



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

Magistrado Ponente: **RODRIGO ÁVALOS OSPINA.**

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR NORBERTO HERNÁNDEZ VEGA contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES y PORVENIR S.A. Radicación No. 11001-31-05-038-**2020-00088**-01.

Bogotá D.C., treinta (30) de abril dos mil veinticuatro (2024), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por Colpensiones; así mismo se estudiará en grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones de conformidad con lo establecido en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., ello por cuanto la decisión adoptada en primer grado fue adversa a sus intereses.

SENTENCIA

El demandante NORBERTO HERNÁNDEZ VEGA, por intermedio de apoderado judicial, instauró demanda ordinaria laboral en contra de las demandadas antes referidas para que se declare la nulidad e ineficacia de la afiliación que realizó en julio de 1998 del régimen de prima media con prestación definida (RPMD) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) administrado por la AFP Porvenir S.A. Como consecuencia de lo anterior, solicita retrotraer los efectos de la afiliación, y en tal sentido, trasladar a Colpensiones la información y dineros aportados como si el traslado nunca se hubiere realizado; lo que resulta probado *ultra y extra petita*; y las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, y en lo que interesa a la resolución del recurso, manifestó que en julio de 1998 se trasladó del régimen de prima media (RPMPD) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) sin recibir ninguna asesoría que le permitiera evaluar sus condiciones pensionales, por el contrario, sólo recibió información que le motivara a afiliarse al RAIS; que solicitó ante la demandada la anulación de su afiliación; quien negó la solicitud indicando que *“brindó toda la asesoría con pleno profesionalismo y transparencia”* y que la vinculación fue libre, espontánea, y sin presiones.

Actuación procesal

El Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá admitió la demanda con auto del 26 de febrero de 2020, y ordenó la notificación de las demandadas, así como de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Cumplido lo anterior, Porvenir S.A. y la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones contestaron la demanda en los términos de los archivos 03 y 04 respectivamente, del expediente digital.

Sentencia de primera instancia

El juzgado de conocimiento en sentencia proferida el 15 de julio de 2021 reconstruida el 7 de diciembre de 2022 resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA del acto de traslado del señor **NORBERTO HERNÁNDEZ VEGA**, del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, realizado a través de la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías COLPATRIA hoy PORVENIR S.A., el día 10 de julio de 1998, con fecha de efectividad del 1º de septiembre del mismo año y, consecuentemente, que las cosas se deben retrotraer al estado anterior al acto declarado ineficaz con los efectos jurídicos y económicos que comporten.

SEGUNDO: CONDENAR a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A., a devolver la totalidad de los valores recibidos de los empleadores del señor **NORBERTO HERNÁNDEZ VEGA**, por concepto de aportes, frutos, rendimientos financieros, bonos pensionales que se encuentren o no en la cuenta de ahorro individual, que llegaron a esos fondos en los períodos en que estuvo afiliado, sin descontar valor alguno por cuotas de administración, comisiones, aportes al fondo de garantía de la pensión mínima.

TERCERO: ORDENAR, a la Administradora de Fondos de Pensiones del régimen de ahorro individual PORVENIR S.A., que proceda a trasladar a COLPENSIONES de manera inmediata, la totalidad de los dineros que a título de aportes fueron pagados por **NORBERTO HERNÁNDEZ VEGA** y sus empleadores, junto con los rendimientos financieros que hubiesen producido, el bono pensional y demás integrantes de su cuenta de ahorro individual, sin descontar suma alguna por concepto de cuotas de administración, comisiones, aportes al fondo de garantía de pensión mínima del RAIS, o cualquier otra causa, durante todo el tiempo que el accionante permaneció en el RAIS, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: ORDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES que proceda a reactivar de manera inmediata la afiliación de **NORBERTO HERNÁNDEZ VEGA** al régimen de prima media con prestación definida por ella administrado, sin solución de continuidad y a reconstruir su historia laboral, con la totalidad de las semanas de cotización acreditadas desde la fecha de afiliación inicial.

QUINTO: ABSOLVER en lo demás.

SEXTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones de prescripción, así como las demás propuestas por PORVENIR S.A y COLPENSIONES, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa.

SÉPTIMO: CONCEDER el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de COLPENSIONES, de conformidad con lo señalado en el inciso tercero del artículo 69 del C.P.T y de la S.S.

OCTAVO: Costas de la instancia como se dijo en la parte motiva de esta sentencia”.

Para adoptar esta decisión, el operador de instancia indicó que estaba acreditado que el actor se había trasladado de régimen pensional hacia Porvenir S.A.; a su vez, mencionó que conforme lo ha adocinado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, le corresponde a las AFP suministrar a sus potenciales afiliados una información detallada y suficiente sobre las características, ventajas, desventajas y consecuencias del traslado de régimen, lo cual no se prueba con el formulario de afiliación, carga probatoria que en el sub-examine no se logró demostrar por parte de la AFP Porvenir S.A., máxime si se tiene en cuenta que el demandante dentro del interrogatorio de parte no confesó que se le hubiese brindado una información completa respecto de las características de ambos regímenes al tenor de lo preceptuado por la Alta Corporación.

Por tal razón, al encontrar que el proceso de traslado del demandante estuvo involucrado un asesor de la AFP Porvenir, sin que se acreditara que éste cumplió con los deberes de información, declaró la ineficacia del traslado y ordenó al fondo demandado a devolver y trasladar a COLPENSIONES los valores atrás descritos.

Recurso de Apelación

La apoderada de **Colpensiones** presentó recurso de apelación en el que manifiesta su inconformidad frente a la decisión adoptada por el a quo. De esta forma, solicita se revoque la sentencia de primer grado, sosteniendo que el artículo 83 de la constitución Política establece que las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deben ceñirse a los postulados de buena fe, por lo que la afirmación del gestor de que los fondos privados lo hicieron incurrir en error y no le brindaron la información suficiente respecto de las consecuencias que podría acarrear el traslado de régimen, impone que deba desvirtuar la buena fe de los fondos privados.

En esa medida, indica que solo a partir del año 2016 surgió el deber de información, sin que anteriormente se exigiera nada diferente al documento de afiliación, por lo que no es dable exigir cargas adicionales a las previstas en la ley. Además, la vinculación a uno u otro régimen pensional genera obligaciones recíprocas, tal y como lo establece el artículo 1495 del Código Civil, las cuales también están en cabeza del afiliado. Además, expuso que el

eventual traslado del régimen pensional del demandante afecta el sistema financiero del régimen de prima media, dado que ello genera una carga para los demás afiliados, por lo que solicita se revoque el fallo de instancia.

El apoderado de la **demandada Porvenir S.A.** interpone recurso de apelación contra la sentencia proferida por el a quo, pero una vez sustentado indicó que desistía del mismo, por lo que no se hará ninguna referencia en esta instancia.

Alegatos ante este Tribunal (Ley 2213 de 2022).

Admitido el recurso de apelación, se corrió el traslado a las partes para que presentaran los alegatos de conclusión; concurrió únicamente Colpensiones.

CONSIDERACIONES

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

Así las cosas, se tiene que el problema jurídico por resolver consisten en determinar si efectivamente existe o existió una ineficacia en el momento del traslado del accionante del régimen de prima media con prestación definida (RPMPD) al régimen de ahorro individual (RAIS), como consecuencia de la falta de información completa, veraz, oportuna, objetiva, comparada y transparente acerca de las características de los dos regímenes pensionales, para así escoger la mejor opción del mercado.

De la ineficacia del traslado

Para la resolución de este asunto, debe considerarse que las AFP tienen un deber legal de suministrar a sus potenciales afiliados información objetiva, comparada y transparente sobre las características, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado. Este deber existía desde la creación del sistema de seguridad social integral, como de ello da cuenta el artículo 97, numeral 1 del Decreto 663 de 1993, en armonía con el artículo 13, literal b) de la Ley 100 de 1993 (CSJ: SL1452-2019, SL1688-2019, SL1689-2019, SL4426-2019, SL3464-2019, SL4360- 2019, SL2611-2020, SL4806-2020 y SL373-2021).

En el referido artículo 97 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero se recalcó la importancia del deber de información de las entidades vigiladas por la Superintendencia

Bancaria hoy Superfinanciera, incluyendo naturalmente a las Administradoras de Fondo de Pensiones, al contemplar textualmente que *"Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado"*.

Así mismo el artículo 12 del Decreto 720 de 1994 consagra las obligaciones de los promotores en los siguientes términos: *"Los promotores que empleen las sociedades administradoras del sistema general de pensiones deberán suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación, durante toda la vinculación y con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado"*.

De igual manera, debe considerarse que la suscripción de un formulario por parte del afiliado, que pueda o no, contener afirmaciones en el sentido de indicar que la afiliación se realiza de forma libre y voluntaria, no liberan a las AFP de su obligación de brindar información completa, objetiva y comparada de los distintos regímenes pensionales y las consecuencias asociadas al traslado entre ellos. A lo sumo, estas expresiones acreditan un consentimiento sin vicios, pero no uno debidamente informado (SL 4964 de 2018, SL 4964 de 2018, SL 1421 de 2019, SL 2877 de 2020 y SL 3193 de 2023).

De manera que, para la Sala, no cabe duda en cuanto a la existencia de un compendio normativo que obligaba a las administradoras de pensiones a informar en el momento del traslado, en forma, clara, completa, objetiva, veraz y transparente acerca de las características de ambos regímenes. Sobre este punto en particular, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, específicamente en la sentencia SL 1688 de 2019 con radicado No.68838, precisó desde cuándo se encontraba en cabeza de esas administradoras de pensiones, esa obligación probatoria en los siguientes términos:

"Desde este punto de vista, para la Corte es claro que, desde su fundación, las administradoras ya se encontraban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales, pues solo así era posible adquirir «un juicio claro y objetivo» de «las mejores opciones del mercado»".

