero de 2003 y no tenía 26 semanas o más de cotización dentro del año inmediatamente anterior a la data del tránsito legislativo, esto es, entre el 29 de enero de 2002 y 29 de enero de 2003, **no tiene una situación jurídica concreta** y, por ende, también se aplica con todo el rigor la Ley 797 de 2003, en desarrollo del principio de la retrospectividad de la ley, pues no posee una expectativa legítima y mucho menos un derecho adquirido. En conclusión, tampoco hay condición más beneficiosa.”*

En el caso en concreto, el causante a la fecha su muerte estaba cotizando al Sistema General de Pensiones con el empleador COOTRAFLOR pero en una AFP diferente a la que estaba válidamente afiliado, lo que no hace que se desconozca sus cotizaciones ni el derecho de los beneficiarios como ya quedó definido por la Sala y al determinarse en el consolidado final de semanas, que el señor Jairo Enrique Pineda Simijaca (q.e.p.d.) cotizó 29 antes de su fallecimiento, superó las 26 que debía cotizar en cualquier tiempo, por lo que en virtud de la aplicación de la condición más beneficiosa el causante dejó causado el derecho, por lo que se confirmará este punto de la sentencia, pero por las razones expuestas en esta sentencia

De la condición de Beneficiaria de la señora Luz Lilia Sánchez Velasco

Alega en el hecho primero, de la demanda que convivió con el causante por un espacio de 7 años. En el recurso de alzada, hizo énfasis, además del nuevo

criterio, la H. Corte Suprema de Justicia, en el sentido, de no exigir un tiempo mínimo de convivencia entre la pareja, sino, demostrar la vocación de familia.

Pese a lo anterior, la Juez de conocimiento concluyó, que, en el *sub examine*, a pesar de acogerse el nuevo criterio del órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral, no se podía acreditar la convivencia, pues, se allegó una escasa prueba documental y de las declaraciones rendidas, tanto por la demandante, como por Fabián Pineda, hijo del fallecido, estimó que, a pesar de que sus declaraciones son coincidentes, no daban credibilidad, pues, Luz Lilia, habló en forma vaga y contradictoria sobre la convivencia con su pareja, respecto al segundo, generó inquietud, pues, para relató hechos acaecidos en 1997, cuando él tenía aproximadamente, 3 años de edad y tampoco dio certeza sobre los períodos en que convivió la pareja.

Siendo motivo de inconformidad lo relativo a la acreditación del período de convivencia entre Luz Lilia y Jairo Pineda Simijaca, se procede a estudiar las pruebas recaudadas para determinar si le asiste derecho al reconocimiento prestacional:

En lo que interesa a la alzada, se tiene que, Luz Lilia, al rendir interrogatorio expuso,

*“¿cuando usted conoció al señor Jairo Enrique Pineda?
Nosotros nos conocimos en el 97, y no duramos, si no, o sea prácticamente poquito y nos fuimos a vivir rápido.*

*¿Y dónde se conocieron?
Al frente de la casa, en el barrio Villa Gloria de Suba.*

*Y cómo se conocieron fue que se encontraron en la calle y fue amor a primera vista.
¿O cómo se conocieron?*

Pues prácticamente si él era vecino, él vivía frente a la casa., y ahí, pues nos hablamos y nos volvimos novios y al mes ya nos fuimos a vivir.

*A cuántas cuadras vivía de su casa.
Era al frente*

*...
Al comienzo nos fuimos a pagar arriendo, en Villa Elisa y luego volvimos, a donde yo vivía, prácticamente, en Villa Gloria.*

¿Ustedes tuvieron alguna algún bien inmueble de propiedad de ustedes?

No señora.

¿Tiene conocimiento o indíqueme? ¿Cuál fue el motivo del fallecimiento del señor José Enrique?

Pues todo sucedió que él, él era el 7 de agosto y él se fue a trabajar, ese día llegó de trabajar y se fue para por allá con unos amigos para el barrio Villa Cindy y estaba por allá y hubo un atraco y entonces lo atracaron a él, le pegaron un tiro en el corazón, no, pues no sé más.

¿Usted cómo se enteró de que yo ocurrió?

En la noche llego, llego con un hermano diciendo que habían matado, lo habían matado a él.

Llegó quien con un hermano.

Llegó el, o sea, el hermano llegó con la esposa y me dijeron que lo habían matado.

Y cómo se llama ese hermano

José David Pineda.

....

¿Qué pasó?, ¿porque hasta la noche, si se habían ido con unos amigos a ese barrio Villa Cindy?. Cuánto tiempo pasó para que usted tuviera conocimiento del suceso

La verdad, eso fue a las 6:00 p.m., pero a mí me llevaron la noticia a las 11:00 p.m., no sé.

Qué pasó entre las 6:00 p.m. y las 11:00 p.m?

Pues, ellos dicen que lo llevaron al hospital y le dijeron que ya, le dijeron que ya, estaba fallecido y después no sé porque no me dijeron, no me avisaron temprano, no sé.

¿Usted tenía, como era la relación con el hermano de Jairo Enrique?

Bien doctora, normal, no tuvimos problemas de nada

Quien fue quien lo llevó al hospital.

El hermano

Pero estaba con los amigos con el hermano

Con el hermano

Pero usted me dijo que estaba con unos amigos

Y con los amigos, pero no sé cuáles, no se, muy bien los nombres, ni nada.

No sabe con qué amigos andaba su esposo

No porque él era el del trabajo, pero no los conozco muy bien.

¿En dónde trabajaba Jairo?

La verdad doctora, es que, él trabajaba en Cootraflor, pero es que lo mandaban a diferentes a hacer el trabajo.

A qué partes.

Ese día me parece que estaba en los Andes.

*Es un barrio o qué es eso.
Es una flora, una empresa de flores.*

Indíqueme, por favor, donde más trabajo o mejor. ¿Durante cuánto tiempo trabajó Jairo Enrique? Encontrar en cotraflor.

*Hay otras, pero no sea el tiempo exacto, pero no sé, como 3 meses es que a cada rato se cambia de cooperativas, de empresas, La verdad, no sé muy bien.
Cómo se distribuían los gastos del hogar, usted y Jairo.
Él era únicamente el que respondía por todo, por arriendo y todo.*

*A cuánto ascendían los gastos del hogar
Casi todo lo que se ganaba se gastaba, en el mercado, los servicios, no sé, como \$400.000 mensuales, en ese tiempo.*

*Cuánto devengaba Jairo Enrique para esa época.
No. No me acuerdo, él no me decía casi cuánto ganaba.*

*Que otros gastos tenían a parte del arriendo y mercado.
Le daba la cuota a Fabian, me parece que le daba \$50.000.”*

Agregando, que convivieron desde 1997 hasta 2003, sin interrupciones, y que el hijo de su pareja iba cada ocho o quince días, pero dejó de ir, después de que falleció el papá.

Fabián Pineda, hijo del fallecido, informó que, nació en 1994 y conoció a Luz Lilia porque ella era la pareja de su papá, indicando que, su papá vivió con su mamá, pero, las cosas no funcionaron y se separaron, después él, conoció a la demandante y se fueron a vivir, además, ella no se metió en la relación de ellos; que vivía con su mamá y su abuelita materna, era quien lo cuidaba; al auscultársele porque sabía que su papá conoció a Lilia en 1997, indicó que, sus papás, le contaron y era consciente de las cosas. No sabe en forma exacta cuando empezaron a vivir su papá con su pareja, pero, recuerda que vivieron en Villa Elisa, porque él iba lo recogía y lo llevaba donde ellos vivían, después se pasaron a vivir a Villa Gloria, donde vivieron hasta cuando su progenitor falleció, agregando que, entre lo “*pues dentro de lo que yo captaba y veía, si, nunca vi una discusión entre ellos, y desde que se fueron de vivir de Villa Eliza, porque al principio vivía allá, que yo también iba a allá, al otro lado, siempre encontraba a Lilia, yo la verdad, no vi una discusión entre ellos*”. El hogar de la pareja estaba conformado por su hermana Maylin, su papá, Lilia y el otro hijo de ella, Cristian, ellos vivían en una casa, en el primer piso había una tienda y en el segundo piso, vivía su papá, y en el tercer piso vivía parte de la familia de Lilia, la hermana y los hijos

de ellos. Precisando que la relación con su hermana, fue normal, pero ella era muy pequeña, entonces, no convivían mucho y con el hijo de Lilia, la relación era tranquila. Que sus papas, no volvieron a tener ninguna relación, además, porque su mamá, inició otra relación de pareja. Después del fallecimiento de su padre, él se alejó de Lilia.

De acuerdo a las declaraciones rendidas tanto por la demandante como por Fabián Pineda, esta Sala, se aparta de los argumentos esgrimidos por la juez de conocimiento para negar la prestación económica, pues, si bien, las exposiciones dadas por Lilia, respecto a su convivencia con su pareja, no resultan del todo claras, son coincidentes, con las dadas por Fabián, respecto a los lugares en donde vivió la pareja, que, el afiliado, llevaba a su hijo, para que compartieran como familia, además, la demandante, no solo conocía al primogénito de Jorge Enrique, sino que, presentó reclamaciones en su nombre, se comunicaba con su madre, para que interviniera en los diferentes procesos judiciales, con el ánimo de resguardarle sus derechos, ya que este era menor de edad.

Por otro lado, Fabián, si bien nació el 25 de marzo de 1994 y tenía una corta edad para el año 2003 -9 años-, también es cierto, que es muy claro, en afirmar y reconocer que Lilia era la pareja de su papá, que vivían y compartían como familia, en la casa de ella, que se llevaban bien, siendo enfático, en señalar, que no conoce la fecha exacta en que empezaron su relación, pero él la reconoce como la pareja de progenitor, siendo, creíble su declaración, al ser espontánea, además, porque expone lo que recuerda de su convivencia cuando era menor y por tanto, la misma no debió descartarse (fl. 85, archivo 10).

Así las cosas, para la Sala está demostrado que entre Luz Lilia y el *de cujus* existía una comunidad de vida para la fecha del deceso del señor Pineda, y donde se procreó una hija de nombre Maylin Yineth Pineda Sánchez. Si bien, el joven Fabian para el año que afirma la actora inició convivencia (1997) tenía 3 años de edad, sus recuerdos fueron precisos en cuanto a los lugares donde la pareja convivió precisamente porque él iba y compartía con su hermana y el hijo de la demandante.

Por consiguiente, se reconocerá su derecho a partir del 7 de agosto de 2003.

Prescripción

Dadas las resultas del recurso de alzada, es procedente entrar al estudio de la excepción de prescripción formulada por Horizonte hoy Porvenir S.A., al momento de contestar el libelo introductorio.

Para resolver el medio exceptivo se tiene que por regla general las acciones emanadas de las leyes laborales prescriben en tres (3) años que se cuentan desde que la obligación se hizo exigible, presentándose el fenómeno de interrupción previsto en los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo, artículo 102 del decreto 1848 de 1969 y 151 del CPT y SS, en tanto que dicha interrupción extrajudicial, es por una sola vez mediante un simple reclamo escrito del trabajador o quien alegue el derecho en su favor, lo que viene a generar desde su presentación un nuevo conteo del plazo prescriptivo.

Aquí, es preciso dejar sentado, la imprescriptibilidad de la pensión se predica del derecho considerado en sí mismo, pero no de las prestaciones periódicas o mesadas que él implica y que no han sido cobradas, las cuales se encuentran sometidas a la regla general de prescripción de las acreencias laborales de tres (3) años, prevista en el Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social¹.

Igualmente, debe puntualizar esta Sala que el término de prescripción solo puede empezar a contarse una vez el derecho es exigible, esto es cuando se cumplan con los requisitos necesarios para acceder al mismo y el interesado debe elevar la correspondiente solicitud, si la entidad no la reconoce, tiene el derecho a promover la acción respectiva, pero ante tal desconocimiento no conlleva la imprescriptibilidad de las mesadas adeudadas, por lo que teniendo en cuenta que es una prestación de tracto sucesivo, para efectos de interrupción de la prescripción se debe tener en cuenta hasta la última reclamación que presente el solicitante.

No es motivo de controversia que el derecho pensional se causó desde el momento del fallecimiento del afiliado Jairo Enrique Pineda Simijaca, el 7 de

¹ Sentencia T-932 de 2008.

agosto de 2003, por lo que es a partir de esa fecha que inicia a correr el término prescriptivo, por tanto, como quiera la parte demandante elevó la reclamación administrativa en procura de obtener el reconocimiento pensional el 14 de noviembre de 2003 (fº 26, archivo 10) y Horizonte hoy Porvenir emitió oficio CJB-04-3741 del 21 de enero de 2004, en el que negó el reconocimiento pensional (fº 32 y 46 del archivo 4) y al presentarse la demanda el 9 de abril de 2010 (carpeta 01, archivo 01), es claro para la Corporación que el retroactivo causado por concepto de mesadas pensionales, a favor de Luz Lilia Sánchez Velasco, se ve afectado con el fenómeno prescriptivo, respecto de los emolumentos causados con anterioridad al 9 de abril de 2007 al haber transcurrido más de los tres años que establece la norma a que se hizo referencia.

Por consiguiente, al concluirse que la señora Luz Lilia Sánchez Velasco, es beneficiaria de la pensión de sobrevivientes en calidad de compañera permanente del señor Jairo Pineda, resulta pertinente, modificar el ordinal primero y segundo de la sentencia confutada, en el sentido de reconocer el derecho pensional a su favor y a Maylin Yineth Pineda Sánchez en su condición de hija del causante.

Se debe reconocer a favor de Maylin Yineth Pineda Sánchez, las mesadas pensionales causadas entre el 7 de agosto de 2003 y hasta el 8 de abril de 2007, en un 100% y a partir del 9 de abril de la 2007 hasta el 8 de diciembre de 2018, fecha en que cumplió los 18 años, en un 50% (carpeta 1, archivo 4, fº. 66).

En cuanto a Luz Lilia Sánchez Velasco, se reconocerá el retroactivo pensional a partir del 9 de abril de 2007 y hasta el 8 de diciembre de 2018, en un 50% del salario mínimo

A partir del 9 de diciembre de 2018 y en adelante, se acrecentará la mesada pensional a favor de Luz Lilia Sánchez Velasco, en un 100%, a menos que su hija, acredite que se encuentra cursando estudios superiores, conforme a lo dispuesto en el artículo 47 de la Ley 100 de 1993.

Realizadas las anteriores precisiones, se reconocerá a favor de las demandantes, las siguientes sumas de dinero:

Tabla Retroactivo de Maylin Yineth Pineda Sánchez desde 07/08/2003 al 08/04/2007 sobre el 100%				
Desde	Hasta	Valor de Mesada	No pagos	Retroactivo
7/08/2003	31/12/2003	\$ 332.000,00	5,80	\$ 1.925.600,00
1/01/2004	31/12/2004	\$ 358.000,00	13	\$ 4.654.000,00
1/01/2005	31/12/2005	\$ 381.500,00	13	\$ 4.959.500,00
1/01/2006	31/12/2006	\$ 408.000,00	13	\$ 5.304.000,00
1/01/2007	8/04/2007	\$ 433.700,00	3,27	\$ 1.416.753,33
Valor de retroactivo desde 07/08/2003 al 08/04/2007				\$ 18.259.853,33

Tabla Retroactivo de Maylin Yineth Pineda Sánchez desde 09/04/2007 al 8/12/2018 sobre el 50% de la mesada				
Desde	Hasta	Valor de Mesada	No pagos	Retroactivo
9/04/2007	31/12/2007	\$ 216.850,00	9,73	\$ 2.110.673,33
1/01/2008	31/12/2008	\$ 230.750,00	13	\$ 2.999.750,00
1/01/2009	31/12/2009	\$ 248.450,00	13	\$ 3.229.850,00
1/01/2010	31/12/2010	\$ 257.500,00	13	\$ 3.347.500,00
1/01/2011	31/12/2011	\$ 267.800,00	13	\$ 3.481.400,00
1/01/2012	31/12/2012	\$ 283.350,00	13	\$ 3.683.550,00
1/01/2013	31/12/2013	\$ 294.750,00	13	\$ 3.831.750,00
1/01/2014	31/12/2014	\$ 308.000,00	13	\$ 4.004.000,00
1/01/2015	31/12/2015	\$ 322.175,00	13	\$ 4.188.275,00
1/01/2016	31/12/2016	\$ 344.727,50	13	\$ 4.481.457,50
1/01/2017	31/12/2017	\$ 368.858,50	13	\$ 4.795.160,50
1/01/2018	8/12/2018	\$ 390.621,00	12,67	\$ 4.947.866,00
Valor del Retroactivo del 50% sobre la mesada desde 09/04/2007 al 08/12/2018				\$ 45.101.232,33

Tabla Retroactivo de Luz Lilia Sánchez Velasco desde 09/04/2007 al 8/12/2018 sobre el 50% de la mesada				
Desde	Hasta	Valor de Mesada	No pagos	Retroactivo
9/04/2007	31/12/2007	\$ 216.850,00	9,73	\$ 2.110.673,33
1/01/2008	31/12/2008	\$ 230.750,00	13	\$ 2.999.750,00
1/01/2009	31/12/2009	\$ 248.450,00	13	\$ 3.229.850,00
1/01/2010	31/12/2010	\$ 257.500,00	13	\$ 3.347.500,00
1/01/2011	31/12/2011	\$ 267.800,00	13	\$ 3.481.400,00
1/01/2012	31/12/2012	\$ 283.350,00	13	\$ 3.683.550,00
1/01/2013	31/12/2013	\$ 294.750,00	13	\$ 3.831.750,00
1/01/2014	31/12/2014	\$ 308.000,00	13	\$ 4.004.000,00
1/01/2015	31/12/2015	\$ 322.175,00	13	\$ 4.188.275,00
1/01/2016	31/12/2016	\$ 344.727,50	13	\$ 4.481.457,50
1/01/2017	31/12/2017	\$ 368.858,50	13	\$ 4.795.160,50
1/01/2018	8/12/2018	\$ 390.621,00	12,67	\$ 4.947.866,00
Valor del Retroactivo del 50% sobre la mesada desde 09/04/2007 al 08/12/2018				\$ 45.101.232,33

Tabla Retroactivo de Luz Lilia Sánchez Velasco desde 09/12/2018 al 31/08/2023 sobre 100% de la mesada pensiona				
Desde	Hasta	Valor de Mesada	No pagos	Retroactivo
9/12/2018	31/12/2018	\$ 781.242	0,73	\$ 572.910,80
1/01/2019	31/12/2019	\$ 828.116	13	\$ 10.765.508,00
1/01/2020	31/12/2020	\$ 877.803	13	\$ 11.411.439,00
1/01/2021	31/12/2021	\$ 908.526	13	\$ 11.810.838,00
1/01/2022	31/12/2022	\$ 1.000.000	13	\$ 13.000.000,00
1/01/2023	31/08/2023	\$ 1.160.000	8	\$ 9.280.000,00
Retroactivo de Lili desde 09/12/2018 al 31/08/2023				\$ 56.840.695,80

Valor del retroactivo pensional de Maylin Yineth Pineda Sánchez	\$ 63.361.085,67
Valor total del retroactivo de Luz Lilia Sánchez Velasco	\$ 101.941.928,13

Del derecho de Fabián Pineda.

Por otro lado, recuérdese que, se conoce en el presente trámite, en el grado jurisdiccional de consulta a favor del litis consorte necesario. Está demostrado que Fabián Enrique Pineda Leyton nació el 25 de marzo de 1994, por lo que alcanzó la mayoría de edad el mismo día y mes del año 2012, por lo que tenía 3 años para presentar reclamación de su derecho como hijo del fallecido, y no lo hizo, pues fue vinculado al proceso en el año 2021. En consecuencia, tal como lo concluyó el juez de primer grado, su derecho quedó cobijado por el fenómeno extintivo de la prescripción.

Al respecto la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral en sentencia con radicación N° 39631 del 30 de octubre de 2012, adoctrino:

*“Precisamente, y al acudir la Corte Suprema de Justicia a la normativa civil que consagra la figura de la suspensión de la prescripción, artículos 2541 y 2530, se evidencia que el Tribunal no advirtió la insoslayable circunstancia de que la acción fue promovida, entre otros, por **los hijos menores de edad** del señor Carlos Arturo Cajar Rivera y, por tanto, la prescripción no puede correr para ellos, mientras no se haya llegado a la mayoría de edad, porque tanto procesal como sustancialmente el eventual derecho discutido en el juicio no hace parte del haber patrimonial del representante legal de los incapaces, sino de sus representados.*

Ilustra la cuestión en precedencia, la doctrina recibida por esta Sala en sentencia del 15 de febrero de 2011, radicación 34817:

“Sobre el tema de la suspensión de la prescripción que afecte derechos de los menores, esta Sala de tiempo atrás, por mayoría, definió que los artículos 488 del C. S. del T. y 151 del C. P. del T. y de la S.S., no gobiernan lo referente a dicho punto, por lo que se debe acudir a las normas de aplicación supletoria, esto es, a los artículos 2541 y 2543 del C. C.

En sentencia del 7 de abril de 2005 Rad. 24369 se reiteró lo expuesto en la del 18 de octubre de 2000 Rad. 12890 referida por la censura; allí se dijo en lo pertinente:

“La prescripción en el sub lite no puede correr mientras no se haya llegado a la mayoría de edad, porque tanto procesal como sustancialmente el eventual derecho discutido en el juicio no hace parte del haber patrimonial del representante legal del incapaz, sino de su representado.”

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

R E S U E L V E

PRIMERO. REVOCAR el numeral sexto de la sentencia de fecha 25 de octubre de 2012, proferida por el Juzgado Segundo Transitorio del Circuito de Bogotá. En su lugar **CONDENAR** a la Administradora de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. a reconocer el derecho a la pensión de sobrevivientes a favor de la señora Luz Lilia Sánchez Velasco en su calidad de compañera permanente del causante Jairo Enrique Pineda Simijaca (q.e.p.d.), de en los términos definidos en la parte motiva de la providencia.

SEGUNDO. MODIFICAR el ordinal primero de la sentencia y en su lugar Declarar que Luz Lilia Sánchez Velasco y Maylin Yineth Pineda Sánchez, tienen derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes causada por el afiliado Jairo Enrique Pineda Simijaca (q.e.p.d.), a partir del 7 de agosto de 2003 y hasta el 8 de diciembre de 2018, a favor de Maylin Yineth Pineda Sánchez, en un porcentaje del 50%; debiendo acrecentarse la mesada pensional a favor de Luz Lilia Sánchez, en un 100%, a partir del 9 de diciembre de 2018, conforme a lo expuesto en la parte motiva de la presente decisión.

TERCERO. MODIFICAR el ordinal segundo de la sentencia, en el sentido de reconocer y pagar en favor de Luz Lilia Sánchez Velasco, un retroactivo, correspondiente a **\$101.941.928,13**. Adicionalmente, se establece un retroactivo a favor de Maylin Yineth Pineda Sánchez, en cuantía de **\$63.361.085,⁶⁷** de acuerdo a las argumentaciones dadas en forma precedente.

CUARTO. CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada y consultada.

QUINTO. COSTAS de las instancias, a cargo de la Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir, dadas las resultas del recurso de alzada. Inclúyase en la liquidación respectiva la suma de \$200.000, por concepto de agencias en derecho de esta instancia.

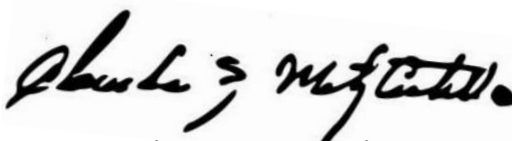
Notifíquese legalmente a las partes y cúmplase.



LUZ MARINA IBAÑEZ HERNANDEZ
Magistrada



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado



CLAUDIA ANGÉLICA MARTÍNEZ CASTILLO
Magistrada

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

Magistrada Ponente:
LUZ MARINA IBÁÑEZ HERNÁNDEZ

Bogotá D.C., veintinueve (29) de septiembre de dos mil veintitrés (2023)

Número de Proceso: 110013105007 2020 00255 01
Demandante: Claudina Marina Mejía Garzón
Demandado: Colpensiones, Fondo de pensiones y la
Administradora de Pensiones y Cesantías
Protección S.A.

Procede la Sala Segunda Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, conformada por los magistrados, Marceliano Chávez Ávila, Claudia Angélica Martínez Castillo y Luz Marina Ibáñez Hernández, quien actúa como ponente, a dictar la siguiente SENTENCIA de segunda instancia dentro del presente proceso, así:

I. ANTECEDENTES:

1. PRETENSIONES

La señora **Claudia Marina Mejía Garzón**, actuando por intermedio de apoderado judicial, demandó a Colpensiones y a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A. – Protección S.A., con el fin de obtener las siguientes pretensiones declarativas (archivo 2):

“1. Declarar que La señora CLAUDIA MARINA MEJIA GARZON fue mal asesorada e informada por parte de LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCION S.A., en el año 1998 con la finalidad de lograr el traslado de régimen pensional.

2. Declarar que SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., a través de información no veraz, llevó a Mi representada a tomar la decisión de trasladarse de régimen pensional, prometiendo iguales beneficios económicos que los ofrecidos en el Régimen de Prima Media.

Exp. No. 007 2020 00255 01

3. Declarar que no hubo una real asesoría por parte de LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCION S.A. Y COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTIAS, que incluyera una información veraz en cuanto a la manera, tiempo, monto de la mesada pensional que recibiría La señora CLAUDIA MARINA MEJIA GARZON, al momento de estructurar el derecho a la pensión de vejez.

4. Declarar que LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCION S.A. Y COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTIAS, generaron una afectación de los derechos pensionales de la señora CLAUDIA MARINA MEJIA GARZON, al ofrecerle como prestación por vejez la garantía de pensión mínima.

5. Declarar que la vulneración al derecho de información por parte de LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCION S.A. que generara el consentimiento informado en el traslado de régimen pensional, derivó en la afectación a la vida digna de la señora CLAUDIA MARINA MEJIA GARZON al momento de estructurar el derecho a obtener la pensión.

6. Declarar que LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCION S.A., vulneró los principios objetivos contenidos en la ley 100 de 1993, en razón a que están generando un detrimento patrimonial y por ende una vulneración a la vida digna de la señora CLAUDIA MARINA MEJIA GARZON.

7. Declarar la nulidad y/o ineficacia del traslado de la afiliación en pensiones de la señora CLAUDIA MARINA MEJIA GARZON, con LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCION S.A., por cuanto la misma careció de información veraz en el cambio de régimen pensional, debido a la fraccionada e incompleta asesoría sobre los riesgos que debía asumir en el cambio de régimen pensional, al no haber sido clara, completa, comprensible la manera como estaba diseñado el régimen de ahorro individual, incumpliendo el deber del consentimiento informado y detallado en la asesoría de cambio de régimen y durante la permanencia en este.

8. Declarar consecuentemente, se ordene el traslado a Colpensiones de todos los aportes, junto con sus rendimientos, frutos e intereses que actualmente tiene en LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCION S.A., con destino a Colpensiones quien fue la entidad que asumió las obligaciones del ISS, de acuerdo al Decreto 2013 de 2012...”

En consecuencia, solicita se condene a: i) la Administradora De Fondos De Pensiones Y Cesantías Protección S.A. – Protección S.A. a trasladar los aportes efectuados, junto con los rendimientos, frutos, intereses, gastos de administración, seguros y demás emolumentos con destino a Colpensiones;

Exp. No. 007 2020 00255 01

ii) Colpensiones a activar su afiliación en dicha entidad y aceptar y recibir sus aportes; *iii)* costas.

2. HECHOS RELEVANTES

Como fundamentos fácticos de las súplicas, en síntesis, señaló, que:

1. Nació el 10 de julio de 1963 y a la fecha de presentación de la demanda cuenta con 56 años.
2. Se trasladó a la Administradora de Fondos De Pensiones y Cesantías Protección S.A. – Protección S.A. en el año 1998 y actualmente se encuentra inscrita en dicha entidad.
3. No le fue brindada asesoría idónea al realizar su traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, omitiéndose indicar las ventajas, el valor de la mesada pensional ni el detalle del diseño de cada régimen.
4. Para el año 2020 solicitó la proyección de la mesada pensional a Administradora de Fondos De Pensiones y Cesantías Protección S.A. – Protección S.A. y allí le informaron que no tendría derecho sino a la pensión de garantía mínima, en razón a que el capital no le era suficiente para acceder a una mejor pensión.
5. El 26 de mayo de 2020 presentó reclamación ante Colpensiones.

3. ACTUACIÓN DEL JUZGADO

La demanda fue presentada ante el Centro de Servicios Administrativos Jurisdiccionales para los juzgados civiles y de familia, el 7 de julio de 2020 (archivo 1), sin embargo, con auto del 26 de agosto de 2020, la Juez Sexta Laboral del Circuito de Bogotá, expuso una causal de impedimento para conocer del trámite y procedió a la remisión del trámite al Juzgado Séptimo, quien en proveído del 11 de septiembre de 2020, aceptó el impedimento presentado y avocó el conocimiento de la acción (archivo 6).

Fue así como el 15 de febrero de 2021, se procedió a admitir la demanda (archivo 9).

Protección S.A., contestó en término oponiéndose a los pedimentos de la

demanda. En cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento de la actora, el traslado realizado a dicha entidad y la gestión desplegada por el fondo de pensiones una vez, fue creado; de los restantes indicó que no le constaban o no eran ciertos. Propuso las excepciones que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones; reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa; inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe y la innominada o genérica. Como fundamento de su defensa, sostuvo que, el traslado que existe, es válido y exento de vicios del consentimiento, al celebrarse de manera libre y espontánea y no verificarse una conducta errónea de la entidad (archivo 11).

Colpensiones dio contestación en forma legal y oportuna, resistiéndose a las pretensiones formuladas. En cuanto a los hechos aceptó el natalicio de la demandante, su vinculación al ISS y su posterior traslado al RAIS; sobre los restantes manifestó que no son ciertos y que no le constan. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, innominada o genérica y la innominada o genérica, Como motivos de defensa, alega que, la entidad no intervino en el negocio jurídico celebrado entre la demandante y la AFP, y por tanto, ella no es la llamada a afrontar las consecuencias de la falta de información; además, para la fecha en que se efectuó el movimiento de régimen de la afiliada, esta no se encontraba inmersa en ninguna prohibición legal (archivo 19 ibídem).

4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El JUZGADO SÉPTIMO LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ, mediante

Exp. No. 007 2020 00255 01

sentencia del 19 de mayo de 2023, puso fin a la primera instancia de la siguiente manera (archivo 29 ibídem):

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación y traslado realizado por la señora CLAUDIA MARINA MEJÍA GARZÓN con la AFP PROTECCIÓN el 21 de agosto de 1998 contenida en el formulario n°. 9877164.

SEGUNDO: ORDENÓ a PROTECCIÓN S.A., a trasladar la totalidad de los valores depositados en la cuenta de ahorro individual de la que es titular la señora CLAUDIA MARINA MEJÍA GARZÓN dineros que deben incluir los rendimientos que se hubieren generado hasta que se haga efectivo dicho traslado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por Colpensiones.

TERCERO: ORDENAR a PROTECCIÓN S.A. a devolver a Colpensiones, todos los descuentos realizados de los aportes pensionales del señor demandante, mientras estuvo vinculado a cada uno de esos fondos privados, tales como el porcentaje correspondiente a los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos. Al momento de cumplirse esta orden judicial, para lo cual se le concede al fondo demandado el termino de treinta (30) días, contados a partir de la notificación del auto de obediencia al Superior, deberán presentar un informe discriminando todos los rubros objeto de devolución, con sus valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes, descuentos objeto de devolución, su indexación y demás información relevante que los justifiquen y que prevengan controversias posteriores a la ejecutoria de esta sentencia.

CUARTO: ORDENAR a Colpensiones a recibir como su afiliado sin solución de continuidad al demandante como afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida desde su afiliación inicial al ISS.

QUINTO: SE DECLARAN COMO NO PROBADAS las excepciones presentadas por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS – PROTECCIÓN S.A.

SEXTO: SE CONDENA en costas a los fondos demandados y a favor del demandante. Las agencias en derecho se tasan en la suma de 2SMMLV, al momento del pago, a cargo de cada uno de los fondos

SEPTIMO: Se ordena el grado jurisdiccional de consulta ante el Superior a favor de Colpensiones.”

Como argumento central de su decisión, sostuvo que, no obra ningún medio de convicción que dé certeza que el fondo demandado hubiera suministrado la información debida, respecto a las consecuencias que le traería trasladarse de régimen de pensiones, encontrándose acreditada la falta al deber de información, generándose de esta manera la ineficacia de este. Respecto a las costas, arguyó que, estas se encontraban a cargo de las entidades convocadas, conforme a lo dispuesto en el artículo 365 del CGP, al presentarse escrito de contestación, oponerse a las pretensiones, formular excepciones y ser vencidas en juicio.

5. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del *a quo*, Colpensiones interpuso recurso de apelación argumentando que no obra material probatorio que demuestre la existencia de algún vicio del consentimiento al momento de la afiliación; aunado a que la actora tenía obligaciones legales de informarse adecuadamente del sistema general de pensiones, y al haber guardado silencio en el transcurso del tiempo, dio a entender su decisión de permanecer en el RAIS. Agregó, que al declarar la ineficacia del traslado se afectaría la sostenibilidad financiera del sistema. Finalmente, indicó que no puede ser condenado en costas, dado que los recursos del sistema no pueden tener una destinación diferente a la contemplada en la Constitución.

6. ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en la Ley 2213 de 2022, Colpensiones presentó alegatos en esta instancia, reiterando los argumentos aludidos en su respectiva apelación, además de indicar que la actora se encuentra dentro de la prohibición legal de traslado.

7. PROBLEMA JURÍDICO

Teniendo en cuenta lo planteado por Colpensiones en el recurso de alzada, la Sala debe entrar a estudiar: *i)* si para efectos de declarar la ineficacia de traslado de régimen se requiere que el actor demuestre que su consentimiento estuvo viciado; *ii)* si la declaratoria de ineficacia afecta la sostenibilidad financiera del sistema, y *iii)* si es en estos asuntos debe ser condenado en costas.

II. CONSIDERACIONES

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

Exp. No. 007 2020 00255 01

Colpensiones interpone recurso de apelación en el que indica en primer lugar que en el *sub lite* no se configuran vicios del consentimiento para declarar la ineficacia del traslado.

En primer lugar, frente a los motivos expuestos por la administradora del RPM, se recuerda que era la AFP Protección SA quien tenía la carga de probar que efectivamente a la afiliada se le dio toda la información veraz, pertinente y segura de cuáles eran las condiciones de su eventual pensión en el RAIS, por ser quien tiene la información sobre el particular, al haber sido la que impulsó el traslado de régimen pensional; sin que Colpensiones tenga injerencia alguna ni legitimidad para cuestionar este punto, ya que no participó en el mentado negocio jurídico y la aludida AFP en momento alguno se mostró inconforme con esa decisión al no recurrirla (Sentencia SL4322-2022).

Pese a ello, la Sala aclara con respecto a lo esbozado por la entidad apelante lo siguiente:

1. El análisis de la eficacia del acto jurídico de migración del RPMPD al RPM por ausencia de una debida información de parte de las AFP no debe abordarse desde la figura jurídica de las nulidades si no por medio de la institución de la ineficacia, con excepción de las consecuencias de su declaratoria las cuales se rigen por lo previsto por el artículo 1746 del Código Civil relativo a los efectos de aquella (CSJ SL1688-2019, CSJ SL1465-2021, CSJ SL4297-2022, CSJ SL3155-2022, CSJ SL610-2023).
2. No resulta procedente que el sentenciador exija demostrar que el consentimiento expresado al momento en que se tomó la determinación cuestionada estuvo afectado por algún vicio, esto es error, fuerza o dolo (CSJ SL1566-2022, CSJ SL3155-2022, CSJ SL610-2023) y que en caso de estarlo se configuraría un yerro de derecho que no lo afectaba (CSJ SL2279-2021).
3. La Corte Suprema de Justicia, Sala Casación Laboral en forma reiterada ha señalado que, cuando el conflicto suscitado tiene como origen la omisión de información al afiliado por parte de la AFP en el momento de traslado de régimen pensional debe analizarse desde la figura jurídica de la ineficacia,

Exp. No. 007 2020 00255 01

puesto que al transgredirse el derecho a que el cambio de régimen pensional sea libre y voluntario, el efecto jurídico previsto por el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, no es otro, que el de la ineficacia de la afiliación (CSJ SL3871-2021, CSJ SL 3611-2021, CSJ SL3537-2021).

Por lo que no resulta adecuado entonces, como lo señala Colpensiones que la demandante probara la configuración de un vicio en su consentimiento (error de hecho, fuerza o dolo), puesto que como quedó visto el análisis del caso controvertido debe centrarse en establecer si la administradora de pensiones cumplió con su deber de información en el momento en que el afiliado tomó la decisión de cambiarse de sistema pensional.

4. Desde el surgimiento de los fondos privados en el sistema pensional han tenido la obligación de suministrar al afiliado una ilustración «comprensible y suficiente, sobre las consecuencias favorables y desfavorables que su decisión acarrea» pues es lo que conduce a que el usuario realmente tenga un consentimiento informado, el que ha sido definido como «un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen» (CSJ SL19447-2017, CSJ SL4324-2022) permitiendo así, que la decisión de traslado sea libre y voluntaria como lo exige el ordenamiento jurídico (CSJ SL4322-2022, CSJ SL1055-2022, CSJ SL610-2023).

5. Por lo previo son las administradoras de pensiones quienes tienen que acreditar que durante la migración entre el RPMPD al RAIS, se otorgaron los datos completos, necesarios y, suficientes, ya que la afirmación por parte del demandante de que tal obligación fue omitida, configura la existencia de una negación indefinida que, tiene como consecuencia la inversión de la carga de la prueba en armonía con el mandato establecido en el canon 1604 del Código Civil (CSJ SL1217-2021, CSJ SL3871-2021, CSJ SL5686-2021).

6. El resultado de la declaratoria de lo pretendido en el presente juicio trae consigo el regreso al régimen de prima media con prestación definida, lo cual implica que el fondo privado tenga la obligación de retornar a Colpensiones todos los emolumentos que percibió mientras la demandante estuvo vinculada al RAIS lo que incluye no solamente el capital, si no los

Exp. No. 007 2020 00255 01

rendimientos, cuotas de administración, comisiones, aportes para las garantías de pensión mínima, más seguros previsionales debidamente indexada, cobijando también todas las vinculaciones que hubiese tenido en dicho sistema (CSJ SL3464-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL5280-2021, CSJ SL1055-2022, CSJ SL2369-2022, CSJ SL610-2023).

Y esta es la razón precisamente por la cual no se puede sostener que la ineficacia del traslado genere afectación al principio de sostenibilidad financiera del sistema, como lo afirma la administradora del RPMD en el recurso vertical, pues precisamente con las consecuencias de su declaratoria, se garantiza la financiación de la pensión sin que existan detrimentos de la cosa administrada, por ello se ordena la devolución total de los aportes junto con sus rendimientos, sin lugar a descuentos; razón por la cual se confirmará la sentencia de primer grado en lo que respecta la condena impartida a Colpensiones, precisando que dentro de la orden de devolución de los gastos de administración, se incluye el valor descontado por seguro previsional (artículo 20 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 7 de la ley 797 de 2003). Sin que pueda considerarse un enriquecimiento sin justa causa de la administradora de prima media por recibir los gastos de administración, rendimientos y demás emolumentos, dado que el artículo 32 de la Ley 100 de 1993, expresa con claridad que una de las características distintivas del RPMPD es que no existe una cuenta individual, sino un fondo común que va a garantizar las pensiones de todos los afiliados que pertenecen a éste (Corte Constitucional Sentencia C-398 de 1998).

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

Bajo este entendimiento, se confirmará la decisión apelada y consultada.

COSTAS

Finalmente, se absolverá de las costas de primera instancia a Colpensiones como quiera que dicha entidad no participó del acto de traslado de la demandante, por ende, la responsabilidad no recaía en ese organismo; no obstante, en esta instancia, por haber apelado y haberse despachado sus argumentos se le impondrá condena en costas.

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

RESUELVE

Primero.- REVOCAR PARCIALMENTE el ordinal sexto de la sentencia proferida el 19 de mayo de 2023, por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de **absolver** a Colpensiones del pago de costas de primera instancia.

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

TERCERO.- COSTAS en esta instancia a cargo de Colpensiones, se fijan como agencias en derecho, la suma de un (1) smmlv.

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

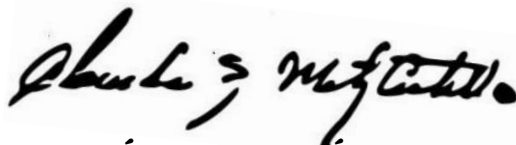


LUZ MARINA IBAÑEZ HERNANDEZ
Magistrada

Exp. No. 007 2020 00255 01



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado



CLAUDIA ANGÉLICA MARTÍNEZ CASTILLO
Magistrada

Demandante: Claudina Marina Mejía Garzón. Demandado: Colpensiones, Fondo de pensiones y la Administradora de Pensiones y Cesantías Protección S.A.

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

**Magistrada Ponente:
LUZ MARINA IBÁÑEZ HERNÁNDEZ**

**Bogotá D.C., veintinueve (29) de septiembre de dos mil veintitrés
(2023)**

Número de Proceso: 110013105007 2020 00280 01
Demandante: Jesús Emilio Peinado Solano
**Demandado: Colpensiones, Fondo de pensiones y Cesantías
Porvenir S.A. y en Fondo de Pensiones Old
Mutual**

Procede la Sala Segunda Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, conformada por los magistrados, Marceliano Chávez Ávila, Claudia Angélica Martínez Castillo y Luz Marina Ibáñez Hernández, quien actúa como ponente, a dictar la siguiente **SENTENCIA** de segunda instancia dentro del presente proceso, así:

AUTO

Se reconoce personería adjetiva para actuar en calidad de apoderada sustituta de Colpensiones, a Karen Silvana Mendivelso Cuellar, identificada con C.C. No. 1.010.201.041 de Bogotá y portadora de la T.P. No. 267.784 expedida por el C. S. de la Judicatura, conforme a la sustitución allegada (carpeta segunda instancia, archivo 7).

I. ANTECEDENTES:

1. PRETENSIONES

El señor Jesús Emilio Peinado Solano, actuando por intermedio de apoderado judicial, demandó a Colpensiones, Fondo de Pensiones y

Exp. No. 007 2020 00280 01

Cesantías Porvenir S.A. y el Fondo de Pensiones Old Mutual, con el fin de obtener las siguientes pretensiones declarativas (fº. 6 del archivo 1):

“

A: Declarar nula la afiliación firmada por mi poderdante para trasladarse del Seguro Social hoy Colpensiones a Porvenir S.A., por omisión en la aplicación de lo normado en la Ley 1328 de 2009 y el Decreto 2241 de 2010, que establecen el cuidado, diligencia y transparencia que deben tener los asesores de la AFP, para explicar al afiliado todo lo positivo y negativo de dicho traslado de régimen, caso que no sucedió con mi poderdante, en síntesis se requería de asesoría transparente y buen consejo por parte de la AFP Porvenir S.A., para que mi prohijado pudiera tomar la decisión que más le conviniera y así, no viciar el consentimiento de dicha decisión.

B: Declarar nula la afiliación firmada por mi poderdante para trasladarse de la AFP Porvenir S.A., a Old Mutual, por omisión en la aplicación de lo normado en la Ley 1328 de 2009 y el Decreto 2241 de 2010, que establece el cuidado, diligencia y transparencia que deben tener los asesores de la AFP, para explicar al afiliado todo lo positivo y negativo de dicho traslado de régimen, en síntesis se requería de asesoría y buen consejo por parte de Old Mutual, para no viciar el consentimiento de dicha decisión.

C: Una vez declarada la nulidad de las dos afiliaciones mencionadas anteriormente, solicito señor Juez, declarar la ineficacia de traslado de regímenes, dejado al afiliado sin solución de continuidad en el Seguro Social, hoy Colpensiones, como cotizante permanente hasta el 25 de Abril de 2021, fecha en que solicitará la resolución pensional por cumplimiento de lo establecido en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, esto es la pensión de vejez a que tiene derecho en esa fecha.”

En consecuencia, solicita se condene a Colpensiones a pagar las mesadas pensiones a partir del 25 de abril de 2021; indexación. Y se condene a la AFP Porvenir y a Old Mutual a devolver al RPM los valores cobrados por concepto de gastos de administración debidamente indexados; costas.

2. HECHOS RELEVANTES

Como fundamentos fácticos de las súplicas, en síntesis, señaló, que:

1. Nació el 25 de abril de 1959 en el Municipio de Convención – Norte de Santander y a la fecha de presentación de la demanda cuenta con 60 años.

2. Laboró para la Gobernación de Norte de Santander desde el 7 de marzo de 1983 hasta el 8 de octubre de 2011, realizando aportes a la Caja de Previsión Departamental, sin embargo, a la fecha dicha entidad se encuentra liquidada.
3. Entre el 11 de octubre de 1991 y el 13 de febrero de 1994, laboró al servicio del SENA y cotizó al Seguro Social hoy Colpensiones.
4. Del 19 de diciembre de 1996 al 1 de junio de 1999 cotizó como trabajador independiente.
5. En abril de 2000, presentó cambio de régimen pensional hacia el RAIS a la AFP Porvenir, y no recibió asesoría eficaz sobre la conveniencia o no del traslado de régimen, perjudicándolo de manera grave en su expectativa pensional.
6. En julio de 2009 fue persuadido por los asesores de la AFP Old Mutual para trasladarse a dicho fondo, sin recibir información idónea sobre su decisión.
7. El 21 de octubre de 2013 solicitó su traslado a Colpensiones, pero esta fue rechazada, con comunicación de fecha 23 de noviembre de 2013.
8. El 19 de agosto de 2016 presentó derecho de petición dirigido a Colpensiones y Old Mutual instando el traslado de la afiliación, debido a su descontento con el movimiento engañoso efectuado, recibiendo respuesta desfavorable de la administradora colombiana de pensiones el 30 de diciembre de 2016.
9. Ha cotizado durante su vida laboral un total de 1574,71 semanas y un saldo de \$238.719.809 producto de cotizaciones.

3. ACTUACIÓN DEL JUZGADO

La demanda fue presentada ante el Centro de Servicios Administrativos Jurisdiccionales para los juzgados civiles y de familia, el 13 de agosto de 2020 (archivo 3), sin embargo, con auto del 26 de agosto de 2020, la Juez Sexta Laboral del Circuito de Bogotá, expuso una causal de impedimento para conocer del trámite y procedió a la remisión del trámite al Juzgado Séptimo, quien en proveído del 28 de septiembre de 2020, aceptó el impedimento presentado y avocó el conocimiento de la acción (archivo 6).

Fue así como el 10 de marzo de 2021, se procedió a admitir la demanda (archivo 13).

Porvenir SA contestó en término oponiéndose a los pedimentos de la demanda. No le consta y no son ciertos, los hechos planteados en la demanda. Propuso las excepciones que denominó prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación, y la genérica. Como fundamento de su defensa sostuvo que cuando el actor suscribió el formulario en el año 2000, este se hizo libre de engaños, en forma espontánea y sin presiones, después de brindar información clara, precisa, veraz y suficiente, de acuerdo con las disposiciones de la Ley 100 de 1993, que establece el funcionamiento, las características y condiciones del RAIS, por ende, no puede decirse que el afiliado fue engañado o no recibió la asesoría respectiva (archivo 17 ibídem).

Colpensiones, se opuso las súplicas formuladas; en cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento del actor, y que, de acuerdo a ella, para la fecha de presentación de la demanda contaba con 60 años de edad, su vinculación al ISS desde el 19 de diciembre de 1996 al 1° de junio de 1999, la presentación de una petición ante la administradora el 19 de agosto de 2016 y la respuesta emitida el 30 de diciembre de 2016; sobre los restantes manifestó que no son ciertos y que no le constan. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, ratificación de la voluntad de permanencia en el RAIS por existir actos de relacionamiento, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, inexistencia del derecho al reconocimiento de la pensión, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, innominada o genérica. Sostuvo que, no se allegó prueba alguna que demuestre que al peticionario se le hizo incurrir en un error o que hubiese existido un vicio del consentimiento o alguna manifestación de inconformidad alguna respecto al traslado,

evidenciándose con la documental que, su movimiento al régimen de ahorro individual se realizó de manera libre y voluntaria (archivo 18 ibídem).

Old Mutual Pensiones y Cesantías hoy Skandia Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías, igualmente se opuso a los pedimentos de la demanda. Propuso las excepciones que denominó, actos de relacionamiento, Skandia no participó ni intervino en el momento de selección de régimen, el demandante se encuentra inhabilitado para el traslado de régimen en razón de la edad y tiempo cotizado; inexistencia de violación al debido proceso para el momento de la afiliación al RAIS; ausencia de falta al deber de asesoría e información; los supuestos fácticos de este proceso no son iguales o similares ni siquiera parecidos al contexto de las sentencias invocadas por el demandante, lo accesorio sigue la suerte de lo principal – falta de interés negociable, prescripción de la acción, prescripción de las acciones que se derivan del contrato de seguro – gastos de administración, buena fe y la genérica (archivo 20).

Con auto del 10 de diciembre de 2021, el juzgado de conocimiento, dio por contestada a demanda por las convocadas y ordenó la vinculación de la Aseguradora Mapfre Colombia Vida Seguros S.A., solicitada por la AFP Skandia (archivo 22), sin embargo, el 29 de septiembre de 2022, se dio por no contestada la demanda por parte de la llamada en garantía, pues, a pesar de haberse remitido notificación electrónica el 28 de enero de 2022, conforme a lo preceptuado en el Decreto 806 de 2022, esta guardó silencio (archivo 24 y 27).

Pese a lo anterior, en audiencia pública celebrada el día 28 de noviembre de 2022, se revisó nuevamente la notificación efectuada a la entidad aseguradora, no encontrando ninguna irregularidad para su no comparecencia a la diligencia (archivo 31).

En el trámite de la audiencia de que trata el artículo 80, celebrada el 7 de septiembre de 2023, se hizo presente Mapfre a la audiencia, verificándose nuevamente el trámite de notificación, concluyéndose que este se hizo en forma debida y contra tal determinación no se interpuso recurso alguno.

4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El JUZGADO SÉPTIMO LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ, mediante sentencia del 24 de mayo de 2023, puso fin a la primera instancia de la siguiente manera (archivo 24 ibídem):

“PRIMERO: Declarar la ineficacia de la afiliación y traslado realizado por el señor Jesús Emilio Peinado Solano, con la AFP Porvenir, contenida en el formulario de radicado 01326281 del 26 de febrero del 2000. Con la AFP Skandia, contenida en el formulario de radicado 507400 del 28 de mayo del 2009

SEGUNDO: Se **ORDENA** a **Skandia** a trasladar a Colpensiones la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual de la que es titular el señor Jesús Emilio Peinado Solano, dineros que deben incluir los rendimientos que se hubieren generado hasta que se haga efectivo dicho traslado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por Colpensiones.

TERCERO: Ordenar a **Skandia Y Porvenir** a devolver a Colpensiones, todos los descuentos realizados de los aportes pensionales del señor demandante, mientras estuvo vinculado a cada uno de esos fondos privados, tales como el porcentaje correspondiente a los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos. Al momento de cumplirse esta orden judicial, para lo cual se le concede al fondo demandado el término de treinta (30) días, contados a partir de la notificación del auto de obediencia al Superior, deberán presentar un informe discriminando todos los rubros objeto de devolución, con sus valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes, descuentos objeto de devolución, su indexación y demás información relevante que los justifiquen y que prevengan controversias posteriores a la ejecutoria de esta sentencia.

CUARTO: ORDENAR a Colpensiones a recibir como su afiliado sin solución de continuidad al demandante como afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida desde su afiliación inicial al ISS.

QUINTO: Se declaran como no probadas las excepciones presentadas por la Administradora Colombiana de Pensiones - **Colpensiones, Skandia S.A.** Pensiones y Cesantías, la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías **Porvenir S.A.**

SEXTO: Se niega el llamamiento en garantía realizado por Skandia contra **Mapfre** por las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

SEPTIMO: Niéguese las restantes pretensiones de la demanda.

OCTAVO: Las costas son a cargo de Colpensiones, Porvenir y Skandia. Las agencias en derecho se tasan a favor del demandante en 2 SMMLV a cargo de cada fondo y por el valor que corresponda a la fecha de su pago.

NOVENO: Ordénese la consulta de esta sentencia ante el Superior remitir al Tribunal superior para la consulta de este expediente”

Para llegar a dichas declaraciones, sostuvo que, aunque había quedado demostrado que la demandante suscribió el formulario de traslado de régimen en el 2000 con la AFP Porvenir SA, y en 2009 con Skandia, no se acreditó por parte de la primera demandada, haberle suministrado la información completa, objetiva y comparada respecto de los regímenes pensionales existentes y las consecuencias asociadas a dicho cambio en el caso particular de la afiliada, por lo que, al tenor de la línea jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, al no haber quedado satisfecho ese deber de información cualificado, el cual no se sana con posteriores datos que le hubieran suministrado otras AFP, o con ilustración ulterior que el mismo accionante se hubiera servido, dado que, la información se predica del momento inicial.

5. RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión del a quo, Colpensiones, Porvenir SA y Skandia interpusieron el recurso de apelación.

La Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones solicita se revoque la sentencia de primera instancia, al no encontrarse acreditado ningún vicio del consentimiento, además, existen obligaciones recíprocas y, por ello, ante el silencio guardado del actor, su decisión era consciente de mantenerse vinculado al RAIS; por otro lado, señala que al declararse la ineficacia se afecta el sistema pensional del régimen de prima media, además, que su ahorro no ayudó a financiar la pensión de los demás afiliados, ni la de él mismo; reprocha que se le hubiere condenado al pago de costas, pues, la entidad no incidió en la decisión adoptada por el afiliado al momento del traslado, manteniendo una conducta de buena fe.

La Administradora de Pensiones y Cesantías Porvenir SA, reprocha lo dispuesto en el literal tercero de la sentencia, es decir, la orden de devolver gastos de administración, primas de seguros y descuentos al fondo de pensión mínima indexados, al ser incompatible con el retorno de los rendimientos, en la medida que, como consecuencia de la afiliación de la demandante y la buena gestión de la administradora, aquellos se

generaron, por lo que, esa actuación compensa la depreciación del poder adquisitivo de la moneda que pudiera generarse con los conceptos que se ordenó retornar al RPMPD.

Skandia Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías, presenta inconformidad respecto a los literales tercero y sexto de la sentencia, en cuanto a la devolución de los gastos de administración, primas debidamente indexados y la negativa del llamado en garantía, pues, si bien se acata el precedente jurisprudencial, se desconoce el Decreto 3995-2008, que en su artículo 7, señala los conceptos que se deben trasladar al momento de declararse la ineficacia del RAIS al RPM, como el fondo de garantía mínima y aportes, pero no los gastos y la prima debidamente indexados, tal y como se señaló en la sentencia; en segundo lugar, estima que, solamente se pueden pagar o respaldar los emolumentos con su patrimonio en caso de haberse presentado mora en el pago de las primas, caso que no ocurre en el presente trámite; en tercer lugar, reclama que se hubiese negado el llamado en garantía, pues, en su sentir, la aseguradora debe restituir las primas pagadas. Al ordenarse la devolución de rendimientos, se debe aplicar la figura de la compensación con el capital del afiliado frente a la indexación ordenada.

6. ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en la Ley 2213 de 2022, Colpensiones presentó alegatos en esta instancia reiterando los argumentos expuestos al momento de sustentar su recurso, además de indicar que el actor se encuentra dentro de la prohibición legal de traslado y subsidiariamente, reclama se condicione el cumplimiento de la sentencia, hasta tanto se materialice el traslado de las cotizaciones del afiliado.

A su turno, Porvenir SA insistió en la tesis expuesta a la hora de exponer sus argumentos contra la sentencia; asimismo, amplió sus motivos de inconformidad frente a la sentencia, indicando que, el acto jurídico de traslado goza de plena validez, ya que, se realizó de manera libre y

voluntaria, además, este tenía el deber de informarse y cerciorarse sobre los servicios que contrataba, quedando en su sentir acreditada la información suministrada al actor, al momento de trasladarse de régimen.

La parte actora también presentó alegatos en esta instancia solicitando que se confirme la decisión de primer grado.

7. PROBLEMAS JURIDICOS.

Teniendo en cuenta los motivos de apelación, procede la Sala a resolver los siguientes problemas jurídicos:

- i) Para proceder a declarar la ineficacia del traslado debe probar la parte actora que se configuró algún vicio del consentimiento.
- ii) La declaratoria de la ineficacia del traslado de régimen afecta la sostenibilidad financiera del sistema?
- iii) Es procedente condenar en costas a Colpensiones?
- iv) En virtud de la ineficacia del traslado, es procedente la devolución de los gastos de administración, primas de seguros y descuentos al fondo de pensión mínima? ¿En caso afirmativo deben ser ordenados con la respectiva indexación, o por el contrario la devolución de los rendimientos financieros suple la finalidad de la actualización monetaria?
- v) Procede condena en contra de la aseguradora Mapfre Colombia Vida Seguros S.A., de restituir las primas que pagó a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Skandia.

II. CONSIDERACIONES

Atendiendo lo expuesto en el artículo 66 A del CPT y SS, procede la Sala a analizar los puntos de inconformidad propuestos por Colpensiones,

Porvenir SA. y Skandia S.A., al momento de sustentar sus respectivos recursos de apelación, y en consulta frente aquellos puntos no apelados y que afectan a Colpensiones.

Una precisión es necesaria. Porvenir S.A en los alegatos presentados en esta instancia, señala que el acto jurídico de traslado goza de plena validez, ya que, se realizó de manera libre y voluntaria, y la entidad le suministró a la accionante información necesaria y suficiente para adoptar la decisión respectiva. Sin embargo, la declaratoria de ineficacia del traslado contenida en el numeral primero de la sentencia no fue objeto de ataque en el recurso de alzada, pues este se limitó al numeral tercero de la providencia de primera instancia. Por lo que, lo alegado por dicha parte en esta sede, no puede ser considerado por la Sala, pues, conforme lo tiene previsto el artículo 66 A del CPT y de la SS, la sentencia de segunda instancia, así como la decisión de autos apelados, se suscribe a lo expresamente cuestionado por la parte inconforme, más no frente a argumentos, hechos nuevos o modificaciones del *petitum* que se introduzcan en otras etapas, porque eso afecta el derecho al debido proceso y derecho de defensa de la contraparte, sin olvidar, que los alegatos son simplemente una ampliación o profundización de lo apelado, tal como lo indicó la Sala Laboral de la CSJ, por ejemplo, en sentencia SL3144-2021, al explicar que:

(...) no debe olvidarse que los alegatos de conclusión son un informe que presentan los litigantes sobre el análisis de los hechos a la luz de las pruebas producidas para defender sus posturas procesales y los hechos y pretensiones incluidos en la demanda, en la contestación, en la reconvencción, en las excepciones, y en la sustentación de los recursos, con el fin de «apoyar la veracidad de los hechos narrados concordándolos con los hechos probados, de manera que en las mismas no se pueden proponer nuevas pretensiones, como tampoco incluir hechos nuevos ni desbordar las materias objeto de los recursos, y para el caso de las apelaciones, incluyen además el desarrollo de los argumentos expuestos ante el juez de primera instancia» (CSJ SL4397-2015 y CSJ SL2136-2014).

Por lo tanto, la Sala se detendrá exclusivamente a analizar lo que fue objeto de apelación por parte de la Administradoras del régimen de ahorro individual con solidaridad que fueron convocadas a juicio y con relación a Colpensiones lo planteado como motivo de inconformidad y revisar las

condenas contra esta última entidad en virtud del grado jurisdiccional consulta.

EI VICIO DEL CONSENTIMIENTO NO ES UN PRESUPUESTO PARA LA DECLARATORIA DE LA INEFICACIA DEL TRASLADO.

Sostiene Colpensiones que la parte demandante no probó que existiera algún vicio del consentimiento al momento de efectuarse el traslado de régimen. Conclusión que no le asiste razón a la entidad recurrente, por las siguientes razones:

1. El análisis de la eficacia del acto jurídico de migración del RPMPD al RPM por ausencia de una debida información de parte de las AFP no debe abordarse desde la figura jurídica de las nulidades si no por medio de la institución de la ineficacia, con excepción de las consecuencias de su declaratoria las cuales se rigen por lo previsto por el artículo 1746 del Código Civil relativo a los efectos de aquella (CSJ SL1688-2019, CSJ SL1465-2021, CSJ SL4297-2022, CSJ SL3155-2022, CSJ SL610-2023).
2. No resulta procedente que el sentenciador exija demostrar que el consentimiento expresado al momento en que se tomó la determinación cuestionada estuvo afectado por algún vicio, esto es error, fuerza o dolo (CSJ SL1566-2022, CSJ SL3155-2022, CSJ SL610-2023) y que en caso de estarlo se configuraría un yerro de derecho que no lo afectaba (CSJ SL2279-2021).
3. La Corte Suprema de Justicia, Sala Casación Laboral en forma reiterada ha señalado que, cuando el conflicto suscitado tiene como origen la omisión de información al afiliado por parte de la AFP en el momento de traslado de régimen pensional debe analizarse desde la figura jurídica de la ineficacia, puesto que al transgredirse el derecho a que el cambio de régimen pensional sea libre y voluntario, el efecto jurídico previsto por el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, no es otro, que el de la ineficacia de la afiliación (CSJ SL3871-2021, CSJ SL 3611-2021, CSJ SL3537-2021).

Por lo que no resulta adecuado entonces, como lo señala Colpensiones que la demandante probara la configuración de un vicio en su consentimiento (error de hecho, fuerza o dolo), puesto que como quedó visto el análisis del caso controvertido debe centrarse en establecer si la administradora de pensiones cumplió con su deber de información en el momento en que el afiliado tomó la decisión de cambiarse de sistema pensional.

4. Desde el surgimiento de los fondos privados en el sistema pensional han tenido la obligación de suministrar al afiliado una ilustración «comprensible y suficiente, sobre las consecuencias favorables y desfavorables que su decisión acarrea» pues es lo que conduce a que el usuario realmente tenga un consentimiento informado, el que ha sido definido como « un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen» (CSJ SL19447-2017, CSJ SL4324-2022) permitiendo así, que la decisión de traslado sea libre y voluntaria como lo exige el ordenamiento jurídico (CSJ SL4322-2022, CSJ SL1055-2022, CSJ SL610-2023).

5. Por lo previo son las administradoras de pensiones quienes tienen que acreditar que durante la migración entre el RPMPD al RAIS, se otorgaron los datos completos, necesarios y, suficientes, ya que la afirmación por parte del demandante de que tal obligación fue omitida, configura la existencia de una negación indefinida que, tiene como consecuencia la inversión de la carga de la prueba en armonía con el mandato establecido en el canon 1604 del Código Civil (CSJ SL1217-2021, CSJ SL3871-2021, CSJ SL5686-2021).

LA DECLARATORIA DE LA INEFICACIA DEL TRASLADO Y LA SOSTENIBILIDAD FINANCIERA DEL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES.

Sabido es que el resultado de la declaratoria de lo pretendido en el presente juicio trae consigo el regreso al régimen de prima media con prestación definida, lo cual implica que el fondo privado tenga la obligación de retornar a Colpensiones todos los emolumentos que percibió mientras la demandante estuvo vinculada al RAIS lo que incluye no

solamente el capital, si no los rendimientos, cuotas de administración, comisiones, aportes para las garantías de pensión mínima, más seguros previsionales debidamente indexada, cobijando también todas las vinculaciones que hubiese tenido en dicho sistema (CSJ SL3464-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL5280-2021, CSJ SL1055-2022, CSJ SL2369-2022, CSJ SL610-2023).

Y esta es la razón precisamente por la cual no se puede sostener que la ineficacia del traslado genere afectación al principio de sostenibilidad financiera del sistema, pues con las consecuencias propias acabadas de explicar, se garantiza la financiación de la pensión sin que existan detrimentos de la cosa administrada, por ello se ordena la devolución total de los aportes junto con sus rendimientos, sin lugar a descuentos; razón por la cual se confirmará la sentencia de primer grado en lo que respecta la condena impartida a Colpensiones, precisando que dentro de la orden de devolución de los gastos de administración, se incluye el valor descontado por seguro previsional (artículo 20 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 7 de la ley 797 de 2003). Sin que pueda considerarse un enriquecimiento sin justa causa de la administradora de prima media por recibir los gastos de administración, rendimientos y demás emolumentos, dado que el artículo 32 de la Ley 100 de 1993, expresa con claridad que una de las características distintivas del RPMPD es que no existe una cuenta individual, sino un fondo común que va a garantizar las pensiones de todos los afiliados que pertenecen a éste (Corte Constitucional Sentencia C-398 de 1998).

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

DE LA DEVOLUCION DE LOS GASTOS DE ADMINISTRACION, PRIMAS DE SEGURO Y DESCUENTOS AL FONDO DE PENSION MINIMA E INDEXACION DE LOS MISMOS.

Se duele Skandia Fondo de Pensiones y Cesantías S.A., que estos conceptos no deben ser objeto de devolución como consecuencia de la declaratoria de la ineficacia y además como también lo plantea la Administradora de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. no deben ser indexados como quiera que, al entregar los rendimientos financieros, estos suplen la devaluación de la moneda.

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

Entonces, aunque es cierto que, por disposición legal, la AFP cobra un porcentaje por administración, a su vez, dentro de ese porcentaje contrata con otra aseguradora para cubrir el resto de contingencias, o denominados seguros previsionales, el hecho de esos recursos hayan sido sufragados con terceros, no implica que la AFP no deba devolverlos, pues, como lo ha enseñado la jurisprudencia laboral, esos dineros deben retornarse con los propios recursos del organismo, debido a las consecuencias de la conducta indebida, por ende, debe correr con los deterioros sufridos por el bien administrado y demás eventualidades que no debieron surgir si se hubiera respetado el deber de información, como lo disponen los artículos 963 y 1746 del CC, según se expuso en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL9464-2018, CSJ SL4989-2018 y CSJ SL1421-2019.

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

Ahora, si bien los aportes pensionales, por disposición legal, deben generar una rentabilidad mínima, con lo que se busca contrarrestar su pérdida de poder adquisitivo, razón por la cual se ordena la devolución tanto de las cotizaciones como de los rendimientos causados, no ocurre así con los restantes conceptos, esto es, gastos de administración, sumas destinadas al seguro previsional y montos dirigidos al fondo de garantía de pensión mínima, lo que implica que, para el momento de su devolución al RPMPD, se encuentran devaluados y, por ello, la necesidad de traerlos a valor presente; además, esa actualización se impone sobre los aportes, si las AFP no ponen a disposición de Colpensiones dentro del plazo concedido por el a quo. En consecuencia, la indexación opera sólo frente a estos tres últimos conceptos.

DE LA OBLIGACION DE LA ASEGURADORA DE REINTEGRAR LO PAGADO POR SKANDIA.

Por otro lado, no se desconoce que Skandia echó de menos que no se diera aplicación a lo dispuesto en el Decreto 3995 del 16 de octubre de 2008, que reglamentó los artículos 12, 13 y 16 de la Ley 100 de 1993, sin embargo, deberá indicarse que tal preceptiva legal no es aplicable al *sub examine*, pues, en ella, se trató de dar solución a los afiliados que presentaban múltiple vinculación entre el RAIS y el RPM, situación que en forma alguna se aparea con la aquí debatida, pues, el demandante, no se encuentra inmerso en una multiafiliación, sino que, su traslado se materializó con carencia en el suministro de información.

DE LA PRESCRIPCION.

Finalmente, como el ente público propuso la excepción de prescripción, la Sala advierte que el artículo 48 de la Carta Política, define a la seguridad social como un derecho irrenunciable regido por el principio de progresividad, de modo que, estando en juego un tema de tal trascendencia como el régimen pensional aplicable al demandante y, de contera, los requisitos para acceder al reconocimiento de un derecho pensional, en últimas, la ineficacia del traslado de régimen pensional no queda cobijada bajo el fenómeno deletéreo, por guardar este asunto una estrecha relación con la construcción o posibilidad de adquirir el derecho pensional, tema que de añeja jurisprudencia se ha indicado que es imprescriptible. En tal sentido se ha pronunciado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia entre otras en sentencias SL1421-2019, SL1688-2019, SL1689-2019 y SL2611-2020.

DE LA CONDENA EN COSTAS A COLPENSIONES EN PRIMERA INSTANCIA.

Finalmente, se absolverá de las costas de primera instancia a Colpensiones como quiera que dicha entidad no participó del acto de traslado de la demandante, por ende, la responsabilidad no recaía en ese organismo; no obstante, en esta instancia, por haber apelado y haberse despachado sus argumentos en forma favorable de manera parcial, se le impondrá condena en costas.

Dado el resultado desfavorable de los recursos para la Administradora de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. y Skandia Fondo de Pensiones y Cesantías S.A., se le impondrán las costas de esta instancia.

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

R E S U E L V E

PRIMERO.- REVOCAR PARCIALMENTE el ordinal octavo de la sentencia proferida el 7 de febrero de 2023, emitida por el Juzgado Séptimo Laboral

Exp. No. 007 2020 00280 01

del Circuito de Bogotá, en el sentido de absolver a Colpensiones al pago de las costas de primera instancia.

SEGUNDO.- CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia apelada y consultada.

TERCERO. COSTAS en esta instancia a cargo de la Administradora de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. y Skandia Fondo de Pensiones y Cesantías S.A. y la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones. Inclúyase en la liquidación respectiva la suma de un (1) smmlv, por concepto de agencias en derecho para cada una de ellas y a favor de la demandante.

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



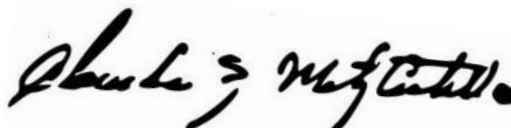
LUZ MARINA IBAÑEZ HERNANDEZ

Magistrada



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Magistrado



CLAUDIA ANGÉLICA MARTÍNEZ CASTILLO

Magistrada

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

Magistrada Ponente:
LUZ MARINA IBÁÑEZ HERNÁNDEZ

Bogotá D.C., veintinueve (29) de septiembre de dos mil veintitrés (2023)

Número de Proceso: 110013105017 2020 00283 01

Demandante: Carmelo Melo Díaz

Demandado: Henry Sánchez

Procede la Sala Segunda Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, conformada por los magistrados, Marceliano Chávez Ávila, Claudia Angélica Martínez Castillo y Luz Marina Ibáñez Hernández, quien actúa como ponente, a dictar SENTENCIA de segunda instancia dentro del presente proceso, de la manera siguiente:

I. ANTECEDENTES:

1. PRETENSIONES

CARMELO MELO DÍAZ, actuando por intermedio de apoderado judicial, demandó a Henry Sánchez, con el fin de que se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido desde el 22 de enero de 2018 hasta el 6 de julio de 2020; devengando como último salario la suma de \$2.400.000. En consecuencia, solicite sea condenado al pago del auxilio de cesantías, intereses sobre las mismas, prima de servicios, vacaciones causados entre el 22 de enero de 2018 y el 6 de julio de 2020; dos días de salario debidos, la sanción contenida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 y la prevista en el artículo 65 del CST; aportes al sistema de seguridad social; la indemnización por terminación del contrato sin justa causa, costas.

2. HECHOS RELEVANTES

Como fundamentos fácticos de sus súplicas afirmó que: *i)* inició vinculación laboral desde el 22 de enero de 2018 hasta el 6 de julio de 2020; *ii)* la prestación del servicio fue de manera personal y directa; *iii)* se desempeñó como maestro de construcción u oficial de construcción, *iv)* el salario inicial devengando lo fue de \$1.500.000 mensuales; y para diciembre de 2019, su salario se incrementó a \$2.400.000 mensuales; *v)* el empleador descontaba dos días de salario mensualmente; *vi)* las herramientas y materiales de trabajo eran del empleador, *vii)* cumplió órdenes y estuvo bajo la continua subordinación y dependencia, *viii)* tenía un horario de trabajo de 7:00 a.m a 12: 00 p.m y de 1:00 p.m a 4:30 p.m de lunes a viernes y los sábados de las 7:00 a.m a 12:00 p.m; *ix)* no le fueron concedidas vacaciones; *x)* los servicios eran prestados en la Carrera 107 No. 17-40, pero, su empleador lo trasladó temporalmente a la Calle 18 No. 53-18, por un período de 8 meses; *xi)* fue obligado a suscribir un contrato de obra civil; que con él fueron contratadas otras personas para prestar el mismo servicio; *xii)* presentó reclamación del pago de salarios, prestaciones e indemnizaciones pero su pedimento fue resuelto en forma desfavorable (fl.º 6 y ss. del archivo 3 del expediente digital).

3. ACTUACIÓN DEL JUZGADO.

La demanda fue presentada ante el Centro de Servicios Administrativos Jurisdiccionales para los juzgados civiles y de familia, el 10 de septiembre de 2020 (archivo 2), siendo admitida por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá, con proveído del 23 de septiembre de 2020 (r.º 8 archivo 5), enviándose notificación citación de notificación a la Transversal 124 No. 18 A-94 de esta ciudad, el 28 de septiembre de 2020.

En la contestación de la demanda, el demandado, respecto a los hechos, negó de manera rotunda la existencia del contrato de trabajo, pues adujo que la relación existente entre ellos lo fue a través de un contrato civil de obra, limitándose el convocado a enviar el dinero correspondiente por la actividad desplegada, por tanto, no cumplía horario, no recibía órdenes, ni percibía un salario. Que el servicio había sido prestado en la Carrera 107 n° 17-40 de esta ciudad. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó falta de causa sustantiva, cobro de lo no debido, carencia de objeto por la activa y no existir elementos de configuración presuntiva del contrato, buena fe y la genérica (archivo 6).

En apretada síntesis y en lo que interesa a la alzada, reveló que, entre las partes se suscribió un contrato civil de obra, dado los conocimientos técnicos que tiene Carmelo Melo, en el que, este se comprometió a entregar unos trabajos, no pudiéndose presentar subordinación jurídica, al no exigírsele el cumplimiento de órdenes, máxime que los requerimientos efectuados eran tendientes a que se entregara la obra, de acuerdo a los permisos de construcción y bodegaje de material

4. FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

El JUZGADO DIECISIETE LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ, mediante sentencia de fecha 20 de OCTUBRE de 2022, dispuso (archivo 17):

PRIMERO: DECLARAR PROBADAS las excepciones denominadas falta de causa sustantiva y cobro de lo no debido, propuestas por el demandado, señor HENRY SÁNCHEZ, lo anterior de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: ABSOLVER al demandado señor HENRY SÁNCHEZ, identificado con la C.C. 19.139.213, de todas las pretensiones incoadas en su contra por el señor CARMELO MELO DÍAZ, identificado con la C.C. 17.094.347, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

TERCERO: CONDENAR EN COSTAS al demandante. En firme esta sentencia, por Secretaría practíquese la liquidación de costas, incluyendo agencias en derecho a su cargo por valor de \$300.000M/Cte.

CUARTO: SE DISPONE LA CONSULTA a favor del demandante”.

Fundó su determinación en que, la prestación del servicio fue aceptada por el demandado, al momento de contestar la demanda y se ratifica tal situación con la certificación adosada al expediente (F° 16 A 20 Y 23), sin embargo dedujo que con los interrogatorios de parte recepcionado, y la prueba testimonial, el demandado, había logrado derruir la presunción legal, al establecerse que los servicios fueron prestados para la ejecución de una obra civil, como lo fue, al parecer, la construcción de una bodega, en el marco de un contrato diferente al laboral. Indicó que se acreditó el servicio, pero en cumplimiento del objeto contractual de índole civil, pues este, tenía autonomía para contratar a los trabajadores que se encargaron de la obra, no solicitaba permisos, y aunque cumplía un horario, este no era supervisado; además, en el contrato suscrito entre las partes, se estipularon condiciones específicas para ejecutar la obra, echándose de menos la subordinación.

5. ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA.

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en la Ley 2213 de 2022, las partes guardaron silencio.

6. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico que ocupa la atención de la Sala se circunscribe en determinar si la relación laboral habida entre las partes estuvo atada a través de un contrato de trabajo como lo sostiene el demandante, o por el contrario a través de un convenio de carácter civil como lo concluyó el juez de primer grado.

II. CONSIDERACIONES

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

El actor afirma que la prestación personal del servicio a favor del demandado lo fue a través de contrato de trabajo, como quiera que durante la ejecución del mismo estuvo subordinado. El convocado a juicio por el contrario al contestar la demanda afirmó que el vínculo que ató a las partes, lo fue, en virtud de un contrato de índole civil, para la realización de una obra, tesis que fue avalada por el *a quo*.

El artículo 53 de la Constitución Política de Colombia, reza que, a la hora de expedirse un estatuto del trabajo, se deben tener en cuenta unos principios fundamentales mínimos, tales como:

“primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales ...” (Resaltado de la sala).

Por otro lado, en el artículo 4° de la Recomendación 198 de la OIT, se insta al estado a incluir medidas tendientes a:

“(a) proporcionar a los interesados, en particular a los empleadores y los trabajadores, orientación sobre la manera de determinar eficazmente la existencia

de una relación de trabajo y sobre la distinción entre trabajadores asalariados y trabajadores independientes...”

Además, se contempló en el artículo 13, del citado escrito que:

“...Los Miembros deberían considerar la posibilidad de definir en su legislación, o por otros medios, indicios específicos que permitan determinar la existencia de una relación de trabajo. Entre esos indicios podrían figurar los siguientes:

(a) el hecho de que el trabajo: se realiza según las instrucciones y bajo el control de otra persona; que el mismo implica la integración del trabajador en la organización de la empresa; que es efectuado única o principalmente en beneficio de otra persona; que debe ser ejecutado personalmente por el trabajador, dentro de un horario determinado, o en el lugar indicado o aceptado por quien solicita el trabajo; que el trabajo es de cierta duración y tiene cierta continuidad, o requiere la disponibilidad del trabajador, que implica el suministro de herramientas, materiales y maquinarias por parte de la persona que requiere el trabajo, y

(b) el hecho de que se paga una remuneración periódica al trabajador; de que dicha remuneración constituye la única o la principal fuente de ingresos del trabajador; de que incluye pagos en especie tales como alimentación, vivienda, transporte, u otros; de que se reconocen derechos como el descanso semanal y las vacaciones anuales; de que la parte que solicita el trabajo paga los viajes que ha de emprender el trabajador para ejecutar su trabajo; el hecho de que no existen riesgos financieros para el trabajador. ...”

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

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

Por ello, la H. Corte Suprema de Justicia categóricamente ha señalado en "múltiples oportunidades, que el principio de la primacía de la realidad sobre las formas, constituye un elemento cardinal de nuestro ordenamiento jurídico laboral, el que se encuentra consagrado en el artículo 53 de la CN, con sustento en el cual los jueces pueden dejar a un lado las formas convenidas por las partes de una relación

contractual para darle prevalencia a lo que en verdad acreditan las condiciones bajo las cuales se desarrolla el negocio jurídico pactado, por lo que si de dichas circunstancias se evidencia el elemento de la subordinación característico de un contrato de trabajo, se impone derivar de ello, las consecuencias jurídicas que prevé la ley” (CSJ SL3564-2021).

En ese orden, la prestación personal del servicio corresponde acreditarla a quien reclama su existencia, la cual debe surgir de la contratación directa de quien se afirma fungió como empleador, durante el lapso de tiempo reclamado, realizada no por iniciativa propia de quien la ejecutó, sino bajo la supervisión, vigilancia, control, dirección y órdenes que para el efecto disponga o prevea el contratante, para enrostrarle la calidad de empleador; de ahí, que por previsión legal, demostrada tal realidad, se presume la existencia del contrato de trabajo, como lo consagra el artículo 24 del ordenamiento positivo del trabajo.

Entonces, es claro que, no sólo en virtud del artículo 24 del CST, sino por cuenta del artículo 53 Superior, también denominado principio de primacía de la realidad sobre las formalidades, que al trabajador le basta inicialmente acreditar el primer requisito contenido en el artículo 23 del CST, la entrega de su fuerza laboral, para que se traslade la carga probatoria, por así disponerlo el legislador en el artículo subsiguiente, al empleador, quien debe entrar a desvirtuarla, por otro lado, el juez de manera automática no puede basarse en el contrato que éste aduzca, o la información contenida en un documento, independientemente de su naturaleza; así como tampoco atenerse a la calificación que los testigos hagan de esa relación como una forma de ratificar una pregunta que lleva implícita la respuesta, sino de los hechos concretos, que en cuanto modo, tiempo y lugar, realmente permitan establecer las características de la relación, ya que, si bien en un principio las partes pudieron acordar los términos de una relación independiente, eso no obsta para que en el lapso de aquélla exista una transformación que implique la subordinación del contratista, o aun habiendo acordado tales términos, se hizo como una manera de desconocer los derechos laborales. Por esa razón se exige el análisis conjunto de las pruebas para establecer si realmente lo acreditado por el supuesto empleador tiene el mérito de desvirtuar con tal firmeza la presunción de la relación laboral a favor del trabajador.

Cabe agregar, que con la introducción de nuevos elementos en las estructuras empresariales y la forma como ha avanzado la contratación, el elemento de la subordinación debe mirarse desde otra óptica, esto es, de manera contextualizada; de ahí que, en aras de dilucidar ese aspecto, como se dijo atrás, la Recomendación 198 de la OIT, compiló un haz de indicios, que permite identificar en qué eventos, la forma como se desarrolló la labor encaja o no en una relación laboral.

Así, tal como quedó reseñado en la sentencia CSJ SL1439-2021, se han identificado ciertos criterios, como la prestación del servicio según el control y supervisión de otra persona (CSJ SL4479-2020); la exclusividad (CSJ SL460-2021); la disponibilidad del trabajador (CSJ SL2585-2019); la concesión de vacaciones (CSJ SL6621-2017); la aplicación de sanciones disciplinarias (CSJ SL2555-2015); cierta continuidad del trabajo (CSJ SL981-2019); el cumplimiento de una jornada u horario de trabajo (CSJ SL981-2019); realización del trabajo en los locales o lugares definidos por el del beneficiario del servicio (CSJ SL4344-2020); el suministro de herramientas y materiales (CSJ SL981-2019); el hecho de que exista un solo beneficiario de los servicios (CSJ SL4479-2020); el desempeño de un cargo en la estructura empresarial (SL, 24 ag. 2010, rad. 34393); la terminación libre del contrato (CSJ SL6621-2017) y la integración del trabajador en la organización de la empresa (CSJ SL4479-2020 y CSJ SL5042-2020); sin que, con esta relación, se entienda completada la labor de identificación de esos elementos propios de subordinación, pues, pueden ir surgiendo nuevas circunstancias, que sumadas en la forma como se fue desarrollando la relación, permitan verificar que la contratación en realidad fue laboral.

Bajo tales derroteros, se adentra este Colegido a analizar el acervo probatorio que obra en el informativo. Pues bien, se aportaron las siguientes pruebas documentales relevantes:

Contrato de obra civil, suscrito por el demandado, el 22 de enero de 2018, debiendo resaltarse en este punto, que, el mismo goza de plena validez, a las voces del artículo 54 A, al tenerse certeza que fue suscrito por Henry Sánchez y que el actor, tenía conocimiento de su contenido, pues fue él mismo quien lo acopió al expediente digital y el hecho de que no lo hubiere firmado no genera per se un desconocimiento de lo allí estipulado.

Ahora bien, en el convenio, las partes estipularon que, el objeto del convenio, “MAESTRO DE OBRA BODEGA UBICADA EN LA CRA 107# 17-40” (sic), y en el que, se estipularon entre otras cláusulas: “...TRES.- OBLIGACIONES DEL CONTRATISTA : a) Revisar en detalle el Diseño de las Obras a desarrollar, estableciendo un balance adecuado entre los materiales y accesorios a suministrar y las cantidades de obra a ejecutar. b) El contratista deberá verificar todas las especificaciones y medidas de la obra y será responsable de cualquier error en la ejecución del contrato. c) Realizar un registro fotográfico de todo el proceso de construcción de la obra, el cual deberá estar siempre actualizado para ser consultado por EL CONTRATANTE o quien este designe o encargue para el efecto. d) Registrar en planos la obra ejecutada y al final de la Obra deberá entregar un plano impreso de la obra construida. e) Suministrar y pagar el total de la mano de obra requerida para la ejecución del contrato y su adecuada dirección y administración. f) Reemplazar aquel personal que a juicio de EL CONTRATANTE no reúna las calificaciones para el desempeño de su oficio o que considere perjudicial para los intereses de la obra. g) Presentar cronograma detallado de actividades para la elaboración de EL CONTRATANTE, en forma previa a la iniciación de la ejecución de las obras. h) Vincular a todo el personal a su cargo y bajo su dependencia y subordinación, en forma previa a la iniciación de labores, al sistema integral de seguridad social en salud...”

A renglón seguido se pactó la forma de pago:

“**CUATRO.- FORMA DE PAGO:** El valor del presente contrato se pagará de la siguiente forma: a)El valor del contrato, en su integridad, se cancelará mediante pagos mensuales. **PARÁGRAFO PRIMERO. REAJUSTES:** El presente Contrato no tendrá reajustes en los Valores unitarios propuestos, sin importar el tiempo invertido en la ejecución de las obras. No obstante, el valor del presente Contrato será modificado en el evento en que aparezcan ítems no contemplados en la oferta o el contrato, para lo cual se harán los respectivos análisis de precios unitarios

(...)

CINCO.- PROCEDIMIENTO PARA EL PAGO: Los pagos a favor de EL CONTRATISTA se efectuarán con arreglo al siguiente procedimiento: Pago mensual , EL CONTRATISTA elaborará y presentará ante EL CONTRATANTE, una relación de avance de obra” (fº. 15-19 del archivo 3).

Declaración extra juicio rendida por Aníbal José Blanco Gutiérrez, Wuldo Amado Rodríguez Fonseca, en la que expusieron:

“Declaro bajo la gravedad de juramento que conocemos de trato, vista y comunicación desde hace DOS (2) años, por relación laboral, al señor CARMELO MELO DIAZ identificado con cedula de ciudadanía No. 17.094.347 de Bogotá y por este conocimiento sabemos y nos consta que en el período de tiempo comprendido entre el veintidós (22) de enero de dos mil dieciocho (2018) hasta el seis (6) de julio del año dos mil veinte (2020) ha trabajado para las distintas obras de construcción realizadas por el señor HENRY SANCHEZ, desempeñando el cargo de maestro de obra.” (fº. 20-21 del archivo 3).

Certificación laboral del 16 de diciembre de 2019, suscrita por Henry Sánchez, en la que se registró:

“El señor, CARMELO MELO DIAZ, identificado con la CC No. 17.094.347 de Bogotá, labora a mi cargo desde el 22 de Enero de 2018 a la fecha, desempeñando el cargo de Maestro de Obra, el cual ha suscrito un contrato de prestación de servicios de obra civil, devengando un promedio de salario mensual de \$2.400.000.00...)” (Fº. 22 del archivo 3).

Las declaraciones de Aníbal José Blanco Gutiérrez y Wuldo Amado Rodríguez Fonseca, ante Notario Público, se deben tener como prueba testimonial, de acuerdo a lo preceptuado en el artículo 262 del Código General del Proceso al cual nos remitimos por expresa integración normativa del artículo 145 del Código Procesal Laboral, que precisa “Los documentos privados de contenido declarativo emanados de terceros se apreciarán por el juez sin necesidad de ratificar su contenido, salvo que la parte contraria solicite su ratificación”, y tenerse como testigos extra procesales, a las voces del artículo 188 del estatuto procesal civil. Y así mismo lo dejó sentado la Corte Suprema de Justicia, Sala De Casación Laboral en sentencia SL1000-2022, en la que expuso:

“Frente a este tipo de pruebas no sobra advertir que las declaraciones extra juicio tienen una naturaleza testimonial, conforme lo señalado en el artículo 262 del CGP, es así como se le debe dar el mismo tratamiento que se le da a los testimonios extra procesales recibidos sin audiencia de la parte contra la cual se aducen (art. 188 del CGP), luego se trata de una prueba no calificada para edificar un ataque en sede extraordinaria, en los términos establecidos en el artículo 7 de la Ley 16 de 1969, que modificó el artículo 87 del CPTSS. En consecuencia, el Tribunal no incurrió en los yerros fácticos y jurídicos que la censura le endilga y, por tanto, el cargo no prospera”

Es así como de las exposiciones rendidas, si bien se puede extraer que el actor se desempeñó como maestro de obra en diferentes construcciones adelantadas por Henry Sánchez, los extremos de la relación laboral, en las aludidas declaraciones, no se indicaron las razones de la ciencia de su dicho, esto es, las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se ejecutó el servicio, y por qué le consta. Además, que llama la atención que los declarantes tengan conocimiento con exactitud del número de cedula de ciudadanía del actor y ambos indiquen los hechos expuestos, en los mismos términos. Por las anteriores razones, la Sala resta credibilidad.

Por otro lado, la certificación adosada al expediente, hace alusión a la labor desplegada por el actor a favor del convocado a juicio, como maestro de obra, mediante un contrato de prestación de servicios de obra civil, situación análoga a lo expuesto al momento de contestarse la demanda.

Siguiendo con el análisis probatorio, se tiene que **Carmelo Melo Díaz**, al rendir interrogatorio de parte expuso, que recibió una llamada de Henry Sánchez para el año 2018, y le ofreció hacer un trabajo de construcción, en el que, acordaron que él le haría una bodega y a su turno, el convocado se encargaba de poner la gente, herramientas y todo; por ello, cuando hacía falta material se comunicaba con él e informaba lo que requería; como retribución a sus servicios, le pagaba \$1.500.000, pero finalizó el contrato, ganando \$2.400.000; no recibió capacitación alguna para ejecutar la obra, ni instrucciones respecto a la utilización de los materiales, tampoco recibió observaciones, memorandos, llamados de atención y dotación durante el tiempo que duró la construcción; los avances los ponía en conocimiento por teléfono. Cuando tenía programada una cita médica, le pedía permiso a Henry, porque por lo general siempre estaba en el sitio del servicio, siendo importante resaltar, que, cotizó al sistema de seguridad social como trabajador independiente; del fenecimiento del vínculo laboral, expresó que, “Pues dijeron que eso se hizo, cuando empezó la epidemia, esa, entonces, él me iba sacando, sacando y sin decirme nada, porque estaba metiendo a otra gente que estaba ahí”, en lo tocante a las funciones desplegadas, indicó que, estas consistían en, “Yo manejaba la gente, hacia lo que se debía en la obra, con unos muchachos y don Henry me daba las órdenes”, agregando en este punto, que era él quien conseguía a las personas que trabajaban allí y don Henry las recibía. Para desarrollar las labores, le fueron entregadas las llaves del sitio.

El demandado en interrogatorio de parte, aceptó la prestación del servicio de Carmelo a su favor, aclarando que, celebraron un contrato por valor de \$39.000.000, suma de dinero que se iba pagando de acuerdo a los progresos que tuviese la construcción; además, que, era el actor, quien se encargaba de conseguir el personal y llegar a un acuerdo de pago, limitándose él enviar la suma de dinero que le fuese informada. En cuanto al suministro de materiales la ejecución del proyecto, informó que, dejaba el dinero y Carmelo se encargaba de pedirlo y pagarlo, concluyendo que era él quien compraba y pagaba estos conceptos. Nunca se tuvo o contrató un ingeniero o arquitecto para que guiase la labor, pues, el promotor litigioso, sabía de construcción.

A su turno, **Jamer Orozco Gualdón**, afirmó conocer al demandante desde hace más de 18 años y haber laborado en la obra del convocado, como oficial de obra, encargado de pegar ladrillos, amarrar hierro, más que un ayudante, por ello, afirma que, prestando sus servicios, Carmelo le presentó a don Henry como el dueño de esta; sin embargo, desconoce el acuerdo celebrado entre ellos para la ejecución de esta, así como la retribución pactada; sin embargo, si fue claro en indicar que era Carmelo el encargado de ella, y, por tanto, quien contrataba al personal y decía lo que se tenía que hacer; veía al demandado, cada 8 o 15 días en la construcción, pero nunca dialogó con él; precisando que, en un principio el demandado iba y llevaba el dinero para que les pagaran, pero ya después, enviaba un mensajero; el horario en que prestaban los servicios era de 7:00 am. a 12:00 m y de 1:00 p.m. a 4:30 p.m, de lunes a viernes y el sábado, medio día, siendo el dador de laborío muy cumplidor de este y en caso de ausentarse, era para asistir al médico y “él siempre que llegaba a la obra, decía, hoy me van a reemplazar un ratico porque voy hasta el médico”, por otro lado, nunca conoció a un ingeniero o arquitecto en la obra, solo al actor y respecto a la finalización de la obra, informó que, “es que uno se da cuenta que la obra terminó”.

Así, con las pruebas anteriormente reseñadas, es claro para la Sala que se logró acreditar la prestación personal del servicio por parte del promotor de la litis, hecho que fue aceptado por el demandado al dar respuesta a la demanda y se corrobora con el mismo contrato de obra civil suscrito entre las partes, y la declaración del único testigo, naciendo así la presunción de tipo legal de existencia del contrato de trabajo, surgiendo la ventaja probatoria a favor de aquel, siendo el demandado a quien corresponde desvirtuar dicha presunción de tipo legal, la que en efecto logró derruir, como quiera que la declaración de Jaime Orozco quien también fue trabajador de la obra señaló que era Carmelo el que se encargaba de ella, se encargaba de la contratación del personal, de la dirección de la misma, y sólo veía al señor Henry Sánchez cada 8 o 15 días en la construcción. El tener potestad el actor para la contratación de personal y dirección de la misma, son rasgos propios de la autonomía propia de un contratista independiente, y no de la subordinación jurídica como elemento característico y diferenciador del contrato de trabajo con otras relaciones laborales, como los convenios de prestación de servicio, civiles, o comerciales. Por lo tanto, la ejecución del contrato de obra civil no se desnaturalizó.

No se puede perder de vista, que la subordinación jurídica del trabajador respecto del empleador, se concreta en el sometimiento del primero a las órdenes o imposiciones del segundo y que se constituye en su elemento esencial y objetivo, y es la 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. Sin embargo, se itera del contenido del convenio suscrito entre el actor y el accionado y la declaración del único testigo, lo que permite colegir es que el primero desarrollo el mismo con plena autonomía, no recibió órdenes del empleador para el desarrollo de sus actividades, teniendo facultades plenas para la contratación de personal y dirección de la obra, lo que encuadra además perfectamente en la figura del contratista independiente de que trata el artículo 34 del CST, que a la letra señala: “1o) Son contratistas independientes y, por tanto, verdaderos {empleadores} y no representantes ni intermediarios, las personas naturales o jurídicas que contraten la ejecución de una o varias obras o la prestación de servicios en beneficios de terceros, por un precio determinado, asumiendo todos los riesgos, para realizarlos con sus propios medios y con libertad y autonomía técnica y directiva....”

Las anteriores razones son suficientes para confirmar la decisión de primera instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia del 20 de octubre de 2022, proferida por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO.- Sin costas en este grado jurisdiccional.

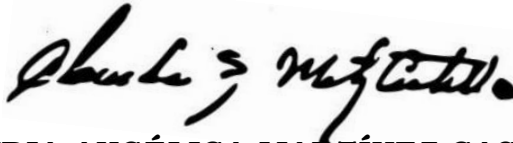
Notifíquese legalmente a las partes y cúmplase.

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Luz Marina Ibañez Hernández', written in a cursive style.

LUZ MARINA IBAÑEZ HERNANDEZ
Magistrada

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Marceliano Chávez Ávila', written in a cursive style.

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Claudia Angélica Martínez Castillo', written in a cursive style.

CLAUDIA ANGÉLICA MARTÍNEZ CASTILLO
Magistrada

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

**Magistrada Ponente:
LUZ MARINA IBÁÑEZ HERNÁNDEZ**

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de septiembre de dos mil veintitrés (2023)

Número de proceso: 110013105030 2021 00295 02
Demandante: Fanny Janeth Cuervo Cuervo
**Demandado: Administradora Colombiana de Pensiones –
COLPENSIONES-
Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías
PROTECCIÓN SA**

Procede la Sala Segunda Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, conformada por los magistrados, Marceliano Chávez Ávila, Claudia Angélica Martínez Castillo y Luz Marina Ibáñez Hernández, quien actúa como ponente, a dictar SENTENCIA de segunda instancia dentro del presente proceso, de la siguiente manera:

I. ANTECEDENTES

1. PRETENSIONES

Fanny Janeth Cuervo Cuervo, actuando por intermedio de apoderada judicial demandó a la Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones- y a la AFP Protección SA, para que se declare la ineficacia de su afiliación del régimen de prima media con prestación –RPMPD- al régimen de ahorro individual con solidaridad –RAIS-; que, para todos los efectos legales, nunca se trasladó al RAIS, por lo tanto, siempre ha permanecido afiliada al RPMPD. En consecuencia, se ordene al fondo a trasladar a la entidad pública la totalidad del capital ahorrado en la cuenta de ahorro individual, tales como cotizaciones,

bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, rendimientos, demás valores causados con motivo de su afiliación, y gastos de administración, indexados; debiendo Colpensiones recibirla, junto con los valores trasladados, y actualizar su historia laboral para garantizar su derecho pensional en ese régimen; se condene al pago de las costas procesales.

2. HECHOS

Como fundamento de las pretensiones, sostuvo que estuvo afiliada al ISS entre octubre de 1987 y agosto del 2000; se trasladó a la AFP Santander hoy Protección SA, el 27 de julio de 2000, efectuando aportes desde septiembre de esa anualidad; en el momento del cambio, dicho organismo no le suministró información clara, suficiente, veraz y oportuna sobre las implicaciones del cambio de régimen pensional; el asesor del fondo privado tampoco le indicó las características, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes; presentó reclamación ante Colpensiones, el 12 de mayo de 2021 sin obtener respuesta (archivo 01 del expediente digital).

3. ACTUACIÓN DEL JUZGADO

Admitida la demanda mediante auto del 7 de septiembre de 2021 (archivo 04 ibíd.) y corrido el traslado de rigor, Colpensiones dio contestación en forma legal y oportuna, oponiéndose a las pretensiones formuladas; en cuanto a los hechos aceptó su inicial vinculación al ISS y el traslado hacia Protección S.A, sobre los restantes manifestó que no son ciertos o no le constan. Señaló, que la migración de régimen se realizó con plena voluntad de la cotizante, en consecuencia, no es procedente declarar la nulidad de la afiliación al RAIS y condenar al ente público a recibir los aportes para activar su estatus en el RPMPD, teniendo en cuenta que, por decisión propia suscribió el formulario respectivo, voluntad que se vio ratificada con los más de 21 años que realizó cotizaciones al fondo privado. Como medios de defensa propuso las que denominó: aplicación del precedente establecido en la sentencia CSJSL373 del 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, y la innominada o genérica (archivo 07 ibíd.).

Protección SA, se opuso a los pedimentos de la demanda; en cuanto a los hechos aceptó su traslado hacia esta entidad; sobre los restantes manifestó que no son ciertos o no le constan. Sostuvo, que el traslado de régimen es válido y, por tanto, exento de vicios del consentimiento o cualquier fuerza para realizarlo; precisó que los formularios de vinculación que suscribió la demandante se realizaron en forma libre y espontánea, actuación que tiene la naturaleza de un verdadero contrato entre la accionante y el organismo, por virtud del cual se generaron derechos y obligaciones en cabeza tanto del fondo como de la afiliada; añadió, que la manifestación de voluntad estuvo libre de presión y engaños, desvirtuándose de esta manera cualquier evento que pudiera viciar el consentimiento, en los términos del artículo 11 del Decreto 692 de 1994 respetando el derecho a la libre selección de régimen consagrado en los artículos 13 y 271 de la ley 100 de 1993, a través de la firma del formulario de afiliación en señal de aceptación, lo que constituye una manifestación inequívoca de trasladarse al RAIS.

Propuso las excepciones que denominó: inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir; buena fe; prescripción; aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones; reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP; inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarará la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa; inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, y la innominada o genérica (archivo 06 ibíd.)

4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa probatoria conforme lo solicitado por las partes y decretado por el juez de conocimiento, éste emitió fallo, el 24 de mayo de 2023, cuya parte resolutive es del siguiente tenor (archivo 18 ibíd.):

PRIMERO: DECLARAR INEFICAZ el traslado de régimen pensional que hizo la demandante FANNY JANETH CUERVO CUERVO, identificada con cédula de ciudadanía N° 51.792.434, efectuado el 27 de julio de 2000, del Régimen de Prima Media con Prestación Definida - RPM, antes administrado por el extinto Instituto de los Seguros Sociales - ISS hoy COLPENSIONES, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad - RAIS, a través de la AFP SANTANDER hoy ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN

S.A., con efectividad a partir del 01 de septiembre de 2000, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: DECLARAR válidamente vinculada a FANNY JANETH CUERVO CUERVO al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, sin solución de continuidad, de acuerdo con la argumentación expuesta.

TERCERO: CONDENAR a la AFP SANTANDER hoy ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. a devolver a COLPENSIONES todos los valores que reposan en la cuenta de ahorro individual de FANNY JANETH CUERVO CUERVO, incluidos sus rendimientos y, con cargo a sus propios recursos, las comisiones o gastos cobrados por administración, primas de los seguros previsionales de sobrevivencia e invalidez y aportes al fondo de garantía de la pensión mínima, debidamente indexados, por el lapso en que permaneció afiliada a esa AFP, esto es, de 01 de septiembre de 2000 y hasta que se haga efectivo el traslado, de conformidad con las consideraciones de esta sentencia.

CUARTO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES a que una vez ingresen los valores de la cuenta de ahorro individual de FANNY JANETH CUERVO CUERVO, reactive su afiliación al Régimen de Prima Media con Prestación Definida – RPM y, actualice la información en su historia laboral para garantizar el derecho pensional bajo las normas que regulan tal Régimen, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

QUINTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones planteadas por las accionadas, de acuerdo con lo antes indicado.

SEXTO: CONDENAR en costas de esta instancia a la AFP SANTANDER hoy ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., a favor de la DEMANDANTE. Por secretaría liquídense e inclúyanse como agencias en derecho la suma de TRES MILLONES SEISCIENTOS MIL PESOS (\$3'600.000.00). Sin costas ni a favor ni en contra de COLPENSIONES.

SÉPTIMO: CONCEDER el Grado Jurisdiccional de CONSULTA a favor de COLPENSIONES.

Para llegar a dichas conclusiones, el *a quo* explicó que el asunto puesto a discusión se trata de una ineficacia especial prevista en la ley, que castiga eliminando los efectos jurídicos del acto de traslado de régimen, por no haberse suministrado información, veraz, oportuna y suficiente a la afiliada en su situación particular, carga que le correspondía asumir al fondo demandado debido a su posición dominante, quien no lo logró, por ende, la afiliación del 27 de julio de 2000 a la entonces AFP Santander hoy Protección SA, carecía de validez; precisó que, para esa data estaban vigentes los artículos 3°, literal b), artículos 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, artículo 97, numeral 1° del D.663 de 1993, y el estatuto financiero, que obligaban a los fondos privados al deber de ilustración a quienes pretendían el traslado, con el propósito de que los consumidores pudieran adoptar la mejor decisión acorde a sus intereses, lo cual

no fue acreditado por el organismo privado, sin que del formulario aportado se pudiera extraer esos aspectos, ni mucho menos del interrogatorio de parte rendido por la demandante, porque las manifestaciones dadas no eran otra cosa que las características generales de los regímenes pensionales, pero, nada concreto sobre su situación pensional, descartándose confesión sobre el deber de información que se exige para que el traslado sea considerado válido.

Por último, le impuso las costas a Protección SA., y absolvió a Colpensiones de este concepto, aduciendo para ello, que, como la entidad pública no participó del traslado, no era merecedora de sanción alguna.

5. RECURSO DE APELACIÓN

Colpensiones solicitó que se revoque las órdenes dadas en su contra, pues recibir al afiliado proveniente del RAIS afecta gravemente los derechos económicos de la entidad, dado que, eventualmente tendrá que reconocer las prestaciones económicas propias del RPMPD que administra, generándose una desfinanciación. Adujo, que se le está condenando por un hecho que no cometió porque no fue la causante del traslado y, mucho menos de la desinformación. Añadió, que esa omisión de la AFP debe castigarse no solo con el traslado completo de los recursos de la cuenta individual, sino, igualmente, con la imposición de un futuro reconocimiento pensional con las reglas del RPMPD, con el propósito de proteger los dineros que ingresan a la bolsa común, garantizando de paso que no se afecte la estructura piramidal en la asunción de las cargas económicas de la entidad pública.

6. ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en la Ley 2213 de 2022, la parte actora presentó alegatos solicitando, en apretada síntesis, que se confirme la decisión de primera instancia.

7. PROBLEMA JURÍDICO

Debe entrar la Sala a resolver, si la ineficacia del traslado de régimen pensional está supeditada a la actuación de la administradora del RPMPD en el momento de dicho acto, y si ello no tiene acogida, establecer cuáles son las verdaderas consecuencias de esa declaración, y si entre ellas, se encuentra la imposición de las reglas de este régimen a la AFP por haber omitido el deber de información y buen consejo.

II. CONSIDERACIONES

Sea lo primero recordar, que en virtud del principio de consonancia estatuido en el art. 66 A del CPTSS, la competencia de esta Corporación está enmarcada por las inconformidades presentadas por el recurrente, al arribar el conocimiento del asunto en razón al recurso de apelación formulado por la parte demandada Colpensiones, y también en virtud del grado de jurisdicción consulta en aquellos puntos no apelados y que afectan a esa entidad de seguridad social.

DE LA INEFICACIA DEL TRASLADO DE RÉGIMEN – CONDENA IMPUESTA A COLPENSIONES.

Colpensiones cuestionó el hecho de que se haya favorecido a la demandante con la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen, pese a que ella no intervino en esa actuación, o no fue la causante de la decisión de la afiliada al pasar al RAIS administrado en este caso por la AFP Santander hoy Protección SA; sin embargo, para la Sala tal queja resulta desafortunada, pues, se recuerda que, era la AFP Protección SA, quien tenía la carga de probar que, efectivamente a la afiliada se le dio toda la información veraz, pertinente y segura de cuáles eran las condiciones del régimen al cual pretendía trasladarse y sus condiciones particulares, a la luz del deber de información y buen consejo que compete a las administradoras en cumplimiento de normas de orden público que regulan la materia, tal como lo ha entendido la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia (CSJ SL1741-2021 en la que se memoraron las sentencias CSJ SL1421-2019; CSJ SL4964-2018, CSJ SL19447-2017 y CSJ SL1688-2019,) por ser quien tiene la información sobre el particular, al haber sido la que impulsó el traslado de régimen pensional; sin que Colpensiones tenga injerencia alguna ni legitimidad para cuestionar este punto, ya que, no participó en el mentado negocio jurídico, y

la aludida AFP en momento alguno se mostró inconforme con esa decisión al no recurrirla, y en todo caso, la entidad pública no puede hacer depender esa declaratoria de su posición en el sistema, es decir, del hecho de que ella hubiere dejado que la afiliada pasara a manos del fondo privado, pues, se insiste, la obligación recae en el organismo que la recibe.

Sin pasar por alto, que para el 2000, fecha del traslado de la demandante el deber de información estaba a cargo de las AFP, con base en las normas referenciadas por el *a quo*, esto es, los arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003, y el mismo artículo 48 Superior, bajo el entendido que esos organismos conocen todos los aspectos técnicos inherentes a los regímenes pensionales existentes, como una expresión de responsabilidad en una actividad profesional que se ejecuta en el marco regulatorio del servicio público de Seguridad Social, bajo la dirección, coordinación y control del Estado, y por ello, el deber de ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, por lo que, el derecho a la doble asesoría (Ley 1748 de 2014, artículo 3.º del Decreto 2071 de 2015 y Circular Externa n.º 016 de 2016), en donde sí participa activamente el ente público, hace parte de unas exigencias de etapas posteriores, que de todas formas, no le quitan la carga que deben cumplir los organismos privados al intentar convencer a los afiliados de pasarse al régimen que administran.

Ahora, el efecto de la declaración de ineficacia es retrotraer la situación jurídica a aquel estado más probable en que se hallaría si el acto o negocio jurídico no hubiera existido, es decir con ineficacia *ex tunc* (desde siempre), o desde el momento mismo en que el acto nulo tuvo su origen. En similares términos, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL 3463-2019, relacionado con dicha declaración, indicó que:

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

misma: declarar que el negocio jurídico no se ha celebrado jamás» (CSJ SC3201-2018).”

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

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

En sentencia CSJ SL2937-2021, indicó:

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

Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adocinado que tal declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus

propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020 y CSJ SL373-2021); criterio que igualmente aplica en relación con el porcentaje destinado a seguros previsionales y a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, tal como se adocrinó en recientes sentencias CSJ SL2209-2021 y CSJ SL2207-2021.

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

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

Las anteriores son las únicas consecuencias de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen, y no como lo pretendió Colpensiones, al solicitar que se le

imponga a la AFP el eventual reconocimiento de la pensión de vejez con las reglas del RAIS, pues, como se explicó, la sanción que la ley impone a la afiliación desinformada es la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado, bajo la ficción de que el mismo nunca ocurrió y que la persona siempre estuvo afiliada en el mismo régimen pensional, en este caso, al RPMPD, y bajo esas reglas, dicha persona deberá cumplir con los requisitos legales para acceder a una prestación pensional, de lo contrario, se haría una mezcla indebida y contraria al ordenamiento jurídico entre dos regímenes excluyentes.

Entonces, pese a que el juzgador de primer grado acertó en la decisión de declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional de la actora y los efectos respectivos, para evitar controversias futuras, deberá adicionarse la decisión en el sentido que, al momento de cumplirse la orden, tales valores deberán aparecer discriminados con sus respectivos montos, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen, para lo cual, se le concederá un plazo de 30 días a la AFP Protección SA, contados a partir de la ejecutoria de la presente decisión, para que ponga a disposición de Colpensiones las sumas ordenadas.