Descendiendo al caso concreto, se tiene que el demandante estuvo afiliado al RPMPD administrado hoy por Colpensiones y diligenció el formulario de afiliación al RAIS administrado por Colpatria Sociedad Administradora de Fondo de Pensiones S.A. el 10 de julio de 1998 conforme a la documental obrante a folio 48 del archivo 01 del expediente digital; que el 28 de junio de 2001 se trasladó a la AFP Porvenir y el 22 de noviembre de 2004 a la AFP Horizonte hoy Porvenir de conformidad con las documentales obrantes a folios 109 y 110 del mismo archivo.

El punto que controvierte la apoderada de Colpensiones se relaciona con el hecho de que el demandante debió desvirtuar el actuar de buena fe por parte del fondo privado, cuyas actuaciones se encuentran revestida de un actuar de buena fe en virtud de lo dispuesto en el artículo 83 de la CP, de igual manera refiere que el deber de información surgió únicamente a partir del año 2016 y que el sistema financiero del RPMPD se vería afectado con el traslado del demandante, ya que se generaría una carga adicional para los demás afiliados.

Para abordar estos puntos particulares será necesario remitirse a las pruebas obrantes en el expediente, pues se trata de una cuestión eminentemente fáctica y jurídica. De manera que la Sala encuentra que, al escuchar el interrogatorio de parte del demandante, este expresó que en 1998 trabajaba en la secretaría de salud de Cundinamarca, y allí recibió la visita de promotores comerciales para afiliarse a Horizonte hoy Porvenir; dice que no se dieron mayores explicaciones sobre los beneficios del cambio de administradora; es decir, no hubo una asesoría como tal. De igual manera, refiere que había una directriz de talento humano, sobre la afiliación al fondo privado y por ese motivo, él se afilió, acatando ese direccionamiento. Particularmente, indica que no tuvo conocimiento de la forma en que se realiza el cálculo de la pensión en el fondo privado, y que solamente le fue presentada una proyección pensional en el año 2017 cuando se acercó a Porvenir para conocer el valor en el que podría obtener una pensión ya que se acercaba a la edad de pensión.

Ahora bien, debe advertirse que, en el formulario de traslado aportado al expediente, de fecha 10 de julio de 1998, se registró la firma de un asesor comercial, y lo que se está garantizando con dicha suscripción es que se brindó la información completa e informada sobre el traslado al trabajador, hecho que no se encuentra acreditado en el expediente.

Y es que así debe entenderse, como quiera que, al contestar la demanda, Porvenir S.A. manifestó que en el traslado del demandante del RPMPD al RAIS se realizó *“después de haber recibido información, clara, precisa, veraz y suficiente, acerca de las condiciones, características y funcionamiento del mismo de conformidad con las disposiciones contenidas en la ley 100 de 1993 en los artículos 60 y siguientes, por lo cual la decisión de suscribir el formulario de afiliación, fue libre, voluntaria e informada”*; de donde se reitera que, en el presente asunto, no se acreditó el cumplimiento de la asesoría en la que la parte demandada soporta su defensa.

Por otro lado, también se debe tener presente que la doctrina del precedente vertical en la sentencia del 09 de septiembre del año 2008, radicado 31989, ya había definido que la suscripción libre y voluntaria de ese formulario no era suficiente para dar cumplimiento a ese deber de información. Posición que fuera repetida también en forma pacífica por parte de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras en la Sentencia del 03 de abril de 2019 en los siguientes términos:

“La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado”.

Incluso en providencias más próximas a la fecha, se ha mantenido inmutable la postura de la Sala, ejemplo de esto lo encontramos en la Sentencia SL397 del 1 de marzo de 2023 en la que se afirmó:

“En cuanto a la suscripción de uno o varios formularios de afiliación (f.º59), se encuentra adoctrinado que son insuficientes para demostrar que la decisión de traslado estuvo precedida por una ilustración acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes. Tampoco es admisible sostener que la simple rúbrica impresa en el formulario, en señal de asentimiento, pueda suplir la información que deben brindar las administradoras (entre otros fallos se cita CSJ SL SL1688-2019)”.

Con todo lo anterior, la Sala advierte que en el expediente no existe un solo elemento de convicción distinto al formato de vinculación que demuestre que la AFP Porvenir dio información transparente y completa al afiliado sobre las características de ambos regímenes pensionales y las implicaciones inherentes de pertenecer a uno u otro. Por tanto, la Sala concluye que le asiste razón al fallador de instancia al declarar la ineficacia del traslado que efectuó el demandante el 10 de julio de 1998, dado que la AFP Porvenir S.A. no probó el cumplimiento del deber de información en el momento del traslado de régimen del promotor.

Finalmente, frente a la sostenibilidad del sistema financiero, al que alude la apoderada de Colpensiones en su recurso, se encuentra que ya se ha pronunciado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia indicando que dicho principio constitucional no se ve afectada con la declaratoria de ineficacia del traslado. Por ejemplo en Sentencia SL1497 de 2022, se indicó que: *“Tampoco se atenta contra la sostenibilidad financiera del Sistema, en la medida en que la ley dispone las fuentes de financiamiento de las prestaciones económicas que éste reconoce y, en todo caso, la ineficacia comporta unos efectos que pasan a explicarse más adelante, lo que supone, entre otras cosas, que la totalidad del ahorro pensional efectuado, con los elementos que lo integran, pasen de la AFP a la administradora del Régimen de Prima Media.”* Bajo estas consideraciones, se confirmará la decisión de primera instancia.

Así queda resuelto el recurso de apelación interpuesto.

COSTAS

Costas en esta instancia a cargo de Colpensiones porque su recurso no prosperó, se fijan como agencias en derecho la suma de \$1.000.000.

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá el 7 de diciembre de 2022 en el procesos promovido por NORBERTO HERNÁNDEZ VEGA contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES y PORVENIR S.A. de conformidad con la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO: Costas en esta instancia a cargo de Colpensiones porque su recurso no prosperó, se fijan como agencias en derecho la suma de \$1.000.000.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



RODRIGO AVALOS OSPINA

Magistrado

(Salva Voto Parcial)

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
MAGISTRADO



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

Magistrado Ponente: **RODRIGO ÁVALOS OSPINA.**

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR EDGAR EDUARDO PACHECO VACA contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Radicación No. 11001-31-05-030-**2021-00552-01.**

Bogotá D.C., treinta (30) de abril dos mil veinticuatro (2024), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por Colpensiones y Porvenir S.A; así mismo se estudiará en grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones de conformidad con lo establecido en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., ello por cuanto la decisión adoptada en primer grado fue adversa a sus intereses.

SENTENCIA

El demandante Edgar Eduardo Pacheco Vaca, por intermedio de apoderado judicial, instauró demanda ordinaria laboral en contra de las demandadas antes referidas para que se declare la ineficacia de la afiliación que realizó en mayo de 1999 del régimen de prima media con prestación definida (RPMD) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) administrado por la AFP Porvenir S.A. Como consecuencia de lo anterior, solicita que se ordene a Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones los valores que el demandante hubiera recibido por concepto de cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales, con todos sus frutos e intereses; que igualmente se ordene a Colpensiones que una vez recibidos los dineros por parte de la AFP privada actualice la historia laboral del accionante; Y se condene al pago de costas y agencias en derecho.

En respaldo de sus pretensiones, y en lo que interesa a la resolución del recurso, manifestó que se afilió al Instituto de Seguros Sociales, iniciando cotizaciones a partir del 15 de septiembre de 1993. Y que luego que se trasladó del régimen de prima media (RPMPD) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) administrado por Porvenir S.A en mayo de 1999.

No obstante, precisa que al momento de afiliarse a Porvenir S.A. no recibió la asesoría que se requería para que de manera informara tomara una decisión libre y consciente, esto con ocasión a que el asesor no le suministró información clara y suficiente sobre los efectos y las consecuencias del traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual. Manifestando que estos se limitaron a

indicar que las condiciones pensionales en el RAIS serían mejores, pero nunca le realizaron una proyección que acreditara que el régimen de ahorro individual en realidad le podía ofrecer unas condiciones más favorables en materia pensional.

Actuación procesal

El Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá admitió la demanda con auto del 28 de febrero de 2022, y ordenó la notificación de las demandadas. Cumplido lo anterior, la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones y Porvenir S.A. contestaron la demanda según se observan en los archivos 05 y 06 del expediente virtual, y en el auto que tuvo por contestada la demanda del 04 de agosto de 2022.

Contestación Demanda

COLPENSIONES contestó con oposición a las pretensiones de la demanda argumentando que la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad Administrador por Porvenir S.A. se realizó con plena voluntad del cotizante, quien por decisión propia solicitó suscribir el formulario de afiliación a dicha AFP, cumpliendo con los requisitos establecidos por la Sentencia C-1024 de 2004, y en la sentencia C-789 de 2002, basadas en el artículo 2 de Ley 797 de 2003 que modificó el literal “e” del artículo 13 de la Ley 100 de 1993; que al momento de solicitar la nulidad del traslado de régimen se encontraba inmerso en la prohibición de la que trata el artículo 2 de la Ley 797 de 2003. Indicó además que la Administradora Colombiana de Pensiones ha actuado en estricto cumplimiento del orden legal y solicitó que en una eventual condena, la misma estuviera supeditada al traslado efectivo de la totalidad de valores consignados en la cuenta de ahorro individual con solidaridad del demandante, así como los dineros destinados a seguros previsionales, gastos de administración, rendimientos, fondo de garantía de pensión mínima y fondo de solidaridad pensional.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó. en caso que se demuestre la falta de la información y buen consejo se absuelva a Colpensiones y se condene a la AFP Porvenir S.A. para que trate al afiliado conforme a las reglas del RPM, aplicación del precedente establecido en la sentencia SL 373 del 2021, el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, buena fe, inexistencia del derecho, innominada o genérica, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público.

Porvenir S.A., también se opuso a las pretensiones de la demanda señalando que el traslado de régimen pensional que al momento del traslado realizado por el demandante al RAIS a través de la Porvenir día 26 de mayo de 1999, brindó a la parte actora información de manera clara, precisa, veraz y suficiente de acuerdo con las disposiciones contenidas en la Ley 100 de 1993, expresando el funcionamiento, características y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad, las implicaciones de su traslado y los requisitos para pensionarse bajo el régimen de ahorro individual. Razón por la cual asevera el promotor de este juicio suscribió el formulario de afiliación N° 01187153, del 26 de mayo de 1999 de forma libre y espontánea.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó: prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y excepción genérica.

Sentencia de primera instancia

El juzgado de conocimiento en sentencia proferida el 13 de diciembre de 2022 resolvió:

“PRIMERO: Declarar ineficaz el traslado de régimen pensional que hizo el señor EDGAR EDUARDO PACHECO VACA, identificado con cédula de ciudadanía No. 9.422.010, del Régimen De Prima Media Con Prestación Definida administrado por el extinto Instituto de los Seguros Sociales hoy COLPENSIONES al Régimen De Ahorro Individual con Solidaridad administrado por la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., a partir del 1° de julio de 1999, conforme a lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: Declarar válidamente vinculado al demandante señor EDGAR EDUARDO PACHECO VACA al régimen de prima media con prestación definida administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, sin solución de continuidad, conforme a lo expuesto.

TERCERO: Condenar a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. a devolver a COLPENSIONES todos los valores que reposan en la cuenta de ahorro individual del demandante, junto a sus rendimientos y los costos cobrados por concepto de administración por el lapso en que permaneció en dicha administradora esto es desde el 1° de julio de 1999 y hasta que se haga efectivo el traslado, los costos cobrados por administración deberán ser cubiertos con recursos propios del patrimonio de la administradora y debidamente indexados.

CUARTO: Ordenar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a que una vez ingresen los valores de la cuenta de ahorro individual del demandante, reactive su afiliación al Régimen de Prima Media con Prestación Definida y actualice la información en su historia laboral para garantizar el derecho pensional bajo las normas que regulan el Régimen de Prima Media con Prestación definida.

QUINTO: Declarar no probadas las excepciones planteadas por las accionadas, conforme a lo expuesto.

SEXTO: Condenar en costas de esta instancia a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., por secretaría líquídense e inclúyanse como agencias en derecho la cantidad de TRES MILLONES SEISCIENTOS MIL PESOS (\$3'600.000) a favor del demandante.

SÉPTIMO: Sin costas ni a favor ni en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES.

OCTAVO: Conceder el grado Jurisdiccional de Consulta a favor de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES.”

Para adoptar esta decisión, el operador de instancia indicó que la falta de información al momento del traslado de régimen pensional no debe estudiarse desde el régimen de nulidades previstas en la legislación civil sino de la ineficacia, la cual opera de pleno derecho cuando hay omisión en el deber de información, conforme lo ha señalado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia desde la Sentencia SL20136-2014 del 03 de septiembre de 2014 dentro del radicado 42292. Luego expuso extensamente las diferencias entre los regímenes pensionales. Acto seguido, trajo a colación los artículos 13 letra b, 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, el artículo 97 del Decreto 663 de 1993, la Ley 797 de 2003 y el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, para llegar a la conclusión de que las administradoras de fondos de pensiones desde su inicio han tenido la obligación de cumplir con el deber de brindar a sus afiliados instrucción e información detallada y suficiente sobre las características, ventajas, desventajas y consecuencias del traslado de régimen pensional. Respecto al formulario de afiliación a Porvenir S.A. de fecha 26 de mayo de 1999, indicó que este no era suficiente para demostrar que la demandada hubiese cumplido con el deber de información. Indicó que el hecho de haber permanecido por más de 20 años en el RAIS no implica por sí mismo un acto de relacionamiento.

Por tal razón, al encontrar que no se cumplió con el deber de información, declaró la ineficacia del traslado y ordenó al fondo demandado a devolver y trasladar a Colpensiones los valores atrás descritos.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

La apoderada de Porvenir S.A. interpuso el recurso de apelación parcial frente al numeral tercero de la sentencia proferida, señalando que no es admisible la devolución de gastos de administración, dado que conforme a lo señalado en el inciso 2 artículo 20 de la Ley 100 de 1993 los mismos aplican por igual para ambos regímenes pensionales, que estos no hacen parte de la pensión y que están sujetos al fenómeno de la prescripción, razones por la cuales no es dable ordenar su devolución, apoyando su argumento en concepto emitido por la Superintendencia Financiera.

Indicó además que estos gastos de administración deben compensarse como restituciones mutuas, como quiera que la AFP realizó las gestiones en favor del afiliado que le generaron unos rendimientos financieros, de modo que de condenarse a Porvenir S.A. a trasladar los mismos, resultaría en un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones al permitir que esa entidad se beneficie sin haber realizado ningún tipo de administración.

Frente a la indexación los gastos de administración, señala que esta consiste en una doble condena ya que con los rendimientos financieros se compensa la depreciación que pudiera haber sufrido la moneda.

Por su parte, el apoderado de Colpensiones interpuso el recurso de apelación con fundamento en que de prosperar la ineficacia del traslado se estaría poniendo en riesgo la sostenibilidad financiera del

Régimen de Prima Media con Prestación Definida, manifestando además que si se demuestra el incumplimiento del deber de información por parte de Porvenir S. A al momento del traslado de régimen pensional, lo procedente sería condenar a esa administradora de fondos de pensiones a que trate al afiliado conforme a las reglas del Régimen de Prima Media, y no atribuir a Colpensiones la carga del eventual reconocimiento pensional del demandante.

Alegatos ante este Tribunal (Ley 2213 de 2022).

Admitido el recurso de apelación con auto del 4 de mayo de 2023 por esta Corporación, se corrió el traslado a las partes para que presentaran los alegatos de conclusión; concurrió únicamente la parte actora.

CONSIDERACIONES

De conformidad con lo preceptuado en el artículo 35 de la Ley 712 de 2001 esta Sala de Decisión emprende el estudio de los puntos de inconformidad planteados por Porvenir S.A. y Colpensiones en el momento de interponer y sustentar el recurso ante el juez de primera instancia, como quiera que el fallo que se profiera tiene que estar en consonancia con tales materias, sin que le sea permitido al Tribunal abordar temas distintos de estos. Así mismo se estudiará en grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones de conformidad con lo establecido en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., ello por cuanto la decisión adoptada en primer grado fue adversa a sus intereses.

En este orden, encontramos como problemas jurídicos a resolver i) si es dable declarara ineficaz el traslado de régimen pensional realizado por el demandante, ii) si como consecuencia de dicha declaratoria debe condenarse a Porvenir S.A. a devolver los gastos de administración debidamente indexados y iii) si con la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional se vulnera la sostenibilidad financiera del Régimen de Prima Media.

De la ineficacia del traslado

Para la resolución de este asunto, debe considerarse que las AFP tienen un deber legal de suministrar a sus potenciales afiliados información objetiva, comparada y transparente sobre las características, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado. Este deber existía desde la creación del sistema de seguridad social integral, como de ello da cuenta el artículo 97, numeral 1 del Decreto 663 de 1993, en armonía con el artículo 13, literal b) de la Ley 100 de 1993 (CSJ: SL1452-2019, SL1688-2019, SL1689-2019, SL4426-2019, SL3464-2019, SL4360- 2019, SL2611-2020, SL4806-2020 y SL373-2021).

En el referido artículo 97 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero se recalcó la importancia del deber de información de las entidades vigiladas por la Superintendencia Bancaria hoy Superfinanciera, incluyendo naturalmente a las Administradoras de Fondo de Pensiones, al contemplar textualmente que *"Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado"*.

Así mismo el artículo 12 del Decreto 720 de 1994 consagra las obligaciones de los promotores en los siguientes términos: *“Los promotores que empleen las sociedades administradoras del sistema general de pensiones deberán suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación, durante toda la vinculación y con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado”*.

De manera que, para la Sala, no cabe duda en cuanto a la existencia de un compendio normativo que obligaba a las administradoras de pensiones a informar en el momento del traslado, en forma, clara, completa, objetiva, veraz y transparente acerca de las características de ambos regímenes. Sobre este punto en particular, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, específicamente en la sentencia SL 1688 de 2019 con radicado No. 68838, precisó desde cuándo se encontraba en cabeza de esas administradoras de pensiones, esa obligación probatoria en los siguientes términos:

“Desde este punto de vista, para la Corte es claro que, desde su fundación, las administradoras ya se encontraban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales, pues solo así era posible adquirir «un juicio claro y objetivo» de «las mejores opciones del mercado»”.

De igual manera, debe considerarse que la suscripción de un formulario por parte del afiliado, que pueda o no, contener afirmaciones en el sentido de indicar que la afiliación se realiza de forma libre y voluntaria, no liberan a las AFP de su obligación de brindar información completa, objetiva y comparada de los distintos regímenes pensionales y las consecuencias asociadas al traslado entre ellos. A lo sumo, estas expresiones acreditan un consentimiento sin vicios, pero no uno debidamente informado (SL 4964 de 2018, SL 4964 de 2018, SL 1421 de 2019, SL 2877 de 2020 y SL 3193 de 2023).

Descendiendo al caso concreto, se tiene que el demandante estuvo afiliado al RPMPD administrado hoy por Colpensiones, y que diligenció el formulario de afiliación al RAIS administrado por Porvenir S.A. **el 26 de mayo de 1999**, conforme a la documental obrante a folio 92 del archivo 05 del expediente digital.

Sobre este punto, conviene recordar que la doctrina del precedente vertical en la sentencia del 09 de septiembre del año 2008, radicado 31989, ya había definido que la suscripción libre y voluntaria de ese formulario no era suficiente para dar cumplimiento a ese deber de información. Posición que fuera repetida también en forma pacífica por parte de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras en la Sentencia del 03 de abril de 2019 en los siguientes términos:

“La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado”.