Finalmente, como el ente público propuso la excepción de prescripción, la Sala advierte que el artículo 48 de la Carta Política, define a la seguridad social como un derecho irrenunciable regido por el principio de progresividad, de modo que, estando en juego un tema de tal trascendencia como el régimen pensional aplicable a la demandante y, de contera, los requisitos para acceder al reconocimiento de un derecho pensional, en últimas, la ineficacia del traslado de régimen pensional no queda cobijada bajo el fenómeno deletéreo, por guardar este asunto una estrecha relación con la construcción o posibilidad de adquirir el derecho pensional, tema que de añeja jurisprudencia se ha indicado que es imprescriptible. En tal sentido se ha pronunciado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia entre otras en sentencias SL1421-2019, SL1688-2019, SL1689-2019 y SL2611-2020.

COSTAS

Como Colpensiones apeló y sus argumentos resultaron infructuosos, la Sala le impondrá condena por este concepto.

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

R E S U E L V E

PRIMERO.- ADICIONAR la sentencia apelada y consultada, proferida el 24 de mayo de 2023, por el Juzgado Treinta Laboral del Circuito de esta ciudad dentro del proceso de la referencia, en el sentido que, al momento de cumplirse la orden, tales valores deberán aparecer discriminados con sus respectivos montos, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen, para lo cual, se le concede un plazo de 30 días a la AFP Protección SA, contados a partir de la ejecutoria de la presente decisión, para que ponga a disposición de Colpensiones las sumas ordenadas.

SEGUNDO.- CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada y consultada.

TERCERO.- Costas en esta instancia a cargo de Colpensiones. Inclúyase en la liquidación respectiva la suma de un (1) smmlv, por concepto de agencias en derecho a favor de la demandante.

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



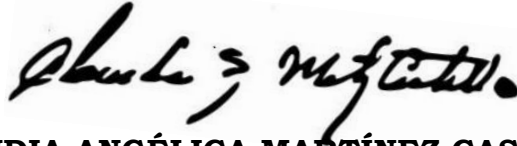
LUZ MARINA IBAÑEZ HERNANDEZ

Magistrada



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Magistrado



CLAUDIA ANGÉLICA MARTÍNEZ CASTILLO
Magistrada

Número de proceso: 110013105030 2021 00295 02
Demandante: Fanny Janeth Cuervo Cuervo
Demandado: Administradora Colombiana de Pensiones -
COLPENSIONES-
Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías
PROTECCIÓN SA

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

**Magistrada Ponente:
LUZ MARINA IBÁÑEZ HERNÁNDEZ**

Bogotá D.C., veintinueve (29) de septiembre de dos mil veintitrés (2023)

Número de Proceso: 110013105011 2019 00309 01
Demandante: Julio Herminso Neiza Peña
Demandado: Minería Texas Colombia S.A.

Procede la Sala Segunda Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, conformada por los magistrados, Marceliano Chávez Ávila, Claudia Angélica Martínez Castillo y Luz Marina Ibáñez Hernández, quien actúa como ponente, a dictar SENTENCIA de segunda instancia dentro del presente proceso, de la manera siguiente:

I. ANTECEDENTES:

1. PRETENSIONES

El señor JULIO HERMINSO NEIZA PEÑA, demandó a MINERÍA TEXAS COLOMBIA SA., con el fin de que se:

1. Se declare que entre mi mandante y la sociedad **MINERIA TEXAS COLOMBIA S.A.**, existe una relación de carácter laboral, regida por un contrato de trabajo a término indefinido.
2. Se declare que el salario devengado por el trabajador, actualmente es de **UN MILLON CUATROCIENTOS SETENTA Y UN MIL PESOS M/CTE (\$1.471.000.00)** mensuales.
3. Se declare que **MINERIA TEXAS COLOMBIA S.A.**, el día el día 10 de octubre de 2016, terminó el contrato de trabajo del actor en forma unilateral y sin justa causa.
4. Se declare que el actor en virtud de fallo de tutela del 19 de diciembre de 2016, fue reintegrado al cargo.

5. Se declare que a la fecha del despido y **actualmente MINERÍA TEXAS COLOMBIA S.A.** conoce el estado de salud del trabajador, quien por su condición es una persona en condición de vulnerabilidad, con la posibilidad, de ser declarado discapacitado, una vez agotados todos los protocolos médicos y administrativos para determinar el origen de la enfermedad, el grado de pérdida de capacidad laboral y la fecha de estructuración de la misma.
6. Se declare que el actor tiene estabilidad laboral reforzada y por tanto la prohibición de ser despedido, por lo menos mientras se realiza el estudio de calificación de origen, porcentaje de pérdida de capacidad laboral y fecha de estructuración de las enfermedades padecidas.
7. Se declare que **MINERÍA TEXAS COLOMBIA S.A.** debe respetar la estabilidad laboral reforzada del trabajador por padecer una enfermedad en trámite de ser calificada respecto de su origen, porcentaje de pérdida de capacidad laboral y fecha de estructuración.
8. Se declare que existe relación de causa a efecto entre el trabajo cotidiano que como "obrero" realiza el actor en la mina de esmeraldas, los factores de riesgo ocupacional para el cargo desempeñado –ergonómico y mecánico– y las enfermedades adquiridas por el actor que son **SÍNDROME DEL TUNEL CARPIANO y TENOSINOVITIS DE ESTILOIDES RADIAL (DE QUERVAIN)**.
9. Se declare que **MINERÍA TEXAS COLOMBIA S.A.** adeuda al trabajador, la indemnización de que trata el artículo 26 de la ley 361 de 1997, modificado por el artículo 137 del decreto 19 de 2012 por el despido del trabajador de fecha 10 de octubre de 2016, no obstante que el 15 de febrero de 2017 fue reintegrado.

En consecuencia, solicita se condene en forma principal a: *i)* mantenerlo en el cargo de obrero, mientras se surte el trámite ante la EPS, ARL y Juntas de Calificación de Invalidez; *ii)* el pago de la indemnización contemplada en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 y *iii)* la multa contenida en el artículo 207 del Código Laboral; indexación y costas.

Subsidiariamente reclama: *i)* el reintegro y reubicación a un cargo de igual o superior jerarquía, al que tenía al momento del despido, *ii)* los salarios y prestaciones sociales, tanto legales como extralegales, dejados de percibir desde la fecha de la terminación del vínculo laboral, hasta cuando se materialice su reintegro, con el salario devengado a la fecha del finiquito contractual; *iii)* pago de aportes al sistema de seguridad social en pensiones, y la indemnización por estabilidad laboral reforzada; *iv)* el pago de una multa por haberlo privado del servicio de salud en forma injustificada; *v)* indexación y *vi)* costas (f. 94, archivo 1).

2. HECHOS RELEVANTES

Como fundamentos fácticos de sus súplicas, el actor en síntesis señaló:

1. Ingresó a laborar con la empresa el 24 de febrero de 2012.
2. Celebró un contrato de trabajo a término indefinido, para desempeñarse

como obrero en la mina ubicada en Muzo – Boyacá, devengando un salario básico de \$1.471.000.

3. Debía trabajar con pica, pala y azadón para perforar las rocas de socavón o corte de la Mina Minería Texas.
4. El objeto social de la solidaria es la exploración y extracción de esmeraldas.
5. Su sustento y el de su familia derivaban del salario devengado.
6. Los inconvenientes médicos que presentó en sus brazos y manos, afectaron su salud.
7. El 29 de julio de 2016, fue diagnosticado con “síndrome del túnel carpo izquierdo”.
8. Debido a los constantes dolores en sus extremidades superiores, acudió al Hospital Santa Ana de Muzo, donde le ordenaron exámenes médicos y fue remitido a ortopedia y traumatología.
9. El 15 de septiembre de 2016 le realizaron una electromiografía y neuroconducción.
10. El 23 de octubre de 2016 tenía programada cita con ortopedia.
11. El 10 de octubre de 2016 le fue terminado el contrato de trabajo, sin justa causa, y sin solicitar autorización del Ministerio del Trabajo.
12. Para la fecha en que finiquitó su contrato, se encontraba pendiente realizar la radiografía de muñeca.
13. Fue retirado del sistema de seguridad social en salud y por ello, no pudo continuar con su tratamiento médico, con el fin de determinar las patologías sufridas y el origen de estas.
14. El 23 de octubre de 2016, fue diagnosticado con síndrome del túnel del carpo leve y por ello, debía realizar fisioterapia con ciclos de corticoides y terapias.
15. El tratamiento prescrito por el galeno no pudo realizarse, dada la desafiliación al sistema de seguridad social en salud.
16. El 12 de octubre de 2016, le es realizado examen de retiro, en el que le diagnosticaron síndrome de túnel carpiano y tenosinovitis de estiloides radial.
17. La médica de salud ocupacional expidió recomendaciones médicas, concluyendo, que era apto para dar su fuerza laboral.
18. La empresa no le pagó la indemnización establecida en el artículo

26 de la Ley 361 de 1997.

19. La afección a su salud se estructuró durante el desarrollo del vínculo laboral.
20. Presentó acción de tutela y la misma fue desatada en forma desfavorable por el Juez Promiscuo Municipal de Muzo.
21. El 19 de diciembre de 2016, el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Chiquinquirá, conoció de la impugnación incoada y amparó sus derechos, como mecanismo transitorio.
22. A la fecha de presentación de la demanda se encuentra reintegrado, en virtud del fallo de tutela.

3. ACTUACIÓN DEL JUZGADO

La demanda fue presentada ante el Centro de Servicios Administrativos Jurisdiccionales para los juzgados civiles y de familia, el 18 de mayo de 2017 (fl.º 89, archivo 1), y la misma fue admitida por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Bogotá, mediante auto de fecha 18 de agosto de 2017, (fl.º 125 ibidem), siendo notificada de manera personal al apoderado de Minería Texas Colombia S.A., el 25 de septiembre de 2017 (fl.º 136 ibidem).

La sociedad Minería Texas Colombia SA contestó la demanda dentro del término legal. Con relación a los hechos admitió la existencia de un contrato a término fijo, los extremos temporales y que la terminación fue sin justa causa, y, por otro lado, asintió que el reintegro de Julio Herminso, obedeció al cumplimiento de una acción de tutela. Negó que la modalidad de contrato fuera a término indefinido, así como las funciones desplegadas por el dador de laborío y el salario percibido, Afirmó que, nunca le había sido informada sobre las molestias que aquejaban su salud y afectaran su desempeño laboral. No le consta que el sustento de su hogar, dependía de su salario y tampoco, sus concurrencias al médico, al presentar quebrantos de salud y mucho menos, sobre incapacidades emitidas a favor del trabajador, ni valoraciones, procedimientos o exámenes a realizarle, al hacer parte de su historia clínica. No le constan los hechos relativos a la desafiliación al sistema de seguridad social y la práctica de exámenes con posterioridad a la terminación del contrato de trabajo. Propuso las excepciones de prescripción, falta de título y

causa, inexistencia de las obligaciones reclamadas, inexistencia de la pérdida de capacidad laboral o enfermedad laboral, enriquecimiento sin justa causa, mala fe del demandante, pago, cobro de lo no debido, buena fe, compensación y genérica.

Como fundamento de su defensa, en apretada síntesis sostuvo que, el contrato feneció sin justa causa, y por ello, pagó la correspondiente indemnización, no siendo las razones médicas la que provocaron dicha determinación, razón por la cual no cumple con los requisitos legales para gozar de la estabilidad laboral reforzada (folio 157 -181 ibídem).

Minería Texas SA presentó demanda de reconvención contra Julio Herminso Neiza Peña, en la cual solicita se declare que la empresa pagó al trabajador \$4.954.150 por concepto de indemnización por despido sin justa causa, y que dicho rubro perdió su causa y fundamento, al proferirse sentencia de tutela, en el cual se ordenó el reintegro transitorio del actor al cargo que desempeñaba; en el evento de que se ordene la restitución a su cargo de manera definitiva, se debe devolver la suma dineraria reconocida, debidamente indexada y finalmente solicita el pago de las costas procesales.

Subsidiariamente, reclama, se declare que se efectuó el pago de la suma de \$6.595.589 por concepto de salarios y prestaciones sociales causados en el período entre el 11 de octubre de 2016 y el 30 de enero de 2017; perdiendo también vigencia con el fallo tutelar y por tanto, debe ser devuelto dicho monto, debidamente indexados, costas y agencias en derecho.

Como sustento fáctico de estas pretensiones, Minería Texas Colombia SA manifestó que:

1. El 24 de febrero de 2012 celebró contrato a término fijo con Julio Herminso.
2. El 1° de febrero de 2013, se suscribió un otrosí, modificando el contrato a término indefinido.
3. Durante la vigencia de la relación laboral el trabajador no informó sobre las posibles enfermedades laborales que padecía, así como tampoco presentó incapacidades, recomendaciones ni informó de recomendaciones emitidas por

los galenos.

4. El vínculo contractual feneció sin justa causa y como indemnización se canceló la suma de \$4.954.150.
5. Para la data en que terminó el contrato, el demandado, no se encontraba calificado con pérdida de capacidad laboral.
6. El Juzgado Segundo Civil del Circuito de Chiquinquirá el 19 de diciembre de 2016, ordenó el reintegro de *manera transitoria* del demandado en reconvención.
7. La orden constitucional fue cumplida a satisfacción.
8. El reintegro se materializó el 1 de febrero de 2017 y se pagó al trabajador, la suma de \$6.595.589 por concepto de salarios y prestaciones sociales.
9. A la fecha de presentación de la demanda de reconvención, no se había reportado ninguna incapacidad, recomendación y tratamientos que debiera seguir el trabajador.
10. El demandado no ha sido calificado con pérdida de capacidad laboral (f. 531 *ibidem*).

Julio Herminso Neiza Peña contestó la demanda dentro del término legal. Con relación a los hechos admitió la existencia de un contrato a término fijo, extremos temporales, la orden y fecha en que fue reintegrado. Con relación al pago de \$6.595.589, afirmó que estos valores fueron reconocidos por mera liberalidad del empleador. No le consta la suscripción del otrosí, además, que, no ha recibido del demandado en reconvención, información respecto a la calificación de pérdida de capacidad laboral y en su sentir no es cierto que, la empresa no tuviera conocimiento de su estado de salud. Afirmó que, para la fecha del despido padecía enfermedades profesionales y por ello, no era viable la terminación del contrato, además, que, la empresa no ha realizado una propuesta, para que las sumas pagadas, se devuelvan de manera paulatina, resultándole gravoso indexar las condenas impuestas, al considerar que el empleador incurrió en un error a la hora de terminar el contrato de trabajo (folio 545 *ibidem*).

4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El JUZGADO ONCE LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ, mediante

sentencia de fecha 3 de septiembre de 2021, dispuso (archivo 7 del expediente digital):

“PRIMERO. - DECLARAR que entre el ciudadano JULIO HERMINSO NEIZA PEÑA y la persona jurídica de derecho privado MINERIA TEXAS COLOMBIA S.A existió un vínculo contractual, el cual se encuentra vigente desde el 24 de febrero del año 2012, el cual fue objeto de reintegro dándole cumplimiento a la orden constitucional de tutela emitida por el Juzgado Segundo Civil Del Circuito de Chiquinquirá, el cual vínculo contractual se encuentra vigente a esta calenda de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente sentencia.

SEGUNDO. - ABSOLVER a la demandada MINERIA TEXAS COLOMBIA S.A., a reconocer y pagar a favor del aquí demandante JULIO HERMINSO NEIZA PEÑA algún concepto de indemnización, salarios dejados de percibir, prestaciones sociales, aportes al sistema de seguridad e indemnización, de conformidad con los argumentos esbozados en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO. - ABSOLVER a la sociedad demandada, MINERIA TEXAS COLOMBIA S.A., a reconocer y pagar a favor del aquí demandante JULIO HERMINSO NEIZA PEÑA suma alguna por concepto de sanción dispuesta en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

CUARTO. – ABSOLVER a la sociedad demandada, MINERIA TEXAS COLOMBIA S.A., a reconocer y pagar al aquí demandante la multa que trata el numeral 2° del artículo 207 del CST, y de conformidad con los argumentos esbozados en la parte motiva de esta providencia.

QUINTO. - DECLARAR probadas las excepciones de falta de causa para pedir y cobro de lo no debido. Declarándose no probadas las demás, y de conformidad con los argumentos esbozados en la parte motiva de esta providencia.

SEXTO. - CONDENAR en costas a la parte demandada. Liquídense por secretaría incluyendo en ellas la suma de \$500.000 valor en que se estiman las agencias en derecho.”

Fundó su determinación en que, no era procedente hacer pronunciamiento adicional, respecto a la orden de reintegro, dado que, tal pedimento, había sido objeto de estudio por el Juez Constitucional, en el trámite de tutela, en el que se ordenó a la empresa, reintegrar al trabajador, al cargo que venía desempeñando. Respecto a la estabilidad laboral reforzada, sostuvo que, de acuerdo al material probatorio recaudado, se podía concluir que, a pesar de los padecimientos médicos del actor, este no se encontraba en una situación de protección especial, pues, estos no impedían que ejerciera las labores, para las cuales fue contratado, además, que, al trabajador, no le fue calificada su pérdida de capacidad laboral, para otorgarle el status de sujeto de especial

protección, a la luz de lo dispuesto en el artículo 5° de la Ley 361 de 1997 y planteamientos expuestos por la H. Corte Constitucional, en sentencia C 531-2000 y por la H. Corte Suprema de Justicia, en sentencia 53394-2018.

De la multa consagrada en el artículo 207 del CST, concluyó, que era necesario acreditar el trámite de pérdida de capacidad laboral, por lo que, al no haberse allegado, dicha prueba y por otro lado, ordenarse el reintegro del trabajador, desde el 1° de febrero de 2017, quedó vigente la afiliación al sistema de seguridad social, no siendo procedente fulminar condena por este concepto.

Acto seguido, procedió a emitir sentencia respecto a la demanda de reconvencción, en la que resolvió:

“PRIMERO. CONDENAR al demandado en reconvencción JULIO HERMINSO NEIZA PEÑA a reconocer y pagar a favor de la demandada (sic) sociedad MINERIA TEXAS DE COLOMBIA S.A., la suma de CUATRO MILLONES NOVECIENTOS CINCUENTA Y CUATRO MIL CIENTO CINCUENTA PESOS MCTE (\$ 4.954.150) valor que se les sufragado por concepto de indemnización por despido sin justa causa, la cual perdió validez al momento del reintegro, suma que se deberá sufragar de manera indexada, de conformidad con los argumentos esbozados en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: ABSOLVER al demandado en reconvencción, de las demás pretensiones de la demanda de reconvencción.

TERCERO. - CONDENAR en costas a la parte demandada en reconvencción. Liquidense por secretaría incluyendo la suma de \$ 250.000, como valor en que se estiman las agencias en derecho.”

Arribó a esta conclusión, al encontrar acreditado que el pago de la indemnización por despido sin justa causa, perdió efecto, al ordenarse el reintegro del trabajador, por vía de tutela, surgiendo en forma palmaria la orden de devolución de dicho concepto debidamente indexado.

5. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión, las partes interpusieron recurso de alzada.

El actor, señaló como motivo de su inconformidad, que, de acuerdo a las pruebas recaudadas en el trámite del proceso, gozaba de estabilidad laboral

reforzada, tornándose ineficaz su desvinculación. Y en calidad de demandado en reconvención centra su discrepancia con la decisión del *a quo* en que, *i)* se debe fijar un plan de pagos para efectuar la devolución de los valores reconocidos por concepto de indemnización por terminación del contrato sin justa causa. *ii)* no debe pagar las condenas impuestas de forma indexada.

A su turno, el apoderado de la demandada discrepa respecto a la condena por concepto de agencias en derecho contra la empresa Minería Texas Colombia S.A., las que no resultan procedentes al no haberse opuesto a la declaratoria de existencia del contrato de trabajo.

6. PROBLEMA JURÍDICO

Teniendo en cuenta los motivos de inconformidad de las partes, la Sala procede a resolver los siguientes:

En primer lugar, si Julio Herminso Neiza Peña, para la fecha de terminación del contrato de trabajo gozaba de estabilidad laboral reforzada por fuero de salud, y en caso afirmativo si tendría derecho a las pretensiones derivadas de esta garantía.

En segundo lugar, si la devolución de los dineros que el actor recibió por concepto de indemnización por despido sin justa causa, debe reintegrarse conforme a un plan de pagos y si dicha suma debe ser indexada.

En tercer lugar, se deberá estudiar si es procedente la imposición de la multa contenida en el artículo 207 del CST, a cargo de la demandada.

Y finalmente, si es procedente la condena por agencias en derecho impuestas por el *a quo* a cargo de Minería Texas Colombia S.A.

7. ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en la Ley 2213 de 2022, las partes en contienda presentaron alegatos en esta instancia, en

los que ratifican los hechos expuestos a la hora de sustentar la alzada y en el caso de la demandada, se pronuncia respecto al recurso incoado por su contraparte.

II. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 66 A del CPT y la SS, procede la sala a realizar el análisis de los reparos efectuados por las partes en la sustentación del recurso impetrado.

No fue objeto de controversia que: *i)* entre el demandante y Minería Texas Colombia S.A., existió un contrato de trabajo a partir del 24 de febrero de 2012, *ii)* el empleador, lo dio por terminado sin justa causa el 10 de octubre de 2016, *iii)* el actor fue reintegrado de manera transitoria por fallo de tutela proferido por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Chiquinquirá, razón por la cual el vínculo está vigente. Hechos estos que fueron aceptados por la demandada al contestar la demanda y se corrobora con los medios de convicción allegados al plenario, tales como el contrato de trabajo, el otrosí, carta de terminación del mismo y la decisión de la acción constitucional (folio 185 a 194, 195, 483, 506 a 514 y del archivo 1).

De la estabilidad Laboral reforzada. Fuero de la Salud.

Como se expuso el actor pregona que tiene derecho a la estabilidad laboral reforzada en razón a que afirma que el 29 de julio de 2016, fue diagnosticado con “*síndrome del túnel carpo izquierdo*”, y además debido a los constantes dolores en sus extremidades superiores, le ordenaron exámenes médicos y fue remitido a ortopedia y traumatología. El demandado negó el conocimiento que tuviese acerca de tratamiento médicos, incapacidades, y quebrantos de salud del reclamante. *El a quo* no estudio la causa que da origen al reintegro, esto es, si gozaba o no de estabilidad laboral reforzada para efectos de declarar la ineficacia del despido, pues concluyó que este aspecto había quedado zanjado por vía de tutela. Pero para efectos de estudiar la indemnización de que trata el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, si dedujo que el promotor de la litis no era sujeto del fuero de la salud, teniendo en cuenta los parámetros indicados

por la Corte Constitucional y por la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 53394-2018 y que, a pesar de los padecimientos médicos presentados por el trabajador al momento del finiquito contractual, ellos, en forma alguna impedían que ejerciera las labores para las cuales había sido contratado, descartando de esta manera, su condición de discapacitado.

Para resolver las bifurcaciones planteadas, se tendrá en cuenta lo preceptuado en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad del 13 de diciembre de 2006, que a la letra señala:

“Artículo 1: El propósito de la presente Convención es promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente.

Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”.

Por otro lado, la misma norma convencional, en su artículo 27, preceptúa:

“1. Los Estados Partes reconocen el derecho de las personas con discapacidad a trabajar, en igualdad de condiciones con las demás; ello incluye el derecho a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente elegido o aceptado en un mercado y un entorno laborales que sean abiertos, inclusivos y accesibles a las personas con discapacidad. Los Estados Partes salvaguardarán y promoverán el ejercicio del derecho al trabajo, incluso para las personas que adquieran una discapacidad durante el empleo, adoptando medidas pertinentes, incluida la promulgación de legislación, entre ellas:

a) Prohibir la discriminación por motivos de discapacidad con respecto a todas las cuestiones relativas a cualquier forma de empleo, incluidas las condiciones de selección, contratación y empleo, la continuidad en el empleo, la promoción profesional y unas condiciones de trabajo seguras y saludables;

b) Proteger los derechos de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a condiciones de trabajo justas y favorables, y en particular a igualdad de oportunidades y de remuneración por trabajo de igual valor, a condiciones de trabajo seguras y saludables, incluida la protección contra el acoso, y a la reparación por agravios sufridos;

c) Asegurar que las personas con discapacidad puedan ejercer sus derechos laborales y sindicales, en igualdad de condiciones con las demás;

d) Permitir que las personas con discapacidad tengan acceso efectivo a programas generales de orientación técnica y vocacional, servicios de colocación y formación profesional y continua;

e) Alentar las oportunidades de empleo y la promoción profesional de las personas con discapacidad en el mercado laboral, y apoyarlas para la búsqueda, obtención, mantenimiento del empleo y retorno al mismo; -23-

f) Promover oportunidades empresariales, de empleo por cuenta propia, de constitución de cooperativas y de inicio de empresas propias;

g) Emplear a personas con discapacidad en el sector público;

h) Promover el empleo de personas con discapacidad en el sector privado mediante políticas y medidas pertinentes, que pueden incluir programas de acción afirmativa, incentivos y otras medidas;

i) Velar por que se realicen ajustes razonables para las personas con discapacidad en el lugar de trabajo;

j) Promover la adquisición por las personas con discapacidad de experiencia laboral en el mercado de trabajo abierto;

k) Promover programas de rehabilitación vocacional y profesional, mantenimiento del empleo y reincorporación al trabajo dirigidos a personas con discapacidad.

2. Los Estados Partes asegurarán que las personas con discapacidad no sean sometidas a esclavitud ni servidumbre y que estén protegidas, en igualdad de condiciones con las demás, contra el trabajo forzoso u obligatorio.”

Esta convención fue aprobada mediante la Ley 1346 del 31 de julio de 2009, donde el Estado Colombiano se comprometió a promover y proteger los derechos fundamentales de las personas que tuviesen una discapacidad y para ello, debía adelantar las gestiones legislativas y administrativas idóneas.

De acuerdo a la responsabilidad contraída, se emitió la Ley 1618 del 27 de febrero de 2013, por medio del cual se establecen disposiciones para garantizar el ejercicio pleno de los derechos de las personas con discapacidad, y dispuso:

“Artículo 2°. Definiciones. Para efectos de la presente ley, se definen los siguientes conceptos:

1. Personas con y/o en situación de discapacidad: Aquellas personas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a mediano y largo plazo que, al interactuar con diversas barreras incluyendo las actitudinales, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás.

2. Inclusión social: Es un proceso que asegura que todas las personas tengan las mismas oportunidades, y la posibilidad real y efectiva de acceder, participar, relacionarse y disfrutar de un bien, servicio o ambiente, junto con los demás ciudadanos, sin ninguna limitación o restricción por motivo de discapacidad, mediante acciones concretas que ayuden a mejorar la calidad de vida de las personas con discapacidad.

3. Acciones afirmativas: Políticas, medidas o acciones dirigidas a favorecer a personas o grupos con algún tipo de discapacidad, con el fin de eliminar o reducir las desigualdades y barreras de tipo actitudinal, social, cultural o económico que los afectan.

4. Acceso y accesibilidad: Condiciones y medidas pertinentes que deben cumplir las instalaciones y los servicios de información para adaptar el entorno, productos y servicios, así como los objetos, herramientas y utensilios, con el fin de asegurar el acceso de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones, al entorno físico, el transporte, la información y las comunicaciones, incluidos los sistemas y las tecnologías de la información y las comunicaciones, tanto en zonas urbanas como rurales. Las ayudas técnicas se harán con tecnología apropiada teniendo en cuenta estatura, tamaño, peso y necesidad de la persona.

5. Barreras: Cualquier tipo de obstáculo que impida el ejercicio efectivo de los derechos de las personas con algún tipo de discapacidad. Estas pueden ser:

a) Actitudinales: Aquellas conductas, palabras, frases, sentimientos, preconcepciones, estigmas, que impiden u obstaculizan el acceso en condiciones de igualdad de las personas con y/o en situación de discapacidad a los espacios, objetos, servicios y en general a las posibilidades que ofrece la sociedad;

b) Comunicativas: Aquellos obstáculos que impiden o dificultan el acceso a la información, a la consulta, al conocimiento y en general, el desarrollo en condiciones de igualdad del proceso comunicativo de las personas con discapacidad a través de cualquier medio o modo de comunicación, incluidas las dificultades en la interacción comunicativa de las personas.

c) Físicas: Aquellos obstáculos materiales, tangibles o contruados que impiden o dificultan el acceso y el uso de espacios, objetos y servicios de carácter público y privado, en condiciones de igualdad por parte de las personas con discapacidad.” (Resaltado de la Sala)

A su turno, el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 prevé que:

“(…) En ningún caso la discapacidad de una persona, podrá ser motivo para obstaculizar una vinculación laboral, a menos que dicha discapacidad sea claramente demostrada como incompatible e insuperable en el cargo que se va a desempeñar. Así mismo, ninguna persona en situación de discapacidad podrá

ser despedida o su contrato terminado por razón de su discapacidad, salvo que medie autorización de la oficina de Trabajo.

No obstante, quienes fueren despedidos o su contrato terminado por razón de su discapacidad, sin el cumplimiento del requisito previsto en el inciso anterior, tendrán derecho a una indemnización equivalente a ciento ochenta días del salario, sin perjuicio de las demás prestaciones e indemnizaciones a que hubiere lugar de acuerdo con el Código Sustantivo del Trabajo y demás normas que lo modifiquen, adicionen, complementen o aclaren.”

Dicho precepto fue declarado exequible de manera condicionada en sentencia C-531 de 2000, bajo el entendido que carece de todo efecto jurídico el despido o la terminación del contrato de una persona por razón de su limitación sin que exista autorización previa de la Oficina de Trabajo que constate la configuración de la existencia de una justa causa para el despido o terminación del respectivo contrato. Y, en todo caso, el precepto en cita ordena pagar al trabajador despedido sin el cumplimiento de dicho requisito, una indemnización equivalente a ciento ochenta días del salario.

A su vez, la Sala de Casación Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia, en sentencia hito SL1154 de 2023 destacó dos aspectos importantes, a saber; en primer lugar, que este instrumento internacional es vinculante no solo para el entendimiento del concepto de discapacidad, sino de la protección de estabilidad contenida en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997; en segundo lugar, que “*la identificación de la discapacidad a partir de los porcentajes previstos en el artículo 7.º del Decreto 2463 de 2001 es compatible para todos aquellos casos ocurridos antes de la entrada en vigor de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, el 10 de junio de 2011 para deficiencias de largo plazo, y el 7 de febrero de 2013 para aquellas de mediano y largo plazo, conforme a la Ley Estatutaria 1618 de ese año*”. Y con relación al alcance de la citada disposición normativa a la luz de la Convención Sobre Derechos de las Personas con Discapacidad, indicó que la protección de estabilidad laboral reforzada se determina conforme a los siguientes parámetros objetivos:

“a) La existencia de una deficiencia física, mental, intelectual o sensorial a mediano y largo plazo. Entiéndase por deficiencia, conforme a la CIF, «los problemas en las funciones o estructuras corporales tales como una desviación significativa o una pérdida». Por tanto, no cualquier contingencia de salud por sí misma puede ser considerada como discapacidad.

b) La existencia de una barrera para el trabajador de tipo actitudinal, social, cultural o económico, entre otras, que, al interactuar con el entorno laboral, le impiden ejercer efectivamente su labor en condiciones de igualdad con los demás;

c) Que estos elementos sean conocidos por el empleador al momento del despido, a menos que sean notorios para el caso.”

Y con relación a la existencia de las barreras, enfatizó que el trabajador tiene derecho a que las mismas luego de conocidas por el empleador, sean *“mitigadas por el empleador, mediante los ajustes razonables”*. Y señala como ajustes razonables *“una lista no cerrada de medidas o adaptaciones que los empleadores pueden implementar para eliminar o mitigar esas barreras y permitir la plena participación de las personas con discapacidad en el trabajo. Asimismo, los ajustes razonables deben fundarse en criterios objetivos y no suponer «una carga desproporcionada o indebida» para el empleador. La determinación de la razonabilidad o proporcionalidad de los ajustes requeridos podrían variar, según cada situación, lo que implica para los empleadores hacer un esfuerzo razonable para identificar y proporcionar aquellos que sean imprescindibles para las personas con discapacidad. Y en caso de no poder hacerlos debe comunicarle tal situación al trabajador”*

En ese sentido, al momento de evaluarse la situación de discapacidad y garantizar la estabilidad laboral reforzada, es imprescindible que queden probados tres elementos;

“(i) La existencia de una deficiencia física, mental, intelectual o sensorial, una limitación o discapacidad de mediano o largo plazo -factor humano-;

(ii) El análisis del cargo, sus funciones, requerimientos, exigencias, el entorno laboral y actitudinal específico -factor contextual-; y

(iii) La contrastación e interacción entre estos dos factores -interacción de la deficiencia o limitación con el entorno laboral-.

“Si del análisis referido se concluye que el trabajador está en situación de discapacidad y la terminación del vínculo laboral no se funda en una causa objetiva o justa, tal decisión se considera discriminatoria y, por ello, es preciso declarar su ineficacia, acompañada de la orden de reintegro y el pago de salarios y demás emolumentos respectivos, junto con los ajustes razonables que se requieran y la indemnización contemplada en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

Ahora, el empleador conserva en todo caso la facultad de terminar el contrato de trabajo con sustento en una causa justa u objetiva y, para tal efecto, no es necesario que solicite autorización ante el Ministerio de Trabajo. El referido trámite administrativo se requerirá cuando el despido tenga una relación directa con la situación de discapacidad y no fue posible implementar ajustes razonables...”

Siendo relevante anotar que, los criterios utilizados para definir y configurar la discapacidad y la protección por estabilidad laboral, por fuero de salud, parafraseando lo expuesto por el órgano de cierre, consisten en, encontrar acreditada una limitación o deficiencia física, psíquica o sensorial a mediano y largo plazo, que impida al trabajador interactuar, no solo en su entorno laboral, sino social, entendiendo ello, como los obstáculos que pueden presentarse respecto a las demás personas, en el campo actitudinal, comunicativo o físico, siendo estas barreras, la forma cómo se puede impedir el acceso a espacios, objetos, servicios, información, consulta y adquisición de conocimiento.

Como medios de convicción se recepcionó el interrogatorio de parte del representante legal de Minería Texas, quien nada diferente a lo expuesto en la contestación de la demanda declaró con respecto a los argumentos para sostener que el actor no es sujeto de la estabilidad laboral reforzada.

Como testigo se presentó a declarar, **Laura Marcela Flores Cortes**, coordinadora de compensación y beneficios de la encartada, informó que Neiza Peña fue reintegrado a su labor de obrero a partir del 1° de febrero de 2017, debido a una orden de tutela proferida contra la compañía. No hizo alusión al estado de salud del demandante, como quiera que ninguna de las preguntas formuladas fue direccionada en tal sentido.

Como pruebas documentales tenemos órdenes médicas e historia clínica con anterioridad a la terminación del contrato de trabajo (archivo 1), las siguientes:

- Remisión ordenada por Salud Ocupacional de los Andes el 29 de julio de 2016, en el que se relacionó “Paciente de 47 años con signos ... de síndrome de tunel carpio izquierdo”, ordenándose unos exámenes médicos (f.º 47).

- Historia Clínica emitida por la ESE Hospital Santa Ana de Muzo el 17 de agosto de 2016, se registró como motivo de consulta “*dolor de brazos*”, *concluyendo el galeno que “SE PRESENTA DOLOR EN ANTEBRAZO UY (sic) MUÑECAS DE AMBOS MIEMBROS SUPERIORES, CUADRO SUGESTIVO DE TUNEL DEL CARPO. POR LO CUAL ORDENO VAL POR ORTOPEDIA Y EXAMEN DIAGNÓSTICO DE ELECTROMIOGRAFA (sic) Y NEUROCONDUCCIÓN DE MIEMBROS SUPERIORES Y RX DE MUÑECA. PARA AMPLIAR ESTUDIOS COMPLEMENTARIOS Y DECIDIR MANEJO” (sic) (f.° 48).*
- Solicitud de servicios emitido por la ESE Hospital Santa Ana del 17 de agosto de 2016 (f.° 49).
- Valoración efectuada por médico fisiatra el 15 de septiembre de 2016, en el que concluyó, “*ESTUDIO COMPATIBLE CON NEUROPATÍA POR ATRAPAMIENTO DE LOS NERVIOS MEDIANOS A TRAVES DEL TÚNEL DEL CARPO CON COMPROMISO LEVE BILATERAL” (sic) (f.° 50-52).*
- Autorización de servicios emitida por Cafesalud, del 17 de agosto de 2016 (f.° 53).

Igualmente, se incorporó al cartulario historia clínica y órdenes médicas emitidas con posterioridad al 10 de octubre de 2016, así:

- Programación de cita médica generada el 18 de octubre de 2016 con ortopedia y traumatología para el 23 de octubre de 2016 (f.° 54).
- Orden de control y terapias físicas emitidas por el médico tratante del 23 de octubre de 2016, registrándose como observaciones “*PACIENTE CON SINDROME DEL TUNEL DEL CARPO LEVE, PUEDE SEGUIR MANEJO POR MEDICINA GENERAL. SE DA ORDEN DE FISIOTERAPIA, CICLO CORTO DE CORTICOIDES Y BRACE (sic) NOCTURNO. SE DEBEN SEGUIR LAS TERAPIAS POR SEIS MESES” (f.° 57, 59, 60).*
- Fórmula de uso de “*brace para síndrome del túnel cel carpo*” (sic), emitida el 23 de octubre de 2016 (f.° 58).
- Resumen de atención de ortopedia emitida el 23 de octubre de 2016 (f.° 61).
- Historia clínica ocupacional – examen de retiro realizado al actor el 12 de octubre de 2016, el aquí demandante no informó padecer enfermedad laboral actual o anterior, tampoco haber tenido ausentismo médico durante el último año de servicios, registrándose

como observación *“cuadro de 12 meses disestesias en manos y dedos en episodios, con pérdida de la fuerza, exacerbadó (sic) en las noches, consulta a eps no medicado; electromiografía bilateral (15/09/2016) de nervio mediano: estudio con neuropatía de los nervios (sic) medianos a través del túnel del carpo con compromiso leve bilateral” y como impresión diagnóstica, un “síndrome del túnel carpiano” y “tenosinovitis de estiloides radial (de Quervain)” (sic), recomendándose que se hiciera seguimiento a las patologías por la ARL (f.º 63-70).*

Del acervo probatorio, se puede concluir sin elucubración alguna que, en efecto, Julio Neiza presentó quebrantos de salud, con anterioridad al 10 de octubre de 2016 y, producto de ello, le fueron ordenados procedimientos o exámenes, con el fin de determinar el tratamiento a seguir, sin embargo, no obra prueba alguna, que acredite que tuviese una deficiencia física, mental, intelectual o sensorial a mediano y largo plazo, esto es, problemas en las funciones corporales de manera significativa, pues como lo ha señalado nuestro máximo órgano de cierre de la Jurisdicción Ordinaria en su especialidad laboral, no cualquier contingencia de salud puede ser considerada como discapacidad. Además, brota por su ausencia la prueba de la existencia de barreras, que le impidiera interactuar con su entorno laboral, y le obstaculizara ejercer efectivamente su labor en condiciones de igualdad con los demás colaboradores, por el contrario, lo que está demostrado es que no tuvo ausencia por su afección de salud, no se allegó incapacidades o recomendaciones médicas a su favor antes de la comunicación de la terminación del contrato de trabajo, que le ocasionara a Neuza Peña prestar sus servicios con condiciones especiales.

Amén de lo expuesto, tampoco se pasa inadvertido que, con posterioridad a la desvinculación de Minería Texas, se emitieron sendas órdenes para la realización de terapias, valoraciones y, adicional a ello, se realizó examen de retiro, en el que, se resalta la afectación de sus miembros superiores, empero, no se logró definir que dichas perturbaciones afectaran el normal desarrollo de sus actividades laborales.

Correspondía al accionante acreditar no solo la existencia del diagnóstico de túnel de carpo, pues este por sí solo no dispensa protección, sino que

también la existencia de la barrera. Lo que se encuentra probado es que después de la orden de reintegro concedido por el juez de tutela como mecanismo transitorio, el demandante ha continuado su labor sin dificultad.

En síntesis, de los medios de convicción reseñados en precedencia, se colige que la patología que presentó Julio Herminso Neiza Peña, no constituye complicación considerable en su estado de salud, que lo hagan merecedor a la especial protección reclamada. De ahí que, al no haberse demostrado que su contrato de trabajo finalizó por razón de su discapacidad, no hay lugar a aplicar las consecuencias establecidas en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

Sanción del Artículo 207 del CST

Ahora bien, reprochó el promotor litigioso la no imposición de la multa contenida en el artículo 207 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 5 de la Ley 11 de 1984 el cual señala;

1. El {empleador} puede contratar libremente la asistencia médica que debe suministrar según lo dispuesto en este Capítulo, pero, en todo caso, con un médico graduado o facultado legalmente para ejercer su profesión.

2. En caso de que con peligro para la vida del lesionado o enfermo o por culpa del {empleador} se retrase el suministro de la asistencia médica, farmacéutica, hospitalaria o quirúrgica del trabajador, aquél está obligado a pagar a éste una multa equivalente a cinco (5) veces el salario mínimo diario más alto, por cada día de retardo.

En tal sentido, deberá indicarse que, en el trámite de las diligencias, no se acreditó que el demandante se hubiere encontrado en peligro y mucho menos que, Minería Texas Colombia S.A., haya retrasado el suministro de asistencia médica a favor de su trabajador (artículo 167 del CGP), por lo que, no hay lugar a imponer la multa a cargo de la convocada a juicio.

De la condena en costas a cargo de la demandada

En lo que a la condena en costas refiere, es viable su revocatoria, puesto que, Minería Texas Colombia S.A., nunca desconoció la existencia del contrato de trabajo que ató a las partes, desde el 24 de febrero de 2012, hasta la fecha de

presentación de la demanda, así lo aceptó al momento de contestar la demanda, además, debe tenerse en cuenta, que el punto, objeto de debate, se centró en el fenecimiento del vínculo laboral con desconocimiento de la protección de estabilidad laboral reforzada, alegada por Julio Herminso Neiza Peña y de ello, se reclamaba se mantuviera en el cargo desempeñado y el pago de la indemnización contenida en la Ley 361 de 1997, luego entonces, al no ser prósperas las pretensiones incoadas por el promotor litigioso principal, no era viable, imponer condena en costas a cargo de la sociedad demandada, al ser este concepto, una carga económica que dentro de un proceso debe afrontar la parte que obtuvo una decisión desfavorable y comprende además de las expensas erogadas por la otra parte, las agencias en derecho, cuya condena tiene por finalidad la de resarcir a la parte vencedora, los gastos en que incurrió en defensa de sus intereses.

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

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

Bajo tales presupuestos, es claro que la condena en costas atiende un criterio netamente objetivo, en la medida que no se evalúa la conducta de las partes (temeridad o mala fe), debiendo valorarse únicamente la configuración de cualquiera de las hipótesis previstas por el legislador en la norma transcrita. En este orden de ideas, se reitera, al no haber prosperado las pretensiones de la demanda, no es viable que Minería Texas Colombia S.A. asuma el pago de las costas procesales, por tanto, se revocará la condena de la primera instancia y en su lugar, se ordenará al juez de conocimiento que tase las costas causadas en primera instancia, a cargo de Julio Herminso Neiza Peña, dadas las resultas del proceso.

Al respecto, recuérdese que, tal como lo ha adocinado la Corte Suprema de Justicia, la finalidad de las costas es la de “otorgar a la parte vencedora una razonable compensación económica por la gestión procesal que realizó” (Sala de Casación Civil y Agraria, auto de 25 de agosto de 1998). Y en similares términos se pronunció la Sala de Casación Laboral al indicar que “las costas son una simple consecuencia

procesal del ejercicio de la acción o de la excepción” (sentencia del 20 de noviembre de 2007, con radicación No. 32200).

Del recurso de alzada planteado por el demandado en reconvención.

Alega el demandado en reconvención que, al haberse ordenado la devolución del pago de la indemnización por despido sin justa causa, se debe autorizar que este trámite se realice en cuotas y sin ordenarse la indexación, dada su calidad de obrero y ser de escasos recursos.

Previo a desatar el objeto de inconformidad, se debe reiterar, que, después de hacerse estudio de los medios de prueba, no se encontró acreditado, que, para el 10 de octubre de 2016, fecha en que se comunicó al trabajador, la terminación del contrato de trabajo sin justa causa, este se encontrara amparado por la estabilidad laboral reforzada, luego entonces, el fenecimiento del vínculo laboral, por despido injusto se mantenía incólume y consecuencia de ello, el empleador, debía pagar la indemnización contemplada en el artículo 64 del CST. Sin embargo, este punto de la sentencia no fue objeto de apelación por parte de la convocada a juicio, por lo que en virtud del principio de la consonancia establecido en el artículo 66^a habrá de mantenerse la decisión del fallador de primer grado.

Y el *A quo* tomó la decisión de condenar a la devolución del pago de la indemnización por terminación del contrato de trabajo, con el argumento, que el reintegro había sido ordenado en la acción de tutela y por ello este aspecto no podría ser objeto de estudio o discusión en el debate probatorio. Sin embargo, al revisar el fallo de tutela, el juez constitucional concedió el amparo de sus derechos, se reitera, de manera transitoria y no definitiva, por lo que es precisamente en el estadio del proceso ordinario donde debía discutirse la causa del reintegro (fuero de la salud por discapacidad), tal y como fue apelado por el actor, y no por el empleador.

En lo concerniente a este punto, debe tenerse claro que, el juez de tutela, puede proferir una sentencia, con efectos definitivos, cuando encuentra que los medios de defensa al alcance del peticionario, no son eficaces a la hora de

proteger los derechos fundamentales reclamados o, por el contrario, cobijar de manera transitoria el *petitum*, pues, a pesar de contarse con mecanismos idóneos para reclamar los derechos que se consideran conculcados, se acude a la acción constitucional, con el fin de evitar que se cause un perjuicio irremediable, permaneciendo vigente dicha orden, hasta tanto, la autoridad judicial resuelva de fondo, el problema planteado. Sin embargo, en el sub examine, al darse una orden transitoria y no definitiva, la misma, no hacia tránsito a cosa juzgada constitucional y la llamada a zanjar de fondo la controversia no es otra que la jurisdicción ordinaria (sentencia SL15882-2017, reitera en sentencia SL2465-2019).

Por lo tanto, al quedar definido, como se expuso, que el demandante no estaba amparado por el fuero de la salud, la consecuencia directa de ello hubiese sido que la terminación del vínculo sin justa causa surtió plenos efectos, por ende, no ha desaparecido del mundo jurídico, pero se itera, este aspecto no fue objeto de alza por la accionada.

Así las cosas, y hechas las anteriores precisiones debe la Sala estudiar si la solicitud de la devolución de la suma recibida por el demandante por concepto de indemnización por despido injusto debe ser a cuotas, que es lo solicitado por el demandado en reconvención, lo que para la Sala no es de recibo pues el trabajador está devengando un salario desde que fue reintegrado y el principio de la buena fe aplica como rector en la ejecución del contrato de trabajo, y obliga tanto al trabajador como al empleador. Por lo tanto, desde el mismo momento que el señor Julio Neiza fue reintegrado debió devolver a su dador de empleo lo recibido por indemnización por despido sin justa causa y no esperar un litigio para ello, y como toda suma de dinero pagada mucho después generarse la obligación, debe ser cobijada con la indexación, como mecanismo de contrarrestar la devaluación de la moneda, esta resulta procedente.

Consecuencia de lo anterior, se confirmará este punto de la sentencia por las razones expuestas.

Finalmente, se reprocha al juzgador de primera instancia, la forma en como

fue resuelto el proceso, pues nótese que, el artículo 371 del Código General del Proceso al cual nos remitimos por expresa integración normativa del artículo 145 del CPL, señala en forma clara, que al presentarse demanda de reconvencción, esta debe ser sustanciada y resuelta de manera conjunta con la demanda principal, en la misma sentencia, por lo que, no había lugar a proferir sentencias separadas, desconociéndose de esta manera las normas procesales expedidas al respecto.

Sin costas en esta instancia.

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

R E S U E L V E

PRIMERO. REVOCAR el ordinal “quinto” de la “demanda principal”, en el sentido de absolver a Minería Texas Colombia S.A., del pago de costas y en su lugar condenar a Julio Herminso Neiza Peña, por este concepto. Debiendo el juzgado de conocimiento fijar las agencias en derecho causadas en el trámite.

SEGUNDO. CONFIRMAR en lo demás la “*sentencia principal*” apelada, pero por las razones expuestas en la presente providencia.

TERCERO. CONFIRMAR la sentencia de la “*demanda de reconvencción*”, de acuerdo a los argumentos esgrimidos.

CUARTO. Sin costas en esta instancia.

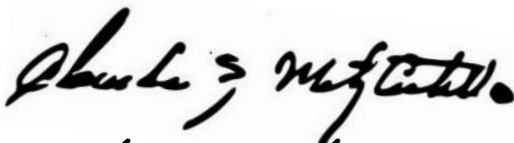
Notifíquese, cúmplase y remítase el expediente al juzgado de origen, una vez ejecutoriada la sentencia.



LUZ MARINA IBAÑEZ HERNANDEZ
Magistrada



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado



CLAUDIA ANGÉLICA MARTÍNEZ CASTILLO
Magistrada

Demandante: Julio Herminso Neiza Peña. Demandado: Minería Texas Colombia S.A.

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

Magistrada Ponente:
LUZ MARINA IBÁÑEZ HERNÁNDEZ

Bogotá D.C., veintinueve (29) de septiembre de dos mil veintitrés (2023)

Número de Proceso: 110013105025 2018 00327 01
Demandante: Teresa Bermúdez Rodríguez
Demandado: Juan Carlos Castillo Romero como propietario del establecimiento de comercio Locombia Candelaria Centro Histórico

Procede la Sala Segunda Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, conformada por los magistrados, Marceliano Chávez Ávila, Claudia Angélica Martínez Castillo y Luz Marina Ibáñez Hernández, quien actúa como ponente, a dictar SENTENCIA de segunda instancia dentro del presente proceso, de la manera siguiente:

I. ANTECEDENTES:

1. PRETENSIONES

La señora **TERESA BERMÚDEZ RODRÍGUEZ**, demandó a Juan Carlos Castillo Romero, en calidad de propietario del establecimiento de comercio Locombia Candelaria Centro Histórico, con el fin que se declare, la existencia de un contrato de trabajo verbal desde el 25 de octubre de 2015 hasta el 26 de diciembre de 2017.

Como consecuencia de lo anterior, se condene al reconocimiento y pago de las cesantías, intereses de las cesantías, prima de servicio, vacaciones, la sanción por no consignación de las cesantías, indemnización moratoria de que trata el

artículo 65 del CST; pago de aportes al sistema de seguridad social en pensiones e indexación de los valores reconocidos; en costas.

2. HECHOS RELEVANTES

Como fundamentos fácticos de sus súplicas la actora en síntesis señaló que:
(fl.º 1 del archivo 3 del expediente digital)

1. Juan Carlos Castillo se inscribió como propietario del establecimiento de comercio Locombia Candelaria, el cual tiene como objeto social “otros tipos de alojamiento para visitantes”.
2. Celebró contrato de trabajo con el demandado el 25 de octubre de 2015.
3. Cumplió un horario de lunes a domingo de 8:00 a.m hasta las 8:00 p.m, devengando \$30.000 diarios, sin subsidio de transporte.
4. El cargo desempeñado fue el de administradora, además de camarera cuando los huéspedes salían.
5. La labor se ejerció en la Calle 12 C No. 1-49/54 y recibió órdenes de Juan Carlos.
6. Renunció al cargo a partir del 26 de diciembre de 2017.
7. No fue afiliado al sistema de seguridad social en pensiones, ni le fueron pagadas las prestaciones sociales, ni las vacaciones, así como la correspondiente mora.
8. El 27 de febrero de 2018 solicitó el pago de sus acreencias laborales.

3. ACTUACIÓN DEL JUZGADO

La demanda fue presentada ante el Centro de Servicios Administrativos Jurisdiccionales para los juzgados civiles de familia, el 28 de mayo de 2018 (archivo 4), y la misma fue admitida por el Juzgado Veinticinco Laboral del Circuito de Bogotá, mediante auto de fecha 30 de julio de 2018, (archivo 7), siendo enviada citación de que trata el artículo 291 del CGP, el 16 de agosto de 2018 a la Calle 12 C n°. 1-49 de esta ciudad, donde se entregó la comunicación a “YURY MOTTA con número de teléfono: 7352615. Pronto envíos certifica que el destinatario SI RESIDE O LABORA EN ESA DIRECCIÓN...” (sic) (archivo 10), conforme a ello, se procedió a remitir el aviso de notificación el 3 de septiembre de 2018, siendo recibido por

la misma persona, enunciada en forma precedente, el 12 del mismo mes y año (archivo 11), dirección, que vale la pena resaltar, corresponde a la registrada ante la Cámara y Comercio de Bogotá (archivo 3).

Al no poderse materializar la notificación al demandado, el juzgado de conocimiento, con auto del 31 de octubre de 2018, ordena emplazar a Juan Carlos Castillo Romero (archivo 16), siendo notificado personalmente el curador ad litem, el 5 de julio de 2019 (archivo 32), quien contestó dentro del término legal. Con relación a los hechos, aceptó principalmente la petición de la actora reclamando el pago de sus acreencias laborales. De los restantes, dijo no constare y atenerse a lo que resultara probado en la litis. No formuló excepciones (Archivo 33).

4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El JUZGADO CUARENTA Y UNO LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ, fue el encargado de proferir la sentencia de primera instancia¹, el 25 de octubre de 2022, y en ella dispuso:

“PRIMERO: ABSOLVER al demandado JUAN CARLOS CASTILLO ROMERO de todas y cada una de las pretensiones de la demanda, elevada por TERESA BERMÚDEZ RODRÍGUEZ por las razones expuestas en la parte motiva de la sentencia.

SEGUNDO: SIN CONDENA en costas, en esta instancia judicial.

TERCERO: En caso de no ser apelada la sentencia, se ordena remitir el proceso a la Sala laboral del Tribunal Superior de Bogotá en grado jurisdiccional de consulta a favor de la demandante.”

Fundó su decisión en que, de acuerdo a la única prueba documental aportada al cartulario, se podía entrever que la demandante presuntamente prestó sus servicios a favor del demandado, sin embargo, la misma no resultaba suficiente, para establecer la existencia del vínculo laboral, al no existir coherencia respecto a los extremos temporales reclamados en el libelo genitor y la información contenida en la certificación. Además, que no existía otro elemento

¹ De acuerdo a lo dispuesto en el Acuerdo n°. CSJBTA20-109 del 31 de diciembre de 2020, emitido por el Consejo Superior de la Judicatura, en el que se redistribuyeron procesos de algunos Juzgados Laborales de esta ciudad. y en el que se ordenó remitir trámites judiciales, a los recién creados Juzgados 40 y 41 Laborales.

de juicio que permitiera acreditar la fecha final y tampoco el salario devengado por la trabajadora, encontrándose en cabeza de esta, demostrar los hitos temporales en los cuales prestó sus servicios (archivo 46, 47 del expediente digital).

Al ser la sentencia totalmente adversa a la actora, se envió al Tribunal para que se estudiara bajo el grado jurisdiccional de consulta.

5. ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA.

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en la Ley 2213 de 2022, las partes guardaron silencio al respecto.

II. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico que ocupa la atención de la Sala se circunscribe en determinar si entre las partes existió un contrato de trabajo del 25 de octubre de 2015 al 26 de diciembre de 2017.