Incluso en providencias más próximas a la fecha, se ha mantenido inmutable la postura de la Sala, ejemplo de esto lo encontramos en la Sentencia SL397 del 1 de marzo de 2023 en la que se afirmó:

“En cuanto a la suscripción de uno o varios formularios de afiliación (f.º59), se encuentra adoctrinado que son insuficientes para demostrar que la decisión de traslado estuvo precedida por una ilustración acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes. Tampoco es admisible sostener que la simple rúbrica impuesta en el formulario, en señal de asentimiento, pueda suplir la información que deben brindar las administradoras (entre otros fallos se cita CSJ SL SL1688-2019)”.

Por otro lado, frente al interrogatorio de parte rendido por el demandante EDGAR EDUARDO PACHECO VACA en la audiencia celebrada el 13 de diciembre de 2022, avizora la Sala que este no confiesa nada en favor de las demandadas, únicamente declara que al momento de su traslado le indicaron que la liquidación de su pensión sería más favorable en el Régimen de Ahorro Individual.

Con todo lo anterior, la Sala advierte que en el expediente no existe un solo elemento de convicción distinto al formato de vinculación que demuestre que la AFP Porvenir S.A. dio información transparente y completa al afiliado sobre las características de ambos regímenes pensionales y las implicaciones inherentes de pertenecer a uno u otro al momento en que el promotor de este juicio suscribió el formulario de afiliación, lo que conduce a esta Sala a confirmar la declaratoria de ineficacia del traslado que efectuó el demandante el 26 de mayo de 1999, como lo determinó el a quo.

De los gastos de administración:

De otra parte, se duele la demandada Porvenir S.A. de que se condenase a la devolución de los gastos de administración, señalado en primer lugar que de conformidad con el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 estos se encuentran previstos en ambos regímenes pensionales y que no hacen parte del capital acumulado en la cuenta de ahorro individual del accionante. Frente a este argumento, es de precisar que los efectos de la ineficacia consisten en retrotraer las cosas a su estado anterior, como si el demandante jamás se hubiese afiliado al fondo privado de pensiones, y siempre hubiese permanecido en el Régimen de Prima Media. Bajo esta ficción todas las sumas incluidas en la cotización del accionante corresponden a la administradora del régimen de prima media, más aún cuando en el artículo 20¹ citado por la recurrente se establece que en el régimen de prima media el 3% de los aportes están dirigidos a financiar tanto los gastos de administración como las pensiones de invalidez y sobrevivientes las cuales son pagadas a través el fondo común.

Por consiguiente, le asiste la razón al juzgador de primera instancia al indicar que debe ordenarse la devolución de los gastos de administración, pues así lo ha expuesto en múltiples ocasiones la Sala Laboral del a Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL1499 del 27 de abril de 2022 en la que se indicó lo siguiente:

¹ “**ARTICULO 20.** Monto de las Cotizaciones. La tasa de cotización continuará en el 13.5% del ingreso base de cotización. En el régimen de prima media con prestación definida el 10.5% del ingreso base de cotización se destinará a financiar la pensión de vejez y la constitución de reservas para tal efecto. El 3% restante sobre el ingreso base de cotización se destinará a financiar los gastos de administración y la pensión de invalidez y sobrevivientes”

*“También se ha dicho por la Sala que como **la declaratoria de ineficacia tiene efectos ex tunc (desde siempre), las cosas deben retrotraerse a su estado anterior, como si el acto de 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.*

De igual forma, la Sentencia SL3477 de 2021 reiteró:

*“De igual modo, se condenará a la Sociedad Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. a trasladar a la UGPP, además de lo consignado en la cuenta de ahorro individual y los rendimientos, los bonos pensionales, el porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima. **Así mismo, se le condenará la devolución de los gastos de administración y el valor de las primas del seguro previsional, debidamente indexados a la fecha de entrega a la UGPP.**” (resalta la Sala).*

En ese sentido, debe también considerarse que la devolución de los aportes y descuentos realizados por las AFP en el RAIS, obedece a que estas sumas también formarán parte de la financiación de la pensión de los afiliados a futuro y del funcionamiento mismo del Régimen de Prima Media. Criterio bajo el cual, la Sala considera acertada la decisión del a quo de ordenar la indexación de los gastos de administración con cargo a los recursos de Porvenir S.A.

Por otro lado, respecto al argumento de la recurrente Porvenir S.A de que dichos gastos de administración se encontraban prescritos, basta con recortar la postura de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia que se encuentra subsumida en la sentencia SL3179-2023, en la cual se puntualizó: *“En cuanto a la excepción de prescripción que propusieron las demandadas, esta Sala ha manifestado reiteradamente que la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales es imprescriptible porque se trata de un estado jurídico que no está sujeto a aquel fenómeno extintivo, a diferencia de lo que sucede con los derechos de crédito (CSJ SL1688-2019, reiterada en CSJ SL4360-2019).”*

Por consiguiente, siguiendo los lineamientos jurisprudenciales del órgano vértice de la jurisdicción ordinaria laboral, es posible concluir que la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible, y así también los son las consecuencias de su declaratoria, incluida la devolución de los gastos de administración y demás sumar ordenadas por el juez de primera instancia.

De la Sostenibilidad del RPMPD

Finalmente, para abordar a la inconformidad referida por el apoderado de la Administradora Colombiana de Pensiones, frente a la sostenibilidad del sistema financiero se encuentra que ya se ha pronunciado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia indicando que dicho principio constitucional no se ve afectado con la declaratoria de ineficacia del traslado, dado a que como se

señaló previamente, la AFP tiene el deber de restituir todos los valores recibido por concepto de la afiliación del accionante con todos sus frutos, con lo cual se compensan las cotizaciones que debió efectuar el accionante el Régimen de Prima Media con Prestación Definida y se financia la pensión a recibir.

Así lo señaló la Corte Suprema en sentencia SL2877-2020 adoctrinando: *“Asimismo, la decisión que se controvierte en casación tampoco lesiona el principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones, puesto que los recursos que deben reintegrar los fondos privados accionados a Colpensiones serán utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas.”*

Lo anterior también ha sido reiterado en la sentencia SL1497-2022, en esta última con toda claridad la Corte precisó: *“Tampoco se atenta contra la sostenibilidad financiera del Sistema, en la medida en que la ley dispone las fuentes de financiamiento de las prestaciones económicas que éste reconoce y, en todo caso, la ineficacia comporta unos efectos que pasan a explicarse más adelante, lo que supone, entre otras cosas, que la totalidad del ahorro pensional efectuado, con los elementos que lo integran, pasen de la AFP a la administradora del Régimen de Prima Media.”*

Ahora, frente a la propuesta de la demandada Colpensiones, de que debe condenarse al fondo privado a mantener al afiliado pero aplicándole las disposiciones previstas en el Régimen de Prima Media con Prestación definida para un eventual reconocimiento de prestaciones, debemos recordar que el artículo 12 de la Ley 100 de 1993 dispone que el Sistema General de Pensiones está compuesto por dos Regímenes Solidarios excluyentes pero que coexisten, a saber, el de Prima Media con Prestación Definida que administra hoy día Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones (antes el ISS) y el de Ahorro Individual con Solidaridad, administrado por los fondos privados de pensiones, en este caso específico por Porvenir S.A. De suerte que, al no existir un fundamento legal que justifique su petición, bajo ningún pretexto es dable ordenar a Porvenir S.A. aplicar las disposiciones previstas para el fondo común del Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

Sin perjuicio de lo anterior, si la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones considera que el accionar omisivo de Porvenir S.A. le ocasionó un perjuicio, puede acudir a las vías judiciales para demostrar su existencia y lograr el resarcimiento del mismo.

Así queda resuelto el recurso de apelación interpuesto por las demandadas y el estudio del grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones.

COSTAS

Costas en esta instancia a cargo de Porvenir S.A y Colpensiones porque su recurso no prosperó, se fijan como agencias en derecho la suma de \$500.000 a cargo de cada una de las demandadas.

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá el 13 de diciembre de 2022 dentro del proceso promovido por EDGAR EDUARDO PACHECHO VACA contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES y la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

SEGUNDO: Costas en esta instancia a cargo de las demandadas porque sus recursos no prosperaron, se fijan como agencias en derecho la suma de \$500.000 por cada una.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



RODRIGO AVALOS OSPINA

Magistrado



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA

Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Magistrado



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

Magistrado Ponente: **RODRIGO ÁVALOS OSPINA.**

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR HÉCTOR OLMEDO ROJAS CHARRY contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. y como litis consorte necesario PORVENIR S.A.
Radicación No. 11001-31-05-036-2020-00134-01

Bogotá D.C., treinta (30) de abril de dos mil veinticuatro (2024), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por Protección S.A., Porvenir S.A. y Colpensiones; así mismo se estudiará en grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones de conformidad con lo establecido en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., ello por cuanto la decisión adoptada en primer grado fue adversa a sus intereses.

SENTENCIA

El demandante HÉCTOR OLMEDO ROJAS CHARRY, por intermedio de apoderado judicial, instauró demanda ordinaria laboral en contra de Protección S.A y Colpensiones para que se declare la nulidad de la afiliación que realizó el 21 de octubre de 1994 del régimen de prima media con prestación definida (RPMD) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) administrado por Protección S.A. (antes Colmena) Como consecuencia de lo anterior, solicita que se declare que el accionante se encuentra afiliado al RPM y que se condene a Protección a devolver a Colpensiones la totalidad de los aportes realizados, rendimientos, bonos pensionales y “demás conceptos” correspondientes a cotizaciones del actor; se condene al pago de costas y agencias en derecho y a lo que resulte probado *ultra y extra petita*.

En respaldo de sus pretensiones, y en lo que interesa a la resolución del recurso, manifestó que el 21 de octubre de 1994 se trasladó del régimen de prima media (RPMPD) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) administrado por Protección S.A.. No obstante, manifiesta que previo a la suscripción del formulario de afiliación no recibió una asesoría

clara y suficiente con la información necesaria para entender las implicaciones y riesgos de trasladarse de régimen pensional, que le permitiera tomar una decisión informada y consciente. Precizando que el asesor de fondo de pensiones privado le generó unas falsas expectativas frente al riesgo de liquidación del ISS y la posibilidad de obtener una mejor mesada pensional.

Contestación Demanda

Colpensiones contestó con oposición a las pretensiones de la demanda, argumentando que el demandante no acredita los supuestos legales para que se declare la ineficacia y/o nulidad del traslado efectuado del RPM al RAIS en el año 1994, toda vez que suscribió el formulario de afiliación con Protección S.A. y permaneció en el RAIS por más de 26 años. Señalando además que Colpensiones no tuvo injerencia en dicha decisión.

Propuso como excepciones de fondo 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, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción e innominada o genérica.

Protección S.A., también se opuso a las pretensiones de la demanda señalando que el traslado de régimen pensional realizado por el accionante al RAIS es un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, como se observa en el formulario de afiliación suscrito de forma libre y espontánea por el demandante.

Propuso como excepción previa la falta de integración del litis consorcio necesario. Y como excepciones de fondo las que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, 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 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, prescripción e innominada o genérica

Por su parte la vinculada como litis consorte necesaria Porvenir S.A., pese a ser notificada no contestó la demanda.

Actuación procesal

El Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá admitió la demanda con auto del 16 de septiembre de 2020, y ordenó la notificación de las demandadas, así como de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Cumplido lo anterior, la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones y Protección S.A. contestaron la demanda en los términos, tal y como se evidencia en los archivos 16 y 19 del expediente digital, teniéndose por contestada la demanda mediante auto de fecha 04 de febrero de 2022.

Luego, en audiencia celebrada el 02 de mayo de 2022, se declaró probada la excepción previa de falta de integración del litisconsorte necesario y se ordenó integrar como litisconsorte necesaria por pasiva a Porvenir S.A., quien una vez notificada no contestó la demanda.

Sentencia de primera instancia

El juzgado de conocimiento en sentencia proferida el 28 de noviembre de 2022 resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la **INEFICACIA** del traslado efectuado por **HÉCTOR OLMEDO ROJAS CHARRY** del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, con efectividad del día 10 de noviembre de 1994, a través de la AFP COLMENA hoy ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.

SEGUNDO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., normalizar la afiliación de la actora en el Sistema de Información de los Afiliados a los Fondos de Pensión SIAFP y trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES-, la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual del demandante, incluidos los rendimientos y bonos pensionales, lo recaudado por concepto de gastos de administración y comisiones, los costos de las primas de los seguros previsionales y los aportes realizados al fondo de garantía de pensión mínima, sumas que deberán ser debidamente indexadas.

Lo anterior, con la precisión de que dicha medida cobija tanto los periodos de permanencia con las AFP COLMENA e ING, como en el que directamente estuvo vinculado con PROTECCIÓN S.A.

TERCERO: ORDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES-, la totalidad de los valores que hayan sido descontados de la cuenta de ahorro individual del accionante durante la vigencia de la afiliación de este con dicha AFP, por gastos de administración, comisiones, incluidos los costos de las primas de los seguros previsionales y los aportes realizados al fondo de garantía de pensión mínima, sumas que deberán ser debidamente indexadas.

Lo anterior, con la precisión de que dicha medida cobija el periodo de permanencia con las AFP COLPATRIA y HORIZONTE.

CUARTO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a recibir e imputar, una vez recibidos los aportes, a la historia laboral del demandante.

QUINTO: DECLARAR no probada la excepción de prescripción.

SEXTO: CONDENAR en COSTAS a PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A. y COLPENSIONES Liquidense como agencias en derecho con la suma de un 1 SMMLV, a cargo de cada una de las encartadas.

SÉPTIMO: CONSÚLTESE con el Superior la presente sentencia, en favor de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES conforme lo dispone el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S.

Para adoptar esta decisión, el operador de instancia indicó que se encontraba acreditado que el accionante se trasladó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrador por la AFP Colmena hoy Protección S.A. y que luego hizo traslados horizontales entre fondos. A su vez, mencionó que desde la expedición de la Ley 100 de 1993, le corresponde a las AFP suministrar a sus potenciales afiliados una información detallada y suficiente sobre las características, ventajas, desventajas y consecuencias del traslado de régimen, lo cual no se prueba con el formulario de afiliación, carga probatoria que no logró demostrar la AFP Protección, máxime si se tiene en cuenta que el demandante dentro del interrogatorio de parte no confesó que se le hubiese brindado una información completa respecto de las características de ambos regímenes al tenor de lo preceptuado por la Alta Corporación.

Señaló que desde la sentencia SL1429 de 2019, la Corte Suprema de Justicia sentó el criterio de que el incumplimiento al deber de información al momento del traslado de régimen no acarrea la nulidad sino la ineficacia del acto del traslado, indicando además que dicha declaración apareja como consecuencia la exclusión de todo efecto jurídico generado con dicho traslado, y por tanto, consideró procedente ordenar a las AFP's demandadas que reintegren todos los dineros que hayan podido recibir por concepto de la afiliación del demandante debidamente indexados. Igualmente señaló que conforme al artículo 48 de la Constitución Política el derecho a la seguridad social es de carácter irrenunciable, que de ahí emana el criterio jurisprudencial de que el derecho a la pensión es de carácter imprescriptible, y que dicha característica se ha hecho extensible a los procesos en los que se busca la ineficacia del traslado de régimen pensional como quiera que dicha decisión puede afectar el derecho a la pensión.

Recurso de Apelación y del grado jurisdiccional de consulta

La apoderada de **Colpensiones** presentó recurso de apelación afirmando que en el presente proceso Colpensiones funge como tercero de buena fe. Señaló que difiere de la decisión adoptada por la juez, al considerar que dentro del proceso no se acreditó la omisión o falta de información al momento del traslado del demandante. A su juicio, el fondo privado si había cumplido con el deber de información, aunado a que el accionante realizó traslados en el RAIS con diferentes fondos en los que expresó su voluntad de pertenecer a los mismos, y a que hace más de 28 años el actor se encuentra aportando al Régimen e Ahorro Individual con Solidaridad sin que hubiera cuestionado su afiliación de forma previa.

Por su parte el apoderado de Porvenir S.A. interpuso recurso de apelación frente al numeral 3 de la sentencia indicando que Porvenir S.A. no tuvo que ver en la falta de información al momento del traslado de régimen pensional, pues este se dio con otra AFP, así como tampoco tuvo incidencia en la reasesoría que debía darse diez años antes del cumplimiento de la edad, pues el demandante en ese momento no figuraba como afiliado al Porvenir S.A.

Solicita se revoque la condena en gastos de administración y sumas de seguros previsionales indexadas. Esto bajo el argumento de que en los gastos de administración se incluyen las sumas de seguros previsionales para los riesgos de invalidez y muerte conforme al artículo 20 de la Ley 100 de 1993 por lo cual, durante su permanencia en la AFP el afiliado estuvo cubierto frente a estos riesgos. Señalando además que estas sumas también hubieran sido descontadas de haber permanecido el demandante en el RPM. Por último, se opuso a la condena en costas al considerar que Porvenir S.A. no hizo una oposición en el proceso.

Por su parte, Protección S.A. interpuso recurso de apelación parcial. En lo que tiene que ver con el traslado de los gastos de administración indicó que estas se tratan de comisiones ya causadas, que se generaron conforme a la ley y en contraprestación a la buena gestión de administración de los recursos en la cuenta de ahorro individual del demandante. Respecto al seguro previsional, indica que no debe trasladarse a Colpensiones lo que se descontó por este concepto, pues con este dinero se pagó mensualmente a una aseguradora para que en caso de que hubiese existido un siniestro de invalidez o sobrevivencia esta asumiera la suma adicional para financiar las pensiones en estos eventos.

Alegatos ante este Tribunal (Ley 2213 de 2022).

Admitido el recurso de apelación con auto del 28 de abril de 2023 por esta Corporación, se corrió el traslado a las partes para que presentaran los alegatos de conclusión; concurrió únicamente la parte actora.

CONSIDERACIONES

De conformidad con lo preceptuado en el artículo 35 de la Ley 712 de 2001 esta Sala de Decisión emprende el estudio de los puntos de inconformidad planteados por la recurrente en el momento de interponer y sustentar el recurso ante la juez de primera instancia, como quiera que el fallo que se profiera tiene que estar en consonancia con tales materias, sin que le sea permitido al Tribunal abordar temas distintos de estos. Así mismo se estudiará en grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones de conformidad con lo establecido en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., ello por cuanto la decisión adoptada en primer grado fue adversa a sus intereses.

En este orden, encontramos como problemas jurídicos a resolver en primer lugar si es dable declarara ineficaz el traslado de régimen pensional realizado por el demandante como consecuencia de la falta de información completa, veraz, oportuna, objetiva, comparada y transparente acerca de las características de los dos regímenes pensionales, para así escoger la mejor opción del mercado; y en segundo lugar, si como consecuencia de dicha declaratoria debe condenarse a las AFP's demandadas a devolver las sumas correspondientes a seguros previsionales y los gastos de administración debidamente indexados.

De la ineficacia del traslado

Para la resolución de este asunto, debe considerarse que las AFP tienen un deber legal de suministrar a sus potenciales afiliados información objetiva, comparada y transparente sobre las características, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado. Este deber existía desde la creación del sistema de seguridad social integral, como de ello da cuenta el artículo 97, numeral 1 del Decreto 663 de 1993, en armonía con el artículo 13, literal b) de la Ley 100 de 1993 (CSJ: SL1452-2019, SL1688-2019, SL1689-2019, SL4426-2019, SL3464-2019, SL4360- 2019, SL2611-2020, SL4806-2020 y SL373-2021).