III. CONSIDERACIONES

Se conoce en segunda instancia, en virtud del grado de jurisdicción consulta, establecido en el artículo 69 del CPT y SS, por ser una sentencia totalmente adversa al trabajador demandante y o haber sido apelada por este.

DEL CONTRATO DE TRABAJO.

El artículo 53 de la Constitución Política de Colombia, reza que, a la hora de expedirse un estatuto del trabajo, se deben tener en cuenta unos principios fundamentales mínimos, tales como:

“primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales ...” (Resaltado de la sala).

Por otro lado, en el artículo 4° de la Recomendación 198 de la OIT, se insta al estado a incluir medidas tendientes a:

“(a) proporcionar a los interesados, en particular a los empleadores y los trabajadores, orientación sobre la manera de determinar eficazmente la existencia de una relación de trabajo y sobre la distinción entre trabajadores asalariados y trabajadores independientes...”

Además, se contempló en el artículo 13, del citado escrito que:

“...Los Miembros deberían considerar la posibilidad de definir en su legislación, o por otros medios, indicios específicos que permitan determinar la existencia de una relación de trabajo. Entre esos indicios podrían figurar los siguientes:

(a) el hecho de que el trabajo: se realiza según las instrucciones y bajo el control de otra persona; que el mismo implica la integración del trabajador en la organización de la empresa; que es efectuado única o principalmente en beneficio de otra persona; que debe ser ejecutado personalmente por el trabajador, dentro de un horario determinado, o en el lugar indicado o aceptado por quien solicita el trabajo; que el trabajo es de cierta duración y tiene cierta continuidad, o requiere la disponibilidad del trabajador, que implica el suministro de herramientas, materiales y maquinarias por parte de la persona que requiere el trabajo, y

(b) el hecho de que se paga una remuneración periódica al trabajador; de que dicha remuneración constituye la única o la principal fuente de ingresos del trabajador; de que incluye pagos en especie tales como alimentación, vivienda, transporte, u otros; de que se reconocen derechos como el descanso semanal y las vacaciones anuales; de que la parte que solicita el trabajo paga los viajes que ha de emprender el trabajador para ejecutar su trabajo; el hecho de que no existen riesgos financieros para el trabajador. ...”

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

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

Por ello, la H. Corte Suprema de Justicia categóricamente ha señalado en “múltiples oportunidades, que el principio de la primacía de la realidad sobre las formas, constituye un elemento cardinal de nuestro ordenamiento jurídico laboral, el que se encuentra consagrado en el artículo 53 de la CN, con sustento en el cual los jueces pueden dejar a un lado

las formas convenidas por las partes de una relación contractual para darle prevalencia a lo que en verdad acreditan las condiciones bajo las cuales se desarrolla el negocio jurídico pactado, por lo que si de dichas circunstancias se evidencia el elemento de la subordinación característico de un contrato de trabajo, se impone derivar de ello, las consecuencias jurídicas que prevé la ley” (Sentencia SL3564-2021).

De otra parte, el artículo 24 del CST consagra la presunción legal de que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo, de modo que, una vez el demandante demuestre la prestación personal de los servicios, es el demandado, que niega la existencia del contrato de trabajo, quien soporta la carga de desvirtuar la dicha presunción, so pena que se tenga por cierto la vigencia de dicho vínculo.

Por eso, sin pasar por alto el principio de la primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, cuando se reclaman derechos derivados de un contrato de trabajo, y se controvierte su existencia, la prueba tiene que ser de tal contundencia que no quede la menor duda que esa y no otra fue la relación jurídica suscitada entre las partes, no solamente por las consecuencias jurídicas y económicas derivadas, sino porque no es entendible que los contratantes lleguen a un acuerdo y luego de ejecutado, uno de los contratantes trate de desvirtuar su naturaleza.

CASO CONCRETO

Bajo tales derroteros, se adentra este Colegido a analizar el acervo probatorio que obra en el informativo. Sea lo primero señalar que, únicamente se allegó copia de una recomendación suscrita por Juan Carlos Castillo R., fechada del 21 de octubre de 2015, en el que se lee: “Yo, JUAN CARLOS CASTILLO R. con C.C. 91.476.529 de Bucaramanga recomiendo como trabajadora, persona de confianza y amiga a la señora TERESA BERMUDEZ RODRÍGUEZ, con C.C. 35.462.892 de Bogotá, desde hace 1 año y medio, es administradora del Hostal Casa Locombia ubicado en la Concordia, Calle 12 C No. 1-49, teléfono de contacto 300 3048578. Doy mi recomendación legítima por mi amiga Teresa Bermudez Rodríguez.”

De este material probatorio, se colige que la demandante prestó sus servicios a favor de la parte pasiva por un año y medio en el establecimiento de comercio Locombia, es decir, desde el 14 de mayo de 2014, tiempos diferentes a los señalados en el libelo genitor, y en el que como se indicó se reclama la existencia del contrato entre el 25 de octubre de 2015 al 26 de diciembre de 2017, esto es,

días después de haberse emitido el aludido documento. Tampoco fue posible en el sub examine, declarar el vínculo laboral, pues, no se encuentran indicios, que ameriten tal reconocimiento. Así las cosas, concluye la Sala que la actora no logró demostrar la prestación personal del servicio en favor de Juan Carlos Castillo Romero, en calidad de propietario del establecimiento de comercio Locombia Candelaria Centro Histórico, en las circunstancias de tiempo, modo y lugar afirmadas en la demanda, por lo que no se puede concluir la existencia del contrato reclamado, razón por la cual la desatención de la carga probatoria por parte de la petente conlleva la desestimación de sus pretensiones y así se confirmará la decisión absolutoria.

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

R E S U E L V E

Primero.- CONFIRMAR la sentencia consultada de fecha 25 de octubre de 2022 proferida por el Juzgado Cuarenta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá.

Segundo.- Sin costas en el grado jurisdiccional de consulta.

Notifíquese y cúmplase.

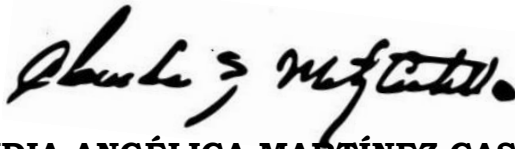


LUZ MARINA IBAÑEZ HERNANDEZ
Magistrada



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Magistrado



CLAUDIA ANGÉLICA MARTÍNEZ CASTILLO

Magistrada

Demandante: Teresa Bermúdez Rodríguez. Demandado: Juan Carlos Castillo Romero como propietario del establecimiento de comercio Locombia Candelaria Centro Histórico

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

**Magistrada Ponente:
LUZ MARINA IBÁÑEZ HERNÁNDEZ**

**Bogotá D.C., veintinueve (29) de septiembre de dos mil veintitrés
(2023)**

Número de Proceso: 110013105005 2020 00361 01
Demandante: Rosa Dory Chaparro Espinosa
**Demandado: Administradora Colombiana de Pensiones -
Colpensiones, Administradora de Fondos de
Pensiones y Cesantías Protección S.A.,
Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, Skandia
Administradora de Fondos de Pensiones y
Cesantías S.A y la Administradora de Fondos
de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.**

Procede la Sala Segunda Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, conformada por los magistrados, Marceliano Chávez Ávila, Claudia Angélica Martínez Castillo y Luz Marina Ibáñez Hernández, quien actúa como ponente, a dictar la siguiente PROVIDENCIA de segunda instancia dentro del presente proceso, así:

AUTO

Se reconoce personería adjetiva para actuar al abogado Nicolás Ramírez Muñoz, identificado con C.C. No. 1.018.463.893 y portador de la T.P. No. 302.039 expedida por el Consejo Superior de la Judicatura, como apoderado sustituto de Colpensiones, conforme a la sustitución allegada a la carpeta de segunda instancia (archivo 5).

I. ANTECEDENTES:
1. PRETENSIONES

La señora **Rosa Dory Chaparro Espinosa**, actuando por intermedio de apoderado judicial, demandó a la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A. – Protección S.A., Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías – Colfondos S.A., Skandia Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías S.A y la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.- Porvenir S.A., con el fin de obtener las siguientes pretensiones (fº. 148 del archivo 2):

“1. Solicito al Despacho **DECLARAR** la Nulidad e ineficacia del Traslado de Régimen que realizó el Demandante **ROSA DORY CHAPARRO ESPINOSA**, el día 01 de enero de 1995, del **INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES – Hoy COLPENSIONES** a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**

2. Como consecuencia de la anterior declaración, se **ORDENE a SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROVENIR S.A.** trasladar a **COLPENSIONES**, la totalidad del dinero que se encuentre depositado en la Cuenta de Ahorro Individual, junto con los rendimientos financieros, y bonos pensionales de **ROSA DORY CHAPARRO ESPINOSA**.

3. Se **ORDENE** a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** realizar todas las gestiones pertinentes encaminadas a anular el traslado de Régimen aprobado el 01 de enero de 1995, del **INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES (ISS) – Hoy COLPENSIONES** a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** de **ROSA DORY CHAPARRO ESPINOSA**.

4. Se ordene a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, recibir en esa administradora sin solución de continuidad a **ROSA DORY CHAPARRO ESPINOSA**.

5. Que se **CONDENE** en costas y gastos del proceso a las demandadas.

6. Las Demás condenas extra y ultrapetita que se prueban a lo largo del proceso.”

2. HECHOS RELEVANTES

Como fundamentos fácticos de las súplicas, en síntesis, señaló, que:

1. Nació el 17 de septiembre de 1963.

Exp. No. 005 2020 00361 01

2. El 1° de enero de 1995 se trasladó a Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A. – Protección S.A.
3. La decisión adoptada no estuvo precedida de la suficiente ilustración por parte del fondo de pensiones.
4. Ha cotizado 1194 semanas al sistema de seguridad social en pensiones.
5. Después de afiliarse a Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A. – Protección S.A, hizo movimientos horizontales a Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, Skandia Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías S.A y la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.
6. Skandia Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías S.A no informó antes del 17 de septiembre de 2010, sobre la imposibilidad de retornar al RPM.
7. Solicitó a los fondos de pensiones y a la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, su retorno al Régimen de prima media en agosto de 2020.

3. ACTUACIÓN DEL JUZGADO

La demanda fue presentada ante el Centro de Servicios Administrativos Jurisdiccionales para los juzgados civiles y de familia, el 22 de octubre de 2020 (archivo 1) y admitir el libelo introductorio con proveído del 23 de marzo de 2021 (archivo 3).

La Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir SA – Porvenir S.A. contestó en término oponiéndose a los pedimentos de la demanda; dijo no constarle y no ser ciertos la totalidad de fundamentos fácticos relacionados por la parte actora. Propuso las excepciones que denominó prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación, y la genérica. Como motivos de defensa expuso que, no era procedente declarar la ineficacia al no acreditarse conductas dolosas y tampoco se avizoraban vicios del consentimiento, por lo tanto, el acto del traslado, fue efectuado de manera libre, informada y espontánea (archivo 04).

Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, se resistió a la prosperidad de las peticiones; respecto a los hechos aceptó la fecha de natalicio de la demandante, su traslado a Colfondos S.A. y la solicitud de traslado presentada por la accionante; sobre los restantes manifestó que no eran ciertos o no le constaban. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago. Los motivos de su oposición, se centran en que, al momento de su afiliación fue inducido en error o hubo indebida asesoría al trasladarse a la entidad, máxime que no se indica en forma clara en qué consistió la acción fraudulenta del fondo (archivo 5).

Skandia Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías, no se opuso ni se allanó a los pedimentos de la demanda, dirigidos a terceros y frente a los que se reclamaba algún derecho respecto de la entidad, sentó su inconformidad. Frente a los hechos aceptó la fecha de nacimiento de la actora, su afiliación y cotización al RPM, así como la contabilización de 1194 semanas durante su vida laboral; teniendo dicha entidad la obligación de informar la posibilidad de retornar al RPM, de los restantes fundamentos, dijo que no eran ciertos y no le constaban. Propuso las excepciones que denominó, prescripción, buena fe, cobro de lo no debido por inexistencia de la obligación y la genérica. Como fundamento a su barrera al éxito de las pretensiones expuso que, la entidad había cumplido con la totalidad de las obligaciones establecidas en la Ley, además, que la decisión de permanecer en el RAIS no ha sido una decisión caprichosa, sino que se debe a la escogencia libre, voluntaria e informada del actor (archivo 6).

A su turno, la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A. – Protección S.A presentó contestación en término oponiéndose a los pedimentos de la demanda; frente a los hechos aceptó la fecha de nacimiento de la actora, su traslado a dicho fondo y la solicitud de traslado a Colpensiones; sobre los restantes manifestó que no son

ciertos o no le constan. Propuso las excepciones que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, traslado de la totalidad de los aportes a Colfondos SA, y la innominada o genérica. Como argumentos argüidos para oponerse a la prosperidad de las pretensiones, expuso que, el acto del traslado es existente, válido y exento de vicios del consentimiento, el cual generó derechos y obligaciones a las partes, amén, que la actora contó con la suficiente información para adoptar la decisión de moverse de fondo (archivo 07 del expediente digital).

La Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, al contestar la demanda, se opuso a las súplicas; en cuanto a los hechos aceptó la fecha de la actora, su inicial afiliación al ISS, su traslado a Protección SA, los traslados horizontales dentro del RAIS, y la reclamación presentada; sobre los restantes manifestó que no son ciertos o no le constan. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (Acto Legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política), buena fe de Colpensiones, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, excepción de aplicabilidad de la sentencia SL 373 de 2021, inexistencia del derecho reclamado, prescripción, y la innominada o genérica. Fundó su oposición en que, la demandante se trasladó al RAIS de manera libre y voluntaria, ejerciendo su derecho de libre escogencia, verificándose una

Exp. No. 005 2020 00361 01

negligencia por esta, al no auscultar sobre su situación pensional, además, de encontrarse inmersa en una prohibición legal para retornar al RPM (archivo 8).

Con proveído del 24 de enero de 2022, el juzgado de conocimiento dio por contestada la demanda, por las convocadas a juicio y aceptó la vinculación de la Aseguradora Mapfre Colombia Vida Seguros S.A., solicitada por la AFP Skandia (archivo 10).

Mapfre Colombia Vida Seguros S.A, manifestó no oponerse ni allanarse a la prosperidad de las pretensiones, al dirigirse contra una persona jurídica diferente a ella; dijo no constarle la totalidad de los hechos relacionados en la demanda. Como excepciones propuso las de, el acto jurídico de afiliación al RAIS fue debidamente informado y todas las decisiones tomadas por la demandante se dieron al amparo del principio de “autonomía de la voluntad”, sin estar mediadas y/o determinadas por error o vicio alguno del consentimiento, siendo absolutamente lícitas y válidas; inexistencia de motivos que tipifiquen alguna causal de nulidad material o de invalidación del acto jurídico de afiliación de la demandante a las AFP demandadas y la vinculada; legalmente la demandante se encuentra inhabilitada para trasladarse de régimen pensional; reconocimiento oficioso de excepciones. Respecto al llamado en garantía efectuado, también sentó su oposición, al considerar que, “el único objeto de éste previsional regulado en los artículos 70 y 77 de la Ley 100 de 1993, es que, en caso de realizarse el riesgo, se impone para la aseguradora el pago de la suma adicional para completar el capital que financie el monto de la pensión de invalidez o sobreviviente”.

4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El JUZGADO QUINTO LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ, mediante sentencia del 17 de marzo de 2023, puso fin a la primera instancia de la siguiente manera (archivo 41 ibídem):

“PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA del traslado del régimen de prima media al de ahorro individual realizado por la señora **ROSA DORY CHAPARRO ESPINOSA**, a través de la **PROTECCIÓN S.A.**

SEGUNDO: ORDENAR a **PORVENIR S.A.**, que traslade a **COLPENSIONES** el valor de las cotizaciones efectuadas junto con rendimientos, frutos e intereses, y a la **COLPENSIONES** a recibir los aportes de la demandante, procediendo a actualizar su historia laboral.

TERCERO: ABSOLVER a COLFONDOS S.A. y a MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A., de todas y cada una de las pretensiones de la demanda y el llamamiento en garantía, declarando probada la excepción de inexistencia de la obligación.

CUARTO: COSTAS únicamente a cargo de **PROTECCIÓN S.A. y SKANDIA S.A.**, inclúyase como agencias en derecho la suma de cuatro (4) salarios mínimos legales mensuales a cargo de **PROTECCIÓN S.A.** y a favor de la demandante; cuatro (4) salarios mínimos legales mensuales vigentes a cargo de **SKANDIA S.A.** y a favor de la demandante, y ocho (8) salarios mínimos legales mensuales vigentes a cargo de **SKANDIA S.A.** y a favor de **MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.**

QUINTO: En caso de que este fallo no fuera apelado, **CONSÚLTESE** con el superior a favor de **COLPENSIONES**

Para llegar a dichas declaraciones, sostuvo que, no era dable declarar probada la excepción de prescripción, dada la estrecha relación entre la problemática y derecho irrenunciable a la seguridad social y la dignidad y congrua subsistencia de la trabajadora, máxime que la pensión dependerá de las reglas del mercado. Por otro lado, estimó que, la carga de la prueba le corresponde a las administradoras, pues cuando se materializa el traslado a Protección S.A., en diciembre 9 de 1994, ya se encontraba vigente el Decreto 720 de 1994 y en tal sentido, no se explicaba la falta de diligencia en demostrar cuál fue la información suministrada a la afiliada a través de los años, luego entonces, de los diversos formularios de traslados, se puede colegir el registro de información personal de la actora, pero no las ventajas, desventajas o características en dicha documental; para dirimir la controversia tampoco es necesario que la peticionaria sea beneficiaria del régimen de transición; de acuerdo al interrogatorio recepcionado a la actora, se extrajo, que cada vez que cambiaba de trabajo, se realizaba por el área de recursos humanos un diligenciamiento de los formularios a diversas AFPs, pero no le fue suministrada información respecto a los aportes, rendimientos, desconociendo los requisitos para pensionarse, en tal sentido, ninguna confesión se deriva de su declaración; debiendo accederse a la declaratoria de ineficacia, con las consecuencias que de ella se derivan.

La relación que une a la AFP con la aseguradora, Mapfre, se deriva de lo consagrado en los artículos 70 y 76 de la Ley 100 de 1993, que consagra de qué manera se financian este tipo de prestaciones, a cargo del ente asegurador, pero en el sub examine, estimó que no existe una obligación que deba atender Mapfre con ocasión a la sentencia emitida, ya que esta solo le concierne a los afiliados y las AFPs.

No impuso condena en costas a Colpensiones, Colfondos y Porvenir S.A., al no tener, la primera, injerencia en el negocio jurídico inicial; la segunda, por cuanto, dicha AFP trasladó a Horizonte transfirió los recursos de la afiliada.

5. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en la Ley 2213 de 2022, Colpensiones presentó alegatos en esta instancia solicitando se revoque la decisión de primer grado, argumentando que la actora se encuentra dentro de la prohibición legal de traslado, consagrada en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003 que modificó el literal e del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, aunado a que su traslado de régimen se dio de manera libre y voluntaria, sin adolecer vicio en el consentimiento.

Porvenir SA también presentó alegatos en esta instancia, indicando que el acto jurídico de traslado goza de plena validez, sin existir vicios del consentimiento. Agregó que la actora recibió la información necesaria y suficiente para trasladarse al RAIS.

Mapfre Colombia Vida Seguros presentó alegatos en esta instancia solicitando se confirme la decisión de primera instancia.

1. PROBLEMAS JURÍDICOS.

Teniendo en cuenta que se aprenderá el conocimiento del trámite en el grado jurisdiccional de consulta, procede la Sala a resolver los siguientes problemas jurídicos:

- i) En virtud de la ineficacia del traslado, es procedente la devolución de los gastos de administración, ¿primas de seguros y descuentos al fondo de pensión mínima? ¿En caso afirmativo deben ser ordenados con la respectiva indexación, o por el contrario la devolución de los rendimientos financieros suple la finalidad de la actualización monetaria?
- ii) La declaratoria de la ineficacia del traslado de régimen afecta la sostenibilidad financiera del sistema

II. CONSIDERACIONES

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

Sea lo primero señalar que en primera instancia se declaró la ineficacia del traslado de la demandante al RAIS, efectuado por intermedio de la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A. – Protección S.A, decisión que no fue objeto de reparo por parte de esta sociedad; razón por la cual, el problema jurídico que ocupa la atención de la Sala se circunscribe en determinar exclusivamente la procedencia o no de las condenas impuestas a Colpensiones, en virtud del grado jurisdiccional de consulta; precisando que era Protección S.A. quien tenía la información que debió suministrar a la demandante, por ser la que promovió su afiliación al RAIS.

Una precisión es necesaria. Porvenir S.A en los alegatos presentados en esta instancia, señala que el acto jurídico de traslado goza de plena validez, ya que, se realizó de manera libre y voluntaria, y la entidad le suministró a la accionante información necesaria y suficiente para adoptar la decisión respectiva. Sin embargo, la declaratoria de ineficacia del traslado contenida en el numeral primero de la sentencia no fue objeto de ataque. Por lo tanto, lo alegado por dicha parte en esta sede en relación con ese punto, no puede ser considerado por la Sala, pues, conforme lo

tiene previsto el artículo 66 A del CPT y de la SS, la sentencia de segunda instancia, así como la decisión de autos apelados, se suscribe a lo expresamente cuestionado por la parte inconforme, más no frente a argumentos, hechos nuevos o modificaciones del *petitum* que se introduzcan en otras etapas, porque eso afecta el derecho al debido proceso y derecho de defensa de la contraparte, sin olvidar, que los alegatos son simplemente una ampliación o profundización de lo apelado, tal como lo indicó la Sala Laboral de la CSJ, por ejemplo, en sentencia SL3144-2021, al explicar que:

(...) no debe olvidarse que los alegatos de conclusión son un informe que presentan los litigantes sobre el análisis de los hechos a la luz de las pruebas producidas para defender sus posturas procesales y los hechos y pretensiones incluidos en la demanda, en la contestación, en la reconvención, en las excepciones, y en la sustentación de los recursos, con el fin de «apoyar la veracidad de los hechos narrados concordándolos con los hechos probados, de manera que en las mismas no se pueden proponer nuevas pretensiones, como tampoco incluir hechos nuevos ni desbordar las materias objeto de los recursos, y para el caso de las apelaciones, incluyen además el desarrollo de los argumentos expuestos ante el juez de primera instancia» (CSJ SL4397-2015 y CSJ SL2136-2014).

Por lo que, la Sala se detendrá exclusivamente a analizar, la procedencia de las condenas impuestas a cargo de Colpensiones, en virtud del grado jurisdiccional consulta.

LA DECLARATORIA DE LA INEFICACIA DEL TRASLADO Y LA SOSTENIBILIDAD FINANCIERA DEL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES.

Sabido es que el resultado de la declaratoria de lo pretendido en el presente juicio trae consigo el regreso al régimen de prima media con prestación definida, lo cual implica que el fondo privado tenga la obligación de retornar a Colpensiones todos los emolumentos que percibió mientras la demandante estuvo vinculada al RAIS lo que incluye no solamente el capital, si no los rendimientos, cuotas de administración, comisiones, aportes para las garantías de pensión mínima, más seguros previsionales debidamente indexada, cobijando también todas las vinculaciones que hubiese tenido en dicho sistema (CSJ SL3464-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL5280-2021, CSJ SL1055-2022, CSJ SL2369-2022, CSJ SL610-2023).

Y esta es la razón precisamente por la cual no se puede sostener que la ineficacia del traslado genere afectación al principio de sostenibilidad financiera del sistema, pues las consecuencias propias acabadas de explicar, se garantiza la financiación de la pensión sin que existan detrimentos de la cosa administrada, por ello se ordena la devolución total de los aportes junto con sus rendimientos, sin lugar a descuentos; razón por la cual se confirmará la sentencia de primer grado en lo que respecta la condena impartida a Colpensiones, precisando que dentro de la orden de devolución de los gastos de administración, se incluye el valor descontado por seguro previsional (artículo 20 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 7 de la ley 797 de 2003). Sin que pueda considerarse un enriquecimiento sin justa causa de la administradora de prima media por recibir los gastos de administración, rendimientos y demás emolumentos, dado que el artículo 32 de la Ley 100 de 1993, expresa con claridad que una de las características distintivas del RPMPD es que no existe una cuenta individual, sino un fondo común que va a garantizar las pensiones de todos los afiliados que pertenecen a éste (Corte Constitucional Sentencia C-398 de 1998).

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

DE LA DEVOLUCION DE LOS GASTOS DE ADMINISTRACION, PRIMAS DE SEGURO Y DESCUENTOS AL FONDO DE PENSION MÍNIMA E INDEXACIÓN DE LOS MISMOS.

Sobre el particular, cumple recordar que ha sido posición reiterada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia que las AFP deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto

con los rendimientos financieros; también ha dicho que esta declaración obliga a las administradoras del RAIS a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propios recursos, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos dineros han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL2937-2021).

El resultado de la declaratoria de lo pretendido en el presente juicio trae consigo el regreso al régimen de prima media con prestación definida, lo cual implica que el fondo privado tenga la obligación de retornar a Colpensiones todos los emolumentos que percibió mientras la demandante estuvo vinculada al RAIS lo que incluye no solamente el capital, si no los rendimientos, cuotas de administración, comisiones, aportes para las garantías de pensión mínima, más seguros previsionales debidamente indexada, cobijando también todas las vinculaciones que hubiese tenido en dicho sistema (CSJ SL3464-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL5280-2021, CSJ SL1055-2022, CSJ SL2369-2022, CSJ SL610-2023)

En virtud de lo anterior, se deberá condenar tanto a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A. – Protección S.A., Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, Skandia Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías S.A y la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. a devolver a Colpensiones lo descontado por concepto de gastos de administración, primas de seguros previsionales y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados a fin de contrarrestar la pérdida de poder adquisitivo de la moneda, y con cargo a sus propios recursos; al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen. Y es que, es apenas natural que se devuelvan todos los dineros aportados y generados en el RAIS para que pueda retrotraer el estado de afiliación del demandante. De no operar dicho reembolso, se le estaría dando efectos parciales a dicha declaratoria, y ello, además, implicaría un

enriquecimiento sin justa causa a costa de los aportes del cotizante y su empleador.

Bajo este entendimiento, ante la indiscutible falta de información que se le debió brindar al demandante en el momento de su traslado de régimen pensional, se adicionará la decisión apelada y consultada, en los términos ya indicados.

PLAZO PARA EL TRASLADO DE LOS DINEROS

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

DE LAS COSTAS

Acertada fue la determinación del *A quo*, al no fulminar condena en costas a cargo de Colpensiones, al considerarse que la entidad no participó en el acto de traslado de la demandante y, por ende, la responsabilidad no recaía en el organismo.

Al conocerse del trámite en el grado jurisdiccional de consulta no hay lugar a fulminar condena por este concepto en esta instancia.

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

R E S U E L V E

PRIMERO.- ADICIONAR el ordinal segundo de la sentencia proferida el 17 de marzo de 2023, por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de **condenar** tanto a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A. – Protección S.A, Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, Skandia Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías S.A y la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones, además de los valores ordenados por el a quo, lo descontado por concepto de gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, por todo el tiempo en que la actora estuvo afiliada a esas AFP. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

SEGUNDO.- ADICIONAR la sentencia consultada en el sentido de conceder a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A. – Protección S.A, Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, Skandia Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías S.A y la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. el término de 30 días contados a partir de la ejecutoria de esta sentencia, para que pongan a disposición de la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, las sumas ordenadas.

TERCERO.- REVOCAR el ordinal tercero de la parte resolutive de la sentencia consultada para, en su lugar, condenar a Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, a trasladar a Colpensiones, además de los valores ordenados por el *A quo*, lo descontado por concepto de gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos.

Exp. No. 005 2020 00361 01

CUARTO.- CONFIRMAR en lo demás la sentencia consultada.

QUINTO.- Sin costas en el grado jurisdiccional de consulta.

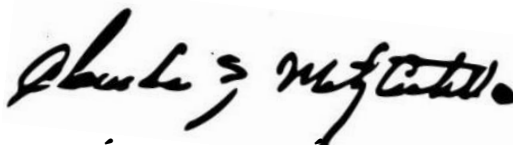
Notifíquese, cúmplase y remítase el expediente al juzgado de origen, una vez ejecutoriada la sentencia.



LUZ MARINA IBAÑEZ HERNANDEZ
Magistrada



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado



CLAUDIA ANGÉLICA MARTÍNEZ CASTILLO
Magistrada

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

**Magistrada Ponente:
LUZ MARINA IBÁÑEZ HERNÁNDEZ**

Bogotá D.C., veintinueve (29) de septiembre de dos mil veintitrés (2023)

Número de Proceso: 110013105016 2019 00367 01

Demandante: Rosa Cantero Caballero

Demandado: Ubaldina Bernal de Rodríguez

Procede la Sala Segunda Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, conformada por los magistrados, Marceliano Chávez Ávila, Claudia Angélica Martínez Castillo y Luz Marina Ibáñez Hernández, quien actúa como ponente, a dictar SENTENCIA de segunda instancia dentro del presente proceso, de la manera siguiente:

I. ANTECEDENTES:

1. PRETENSIONES

La señora, **Teolinda Rosa Cantero Caballero**, por intermedio de apoderado judicial, demandó a Ubaldina Bernal de Rodríguez, con el fin que se declare la existencia de un contrato de trabajo verbal desde el 26 de julio de 2014 hasta el 31 de diciembre del mismo año, en el cargo de servicios generales, cumpliendo un horario de lunes a viernes de 7:00 a.m a 5:00 p.m., devengando un salario diario de \$30.000, hasta el 31 de diciembre de 2014 y a partir del 1° de enero de 2015, la suma de \$35.000 diarios; no fue afiliada a un fondo de cesantías y tampoco le fueron pagados los intereses a las cesantías, vacaciones, encontrándose en mora la convocada a juicio, de pagar los aportes al sistema de seguridad social integral durante todo el vínculo laboral.

Consecuencia de lo anterior, reclama se condene al reconocimiento y pago de la reliquidación de cesantías, intereses a las cesantías y vacaciones causadas durante la relación laboral; aportes a riesgos laborales, salud y pensión; a la

indemnización moratoria del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 y del artículo 65 del CST; la sanción por no pago de intereses sobre las cesantías; indexación y costas procesales.

2. HECHOS RELEVANTES

Como fundamento fáctico de las súplicas la actora, en síntesis, señaló que:

1. Celebró contrato verbal con Ubaldina Bernal de Rodríguez, para prestar sus servicios a partir del 26 de julio de 2014, como empleada del servicio doméstico y con un horario de lunes a viernes de 7:00 a.m. a 5:00 pm.
2. Para el año 2016, devengó un salario diario de \$35.000.
3. Renunció el 3 de junio de 2016.
4. No fue afiliada a un fondo de cesantías y no le fueron pagados los intereses sobre las cesantías y vacaciones.
5. Reclamó en varias oportunidades el pago de sus acreencias (fº 10 del archivo 1).

3. ACTUACIÓN DEL JUZGADO

La demanda fue presentada ante el Centro de Servicios Administrativos Jurisdiccionales para los juzgados civiles y de familia, el 31 de mayo de 2019 (fº 19, archivo 1), siendo admitida por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá, con proveído del 5 de septiembre de 2019 (fº. 21 del archivo 1), enviándose citación de que trata el artículo 291, el 4 de octubre de 2019 a la Cra. 56 A N° 47 A 33 Sur Parque Laguneta – Venecia, dando la empresa de mensajería Inter Rapidísimo, constancia que, “CON LO ANTERIOR SE CONFIRMA QUE EL DESTINATARIO VIVE O LABORA EN ESTE LUGAR” (sic) (archivo 1, fº. 25), al no presentarse constancia del trámite de notificación, contemplada en el artículo 292 del CGP, el juzgado de conocimiento, con proveído del 13 de febrero de 2020, requirió a la parte actora, para que cumpliera con dicha carga procesal (fº 30 archivo 1).

De acuerdo a la directriz impartida, la parte actora, remitió la citación el 28 de febrero de 2020 a la dirección indicada en precedencia, y esta fue recibida al día siguiente, registrándose nuevamente, la observación, que la convocada sí vivía en dicho lugar (fº 33, archivo 01). Fue así como el apoderado de la demandada, el 3 de marzo de 2020, presentó escrito, allegando copias de lo

actuado en el proceso y el 29 de septiembre de 2021, mandato para representar a la convocada (fº. 57, ibídem). Conforme a ello, el juzgado de conocimiento, con auto del 28 de octubre de 2021, notificó por conducta concluyente a Ubaldina Bernal de Rodríguez y le corrió traslado para que contestara la demanda (fº. 69, archivo 1), sin embargo, guardó silencio, dándose por no contestada la demanda, el 14 de julio de 2022 (fº. 79, ibídem).

4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El JUZGADO DIECISÉIS LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ, mediante sentencia de fecha 6 de septiembre de 2022, dispuso (archivo 6):

“PRIMERO: DECLARAR que existió un contrato de trabajo a término indefinido, que rigió desde el 26 de julio de 2014 hasta el 3 de junio de 2016, en el cual fungió como trabajadora la demandante señora **TEOLINDA ROSA CANTERO CABALLERO** y en calidad de empleadora, la demandada señora **UBALDINA BERNAL DE RODRIGUEZ** y que terminó por renuncia de la trabajadora.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada **UBALDINA BERNAL DE RODRIGUEZ** a pagar a la demandante señora **TEOLINDA ROSA CANTERO CABALLERO** los siguientes valores y conceptos por diferencias de prestaciones sociales y vacaciones adeudadas:

- a) Por auxilios de cesantías: Setecientos Treinta y Cinco Mil Ochocientos Pesos **(\$735.800) Mcte.**
- b) Por intereses a las cesantías: Sesenta y Seis Mil Ochocientos Sesenta y Nueve Pesos **(\$66.869) Mcte.**
- c) Por vacaciones: Trescientos Veinticuatro Mil Setecientos Veintitrés Pesos **(\$324.723) Mcte.**
- d) Por sanción por falta de pago de intereses a las cesantías: Ciento Ochenta y Un Mil Seiscientos Trece Pesos **(\$181.613) Mcte.**

TERCERO: CONDENAR a la demandada **UBALDINA BERNAL DE RODRIGUEZ** a consignar ante el fondo de pensiones, al cual se encuentra afiliada la demandante o al que esta se afilie, el valor de las cotizaciones y sus correspondientes intereses, respecto de las dejadas de realizar durante toda la vigencia del contrato de trabajo que aquí se declara, teniendo como ingreso base de cotización para el año 2014 el de Novecientos Treinta Mil Pesos **(\$930.000) Mcte**, y para los años 2015 y 2016 el valor de Un Millón Cincuenta Mil Pesos **(\$1.050.000) Mcte**, es decir, los ingresos bases de cotización mensuales a tener en cuenta, con base en los cuales el correspondiente fondo de pensión, y con fundamento en esta sentencia, efectuará la liquidación correspondiente que debe pagar la parte demandada.

CUARTO: CONDENAR a la demandada a pagar a la demandante, las condenas que se ordenó en el numeral segundo debidamente indexadas, teniendo en cuenta los índices de precio al consumidor certificados por el DANE, conforme se dijo en la parte motiva, es decir, como índice inicial desde la fecha de terminación de contrato, y como índice final desde aquella en que se efectúe el pago correspondiente.

QUINTO: ABSOLVER a la demandada de las indemnizaciones moratorias que se reclamaron, y de las demás pretensiones que no fueron acogidas en esta parte resolutive.

SEXTO: Sin lugar a resolución de excepciones toda vez que no fueron propuestas.

SEPTIMO: CONDENAR EN COSTAS de la instancia a la parte demandada, practíquese la liquidación por secretaría, incluyendo el monto de **Medio Salario Mínimo Legal Mensual Vigente**, como valor de agencias en derecho.”

Fundó su determinación en que, ante la inasistencia de la demandada, tanto a la audiencia de conciliación y al interrogatorio de parte, se dio como cierto, la totalidad de los fundamentos fácticos relacionados en el libelo genitor y al contrastar dicha presunción, con la liquidación de prestaciones sociales, acopiada en el f°. 3, del archivo 01, la encontró relevante, al encontrarse suscrita por las partes, y coincidir con los extremos señalados en el libelo introductorio, pudiéndose concluir que, entre las partes existió el alegado vínculo laboral y en dicho interregno de tiempo, devengó como salario la suma de \$930.000 para el año 2014; para el año 2015 y 2016, un salario de \$1.050.000, ordenándose el pago de la reliquidación de las acreencias laborales, al quedar probado un pago de tan solo \$2.150.068. Respecto a las sanciones contempladas en el artículo 65 del CST y del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, indicó que, *“En el caso que nos ocupa, encuentra el juzgado que si bien la demandada no contestó la demanda y que es un indicio grave en su contra, indicio que sin duda operó en este caso en su contra, para efectuar las declaraciones y condenas que se van a realizar, también es cierto que, no encuentra el juzgado un actuar de mala fe de la demandante en la época del contrato de trabajo y de la liquidación del mismo, que suponga o signifique o amerite las moratorias que están siendo pedidas, esto por cuanto, la parte demandada asistió a través de abogado a las audiencias de conciliación, si bien, no llegaron a un acuerdo, a las audiencias de conciliación del 10 de noviembre de 2016 y de 6 de diciembre del mismo año. Allí acudió a través de su abogado, hicieron las explicaciones pertinentes por las cuales consideraban sumar a la trabajadora, por el pago que habían realizado ya y ese pago, pues, en efecto se hizo y así lo aceptó la demandante en la audiencia de conciliación de diciembre de 2016 y en la liquidación que presentó la misma demandante, con fecha 15 de junio de 2016, es decir, en el mismo mes que terminó el contrato de trabajo. Allí se hizo la liquidación de los conceptos que aquí se reclaman”, (sic)* agregando que, si bien los derechos de los trabajadores son irrenunciables, también es cierto que, el juzgado, concluyó que, a pesar de haberse concluido que, la liquidación se realizó con un salario inferior al demostrado en el proceso, no se avizoraba la mala fe, pues, la convocada en efecto pagó las acreencias laborales a favor de la demandante, sobre lo que creyó adeudar.

5. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del *a quo*, la demandante la recurre en apelación, al encontrarse no de acuerdo con la exoneración de la indemnización por no pago de cesantías, conforme a lo dispuesto en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 y

65 del CST, estimando que el empleador se encuentra obligado a afiliarse al trabajador a un fondo de cesantías, y como no se hizo, debe proceder la imposición de esta sanción, pues, no es justificativo, que se hubiesen realizado pagos irregulares, no lo exonera de su obligación legal. Respecto a la sanción del artículo 65 del CST, arguyó que, la liquidación efectuada por la convocada a juicio, se hizo con un salario inferior al devengado, a pesar, de que sabía, que ello, no era así, luego entonces, actuó en forma arbitraria, denotándose la mala fe y, por otro lado, se presentaron reclamaciones previo a iniciar el proceso judicial, tendientes a llegar a un acuerdo, y a pesar de saber que estaba actuando en forma equivocada, se negó a remediar la situación, además, tampoco afilió a la trabajadora al sistema de seguridad social, y no compareció al presente trámite, corroborándose con estas omisiones, la mala fe.

6. ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en la Ley 2213 de 2022, la promotora litigiosa solicita se reconozcan las sanciones reclamadas en la alzada.

7. PROBLEMA JURIDICO

Teniendo en cuenta el motivo de inconformidad de la parte actora, debe la Sala entrar si hay lugar a imponer condena por indemnización moratoria por no consignación de las cesantías, en los términos indicados en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 y artículo 65 del CST.

II. CONSIDERACIONES

Atendiendo lo expuesto en el artículo 66 A del CPT y SS, procede la Sala a analizar los puntos de inconformidad propuestos por la demandante.

No fue objeto de controversia que: *i)* entre la demandante y Ubaldina Bernal de Rodríguez, existió un contrato de trabajo desde el 26 de julio de 2004 hasta el 3 de junio de 2016, en el cargo de empleada de servicio doméstico, devengando como último salario, la suma de \$1.050.000; *ii)* el empleador no efectuó la consignación de las cesantías causadas de los periodos 2014 y 2015. Hechos

que encontró acreditado el juez de conocimiento, con la declaración de confeso aplicada a la demandada respecto a la totalidad de los hechos argüidos en el introductorio y la información registrada en liquidación de acreencias laborales aportada por la demandante (f° 3, archivo 01).

El motivo de discrepancia por parte del apelante radica en la absolución por la no condena por a la sanción establecida en el artículo 65 del CST y 99 de la Ley 50 de 1990. El juez de instancia dedujo que, a pesar de que Ubaldina no contestó la demanda, efectuó el pago de las sumas de dinero que creyó a su trabajadora, y el hecho de haberse ordenado la reliquidación de acreencias laborales, en el trámite, ello, no significaba *per se* que dicho actuar se encontrara desprovisto de buena fe.

La indemnización moratoria consagrada en el artículo 65 del CST, como la sanción contemplada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, no son de aplicación automática, sino que se requiere que el empleador haya actuado de mala fe, ya sea cuando no paga los salarios y prestaciones sociales causados a la terminación del contrato de trabajo o cuando no consigna el auxilio de cesantías al fondo de cesantías elegido por el trabajador a más tardar el 15 de febrero del año siguiente a su liquidación. Sobre este punto ha sido pacífica la jurisprudencia de tiempo atrás acerca de que la buena fe del empleador en el no pago de salarios y prestaciones sociales, o en la no consignación de las cesantías, lo exonera de la indemnización moratoria.

Sobre ello, conviene indicar que el citado artículo establece que el 31 de diciembre de cada año deberá realizarse la liquidación respetiva de las cesantías, sin perjuicio de efectuarse en fecha diferente por la terminación del contrato, indicando además que el valor liquidado por este concepto se consignará antes del 15 de febrero del año siguiente en cuenta individual a nombre del trabajador en el fondo que éste haya elegido, de no ser así, el empleador debe pagar un día de salario por cada día de retardo.

Se trata, de una sanción que, como lo ha admitido la jurisprudencia laboral en forma reiterada, no es de aplicación automática, sino que el juzgador debe sopesar el comportamiento y las razones aducidas por el patrono para tal incumplimiento y si demuestra que actuó de buena fe, se exonerará de la misma.

En sentencia CSJ SL1413-2022, sostuvo:

Indemnización moratoria contemplada en el artículo 65 del CST y la Indemnización moratoria num 3 artículo 99 de la Ley 50 de 1990.

Sobre este particular, debe precisarse que la Sala de manera reiterada y pacífica ha sostenido que dicha sanción no es de aplicación automática e inexorable, sino que debe analizarse en cada caso en particular el actuar del empleador a fin de determinar si éste, estuvo desprovisto o no de la buena fe que debe regir por regla general en los contratos de trabajo (CSJ SL053-2018, CSJ SL4515-2020, reiterada en SL 983-2021).

Se trata de una sanción en la que es preciso auscultar la conducta asumida por el deudor en aras de verificar si asisten razones serias y atendibles que justifiquen la conducta omisiva, en ese sentido no se pueden presumir reglas absolutas o esquemas preestablecidos.

En lo relativo a la buena fe, esta Sala, de tiempo atrás, ha expresado que la regla general es que las partes actúen en la relación laboral precedidos de buena fe, por tanto, a efectos de la imposición de la sanción moratoria por no consignación del auxilio de cesantía o de la indemnización moratoria del artículo 65 CST, el juez tiene el deber de establecer si el actuar del empleador, estuvo o no desprovisto de esta, pues la condena por aquellas, no opera de manera automática (CSJ 4515-2020).

Entonces, para la Sala resulta claro que no se allegaron probanzas demostrativas de buena fe en la actuación de la enjuiciada, toda vez, que, Ubaldina Bernal de Rodríguez, era consciente que tenía un contrato de trabajo con Teolinda, y a tal conclusión se arriba, teniendo en cuenta, que suscribieron documento, denominado, liquidación de acreencias laborales, en las que reconoció y pagó a favor de la actora, un total de \$2.153.068, por los servicios prestados entre el 26 de julio de 2014 y el 3 de junio de 2016 (r°. 3 del archivo 1), teniendo como salario devengado para cada uno de los años la suma de \$700.000 mil pesos.

Además, al momento de contestar derecho de petición el 11 de octubre de 2016, presentado por la ex trabajadora, Ubaldina, el 9 de septiembre de la misma anualidad, indicó, “...En el tema de seguridad social, como lo acordamos en el **contrato verbal**, en lo referente a salud, la señora TOLINDA ROSA CANTOR manifestó que se encontraba afiliada al SISBEN, razón por la cual rechazó la afiliación a una entidad privada argumentando no querer perder los beneficios”, (resaltado de la sala) y negó rotundamente la reliquidación de acreencias laborales, porque el pago de horas extras nunca existieron y el horario de trabajo se ajustaba a la ley (r°. 4 ibídem).

No expuso la enjuiciada razones por las cuales no afilió a la actora a un fondo de cesantías, a la que por disposición legal debía realizar. Su omisión, no se

suple con el pago de la liquidación de prestaciones sociales que efectuó 15 días luego de fenecido el vínculo laboral, toda vez que la causa de la moratoria del artículo 99 de la Ley 50 de 1999 no es esta, sino la no afiliación al fondo de cesantías.

Con respecto a la sanción establecida en el artículo 65 del CST, la que se genera por el no pago de salarios y prestaciones a la terminación del contrato de trabajo, en el sub judice, quedó demostrado que la actora: i) recibió por concepto de pago de prestaciones sociales la suma de \$2.153.068, el 15 de junio de 2016; ii) el salario base de liquidación tomado para ello – \$700.000— fue inferior al realmente devengado –\$930.000 para el año 2014— y –\$1.050.000 para el 2015— el cual quedó establecido por el *a quo* con base en la confesión ficta o presunta aplicada a la parte pasiva por su no comparecencia a la audiencia de conciliación ni a la práctica del interrogatorio de parte, lo cual no fue objeto de inconformidad por la demandada.

Para la Sala el hecho de que se haya efectuado un pago inferior al que realmente le correspondía a la demandante, no exonera al empleador demandado a la correspondiente indemnización moratoria, pues sería suficiente con el dador del empleo realizara cualquier valor, para enervar los efectos de la norma, aunque con dicho actuar se perjudique al trabajador y más como en este caso, la encartada no contestó la demanda, no compareció a la audiencia de conciliación, no asistió a absolver el interrogatorio para dar cuentas o razones que justificaran su proceder. Lo indicado ante el Ministerio del Trabajo, no son suficientes precisamente, porque solo se limitó a dar razones de la no afiliación de la trabajadora al sistema de seguridad social en salud, y que el horario de trabajo de la demandante, fue el legal.

Frente a los pagos incompletos, o con base en una remuneración inferior, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL5156-2020, ha expuesto:

“Ahora, el juez de primer grado erró al concebir que la referida indemnización prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 solo era procedente en los casos en los que no se hacía la consignación de la cesantía, pues la Corte ha precisado que dicha sanción también opera en los casos en que el empleador realiza la consignación de manera deficitaria o parcial porque, por ejemplo, no tiene en cuenta

el salario realmente devengado por el trabajador, como sucedió en este caso. En la sentencia CSJ SL403-2013, reiterada en la decisión CSJ SL1451-2018, se explicó:

No sería acorde con este principio, ni con el aludido propósito implícito de la citada disposición que hace parte del conjunto normativo que regula el sistema de cesantías sin retroactividad, si se aceptase la distinción establecida por el a quo consistente en que se exceptúan los efectos sancionatorios, de forma automática, para el caso de la consignación deficitaria de las cesantías al igual que si se hubiese hecho esta de forma total.

Ni que decir de las consecuencias perversas que esta interpretación podría traer, pues bastaría con que el empleador consignase cualquier valor por cesantías, para enervar los efectos de la norma, no obstante que con dicho proceder se estaría perjudicando al trabajador y al sistema de administración de cesantías.

Con tal interpretación se debilitaría la protección que el legislador quiso dar a las cesantías en el nuevo sistema, en compensación a la pérdida de la retroactividad, porque se estaría flexibilizando el plazo que, de forma perentoria, fijó la ley para realizar la consignación; es claro que la norma ordena la consignación del valor de las cesantías correspondientes a 31 de diciembre de cada año, antes del 14 de febrero del año siguiente; si, a esta fecha, solo se efectúa un pago parcial, no se está atendiendo el plazo legal, pues es bien sabido que el pago parcial no extingue la obligación.

Por lo anterior, esta Sala se aparta de la interpretación del ad quem que conlleva la exclusión de la aplicación de los efectos contenidos en el numeral 3° del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 para el caso de la consignación deficitaria de cesantías. En esta dirección, se ha de decir que la consecuencia contenida en el numeral 3° del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 está prevista tanto para el pago parcial como para el no pago.

No se requieren mayores elucubraciones para concluir que antes que acreditar un comportamiento conforme a derecho, este tipo de circunstancias lo que evidencia es la intención de desconocer los derechos prestacionales de la demandante. En consecuencia, se revocará la decisión de primer grado, pues, los argumentos del recurrente tienen el mérito de derruir lo concluido por el sentenciador.

En este orden de ideas, una vez efectuadas las operaciones aritméticas pertinentes, la Sala obtuvo por concepto de sanción por no consignación de cesantías en un fondo la suma de 23.760.000,⁰⁰, como a continuación se detalla:

Año	Periodo	No. Días de Sanción	Sanción	Total
-----	---------	---------------------	---------	-------

2014	16/02/2015	15/02/2016	364	\$ 930.000,00	\$ 11.160.000,00
2015	16/02/2016	3/06/2016	108	\$ 1.050.000,00	\$ 12.600.000,00
Total Indemnización por no pago cesantías					\$ 23.760.000,00

En lo que respecta a la forma de liquidar la indemnización moratoria, el referido artículo 65 del CST, modificado por el artículo 29 de la Ley 789 de 2002, establece que la misma consistirá en un salario diario por cada día de retardo, hasta por 24 meses o hasta cuando el pago se verifique si el período es menor. Cuando la demanda se instaura antes de los 24 meses a la terminación del vínculo laboral y el ex trabajador devenga más de un salario mínimo legal, la indemnización moratoria es de un día de salario por cada día de retardo hasta cuando se paguen esos haberes sociales, y si se promueve la demanda después de ese plazo procederá el reconocimiento y pago de los intereses moratorios sobre los créditos sociales insatisfechos, a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificada por la Superintendencia Financiera (sentencia SL 3577, reiterada en SL 10632-2014, SL 1005-2021 y SL1936-2022), en las que se precisó:

“...Cuando no se haya entablado demanda ante los estrados judiciales, dentro de los veinticuatro (24) meses siguientes al fenecimiento del contrato de trabajo, el trabajador no tendrá derecho a la indemnización moratoria equivalente a un (1) día de salario por cada día de mora en la solución de los salarios y prestaciones sociales, dentro de ese lapso, sino a los intereses moratorios, a partir de la terminación del contrato de trabajo, a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificada por la Superintendencia Financiera.

De tal suerte que la presentación oportuna (entiéndase dentro de los veinticuatro meses siguientes a la terminación del contrato de trabajo) de la reclamación judicial da al trabajador el derecho a acceder a la indemnización moratoria de un día de salario por cada día de mora hasta por veinticuatro (24) meses, calculados desde la ruptura del nudo de trabajo; y, a partir de la iniciación del mes veinticinco (25), contado desde esa misma ocasión, hace radicar en su cabeza el derecho a los intereses moratorios, en los términos precisados por el legislador.

Pero la reclamación inoportuna (fuera del término ya señalado) comporta para el trabajador la pérdida del derecho a la indemnización moratoria. Sólo le asiste el derecho a los intereses moratorios, contabilizados desde la fecha de la extinción de vínculo jurídico. (Subrayas fuera del texto).

Con arreglo al anterior criterio jurisprudencial, observa la Sala que la relación laboral que se suscitó entre las partes finalizó el 6 de abril de 2003 y la demanda que dio origen al proceso fue presentada el 7 de julio de 2006 según se infiere del acta individual de reparto visible a folio 20, es decir, después de haber transcurrido 24 meses desde la ruptura del vínculo contractual. En estas condiciones, al haber reclamado inoportunamente sus acreencias laborales, la demandante perdió el derecho a la indemnización moratoria de un día de salario por cada día de retraso y solo le asiste derecho a los intereses moratorios sobre los créditos sociales insatisfechos

En consecuencia, se condenará a la demandada a pagar a la demandante intereses moratorios, a partir del 6 de abril de 2003, sobre el valor de la cesantía del año 2003 y sus intereses, hasta cuando el pago se verifique, por concepto de la sanción por falta de pago de que trata el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 29 de la Ley 789 de 2002.”

Bajo tales derroteros, al declararse la existencia del contrato de trabajo entre el 26 de julio de 2014 y el 3 de junio de 2016, y haberse instaurado la demanda el 31 de mayo de 2019, salta en forma evidente, que tal trámite se materializó después de haber transcurrido 24 meses de la terminación del vínculo laboral, de acuerdo a la información registrada en el acta individual de reparto, acopiada a folio 19 del archivo 1 del expediente digital, luego entonces, la radicación de la demanda, se realizó de manera inoportuna y por tanto, Teolinda Rosa Cantero Caballero perdió el derecho al reconocimiento de la sanción moratoria equivalente a un día de salario por cada día de retardo, asistiéndole solo el derecho al reconocimiento de intereses moratorios a la tasa máxima establecida por la Superintendencia Financiera, sobre las sumas adeudadas por prestaciones sociales reconocidas por el *A quo*, contados desde el 3 de junio de 2016 y hasta cuando se produzca el pago de dichos conceptos.

Dadas las resultas del recurso de alzada, se condenará en costas en esta instancia a cargo de la demandada.

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

R E S U E L V E

Primero.- REVOCAR el ordinal quinto de la sentencia de primera instancia, y en su lugar, condenar a Ubaldina Bernal de Rodríguez a reconocer y pagar los siguientes conceptos:

5.1. A pagar \$23.760.000, por concepto de sanción por no consignación de las cesantías, contemplada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990.

5.2. A pagar intereses moratorios a la tasa máxima establecida por la Superintendencia Financiera, sobre las sumas adeudadas por concepto de prestaciones sociales, en los términos del artículo 65 del Código Sustantivo

del Trabajo, modificado por el artículo 29 de la Ley 789 de 2022, los cuales se causan a partir del 3 de junio de 2016 –y hasta cuando se realice el pago de dichos conceptos.

Segundo.- COSTAS en esta instancia a cargo de la demandada. Inclúyase en la liquidación respectiva la suma de \$800.000,00 por concepto de agencias en derecho de esta instancia.

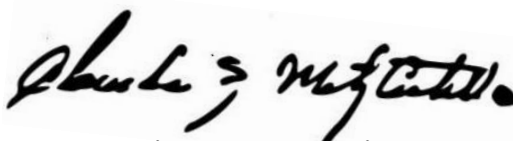
Notifíquese legalmente a las partes y cúmplase.



LUZ MARINA IBAÑEZ HERNANDEZ
Magistrada



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado



CLAUDIA ANGÉLICA MARTÍNEZ CASTILLO
Magistrada

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

Magistrada Ponente:
LUZ MARINA IBÁÑEZ HERNÁNDEZ

Bogotá D.C., veintinueve (29) de septiembre de dos mil veintitrés (2023)

Número de Proceso: 110013105012 2020 00382 01
Demandante: JOHAN STEVENS WALKER VASCO
Demandado: KALONI COLOMBIA SAS.

Procede la Sala Segunda Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, conformada por los magistrados, Marceliano Chávez Ávila, Claudia Angélica Martínez Castillo y Luz Marina Ibáñez Hernández, quien actúa como ponente, a dictar SENTENCIA de segunda instancia dentro del presente proceso, de la manera siguiente:

I. ANTECEDENTES:
1. PRETENSIONES

El señor, **JOHAN STEVENS WALKER VASCO**, demandó a Kaloni Colombia SAS., con el fin que se declare que: *i)* labora 4 horas extras diarias, las cuales no han sido reconocidas ni pagadas por la demandada, desde el inicio del contrato hasta la fecha y que constituyen factor salarial; *ii)* la licencia no remunerada carece de validez por haber sido implementada de manera obligatoria; *iii)* el otrosí suscrito no es válido al no haberse suscrito de común acuerdo, y en consecuencia se le adeudan los salarios en virtud de su implementación, *iv)* tiene derecho al pago de comisiones en razón a las cirugías realizadas entre 2018 y 2020.

En consecuencia, solicita se condene al pago de: *i)* las horas extras laboradas y comisiones por cirugía; *ii)* los salarios, prestaciones sociales, vacaciones y aportes a seguridad social teniendo en cuenta el salario realmente devengado con las horas extras y comisiones y los causados durante el tiempo que estuvo

en licencia remunerada obligatoria; *iii*) los viáticos del viaje realizado a México a causa de un acoso laboral sufrido; *iv*) retribución de las comisiones de cirugías realizadas en mayo y junio de 2018; *v*) indexación.

2. HECHOS RELEVANTES

Como fundamentos fácticos de sus súplicas, el actor en síntesis señaló:

1. Celebró contrato a término fijo de un año con Kaloni Colombia S.A.S, para prestar sus servicios a partir del 25 de enero de 2018, como médico, devengando un salario básico de \$2.700.000, más un auxilio de \$1.800.000.
2. A partir del 25 de enero de 2019, el convenio pasó a ser a término indefinido.
3. Se desempeña actualmente como coordinador médico.
4. Dentro de sus funciones está la realización del procedimiento quirúrgico de restauración capilar, seguimiento post operatorio, como meso terapia, infiltraciones, coordinación del equipo médico y auxiliar de enfermería.
5. El horario de trabajo excedió la jornada máxima legal, pues labora hasta 14 horas diarias, en razón a las cirugías programadas, las cuales pueden extenderse 2 cirugías por día hasta 6 horas cada una.
6. Las comisiones son pagadas en un 3,4% por cirugía realizada. Si el costo de la cirugía era inferior a 60.000 pesos mexicanos, que en conversión equivale a \$10.800.000, ese sería el monto base para pagar de ese porcentaje. Pero si era superior a 60.000 pesos mexicanos, la comisión sería del 3.4% sobre el valor real de la cirugía.
7. Las comisiones eran pagadas porque las cirugías duraban aproximadamente 6 horas, y la clínica definió que no importa que la cirugía costara menos de 60.000 pesos mexicanos, siempre el valor mínimo será sobre esa suma.
8. Le fueron pagadas las comisiones sobre el valor base de 60.000 MXN, sino el sobre el real, y las inferiores a esa suma no fueron ajustadas sobre los 60.000 pesos mexicanos, generándose un pago menor al que correspondía.
9. Al adeudarle las comisiones de 9 cirugías, presentó reclamación el 24 de julio de 2018, siéndole requerida información, para efectuar el desembolso, sin recibir respuesta positiva al respecto. A la fecha no han sido canceladas.

10. Para el 24 de marzo la representante legal de la clínica se comunicó con él, solicitándole pidiera una licencia no remunerada, teniendo en cuenta la situación económica de la compañía.
11. Con el fin de buscar otras alternativas, solicitó un adelanto de sus vacaciones, asignadas para mayo de 2020, siendo otorgadas estas a partir del 26 de marzo y hasta el 14 de abril de 2020.
12. Un día antes de vencerse la fecha para disfrutar las vacaciones, recibió una llamada en la que le solicitaban pedir una licencia no remunerada desde el 15 de abril sin fecha de terminación.
13. Para los efectos anteriores, remitió solicitud de licencia a partir del 15 de abril y hasta el 27 del mismo mes.
14. Posteriormente, fue presionado para que, presentara una nueva licencia, pero esta vez por tiempo indefinido, a partir del 28 de abril de 2020 y hasta por un período no superior a 6 meses.
15. El 17 de junio de 2020, le remitieron a su correo institucional copia de un otrosí al contrato de fecha 22 de mayo de 2020, donde se acordaba la disminución del salario, pero este nunca fue suscrito por él.
16. A partir del 16 de mayo de 2020, le pagaban su salario con un 30% menos del que normalmente le era transferido.
17. Fue víctima de acoso laboral y por ello, decidieron trasladarlo a México, solicitándose la devolución de los viáticos por él sufragados. (fº. 10 del archivo 4).

3. ACTUACIÓN DEL JUZGADO

La demanda fue presentada ante el Centro de Servicios Administrativos Jurisdiccionales para los juzgados civiles y de familia, el 28 de octubre de 2020 (archivo 2), y la misma fue admitida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá, mediante auto de fecha 5 de marzo de 2021, (archivo 5), siendo notificada por conducta concluyente el 12 de julio de 2021 y en la misma data, se dio por contestada el libelo introductorio y se admitió la reforma a la demanda y se corrió traslado de esta (archivo 10).

Kaloni Colombia S.A.S., al contestar la demanda se opuso a todas y cada una de las pretensiones. Con relación a los hechos aceptó la existencia del contrato de trabajo, pero a partir del 25 de enero de 2019 bajo la modalidad de obra o labor, y luego el traslado a uno de carácter indefinido a partir del 5 de febrero

de 2019. Admitió que el señor Walker, ostenta la profesión de médico y tiene dentro de sus funciones, realizar procedimientos quirúrgicos de restauración capilar, seguimiento postoperatorio, procedimientos no quirúrgicos, coordinar al grupo médico y el personal de enfermería. Que actualmente es coordinador médico. Se opuso a todas y cada una

Como fundamento de su defensa sostuvo, que el costo de la cirugía sea igual o inferior a los 60.000 pesos mexicanos la comisión es del 3.4%, sin embargo, fue pactada con el demandante en la Kaloni México, no en los servicios prestados en Colombia. Luego, señala que la comisión fue pactada verbalmente, y se le ha venido pagando un porcentaje del 3.4%. Que estas tienen su fundamento en la duración de la cirugía, está diseñada para el cálculo en México, y se toma como referencia el peso mexicano. En Colombia, el porcentaje no aplica, pues se realiza sobre un valor que supera los 60.000 pesos mexicanos, son pocos los que al hacer la conversión están por debajo. La empresa canceló las sumas sobre ese valor. Que las comisiones sobre procedimientos de menos de 60.000 al no estar pactadas en la forma como lo dice el actor, se cancela sobre un monto del 3.4% sobre el valor del procedimiento. No está obligada a las causadas por el año 2018, porque no laboraba directamente con la compañía sino la Presencia Laboral SAS

Con relación a las horas extras, señaló que no le constaba que el médico hubiese prestado sus servicios en horario superior al legal, al ser las jornadas de la clínica por turnos y por tanto, debía probarse esta situación. Respecto al salario dijo, que este era de \$2.500.000 y a partir de octubre de 2019, este aumentó en \$200.000, pagándosele emolumentos de manera ocasional y por mera liberalidad, equivalente a \$1.800.000 de auxilio de movilización y de celular por \$900.000; además, pagó un auxilio de alimentación a partir del 15 de abril de 2020, pero con ocasión a la emergencia decretada por el Covid 19, por valor de \$200.000, con el fin que el trabajador percibiera ingresos mínimos para su subsistencia.

Precisó que, debido a la situación presentada por la pandemia, se llamó a los trabajadores, con el fin de encontrar una solución a la situación económica, y con ello evitarle perjuicios, como el de otorgar vacaciones, reducir los salarios y auxilios, la concesión de un auxilio de alimentación o suspender el contrato, las

licencias no remuneradas, pero nunca se obligó al actor a solicitar la licencia. Como excepciones propuso las de pago de las obligaciones, cobro de lo no debido, buena fe, falta de legitimación por pasiva y aplicación del principio de la realidad sobre la forma (archivo 6).

Aduce que el otrosí al contrato fue un proyecto no he firmado por el actor, y no se trató de una disminución salarial, fue una reducción del auxilio extralegal a \$900.000 mil pesos mensuales, es decir, \$450.000 mil quincenales, correspondiente un 50% a auxilio de movilización y el otro a un auxilio de celular, pagos estos que se ha mencionado son por mera liberalidad del empleador.

El promotor litigioso, presentó vía correo electrónico, escrito de reforma a la demanda, únicamente en lo tocante a los medios de prueba solicitados (agregó solicitud de declaración de terceros) y la convocada se pronunció en el mismo sentido de la contestación inicial (archivo 7 y 11).

4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El JUZGADO DOCE LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ, mediante sentencia de fecha 8 de noviembre de 2022, dispuso (archivo 18 del expediente digital):

“PRIMERO: ABSOLVER a KALONI COLOMBIA SAS de las pretensiones incoadas en su contra por el señor JOHAN STEVEN WALKER VASCO, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS a cargo del accionante e inclúyanse como agencias en derecho la suma de \$500.000.

TERCERO: En caso de no ser apelada la presente decisión por el demandante, remítase el expediente al Tribunal superior de Bogotá – Sala Laboral, a fin que se surta el grado jurisdiccional de consulta a su favor.”

Fundó su decisión en lo que interesa a la alzada que, respecto a las horas extras, debía tenerse en cuenta lo establecido por la H. Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL45931-2016, estando en cabeza del demandante la carga de la prueba, de la cual no se responsabilizó, pues los cuadros de turnos allegados no indica en unos el nombre del profesional encargado, y la hora de inicio, pero no la hora de terminación. Tampoco el dicho de los testigos, dan certeza de ello,

los meses, días, o años en que se causaron. En lo tocante a la licencia de remunerada, concluyó que, de la documental acopiada a 61 y 62 del archivo 6, se podía avizorar que aparentemente, la demandada, le solicitó pedir una licencia no remunerada, también lo era que no se demostró que, haya sido coaccionado u obligado a pedirla o que de no solicitarla ello le traería consecuencias negativas.

Fue enfática en señalar que, las comisiones echadas de menos por el trabajador, para el 2018, de la documental visible a folio 58, archivo 1, no se tenía certeza de cuáles procedimientos fueron realizados por el actor; además que para esa fecha el demandante estaba vinculado con Presencia Laboral, empresa que no fue demandada, y no podría establecerse solidaridad que sólo fue expuesta en los alegatos; en lo tocante al reajuste de las comisiones de junio de 2018 en adelante, consideró que, "...Conforme a ello y revisada la documental aportada, no aparece documento alguno en el cual se evidencie como se pactó el pago de comisiones, es decir, si los procedimientos menores a 60.000 MXC se debían reajustar a este valor, pues lo único que se evidencia es que se pagaban al 3,4% luego, con base en ello, no puede el Despacho obligar a la demandada a reajustar las comisiones conforme según se indica en los correos, fueron pactados en México, máxime si no se tiene certeza cómo se pagaban allí y en Colombia, en la medida que, como se dijo, no existe documento alguno del cual se derive cómo se pactaron tales comisiones, sumado al hecho, que sobre el porcentaje de comisiones que se pide, es decir desde junio de 2018, como se dijo en apartes anteriores, el actor estaba vinculado con Presencia Laboral, de la cual tampoco se aportó documento alguno en el que se indique como se pactaron las comisiones durante la vigencia del contrato de obra...".

5. RECURSO DE APELACIÓN

La decisión tomada en primera instancia, fue objeto del recurso de alzada por la parte demandante. Su inconformidad se centra en la absolución por el concepto de horas extras, comisiones, salarios no pagados en el tiempo que estuvo en licencia no remunerada que considera fue coaccionado.

Con relación a las horas extras, señala que de acuerdo a la normatividad no se pueden prestar los servicios más de 2 horas extras diarias y 12 semanales, de modo que, si la jornada ordinaria es de 8 horas, no se debe laborar más de 10 horas. Acepta que no se probó que día a día, se trabajaran 5, 6 horas diarias, sin embargo, Kaloni reconoce abiertamente, que el doctor Walker en ocasiones doblaba los turnos, así lo manifestó, la señora Martha en el interrogatorio y en la

contestación, cuando manifestó que esos procedimientos duraban 6 horas y que se realizaban 2 procedimientos al día, entonces de ahí se colige que eran 12 horas diarias, la carga de la prueba si fue demostrada por la parte demandante, no documentalmente, pero si testimonialmente. el testimonio de Andrés fue valioso porque dijo que, no se salía ni a las 6:00 pm ni a las 7:00 pm., sino que se podía salir a las 8, 9 o 10:00 pm, que es tanto el desorden que la empresa que no se tiene registro de ingreso, salidas.

De la licencia no remunerada, estima que, en los correos de mayo de 2020, se demuestra la imposición por parte de la demandada, para que el actor se tomara la licencia, debido a la pandemia y los efectos en la economía, por lo que, la empresa, solicitó la licencia y en caso de que no fueran aceptadas, los despedían, estando prohibida tal conducta por el Ministerio de Trabajo.

De las comisiones, precisó que, estas eran del 3,4%, cuando los valores de los procedimientos ascendieran de “60.000 MXN, ósea \$9.806.000”, siendo pagados dichos conceptos; quedando pendiente únicamente “las comisiones por debajo de este valor, que equivalían a \$340.000 colombianos. Si se hubiera observado por parte del despacho de manera más acuciosa en las pruebas, los cuadros y todo lo que fue aportado, se evidencia que, obviamente, no fueron pagadas conforme a lo que fue pactado estas cirugías por debajo de los \$9.800.000” (sic).

De la solidaridad en el pago de las comisiones, señaló que era la demandada quien debía llamar como litisconsorcio necesario a dicha empresa y no lo hizo, no eximiéndolo de responsabilidad, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 34 del CST, es responsable solidariamente, tanto el que contrata, como el dueño de la obra, de la labor y en este caso, el dueño de la obra es Kaloni, entonces, no se podía eximir de la responsabilidad por el simple hecho que no esté Presencia Laboral. Que el “juzgado también en garantía del trabajador, pudo haber convocado, pudo haber incluido a Presencia Laboral, pero no lo hizo, entonces, en este caso, Kaloni “si es 100% responsable del pago de dichas comisiones del año 2018, no se puede lavar las manos”.

6. ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en la Ley 2213 de 2022, la parte demandante presentó alegatos en esta instancia., reiteró lo expuesto en la alzada.

7. PROBLEMAS JURIDICOS

El problema jurídico que ocupa la atención de la Sala se circunscribe en determinar si es procedente fulminar condena por conceptos de: *i)* horas extras; *ii)* comisiones; *iii)* si la solicitud de la licencia no remunerada, se suscribió con presión por el empleador, en caso afirmativo, si procede el pago de los salarios en dicho interregno de tiempo y finalmente; *iv)* se deberá auscultar si es viable fulminar condena solidaria contra Kaloni, para el pago de las comisiones del año 2018, pese a que el empleador era la empresa Presencia Laboral no convocada al proceso.

II. CONSIDERACIONES

Siguiendo los lineamientos del artículo 66 A del CPT y SS, procede la Sala a examinar los puntos de censura propuestos por la parte demandante al momento de sustentar el recurso de apelación.

No es motivo de discusión la relación laboral que ata a las partes, de las cuales se colige que Steven Walker Vasco presta sus servicios, inicialmente a través de contrato de trabajo por obra o labor determinada a partir del 25 de enero de 2019, y luego a través de contrato a término indefinido a favor de Kaloni desde el 6 de febrero de 2019 (fº. 27 a 50, 77 y 78 del archivo 6).

TRABAJO SUPLEMENTARIO

La parte demandante a través de la alzada insiste en el pago de horas extras laboradas desde el inicio de la relación laboral hasta la fecha de presentación de la demanda.

Frente a esta pretensión la jurisprudencia ha señalado en forma reiterativa que: *“(...) Aquí, es importante recordar, que para que el juez produzca condena por horas extras, dominicales o festivos las comprobaciones sobre el trabajo más allá de la jornada ordinaria han de analizarse de tal manera que en el ánimo del juzgador no dejen duda alguna acerca de su ocurrencia, es decir, que el haz probatorio sobre el que recae tiene que ser de una definitiva claridad y precisión que no le es dable al juzgador hacer cálculos o suposiciones acomodaticias para determinar el número probable de las que*

estimen trabajadas. Lo anterior, brilla por su ausencia".¹ Entonces, tratándose de reclamación de esta clase de derechos, es esencial que se demuestre de manera precisa y clara, el número de horas extras y en qué días se desarrollaron.

Al analizar el material probatorio recaudado se tiene copia de calendario o programación de turnos, en los que se puede concluir que, Johan Steven Walker Vasco, no todos los días del mes realizaba procedimientos capilares, en segundo lugar, que, en el aludido calendario se registraba la hora en que se tenía agendada la cita con el paciente, pero, no la hora de salida de los tratamientos; en tercer lugar, que, las citas eran asignadas en horas de la mañana y otras en la tarde, pero no siempre la programación realizada al reclamante era a las 2 de la tarde y tampoco antes de las 8 de la mañana (folios 54 a 75 del archivo 04).

De lo expuesto por la representante legal de Kaloni Colombia S.A.S., en el interrogatorio no se puede extraer como lo pretende el actor, la cuantificación de las horas extras, ya que este mismo ni en los hechos de la demanda las señala. La representante si bien informó que la clínica trabaja en un *horario normal de 8:00 am o 7:00 am a 5:00 pm.*, y que para los médicos, tanto en consulta como de micro injerto en varias oportunidades se les doblaba el horario, es decir, un turno en la mañana y otro en la tarde dependiendo del número de procedimientos que tuviéramos en el día, no con ello se puede establecer con precisión cuáles realizó el actor en doble jornadas, ni cuándo inició y cuándo finalizó, y cuántos días de la semana así se hizo. Es más, en el caso de los procedimientos mínimamente invasivos enfatizó que pueden durar de 4 a 6 horas más o menos. Tampoco el dicho del testigo Andrés Camilo Rodríguez se puede extraer con exactitud el número de horas más allá de la jornada máxima ejecutó, pues este afirmó *que tenían un horario de entrada, pero no había horario de salida*, todo dependía de los procedimientos que se tuvieran que hacer en el día. Indicó que algunos días salían a las 8:00 p.m, otras a las 9:00 p.m, a veces a las 10:00 p.m. Esta vaguedad hace imposible la cuantificación de las horas reclamadas. No le es dable al juzgador hacer cálculos o suposiciones acomodaticias para determinar el número probable de las que estimen trabajadas.

¹ Sentencia SL9318-2016.

Ahora, en cuanto a los desprendibles de nómina que aportó el promotor litigioso y los cuales soportan los conceptos cancelados al señor Walker Vasco en vigencia de la relación laboral, debe resaltar la Sala, que el actor durante su vínculo laboral con Kaloni no percibió los rubros que aquí reclama (fl. 105-110, del archivo 1).

Al tenor de lo dispuesto en el artículo 167 del CGP es al demandante quien le corresponde demostrar el número de horas extras laboradas, y como de esta carga no se responsabilizó, imperioso es confirmar este punto de la sentencia.

DE LAS COMISIONES

Alega la parte actora, al momento de sustentar su recurso que las comisiones que se encuentran insatisfechas son las de procedimientos que costaban menos de 60.000, ósea \$9.806.000, pues, las que, ascendían de dicho monto, fueron canceladas por la empleadora.

Una precisión es necesaria. En el líbelo genitor, se reclamó el pago de comisiones respecto de 9 cirugías realizadas en el mes de mayo de 2018 y no el pago de comisiones con valores inferiores a los 60.000 MXN. En las pretensiones declarativas se reclamó:

“6. Se declare que el demandante tiene derecho al pago de comisiones en razón a las cirugías realizadas en los años 2018, 2019 y 2020”

Y reclamó la condena a cargo de la convocada a juicio, así:

“6. Se condene al pago de las comisiones de las 9 cirugías realizadas en el mes de mayo de 2018.

7. Se condene al pago del reajuste de las Comisiones por cirugía desde junio del 2018”

Y en los hechos de la demanda, hizo referencia al porcentaje del 3.4% por comisión sobre el valor del procedimiento, si costaba igual o menos de 60.000 pesos mexicanos, sobre esta base se liquidaba, y si costaba más de esta suma, sobre el valor del procedimiento. Y señaló en el hecho 13 de demanda que las que tenía valor inferior a esta suma, no se les aproximó a 60.000 pesos mexicanos. Y con respecto a las comisiones que adeuda la demandada en el hecho 15 de la demanda

afirmó: “actualmente se adeudan las comisiones completas de 3.4% de 9 cirugías que quedaron pendientes por pagar en el mes de mayo del año 2018”. Hecho este que guarda relación con la pretensión No 6 de la demanda.

Sin embargo, la Jueza de instancia hizo el estudio de las 9 comisiones correspondientes a mayo de 2018, como las de aquellas generadas por los procedimientos realizados cuyo costo era inferior a los 60.000 MXN, las que según el demandante debían liquidarse con base en este último valor, contrario a lo afirmado por el demandado, quien indicó que el porcentaje del 3.4% de la comisión era sobre el valor real del procedimiento, independientemente de si costaba menos o más de los ya referidos 60.000 MXN.

De acuerdo a lo expuesto, es punto pacífico que el demandante por cada procedimiento realizado recibía una comisión del 3.4%, así fue aceptado por empleador convocado a juicio. Sin embargo, la discusión gira con respecto a la base de liquidación para aplicar este porcentaje.

En el contrato de trabajo suscrito por las partes el 6 de febrero de 2019, ninguna cláusula hace alusión al pago de las comisiones reclamadas, su porcentaje y forma de liquidación. La cláusula segunda si bien hace referencia a la remuneración solo indica que “ En caso de que se cancele alguna comisión u otra modalidad de salario variable las partes acuerden que el 82.5% de dichos ingresos, constituye remuneración de la labor realizada, y el 17.5% restante está destinado a remunerar el descanso en los días dominicales y festivos establecido en la ley” (fº. 48, archivo 6).

La representante legal de la convocada, al momento de rendir interrogatorio de parte, esta fue enfática en señalar que, al doctor Steven Walker, le eran pagadas comisiones, equivalentes a un 3,4%, pero no se hizo alusión alguna a que dicho monto dependía del valor del procedimiento.

Ahora bien, obran correos electrónicos, en los que, se reclama el pago de las comisiones, y la convocada se pronuncia de la siguiente manera:

El 15 de enero de 2019, que el doctor Walker Vasco, “quiero solicitarles de manera respetuosa sean revisadas las comisiones pagadas, dado que encontré un error al momento del pago del porcentaje de los procedimientos realizados durante los últimos meses, ya que desde el mes de junio de 2018 a la fecha no se ha realizado el ajuste del valor de venta del procedimiento

cuando son menores a 60.000 pesos mexicanos, aproximadamente 9.000.000 de pesos colombianos a la conversión. Solo se ha realizado el pago por un porcentaje de 3,4% sobre el valor neto pagado sin el ajuste correspondiente en los casos ya mencionados” concluyendo la solicitud que, “adjunto al correo tablas con datos y valor pagado por cada uno de los paciente realizado mes a mes, el valor neto que se pagó de comisión. Así mismo una columna con el porcentaje ajustado y de esta manera el saldo pendiente” (sic). Recibiendo respuesta de la representante legal de la empresa el 12 de febrero, “Teniendo en cuenta los lineamientos para Mexico y considerando que se debe aplicar para todas las sucursales de Kaloni y que es procedente la estandarización del mismo y por tanto les solicito proceder con el ajuste” (fº. 46 y 47, archivo 1)

El 9 de febrero de 2019, nuevamente le remiten al actor la relación de comisiones generadas en enero, con el fin de enviar aclaraciones a más tardar el 11 de febrero (fº. 43 ibídem), sin embargo, para el 12, el reclamante, indicó “Hola Sonia buen día, revisando el correo con el ajuste a las comisiones pendientes, el cálculo que realice y que te envíe me da un total de \$1.538.364 pesos colombianos, lo revisé con la Sra Martha a quien previamente envié copia de las tablas realizadas con los ajustes y me indica que te informe al respecto de la diferencia de valores en el cálculo” y frente al cual, le informaron que, “*BUEN DÍA EL AJUSTE EQUIVALENTE A 60 MIL PESOS MEXICANOS ES \$9.806.160.96, EL RETOQUE NO COMISIONA Y SE CALCULO AL 3.4%*” (sic), allegándole una nueva relación de los procedimientos realizados con el respectivo monto de las comisiones causadas a su favor (fº. 43 - 45 archivo 1).

El 13 de febrero de 2019, el petente remite a Kaloni un documento de Excel (como archivo adjunto) y el mismo día, la empresa le informa que, “He platicado con las áreas de Finanzas y de Netsuite; la revisión y en su caso aplicación (en caso de que aplique debido a la premura no es posible llevarse a cabo en esta quincena)”, finalizando la misiva “Durante la siguiente semana revisaremos la situación y estaremos en posibilidades de emitir una acción posible”, al no recibir respuesta, nuevamente genera correo electrónico el 25 de febrero, en el que solicita le informen si ya tenían “*algún reporte*” sobre las comisiones (fº. 36, 37 ibídem).

Para el 26 de febrero, envía una misiva a la representante legal de la empresa, solicitando autorización para el pago de las comisiones pendientes y Martha Díaz, le contesta, que “*como lo mencioné anteriormente considero que si esa estructura de comisiones se tiene para Mexico debe aplicar para los demás países. Considero procedente el reajuste*”, fue así como recibió respuesta donde le solicitaron “*corroborar la información, cálculos y fechas, Dr. Steven por favor me puedes enviar los cálculos que tu*

realizaste para determinar esas comisiones, esto tengo que validarlo con el cálculo y fechas de netsuite y poder darte una respuesta” (sic) (fº. 38 -42 ibídem).

El 11 de marzo de 2020, 11 de diciembre de 2019 y 12 de junio de 2019, Natalia Castro Forero, en calidad de coordinadora administrativa de la empresa, le remitió al accionante listado de comisiones generadas a su favor, para su respectiva revisión (fº. 30, 31, 33, archivo 1).

Por otro lado, el 2 de abril de 2019 el actor solicita “información al respecto del caso ya antes comentado sobre el porcentaje de comisión de los procedimientos realizados cuando el valor es menor a 60.000 pesos mexicanos” y del cual se brindó respuesta al día siguiente “con base en este tema te comento que las comisiones son asignadas por los montos cobrados por los procedimientos” y al no estar de acuerdo con esta, el mismo 3 de abril, remite un nuevo e mail, en el que, solicita “...me aclararas algo, ¿ya no se hace el ajuste a los procedimientos que son menores a 60.000 pesos mexicanos? O solo se realiza a los médicos mexicanos, y si es así ¿Por qué no se aplica la misma política de igualdad a todos, sabiendo que trabajamos para la misma empresa?...” (fº. 35, ibídem).

Adicionalmente, se allegaron copia de los desprendibles de nómina del demandante, para los meses de mayo y junio de 2020, diciembre de 2019, en los que se verifica el pago de comisiones, por valor de \$1.942.389; 884.000 y \$5.609.892, respectivamente (fº. 105-110 archivo 1).

De las peticiones remitidas por correo electrónico por parte del actor y las respuestas entregadas, no se puede colegir que entre las partes se haya estipulado como lo pretende aquel, las condiciones sobre las cuales se aplicaría el 3.4% de los procedimientos con un costo inferior a los 60.000 MXN, y si bien la empresa acepta que esto era para los médicos que laboraban en México, no hay material probatorio que señale que en esos mismos términos lo recibían para quienes prestaban o prestan el servicio en Colombia.

Es más no se observa entonces sobre cuáles procedimientos se adeuda comisión, pues al existir un pago, debió el demandante indicar cuáles faltan.

Cumpliendo recordar que con arreglo a lo preceptuado en el artículo 167 del CGP, corresponde a la parte interesada probar los supuestos de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen. Entonces, al

pretender el accionante una sentencia acorde con lo deprecado en el líbello incoatorio, tenía la carga de allegar al proceso los medios de prueba que acreditaran no solo la estipulación del reconocimiento por este concepto, sino, a partir, de qué monto de procedimiento realizado, se reconocería la comisión y si este porcentaje o monto sería sobre una parte de la gestión realizada o el costo total de este, a fin de determinar el valor causado, pues al no hacerlo, debe asumir las consecuencias propias de la orfandad probatoria en este sentido. Por consiguiente, se confirmará este punto de la sentencia.

Y con respecto a las 9 comisiones correspondientes de mayo del año 2018 reclamadas por el demandante, tal como lo consideró la jueza de instancia en este periodo el actor no tenía la calidad de empleado de la empresa Kalomi Colombia S.A, sino como aquel mismo lo sostuvo su empleador era la empresa Presencia Laboral, la que no fue convocada en este litigio, para que dentro del mismo se discutiera si era o no su empleador. Es más, en los hechos de la demanda ninguno hace relación a esta situación fáctica, y si bien se indica que inició labores en el año 2018 a través de contrato a término fijo, afirmó que lo fue con la demandada, y no con otra sociedad diferente. Y pretender en los alegatos de conclusión expuestos en primera instancia y en el recurso de apelación una solidaridad no solicitada con la demanda, ni discutida en el trámite de la primera instancia, no es de recibo, pues no se puede olvidar que en virtud del principio de la congruencia el juez debe pronunciarse sobre las pretensiones y excepciones, operando en los juicios laborales las facultades extra y ultra petita, pero con base en los requisitos establecidos en el artículo 50 del CPT y SS, esto es, que los hechos estén probados y hayan sido discutidos, y en este caso no ocurrió. (CSJ SL SL3443 de 2021, SL440 de 2021 y SL2172 de 2022). Tampoco es el estadio para confrontar que debió la parte demandada integrar el contradictorio, pues es deber del demandante convocar al proceso a todos aquellos que consideren deben asumir las responsabilidades en el pago de las acreencias laborales.

De conformidad con lo dispuesto, la decisión judicial necesariamente le será desfavorable. En consecuencia, se confirmará la decisión de primer grado en este punto.

DE LA LICENCIA NO REMUNERADA

Implora el accionante el pago de la licencia no remunerada, la cual fue impuesta por la demandada, debido a la emergencia sanitaria originada por el Covid 19, so pena de terminársele el contrato de trabajo; la entidad hoy accionada por su parte, indica que, la compañía buscaba con los trabajadores una solución a la situación económica que devino de la pandemia, poniendo en conocimiento las posibles soluciones sin causarle ningún perjuicio “solicitar periodos de vacaciones, reducciones de salarios, reducciones de los auxilios, posible auxilio de alimentación, efectos de una posible suspensión del contrato, de licencias no remuneradas entre otras” (contestación del hecho 38).

Conforme a ello, el demandante, el 15 de abril de 2020, remite correo electrónico a Olga Lucia Rocha y Martha Díaz, en el que informa “Teniendo en cuenta la llamada recibida el pasado 13 de abril, por usted y la Sra Martha Díaz, en la cual se me pedía solicitar una licencia no remunerada con fecha de inicio del 15 de Abril sin fecha de finalización, lo anterior sustentado en la situación de salud pública que se vive actualmente; he decidido aceptar dicha petición, solicitando la licencia no remunerada del 15 de Abril al 27 de Abril, fecha en la cual se tiene estipulado la finalización de la cuarentena” (folio 73 del archivo 1), por ello, con carta de la misma fecha, Martha Díaz Ramírez, aprueba la licencia no remunerada solicitada, en los siguientes términos “Por medio de la presente y en atención a la extensión del aislamiento preventivo ordenado por el Gobierno Nacional a partir del 13 de abril de 2020, me permito informar que la empresa la acepta y la autoriza desde el 15 de abril al 27 de abril de 2020, haciendo claridad que deberá reintegrarse a sus labores el día 28 de abril de 2020 en su horario habitual” (folio 58 del archivo 6).

Para el 27 de abril de 2020, el promotor litigioso remite nuevo correo electrónico a las personas antes señaladas y en esta oportunidad indica “Envió (sic) el presente correo solicitando la nueva licencia no remunerada con fecha del 28 de abril sin fecha de terminación, como me lo solicitaron, por un período no mayor de 6 meses, teniendo en cuenta la información que me dio la Sra Martha en su llamada” a lo que contestó Martha que, ¡“Buenas noches doc! Solo una salvedad... yo no te solicité pedir licencia... te di alternativas para considerar de acuerdo a lo que consideren conveniente y teniendo en cuenta el difícil escenario económico de la empresa” (folio 74 del archivo 1).

Ahora bien, en este punto debe señalarse que las licencias no remuneradas no se encuentran reguladas en el Código Sustantivo del Trabajo, por lo tanto, dicho pedimento, queda al arbitrio del empleador, quien será el llamado a aceptar, otorgar y establecer el término de duración de esta. En este punto, se pudo constatar que, Johan Steven Walker Vasco, presentó solicitud de licencia no

remunerada y esta fue atendida de manera favorable al trabajador, sin que se constate que se haya impuesto, constreñido o coaccionado al trabajador, para que reclamara la aplicación de dicha figura, como se alega en la alzada, denotándose con ello, que tal pedimento devino de la manifestación de la voluntad expresa del trabajador.

Finalmente, conviene precisar que, no es posible aplicar al presente caso lo dispuesto en la sentencia C-930 de 2009, pues, en ella, se analiza la procedencia del pago de salarios, cuando el trabajador solicita una licencia remunerada, contenida en el numeral 6 del artículo 57 del CST, no tocándose en dicha providencia, el tema de las licencias no remuneradas, la cual, se reitera, no se encuentra contemplada en el ámbito laboral. Consecuencia de lo anterior, tampoco habrá lugar a fulminar condena por este concepto y en tal sentido, se confirmará la sentencia.

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

R E S U E L V E

PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia apelada, de fecha 8 de noviembre de 2022, proferida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá.

SEGUNDO.- COSTAS en esta instancia a cargo de la demandada. Inclúyase en la liquidación respectiva la suma de un (1) smlmv por concepto de agencias en derecho de esta instancia.

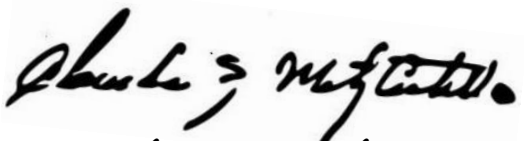
Notifíquese legalmente a las partes y cúmplase.



LUZ MARINA IBÁÑEZ HERNÁNDEZ
Magistrada



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado



CLAUDIA ANGÉLICA MARTÍNEZ CASTILLO
Magistrada

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

Magistrada Ponente:
LUZ MARINA IBÁÑEZ HERNÁNDEZ

Bogotá D.C., veintinueve (29) de septiembre de dos mil veintitrés (2023)

Número de Proceso: 110013105012 2020 00460 01
Demandante: Roberto Medina Bejarano
Demandado: Fundación Universidad Autónoma de Colombia –
FUAC -

Procede la Sala Segunda Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, conformada por los magistrados, Marceliano Chávez Ávila, Claudia Angélica Martínez Castillo y Luz Marina Ibáñez Hernández, quien actúa como ponente, a dictar SENTENCIA de segunda instancia dentro del presente proceso, de la manera siguiente:

AUTO

Se reconoce personería adjetiva para actuar al abogado, **GERMÁN LEÓN CASTAÑEDA**, identificado con C.C. n° 10.173.129 y portador de la TP n° 134.235 expedida por el Consejo Superior de la Judicatura, para que actúe en representación de la Universidad Autónoma de Colombia – FUAC, quien a su vez presentó renuncia y comunicó su determinación a su representado, cumpliendo con los lineamientos contemplados en el artículo 76 del CGP, por lo que, se aceptará su renuncia.

I. ANTECEDENTES:

1. PRETENSIONES

El señor, **ROBERTO SABOGAL MONTENEGRO**, actuando por intermedio de apoderado judicial, demandó a la Fundación Universidad Autónoma de

Colombia – FUAC-, con el fin que se declare: *i)* la existencia de un contrato a término indefinido entre el 1° de noviembre de 2003 y el 26 de septiembre de 2019, el cual terminó por decisión unilateral y sin justa causa por parte de la demandada; *ii)* la vulneración del derecho a la igualdad, al alegarse una imposibilidad de asignarle carga académica para el I y II período académico del mismo año 20, por la falta de estudiantes en la facultad de ciencias humanas, cuando se pudo reubicar al trabajador en otra facultad.

En consecuencia, solicite se condene a la demandada al pago de la indemnización por despido sin justa causa, salarios, cesantías, intereses a las cesantías, primas de servicios legales y extralegales, vacaciones, causadas entre el 1° de enero y el 26 de septiembre de 2019, así como la sanción moratoria; intereses moratorios sobre el valor de los salarios y prestaciones sociales; indexación y costas.

2. HECHOS RELEVANTES

Como fundamento fáctico de las súplicas el actor, en síntesis, señaló que (f.º 2 del archivo 1):

1. Fue vinculado en la Universidad mediante contrato de trabajo a término indefinido como – docente cátedra – desde el 1° de enero de 2003 hasta el 26 de septiembre de 2019, cuando le fue terminado el contrato sin justa causa.
2. Los servicios fueron prestados en el claustro universitario, bajo la continua subordinación de la Coordinadora y Decana de la Facultad de Humanidades, cumpliendo un horario de lunes a sábado entre las 7:00 a.m. y las 10:00 p.m.
3. El salario inicial fue de \$15.000 pesos por hora cátedra y su última remuneración fue de \$1.353.171.
4. Para el primer y segundo semestre del año de 2019, no le fue asignada carga académica.
5. En la carta de terminación del contrato le fue informado que sus acreencias serían consignadas a su cuenta de nómina.
6. La convocada adeuda los salarios, cesantías, intereses a las cesantías, primas de servicios y, proporcional, así como la extralegal de servicios y

- la extralegal proporcional correspondientes al año 2019, así como la sanción por despido sin justa causa y la moratoria.
7. Su fuerza laboral fue desplegada como profesor del área de taller de lenguaje I y II, no sólo en la facultad de ciencias humanas, sino también en las demás, como derecho, ingeniería, ciencias económicas administrativas y contables.
 8. La institución educativa no modificó el pensum académico para el año 2019, ni suprimió cursos o la asignatura por él dictada.
 9. Otros docentes, fueron reubicados a pesar de no tener la formación académica que él ostenta. (archivo 1).

3. ACTUACIÓN DEL JUZGADO

La demanda fue presentada ante el Centro de Servicios Administrativos Jurisdiccionales para los juzgados civiles y de familia, el 10 de diciembre de 2020 (archivo 2), siendo admitida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá, con proveído del 4 de febrero de 2021 (archivo 3), enviándose notificación al correo electrónico, secgeneral@fuac.edu.co el 12 de agosto de 2021, de acuerdo a las previsiones contempladas en el Decreto 806 de 2020, norma vigente para la época (archivo 6, fº. 3).

La demandada, contestó el libelo introductorio, aceptando, la existencia del contrato de trabajo, los extremos temporales, el cargo desempeñado, el salario inicial, la no asignación académica para el primer y segundo semestre de 2019. Negó el horario. Admite que el 2 de septiembre de 2019, la fundación comunicó al trabajador sobre la no asignación de carga académica y el 26 de septiembre del mismo año, se le terminó el contrato de trabajo. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó falta de causa para pedir, buena fe, prescripción y compensación (archivo 7).

En apretada síntesis y en lo que interesa a la alzada, reveló que, el fenecimiento del vínculo laboral se dio en aplicación a lo establecido en el artículo 5 de la convención colectiva de trabajo suscrita entre la institución y las organizaciones sindicales y, no fue posible su reubicación en una cátedra de la misma asignatura debido a la merma en el número de estudiantes. Precisó que el Consejo Directivo en sesión del 10 de septiembre de 2019,

aprobó dar por terminado el contrato laboral con justa causa a 5 docentes de la facultad de ciencias humanas, de los programas académicos de filosofía y estudios literarios, y a 2 docentes de la facultad de ciencias económicas, administrativas y contables, del programa académico de relaciones económicas Internacionales, quienes para el segundo semestre de 2019 contaban con cero (0) jornada académica. Señala que los cursos dictados por el actor, no sólo eran dirigidos por él, existían otros docentes que también lo hacían, dependiendo de la asignación académica que se realice desde la facultad respectiva con atención del número de estudiantes que se tengan para dichos cursos. Aceptó que el pensum de ningún programa cambio en el año 2019, pero la reducción de estudiantes a que se vio abocada la universidad fue la causa de la disminución de la carga académica de todos los docentes.

Finalmente, agregó que el no pago de acreencias laborales, no obedeció a un capricho de la empleadora, sino a la crítica situación financiera y administrativa, que originó la intervención del Ministerio de Educación, a través de la Resolución n° 005766 del 6 de junio de 2019. Que una de las causas de la liquidez de la institución lo fue la disminución de estudiantes nuevos de pregrado y detalla que en el 2014 se contaba con 1401 alumnos, en el 2015 con 1235, para el 2016 se tenía 916, en el año 2017 con 662 y en el 2018 con 469. Y el total de estudiantes matriculados por año ha sido así: en el 2014, 15.686, en el 2015, 15.791, en el 2016, 14.361, en el 2017, 12.386 y en el 2018, 10.323. Indicó que, para el segundo semestre de 2019, la disminución de estudiantes sufre un incremento exponencial, debido a la huelga que significo en recursos a la universidad alrededor de \$5.565 millones de pesos, cifra irrecuperable en un corto plazo.

4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El JUZGADO DOCE LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ, mediante sentencia de fecha 16 de NOVIEMBRE de 2022, dispuso (archivo 27):

“PRIMERO: CONDENAR a la FUNDACIÓN UNIVERSITARIA AUTÓNOMA DE COLOMBIA a pagar al señor ROBERTO MEDINA BEJARANO identificado con C.C. 79.501.357, las siguientes sumas y conceptos:

- a. Salarios de marzo a julio y septiembre de 2019, este último hasta el día 26: \$7.938.338.
- b. Primas legales 2019: \$999.804
- c. Cesantías 2019: \$999.804
- d. Intereses a las cesantías 2019: \$88.649
- e. Vacaciones: \$469.853
- f. Indemnización por despido injusto: \$14.799.697
- g. Indemnización moratoria: \$32.476.248 que datan del 27 de septiembre de 2019 al 26 de septiembre de 2021 y a partir del 27 de septiembre de 2021 y hasta que se efectúe el pago de las cesantías, intereses sobre estas y primas, intereses moratorios a la tasa máxima de interés bancario certificado por la Superfinanciera al momento del pago.

SEGUNDO: ABSOLVER a la demandada de las pretensiones de la demanda.

TERCERO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas.

CUARTO. CONDENAR en costas a la demandada, e inclúyanse como agencias en derecho en esta instancia, la suma de **\$1.733.172** equivalente al 3% de las condenas impuestas.”

Fundó su determinación, en lo que interesa a la alzada, respecto a la terminación del contrato de trabajo, que, se encontraba a cargo del trabajador probar el despido y al empleador la justa causa para darlo por terminado, y conforme a lo dispuesto en el art. 62 y 66 del CST, a la fecha del fenecimiento del vínculo laboral se deben exponer los motivos de la determinación. Que en el proceso se demostró el hecho del despido con la comunicación del 26 de septiembre de 2019, en la que se invocó como causa de finalización del vínculo laboral, el no tener asignación académica. Sin embargo, concluyó que si bien se acreditó que hubo una disminución del número de estudiantes en la institución, para el primer semestre, ello no ocurrió para el segundo semestre; y tampoco se probó que haya acaecido una supresión de cursos ni de la asignatura, por el contrario, esta había sido ofertada en el plan de estudios de 2020, agregando que, no se había probado que, la reducción se presentó en otras facultades, por lo que, pudo reubicarse al trabajador, por lo que señaló que no se habían cumplido con los condicionamientos estipulados en el escrito convencional.

En lo relativo a la sanción moratoria, concluyó que el actuar de la demandada, no era eximente de buena fe, al sustraerse del pago de salarios, primas, cesantías e intereses a las cesantías, pues, a pesar de que el

representante legal en el interrogatorio expuso que, el no cumplimiento de sus obligaciones obedeció a los cambios estructurales de educación, disminución de estudiantes y el exceso de personal, que generó una merma notable en los ingresos y desbalance financiero, sumado a la posterior intervención del Ministerio y la pandemia, no eran razones atendibles, dado que, la omisión acaeció con anterioridad a dichos eventos.

5. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del fallador de instancia, la demandada la recurre en apelación, discrepando de la condena por indemnización por despido injusto y la moratoria. Con respecto a la primera, señala que la decisión de finalización del vínculo laboral, está soportada en el parágrafo 1° del artículo 5, del título II del capítulo I de la Convención, debido a la supresión de cursos o asignaturas, dada la merma de estudiantes inscritos en la institución, siendo inviable la reubicación del docente; además, a los primeros que se les debe asignar las cátedras son a los profesores de tiempo completo o medio tiempo ya que las personas vinculadas por hora cátedra están llamadas a suplir los faltantes que hubieren, siendo claro que la Ley 30 los obliga a ello. Y con respecto a la segunda condena, esto es, la imposición de la sanción moratoria, indicó que la institución ha tratado por todos los medios y de buena fe conjurar su crisis, pero esta es de conocimiento público y es un hecho notorio, siendo irresistible a su querer.

6. ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en la Ley 2213 de 2022, las partes guardaron silencio.

7. PROBLEMAS JURIDICOS

Teniendo en cuenta los motivos de inconformidad por la fundación accionada, la Sala deberá resolver como problemas jurídicos los siguientes: *i)* si la terminación del contrato de trabajo fue por decisión unilateral y sin justa causa del dador del empleo como lo sostiene el actor, o por el contrario fue con justeza como lo pregona la demandada, y *ii)* si hay lugar a imponer

la indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del CST, para ello es necesario determinar si el actuar de la convocada a juicio estuvo revestida de buena fe.

II. CONSIDERACIONES

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

No es objeto de discusión que: *i)* entre las partes existió un contrato de trabajo, vigente del 1° de noviembre de 2003 al 26 de septiembre de 2019, *ii)* el cargo desempeñado de docente del área de “taller de lenguaje I y II”, donde le era pagada por hora cátedra, una suma de \$15.000, *iii)* que a la fecha de la finalización del vínculo laboral la demandada adeudaba salarios, cesantías, intereses de cesantías, primas legales y extralegales. Lo anterior encuentra respaldo probatorio en el contrato de trabajo y en la carta de terminación del contrato de trabajo (folio 29, 32 del archivo 1 del expediente digital), además fue aceptado por la pasiva al dar contestación a la demanda.

DE LA INDEMNIZACION POR DESPIDO SIN JUSTA CAUSA.

La institución demandada sostiene en la contestación de la demanda, y en el recurso vertical que la terminación del contrato obedeció a una justa causa, contemplada en el parágrafo 1, del artículo 5° de la norma convencional suscrita con el sindicato de Profesores de la Fundación Universidad Autónoma de Colombia - SINPROFUAC, en 1993.

El demandante sostuvo como tesis, que la terminación del contrato lo fue sin justa causa, por no darse los supuestos de hechos invocados en la carta de terminación del vínculo laboral, por las siguientes razones: *i)* la cátedra por él dictada— taller de lenguaje I y II, no sólo es enseñada en la facultad de ciencias humanas, sino también en otras, como derecho, ingeniería, ciencias económicas y administrativas; *ii)* la Universidad no cambió de pensum académico para el año 2019; *iii)* no hubo supresión de cursos o de asignatura del taller de lenguaje I Y II; *iv)* otros docentes fueron reubicados.

La juez de primera instancia concluyó que si bien, existió una reducción de cursos en la institución, no hubo una supresión de cursos ni de asignaturas, no cumpliéndose con los presupuestos estipulados en la aludida cláusula convencional, para la culminación del contrato de trabajo con justa causa, pese a que la carga académica era cero y que la cátedra asignada al accionante era dada en todas las facultades.

No ofrece controversia el hecho del despido, se encuentra acreditado con el oficio UTH-2019-1873 del 26 de septiembre de 2019 en el que el Presidente de la Universidad Autónoma de Colombia decidió dar por terminado el contrato de trabajo del demandante, en los siguientes términos: *“que el Consejo Directivo en sesión del día 10 de septiembre de 2019 Acta No. 2044, aprobó dar por terminado su contrato laboral por justa causa.”*, precisando a renglón seguido, que, *“Lo anterior toda vez que, para el segundo período de 2019, se encuentra con cero (0) labor académica y en aplicación del Parágrafo primero (1) del artículo 5 de la actual Convención Colectiva suscrita con SINPROFUAC”* (F°. 32, archivo 1).

Una precisión es necesaria. La convención colectiva adosada al expediente si bien no tiene constancia de depósito, la validez de la misma no fue objeto de discusión entre las partes, por el contrario, ambas lo aceptaron, por lo que puede decirse que su aplicación fue un punto indiscutido por las partes, en consecuencia, la Sala tendrá como válido el texto convencional (CSJ SL 20037-2017, reiterada en la sentencia SL1975 de 2021).

Dispone el artículo 5 de convención colectiva de trabajo suscrita entre la Fundación Universidad Autónoma de Colombia FUAC y el Sindicato de Profesores de la Institución del 25 de marzo de 1993 (f°. 127 a 135 del archivo 01).

“ARTÍCULO 5. La carga académica de un profesor de tiempo parcial solo podrá ser disminuida por las siguientes causas:

a) Supresión de cursos o asignaturas.

b) Suspensión de asignaturas por reformas del pensum dentro del respectivo semestre académico.

c) Cuando un profesor de tiempo parcial, transitoriamente se le aumente su carga académica para reemplazar algún docente por causa justificada y solo durante su ausencia.

Parágrafo 1: Las causas de que tratan los literales a) y b) del presente artículo no se toman como justificación de terminación del contrato de trabajo, excepto cuando la carga académica es cero (0); o no sea posible ubicar al profesor en cátedra de su misma área.

PARÁGRAFO 2: En todo caso, a los docentes que se les hubiere disminuido la carga académica por los hechos de que trata el presente artículo en sus literales a) y b), tendrán derecho a que se les asigne la misma carga a la reapertura de cursos o de las asignaturas.

ARTÍCULO TRANSITORIO. En la aplicación del decreto 1221 respecto a la estabilidad del personal docente de la facultad de Derecho de la Fuac, deberá llegarse a un acuerdo entre la dirección de la Universidad y Sinprofuac.”

De la lectura de la norma convencional se colige que lo que se prevé son las causales para la disminución de carga académica de un docente o profesor de tiempo parcial, las que en tratándose de las indicadas en los literales a y b no dan lugar a la terminación del contrato, solo cuando la carga académica sea cero o no pueda ubicarse al profesor en otra área.

En el caso a estudio, no ofrece discusión que la cátedra dictada por el actor –taller de lenguaje— no fue ni suprimida, ni suspendida, ni eliminada del plan de estudio de los diferentes programas y facultades que ofrece la convocada a juicio, así lo señaló la demandada al contestar la demanda. Y se corrobora la documental suscrita por la decana de la facultad de ciencias humanas, en la que hace constar que estos cursos “*son transversales a todos los programas de Pregrado en la Universidad. Estas cátedras están ubicadas en primer y segundo semestre y el nivel I es prerrequisito del nivel II. Estas asignaturas son impartidas desde la Facultad de Ciencias Humanas para toda la Universidad y son de carácter obligatorio dentro de los planes de estudio...*” (archivo 24), lo que coincide con su declaración dentro del proceso y con el dicho de Nancy Rocío Gutiérrez, quien trabajó en la Universidad entre el año 2008 y agosto de 2020, como docente y directora del programa de estudios literarios del claustro demandado.

La demandada pretende convencer la justeza del despido con base en una razón: el trabajador no tenía carga académica en el año 2019, y la causa de ello fue la disminución de la comunidad estudiantil. Ambos hechos no

ofrecen controversia. El primero, fue notificado al actor en misiva del 2 de septiembre de 2019, en el que, la decana de la Facultad de Ciencias Humanas, le informa al trabajador “*Por medio de la presente me permito manifestarle que, ante la falta de estudiantes en la Facultad de Ciencias Humanas para poder conformar los grupos de las asignaturas a su cargo, en este período académico 2019-2 no es posible asignarle carga académica*” (f.º 31). Y el segundo -reducción porcentual de la comunidad estudiantil— con los documentos: a) la propuesta de modificación de convención colectiva de trabajo del 12 de noviembre de 2019 (fl.º 156 archivo 7) y b) con el informe de gestión del Consejo Superior de marzo de 2020 (fl 445 archivo 7), en el que se expuso:

2. Huelga general durante 75 días, levantamiento de la misma y reapertura. La huelga significó muchas cosas: además del entorpecimiento de la gestión administrativa (documentos no contestados al MEN, etc.), precipitó la intervención del MEN ***que algunos en el pasado habían solicitado, también implicó la pérdida del 35% de los estudiantes en relación con el semestre inmediatamente anterior y una gobernabilidad muy compleja, pues profundizó un mal clima laboral que ya se venía deteriorado.*** A pesar de la extensa huelga, del no pago de salarios durante el primer semestre, de la delicada situación **financiera y de la fuerte disminución de estudiantes causada por la huelga,** las autoridades impuestas por el MEN, de la mano con el Consejo Directivo (luego Consejo Superior) se propusieron mantener la universidad operando y así se logró hasta diciembre 31 y a la fecha de elaboración de este informe.

Fue así como, para el año 2019, la gestión académica, presentó:

“1. Estudiantes de pregrado. La presencia de estudiantes de pregrado en 2019 disminuyó 53% con respecto a 2018; pasamos de tener 5415 desde 2018-1 hasta 2019-2 2871, cabe resaltar que para 2020 -1, iniciamos con 2580 estudiantes.”

Sin embargo, la causa invocada – falta, reducción de estudiantes—no está consagrada en el artículo 5 referido, como razón para disminuir las horas cátedras, o para llevarlas al límite de cero (0) carga académica. No se discute, que la baja afluencia del estudiantado puede conllevar a la supresión de una cátedra o variación en el plan de estudios, pero se itera, esto no se dio. Por lo tanto, mal podría concluirse como lo pretende la demandada que el despido fue justo. Las justas causas de terminación del contrato son las previstas en la ley o en cualquier otro acuerdo suscrito por las partes, como lo es, en una convención colectiva. Por consiguiente, los hechos invocados por FUAC en la carta de finalización de la relación laboral, no encajan en los

presupuestos del artículo 5 de la CCT, se itera por no haberse dado ni la supresión de la catedra, ni el cambio o modificación del pensum.

También podría suceder que una consecuencia lógica de la disminución de estudiantes sea proporcionalmente directa a la mengua de la planta de docentes, sin embargo, además que así no quedó plasmado en el texto convencional, como causal de terminación del contrato, lo cierto es que en el caso a estudio, esta consecuencia no se produjo, pues para el año siguiente del despido del trabajador, lo que había era una sobredimensión de profesores con respecto a la comunidad estudiantil, así lo certificó la jefe de Unidad de Talento Humano (f.º 83 archivo 7).