En el referido artículo 97 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero se recalcó la importancia del deber de información de las entidades vigiladas por la Superintendencia Bancaria hoy Superfinanciera, incluyendo naturalmente a las Administradoras de Fondo de Pensiones, al contemplar textualmente que *"Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado"*.

Así mismo el artículo 12 del Decreto 720 de 1994 consagra las obligaciones de los promotores en los siguientes términos: *"Los promotores que empleen las sociedades administradoras del sistema general de pensiones deberán suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación,*

durante toda la vinculación y con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado”.

De igual manera, debe considerarse que la suscripción de un formulario por parte del afiliado, que pueda o no, contener afirmaciones en el sentido de indicar que la afiliación se realiza de forma libre y voluntaria, no liberan a las AFP de su obligación de brindar información completa, objetiva y comparada de los distintos regímenes pensionales y las consecuencias asociadas al traslado entre ellos. A lo sumo, estas expresiones acreditan un consentimiento sin vicios, pero no uno debidamente informado (SL 4964 de 2018, SL 4964 de 2018, SL 1421 de 2019, SL 2877 de 2020 y SL 3193 de 2023).

De manera que, para la Sala, no cabe duda en cuanto a la existencia de un compendio normativo que obligaba a las administradoras de pensiones a informar en el momento del traslado, en forma, clara, completa, objetiva, veraz y transparente acerca de las características de ambos regímenes. Sobre este punto en particular, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, específicamente en la sentencia SL 1688 de 2019 con radicado No.68838, precisó desde cuándo se encontraba en cabeza de esas administradoras de pensiones, esa obligación probatoria en los siguientes términos:

“Desde este punto de vista, para la Corte es claro que, desde su fundación, las administradoras ya se encontraban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales, pues solo así era posible adquirir «un juicio claro y objetivo» de «las mejores opciones del mercado»”.

Descendiendo al caso concreto, se tiene que el promotor de este juicio estuvo afiliado al RPMPD administrado hoy por Colpensiones y diligenció el formulario de afiliación al RAIS administrado por la AFP Colmena hoy Protección el **21 de octubre de 1994**, de acuerdo con la documental obrante a folio 36 del archivo 19 del expediente digital; que conforme a se evidencia en el certificado SIAFP emitido por la Asociación Colombiana de Administradoras de Fondos de Pensiones y Cesantías - Asofondos, el accionante realizó traslados horizontales a ING hoy Protección el 24 de marzo de 1998, a Colpatria Hoy Porvenir S.A el 11 de noviembre de 1999, a Horizonte hoy Porvenir S.A por traslado automático por operación comercial de cesión por fusión el 29 de septiembre de 2000, y finalmente retornó a Protección S.A. el 08 de mayo de 2001.

Así las cosas, el punto que controvierte la apoderada de Colpensiones se relaciona con el hecho de que no se encuentra demostrado la omisión al deber de información por parte de Protección S.A. al momento del traslado de régimen pensional. Para abordar esta inconformidad particular será necesario remitirse a las pruebas obrantes en el expediente, pues se trata de una cuestión eminentemente fáctica y jurídica. De manera que, al escuchar el interrogatorio de parte del accionante, la Sala encuentra que manifestó haberse trasladado

en octubre de 1994 cuando se encontraba prestando sus servicios a la Compañía California S.A. Asegura que en la empresa en la que laboraba se realizaron reuniones grupales por áreas, en la que grosso modo se indicó que el ISS iba a desaparecer y que la mejor opción era trasladarse de régimen pensional. Aseveró que suscribió de su puño y letra el formulario de afiliación, pero que no recuerda que le hubieran explicado las implicaciones que representaba un cambio de régimen, e indicó que realizó los traslados horizontales con diferentes fondos dado a que era más conveniente para el trasladarse al fondo que le manifestaban los asesores. De suerte que no confiesa nada en favor de las demandadas.

Por otro lado, también se debe tener presente que la doctrina del precedente vertical en la sentencia del 09 de septiembre del año 2008, radicado 31989, ya había definido que la suscripción libre y voluntaria de ese formulario no era suficiente para dar cumplimiento a ese deber de información. Posición que fuera repetida también en forma pacífica por parte de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras en la Sentencia del 03 de abril de 2019 en los siguientes términos:

“La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado”.

Incluso en providencias más próximas a la fecha, se ha mantenido inmutable la postura de la Sala, ejemplo de esto lo encontramos en la Sentencia SL397 del 1 de marzo de 2023 en la que se afirmó:

“En cuanto a la suscripción de uno o varios formularios de afiliación (f.º59), se encuentra adoctrinado que son insuficientes para demostrar que la decisión de traslado estuvo precedida por una ilustración acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes. Tampoco es admisible sostener que la simple rúbrica impuesta en el formulario, en señal de asentimiento, pueda suplir la información que deben brindar las administradoras (entre otros fallos se cita CSJ SL SL1688-2019)”.

Atendiendo las particularidades de este proceso, en el que el demandante ha realizado diferentes traslados entre fondos, cabe resaltar que la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha enseñado que lo importante son las condiciones y circunstancias en las que se dio el traslado de régimen del demandante, sin que los traslados horizontales tengan la propiedad de convalidar el vicio inicial en el traslado entre regímenes; tal y como se indicó en la sentencia del 9 de septiembre del 2008 con radicación No.31989 reiterada en la sentencia SL1421 del 10 de abril de 2019 en los siguientes términos:

“(…) Se ha de señalar que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales. (…)”

En ese mismo sentido, la Sentencia con radicado No.78667 del 29 de julio de 2020 explicó lo siguiente:

“Precisamente en un asunto similar, esta Sala de Casación estableció que «la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales» (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989).

De modo que, en este caso, la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional”.

Posición que ha sido reiterada en reciente sentencia SL 1554 de 2023 en la que la Sala Laboral del a Corte Suprema de Justicia apuntó:

“Sobre el cambio de administradora dentro del régimen privado de pensiones, la Corte ha establecido que tal acto no tiene como principal propósito ratificar y darle validez al traslado de régimen que la afiliada realizó sin contar con la información completa y suficiente que debió proporcionar la entidad de pensiones en su momento.

Sobre esto, en diferentes pronunciamientos, se ha indicado que la falta de información no se ve subsanada con los traslados que posteriormente hagan los afiliados en el Régimen de Ahorro Individual.” Esta consideración se aprecia en las sentencias CSJ SL, 9 septiembre de 2008, radicación 31989, reiterada en la sentencia del 22 noviembre de 2011, radicación 33083”

Ahora, en cuanto a la teoría de los actos de relacionamiento para determinar una afiliación o desafiliación tácita, la Corte Suprema de Justicia ha dejado claro que esta no aplica en los asuntos de ineficacia de traslado, indicando que el traslado entre regímenes o la permanencia en el RAIS no convalidan la afiliación inicial que estuviere viciada. Al respecto es preciso traer a colación la sentencia de la Corte Suprema de Justicia SL1055-2022 de 02 de marzo de 2022, mediante la cual se ADOCTRINÓ:

“Precisamente en este punto la Corte advierte que la opositora Old Mutual S.A. sugiere que la afiliación entre regímenes privados es un acto de relacionamiento que implica su voluntad de permanecer al RAIS.(...)”

*Pues bien, como se explicó en las sentencias CSJ SL5686-2021 y SL5688-2021, los argumentos de esta índole son inadmisibles pues desatienden que el eje central de estas discusiones está en determinar si al momento del traslado de prima media al RAIS la persona contó con información suficiente para tomar esa decisión. **En este sentido, los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó entre fondos privados o no retornó a prima media en las oportunidades legales previstas, no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen, precisamente porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad.***

De modo que no es dable siquiera sugerir que los posteriores traslados entre administradoras pueden configurar un acto de relacionamiento capaz de ratificar la voluntad de permanencia en ellas, como se infiere de las decisiones de la Sala de Descongestión de esta Corte CSJ SL249-2022 y SL259-2022. Nótese que, conforme la perspectiva explicada, esa voluntad de permanencia en el RAIS es inane dado que no desvirtúa el incumplimiento del deber de información y además ubica la discusión en actuaciones que estarían respaldadas en un acto jurídico ineficaz, esto es, el del traslado inicial.” (negrillas fuera del texto original)

Con todo lo anterior, la Sala advierte que en el expediente no existe un solo elemento de convicción distinto al formato de vinculación que demuestre que la AFP Colmena hoy Protección dio información transparente y completa al afiliado sobre las características de ambos regímenes pensionales y las implicaciones inherentes de pertenecer a uno u otro al momento en que el demandante suscribió el formulario de afiliación, lo que conduce a esta Sala a confirmar la declaratoria de ineficacia del traslado que efectuó el demandante el **21 de octubre de 1994**, el cual como afirma la a quo adquirió efectividad a partir del 01 de noviembre de 1994, según se constata en el certificado SIAFP visible a folio 38 del archivo 19 del expediente virtual.

De los gastos de administración y las primas de seguros previsionales

Ahora bien, como lo indicó la a quo, la consecuencia de la ineficacia corresponde a la devolución de todas las sumas por concepto de cotizaciones que se hayan efectuado al RAIS;

consecuencia que ha sido ampliamente explicada por el órgano vértice de la jurisdicción ordinaria laboral, entre otras, en la sentencia SL1499 del 27 de abril de 2022 en la que se indicó lo siguiente:

“También se ha dicho por la Sala que como la declaratoria de ineficacia tiene efectos ex tunc (desde siempre), las cosas deben retrotraerse a su estado anterior, como si el acto de 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.

En consecuencia, habrá de adicionarse el numeral primero del fallo del a quo, en el sentido de que Protección S.A. deberá trasladar a Colpensiones los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual del demandante junto con sus rendimientos. De igual modo, la citada AFP deberá devolver a Colpensiones el porcentaje correspondiente a los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.” (resalta la Sala).