Por otro lado, si se revisa la disposición normativa invocada como fuente del despido, esta lo que pretende es garantizar la estabilidad en el empleo del docente de tiempo parcial, pues indica el parágrafo 1 otra alternativa que es su reubicación, salvo que no fuere posible, evento en el cual es viable finiquitar el contrato de trabajo. En el plenario, quedó demostrado con los planes de estudio que obra a folio 142 a 153, que la catedra taller de lecturas I y II, son materias ofrecidas en las carreras de diseño industrial y de modas, derecho, ingeniería electrónica, ingeniería electromecánica, sistemas, relaciones económicas, contaduría, historia, filosofía. Prueba documental que derruye lo expuesto por el representante legal de FUAC en interrogatorio cando expuso que, los docentes de la facultad de ciencias humanas no fueron reubicados, en otras facultades, al no poder realizarse dicho trámite, pues resultaban disímiles con ingenierías, ciencias exactas y no sociales o blandas y que, debido a la ostensible disminución de estudiantes, no se necesitaba una planta de personal alta, como se tenía con anterioridad. Precizando respecto a la asignatura de Taller I y II dictada por el actor, que, esta no se enseña en todos los programas. Lo que difiere del dicho además de la decana de ciencias humanas que afirmó *“el profesor Roberto Medina tenía a su cargo cursos de taller de lenguaje I y II, que son cursos que se ofertan para toda la universidad. La materia sigue vigente, en todos los planes de estudio, porque es una materia clave para la formación, ..., por eso esa cátedra que tiene dos cursos uno en primero y segundo no se ha cancelado, pero quiero hacer notar es que, antes de la huelga, probablemente nosotros podíamos tranquilamente programar 15 a 20 cursos en toda la universidad, de taller 1 y 15 cursos de taller 2, después de la*

huelga, con ese descenso vertiginoso de estudiantes, esa disminución ya real tuvimos la posibilidad de programar 2 cursos o 3 o 4 máximo, de taller 1 y 4 cuatro cursos de taller 2, máximo en toda la universidad. Imagínese, bajar de 20 a 4 cursos, eso disminuyó la posibilidad de asignarle esas cátedras al conjunto de profesores que hacían parte del área de taller de lenguaje en la facultad de ciencias humanas, que eran más o menos 20 profesores que estaban disponibles para dictar esa asignatura, en la época en que había bastantes estudiantes en la universidad. Entonces 20 profesores, para 4 cursos de taller 1 y 4 de taller 2, es un asunto bastante complejo que no tiene otra salida que, no poder, digamos asignar cátedras, porque las había, a los profesores que hacían parte de esa área, que eran como le digo, cerca de 20 profesores en el área de taller lenguaje, en la facultad de ciencias humanas”.

Las anteriores, razones son suficientes para confirmar este punto de la sentencia.

INDEMNIZACIÓN MORATORIA.

La parte demandada sostiene que no debe ser condenada a la sanción prevista en el artículo 65 del CST, porque ha tratado por todos los medios y de buena fe conjurar su crisis. En la contestación de la demanda, fue enfática en señalar que la crisis económica financiera y administrativa de la Universidad condujeron a la intervención con medidas preventivas por Parte del Ministerio de Educación Nacional. Que la crisis económica se debe en gran medida a la disminución de estudiantes y se ahondó en el año 2019 con la huelga por parte de los trabajadores por 76 días, afectándose con mayor severidad sus ingresos económicos.

Pues bien, esta sanción como lo ha admitido la jurisprudencia laboral en forma reiterada, no es de aplicación automática, sino que el juzgador debe sopesar el comportamiento y las razones aducidas por el patrono para tal incumplimiento y si demuestra que actuó de buena fe, se exonerará de la misma.

En sentencia CSJ SL1413-2022, sostuvo:

“Indemnización moratoria contemplada en el artículo 65 del CST y la Indemnización moratoria num 3 artículo 99 de la Ley 50 de 1990.

Sobre este particular, debe precisarse que la Sala de manera reiterada y pacífica ha sostenido que dicha sanción no es de aplicación automática e inexorable, sino que debe analizarse en cada caso en particular el actuar del empleador a fin de determinar si éste, estuvo desprovisto o no de la buena fe que debe regir por regla general en los contratos de trabajo (CSJ SL053-2018, CSJ SL4515-2020, reiterada en SL 983-2021).

Se trata de una sanción en la que es preciso auscultar la conducta asumida por el deudor en aras de verificar si asisten razones serias y atendibles que justifiquen la conducta omisiva, en ese sentido no se pueden presumir reglas absolutas o esquemas preestablecidos.

En lo relativo a la buena fe, esta Sala, de tiempo atrás, ha expresado que la regla general es que las partes actúen en la relación laboral precedidos de buena fe, por tanto, a efectos de la imposición de la sanción moratoria por no consignación del auxilio de cesantía o de la indemnización moratoria del artículo 65 CST, el juez tiene el deber de establecer si el actuar del empleador, estuvo o no desprovisto de esta, pues la condena por aquellas, no opera de manera automática (CSJ 4515-2020).”

En igual sentido, se ha pronunciado, en casos como en el presente, es decir, cuando el empleador afronta problemas económicos, y ha expuesto, (sentencia SL 845 de 2021).

“Por anticipado, se advierte que la censura tiene razón cuando asevera que el ad quem desacertó al concluir que la crisis financiera de la empresa constituye por sí sola una conducta justificante del impago de los salarios y prestaciones. En efecto, esta Corporación tiene adoctrinado que dichas situaciones no exoneran de la de la sanción moratoria prevista en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, dado que es necesario que el empleador demuestre que esa circunstancia le produjo una insolvencia o iliquidez tal que le impidió cumplir con sus obligaciones laborales.

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

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

No ofrece discusión que la entidad demandada, se ha visto avocada a una crisis desde todos los ámbitos, así lo demuestran los siguientes documentos:

Informe de Gestión del consejo superior marzo de 2020, en la que se indica 12 situaciones excepcionales, resaltando el no pago de salario y la huelga así:

“1. **No pago de salarios** y demás prestaciones entre diciembre de 2018 y julio de 2019. Si bien no fue el primer año en que la Universidad no cumplió con los pagos de salarios, si es la primera vez que durante más de 6 meses trabajadores y profesores no reciben lo que corresponde. Fue una situación grave que generó diversas consecuencias: un pasivo laboral de más de 23.000 millones de pesos, declaratoria de huelga, intervención del Ministerio de Educación Nacional, MEN, 44 renunciaciones motivadas que anticipan más pleitos judiciales y costos para la Universidad, y, finalmente, un grave deterioro del clima interno.

2. Huelga general durante 75 días, levantamiento de la misma y reapertura. La huelga significó muchas cosas: además del entorpecimiento de la gestión administrativa (documentos no contestados al MEN, etc.), precipitó la intervención del MEN que algunos en el pasado habían solicitado, también implicó la pérdida del 35% de los estudiantes en relación con el semestre inmediatamente anterior y una gobernabilidad muy compleja, pues profundizó un mal clima laboral que ya se venía deteriorado. A pesar de la extensa huelga, del no pago de salarios durante el primer semestre, de la delicada situación financiera y de la fuerte disminución de estudiantes causada por la huelga, las autoridades impuestas por el MEN, de la mano con el Consejo Directivo (luego Consejo Superior) se propusieron mantener la universidad operando y así se logró hasta diciembre 31 y a la fecha de elaboración de este informe.”

En el mismo informe de gestión, se dejó registro, que esta presentaba un déficit desde el año 2014, es decir, por más de 10 años y que la misma no se había podido conjurar, por ello, los trabajadores realizaron huelga y con el fin de que esta cesara, se autorizó la venta de inmuebles, pero sin que fuera materializada dicha determinación (fº. 445 ibídem).

Y con respecto al déficit de la institución se indicó

“1. Décimo año consecutivo de déficit. Una vez más, la universidad presentó números rojos que, vistos de manera acumulada, suman casi 65.000 millones de pesos desde 2009. Recordemos que los resultados de los anteriores cinco años fueron negativos: 2014, 5.436 millones; 2015, 5.945 millones; 2016, 9.412 millones; 2017, 9.103 millones; y 2018, 11.247 millones. Al cierre de 2019 las pérdidas fueron

de 15.353 millones de pesos (ver gráfica). Tristemente, la tendencia constante desde hace más de una década no se ha podido revertir.

La consecuencia inevitable de esta situación es una gravísima iliquidez, que llevó al no pago de salarios durante el primer semestre de 2019 y que, por su puesto, tiene en muy grave riesgo operacional a la Universidad para el año 2020. Los invitamos a leer los Estados Financieros y la Ejecución Presupuestal que se anexan y hacen parte integral de este informe.”

También está demostrado que a través de la Resolución 05766 de junio de 2019, el Ministerio de Educación Nacional dispuso ordenar medidas preventivas y de vigilancia especial para la fundación demandada (fl.º 34 archivo 7) y una de las tantas razones para llegar a esta decisión, se anota fue el déficit de la FUAC que según a 31 de diciembre de 2018 estaba por valor de \$21.912.754 millones de pesos, afectando significativamente los estados financieros de la fundación (fl 39 archivo 7)

Con la expedición del referido acto administrativo, se ordenó medidas preventivas y de vigilancia especial de la Fundación Universitaria Autónoma y para ello, designó a un “*inspector in situ*”, con el fin de que, este vigilara las gestiones desplegadas en la institución, pero en manera alguna, allí se contempló siquiera la posibilidad de no efectuar el pago de obligaciones laborales o que se congelarían sus activos (fº. 30, archivo 7).

En principio y regla general, la crisis económica de la empresa no conlleva a la desprotección de los trabajadores, ni avalar el incumplimiento de obligaciones laborales del empleador, pues es claro que de acuerdo con el artículo 28 del CST el trabajador no asume las pérdidas de la empresa. Solo podría resultar exonerativa de la sanción, si la debacle económica le impedía por completo y sin salidas posibles, satisfacer las deudas laborales. Pero en este caso, el empleador debe demostrar que le produjo una insolvencia o iliquidez tal que le impidió cumplir con sus obligaciones laborales, lo que no alcanzó a probar, pues por el contrario existen documentales que dan cuenta que la FUAC contaba con bienes inmuebles para la venta, activos por más de 150 mil millones de pesos.

Veamos: En el acta de levantamiento de la huelga de fecha 6 de agosto de 2019, el empleador se comprometió a (fº. 76 archivo 7):

3. La **FUNDACIÓN UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE COLOMBIA FUAC** se compromete una vez iniciadas las actividades académicas y administrativas en la FUAC, la nueva administración se obliga a regular el pago de los salarios desde el mes de agosto de 2019 en adelante, es decir, que para los meses restantes del año 2019 el compromiso es cancelar oportunamente los salarios en la medida que estos se vayan causando.

4. La **FUNDACIÓN UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE COLOMBIA FUAC** una vez se regularice el pago de los salarios en el mes de agosto, la administración se compromete a legalizar el pago de los aportes a la seguridad social de todos los trabajadores, estableciendo acuerdos de pago con las instituciones de salud, pensión, riesgos y fondos de cesantías, sin que se pierda la antigüedad y buscando la exoneración de multas.

5. Respecto a la deuda existente con los trabajadores hasta el mes de julio de 2019 con las correspondientes primas legales y extralegales la Administración de la **FUNDACIÓN UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE COLOMBIA FUAC** se compromete a presentar un plan de choque para pagos, para lo cual se mantendrá la mesa de diálogo con las organizaciones sindicales **SINPROFUAC Y SINTRAFUAC**”.

Por si fuera poco, en el Comunicado 8 del 1° de noviembre de 2019, el Presidente de la institución indicó:

“Nuestro esfuerzo se ha focalizado en pagar la nómina de cada mes, desde agosto y de manera puntual. Esta ha sido la prioridad, para lo cual, en este momento dependemos de los ingresos por matrículas para 2020 - I. Si recaudamos adecuadamente desde diciembre, las matrículas del próximo semestre, tenemos garantizada la operación y pago de salarios de los próximos meses.

El plan para pagar las deudas salariales y otras sigue siendo el mismo: vender algunos de nuestros inmuebles. Este proceso ha sido planeado, porque no queremos vender baratos los bienes que habrán de venderse.

Queremos el precio justo y sabemos que podemos lograrlo. Planificamos primero una actualización de los avalúos, lo cual se cumplió hace unas 3 semanas. **El precio comercial total de los inmuebles de la Universidad supera los 150 mil millones de pesos.** De ese total, la Universidad no requiere desprenderse de más del 16% de los mismos para cumplir con sus obligaciones atrasadas. De cualquier manera, es pertinente aclarar que el campus central, la sede 20 aniversario no está ni estará en venta.”

Ante una crisis económica del empleador, que no ofrece controversia venia presentando la Universidad convocada a juicio, esta estaba llamada a realizar todo lo que estuviera a su alcance y al menos a cumplir los compromisos adquiridos en el acuerdo de levantamiento de la huelga, y materializar la venta de sus activos, para así cumplir con las obligaciones de carácter laboral, que se recuerda tienen un lugar privilegiado especial en

sistema normativo, pues de ello depende no sólo el sustento del trabajador, sino el de su familia.

En casos análogos en contra de la misma Fundación accionada, la Sala de la Corte Suprema de Justicia ha analizado la procedencia de la sanción referida en el marco de las medidas de salvamentos financieros dispuestos por el Ministerio de Educación para afrontar la situación económica y académica de la Fundación San Martín y al respecto ha precisado que (CSJ SL2258-2022- SL 2014-2023).

“Esta Sala se ha pronunciado en casos idénticos al aquí analizado, donde funge como demandada la misma recurrente, entre otras, en la citada sentencia CSJ SL3288- 2021, donde ha sostenido que la Fundación venía sustrayéndose del pago de las acreencias laborales, prestaciones sociales y demás emolumentos con anterioridad a la intervención y vigilancia especial del Ministerio de Educación Nacional y que los hechos originarios de esas medidas acaecieron por culpa de la institución, dado el inadecuado manejo de sus recursos, de modo que, el incumplimiento de las obligaciones venía de tiempo atrás sin justificación alguna. Lo anterior implica que la Fundación alega en su beneficio su propia culpa, situación proscrita en el ordenamiento jurídico, máxime, cuando de plano la demandada sabía que el vínculo con la actora se encontraba regida por una relación de índole laboral subordinada, motivo que lleva a concluir a la Sala que no se equivocó el Tribunal al fulminar condena por la indemnización por falta de pago, advirtiendo que el actuar de la demandada estuvo desprovisto de cualquier tipo de buena fe. Radicación n.º 88545 SCLAJPT-10 V.00 26.

De acuerdo con lo expuesto, la Fundación San Martín no podía justificar la omisión en el pago de los derechos laborales exclusivamente en las medidas de salvamento en mención, justamente porque el impago de los derechos laborales venía ocurriendo con anterioridad a la intervención y vigilancia dispuesta por el Ministerio de Educación”.

En consecuencia, se confirmará la decisión de primer grado, dado que los argumentos del recurrente no tienen el mérito de derruir lo concluido por la sentenciadora.

Por último, como el resultado del recurso resultó adverso, se le impondrán costas a la demandada.

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

R E S U E L V E

PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia apelada, del 16 de noviembre de 2022, proferida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de esta ciudad dentro del proceso de la referencia.

SEGUNDO.- COSTAS en esta instancia a cargo de la demandada. Inclúyase en la liquidación respectiva la suma de un (1) smmlmv por concepto de agencias en derecho de esta instancia.

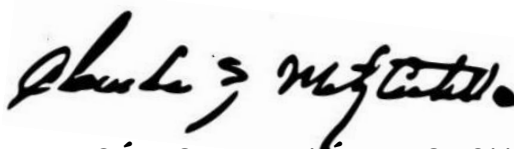
Notifíquese legalmente a las partes y cúmplase.



LUZ MARINA IBAÑEZ HERNANDEZ
Magistrada



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado



CLAUDIA ANGÉLICA MARTÍNEZ CASTILLO
Magistrada

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

**Magistrada Ponente:
LUZ MARINA IBÁÑEZ HERNÁNDEZ**

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de septiembre de dos mil veintitrés (2023),

Número de proceso: 110013105038 2021 00478 01
Demandante: Marlene Soto Reyes
**Demandado: Administradora Colombiana de Pensiones –
COLPENSIONES-
Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones
y Cesantías Porvenir SA
Administradora de Fondos de Pensiones y
Cesantías Protección SA**

A U T O

Reconocer personería a la abogada Mayra Alejandra Bohada Rojas quien se identifica con C.C. No 1.093.783.369 y la T.P. No. 321.634 del CS de la J, como apoderada sustituta de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, en los términos y para los efectos del poder de sustitución conferido.

Notifíquese.

Acto seguido procede la Sala Segunda Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, conformada por los magistrados, Marceliano Chávez Ávila, Claudia Angélica Martínez Castillo y Luz Marina Ibáñez Hernández, quien actúa como ponente, a dictar SENTENCIA de segunda instancia dentro del presente proceso, de la siguiente manera:

I. ANTECEDENTES:

1. PRETENSIONES

Marlene Soto Reyes, actuando por intermedio de apoderado judicial, demandó a la Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones- y a las AFP Porvenir SA y Protección SA, para que:

1°. Declarar la nulidad o ineficacia del traslado de la señora MARLENE SOTO REYES del Régimen de Prima Media con Prestación Definida a él Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad en su momento administrado por el FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS – PORVENIR de fecha 29 de septiembre del año 2.000.

2° Declarar la nulidad o ineficacia de traslado de la señora MARLENE SOTO REYES del Régimen de Prima Media con Prestación Definida a él Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad en su momento administrado por el FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS – PROTECCION de fecha 14 de junio del 2002.

3° Que se declare que para efectos pensionales la señora MARLENE SOTO REYES continúa y se encuentra afiliada al régimen de Prima Media con Prestación Definida el cual es administrado por COLPENSIONES.

4° Que se ordene a la demandada AFP FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS – PROTECCION, proceda a devolver a COLPENSIONES, todas las sumas a favor de la demandante sumas adicionales, saldos con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C. esto es con los rendimientos que se hubieren causado. SUBSIDIARIAS A LA INEFICACIA O NULIDAD DE LA VINCULACION Y TRASLADOS DENTRO DEL RAIS.

5°. Se declare: que mi representada no dejo de estar afiliada al régimen de prima media con prestación definida direccionado en su momento por el ISS hoy COLPENSIONES, es decir, no hubo solución de continuidad en la afiliación a la citada entidad estatal.

Como consecuencia de las anteriores declaraciones pronuncie las siguientes o similares condenas:

6°. Se condene a COLPENSIONES a recibir los anteriores valores, previa verificación satisfactoria de la integridad de los aportes efectuados al RAIS, sin que la AFP FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS - PROTECCION deduzca costo administrativo o de fondo de solidaridad alguno a los aportes objeto de devolución.

7°. Se ordene a COLPENSIONES a recibir los anteriores valores procediendo a la actualización de la historia laboral, teniendo en cuenta el detalle de la devolución de aportes que efectuó el RAIS, para que se vean reflejadas en la totalidad de las semanas cotizadas de la asegurada MARLENE SOTO REYES.

8°. Se condene a las demandadas a pagar las costas y agencias en derecho del presente proceso, así como también a COLPENSIONES de oponerse a las pretensiones de la presente Litis.

2. HECHOS

Como fundamento de las pretensiones, en síntesis, indicó que: nació el 15 de noviembre de 1959; efectuó cotizaciones a la Caja de Previsión Social y al ISS entre el 15 de noviembre de 1959 y el 31 de octubre de 2000; para ese último año, mientras prestaba los servicios a favor del empleador Clínica Colsubsidio, acudieron asesores de la AFP Porvenir SA, quienes le indicaron que el ISS desaparecería, sin brindarle información adicional; por virtud de ello, el traslado se realizó el 29 de septiembre de 2000; en 2002, asesores de la AFP Protección SA se acercaron al sitio de trabajo, informando que el régimen de prima media con prestación definida –RPMPD- se extinguiría, por ende, era mejor ubicarse en el régimen de ahorro individual con solidaridad –RAIS- en ese fondo, por lo que decidió trasladarse horizontalmente, pero sin recibir información acerca de las diferencias o beneficios de cada uno de los regímenes; el 16 de junio de 2021, radicó petición ante Colpensiones, solicitando efectuar una proyección pensional en el RPMPD con traslado, pero con respuesta del 16 de julio de ese mismo año, la reclamación fue negada con el argumento según el cual, se encuentra a menos de 10 años para pensionarse, por lo que, no era viable su regreso a ese régimen; en similares términos presentó petición ante Porvenir SA y Protección SA, quienes con respuesta del 22 de julio de 2021 y 9 de junio de ese mismo año, respectivamente, le indicaron que no era viable acceder al traslado de régimen, y que una eventual mesada pensional en el RPMPD ascendería a la suma de \$4.812.436, mientras que el RAIS correspondería a \$2.252.983.

3. ACTUACIÓN DEL JUZGADO

La demanda fue presentada ante el centro de servicios el 4 de octubre de 2021 (archivo 03 del C01 principal) y la misma fue admitida por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá, mediante auto de 27 de enero de 2022 (archivo 04 ibídem).

Porvenir SA contestó en término oponiéndose a los pedimentos de la demanda. No aceptó los hechos planteados en la demanda. Propuso las excepciones que denominó prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación,

y la genérica; en cuanto a los argumentos de defensa, indicó que cuando la actora suscribió el formulario de afiliación, aceptó que el organismo le brindó información clara, precisa, veraz y suficiente, de acuerdo con las disposiciones de la Ley 100 de 1993, que establece el funcionamiento, las características y condiciones del RAIS, por ende, no puede decirse que la afiliada fue engañada o no recibió la asesoría respectiva (archivo 07 *ibídem*).

Colpensiones dio contestación en forma legal y oportuna, oponiéndose a las pretensiones formuladas; en cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento de la actora, su inicial vinculación al ISS, el traslado hacia Porvenir SA, la petición presentada, y su respuesta emitida; sobre los restantes manifestó que no son ciertos y que no le constan. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó aplicación del precedente establecido en la sentencia CSJ SL373 del 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. Como argumentos de defensa, en apretada síntesis, sostuvo que el traslado de la demandante se produjo con plena voluntad, quien por decisión propia suscribió el formulario de afiliación al RAIS, estando habilitada para ello en ese instante, de suerte que cuando solicitó su regreso al RPMPD, ya no era viable, porque se encontraba a menos de diez años de alcanzar el estatus pensional. (archivo 08 *ibídem*).

Protección SA se opuso a los pedimentos de la demanda; frente a los hechos aceptó la fecha de nacimiento de la accionante, su inicial vinculación al ISS, la petición presentada, y la respuesta emitida; sobre los restantes manifestó que no son ciertos y que no le constan. Propuso las excepciones que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, aplicación del precedente sobre los “actos de relacionamiento” al caso concreto, y la innominada o genérica.

Como argumentos de defensa sostuvo que no podía predicarse que el acto jurídico de traslado realizado por la demandante haya estado mediado de algún vicio en el consentimiento, pues, por el contrario, éste estuvo precedido de información clara y suficiente a la hora de suscribir el formulario de afiliación, lo cual se corroboraba con la permanencia durante varios años en dicho régimen, lo cual demostraba la buena fe de las administradoras involucradas, lo mismo que el descarte de cualquier acto de constreñimiento o falta de información, dado que ésta siempre le fue suministrada periódicamente (archivo 09 *ibídem*).

4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El JUZGADO TREINTA Y OCHO LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ, mediante sentencia del 24 de mayo de 2023, puso fin a la primera instancia de la siguiente manera (archivo 24 *ibídem*):

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación verificada por la señora MARLENE SOTO REYES con destino A.F.P. PORVENIR S.A. con ocasión de la suscripción del formulario de afiliación el 29 de septiembre de 2000. Lo anterior, específicamente por lo señalado en la parte motiva de la presente sentencia.

SEGUNDO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y a las A.F.P. PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A., que adelanten las gestiones administrativas y financieras tendientes a reactivar a la demandante en condición de afiliada, en el Régimen de Prima Media con Presión Definida administrado por COLPENSIONES, y a trasladar al mismo régimen, los recursos percibidos por cuenta de la actora en el RAIS, durante el tiempo en que permaneció irregularmente vinculada a este régimen, debiendo transferirse los recursos debidamente indexados, tomando para el efecto el IPC, que certifique el DANE de acuerdo con la fórmula:

$$\text{ÍNDICE FINAL} / \text{ÍNDICE INICIAL} \times \text{VALOR HISTÓRICO} = \text{VALOR INDEXADO}$$

(Valor mensualmente recibido en el régimen de ahorro individual).

Así deberá tomarse como índice inicial el del mes en que se verificó el giro de los recursos, y como índice final el del momento que se efectuó el traslado de los recursos con destino al Régimen de Prima Media con Presión Definida. Siendo pertinente señalar que las accionadas contarán con un término de 30 días contados a partir de la ejecutoria de la presente sentencia, para finiquitar este procedimiento, resaltando que el pago correspondiente, se podrá hacer tomando para el efecto el importe de sumas que obren en la cuenta de ahorro individual de la demandante y en caso de ser insuficientes, se pagaran con los recursos propios con de la A.F.P. PORVENIR S.A. y la A.F.P. PROTECCIÓN S.A., en proporción al tiempo en que estuvo afiliada la demandante a estas administradoras, sin lugar de descuento alguno. Lo anterior, por lo señalado en la parte motiva de la presente sentencia.

Cabe anotar que de subsistir saldos en la cuenta de ahorro luego de estos procedimientos, deberán ser girados con destino al fondo de solidaridad pensional.

TERCERO: Dadas las resultas del juicio, el Despacho declara no probadas las propuestas, frente a las determinaciones adoptadas.

CUARTO: COSTAS. Lo serán a cargo de la demandada A.F.P. PORVENIR S.A. En firme la presente providencia, por secretaría practíquese la liquidación de costas incluyendo en ella como agencias en derecho la suma de \$1'000.000, en favor de la demandante. Sin costas a cargo de COLPENSIONES y de PROTECCIÓN.

QUINTO: Si no fuere apelada oportunamente la presente sentencia, CONSÚLTESE con el SUPERIOR.

Para llegar a dichas declaraciones, sostuvo que, aunque había quedado demostrado que la demandante suscribió el formulario de traslado de régimen en el 2000 con la AFP Porvenir SA, no se acreditó por parte de dicha demandada, haberle suministrado la información completa, objetiva y comparada respecto de los regímenes pensionales existentes y las consecuencias asociadas a dicho cambio en el caso particular de la afiliada, por lo que, al tenor de la línea jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, al no haber quedado satisfecho ese deber de información cualificado, el cual no se sana con posteriores datos que le hubieran suministrado otras AFP, o con ilustración ulterior que la misma accionante se hubiera servido, dado que, la información se predica del momento inicial. Así, concluyó que salía avante la ineficacia del traslado de régimen pensional solicitada y, como consecuencia, se imponía la devolución de los recursos integralmente percibidos por las AFPs demandadas, con su respectiva indexación y la reactivación en el RPMPD administrado por Colpensiones, sin lugar a descuento alguno por parte de esos organismos. Adicionalmente, les concedió un término para completar dichos trámites.

5. RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión del a quo, Colpensiones y Porvenir SA interpusieron el recurso de apelación:

Colpensiones argumentó que las actuaciones de los particulares y las AFP deben ceñirse de los postulados de la buena fe. Añadió, que a la actora le asisten deberes como consumidora financiera y que su permanencia en el RAIS evidencia que ha aceptado las reglas, normas y procedimientos de dicho régimen. Indicó, que alegarse por la demandante, que la AFP, a través de sus

asesores la indujeron en error para realizar su afiliación en el RAIS y, adicionalmente, que no le brindaron la información suficiente respecto de las consecuencias que podía generar su traslado de aportes a pensión del RPMPD al RAIS, impone como carga procesal desvirtuar la buena fe de los fondos privados y no al contrario. Añadió que, para declarar la ineficacia del traslado de régimen, no basta el buen consejo de las administradoras sino la información misma que la interesada debió adquirir como consumidora financiera.

Porvenir SA, sostuvo que la orden de devolución de las sumas indexadas es incompatible con el retorno de los rendimientos, en la medida que, como consecuencia de la afiliación de la demandante y la buena gestión de la administradora, aquellos se generaron, por lo que, esa actuación compensa la depreciación del poder adquisitivo de la moneda que pudiera generarse con los conceptos que se ordenó retornar al RPMPD; agregó, que no comparte la condena de devolución de ciertos recursos con cargo a su propio patrimonio, pues no existe fundamento legal para ese tipo de condena, a más que generaría un enriquecimiento sin causa en favor de Colpensiones.

6. PROBLEMA JURIDICO.

Está legitimado Colpensiones para cuestionar si la Administradora del RAIS, cumplió con su deber de información y asesoría, ¿cuando esta no lo cuestiona en el recurso de alzada?

¿Es procedente, ordenar la devolución de los gastos de administración y seguros previsionales sin la correspondiente indexación, bajo el entendimiento que los rendimientos financieros suplen la devaluación de la moneda?

7. ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en la Ley 2213 de 2022, Colpensiones presentó alegatos en esta instancia reiterando los argumentos expuestos al momento de sustentar su recurso, además de indicar que la actora se encuentra dentro de la prohibición legal de traslado.

A su turno, Porvenir SA insistió en la tesis al momento de sustentar su recurso; asimismo, señaló que el acto jurídico de traslado goza de plena validez, ya que, se realizó de manera libre y voluntaria, adicional al hecho, que la entidad le suministró a la accionante información necesaria y suficiente para adoptar la decisión respectiva.

La parte actora también presentó alegatos en esta instancia solicitando que se confirme la decisión de primer grado.

II. CONSIDERACIONES

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

Como se indicó en los antecedentes, Colpensiones interpuso recurso de apelación, señalando que en el sub examine, no se configuran los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado; en este sentido, se recuerda que, era la AFP Porvenir SA, quien tenía la carga de probar que, efectivamente a la afiliada se le dio toda la información veraz, pertinente y segura de cuáles eran las condiciones del régimen al cual pretendía trasladarse y sus condiciones particulares, a la luz del deber de información y buen consejo que compete a las administradoras en cumplimiento de normas de orden público que regulan la materia, tal como lo ha entendido la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia (CSJ SL1741-2021 en la que se memoraron las sentencias CSJ SL1421-2019; CSJ SL4964-2018, CSJ SL19447-2017 y CSJ SL1688-2019,) por ser quien tiene la información sobre el particular, al haber sido la que impulsó el traslado de régimen pensional; sin que Colpensiones tenga injerencia alguna ni legitimidad para cuestionar este punto, ya que, no participó en el mentado negocio jurídico, y la aludida AFP en momento alguno se mostró inconforme con esa decisión al no recurrirla.

Ahora, lo alegado por dicha parte en esta sede en relación con ese punto, no puede ser considerado por la Sala, pues, conforme lo tiene previsto el artículo 66 A del CPT y de la SS, la sentencia de segunda instancia, así como la decisión de autos apelados, se suscribe a lo expresamente cuestionado por la parte inconforme, más no frente a argumentos, hechos nuevos o modificaciones del *petitum* que se introduzcan en otras etapas, porque eso afecta el derecho al debido proceso y derecho de defensa de la contraparte, sin olvidar, que los alegatos son simplemente una ampliación o profundización de lo apelado, tal como lo indicó la Sala Laboral de la CSJ, por ejemplo, en sentencia SL3144-2021, al explicar que:

(...) no debe olvidarse que los alegatos de conclusión son un informe que presentan los litigantes sobre el análisis de los hechos a la luz de las pruebas producidas para defender sus posturas procesales y los hechos y pretensiones incluidos en la demanda, en la contestación, en la reconvención, en las excepciones, y en la sustentación de los recursos, con el fin de «apoyar la veracidad de los hechos narrados concordándolos con los hechos probados, de manera que en las mismas no se pueden proponer nuevas pretensiones, como tampoco incluir hechos nuevos ni desbordar las materias objeto de los recursos, y para el caso de las apelaciones, incluyen además el desarrollo de los argumentos expuestos ante el juez de primera instancia» (CSJ SL4397-2015 y CSJ SL2136-2014).

Por lo que, la Sala se detendrá exclusivamente a analizar si la forma en que el juzgador de primera instancia impartió condena contra las administradoras del RAIS se ajusta a las consecuencias necesarias de la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional, entre ellas, la indexación de los recursos del saldo de la cuenta de ahorro individual tal como lo cuestionó específicamente Porvenir SA, y si Colpensiones debe o no realizar alguna gestión dentro de dichas consecuencias.

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

Bien, el efecto de la declaración de ineficacia es retrotraer la situación jurídica a aquel estado más probable en que se hallaría si el acto o negocio jurídico no hubiera existido, es decir con ineficacia *ex tunc* (desde siempre), o desde el momento mismo en que el acto nulo tuvo su origen. En similares términos, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL 3463-2019, relacionado con dicha declaración, indicó que:

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

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

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

En sentencia CSJ SL2937-2021, indicó:

Ahora bien, en la medida que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación, como se explicó, solo es posible

bajo la ficción que el mismo nunca ocurrió. Luego, si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al de ahorro individual con solidaridad, y si estuvo afiliado a este último, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por Colpensiones.

Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que tal declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020 y CSJ SL373-2021); criterio que igualmente aplica en relación con el porcentaje destinado a seguros previsionales y a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, tal como se adoctrinó en recientes sentencias CSJ SL2209-2021 y CSJ SL2207-2021.

Entonces, aunque es cierto que, por disposición legal, la AFP cobra un porcentaje por administración, a su vez, dentro de ese porcentaje contrata con otra aseguradora para cubrir el resto de contingencias, o denominados seguros previsionales, el hecho de esos recursos hayan sido sufragados con terceros, no implica que la AFP no deba devolverlos, pues, como lo ha enseñado la jurisprudencia laboral, esos dineros deben retornarse con los propios recursos del organismo, debido a las consecuencias de la conducta indebida, por ende, debe correr con los deterioros sufridos por el bien administrado y demás eventualidades que no debieron surgir si se hubiera respetado el deber de información, como lo disponen los artículos 963 y 1746 del CC, según se expuso en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL9464-2018, CSJ SL4989-2018 y CSJ SL1421-2019.

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

Ahora, si bien los aportes pensionales, por disposición legal, deben generar una rentabilidad mínima, con lo que se busca contrarrestar su pérdida de poder adquisitivo, razón por la cual se ordena la devolución tanto de las cotizaciones

como de los rendimientos causados, no ocurre así con los restantes conceptos, esto es, gastos de administración, sumas destinadas al seguro previsional y montos dirigidos al fondo de garantía de pensión mínima, lo que implica que, para el momento de su devolución al RPMPD, se encuentran devaluados y, por ello, la necesidad de traerlos a valor presente; además, esa actualización se impone sobre los aportes, si las AFP no ponen a disposición de Colpensiones dentro del plazo concedido por el a quo. En consecuencia, la indexación opera sólo frente a estos tres últimos conceptos; adicionalmente, al momento de cumplirse esta orden, tales valores deberán aparecer discriminados con sus respectivos montos, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen, lo que impone modificar la decisión apelada y consultada en este punto, en cuanto se requiere una especificación de las sumas que las AFPs deben reintegrar, a efectos de que queden adecuadamente consolidada la información que compone el esfuerzo pensional del trabajador afiliado.

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

Al respecto, no puede perderse de vista que el propósito del legislador al garantizar los derechos en un marco de sostenibilidad financiera presupone

acabar con “desequilibrios pensionales”, entendiendo por tales, los que exigían menos cargas pero otorgaban mayores beneficios, sin una justificación aparente; circunstancia que no se configura en el sub examine, toda vez que la declaratoria de nulidad o ineficacia de traslado de ninguna manera implica que la accionante pueda acceder a las prerrogativas prestacionales del régimen de prima media con una menor carga contributiva, razón por la cual, tampoco erró el juzgador de primera instancia al dar la orden al organismo administrador del RPMPD de activar la afiliación con la información y los recursos integrales provenientes de las AFPs comprometidas.

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

Finalmente, como el ente público propuso la excepción de prescripción, la Sala advierte que el artículo 48 de la Carta Política, define a la seguridad social como un derecho irrenunciable regido por el principio de progresividad, de modo que, estando en juego un tema de tal trascendencia como el régimen pensional aplicable a la demandante y, de contera, los requisitos para acceder al reconocimiento de un derecho pensional, en últimas, la ineficacia del traslado de régimen pensional no queda cobijada bajo el fenómeno deletéreo, por guardar este asunto una estrecha relación con la construcción o posibilidad de adquirir el derecho pensional, tema que de añeja jurisprudencia se ha indicado que es imprescriptible. En tal sentido se ha pronunciado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia entre otras en sentencias SL1421-2019, SL1688-2019, SL1689-2019 y SL2611-2020.

COSTAS

Dado el resultado desfavorable del recurso para la AFP Porvenir S.A., se le impondrán las costas de esta instancia. En cuanto a Colpensiones, por haber apelado y resultar infructuosos sus argumentos, la Sala, igualmente, le asignará condena por este concepto.

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

R E S U E L V E

PRIMERO.- MODIFICAR el ordinal segundo de la parte resolutive de la sentencia apelada y consultada, de fecha 24 de mayo de 2023 proferida por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá, en el radicado de la referencia, en el entendido que, al momento de cumplirse esta orden, tales valores deberán aparecer discriminados con sus respectivos montos, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen, y que la indexación opera únicamente respecto de los gastos de administración, las sumas destinadas al seguro previsional y los montos dirigidos al fondo de garantía de pensión mínima, cuya devolución esté a cargo de las AFPs Porvenir SA y Protección SA, y en el evento de que estas AFPs no pongan a disposición de Colpensiones las sumas ordenadas dentro del plazo concedido por el a quo, conforme a lo considerado.

SEGUNDO.- CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada y consultada.

TERCERO.- Costas en esta instancia a cargo de Porvenir SA y Colpensiones. Inclúyase en la liquidación respectiva la suma de un (1) smmlv, por concepto de agencias en derecho para cada una de ellas y a favor de la demandante.

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



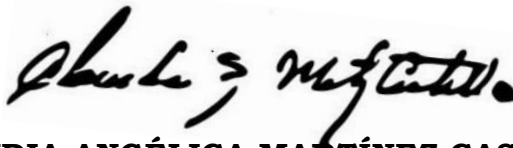
LUZ MARINA IBAÑEZ HERNANDEZ

Magistrada



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Magistrado



CLAUDIA ANGÉLICA MARTÍNEZ CASTILLO

Magistrada

Demandante: Marlene Soto Reyes. Demandado: Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES- Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir SA. Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección SA

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

**Magistrada Ponente:
LUZ MARINA IBÁÑEZ HERNÁNDEZ**

**Bogotá D.C., veintinueve (29) de septiembre de dos mil veintitrés
(2023)**

Número de Proceso: 110013105016 2020 00493 01
Demandante: Jesús Guillermo Carrillo Fandiño
**Demandado: Colpensiones, Sociedad Administradora de
Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir,
Administradora de Fondos de Pensiones y
Cesantías Protección S.A. y Skandia
Administradora de Fondos de Pensiones y
Cesantías.**

Procede la Sala Segunda Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, conformada por los magistrados, Marceliano Chávez Ávila, Claudia Angélica Martínez Castillo y Luz Marina Ibáñez Hernández, quien actúa como ponente, a dictar la siguiente SENTENCIA de segunda instancia dentro del presente proceso, así:

I. ANTECEDENTES:

1. PRETENSIONES

El señor **JESÚS GUILLERMO CARRILLO FANDIÑO**, por intermedio de apoderado judicial, demandó a la Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones-, la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. – Porvenir S.A., Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A. – Protección S.A. y Skandia Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías - Skandia,

Exp. No. 016 2020 00493 01

con el fin de obtener las siguientes pretensiones declarativas (fº. 6 del archivo 1):

“PRIMERO: Que se **DECLARE** que **PENSIONES Y CESANTIAS COLPATRIA (HOY AFP PORVENIR S.A.)** no le suministro información cierta, clara, oportuna, suficiente y transparente a el señor **JESÚS GUILLERMO CARRILLO FANDIÑO** al momento de firmar el formulario de vinculación Nro. del 000121 por medio del cual se efectuó el traslado de régimen pensional.

SEGUNDO: Que se **DECLARE** que **DECLARE** que **PENSIONES Y CESANTIAS COLPATRIA (HOY AFP PORVENIR S.A.)**, faltó al deber del buen consejo, como quiera que no brindo la asesoría e información al consumidor financiero, de acuerdo con lo establecido en el artículo 2.6.10.2.3 del Decreto 2555 de 2010.

TERCERO: Que se **DECLARE** la INEFICACIA del traslado del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS), que realizó el señor **JESÚS GUILLERMO CARRILLO FANDIÑO** el 06 de octubre de 1994.

CUARTO: Que se **DECLARE** que para efectos pensionales, el señor **JESÚS GUILLERMO CARRILLO FANDIÑO** nunca dejó de estar afiliado y vinculado al Régimen de Prima media con Prestación Definida hoy administrado por **COLPENSIONES**.

QUINTO: Como consecuencia de lo anterior, **CONDENE** a la **AFP SKANDIA S.A.**, a realizar el TRASLADO de todos los aportes que se encuentren en la cuenta individual de ahorro pensional del señor **JESÚS GUILLERMO CARRILLO FANDIÑO**, con los rendimientos financieros y valor del bono pensional, a la Administradora colombiana de Pensiones (**COLPENSIONES**) entidad encargada de administrar el Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

SEXTO: Que **CONDENE** a la Administradora colombiana de Pensiones (**COLPENSIONES**) a recibir todos los aportes, rendimientos y valor del bono pensional que se encuentren en la cuenta individual de ahorro pensional del señor **JESÚS GUILLERMO CARRILLO FANDIÑO**.

SÉPTIMO: Lo que se resulte probado ULTRA y EXTRA PETITA. OCTAVO: Que se condene en costas a las demandadas.”

En consecuencia, solicita se condene a: *i)* la AFP Skandia Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías a realizar el traslado de los aportes que se encuentran en la cuenta individual del demandante, junto con los rendimientos financieros y valor del bono pensional a Colpensiones; *ii)*

Colpensiones a recibir los rubros que se encontraban en el RAIS; *iii*) costas.

2. HECHOS RELEVANTES

Como fundamentos fácticos de las súplicas, en síntesis señaló, que:

1. Nació el 12 de febrero de 1961.
2. Se afilió al Seguro Social el 13 de noviembre de 1991, y permaneció en dicho fondo hasta el 30 de octubre de 1994, cotizando un total de 148,86 semanas.
3. El 6 de octubre de 1994, María Mercedes Carrillo, quien era asesora comercial de Colpatria hoy Porvenir, visitó su lugar de trabajo y le ofreció trasladarse a dicha AFP.
4. Exhibió como beneficios, el poder pensionarse a cualquier edad, y que el monto de su mesada sería superior a la del RPM.
5. No le fue suministrada información clara, cierta, suficiente y oportuna en cuanto a las características, formas de pensionarse de los diferentes regímenes.
6. Carecía de consentimiento informado, para el 6 de octubre de 1994, cuando suscribió el formulario de traslado a Colpatria.
7. Por otro lado, Skandia Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías entre los años 2012-2013, tampoco brindó una debida asesoría al realizar su traslado y por ello, actualmente, se encuentra afiliado a dicha entidad.
8. Para octubre de 2020, contaba con 1268 semanas de cotización y un capital acumulado de \$656.288.119.
9. Su mesada pensional, de acuerdo a una proyección realizada por el fondo de pensiones, correspondería a la suma de \$2.986.000.
10. Si la prestación estuviera a cargo de Colpensiones, esta correspondería a un valor de \$4.021.000.
11. El 10 de octubre de 2020 presentó solicitud de vinculación ante Colpensiones, pero la misma fue desatada en la misma fecha, de manera desfavorable.

3. ACTUACIÓN DEL JUZGADO

La demanda fue presentada ante el Centro de Servicios Administrativos Jurisdiccionales para los juzgados civiles y de familia, el 18 de diciembre de 2020 (fº. 100 del archivo 1), con auto del 6 de abril de 2021, el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá, procedió a admitir la demanda, instaurada contra Colpensiones, Skandia S.A. y Porvenir S.A. (archivo 2).

Skandia Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías, no se opuso ni se allanó a los pedimentos de la demanda, dirigidos a terceros y frente a los que se reclamaba algún derecho respecto de la entidad, sentó su inconformidad. Frente a los hechos aceptó el valor acumulado en la cuenta individual del actor, y los demás ser parcialmente ciertos o no constarle. Propuso las excepciones que denominó, Skandia no participó ni intervino en el monto de la selección de régimen, el demandante se encuentra inhabilitado para el traslado de régimen en razón de la edad y tiempo cotizado, ausencia de configuración de causales de nulidad, inexistencia de violación al debido proceso para el momento de la afiliación al RAIS; ausencia de falta al deber de asesoría e información; los supuestos fácticos de este proceso no son iguales o similares ni siquiera parecidos al contexto de las sentencias invocadas por el demandante; prescripción, buena fe y la genérica. Como fundamento a su barrera a las pretensiones expuso que, la afiliación realizada a este fondo, se realizó siguiendo los lineamientos jurídicos, proporcionándole al actor la información idónea para que tomara la decisión consiente de afiliarse (archivo 3).

La Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir SA – Porvenir S.A., contestó en término oponiéndose a los pedimentos de la demanda; frente a los hechos aceptó la fecha de nacimiento del actor; sobre los restantes manifestó que no eran ciertos o no le constan. Propuso las excepciones que denominó prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, y buena fe. Como motivos de defensa expuso que, no existen razones fácticas o jurídicas que den lugar a declarar la ineficacia, al realizarse dicho movimiento, en forma consciente y espontánea por el

Exp. No. 016 2020 00493 01

trabajador, sin existir presiones o apremios de ninguna naturaleza, además, que para la época no era obligatorio brindar una asesoría ni dar un buen consejo (archivo 04).

La Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones dio contestación en forma legal y oportuna, resistiéndose a las pretensiones formuladas; en cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento del actor y su inicial vinculación al ISS; sobre los restantes manifestó que no son ciertos o no le constan. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó inoponibilidad por ser tercero de buena fe, responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, juicio de proporcionalidad y ponderación, improcedencia de declaratoria de ineficacia de traslado o nulidad cuando se tiene el estatus de pensionado en el RAIS, prescripción y caducidad, inexistencia de la obligación, presunción de legalidad de los actos administrativos, buena fe, y la innominada o genérica. Centró el argumento de su negativa al *petitum* de la demanda en que, el traslado efectuado por el actor se realizó de manera voluntaria y de acuerdo a la normatividad vigente para la época, además, que tampoco se podía brindar información certera y precisa como lo solicitó el actor en el introductorio (archivo 07).

Con auto del 24 de noviembre de 2021, el juzgado de conocimiento, dio por contestada a demanda por las convocadas y ordenó la vinculación de la Administradora de Pensiones y Cesantías Protección S.A. – Protección S.A., (archivo 10).

Fue así como Protección S.A. presentó escrito de contestación, indicando que a pesar de que, las peticiones no iban dirigidas contra dicha entidad, se oponía a la prosperidad de estas. Propuso las excepciones que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver el seguro

previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, aplicación del precedente sobre los “actos de relacionamiento” al caso concreto, traslado de aportes a Porvenir SA, y la innominada o genérica. (archivo 11).

4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El JUZGADO DIECISÉIS LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ, mediante sentencia del 17 de abril de 2023, puso fin a la primera instancia de la siguiente manera (archivo 24 ibídem):

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, que realizara el demandante señor **JESUS GUILLERMO CARRILLO FANDIÑO** identificado con cédula de ciudadanía No. 19.443.020, y que tuviera lugar el día 04 de octubre de 1994 y con efectividad del día 01 de noviembre del mismo año, debido a la omisión en el deber de información por parte de la entidad COLPATRIA hoy **AFP PORVENIR S.A.**

SEGUNDO: CONDENAR a **SKANDIA PENSIONES Y CESANTIAS S.A.** a trasladar la totalidad de los recursos de la cuenta de ahorro individual del demandante con destino a la **Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES**, incluyendo todos los conceptos que integraron las cotizaciones en favor del demandante que corresponden a capital, réditos, sumas adicionales de la aseguradora y bonos pensionales si los hubiere, gastos de administración y, en general, todo valor que haya recibido en el régimen de ahorro individual con solidaridad, con motivo de las cotizaciones efectuadas en favor de la parte demandante. Condena que se extiende a la **AFP PORVENIR S.A. y AFP PROTECCIÓN S.A.** durante los periodos en que la parte demandante estuvo afiliado a los mencionados fondos de pensiones y en relación con los valores que en su momento no fueron transferidos a los fondos de pensiones de destino correspondientes.

TERCERO: CONDENAR a **COLPENSIONES** a recepcionar los recursos condenados en los numerales que anteceden, y a reactivar la afiliación del demandante en el régimen solidario de prima media con prestación definida. Traduciendo en la historia de cotizaciones el mismo valor de semanas cotizadas en el régimen de ahorro individual con solidaridad.

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

QUINTO: CONDENAR EN COSTAS de la instancia al extremo demandado, practíquese la liquidación por secretaría, incluyendo los montos de Un Cuarto de Salario Mínimo Legal Mensual Vigente, a cargo de cada una de las demandadas y en favor de la parte actora.”

Para llegar a dichas declaraciones, sostuvo que, de acuerdo al caudal probatorio recaudado en el devenir procesal, se encontraba probado que

el actor, transitó por el régimen solidario de prima media con prestación definida, desde el año 1994, sin demostrarse el cumplimiento del deber de información para dicha data, encontrando acreditadas las premisas para declarar la ineficacia del traslado, deviniendo como consecuencia de tal determinación el traslado de la totalidad de los recursos depositados al RAIS a favor de Colpensiones, por efectos de la figura aplicada. En lo tocante al pago de las costas, precisó que, estarían a cargo de Colpensiones, sin hacer alusión adicional en este aspecto.

5. RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión del *a quo*, la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones y Skandia Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías, interpusieron el recurso de apelación:

Skandia S.A, ataca el ordinal segundo de la sentencia, argumentando, que no es procedente devolver las sumas adicionales de la aseguradora, por cuanto no se está discutiendo una pensión de invalidez o sobrevivencia; que tampoco es posible retornar los gastos de administración ni las primas de seguros previsionales, dado que no se encuentran en su poder y estas sumas fueron transferidas a una aseguradora, aunado a que se encuentran sujetos al fenómeno de la prescripción.

Colpensiones solicitó se revoque la condena en costas, al ser un tercero de buena fe.

6. ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en la Ley 2213 de 2022, Porvenir SA presentó alegatos en esta instancia indicando que el traslado se realizó de manera libre, voluntaria y consiente, aunado a que se deben aplicar las restituciones mutuas.

7. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico que ocupa la atención de la Sala se circunscribe en determinar *i)* si es procedente la devolución de los gastos de administración y las sumas adicionales; *ii)* si ha operado el fenómeno prescriptivo respecto a los conceptos anteriormente señalados y *iii).* si se debe exonerar a Colpensiones del pago de costas fijadas en primera instancia.

II. CONSIDERACIONES

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

De la devolución de los gastos de administración y sumas adicionales como consecuencia de la declaratoria de la ineficacia de traslado de régimen.

Skandia SA interpone recurso de alzada encaminado a que no se declare la devolución de las sumas adicionales de la aseguradora, gastos de administración y primas de seguros previsionales. Ningún reparo se expuso respecto de la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional del accionante.

Bien, el efecto de la declaración de ineficacia es retrotraer la situación jurídica a aquel estado más probable en que se hallaría si el acto o negocio jurídico no hubiera existido, es decir con ineficacia *ex tunc* (desde siempre), como si el acto jamás hubiera existido. En similares términos, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL 4322-2022, relacionado con dicha declaración, indicó que:

“En esas condiciones, en desarrollo del grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, habrá de modificarse el ordinal cuarto del fallo de primer grado, porque se ha dicho por la Sala que como la declaratoria de ineficacia tiene efectos *ex tunc* (desde siempre), las cosas deben retrotraerse a su estado anterior, como

si el acto de traslado jamás hubiera existido. Por ello, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que tal declaratoria obliga a las entidades del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones --debidamente indexados-- con cargo a sus propios recursos, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones; criterio que resulta igualmente aplicable respecto del porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima”

Así, al dejarse sin valor y efecto la afiliación al RAIS, esta declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al régimen de ahorro individual con solidaridad debiendo restituirse las cosas a su estado original; de igual manera, trae aparejada la devolución de los aportes con sus respectivos rendimientos, incluidos los dineros descontados por las AFP por concepto de gastos de administración, así como las sumas destinadas al seguro previsional y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima; pues, como ya se dijo, la consecuencia de la declaratoria de ineficacia es, precisamente, restarle cualquier efecto al contrato celebrado entre la administradora de fondos pensiones y el demandante; imponiéndose adicionar la decisión apelada y consultada en este punto, pues la decisión no fue específica.

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

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

Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que tal declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020 y CSJ SL373-2021); criterio que igualmente aplica en relación con el porcentaje destinado a seguros previsionales y a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, tal como se adoctrinó en recientes sentencias CSJ SL2209-2021 y CSJ SL2207-2021.”

Entonces, aunque es cierto que, por disposición legal, la AFP cobra un porcentaje por administración, a su vez, dentro de ese porcentaje contrata con otra aseguradora para cubrir el resto de contingencias, o denominados seguros previsionales, el hecho de esos recursos hayan sido sufragados con terceros, no implica que la AFP no deba devolverlos, pues, como lo ha enseñado la jurisprudencia laboral, esos dineros deben retornarse con los propios recursos del organismo, debido a las consecuencias de la conducta indebida, por ende, debe correr con los deterioros sufridos por el bien administrado y demás eventualidades que no debieron surgir si se hubiera respetado el deber de información, como lo disponen los artículos 963 y 1746 del CC.

En consideración a lo anterior, es claro que la declaratoria de ineficacia del traslado implica para Colpensiones como administradora del régimen de prima media, aunque no haya participado en el traslado de régimen pensional, que deba mantener la afiliación del accionante como si no se hubiera realizado el traslado de régimen, debiendo asimismo recibir las sumas trasladadas por la AFP accionada, incluidos los gastos de administración, lo descontado por concepto de seguro previsional y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima; lo que a su vez garantiza la financiación de la pensión sin que existan detrimentos de la cosa administrada, por ello se ordena la devolución total de los aportes junto con sus rendimientos, sin lugar a descuentos; razón por la cual se confirmará la sentencia de primer grado en lo que respecta la condena impartida a Colpensiones. Sin que pueda considerarse un enriquecimiento sin justa causa de la administradora de prima media por recibir los gastos de administración, rendimientos y demás emolumentos, dado que el artículo 32 de la Ley 100 de 1993, expresa con claridad que una de las características distintivas del RPMPD es que no existe una

cuenta individual, sino un fondo común que va a garantizar las pensiones de todos los afiliados que pertenecen a éste (Corte Constitucional Sentencia C-398 de 1998).

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

Bajo este entendimiento, ante la indiscutible falta de información que se le debió brindar al demandante en el momento de su traslado, se adicionará la sentencia en el sentido de ordenar a Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones Skandia S.A, a devolver a Colpensiones las sumas destinadas al seguro previsional y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima y gastos de administración, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, por todo el tiempo en que el actor estuvo afiliado en cada una de las AFP, discriminándose los conceptos al momento de cumplirse esta orden, es decir, indicarse sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen, ya que la orden impartida no fue del todo clara al respecto. Y es que es apenas natural que se devuelvan todos los dineros aportados y generados en el RAIS para que pueda retrotraer el estado de afiliación del demandante. De no operar dicho reembolso, se le estaría dando efectos parciales a dicha declaratoria, y ello, además, implicaría un enriquecimiento sin justa causa a costa de los aportes del cotizante y su empleador.