En la misma línea argumentativa, sobre los efectos de la ineficacia, la sentencia SL 1535 del 10 de mayo de 2022 señaló que *“es pertinente recordar que se contraen a la devolución de todos los dineros que el fondo hubiera recibido, entre otros, por concepto de las cotizaciones y los bonos pensionales —si fuere el caso—, además de los rendimientos financieros que se hubieren causado, y las cuotas de administración, pues no puede trasladarse una suma inferior a la realmente ahorrada. Lo anterior, bajo la ficción jurídica de que el actor nunca se movió al RAIS o, lo que es igual, que siempre estuvo afiliado al RPMPD administrado por Colpensiones.”*

Por último, con relación a este punto, en la reciente sentencia SL 680 del 31 de octubre de 2023 nuevamente la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia recordó lo siguiente:

“(…) los efectos de la declaratoria de ineficacia del traslado bajo el amparo del art. 271 de la Ley 100 de 1993, consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el cambio de régimen no hubiera ocurrido, lo que aparece que las AFP no solo deben devolver los aportes a pensión existentes en la cuenta de ahorro individual, sino también los bonos pensionales, rendimientos financieros, gastos de administración y sumas adicionales pagadas a las aseguradoras por seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, tal como lo adoctrinó esta corporación, entre otras, en las sentencias CSJ SL17595-2017 y CSJ SL4989-2018, sin que ello implique un enriquecimiento sin

causa de Colpensiones, simplemente es la connatural consecuencia de la declaratoria de ineficacia del traslado.” (resalta la Sala).

En ese sentido, debe también considerarse que la devolución de los aportes y descuentos realizados por las AFP en el RAIS, obedece a que estas sumas también formarán parte de la financiación de la pensión de los afiliados a futuro, por lo que, el reintegro de estos dineros, de la forma en que jurisprudencialmente se ha desarrollado, no solo benefician al afiliado, sino que también representan una garantía para Colpensiones como administrador del RPMPD quien deberá asumir el derecho pensional de los afiliados trasladados en un futuro, lo que le permite contar con los recursos necesarios para tal fin.

De otra parte, frente al argumento esbozado por los apoderados Porvenir S.A. y Protección S.A. consistente en que de conformidad con el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 los gastos de administración se encuentran previstos en ambos regímenes pensionales. Es de precisar que los efectos de la ineficacia consisten en retrotraer las cosas a su estado anterior, como si el demandante jamás se hubiese afiliado al fondo privado de pensiones, y siempre hubiese permanecido en el Régimen de Prima Media. Bajo esta ficción todas las sumas incluidas en la cotización del accionante corresponden a la administradora del régimen de prima media, más aún cuando en el artículo 20¹ mencionado establece que en el régimen de prima media el 3% de los aportes están dirigidos a financiar tanto los gastos de administración como las pensiones de invalidez y sobrevivientes las cuales son pagadas a través del fondo común.

Por otro lado, respecto a las sumas pagadas por concepto de Seguro Previsional, se itera que según los amplios pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia, en caso de la declaratoria de ineficacia del traslado, son las Administradoras de Fondos de Pensiones privadas, quienes deberá devolver a Colpensiones el porcentaje correspondiente a primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, así ha quedado claro en los múltiples pronunciamientos de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia dentro de los que por ejemplo se encuentra la Sentencia SL3477-2021 del 30 de junio de 2021 y en SL282-2023.

Desde luego que la devolución de los descuentos por concepto de gastos de administración, el valor de las primas de seguros previsionales y el porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima debe ser realizada no solo por la última AFP a la que estuvo afiliado el demandante, sino por todas en las que realizó cotizaciones mientras perteneció al RAIS; así lo indicó la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL2929 del 18 de mayo de 2022, en la que se indicó:

“Por último, y teniendo en cuenta los efectos propios de la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen, se ordenará a todas las administradoras de fondos privados

¹ “**ARTICULO 20.** Monto de las Cotizaciones. La tasa de cotización continuará en el 13.5% del ingreso base de cotización. En el régimen de prima media con prestación definida el 10.5% del ingreso base de cotización se destinará a financiar la pensión de vejez y la constitución de reservas para tal efecto. El 3% restante sobre el ingreso base de cotización se destinará a financiar los gastos de administración y la pensión de invalidez y sobrevivientes”

de pensiones a las que estuvo afiliada la actora, devolver a Colpensiones los porcentajes correspondientes a los gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y lo destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos.

En efecto, la demandante durante el tiempo de permanencia en el RAIS estuvo afiliada a Porvenir S.A., ING -hoy SKANDIA S.A. - y Colfondos S.A., en los siguientes periodos, según certificado de Asofondos

(...)

*Por ello, **se ordenará a cada una de esas AFP devolver a Colpensiones** los conceptos mencionados, durante el lapso en que la accionante estuvo afiliada a esas administradoras. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos objeto de devolución deberán discriminarse con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.”*

Bajo el anterior criterio, la Sala considera necesario aclarar la decisión de primera instancia, en el sentido de indicar que la indexación procede únicamente frente a los conceptos de gastos de administración, las primas por los seguros previsionales de sobrevivencia e invalidez y los aportes al fondo de garantía de pensión mínima, con cargo a sus propios recursos frente a todas las AFP encartadas.

De la condena en costas a Porvenir S.A.

Frente a la condena en costas, se precisa que de acuerdo con el artículo 365 del C.G.P la misma se genera para la parte vencida en los procesos en los que se presente controversia. Al respecto es de indicar que no le asiste la razón al apoderado de Porvenir S.A., pues se evidencia que la demandada en calidad de litis consorte necesaria no se allanó a las pretensiones del actor, sino que dado al incumplimiento de su deber legal de contestar la demanda ante el llamado de la judicatura, la juez de primer a instancia ante la omisión injustificada de la pasiva se vio en la necesidad de dar por no contestada la demanda, lo cual es un indicio grave en su contra al tenor del parágrafo 2 del artículo 31 del Código Procesal del Trabajo. En consecuencia, le asiste la razón al a quo en lo que respecta a la condena en costas de la demandada en calidad de litis consorte necesario Porvenir S.A.

Así queda resuelto el recurso de apelación interpuesto y el estudio del grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones.

COSTAS

Costas en esta instancia a cargo de Colpensiones, Porvenir S.A y Protección S.A porque su recurso no prosperó, se fijan como agencias en derecho la suma de \$500.000.

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: ACLARAR los numerales segundo y tercero de la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de indicar que la indexación procede únicamente frente a los conceptos de gastos de administración, las primas por los seguros previsionales de sobrevivencia e invalidez y los aportes al fondo de garantía de pensión mínima, con cargo a sus propios recursos frente a todas las AFP encartadas.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada.

TERCERO: Costas en esta instancia a cargo de Colpensiones, Porvenir S.A y Protección S.A. porque su recurso no prosperó, se fijan como agencias en derecho la suma de \$500.000 a cargo de cada una de las recurrentes.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



RODRIGO AVALOS OSPINA

Magistrado



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA

Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Magistrado



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

Magistrado Ponente: **RODRIGO ÁVALOS OSPINA.**

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR MERY DEISSY TORRES HERNÁNDEZ contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. Radicación No. 11001-31-05-030-**2020-00462-01.**

Bogotá D.C., treinta (30) de abril dos mil veinticuatro (2024), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

La demandante MERY DEISSY TORRES HERNÁNDEZ, por intermedio de apoderada judicial, instauró demanda ordinaria laboral en contra de las demandadas antes referidas para que se declare la ineficacia de la afiliación y del traslado que realizó en septiembre de 1999 (sic) del régimen de prima media con prestación definida (RPMD) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) administrado por la AFP Protección S.A. y que por tanto debe tenerse que estuvo afiliada de forma ininterrumpida al Régimen de Prima Media con Prestación Definida. Como consecuencia de lo anterior, solicita que se condene a Protección S.A a devolver a Colpensiones la totalidad del capital acumulado en su cuenta de ahorro individual junto con todos sus rendimientos financieros y los costos generados por concepto de gastos de administración, y correlativamente ordenar a Colpensiones a registrar en su historia laboral las cotizaciones efectuadas por la demandante ante Protección S.A.

En respaldo de sus pretensiones, y en lo que interesa a la resolución del recurso, manifestó que se trasladó del régimen de prima media (RPMPD) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) mediante formulario suscrito el mes de *septiembre de 1999 (sic)*, por indicación de su empleador para la época. No obstante, precisa que al momento de afiliarse no recibió la asesoría que se requería para que de manera informara tomara una decisión libre y consciente, esto con ocasión a que los asesores de Protección se limitaron a recibir el documento y no le informaron sobre las implicaciones de cambiarse de régimen pensional.

Indicando además que el grado de escolaridad y experiencia de la demandante no le permitía entender aspectos técnicos sobre el funcionamiento del Régimen de Ahorro individual con Solidaridad.

Actuación procesal

El Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá admitió la demanda con auto del 14 de julio de 2021, y ordenó la notificación de las demandadas. Cumplido lo anterior, la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones y Protección S.A. contestaron la demanda según se observan en los archivos 08 y 10 del expediente virtual.