DE LA PRESCRIPCIÓN

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

PLAZO PARA EL TRASLADO DE LOS DINEROS

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

CONDENA EN COSTAS

Finalmente, se absolverá de las costas de primera instancia a Colpensiones como quiera que dicha entidad no participó del acto de traslado del demandante, por ende, la responsabilidad no recaía en ese organismo y al salir avante el objeto de reproche formulado por la entidad administradora del régimen de prima media, no se le impondrá condena en costas; no así a Skandía, para quien le resultó desfavorable el recurso.

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

RESUELVE

Primero.- ADICIONAR el ordinal segundo de la sentencia proferida el 17 de abril de 2023, por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de **condenar** tanto a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir SA, Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección SA y Skandia Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías S.A a trasladar a Colpensiones, además de los valores ordenados por el a quo, las sumas destinadas al pago de seguros previsionales y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, por todo el tiempo en que el actor estuvo afiliado en cada una de las AFP. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

Segundo.- REVOCAR PARCIALMENTE el ordinal quinto de la sentencia, en el sentido de absolver a Colpensiones del pago de costas de primera instancia.

Tercero.- ADICIONAR la sentencia apelada y consultada en el sentido de conceder a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir SA, Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección SA y Skandia Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías S.A el término de 30 días para que pongan a disposición de la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, las sumas ordenadas.

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

Exp. No. 016 2020 00493 01

Quinto.- Costas en esta instancia a cargo de Skandia SA. Inclúyase en la liquidación respectiva, la suma de un (1) smmlv por concepto de agencias en derecho.

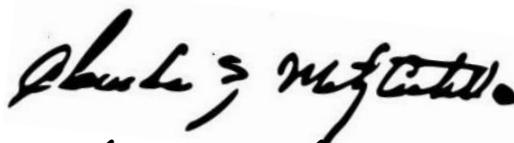
Notifíquese, cúmplase y remítase el expediente al juzgado de origen, una vez ejecutoriada la sentencia.



LUZ MARINA IBAÑEZ HERNANDEZ
Magistrada



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado



CLAUDIA ANGÉLICA MARTÍNEZ CASTILLO
Magistrada

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

Magistrada Ponente:
LUZ MARINA IBÁÑEZ HERNÁNDEZ

Bogotá D.C. veintinueve (29) de septiembre de dos mil veintitrés (2023)

Número de Proceso: 110013105006 2017 00518 01

Demandante: Froilan Alexander Gómez Muñoz

Demandado: Universidad San Martín

Procede la Sala Segunda Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, conformada por los magistrados, Marceliano Chávez Ávila, Claudia Angélica Martínez Castillo y Luz Marina Ibáñez Hernández, quien actúa como ponente, a dictar SENTENCIA de segunda instancia dentro del presente proceso, de la manera siguiente:

I. ANTECEDENTES

1. PRETENSIONES

El 15 de agosto de 2017, Froilan Alexander Gómez Muñoz, por medio de apoderado judicial demandó a la Fundación Universitaria San Martín, con el fin que se declare la existencia de una relación laboral, mediante dos contratos de trabajo a término indefinido, el primero, entre el 1° de marzo de 2001 y el 21 de junio de 2005 y el segundo entre el 1° de octubre de 2007 y el 31 de marzo de 2015; que el salario se encontraba constituido por una parte fija y otra variable; que el actuar de la entidad fue de mala fe. Consecuencialmente reclama se condene a la institución a pagar los salarios de agosto a diciembre de 2014 y febrero de 2015; las cesantías y sus intereses, primas de servicios causados entre el 1° de octubre de 2007 y marzo de 2015; la sanción por no consignación de cesantías; los aportes al sistema de seguridad social en pensiones y que se reconozcan los derechos conforme a las facultades ultra y extra petita, costas.

2. HECHOS

Como fundamento de las pretensiones, en síntesis, señaló que: i) se vinculó a la Fundación mediante dos contratos de prestación de servicios; el primero del 1° de marzo de 2001 al 21 de junio de 2005 y el segundo del 1° de octubre de 2007 al 30 de marzo de 2015; ii) en ambas vinculaciones estuvo subordinado, recibía órdenes del presidente; iii) le fueron asignadas funciones adicionales a las de director; iv) cumplía un horario de lunes a sábado de 8:00 a.m a 5:00 p.m; v) no podía delegar las funciones a él designadas; vi) cuando se requería su traslado a sedes de la Fundación, los gastos eran cubiertos por la demandada; los viáticos y tiquetes eran autorizados por el señor Mariano Alvear; los reportes eran realizados de manera verbal y en ocasiones por escrito ante su jefe; vii) para ausentarse debía pedir permiso, viii) recibió llamados de atención verbales; ix) el 1° de abril de 2015 se reincorporó a la institución como director del CAT de Facatativa, a través de un contrato a término fijo; x) en enero y febrero de 2016 fue invitado a participar en la convocatoria de identificación de acreencias laborales; xi) el 19 de febrero de 2016 radicó la correspondiente reclamación, interrumpiendo de esta manera el término prescriptivo; xii) el último salario devengado equivalía a \$4.500.000.

Precisó, que la demandada se encuentra en estado de vigilancia por el Ministerio de Educación Nacional, con todo, actuó de mala fe, pues lo vinculó mediante una relación civil con el propósito de esconder la verdadera relación laboral y, con ello, dejar de reconocer las acreencias correspondientes; durante el vínculo, el empleador no efectuó los descuentos por retención en la fuente, tampoco cumplió con el pago de prestaciones, mucho menos, consignó las cesantías a un fondo de esa naturaleza, además, no fueron realizados los aportes al sistema de seguridad social en pensiones; que solo le otorgó vacaciones remuneradas durante semana santa y del 27 de diciembre al 12 de enero de cada anualidad.

3. ACTUACIÓN DEL JUZGADO

La demanda fue admitida por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Bogotá, mediante auto del 27 de septiembre de 2017 (fl° 81, archivo 01, carpeta 01 primera instancia), y corrido el traslado de rigor, la demandada se pronunció oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos, dijo que eran ciertos los atinentes a la vigilancia que ejerce el Ministerio de Educación, que se concedieron vacaciones a partir de 2015, cuando se celebró el contrato de trabajo; que la Fundación acató la directriz del Ministerio y convocó a las personas que consideraran ser acreedoras, y frente a los demás adujo que no eran ciertos. Propuso como medios exceptivos los que denominó buena fe; cobro de lo no debido, compensación y prescripción.

En su defensa sostuvo que con el demandante existieron diferentes vínculos contractuales con diferente naturaleza jurídica, siendo estos autónomos e independientes y no una sola relación laboral, consecuencia de ello, no le adeuda el pago de acreencias laborales, máxime que, mientras duró el verdadero contrato de trabajo reconoció las prestaciones respectivas, pese a que en enero de 2015, fue sometida la Fundación a un proceso de vigilancia especial, que le impedía administrar a su acomodo los recursos provenientes de las matrículas estudiantiles, pues dichos dineros ingresaban a una fiducia, cuyos gastos solo podían ser destinados a restablecer el servicio educativo, lo que condujo a que desde el primer semestre del período académico de 2015, se viera imposibilitada para cumplir ciertos compromisos. Añadió, que el actor jamás devengó una asignación variable (fl° 147 a 159 ibídem).

4. FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa probatoria conforme lo solicitado por las partes y decretado por la juez de conocimiento, ésta puso fin a la primera instancia mediante la sentencia del 3 de octubre de 2022, acorde con la siguiente parte resolutive:

PRIMERO: CONDENAR a la Fundación Universitaria San Martín a reconocer y pagar al demandante las siguientes sumas y conceptos:

- a) los salarios causados de agosto a diciembre de 2014, enero y febrero de 2015 por un total de \$29.000.000.
- b) auxilio de cesantías por \$27.375.000.
- c) intereses sobre las cesantías \$894.667.
- d) prima de servicios de \$7.455.556.

- e) vacaciones \$5.916.666.
- f) sanción del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, por falta de consignación de las cesantías de los años 2013 y 2014, equivalente a \$95.999.760.
- g) aportes al sistema de seguridad social en pensiones dirigidos a un fondo de pensiones, entre el 1° de marzo de 2001 a 21 de junio de 2005, con el salario devengado en dicho período y del 1° de octubre de 2007 al 31 de marzo de 2011 con un salario de \$3.500.000; de abril de 2011 a febrero de 2015 con un salario de \$4.000.000 y marzo de 2015 con una retribución de \$4.500.000, junto con los intereses que liquide la entidad de seguridad social, de conformidad con lo previsto en el artículo 23 de la Ley 100 de 1993.

SEGUNDO: DECLARAR probada parcialmente la excepción de prescripción, respecto de acreencias laborales causadas con anterioridad al 19 de febrero de 2013, con excepción a los aportes al sistema de seguridad social en pensiones

TERCERO: COSTAS a cargo de la demandada. Se fijan como agencias en derecho la suma de \$3.000.000. (archivo 10 ibídem).

Fundó su decisión, en que, además de los certificados que obran en el plenario que dan cuenta de los períodos en que el actor se desempeñó, con el interrogatorio de parte que absolvió el representante legal de la pasiva, quedó demostrada la prestación personal del servicio, por lo que, en virtud de la presunción prevista en el artículo 24 del CST, se debía concluir una verdadera relación laboral, regida por dos contratos de trabajo: el primero entre el 1° de marzo de 2001 y el 21 de junio de 2005, y el segundo, entre el 1° de octubre de 2007 al 31 de marzo de 2015, pues, a partir del 1° de abril de 2015, las partes suscribieron sin equívocos, un convenio laboral, el cual no estaba en discusión. En tal sentido, precisó que ese plus se ve reforzado con el hecho de que se acreditó que el actor prestó durante esos lapsos un servicio fundamental dentro de la estructura de la entidad, rindiendo informes y sin autonomía administrativa y ni de ningún tipo, tal como lo informó el mismo representante legal y el único testigo, lo cual se aviene a algunos elementos indicativos de subordinación, con base en la recomendación 198 de la OIT, puesto que el actor se desempeñó como directivo de un Centro de Atención Tutorial sede Facatativá en donde se presta un servicio educativo, que es el objeto social de la demandada.

Señaló que, como por esos períodos la pasiva no demostró el reconocimiento de las acreencias laborales respectivas, se imponía la condena respectiva con prescripción, a partir del 19 de febrero de 2013 hacía atrás, dado que, la reclamación se hizo el mismo día y mes del 2016 ante la convocada, con excepción del auxilio de cesantía, el cual se hace exigible a la terminación del vínculo, lo mismo que los aportes al sistema de seguridad social en pensiones,

los cuales son imprescriptibles, más la ampliación de un año al término trienal para las vacaciones. Añadió en ese punto que, si bien los trámites de la notificación al extremo pasivo sobrepasaron el año, luego de la expedición del auto admisorio, lo cierto es, que esa gestión tardía no se dio como consecuencia de la actuación del accionante sino de la misma demandada, quien al inició no quiso comparecer, por ende, la interrupción de la prescripción sí se dio con la reclamación al organismo, el 19 de febrero de 2016.

Indicó, que los salarios que se debían adoptar para la liquidación de las acreencias laborales eran los reportados en la historia laboral de nómina aportados por la propia demandada de folio 149, precisando que, los valores fulminados son los del segundo vínculo jurídico, porque, los del primero quedaron cobijados por la prescripción, con excepción de los aportes a pensión.

Finalmente, para imponer la condena por indemnización moratoria por la no consignación de las cesantías, señaló que le correspondía al empleador demostrar razones valederas para desconocer esa obligación, las cuales no fueron acreditadas, sin que pudiera dársele crédito a la grave crisis financiera por la que atravesaba la institución, que dio lugar a la vigilancia especial del Ministerio de Educación, pues la resolución impuesta por el organismo gubernamental jamás le ordenó o impuso a la institución el desconocimiento de las obligaciones laborales, sino la adopción de medidas para atender en forma adecuada la prestación del servicio educativo, lo que implicaba la separación del tipo de compromisos a cargo de la pasiva.

5. RECURSO DE APELACIÓN

La decisión de primera instancia, fue objeto del recurso de apelación por parte de la demandada. Solicitó que se revoque en su totalidad la decisión condenatoria, pues, en su criterio, se acreditó que, en los períodos alegados por el demandante, en realidad lo que existió fue un vínculo de prestación de servicios de tipo civil, lo cual se demostró con los documentos mismos que celebraron las partes sobre esa forma de contratación. Sostuvo, que del interrogatorio de parte que absolvió el representante legal no se podía extraer confesión, dado que, lo que éste señaló en sus respuestas hace parte de lo que la jurisprudencia laboral ha aceptado de manera uniforme, sobre la posibilidad de que el contratante le pueda dar ciertas

órdenes al contratista, incluso, que preste el servicio en sus instalaciones, sin que con ello la relación se convierta en laboral, en cuanto se trata de simples parámetros que no limitan la autonomía del servidor, y que más bien tienen como propósito dar unos parámetros de funcionamiento que se ajustan a los requerimientos o necesidades del contrato.

En caso de que se mantenga la conclusión sobre la existencia del vínculo laboral en los lapsos reclamados por el actor y declarados por la primera instancia, solicitó que se debía absolver por indemnización moratoria del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, ya que, no hubo mala fe del empleador. Explicó, que como durante la ejecución de los contratos de prestación de servicios, el demandante jamás reclamó la existencia de un vínculo laboral, la institución siempre estuvo bajo la creencia de que no estaba obligada a consignar las cesantías a un fondo, máxime que el funcionario jamás manifestó inconformidad respecto al ejercicio, y por ello, no podía concluirse que estuvo engañado con la forma de contratación acordada desde el inicio.

Mencionó, que tampoco se le debe imponer condena por los salarios comprendidos entre agosto de 2014 a marzo de 2015, pues éstos no se causaron, dado que, el actor no acreditó haber prestado sus servicios en esos períodos, sin que sea viable aplicar el artículo 140 del CST, porque la institución jamás emitió orden alguna de suspensión o imposibilidad del demandante en la ejecución del vínculo.

6. ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en la Ley 2213 de 2022, la parte demandante presentó alegatos en esta instancia. Y en apretada síntesis, sostuvo que se debe confirmar la decisión de primer grado, porque allí se logró demostrar la existencia de los dos contratos de trabajo, pues jamás contó con autonomía ni independencia en la ejecución de la labor, por el contrario, debía obedecer las órdenes y directrices del órgano directivo de la institución, que es algo propio de una relación laboral.

7. PROBLEMAS JURÍDICOS

De conformidad con los motivos expresamente cuestionados por la pasiva, la Sala deberá establecer; i) si en los períodos comprendidos entre el 1° de marzo de 2001 y el 21 de junio de 2005, y el 1° de octubre de 2007 al 31 de marzo de 2015, existió un contrato de trabajo, tal como lo declaró el *a quo*, o por el contrario, sale avante la argumentación de la impugnante, sobre la existencia de una contratación civil de prestación de servicios, ii) si existe fundamento para mantener la condena por indemnización moratoria por la no consignación de las cesantías y iii) si hay lugar a la condena por los salarios impuestos.

II. CONSIDERACIONES

Atendiendo lo expuesto en el artículo 66 A del CPT y SS, procede la Sala a analizar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada.

DE LA EXISTENCIA DEL CONTRATO DE TRABAJO

El artículo 53 de la Constitución Política de Colombia, reza que, a la hora de expedirse un estatuto del trabajo, se deben tener en cuenta unos principios fundamentales mínimos, tales como:

“primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales ...” (Resaltado de la sala).

Por otro lado, en el artículo 4° de la Recomendación 198 de la OIT, se insta al estado a incluir medidas tendientes a:

“(a) proporcionar a los interesados, en particular a los empleadores y los trabajadores, orientación sobre la manera de determinar eficazmente la existencia de una relación de trabajo y sobre la distinción entre trabajadores asalariados y trabajadores independientes...”

Además, se contempló en el artículo 13, del citado escrito que:

“...Los Miembros deberían considerar la posibilidad de definir en su legislación, o por otros medios, indicios específicos que permitan determinar la existencia de una relación de trabajo. Entre esos indicios podrían figurar los siguientes:

(a) el hecho de que el trabajo: se realiza según las instrucciones y bajo el control de otra persona; que el mismo implica la integración del trabajador en la

organización de la empresa; que es efectuado única o principalmente en beneficio de otra persona; que debe ser ejecutado personalmente por el trabajador, dentro de un horario determinado, o en el lugar indicado o aceptado por quien solicita el trabajo; que el trabajo es de cierta duración y tiene cierta continuidad, o requiere la disponibilidad del trabajador, que implica el suministro de herramientas, materiales y maquinarias por parte de la persona que requiere el trabajo, y

(b) el hecho de que se paga una remuneración periódica al trabajador; de que dicha remuneración constituye la única o la principal fuente de ingresos del trabajador; de que incluye pagos en especie tales como alimentación, vivienda, transporte, u otros; de que se reconocen derechos como el descanso semanal y las vacaciones anuales; de que la parte que solicita el trabajo paga los viajes que ha de emprender el trabajador para ejecutar su trabajo; el hecho de que no existen riesgos financieros para el trabajador. ...”

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

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

Por ello, la H. Corte Suprema de Justicia categóricamente ha señalado en "múltiples oportunidades, que el principio de la primacía de la realidad sobre las formas, constituye un elemento cardinal de nuestro ordenamiento jurídico laboral, el que se encuentra consagrado en el artículo 53 de la CN, con sustento en el cual los jueces pueden dejar a un lado las formas convenidas por las partes de una relación contractual para darle prevalencia a lo que en verdad acreditan las condiciones bajo las cuales se desarrolla el negocio jurídico pactado, por lo que si de dichas circunstancias se evidencia el elemento de la subordinación característico de un contrato de trabajo, se impone derivar de ello, las consecuencias jurídicas que prevé la ley” (CSJ SL3564-2021).

En ese orden, la prestación personal del servicio corresponde acreditarla a quien reclama su existencia, la cual debe surgir de la contratación directa de quien se afirma fungió las veces de empleador, durante todo el lapso que reclama la vigencia del vínculo, realizada no por iniciativa propia de quien la ejecutó, sino bajo la supervisión, vigilancia, control, dirección y órdenes que para el efecto disponga o prevea el contratante, para enrostrarle la calidad de empleador; de ahí, que por previsión legal, demostrada la prestación personal del servicio, se presume la existencia del contrato de trabajo, como lo consagra el artículo 24 del ordenamiento positivo del trabajo.

Entonces, es claro que, no sólo en virtud del artículo 24 del CST, sino por cuenta del artículo 53 Superior, también denominado principio de primacía de la realidad sobre las formalidades, que al trabajador le basta inicialmente acreditar el primer requisito contenido en el artículo 23 del CST, esto es, la prestación personal del servicio, demostrado ese elemento, se presume la existencia del vínculo laboral, por así disponerlo el legislador en el artículo subsiguiente, quedando en cabeza del empleador, desvirtuar dicha presunción, que el juez de manera automática no puede basarse en el contrato que éste aduzca, o la documental que en forma nominada señala que el contrato fue de prestación de servicios u otra naturaleza; así como tampoco atenerse a la calificación que los testigos hagan de esa relación como una forma de ratificar una pregunta que lleva implícita la respuesta, sino de los hechos concretos, que en cuanto modo, tiempo y lugar, realmente permitan establecer las características de la relación, ya que, si bien en un principio las partes pudieron acordar los términos de una relación independiente, eso no obsta para que en el lapso de aquélla exista una transformación que implique la subordinación del contratista, o aun habiendo acordado tales términos, se hizo como una manera de desconocer los derechos laborales. Por esa razón se exige el análisis conjunto de las pruebas para establecer si realmente lo acreditado por el supuesto empleador tiene el mérito de desvirtuar con tal firmeza la presunción de la relación laboral a favor del trabajador.

Cabe agregar, que con la introducción de nuevos elementos en las estructuras empresariales y la forma como ha avanzado la contratación, el elemento de la subordinación debe mirarse desde otra óptica, esto es, de manera

contextualizada; de ahí que, en aras de dilucidar ese aspecto, como se dijo atrás, la Recomendación 198 de la OIT, compiló un haz de indicios, que permite identificar en qué eventos, la forma como se desarrolló la labor encaja o no en una relación laboral.

Así, tal como quedó reseñado en la sentencia CSJ SL1439-2021, se han identificado ciertos criterios, como la prestación del servicio según el control y supervisión de otra persona (CSJ SL4479-2020); la exclusividad (CSJ SL460-2021); la disponibilidad del trabajador (CSJ SL2585-2019); la concesión de vacaciones (CSJ SL6621-2017); la aplicación de sanciones disciplinarias (CSJ SL2555-2015); cierta continuidad del trabajo (CSJ SL981-2019); el cumplimiento de una jornada u horario de trabajo (CSJ SL981-2019); realización del trabajo en los locales o lugares definidos por el del beneficiario del servicio (CSJ SL4344-2020); el suministro de herramientas y materiales (CSJ SL981-2019); el hecho de que exista un solo beneficiario de los servicios (CSJ SL4479-2020); el desempeño de un cargo en la estructura empresarial (SL, 24 ag. 2010, rad. 34393); la terminación libre del contrato (CSJ SL6621-2017) y la integración del trabajador en la organización de la empresa (CSJ SL4479-2020 y CSJ SL5042-2020); sin que, con esta relación, se entienda completada la labor de identificación de esos elementos propios de subordinación, pues, pueden ir surgiendo nuevas circunstancias, que sumadas en la forma como se fue desarrollando la relación, permitan verificar que la contratación en realidad fue laboral.

Bajo tales derroteros, se adentra este Colegido a analizar el acervo probatorio que obra en el informativo. Pues bien, se aportaron las siguientes pruebas documentales relevantes: contratos de prestación de servicios suscritos entre las partes, y certificación del tiempo de servicios, emitido por la Fundación Universitaria en las vigencias que a continuación se relacionan:

Folio	Desde	Hasta
24-26, 181 archivo 1	1° de marzo de 2001	21 de Junio de 2005
22, 182, 186, 208 Archivo 1	1° de octubre de 2007	30 de marzo de 2015

En los aludidos contratos, se estableció que el cargo que desempeñaría el actor a favor de la Fundación Universitaria San Martín, sería en el área de “DIRECCIÓN

CAT en la Sede de FACATATIVA” y cuya obligación principal del demandante como contratista sería la de “(...) proporcionar a la Fundación sus servicios en aspectos relacionados con la actividad para la cual fue contratado y en general proporcionar a la institución todos los conocimientos y experiencia necesarios para el correcto desarrollo de las asesorías correspondientes”, adicionalmente, en cuanto a la duración del vínculo, se pactó que duraría “(...) mientras subsistan las causas que le dieron origen (...)”.

Ahora, el representante legal de la pasiva, al absolver interrogatorio de parte, aceptó que entre las partes se celebró varios contratos de prestación de servicios, el primero, a partir del 1° de marzo de 2001, el cual terminó por renuncia presentada el 14 de febrero de 2002; luego, que se suscribió un contrato el 7 de octubre de 2007, que se extendió hasta la intervención de la Fundación por parte del Ministerio de Educación Nacional, situación que ocurrió el 1° de abril de 2015; que en el primer vínculo, la entidad pagó unas cesantías y primas, pero, en el 2005, no aparecían pagos por dichos conceptos; que el actor rendía informes a Mariano Alvear, quien fungía como presidente del pleno de la institución; además, creía que el demandante prestó sus servicios de lunes a sábado de 8 de la mañana a 5 de la tarde, porque ese era el horario que tenía la totalidad de los funcionarios de la institución; por otro lado, que tampoco contaba con autonomía financiera y administrativa para la toma de decisiones, pues requería autorización del máximo órgano de dirección; respecto al pago de honorarios entre agosto y diciembre de 2014, y enero a marzo de 2015, informó que estos no fueron pagados debido a la intervención realizada por el Ministerio de Educación; indicó que la institución le suministró o entregó herramientas de trabajo al accionante, tales como muebles, móviles, libros, computador, con el fin de que pudiese desplegar la labor para la cual fue contratado, lo mismo que los gastos en que éste incurrió para su movilización.

El promotor del litigio informó que desde el año 2007 a 2015, ejerció el cargo de Director de CAD de Facatativá, siendo responsable de la parte administrativa y académica de esta sede; que recibía órdenes de Mariano Alvear como presidente; a efectos de cumplir las directrices para el buen funcionamiento de la sede; que en dicho interregno cumplió un horario de 8 de la mañana a 5 de la tarde, de lunes a viernes, de acuerdo a lo dispuesto por el área de recursos humanos; que le fue suministrada, una oficina, un computador, escritorio.

Gustavo William Pérez Gómez, en calidad de único testigo, informó que, prestó sus servicios como coordinador académico, en la Fundación San Martín entre octubre de 2010 y diciembre de 2018, dijo no saber con exactitud los extremos del vínculo que ató a las partes, pero, tenía claro, que cuando ingresó a la institución, Froilán ya estaba laborando allí y cuando se retiró, él siguió prestando sus servicios; que se cumplía un horario de lunes a sábado de 8 de la mañana a 5 de la tarde, ya que el claustro prestaba servicios educativos durante diferentes jornadas; además, dijo que les eran concedidas vacaciones en semana santa y al finalizar el período académico; que las funciones del demandante se centraban en el asesoramiento administrativo y acompañamiento a las actividades académicas; que las órdenes eran impartidas por Mariano Alvear, en calidad de presidente de la Universidad; además, que Gómez Muñoz seleccionaba las personas aptas para desempeñarse en el cargo que se encontrara disponible y remitía la información a Bogotá; que la remuneración era pagada en la cuenta de cada uno; que respecto a las herramientas de trabajo, la Fundación le asignó una oficina, un equipo de cómputo y teléfono.

Igualmente, obra requerimiento del director administrativo y financiero de la demandada, del 16 de septiembre de 2009, en donde le precisa al actor cuáles son sus obligaciones contractuales, destacando que éste debe hacerse cargo ante cualquier reclamación que formulen los estudiantes, es decir, resaltando que sus funciones hacen parte de esa estructura empresarial u objeto social del organismo, que no es otro, que la labor educativa y todo lo que la compone. Se plasmó en ese documento, lo siguiente (fl° 49 archivo 01 ibíd.):

(...) Es importante destacar que una de las funciones del Director de la Sede es atender directamente a los estudiantes que presentan este tipo de situaciones, y frente a las normas y reglamentos, asesorar al estudiante para que entienda claramente la magnitud de la situación a la que se enfrenta, y en lo posible, dimensionando la situación, persuadirle para no se retire o para que continúe sus estudios haciendo uso de la metodología alternativa a la de semipresencial, esto con el fin de no crear falsas expectativas sobre los requerimientos que se presente fuera de las fechas establecidas.

Debido a que el caso de la estudiante (...) no fue atendido correctamente, lo que ha generado una reacción desobligante por parte del representante estudiantil al recibir respuesta negativa (...) la Dirección del CAT deberá responder este tipo de reclamaciones, y responder por sus omisiones todas las acciones legales que el estudiante emprenda sobre esta solicitud.

Así, teniendo en cuenta las pruebas anteriormente reseñadas, le asiste razón a la *a quo*, al haber declarado la existencia de los dos contratos de trabajo con base en el contenido de la Recomendación 198 de la OIT, pues, se encuentra probado que el demandante prestó el servicio personal conforme con la actividad misional del empleador, supeditado a un horario o turnos establecidos para el funcionamiento o ejercicio normal de la actividades de la institución educativa, en las instalaciones de ella, con el uso de los instrumentos proporcionados por la empresa y la vigilancia de ésta, es decir, elementos propios de subordinación jurídica y que caracterizan a esta forma de contratación.

Como se advirtió al inicio, el rótulo o celebración escrita del contrato, no puede considerarse prueba suficiente de la naturaleza del vínculo, y con ello basarse la demandada para descarta la presunción del vínculo laboral, porque, lo que se trata, es identificar la forma cómo se desarrolló la labor, y eso solo se acredita con la interacción de las partes en el cumplimiento de las obligaciones contractuales, las cuales, si lo que se demuestra es que el contratista era uno más de los servidores comunes, o con quien se ejecutaba la función cotidiana de la estructura empresarial, prácticamente, sin distinguirse de los verdaderos trabajadores, porque, todo se lo suministraba el empresario, y debía rendir informes, sujetarse a los horarios y requerimientos, es evidente que esa defensa no puede estar soportada en un aspecto formal, por virtud del principio de la primacía de la realidad sobre las formas, en donde se da prelación a las circunstancias que rodearon la relación jurídica.

Es más, el representante legal de la pasiva, como se reseñó, afirmó con contundencia esos elementos que se han explicado, pues éste sostuvo que mientras duraron los vínculos proporcionó elementos de trabajo, incluso, que se le alcanzaron a reconocer unas acreencias laborales por el primer período, además de cumplir horario y suministrársele recursos para su movilización, es decir, lo típico de un trabajador; respuestas que no encajan en las instrucciones para el desarrollo de actividades, coordinación de horarios e incluso, medidas de supervisión o vigilancia, que no implican necesariamente subordinación propia del contrato de trabajo, porque aquí, lo dicho por la pasiva es que esas medidas sí desbordaban la independencia o autonomía del contratista en su

desempeño, al punto, que no se diferenciaba de un trabajador que prestaba su labor asesora educativa o de gestión en el manejo educativo de la institución.

El tal orden, la *a quo* sí podía derivar confesión de esas manifestaciones, porque se trata de una descripción de elementos característicos de un contrato de trabajo, en donde dicho representante no hizo ninguna aclaración o precisión, ni siquiera para informar alguna particularidad de la cual se pudiera extraer diferencia significativa con respecto a un verdadero trabajador, a efectos de tomar en forma conjunta e indivisible su manifestación (art. 196 CGP), por el contrario, lo dicho le trae consecuencias negativas (numeral 2° del inciso 1° del art. 191 *ibidem*).

Igualmente, para la Sala es indicativa la existencia de los vínculos laborales entre las partes, el hecho de, que en cuanto al objeto de la contratación, no se especificó el requerimiento especializado del contratista, sino simplemente, que aquel se comprometía a prestar el servicio en materia de asesorías educativas, esto es, algo propio de la actividad normal de la institución, y en materia de duración del nexos, que éste se mantendría según las causas que le dieron origen, es decir, dos elementos que se integran a esa estructura empresarial y que se asemejan a un contrato de trabajo, en donde, es la capacidad del trabajador, sus aptitudes y disposición, más las necesidades del empleador, lo que determina el vínculo laboral, en tanto que la contratación independiente, supone algo más detallado, concreto, y que se diferencie en su ejecución, precisamente, por la autonomía técnica, presupuestal, con sus propios medios y ojalá con un plazo acordado.

Si esas especificaciones no se dan, es más, el contratista se le da el trato de todo trabajador, y luego pasa formalmente con un contrato escrito, esta vez sin esconder su verdadera naturaleza, ejerciendo las mismas labores, como en este caso ocurrió, en donde, a partir del 1° de abril de 2015 (fl° 183 *ibíd.*), las partes celebraron “CONTRATO INDIVIDUAL DE TRABAJO A TÉRMINO FIJO PARA PERSONAL ADMINISTRATIVO”, y en donde se estipuló que “(...) EL TRABAJADOR (A) se obliga a poner al servicio de LA FUNDACIÓN toda su capacidad normal de trabajo de manera exclusiva en el desempeño de las funciones del empleo COORDINADOR REGIONAL o en cualquier otra labor de carácter análogo o complementario del mismo (...)” no queda duda, que es lo mismo a que se comprometió el actor cuando suscribió los contratos civiles, en los que se obligó a proporcionar a la

demandada sus servicios en aspectos relacionados con la actividad para la cual fue contratado. En otras palabras, que a lo que se obligó el demandante fue a prestar su fuerza de trabajo, de acuerdo a los requerimientos de la empresa, lo que implica la facultad para el empleador de dar órdenes e instrucciones en cualquier momento, sobre la cantidad o calidad del trabajo y el deber correlativo del trabajador de cumplirlas.

Cabe precisar, que el hecho de que el actor no hubiera reclamado el cambio de naturaleza contractual mientras ejerció la labor, no desdibuja la real contratación, tal como lo tiene explicado la jurisprudencia laboral, entre otras, en sentencia SL 9156-2015, en cuanto “(...) que la ley no impone esa condición para hacer efectiva la protección al trabajo. Del silencio del trabajador oculto no se puede derivar su aceptación de un contrato de prestación de servicios ni la renuncia a uno laboral, pues, justamente, en vista de que él es la parte débil de la relación se le ha de brindar la protección requerida para hacer efectivo el derecho al trabajo, y esto se logra permitiéndole que, en el momento en que lo considere a bien, reclame sus derechos como trabajador, con la única limitante de los efectos de la prescripción de la acción establecida para efectos de brindar la seguridad jurídica propia de un Estado social de derecho”.

Así las cosas, no cabe asomo de duda para la Sala que entre las partes existieron dos contratos de trabajo, el primero de ellos, entre el 1° de marzo de 2001 y el 21 de junio de 2005 y del 1° de octubre de 2007 al 31 de marzo de 2015, como lo concluyó la juzgadora de primer grado, sin que la pasiva hubiese cumplido su carga procesal de demostrar esa autonomía e independencia que caracteriza al contrato de prestación de servicios tantas veces alegado en su defensa, porque, se insiste, si bien en esos contratos iniciales se rotuló que era de ese tipo, de los mismos emerge con absoluta claridad que tal estipulación fue apenas aparente, pues, como se dijo, al comprometerse el contratista a cumplir las funciones que le asignase el representante, lo cual confirmó el único testigo citado, no hizo otra cosa que prestar su fuerza de trabajo mediante remuneración.

PAGO DE SALARIOS

Reprochó el recurrente que se hubiere dado la orden de pagar los salarios causados de agosto a diciembre de 2014, y enero y febrero de 2015, pues no prestó su fuerza laboral a favor de la Fundación San Martín en esos lapsos.

En efecto, la Directora de Recursos Humanos de la Fundación Universitaria San Martín expidió certificación en enero de 2019, en la que relacionó en forma pormenorizada los pagos realizados a favor del demandante, los cuales en su momento eran considerados honorarios, donde se observa que la institución no efectuó el pago de la remuneración (fl° 160 ibíd.); sin embargo, el actor adujo desde el inicio que la prestación del servicio que, como se sabe, es la causa efectiva de la retribución, fue continua en esos períodos, con mayor razón, si la propia demandada, con la certificación del 12 de abril de 2018 (fl° 209 ibíd.) reseñó que Gómez Muñoz estuvo vinculado entre el 1° de octubre de 2007 y el 30 de marzo de 2015 de manera continua, sin especificar alguna interrupción; por ende, le correspondía a la pasiva acreditar que el demandante no prestó el servicio en los lapsos alegados, de lo cual, no existe prueba alguna, y en tal sentido, se debe aplicar la máxima del artículo 167 del CGP, aplicable por remisión del artículo 145 del CPT y de la SS, según el cual, “incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen” y si ello no se logra, debe asumir las consecuencia negativas que le son propias, en este caso, que la pasiva deba asumir el reconocimiento de los salarios no pagados, pues no existe razón para dejar de satisfacerlos por el empleador si el servicio se prestó. Inclusive, si como lo informó el propio representante legal en su interrogatorio, el actor no ejecutó las labores por cuenta de la vigilancia especial del gobierno nacional, debió acreditar esas razones específicas, pero nada de ello se demostró.

INDEMNIZACIÓN MORATORIA POR NO CONSIGNACION DE LAS CESANTIAS.

Insistió la demandada en que no se debe condenar al reconocimiento y pago de la sanción de que trata el numeral 3° del artículo 99 de la ley 50 de 1990, porque estaba bajo la creencia de que los verdaderos vínculos celebrados con el actor fueron de prestación de servicios independientes, por ende, no debía consignar el auxilio de cesantías en las fechas estipuladas legalmente.

Sobre ello, conviene indicar que el citado artículo establece que el 31 de diciembre de cada año deberá realizarse la liquidación respetiva de las cesantías, sin perjuicio de efectuarse en fecha diferente por la terminación del

contrato, indicando además que el valor liquidado por este concepto se consignará antes del 15 de febrero del año siguiente en cuenta individual a nombre del trabajador en el fondo que éste haya elegido, de no ser así, el empleador debe pagar un día de salario por cada día de retardo.

Se trata, de una sanción que, como lo ha admitido la jurisprudencia laboral en forma reiterada, no es de aplicación automática, sino que el juzgador debe sopesar el comportamiento y las razones aducidas por el patrono para tal incumplimiento y si demuestra que actuó de buena fe, se exonerará de la misma, por ejemplo, que quede demostrado con suficiencia, que en efecto, su creencia era sincera y estaba mediada de un verdadero convencimiento de la relación jurídica acordada, pero, no por el simple alegato o desconocimiento del contrato de trabajo, sino porque los elementos aducidos son de tal envergadura que dan a entender que ese convencimiento es posible ante las particularidades de la contratación.

En sentencia CSJ SL1413-2022, sostuvo:

Indemnización moratoria contemplada en el artículo 65 del CST y la Indemnización moratoria num 3 artículo 99 de la Ley 50 de 1990.

Sobre este particular, debe precisarse que la Sala de manera reiterada y pacífica ha sostenido que dicha sanción no es de aplicación automática e inexorable, sino que debe analizarse en cada caso en particular el actuar del empleador a fin de determinar si éste, estuvo desprovisto o no de la buena fe que debe regir por regla general en los contratos de trabajo (CSJ SL053-2018, CSJ SL4515-2020, reiterada en SL 983-2021).

Se trata de una sanción en la que es preciso auscultar la conducta asumida por el deudor en aras de verificar si asisten razones serias y atendibles que justifiquen la conducta omisiva, en ese sentido no se pueden presumir reglas absolutas o esquemas preestablecidos.

En lo relativo a la buena fe, esta Sala, de tiempo atrás, ha expresado que la regla general es que las partes actúen en la relación laboral precedidos de buena fe, por tanto, a efectos de la imposición de la sanción moratoria por no consignación del auxilio de cesantía o de la indemnización moratoria del artículo 65 CST, el juez tiene el deber de establecer si el actuar del empleador, estuvo o no desprovisto de esta, pues la condena por aquellas, no opera de manera automática (CSJ 4515-2020).

Entonces, para la Sala resulta claro que no se allegaron probanzas demostrativas de buena fe en la actuación de la enjuiciada, toda vez, que la celebración de contratos formalmente diferentes al de trabajo, por sí sola, no se traduce necesariamente en el reflejo de una conducta ceñida estrictamente a

los postulados de la buena fe. Es más, como se explicó cuando se analizó el tema de la existencia de los contratos, la pasiva le dio durante toda la ejecución de los vínculos, el trato de cualquier trabajador, por ende, esas celebraciones independientes evidencian que la intención no fue diferente a disfrazar la existencia de una verdadera relación subordinada de trabajo.

No se requieren mayores elucubraciones para concluir que antes que acreditar un comportamiento conforme a derecho, este tipo de circunstancias lo que evidencia es la intención de encubrir la verdadera naturaleza del nexo jurídico; y no sobra señalar que, si bien las partes coincidieron en afirmar la situación que condujo a la vigilancia especial por parte del Ministerio de Educación Nacional, a partir del 2015, en el expediente no obra prueba de esa intervención, ni de las condiciones en que ésta se dio, con el propósito de identificar si dicho escenario impidió el reconocimiento de esta prestación social, o puso en afujías a la institución en el cumplimiento de sus obligaciones laborales, máxime que, aunque esa crisis fue puesta en evidencia al público en general, por la relevancia que pudo tener en el sector educativo, no puede considerarse un hecho notorio, que releve de prueba, la forma cómo se dio esa vigilancia especial por el Gobierno Nacional, y si sobre todas las actividades estaba imposibilitada para cumplir o reservar de alguna manera los recursos para satisfacer las acreencias de sus servidores, dadas las particularidades del tipo de intervención.

Además, resalta la Sala que la vigilancia decretada por el Gobierno Nacional sobre la Fundación demandada se dio según lo dicho por el actor y aceptada por aquella, el 1° de abril de 2015, es decir, con posterioridad a la finalización del contrato laboral y que la convocada a juicio lo llamaba contrato de prestación de servicio.

En consecuencia, se confirmará la decisión de primer grado, dado que los argumentos del recurrente no tienen el mérito de derruir lo concluido por la sentenciadora. Por último, como el resultado del recuro resultó adverso, se le impondrán costas a la demandada.

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

RESUELVE

PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia apelada del 3 de octubre de 2022, proferida por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de esta ciudad dentro del proceso de la referencia.

SEGUNDO.- Costas de esta instancia a cargo de la demandada recurrente. Inclúyase en la liquidación respetiva la suma de un (1) smmlv por concepto de agencias en derecho de esta instancia.

Notifíquese legalmente a las partes y cúmplase.

LUZ MARINA IBAÑEZ HERNANDEZ
Magistrada

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado

CLAUDIA ANGÉLICA MARTÍNEZ CASTILLO
Magistrada

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

Magistrada Ponente:
LUZ MARINA IBÁÑEZ HERNÁNDEZ

Bogotá D.C., veintinueve (29) de septiembre de dos mil veintitrés (2023)

Número de Proceso: 110013105004 2019 00602 01
Demandante: ÉDGAR JOSÉ RIVERA BELTRÁN
Demandado: MIGUEL ANTONIO NEIRA TORRES

Procede la Sala Segunda Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, conformada por los magistrados, Marceliano Chávez Ávila, Claudia Angélica Martínez Castillo y Luz Marina Ibáñez Hernández, quien actúa como ponente, a dictar SENTENCIA de segunda instancia dentro del presente proceso, de la manera siguiente:

I. ANTECEDENTES:

1. PRETENSIONES

El señor **EDGAR JOSÉ RIVERA BELTRÁN**, actuando por intermedio de apoderado judicial, demandó a Miguel Antonio Neira Torres, con el fin que se declare la existencia de un contrato de trabajo verbal entre el 18 de abril de 2009 y el 18 de mayo de 2018, como auxiliar de bodega, devengando un salario inicial de \$900.000, y a partir del año 2012, con una remuneración de \$1.200.000 como administrador de punto de venta; con un horario de trabajo de 10:00 a.m a 11:00 p.m, de lunes a jueves y de 9:00 a.m a 11:00 p.m de viernes a domingo y festivos. Asimismo, que se establezca que las horas extras laboradas diariamente deben ser tenidas en cuenta a la hora de liquidar las prestaciones sociales; el contrato fue terminado de manera unilateral y sin justa causa.

Consecuencia de lo anterior, se debe condenar al demandado a pagar cesantías, intereses a las cesantías, vacaciones, prima de servicios, horas extras trabajadas

y dejadas de cancelar de acuerdo al horario establecido en el artículo 127 del CST, la sanción contenida en el artículo 65 del CST, indemnización por terminación del contrato sin justa causa; el pago de los aportes al sistema de seguridad social en salud, pensión y Caja de Compensación Familiar, costas y agencias en derecho (fº. 10 del archivo 1)

2. HECHOS RELEVANTES

Como fundamento fáctico de las súplicas el actor, en síntesis, señaló que:

1. Celebró contrato verbal con el demandado, el 18 de abril de 2009, el cual fue terminado por el empleador el 18 de mayo de 2018, sin justa causa.
2. La primera labor desplegada fue como auxiliar de bodega en el año 2009 y devengando un salario mensual de \$900.000.
3. En el año 2010 le cambió sus funciones a hornero de asaderos y puntos de ventas.
4. En el año 2012 fue ascendido al cargo de administrador de punto de venta de los asaderos, devengando un salario de \$1.200.000.
5. Prestó sus servicios en un horario de 10:00 a.m a 11:00 p.m. de lunes a jueves y de 9:00 a.m. a 11:00 p.m. de viernes a domingo y días festivos.
6. Nunca le realizaron los aportes a seguridad social, las horas extras, cesantías, intereses a las cesantías, vacaciones, horas extras, primas de servicios y demás derechos laborales.
7. No le fue cancelado el salario a la hora de terminarse el contrato de trabajo, ni tampoco la liquidación de las prestaciones sociales.
8. El 26 de noviembre del 2018 convocó al empleador a audiencia de conciliación, ante el Inspector 19 del Ministerio de Trabajo, pero este no asistió (flº 20 del archivo 1).

3. ACTUACIÓN DEL JUZGADO

La demanda fue presentada ante el Centro de Servicios Administrativos Jurisdiccionales para los juzgados civiles y de familia, el 13 de agosto de 2019 (fº 17, archivo 1), siendo admitida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá, con proveído del 5 de diciembre de 2019 (fº. 30 del archivo 1), enviándose citación de que trata el artículo 291 del CGP, el 19 de febrero de 2020 a la Calle

26 Sur No. 78-47 de esta ciudad, donde se entregó la comunicación a “Miriam Herazo” (sic), el 21 de febrero de la misma calenda (fº. 4, del archivo 2), y en el que la empresa de correos dejó constancia que “*EL DESTINATARIO SI RESIDE O LABORA EN ESA DIRECCIÓN*” conforme a ello, se procedió a remitir el aviso de notificación el 4 de marzo de 2020, siendo recibido por la misma persona, enunciada en forma precedente, el 6 de marzo de 2020 (fº. 8 del archivo 2).

Al no poderse materializar la notificación al demandado, el juzgado de conocimiento, con auto del 16 de marzo de 2021, ordena el emplazamiento (archivo 7). Sin embargo, antes que se designara el auxiliar de justicia, fue allegado escrito de contestación de demanda, por parte de Miguel Antonio Neira Torres, y por ello, con proveído del 2 de febrero de 2022, se procedió a notificarle por conducta concluyente. (archivo 14).

En la contestación de la demanda, el demandado, respecto a los hechos negó de manera rotunda la existencia de contrato de trabajo, pues adujo que la relación laboral lo fue a través de contrato de carácter civil, a partir del 20 de abril de 2017 hasta el 18 de mayo de 2018. En cuanto al salario devengado por Édgar para el año 2009, el convocado guardó silencio y respecto a la remuneración pagada para el año 2012, alegó que, el demandante no había prestado sus servicios a su favor para esa época y, por tanto, no era cierto, el valor indicado en el introductorio; agregando en lo que interesa al recurso de alzada, que, al no prestarse los servicios, por parte del dador de laborío, tampoco era cierto el horario señalado en la demanda. Frente a la terminación del contrato, arguyó que, el accionante abandonó su sitio de trabajo, sin causa aparente y, después de ello, no volvió. Propuso la excepción que denominó inexistencia de las obligaciones demandadas.

Como fundamento de su defensa, en apretada síntesis sostuvo que, entre las partes se celebró un contrato civil, y “*su ingreso se verificó solamente de abril 20 de 2017, con interrupción de retiro voluntario desde el 3 de julio de 2017 hasta el 18 de diciembre de 2017, cuando reingresó nuevamente y prestó sus servicios hasta el 18 de mayo de 2018, cuando abandonó sin justa causa el lugar de prestación de sus servicios*”. Que la información contenida en la certificación laboral emitida, fue expedida con el fin de hacer un favor al reclamante, frente a entidades financieras, por lo que, al no existir

relación laboral. Afirma no haber pagado acreencias laborales, por no existir relación laboral (hecho 7, fº. 2 del archivo 15).

4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El JUZGADO CUARTO LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ, mediante sentencia de fecha 29 de septiembre de 2022, dispuso (archivo 22):

“PRIMERO: DECLARAR que entre Edgar José Rivera Beltrán y Miguel Antonio Neira existió un contrato de trabajo a término indefinido desde el 12 de diciembre de 2012 al 18 de mayo de 2018.

SEGUNDO: CONDENAR al señor Miguel Antonio Neira a pagar al demandante la suma de:

- \$3.768.505 pesos por concepto de cesantías.
- \$414.613 pesos por concepto de intereses a las cesantías
- \$3.768.505 pesos por concepto de primas de servicio.
- \$1.884.253 pesos por concepto de compensación de vacaciones.

TERCERO: CONDENAR al demandado a pagar al actor \$40.000 pesos diarios, por concepto de un día de salario por cada día de mora, a la solución de los salarios y prestaciones sociales a partir del 19 de mayo de 2018, y hasta el 18 de mayo de 2020, para un total de \$28.800.000 pesos, e intereses moratorios a partir del día 19 de mayo de 2020 a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificado por la Superintendencia Financiera.

CUARTO: CONDENAR al demandado a trasladar a la administradora de pensiones a la cual se encuentre afiliado el actor, o se afiliare si no lo estuviere, el valor de los aportes correspondientes al tiempo laborado entre 12 de diciembre de 2012 al 18 de mayo de 2018, teniendo en cuenta los salarios devengados por el actor mes a mes, y año por año, debidamente individualizados en los considerandos de la presente decisión.

QUINTO: ABSOLVER al demandado de las demás pretensiones incoadas en su contra.

SEXTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por el demandado.

SÉPTIMO: CONDENAR en costas al demandado, fíjense las agencias en derecho en la suma de \$1 salario mínimo legal mensual vigente” (sic)

Fundó su determinación en que, fue allegada certificación laboral, la cual tenía plena validez al no haber sido tachada de falsa ni tampoco desconocida, por el contrario, fue reconocida en el interrogatorio de parte realizado por el despacho

al demandado. Que, de lo expuesto en la contestación de la demanda, se podía concluir que Miguel Neira había aceptado la prestación del servicio, pero en forma discontinua, quedando claro que los servicios sí fueron ejecutados, no desvirtuándose la presunción en el decurso del trámite litigioso. En lo tocante al salario devengado, durante el vínculo laboral, concluyó que entre el año 2012 a 2017, el demandante no acreditó cuál había sido la remuneración recibida, por lo que, para fulminar condena, tuvo en cuenta el mínimo legal vigente para anualidad y para el año 2018, de acuerdo a la documental copiada, la suma de \$1.200.000. Y con respecto a las horas extras solicitadas, dedujo que no era viable fulminar condena por este concepto. Del despido sin justa causa, concluyó que, este debía ser demostrado por el demandante y al no cumplirse con dicha carga, no saldría avante la petición.

5. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del *a quo*, las partes interpusieron el recurso de alzada, el cual sustentan de la siguiente manera:

La parte actora, señala que el salario devengado entre el año 2012 y 2017, fue superior al salario mínimo legal vigente, y esta situación fue aceptada por el demandado, en el interrogatorio de parte rendido, amén, que lo expuesto en el libelo genitor no fue desvirtuado. De las horas extras, precisó que, de acuerdo a la prueba documental, se podía concluir que el actor prestó sus servicios en horario superior al legal permitido. En lo atinente a la terminación del contrato, resaltó que, no se valoró en forma idónea los medios probatorios, para acreditar que se estaba en presencia de un despido sin justa causa.

La demandada, afirmó que, a través de los documentos, tales como recibos de pago y el testimonio de Henry Ortiz, podía demostrarse que el actor no tenía un contrato a término indefinido, sino que, por el contrario, había suscrito un contrato de prestación de servicios de carácter civil, al prestarse los servicios de manera ocasional y no en forma permanente.

6. PROBLEMA JURÍDICO

Teniendo en cuenta los motivos de inconformidad de las partes, la Sala procede a

resolver los siguientes:

En primer lugar, se circunscribe en determinar si la relación laboral habida entre las partes, se enmarcó en un contrato de trabajo como lo pregona el actor y lo concluyó el juez de instancia, o por el contrario a través de un contrato de prestación de servicio como lo sostiene el demandado.

En segundo lugar, se deberá estudiar si se encuentra acreditado; *i)* un salario superior al mínimo legal mensual vigente entre el año 2012 y 2017; *ii)* la prestación del servicio en jornada superior a la legal permitida; *iii)* el hecho del despido y en caso afirmativo si el contrato feneció sin justa causa.

7. ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en la Ley 2213 de 2022, las partes presentaron alegatos en esta instancia, en los que, reiteraron los argumentos esgrimidos a la hora de sustentar la alzada.

II. CONSIDERACIONES

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

De la existencia del contrato de trabajo.

El artículo 53 de la Constitución Política de Colombia, reza que, a la hora de expedirse un estatuto del trabajo, se deben tener en cuenta unos principios fundamentales mínimos, tales como:

“primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales ...” (Resaltado de la sala).

Por otro lado, en el artículo 4° de la Recomendación 198 de la OIT, se insta al estado a incluir medidas tendientes a:

“(a) proporcionar a los interesados, en particular a los empleadores y los trabajadores, orientación sobre la manera de determinar eficazmente la existencia de una relación de trabajo y sobre la distinción entre trabajadores asalariados y trabajadores independientes...”

Además, se contempló en el artículo 13, del citado escrito que:

“...Los Miembros deberían considerar la posibilidad de definir en su legislación, o por otros medios, indicios específicos que permitan determinar la existencia de una relación de trabajo. Entre esos indicios podrían figurar los siguientes:

(a) el hecho de que el trabajo: se realiza según las instrucciones y bajo el control de otra persona; que el mismo implica la integración del trabajador en la organización de la empresa; que es efectuado única o principalmente en beneficio de otra persona; que debe ser ejecutado personalmente por el trabajador, dentro de un horario determinado, o en el lugar indicado o aceptado por quien solicita el trabajo; que el trabajo es de cierta duración y tiene cierta continuidad, o requiere la disponibilidad del trabajador, que implica el suministro de herramientas, materiales y maquinarias por parte de la persona que requiere el trabajo, y

(b) el hecho de que se paga una remuneración periódica al trabajador; de que dicha remuneración constituye la única o la principal fuente de ingresos del trabajador; de que incluye pagos en especie tales como alimentación, vivienda, transporte, u otros; de que se reconocen derechos como el descanso semanal y las vacaciones anuales; de que la parte que solicita el trabajo paga los viajes que ha de emprender el trabajador para ejecutar su trabajo; el hecho de que no existen riesgos financieros para el trabajador. ...”

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

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

Por ello, la H. Corte Suprema de Justicia categóricamente ha señalado en *“múltiples oportunidades, que el principio de la primacía de la realidad sobre las formas, constituye un elemento cardinal de nuestro ordenamiento jurídico laboral, el que se encuentra consagrado en el artículo 53 de la CN, con sustento en el cual los jueces pueden dejar a un lado las formas convenidas por las partes de una relación contractual para darle prevalencia a lo que*

en verdad acreditan las condiciones bajo las cuales se desarrolla el negocio jurídico pactado, por lo que si de dichas circunstancias se evidencia el elemento de la subordinación característico de un contrato de trabajo, se impone derivar de ello, las consecuencias jurídicas que prevé la ley” (Sentencia SL3564-2021).

De otra parte, el artículo 24 del CST consagra la presunción legal de que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo, de modo que, una vez el demandante demuestre la prestación personal de los servicios, es el demandado, que niega la existencia del contrato de trabajo, quien soporta la carga de desvirtuar la dicha presunción, so pena que se tenga por cierto la vigencia de dicho vínculo.

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

En el caso a estudio, el actor en los hechos primero y sexto, de la demanda afirma que prestó sus servicios personales a favor de la convocada a la Litis, desde el 18 de abril de 2009 hasta el 18 de mayo de 2018, bajo la modalidad de contrato de trabajo. El juez de instancia declaró la existencia del contrato de trabajo, desde el 12 de diciembre de 2012 al 18 de mayo de 2018, extremos temporales que no fueron objeto de controversia por el apelante en la sustentación del recurso vertical. El recurrente direccionó su medio de impugnación a discutir la naturaleza del vínculo que ató a las partes.

Como prueba documental se aportó certificación laboral de fecha 12 de diciembre de 2017 suscrita por Miguel Antonio Neira, en la que se indicó “a quien interese, se certifica que el Señor **EDGAR JOSE RIVERA BELTRAN**, identificado con cedula de ciudadanía No°4.237.457, laboro con nosotros desde hace cinco años al día viernes 8 de Diciembre del año en curso, desempeñándose como Administrador de Punto, con un salario mensual de un millón de pesos M/Cte. (\$1.200.000) Sueldo Integral”, (folio 11 del archivo 1 del expediente digital), constancia, que no fue tachado de falso por el accionado.

El demandado, al rendir interrogatorio de parte expuso que, Edgar Rivera había prestado su fuerza laboral a su favor, pero al auscultársele respecto a los extremos de este vínculo, señaló que lo fue desde el 9 o 10 de octubre del año 2016, hasta el 18 de mayo del año 2018, cuando no volvió a trabajar, sin embargo, los servicios fueron prestados en forma interrumpida; devengaba un salario mensual para el año 2017 y 2018, equivalente a \$1.050.000 o \$1.100.000, pero no recuerda bien el monto, cumpliendo un horario de lunes a sábado y ocasionalmente los domingos, de 9:00 a.m o 10:00 a.m. a 5:00 p.m. o 6:00 p.m.; que las funciones desplegadas por el actor fueron las de sazonar y despachar el pollo, después fue hornero, mesero, asó los pollos y fungió como administrador del establecimiento; aceptando que durante el tiempo que el actor le prestó sus servicios, no lo afilió al sistema de seguridad social integral (salud, pensión y riesgos laborales), arguyendo que dicha falencia acaeció a solicitud del mismo demandante, con el fin de no perder los beneficios que le ofrecía el Gobierno. Agregando que, al no ser constante la prestación del servicio, no lo afilió a un fondo de cesantías y al pagarle un salario integral, no pagó la prima de servicios, pero le daba \$100.000 mensuales de ahorro para cubrir el pago de los intereses a las cesantías; además, que pedía permiso para irse de vacaciones por una o dos semanas. Respecto a la certificación adosada al cartulario, informó que, Édgar le había pedido el favor de suscribir dicho documento con el fin de solicitar un préstamo financiero y constituir su negocio, ante tal pedimento, en consideración a los servicios prestados por el dador de laborío y que son oriundos de la misma ciudad, accedió a estampar su firma en el aludido documento, de buena fe.

Édgar José Rivera, en interrogatorio de parte, manifestó haber laborado para el demandado desde el año 2009, primero, en una bodega, sazonando y arreglando pollo, así como la cebolla y los pedidos realizados para diferentes puntos, posteriormente, prestó los servicios como hornero y finalmente como administrador; el horario en que prestó sus servicios fue de lunes a viernes de 9:00 a.m a 11:00 pm y los sábados, domingos y festivos de 9:00 a.m. a 11:00 p.m., y le era concedido un compensatorio entre semana; devengando para el año 2009 y 2010 la suma de \$900.000 y del 2012 a 2018, su remuneración era de \$1.200.000 por otro lado señaló que, un domingo, el convocado a juicio le pidió un arqueo de todo el inventario y le había dicho que no había más trabajo, presenciando esta situación la cocinera, el mesero y el supervisor Henry Ortiz.

Como testigo compareció **Henry Ortiz Grimaldo**, quien, fue empleado de Miguel Neira Torres por más de 15 años, en forma interrumpida, desde 2004 hasta 2019; por ello, da fe de conocer al demandante, hace aproximadamente 10 años, cuando lo contrató, por prestación de servicios, de manera verbal, con un salario integral, un día de descanso y vacaciones; agregando a su dicho que, le consta que el actor laboró de manera interrumpida, siendo remunerado con \$900.000, exponiendo que, Édgar, unos días iba, otras veces no, e incluso, iba unos meses y se iba, siendo la última vez, por espacio de un año u ocho meses; Édgar dejó de prestar sus servicios a favor de Miguel Neira, porque este le hizo un llamado de atención fuerte y eso lo disgustó y dejó botado el trabajo, constándole esta situación, porque para ésa época, él era el jefe de personal.

Adicionalmente, fueron aportados copias de recibos de caja menor, en el archivo 10 del expediente digital, en el que, se constatan pagos en los siguientes interregnos de tiempo;

Folio	Pago Semanas	Valor Pagado
6	4-may-17	\$ 424.000,00
6	8-may-17	\$ 270.000,00
8	13-jun-17	\$ 270.000,00
8	26-jun-17	\$ 270.000,00
9	3-jul-17	\$ 270.000,00
10	2-ene-18	\$ 270.000,00
10	9-ene-18	\$ 70.000,00
10	17-ene-18	\$ 170.000,00
11	23-ene-18	\$ 170.000,00
11	30-ene-18	\$ 170.000,00
11	30-ene-18	\$ 270.000,00
11	5-feb-18	\$ 270.000,00
12	27-feb-18	\$ 231.500,00
12	5-mar-18	\$ 270.000,00
12	12-mar-18	\$ 270.000,00
13	20-mar-18	\$ 270.000,00
13	27-mar-18	\$ 270.000,00
13	3-abr-18	\$ 270.000,00
14	10-abr-18	\$ 270.000,00
14	17-abr-18	\$ 270.000,00
14	22-abr-18	\$ 270.000,00
15	30-abr-18	\$ 270.000,00
15	8-may-18	\$ 270.000,00
15	14-may-18	\$ 270.000,00

Así, con las pruebas anteriormente reseñadas, es claro para la Sala que se logró acreditar la prestación personal del servicio por parte del demandante, activándose así la presunción de tipo legal de existencia del contrato de trabajo y, por tanto, surgió la ventaja probatoria a favor de aquel, quien se despoja de esa responsabilidad probatoria, siendo al demandado a quien corresponde desvirtuarla; lo cual no hizo. En efecto, recuérdese que fue aportada una certificación en la que el accionado aceptó la existencia del contrato de trabajo con Édgar Rivera Beltrán, y frente a este tipo de documentales, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha sostenido de manera reiterada que los hechos consignados en los certificados laborales deben reputarse por ciertos *“pues no es usual que una persona falte a la verdad y dé razón documental de la existencia de aspectos tan importantes que comprometen su responsabilidad”, paralelamente también ha sostenido que el empleador tiene la posibilidad de desvirtuar su contenido mediante una labor demostrativa y persuasiva sólida*” (sentencia SL2600 del 27 de junio de 2018).

Por tal razón, la carga de probar en contra de lo que certifica es el propio demandado, corre por su cuenta y debe ser de tal contundencia que no quede duda, es decir, debe acreditar fehacientemente que lo registrado en la certificación no se atiene a la verdad, desvirtuando la información allí consignada con otros medios de convicción (sentencia SL516 del 16 de febrero de 2016); actividad probatoria que en el sub examine no fue cumplida, toda vez que, conforme lo aceptó este al absolver interrogatorio de parte, Edgar se encargaba de arreglar pollos, después desplegó su fuerza laboral, en otros cargos y finalmente, fungió como administrador del establecimiento, que cumplía un horario de lunes a sábado y ocasionalmente los domingos, de 9:00 a.m o 10:00 a.m. a 5:00 p.m. o 6:00 p.m., indicios estos que refuerzan el elemento subordinación característicos de un contrato de trabajo, y no de uno de prestación de servicio como lo pretende hacer notar la parte pasiva, aunado al hecho de la prolongación en el tiempo de la actividad laboral desplegada por el demandante a favor del demandado.

En el recurso de alzada, se afirma que con la declaración del único testigo queda demostrada que el señor Rivera prestó el servicio a través de un convenio de carácter civil, sin embargo, pese a que Henry Ortiz jefe de personal, afirmó que fue el encargado de la contratación del actor, su dicho no alcanza a desvirtuar el contenido de la certificación, ni tampoco que la ejecución del servicio lo fue

de manera autónoma, pues por el contrario señaló que el actor cumplía horario y fue objeto llamados de atención, elementos propios de un contrato de trabajo. Por consiguiente, se impondrá confirmar la decisión de primer grado en este punto.

Del salario devengado

Reprocha la parte actora que, se hubiese reconocido y tenido como salario devengado por el trabajador, el mínimo legal mensual vigente entre los años 2012 y 2017, pues, en su sentir, en dicho interregno de tiempo, la retribución recibida, correspondía a \$900.000, de acuerdo a lo expuesto por el demandado en el interrogatorio de parte.

Es así como una vez analizada la prueba recaudada en el devenir procesal, se puede concluir que no obra ningún documento, que certifique la retribución recibida por Édgar Rivera, en el interregno de tiempo echado de menos por el demandante.

Y del interrogatorio de parte, rendido por Miguel Neira, al ser auscultado por el despacho, en lo atinente al recurso de alzada, precisó:

*“¿Él trabajó para usted, prestó servicios para usted?
Sí, su Señoría.*

*¿Y desde hace cuánto?
Bueno, el ingresó a laborar conmigo, desde el año 2016, el 9 no estoy bien seguro si fue el 9 o el 10 de octubre, su Señoría.*

*¿Y qué servicio presta él para usted?
él ingresó, por una bodega que tenía pequeña de alimentos.*

*¿Cuánto le pagaba a usted a él para esa época?
Para esa época, estaba, yo le pagaba \$900.000.”*

De la respuesta brindada por Miguel Neira, se puede establecer que, respecto al salario del año 2016, hay confesión, como quiera que en los términos del art 191 del CGP, al cual nos remitimos por expresa integración normativa del artículo 145 del CPT, para que esta opere, dicha figura se requiere que lo expuesto por el declarante, sea adverso a sus intereses y de paso, resulte favorable a la otra parte. Situación diferente ocurre con los períodos echados de menos por el apelante, es decir, los años 2012 a 2015 y 2017, pues, nada señaló el demandado con relación

al salario, en este interregno de tiempo. Por lo que le asiste la razón al apelante, en lo tocante a que, de este medio de convicción se pueda extraer que aquel devengaba la suma de \$900.000 en aquel periodo.

Colofón de lo anterior, se procederán a realizar las operaciones aritméticas de las acreencias causadas a favor de Édgar Rivera, para el año 2016, no sin antes advertir, que, el *a quo* al fulminar condena no hizo una discriminación año a año de los valores reconocidos a favor de este, resultando pertinente, en aras de no trasgredir el principio de consonancia y afectar emolumentos que no han sido objeto de apelación, realizar la liquidación únicamente con la diferencia resultante entre el salario mínimo de dicha calenda y el salario que aquí se tuvo en cuenta (\$900.000-\$689.455=\$210.545), sin tenerse en cuenta el auxilio de transporte, pues, estima la Sala que dicho concepto debió tenerse en cuenta a la hora de realizar los cálculos en primera instancia. Resultando, de tales argumentaciones, los siguientes valores:

LIQUIDACIÓN PRESTACIONES SOCIALES	2016
SUELDO BÁSICO	\$ 210.545,00
CESANTÍAS	\$ 210.545,00
INTERESES A LAS CESANTÍAS	\$ 25.265,40
SERVICIOS	\$ 210.545,00
VACACIONES	\$ 105.272,50
TOTAL	\$ 551.627,90

Luego entonces, es pertinente, sumar a los valores antes referidos, a las condenas impuestas por el juzgado de conocimiento con el fin de modificar en forma correcta el numeral segundo de la sentencia objeto de reproche, el cual quedará de la siguiente manera:

LIQUIDACIÓN PRESTACIONES SOCIALES	
CESANTÍAS	\$ 3.979.050,00
INTERESES A LAS CESANTÍAS	\$ 439.878,40
SERVICIOS	\$ 3.949.050,00
VACACIONES	\$ 1.989.525,50
TOTAL	\$ 10.357.503,90

Del trabajo suplementario.

Sienta su inconformidad la parte actora respecto al no reconocimiento de las horas laboradas en horario superior al legal permitido.

Pues bien, debemos tener en cuenta lo expuesto por la jurisprudencia en forma reiterativa: “(...) *De tal suerte que tampoco se equivocó el ad quem al concluir que era aventurado deducir que, al no aparecer el pago del tiempo suplementario en los recibos de nómina de los fls. 76 a 87, implicaba que se le adeudaba este tiempo al actor, pues antes que nada, para proferir condena, como lo determinó el juez colegiado, se debía tener prueba de las horas extras laboradas, sin que se puedan hacer suposiciones para su cálculo...*”.¹ Entonces, tratándose de reclamación de esta clase de derechos, es esencial que se demuestre de manera precisa y clara, el número de horas extras y en qué días se desarrollaron. Prueba que se echa de menos en el expediente, pues ningún medio de convicción diferente al interrogatorio de parte absuelto por el demandado, contrario a aceptar labores por horas extras, indica que se tenían horarios fijos para prestar los servicios y estos no eran superiores a 8 horas diarias, en tal aspecto, se tiene que el convocado a juicio, al auscultársele sobre este tema, informó que:

¿En qué horario trabajaba?

Bueno, el horario en el tema de la bodega no teníamos un horario, así como muy, muy fijo, concreto. Había días que entramos a las 9:00 de la mañana, como también entrábamos a las 10:00 de la mañana y salíamos tipo 5 o 6 de la tarde.

De acuerdo a los argumentos esgrimidos por el demandado al rendir interrogatorio de parte, le correspondía al actor indicar cuál era el tiempo que adeucía de pago, no pudiendo el despacho como lo pretende el recurrente, realizar cálculos con base en la suposición de haberse laborado el tiempo que manifiesta el actor y que no se le ha pagado; entonces ante las fallas de tipo probatorio, el actor ha de sufrir las consecuencias del incumplimiento de esa carga procesal, que no es otra que la absolución de lo pretendido. Son razones suficientes para confirmar la decisión de primera instancia en este aspecto.

INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO SIN JUSTA CAUSA

La parte demandante manifiesta en su apelación que el convocado a juicio le comunicó su decisión de terminar el contrato de trabajo sin justificación alguna. El demandado a su turno, señaló que, él había dejado su trabajo, manifestación que fue corroborada por Henry Ortiz Grimaldo (testigo del demandado), quien agregó, que después de que se le hubiera hecho un llamado de

¹ Sentencia SL7660-2017.

atención al accionante, este dejó su trabajo y se fue. Para resolver, la Sala advierte que tal y como lo ha sostenido la jurisprudencia del máximo órgano de la jurisdicción ordinaria en su especialidad laboral, es al trabajador a quien le corresponde **demostrar** el hecho del despido y luego es, el demandado quien tiene la carga procesal de probar la justificación; lo que significa que la responsabilidad en cabeza de la parte demandante no se agota en una mera indicación de la forma en que terminó el vínculo laboral, sino que debe acreditar debidamente dicha circunstancia, tal como lo indica el artículo 167 del CGP (sentencia SL 1166-2018, reiterada en la sentencia SL1639-2022).

Así, al revisar el informativo encuentra la corporación que con los medios de convicción que reposan en el expediente no se logra demostrar el hecho que dio lugar a la terminación del contrato, menos aún que se hubiese tratado de un despido. Por lo tanto, dada la orfandad probatoria al respecto, se confirmará la absolución impartida por el a quo en este punto.

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

R E S U E L V E

Primero.- MODIFICAR el ordinal segundo de la sentencia de fecha 29 de septiembre de 2022, proferida por el juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de condenar a Miguel Antonio Neira a pagar a favor de Édgar Rivera, los siguientes conceptos:

- | | |
|---|-----------------|
| a. Por Concepto de Cesantías | \$ 3.979.050,00 |
| b. Por Concepto de Intereses a las Cesantías | \$ 439.878,40 |
| c. Por Concepto de Primas de Servicios | \$ 3.949.050,00 |
| d. Por concepto de compensación de vacaciones | \$ 1.989.525,50 |

Segundo.- CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada.

Tercero.- Sin costas en esta instancia, dadas las resultas de los recursos.

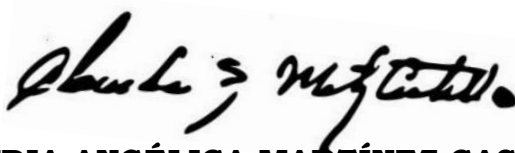
Notifíquese legalmente a las partes y cúmplase.

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Luz Ibañez'.

LUZ MARINA IBAÑEZ HERNANDEZ
Magistrada

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Marceliano Chávez'.

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Claudia Martínez'.

CLAUDIA ANGÉLICA MARTÍNEZ CASTILLO
Magistrada

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

Magistrada Ponente:
LUZ MARINA IBÁÑEZ HERNÁNDEZ

Bogotá D.C., veintinueve (29) de septiembre de dos mil veintitrés (2023)

Número de Proceso: 110013105005 2018 00707 01

Demandante: Augusto Rojas Osorio

Demandado: Colpensiones, Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías y Skandia Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías S.A.

Procede la Sala Segunda Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, conformada por los magistrados, Marceliano Chávez Ávila, Claudia Angélica Martínez Castillo y Luz Marina Ibáñez Hernández, quien actúa como ponente, a dictar la siguiente PROVIDENCIA de segunda instancia dentro del presente proceso, así:

AUTO

Se reconoce personería adjetiva para actuar al abogado Nicolás Ramírez Muñoz, identificado con C.C. No. 1.018.463.893 y portador de la T.P. No. 302.039 expedida por el Consejo Superior de la Judicatura, como apoderado sustituto de Colpensiones, conforme a la sustitución allegada a la carpeta de segunda instancia (archivo 4).

I. ANTECEDENTES:

1. PRETENSIONES

El señor **Augusto Rojas Osorio**, actuando por intermedio de apoderado judicial, demandó a Colpensiones, Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías y Old Mutual Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías S.A.,

Exp. No. 005 2018 00707 01

con el fin de obtener las siguientes pretensiones declarativas (fº. 4 del archivo 2):

“DECLARATIVAS

1.1. Declarar la **INEFICACIA** de la afiliación en pensión efectuada al RAIS a nombre del señor **AUGUSTO ROJAS OSORIO**, realizada y promovida por **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS**.

1.2. Declarar la **INEFICACIA** de la afiliación en pensión efectuada al RAIS a nombre del señor **AUGUSTO ROJAS OSORIO**, efectuada a **OLD MUTUAL ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.**

1.3. Declarar que el señor **AUGUSTO ROJAS OSORIO** se encuentra válidamente afiliado al régimen de prima media con prestación definida administrado por **COLPENSIONES...**”

En consecuencia, solicita se condene a: *i)* Colfondos y a Old Mutual Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías S.A., a registrar en el sistema de información la ineficacia del traslado efectuado por el actor *ii)* Old Mutual a trasladar a Colpensiones la totalidad de los aportes pensionales cotizados por el actor, junto con los rendimientos, deducciones por gastos de administración y descuentos para los seguros de invalidez y sobrevivientes; *iii)* Colpensiones a activar la afiliación en pensión de Augusto Rojas Osorio; *iv)* costas.

Como pretensiones de condena subsidiarias reclama:

“DECLARATIVAS

2.1. Declarar la **NULIDAD** de la afiliación en pensión efectuada al RAIS a nombre del Sr. **AUGUSTO ROJAS OSORIO**, realizada y promovida por **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS**.

2.2. Declarar la **NULIDAD** de la afiliación en pensión efectuada al RAIS a nombre del señor **AUGUSTO ROJAS OSORIO**, efectuada a **OLD MUTUAL ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.**

2.3. Declarar que el señor **AUGUSTO ROJAS OSORIO** se encuentra válidamente afiliado al régimen de prima media con prestación definida administrado por **COLPENSIONES...**”

Por consiguiente, solicita las mismas condenas indicadas en las pretensiones principales.

3. HECHOS RELEVANTES

Como fundamentos fácticos de las súplicas, en síntesis, señaló, que:

1. Nació el 14 de febrero de 1958 y empezó a cotizar al sistema de seguridad social en pensiones a través del Instituto de Seguros Sociales a partir del 1 de abril de 1982.
2. Desde el 17 de abril de 1991 al 30 de noviembre de 1994 trabajó con la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN y, por tanto, fue afiliado a Cajanal.
3. Para el 1° de abril de 1994, contaba con 38 años y 583 semanas de cotización.
4. La AFP Colfondos el 12 de octubre de 1994 lo persuadió para que se afiliada a dicha entidad.
5. Para la época en que se materializó su traslado, contaba con 617 semanas, es decir, más de 12 años de cotización.
6. El asesor no informó sobre las ventajas y desventajas que acarreaba suscribir el formulario de afiliación al RAIS, además, omitió informarle los requisitos que debía cumplir para acceder al derecho pensional.
7. Realizó aportes a Colfondos desde octubre de 1994 hasta el 17 de mayo de 2000, cuando se trasladó a Skandia S.A. hoy Old Mutual Pensiones y Cesantías S.A.
8. Para mayo de 2000 Old Mutual le hizo creer que le convenía mantenerse en el RAIS.
9. Para febrero de 2018, solicitó una asesoría pensional particular y se enteró en detalle de su caso.
10. El 20 de abril de 2018, pidió a Colpensiones su activación en el régimen, al considerar que era ineficaz su movimiento al RAIS, pero esta fue desatada en forma desfavorable el 23 de abril de 2018.
11. Para el 20 y 24 de abril de 2018, presentó a Colfondos y a Old Mutual, respectivamente, la declaratoria de ineficacia de su traslado, recibiendo respuesta negativa a su pedimento.

4. ACTUACIÓN DEL JUZGADO

La demanda fue presentada ante el Centro de Servicios Administrativos Jurisdiccionales para los juzgados civiles y de familia, el 5 de diciembre de

Exp. No. 005 2018 00707 01

2018 (archivo 1) y admitir el libelo introductorio con proveído del 4 de febrero de 2019, contra Colpensiones, Colfondos S.A. y Old Mutual (archivo 4).

Colpensiones dio contestación en forma legal y oportuna, oponiéndose a las pretensiones formuladas; en cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento del actor, su inicial vinculación al ISS, la solicitud presentada, y su respuesta negativa; sobre las restantes manifestó que no son ciertos o no le constan. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó inexistencia del derecho para regresar al RPMPD, prescripción, caducidad, e inexistencia de causal de nulidad. Cimentó su oposición al estimar que, las mismas carecen de sustento fáctico y legal, al no demostrarse los vicios del consentimiento (archivo 07 del expediente digital).

Colfondos SA presentó contestación en término resistiéndose a los pedimentos de la demanda; frente a los hechos aceptó su afiliación a dicha administradora desde octubre de 1994 hasta mayo de 2000, así como, su traslado hacia la AFP Skandia SA, la solicitud presentada y su respuesta negativa; sobre los restantes manifestó que no son ciertos o no le constan. Propuso las excepciones que denominó validez de la afiliación a Colfondos SA, buena fe, inexistencia de vicio del consentimiento por error de derecho, prescripción, y la innominada o genérica. Centró su oposición a la prosperidad de las pretensiones en que, la afiliación realizada por el actor era válida, al haberse expuesto su voluntad y por tanto no mediar vicio de consentimiento alguno (archivo 21 del expediente digital).

Skandia SA contestó oponiéndose a todas las pretensiones de la demanda; en cuanto a los hechos aceptó la solicitud presentada, y su respuesta negativa; sobre los restantes manifestó que no son ciertos o no le constan. Propuso las excepciones que denominó: prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe, y la genérica (archivo 34 del expediente digital). Como argumentos, para sentar su barrera respecto a las peticiones, fue que, el traslado efectuado se había realizado de acuerdo a los lineamientos de orden

Exp. No. 005 2018 00707 01

jurídico, proporcionando la información, para que este tomara una decisión consiente.

1. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El JUZGADO QUINTO LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ, mediante sentencia del 13 de mayo de 2023, puso fin a la primera instancia de la siguiente manera (archivo 41 ibídem):

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de traslado de régimen pensional de prima media al de ahorro individual, realizado por el señor AUGUSTO ROJAS OSORIO a través de COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS.

SEGUNDO: ORDENAR a SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., que traslade a ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES el valor las cotizaciones efectuadas junto con los rendimientos, frutos e intereses y a ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a recibir los aportes de la demandante procediendo a actualizar su historia laboral.

TERCERO: COSTAS a cargo de COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS y SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. inclúyase como agencias en derecho la suma de dos (4) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

CUARTO: En caso de que este fallo no fuere apelado, CONSÚLTESE con el superior a favor de ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.

Para llegar a dichas declaraciones, sostuvo que, para la fecha en que se presentó el traslado de régimen entre Cajanal y Colfondos, no se demostró que se hubiere suministrado al actor información idónea para realizar dicho movimiento, de régimen, además, que el formulario no demuestra el consentimiento informado, por lo que, su traslado se tornaba ineficaz. Para fulminar condena en costas, estimó que, esta se encontraría a cargo de Colfondos y Skandia, dado que, Colpensiones es un invitado necesario y no se puede castigar a una entidad pública, en cuanto al erario, imponiéndole costas en estos casos que son múltiples.

5. RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión del *a quo*, Colpensiones y Skandia SA interpusieron el recurso de apelación:

Colpensiones argumentó que el demandante realizó el traslado de régimen pensional de manera libre y voluntaria. Agregó, que las AFP debieron informarle acerca de la prohibición legal de traslado y brindarle una proyección pensional para que el actor escogiera el fondo de su conveniencia.

Por su parte, Skandia SA solicitó que se revoque la condena en costas, dado que, no intervino ni tuvo injerencia en el traslado de régimen pensional.

6. ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en la Ley 2213 de 2022, Colpensiones presentó alegatos en esta instancia solicitando se revoque la sentencia de primera instancia, al encontrarse el actor inmerso en una prohibición legal para retornar al RPM, además, por cuanto, el traslado se efectuó de manera libre y voluntaria, sin que haya mediado la intervención de la entidad, por lo que, reclama no se le condene en costas, además, que no se puede modificar la historia laboral hasta tanto no se reciban los dineros e información por parte de la AFP.

7. PROBLEMAS JURIDICOS.

El problema jurídico que ocupa la atención de la Sala se circunscribe en determinar si *i*). Colpensiones está legitimado para cuestionar el acto jurídico del traslado de régimen pensional, cuando la AFP no presentó oposición alguna a la declaratoria de ineficacia de mismo; *ii*) si es procedente la condena en costas a cargo de Skandia SA?

II. CONSIDERACIONES

Atendiendo lo expuesto en el artículo 66 A del CPT y SS, procede la Sala a analizar los puntos de inconformidad propuestos por Colpensiones y por Skandia Administradora de Fondos de Pensiones al momento de

sustentar sus respectivos recursos de apelación, y en consulta frente aquellos puntos no apelados y que afectan a Colpensiones.

Colpensiones interpone recurso de apelación en el que indica que en el asunto no se configuran los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado; en este sentido se recuerda que era la AFP Colfondos SA quien tenía la carga de probar que, efectivamente, al afiliado se le dio toda la información veraz, pertinente y segura de cuáles eran las condiciones de su eventual pensión en el RAIS, por ser quien tiene la información sobre el particular, al haber sido la que impulsó el traslado de régimen pensional; sin que Colpensiones tenga injerencia alguna ni legitimidad para cuestionar este punto, ya que no participó en el mentado negocio jurídico y la aludida AFP en momento alguno se mostró inconforme con esa decisión al no recurrirla.

Por lo que la alzada se restringe únicamente a revisar la procedencia o no de las condenas impuestas a Colpensiones, no sin antes hacer las siguientes precisiones en torno a la ineficacia del traslado:

1. El análisis de la eficacia del acto jurídico de migración del RPMPD al RPM por ausencia de una debida información de parte de las AFP no debe abordarse desde la figura jurídica de las nulidades si no por medio de la institución de la ineficacia, con excepción de las consecuencias de su declaratoria las cuales se rigen por lo previsto por el artículo 1746 del Código Civil relativo a los efectos de aquella (CSJ SL1688-2019, CSJ SL1465-2021, CSJ SL4297-2022, CSJ SL3155-2022, CSJ SL610-2023).
2. No resulta procedente que el sentenciador exija demostrar que el consentimiento expresado al momento en que se tomó la determinación cuestionada estuvo afectado por algún vicio, esto es error, fuerza o dolo (CSJ SL1566-2022, CSJ SL3155-2022, CSJ SL610-2023) y que en caso de estarlo se configuraría un yerro de derecho que no lo afectaba (CSJ SL2279-2021).
3. La Corte Suprema de Justicia, Sala Casación Laboral en forma reiterada

jurisprudencia ha señalado que, cuando el conflicto suscitado tiene como origen la omisión de información al afiliado por parte de la AFP en el momento de traslado de régimen pensional debe analizarse desde la figura jurídica de la ineficacia, puesto que al transgredirse el derecho a que el cambio de régimen pensional sea libre y voluntario, el efecto jurídico previsto por el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, no es otro, que el de la ineficacia de la afiliación (CSJ SL3871-2021, CSJ SL 3611-2021, CSJ SL3537-2021).

Por lo que no resulta adecuado entonces, como lo señala Colpensiones que la demandante probara la configuración de un vicio en su consentimiento (error de hecho, fuerza o dolo), puesto que como quedó visto el análisis del caso controvertido debe centrarse en establecer si la administradora de pensiones cumplió con su deber de información en el momento en que el afiliado tomó la decisión de cambiarse de sistema pensional.

4. Desde el surgimiento de los fondos privados en el sistema pensional han tenido la obligación de suministrar al afiliado una ilustración «comprensible y suficiente, sobre las consecuencias favorables y desfavorables que su decisión acarrea» pues es lo que conduce a que el usuario realmente tenga un consentimiento informado, el que ha sido definido como «un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen» (CSJ SL19447-2017, CSJ SL4324-2022) permitiendo así, que la decisión de traslado sea libre y voluntaria como lo exige el ordenamiento jurídico (CSJ SL4322-2022, CSJ SL1055-2022, CSJ SL610-2023).

5. Por lo previo son las administradoras de pensiones quienes tienen que acreditar que durante la migración entre el RPMPD al RAIS, se otorgaron los datos completos, necesarios y, suficientes, ya que la afirmación por parte del demandante de que tal obligación fue omitida, configura la existencia de una negación indefinida que, tiene como consecuencia la inversión de la carga de la prueba en armonía con el mandato establecido

Exp. No. 005 2018 00707 01

en el canon 1604 del Código Civil (CSJ SL1217-2021, CSJ SL3871-2021, CSJ SL5686-2021).

6. El resultado de la declaratoria de lo pretendido en el presente juicio trae consigo el regreso al régimen de prima media con prestación definida, lo cual implica que el fondo privado tenga la obligación de retornar a Colpensiones todos los emolumentos que percibió mientras la demandante estuvo vinculada al RAIS lo que incluye no solamente el capital, si no los rendimientos, cuotas de administración, comisiones, aportes para las garantías de pensión mínima, más seguros previsionales debidamente indexada, cobijando también todas las vinculaciones que hubiese tenido en dicho sistema (CSJ SL3464-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL5280-2021, CSJ SL1055-2022, CSJ SL2369-2022, CSJ SL610-2023

En virtud de lo anterior, se deberá condenar tanto a Skandia Administradora de Fondos de Pensiones como a Colfondos SA a devolver a Colpensiones lo descontado por concepto de gastos de administración, primas de seguros previsionales y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados a fin de contrarrestar la pérdida de poder adquisitivo de la moneda, y con cargo a sus propios recursos; al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen. Y es que, es apenas natural que se devuelvan todos los dineros aportados y generados en el RAIS para que pueda retrotraer el estado de afiliación del demandante. De no operar dicho reembolso, se le estaría dando efectos parciales a dicha declaratoria, y ello, además, implicaría un enriquecimiento sin justa causa a costa de los aportes del cotizante y su empleador.

Bajo este entendimiento, ante la indiscutible falta de información que se le debió brindar al demandante en el momento de su traslado de régimen pensional, se adicionará la decisión apelada y consultada, en los términos ya indicados.

PLAZO PARA EL TRASLADO DE LOS DINEROS

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

CONDENA EN COSTAS EN PRIMERA INSTANCIA A CARGO DE SKANDIA S.A

Finalmente, en lo que a la condena en costas refiere, no es viable su revocatoria, puesto que a lo largo del proceso Skandia Administradora de Fondos de Pensiones S.A. ha presentado oposición a las pretensiones de la demanda, incluso, desde el inicio solicitó que no se declarara el derecho en favor del accionante, pues consideraba que el deber de información se cumplió, lo que al final, como se ha venido explicando en esta parte motiva, no fue acogido.

En ese orden, siendo las costas la carga económica que dentro de un proceso debe afrontar la parte que obtuvo una decisión desfavorable y comprende además de las expensas erogadas por la otra parte, las agencias en derecho, cuya condena tiene por finalidad la de resarcir a la parte vencedora, los gastos en que incurrió en defensa de sus intereses, no se encuentra cómo pueda dejarse de aplicar la norma que lo regula.

Así, pues, el artículo 365 del CGP, señala:

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

Bajo tales presupuestos, es claro que la condena en costas atiende un criterio netamente objetivo, en la medida que no se evalúa la conducta de las partes (temeridad o mala fe), debiendo valorarse únicamente la

configuración de cualquiera de las hipótesis previstas por el legislador en la norma transcrita. En este orden al haber prosperado las pretensiones de la demanda, es viable que Skandia SA asuma el pago de las costas procesales, por tanto, se mantendrá la condena de la primera instancia.

Al respecto, recuérdese que, de antaño la jurisprudencia ha señalado que la finalidad de las costas es la de otorgar a la parte vencedora una razonable compensación económica por la gestión procesal que realizó, y que éstas son una simple consecuencia procesal del ejercicio de la acción o de la excepción, sin que pueda confundirse los criterios señalados en el numeral 4 del artículo 366 del CGP, que son únicamente para la graduación de las agencias en derecho dentro de los límites máximos y mínimos establecidos por el Consejo Superior de la Judicatura, más no comportan pautas de exoneración de las costas procesales.

COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Dado el resultado desfavorable de los recursos para la Skandia Administradora de Fondos de Pensiones S.A. y Colpensiones, se les impondrán las costas de esta instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO.- ADICIONAR el ordinal segundo de la parte resolutive de la sentencia apelada y consultada, en el sentido de condenar tanto a la AFP Skandia SA como a Colfondos SA a trasladar a Colpensiones, además de los valores ordenados por el a quo, lo descontado por concepto de gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, por todo el tiempo en que el actor estuvo afiliado a cada una de esas AFP. Al

Exp. No. 005 2018 00707 01

momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

SEGUNDO.- ADICIONAR la sentencia apelada y consultada en el sentido de conceder a las AFP Colfondos SA y Skandia Administradora de Fondos de Pensiones S.A., el término de 30 días contados a partir de la ejecutoria de esta sentencia, para que pongan a disposición de la Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones-, las sumas ordenadas.

TERCERO.- CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada y consultada.

CUARTO.- Costas en esta instancia a cargo de Skandia Administradora de Fondos de Pensiones S.A. y Colpensiones. Inclúyase en la liquidación respectiva la suma de un (1) smmlv a cargo de cada una, por concepto de agencias en derecho.

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



LUZ MARINA IBAÑEZ HERNANDEZ
Magistrada



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado



CLAUDIA ANGÉLICA MARTÍNEZ CASTILLO
Magistrada

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

Magistrada Ponente:
LUZ MARINA IBÁÑEZ HERNÁNDEZ

Bogotá D.C., veintinueve (29) de septiembre de dos mil veintitrés (2023)

Número de Proceso: 110013105022 2019 00779 01

Demandante: Julieth Natali Rojas Rincón

Demandado: Gestar Innovación SAS

Procede la Sala Segunda Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, conformada por los magistrados, Marceliano Chávez Ávila, Claudia Angélica Martínez Castillo y Luz Marina Ibáñez Hernández, quien actúa como ponente, a dictar SENTENCIA de segunda instancia dentro del presente proceso, de la manera siguiente:

I. ANTECEDENTES:

1. PRETENSIONES

La señora, **JULIETH NATALI ROJAS RINCÓN**, demandó a Gestar Innovación S.A.S., con el fin que se declare la existencia de un contrato de trabajo por obra o labor contratada, entre el 26 de noviembre de 2016 y el 14 de diciembre de 2018; además, que, a la fecha de finalización del contrato, no se le pagaron prestaciones sociales ni vacaciones y aún a la fecha de presentación de la demanda, dichos rubros no le habían sido cancelados; que actuó de mala fe la convocada y se encuentra obligada a pagar la sanción contenida en el artículo 65 del CST.

Consecuencia de lo anterior, reclama se condene al pago de la liquidación de acreencias laborales y vacaciones causadas hasta el 14 de diciembre de 2018, fecha en que se dio por terminado el contrato de trabajo por mutuo acuerdo; se cancele la sanción contenida en el artículo 65 del CST.

Subsidiariamente, solicita el pago de la indexación y costas.

2. HECHOS RELEVANTES

Como fundamento fáctico de las súplicas la actora, en síntesis, señaló que:

1. El 26 de noviembre de 2016 celebró un contrato de trabajo por obra o labor contratada con Gestar Innovación SAS., para desempeñarse como *“tecnóloga en gestión integrada de la calidad, medio ambiente, seguridad y salud ocupacional”*
2. El 14 de diciembre de 2018, decidieron terminar la relación laboral de mutuo acuerdo.
3. Al fenecimiento del vínculo laboral, devengaba un salario de \$1.732.950.
4. En el documento suscrito, para terminar el contrato, se estipuló el pago de las prestaciones sociales, en un plazo de quince días hábiles.
5. De acuerdo a liquidación efectuada por la empresa, las acreencias a su favor ascendían a la suma de \$3.540.271.
6. No recibió el pago de las prestaciones sociales ni de las vacaciones, en el término estipulado, ni a la fecha de radicación de la demanda.
7. El 14 de enero de 2019 solicitó a la empleadora la liquidación de prestaciones, el reconocimiento de la sanción moratoria y la indexación, pero no recibió respuesta al respecto.
8. El 29 de enero de 2019, reiteró la petición de pago de acreencias laborales y el 4 de febrero del mismo año, la empresa le informó que realizaría el pago de las sumas adeudadas, en el término de 20 días hábiles, pero ello, no ocurrió.
9. El 17 de julio de 2019, radicó un nuevo derecho de petición y este es contestado el 20 de agosto, informando que no se cuenta con dineros para ponerse al día con su obligación.
10. Acude ante el Ministerio del Trabajo el 23 de julio de 2019, con el fin de que dicho ente interceda por ella y se logre el pago reclamado.
11. En audiencia de conciliación celebrada el 22 de agosto de 2019, no llegaron a ningún acuerdo.
12. El 12 de septiembre de 2019, presenta una última reclamación.
- 13.

3. ACTUACIÓN DEL JUZGADO

La demanda fue presentada ante el Centro de Servicios Administrativos Jurisdiccionales para los juzgados civiles y de familia, el 1° de noviembre de 2019 (f° 55, archivo 1), siendo admitida por el Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Bogotá, con proveído del 17 de febrero de 2020 (f°. 56 del archivo 1), enviándose notificación a los correos electrónicos, juanmontenegro@gestarinnovacion.com y gerencia@gestarinnovacion.com el 22 de junio de 2021, de acuerdo a las previsiones contempladas en el Decreto 806 de 2020, norma vigente para la época (f°. 3 del archivo 2).

Con auto del 9 de agosto de 2022, se dio por contestada la demanda (archivo 10).

En la contestación de la demanda, el demandado, respecto a los hechos, aceptó la existencia del contrato de trabajo, cargo desempeñado, el último salario devengado, y la suscripción de documento a la fecha de la terminación del vínculo laboral. Como fundamento de su defensa, sostuvo que, su actuar estuvo revestido de buena fe, pues atravesó una grave crisis económica desde el año 2017 hasta el 2019, como consecuencia de una medida cautelar decretada por el Juzgado 43 Civil Circuito de Oralidad, que afectó su flujo de caja; además, al tener la compañía solo un cliente y este reducir en forma intempestiva el trabajo, sus ingresos se vieron seriamente afectados, sin embargo, con el fin de cumplir con sus obligaciones, solicitó préstamos bancarios, pero, estos no fueron concedidos y, por ello, se vieron forzados a programar el pagos de obligaciones, de manera paulatina, agravándose la situación económica, con la emergencia sanitaria acaecida por la pandemia del Covid 19, en el año 2020, que generó una disminución en los servicios prestados. Y no obstante a lo anterior, pagó a la ex trabajadora el 18 de septiembre de 2020. las acreencias laborales. Propuso las excepciones que denominó prescripción, cobro de lo no debido, pago y compensación, buena fe y la innominada o genérica (archivo 6 del expediente digital).

4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El JUZGADO VEINTIDÓS LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ, mediante sentencia de fecha 2 de noviembre de 2022, dispuso (archivo 19 y 20):

“PRIMERO: DECLARAR que entre la demandante señora **JULIETH NATALI ROJAS RINCON** y la **GESTAR INNOVACION SAS**, existió un contrato de trabajo de obra y labor contratada, desde el 29 de noviembre de 2016 hasta el 14 de diciembre de 2018, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de la presente decisión.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada **GESTAR INNOVACIÓN S.A.S.** a pagar a la demandante **JULIETH NATALI ROJAS RINCON** por concepto de indemnización por falta de pago de la que trata el Art. 65 del CST la suma de \$36.911.835.

TERCERO: ABSOLVER a la demandada **GESTAR INNOVACIÓN S.A.S.** de las demás pretensiones incoadas en su contra por la demandante **JULIETH NATALI ROJAS RINCÓN**.

CUARTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por la demandada.

QUINTO. COSTAS a cargo a la parte demandada, fíjense como agencias en derecho la suma de 1 SMLMV, liquídense en su oportunidad procesal oportuna.”

Fundó su determinación en que, no existía discusión respecto a la existencia del contrato de obra o labor contratada, con la demandante, desde el 29 de noviembre de 2016 al 14 de diciembre de 2018, devengando \$1.732.950 para el último año de servicios. En lo tocante a la imposición de la sanción moratoria, señaló que, si bien la convocada a juicio alegó una crisis económica, y tal situación se acreditó con la prueba documental adosada al expediente, esta no podía afectar al trabajador, luego entonces, al encontrarse acreditado que a la fecha de finalización del vínculo contractual no se habían pagado las acreencias laborales, era procedente fulminar condena por este concepto, a partir del 15 de diciembre de 2018 y hasta la fecha en que fue cancelada la obligación, es decir, 18 de septiembre de 2020.

5. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del *a quo*, la apoderada de la parte demandada, sienta su oposición frente a la sentencia emitida, al estimar que la empresa no actuó de mala fe, pues, nunca desconoció la obligación con la actora y por ello, pagó las acreencias adeudadas, aceptándose esta gestión por la misma ex trabajadora. Las dificultades económicas de la compañía no fueron previsibles, como tampoco, el hecho de la pandemia, que disminuyó considerablemente la

prestación de servicios a los clientes de la sociedad. Tampoco se tuvo la intención de causar un perjuicio, pese a que hubo una demora, esto obedeció a una serie de eventos desafortunados, como: *i)* tener un solo cliente y con los ingresos recibidos por este se pagaron acreencias, proveedores, arriendo, gastos de funcionamiento, con el fin de mantener el giro ordinario de los negocios *ii)* se presentaron glosas a su cliente y esto disminuyó los ingresos de la compañía, *iii)* embargo, donde se dejaron de percibir dineros, *iv)* rotación de personal y con ello, liquidaciones y deudas por pagar, la cual se podía corroborar con la declaración de Jhony Fonlain *v)* la deuda generada ante la DIAN. No se encuentra acreditada la mala fe; la empresa adelantó una serie de acciones con el fin de cumplir con el pago de la liquidación, pero ello no fue posible a corto plazo y ello se demuestra con la documental aportados “por el decreto de oficio” (sic), consistentes en el cobro de un saldo a favor ante la DIAN, pero dicho ente no ha materializado dicha devolución, también solicitó préstamos bancarios pero fueron negados por encontrarse reportados en centrales de riesgo; se intentó hacer un acuerdo de pago, pero este no fue aceptado por la demandante, acreditándose con ello, la buena fe.

6. ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en la Ley 2213 de 2022, la parte actora presentó alegatos en esta instancia, en la que reclama se confirme la decisión emitida por el juez de conocimiento, al considerar que, al no haberse satisfecho el pago de las acreencias al fenecimiento del vínculo laboral, sino un año, nueve meses y cuatro días después, era preciso imponer la sanción moratoria.

II. CONSIDERACIONES

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

No es objeto de discusión que: *i)* entre las partes existió un contrato de obra o labor vigente del 29 de noviembre de 2016 al 14 de diciembre de 2018, en el cargo de tecnóloga en gestión integrada de la calidad, medio ambiente,

seguridad y salud ocupacional (f° 104, 110 a 113 del archivo 6) *ii*) el vínculo laboral terminó por mutuo acuerdo, (f° 13 del archivo 1 y 119 del archivo 6), *iii*) la empresa Gestar Innovación S.A.S., a la fecha de la terminación del contrato laboral no pagó a la trabajadora las acreencias laborales, cumpliendo con su obligación laboral, tan solo hasta, el 18 de septiembre de 2020 (archivo 15); fundamento fáctico que fue aceptado por la demandada y declarado en primera instancia, sin que fueran objeto de reproche en la alzada.

De la indemnización moratoria.

La parte demandada apela la decisión de primer grado indicando que su actuar estuvo revestido de buena fe, ya que, a pesar de la crisis financiera por la que atravesó, adelantó todas las gestiones necesarias para pagar las acreencias laborales adeudadas a sus trabajadores. Por tal razón, no hay lugar a imponer condena al pago a sanción moratoria.

Pues bien, la indemnización moratoria consagrada en el artículo 65 del CST, no es de aplicación automática, sino que se requiere que el empleador haya actuado de mala fe, cuando no paga los salarios y prestaciones sociales causados a la terminación del contrato de trabajo. Sobre este punto ha sido pacífica la jurisprudencia de tiempo atrás sobre que la buena fe del empleador en el no pago de salarios y prestaciones sociales lo exonera de la indemnización moratoria. Así, la Sala laboral de la Corte Suprema de Justicia, indicó en sentencia SL845 de 2021:

"Por anticipado, se advierte que la censura tiene razón cuando asevera que el ad quem desacertó al concluir que la crisis financiera de la empresa constituye por sí sola una conducta justificante del impago de los salarios y prestaciones. En efecto, esta Corporación tiene adoctrinado que dichas situaciones no exoneran de la de la sanción moratoria prevista en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, dado que es necesario que el empleador demuestre que esa circunstancia le produjo una insolvencia o iliquidez tal que le impidió cumplir con sus obligaciones laborales.

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

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

Convirtiéndose en una carga procesal del demandado, probar que actuó de buena fe, la cual no se presume. En este sentido, la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 8216 de 2016, precisó:

“Esta Corporación, reiteradamente, ha puntualizado que la sanción moratoria prevista en los arts. 65 del C.S.T. y 99 de la L. 50/1990, procede cuando quiera que, en el marco del proceso, el empleador no aporte razones satisfactorias y justificativas de su conducta. Para esto, se ha dicho que el juez debe adelantar un examen riguroso del comportamiento que asumió el empleador en su condición de deudor moroso, y de la globalidad de las pruebas y circunstancias que rodearon el desarrollo de la relación de trabajo, en aras de establecer si los argumentos esgrimidos por la defensa son razonables y aceptables”

Significando, entonces, que, estructurado el contrato de trabajo, éste se debe ejecutar, como todo contrato, dentro de la solvencia de la buena fe, no sólo por expreso mandato legal (art. 55 del CST), sino también por principio, porque, aunque no es una norma ni se reduce a una o más obligaciones, es algo que debemos admitir como supuesto de todo ordenamiento jurídico.

Como pruebas allegadas tendientes a demostrar la crisis económica que alega el demandado como eximente de la indemnización moratoria, tenemos;

Contrato de transacción suscrito el 8 de agosto de 2017, entre los representantes legales de Gestar Innovación S.A.S. y la Corporación para el Desarrollo de la Seguridad Social - CODESS, con el fin de terminar el proceso ejecutivo adelantado ante el Juzgado Cuarenta y Tres Civil del Circuito de Bogotá (folio 53 del archivo 6).

De acuerdo al convenio suscrito, el 8 de agosto de 2017, se radicó ante Positiva Compañía de Seguros, una cesión parcial del crédito a favor de la Corporación para el Desarrollo de la Seguridad Social CODESS, respecto a tres pagos, el

primero por \$200.000.000, el segundo por \$62.517.689 y el tercero por valor de \$62.517.689 (folio 66 del archivo 6).

El trámite adelantado ante el Banco Davivienda, el 22 de abril de 2020, tendiente a adquirir un cupo de crédito, el que no fue avalado por la entidad financiera, por cuanto, *“Lamentablemente en este momento no podemos generar cupos de crédito, debido a que la empresa presenta obligaciones con moras altas en el sector financiero Banco de bogota con mas de 12 meses en mora y reportes en centrales de riesgo desfavorables.”* (sic) (fº. 94 y 95 del archivo 6).

Luego entonces, de las pruebas recaudadas se puede arribar a la conclusión que, para la fecha de terminación del contrato laboral - 14 de diciembre de 2018 - brillan por su ausencia las pruebas que demuestren la gestión desplegada por la accionada, con miras a pagar las acreencias adeudadas a la accionante, y solicitar créditos en entidades financieras, pues nótese que, el acuerdo de pago celebrado con la Cooperativa y cesión de dineros presentado ante Positiva datan de agosto de 2017, es decir, con más de un año de anterioridad a la finalización del vínculo laboral y la solicitud de crédito ante Davivienda, fue presentado en abril de 2020, es decir, dos años después de haber fenecido el vínculo laboral. Tampoco son de recibo las razones de que la pandemia mermó la producción de su actividad económica, ya para esta época (2020), la omisión en el cumplimiento del pago de los derechos laborales que originan la indemnización moratoria había producido plenos efectos.

Con relación a las dificultades económicas generadas al tener únicamente un cliente, que intento demostrar con los documentos visibles en el archivo 6, fl.º 47 y 53 a 65, encuentra la Sala que, esa circunstancia por sí misma no prueba la buena fe en el actuar del empleador, que lleve a la exoneración de la sanción en estudio, toda vez que ello es un riesgo que debe asumir el empleador y no el trabajador, puesto que éste no asume las consecuencias de los riesgos o pérdidas del empleador (art. 28 del CST). Al efecto, vale la pena traer a cuento lo dicho por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 24 de enero de 2012, radicado No. 37288 en la que recordó que:

“...la iliquidez o crisis económica de la empresa no excluye en principio la indemnización moratoria, en tanto no encuadra dentro del concepto esbozado de la buena fe porque no se trata de que el empleador estime que no debe los derechos que le son reclamados sino que alega no poder pagarlos por razones económicas;

quiebra del empresario que en modo alguno afecta la existencia de los derechos laborales de los trabajadores, pues éstos no asumen los riesgos o pérdidas del patrono conforme lo declara el artículo 28 del C. S. de T, fuera de que como lo señala el artículo 157 ibídem, subrogado por el artículo 36 de la Ley 50 de 1990, los créditos causados y exigibles de los operarios, por conceptos de salarios, prestaciones e indemnizaciones, son de primera clase y tienen privilegio excluyente sobre todos los demás.

De tal modo, si bien no se descarta que la insolvencia en un momento dado pueda obedecer a caso fortuito o de fuerza mayor, circunstancia que en cada caso deberá demostrarse considerando las exigencias propias de la prueba de una situación excepcional, ella por sí misma debe descartarse como motivo eximente por fuerza mayor o caso fortuito, pues el fracaso es un riesgo propio y por ende previsible de la actividad productiva, máxime si se considera que frecuentemente acontece por comportamientos inadecuados, imprudentes, negligentes e incluso dolosos de los propietarios de las unidades de explotación, respecto de quienes en todo caso debe presumirse que cuentan con los medios de prevención o de remedio de la crisis. Y no debe olvidarse que la empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones, entre las cuales ocupan lugar primordial las relativas al reconocimiento de los derechos mínimos a los empleados subordinados que le proporcionan la fuerza laboral (C.N art 333)...” (Sent. 18 de septiembre de 1995, rad. 7393)”

El anterior criterio fue reiterado en la sentencia SL845 del 17 de febrero de 2021, en la que, además, señaló que la crisis financiera de la empresa no constituye por sí sola una conducta justificante del impago de los salarios y prestaciones, “*dado que es necesario que el empleador demuestre que esa circunstancia le produjo una insolvencia o iliquidez tal que le impidió cumplir con sus obligaciones laborales*”; sin que la sociedad accionada hubiese cumplido con esta carga probatoria.

Por otro lado, como se explicó en líneas anteriores, el artículo 65 del CST exige al empleador que, a la terminación del contrato de trabajo, salde cualquier obligación pendiente con el trabajador por concepto de salarios y prestaciones sociales; de tal suerte, es un imperativo para el empresario pagar de manera completa en ese instante las acreencias laborales debidas, constituyéndose en una protección legal a favor del empleado, para que, una vez cesante, pueda disponer de los dineros para la satisfacción de sus necesidades materiales.

Ello no desconoce la posibilidad o el hecho de que el empleador, frente a alguna eventualidad física, económica o jurídica, no pueda satisfacer al instante las acreencias laborales debidas o el pago incompleto, pero, para aceptar cualquier excusa, le corresponde al deudor acreditar esas precisas circunstancias que lo pongan en el terreno de lo razonable, ya que, como lo ha explicado suficientemente la jurisprudencia laboral, para evitar la aplicación de la sanción

moratoria, el empleador debe aportar razones satisfactorias y justificativas de su conducta; de tal manera, que no basta alegar la crisis económica, porque se requiere establecer la verdadera imposibilidad de pago ante esa flaqueza.

Es más, en el mismo acuerdo de pago suscrito entre las partes el día 14 de diciembre del 2018, el empleador se comprometió:

“...Las partes ratifican que el pago de cotizaciones en seguridad social y parafiscalidad de EL TRABAJADOR, correspondientes a la vinculación laboral con la empresa se encuentra al día.

Las cotizaciones de seguridad social y parafiscalidad correspondientes a los últimos tres meses, se entregan a EL TRABAJADOR, al momento de hacerse efectiva la terminación del vínculo laboral.

Así mismo, se hace constar que en el término de quince días hábiles se le indicara el procedimiento para el pago de la liquidación”

En ninguna parte se indicó de factores económicos que impidieran realizar su pago, ni se hizo alusión a la adversidad que alegó en el decurso del proceso y en el recurso de alzada.

Entonces, como la demandada no acreditó las razones de peso que sustentaran la omisión en el pago de los salarios y prestaciones sociales de la actora a la finalización del vínculo laboral, se impone confirmar la decisión de primer grado en este punto.

Las costas de esta instancia a cargo del recurrente vencido.

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

R E S U E L V E

PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia apelada de fecha 2 de noviembre de 2022 proferida por el Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Bogotá.

SEGUNDO.- COSTAS en esta instancia a cargo de la demandada recurrente. Inclúyase en la liquidación respectiva la suma de un (1) smmlv por concepto de agencias en derecho de esta instancia.

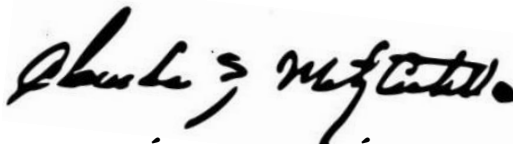
Notifíquese y cúmplase.



LUZ MARINA IBAÑEZ HERNANDEZ
Magistrada



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado



CLAUDIA ANGÉLICA MARTÍNEZ CASTILLO
Magistrada