Contestación Demanda

COLPENSIONES contestó con oposición a las pretensiones de la demanda argumentando que el traslado se encuentra ajustado al artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y aseverando que la acción se proyectó con el fin de tener beneficios económicos por parte de la demandante. Así mismo puso de presente que de conformidad con el artículo 2.6.10.1.4 del Decreto 2255 de 2010 la demandante tenía el deber legal de verificar su estatus pensional y que actualmente le faltan 10 o menos años para cumplir la edad para acceder a la prestación, razones por las cuales e su criterio deviene improcedente lo solicitado.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó perfeccionamiento actos de relacionamiento, perfeccionamiento del acto inexistente, saneamiento nulidad, protección sostenibilidad fiscal y equilibrio financiero, inexistencia del derecho, pago de lo no debido, prescripción y caducidad e innominada o genérica

PROTECCIÓN S.A., también se opuso a las pretensiones de la demanda señalando que el traslado de régimen pensional realizado por la demandante al RAIS a través de la PROTECCIÓN es un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, como se observa en el formulario de afiliación suscrito de forma libre y espontánea por la demandante. Propuso como excepciones de fondo las 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 declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, e innominada o genérica:

Sentencia de primera instancia

El juzgado de conocimiento en sentencia proferida el 15 de diciembre de 2022 resolvió:

PRIMERO: DECLARAR INEFICAZ el traslado de régimen pensional que hizo la demandante *MERY DEISSY TORRES HERNÁNDEZ*, identificada con cédula de ciudadanía N° 39.526.767, efectuado el 28 de junio de 1999, 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, administrado por PROTECCIÓN S.A., con efectividad a partir del 1° de agosto de 1999, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: DECLARAR válidamente vinculada a *MERY DEISSY TORRES HERNÁNDEZ* 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 esbozada.

TERCERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A. a devolver a COLPENSIONES todos los valores que reposan en la cuenta de ahorro individual de *MERY DEISSY TORRES HERNÁNDEZ*, 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 en dicha administradora, esto es, desde 1° de agosto de 1999 y hasta que se haga efectivo el traslado, de conformidad con la argumentación esgrimida.

CUARTO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES a que una vez ingresen los valores de la cuenta de ahorro individual de *MERY DEISSY TORRES HERNÁNDEZ*, 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 la argumentación esbozada.

SEXTO: CONDENAR en costas de esta instancia a PROTECCIÓN S.A. y 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 adoptar esta decisión, el operador de instancia indicó que conforme lo ha definido la Sala Laboral del Corte Suprema de Justicia, la falta de información al momento del traslado de régimen pensional no debe estudiarse desde el régimen de nulidades previstas en la legislación civil sino de la ineficacia. Acto seguido, tajo colación los artículos 13 letra b, 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, el artículo 97 del Decreto 663 de 1993, la Ley 797 de 2003 y el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, para llegar a la conclusión de que las administradoras de fondos de pensiones desde su inicio han tenido la obligación de cumplir con el deber de brindar a sus afiliados instrucción e información detallada y suficiente sobre las características, ventajas, desventajas y consecuencias del traslado de régimen pensional. Respecto al formulario de afiliación a Protección S.A. de fecha 28 de junio de 1999, indicó que en este solamente se consignaban los datos de la demandante y su rúbrica, empero esto no era suficiente para demostrar que la demandada hubiese cumplido con el deber de información. Finalmente indicó que el hecho de haber permanecido por más de 20 años en el RAIS no implica por sí mismo que esa fuera la voluntad de la actora, por lo que no puede hablarse de un acto de relacionamiento.

Por tal razón, al encontrar que no se cumplió con el deber de información, declaró la ineficacia del traslado y ordenó al fondo demandado a devolver y trasladar a COLPENSIONES los valores atrás descritos.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

El apoderado de Colpensiones interpuso el recurso de apelación con fundamento en que de prosperar la ineficacia del traslado se estaría poniendo en riesgo la sostenibilidad financiera del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, manifestando además que si se demuestra el incumplimiento del deber de información por parte de Protección S. A al momento del traslado de régimen pensional, lo procedente sería condenar a esa administradora de fondos de pensiones a que trate al afiliado conforme a las reglas del Régimen de Prima Media, y no atribuir a Colpensiones la carga del eventual reconocimiento pensional de la accionante.

Alegatos ante este Tribunal (Ley 2213 de 2022).

Admitido el recurso de apelación con auto del 4 de mayo de 2023 por esta Corporación, se corrió el traslado a las partes para que presentaran los alegatos de conclusión; concurrió únicamente la parte actora.

CONSIDERACIONES

De conformidad con lo preceptuado en el artículo 35 de la Ley 712 de 2001 esta Sala de Decisión emprende el estudio de los puntos de inconformidad planteados por la recurrente en el momento de interponer y sustentar el recurso ante el juez de primera instancia, como quiera que el fallo que se profiera tiene que estar en consonancia con tales materias, sin que le sea permitido al Tribunal abordar temas distintos de estos. Así mismo se estudiará en grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones de conformidad con lo establecido en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., ello por cuanto la decisión adoptada en primer grado fue adversa a sus intereses.

En este orden, se tiene que el problema jurídico por resolver en primer lugar consiste en determinar si debe declararse la ineficacia del traslado del accionante del régimen de prima media con prestación definida (RPMPD) al régimen de ahorro individual (RAIS), como consecuencia de la falta de información completa, veraz, oportuna, objetiva, comparada y transparente acerca de las características de los dos regímenes pensionales, para así escoger la mejor opción del mercado. Y en segundo lugar, si con la declaratoria de la ineficacia del traslado de la accionante se vulneró el principio de sostenibilidad financiera del sistema.

De la ineficacia del traslado

Para la resolución de este asunto, debe considerarse que las AFP tienen un deber legal de suministrar a sus potenciales afiliados información objetiva, comparada y transparente sobre las características, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado. Este deber existía desde la creación del sistema de seguridad social integral, como de ello da cuenta el artículo 97, numeral 1 del Decreto 663 de 1993, en armonía con el artículo 13, literal b) de la Ley 100 de 1993 (CSJ: SL1452-2019, SL1688-2019, SL1689-2019, SL4426-2019, SL3464-2019, SL4360- 2019, SL2611-2020, SL4806-2020 y SL373-2021).

En el referido artículo 97 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero se recalcó la importancia del deber de información de las entidades vigiladas por la Superintendencia Bancaria hoy Superfinanciera, incluyendo naturalmente a las Administradoras de Fondo de Pensiones, al contemplar textualmente que *"Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado"*.

Así mismo el artículo 12 del Decreto 720 de 1994 consagra las obligaciones de los promotores en los siguientes términos: *"Los promotores que empleen las sociedades administradoras del sistema general de pensiones deberán suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación,*

durante toda la vinculación y con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado”.

Al respecto, la Sentencia SL1452 de 2019, precisó que dicho deber de información si bien siempre ha estado presente, ha ido evolucionando progresivamente en unas etapas definidas así por el órgano vértice así:

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

De manera que, para la Sala, no cabe duda en cuanto a la existencia de un compendio normativo que obligaba a las administradoras de pensiones a informar en el momento del traslado, en forma, clara, completa, objetiva, veraz y transparente acerca de las características de ambos regímenes. Sobre este punto en particular, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, específicamente en la sentencia SL 1688 de 2019 con radicado No.68838, precisó desde cuándo se encontraba en cabeza de esas administradoras de pensiones, esa obligación probatoria en los siguientes términos:

“Desde este punto de vista, para la Corte es claro que, desde su fundación, las administradoras ya se encontraban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales, pues solo así era posible adquirir «un juicio claro y objetivo» de «las mejores opciones del mercado»”.

De igual manera, debe considerarse que la suscripción de un formulario por parte del afiliado, que pueda o no, contener afirmaciones en el sentido de indicar que la afiliación se realiza de forma libre y voluntaria, no liberan a las AFP de su obligación de brindar información completa, objetiva y comparada de los distintos regímenes pensionales y las consecuencias asociadas al traslado entre ellos. A lo sumo, estas expresiones acreditan un consentimiento sin vicios, pero no uno debidamente informado (SL 4964 de 2018, SL 4964 de 2018, SL 1421 de 2019, SL 2877 de 2020 y SL 3193 de 2023).

Descendiendo al caso concreto, se tiene que la demandante estuvo afiliada al RPMPD administrado hoy por Colpensiones, ahora bien, contrariamente a la fecha indicada en el libelo introductor, se encuentra que diligenció el formulario de afiliación al RAIS administrado por Protección S.A. **el 28 de junio de 1999**, conforme a la documental obrante a folio 38 del archivo 10 del expediente digital.

Sobre este punto, conviene recordar que la doctrina del precedente vertical en la sentencia del 09 de septiembre del año 2008, radicado 31989, ya había definido que la suscripción libre y voluntaria de ese formulario no era suficiente para dar cumplimiento a ese deber de información. Posición que fuera repetida también en forma pacífica por parte de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras en la Sentencia del 03 de abril de 2019 en los siguientes términos:

“La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado”.

Incluso en providencias más próximas a la fecha, se ha mantenido inmutable la postura de la Sala, ejemplo de esto lo encontramos en la Sentencia SL397 del 1 de marzo de 2023 en la que se afirmó:

“En cuanto a la suscripción de uno o varios formularios de afiliación (f.º59), se encuentra adoctrinado que son insuficientes para demostrar que la decisión de traslado estuvo precedida por una ilustración acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes. Tampoco es admisible sostener que la simple rúbrica impuesta en el formulario, en señal de asentimiento, pueda suplir la información que deben brindar las administradoras (entre otros fallos se cita CSJ SL SL1688-2019)”.

Por otro lado, frente al interrogatorio de parte rendido por la demandante Mery Deissy Torres Hernández en la audiencia celebrada el 04 de abril de 2022, visible en el archivo 18 del expediente virtual, avizora la sala que esta no confiesa nada en favor de las demandadas, únicamente declara no haber recibido la información clara y comparada sobre ambos regímenes pensionales, que se trasladó en junio de 1999 por solicitud de su empleador Fondo de empleados de la empresa Círculo De Lectores, que revisaba su extracto pensional habitualmente para verificar que sus emperadores le hicieran los aportes y que radicó varios derechos de petición para solicitar trasladarse a Colpensiones, pero que estas fueron rechazadas.

Con todo lo anterior, la Sala advierte que en el expediente no existe un solo elemento de convicción distinto al formato de vinculación que demuestre que la AFP Protección dio información transparente y completa al afiliado sobre las características de ambos regímenes pensionales y las implicaciones inherentes de pertenecer a uno u otro al momento en que la demandante suscribió el formulario de afiliación, lo que conduce a esta Sala a confirmar la declaratoria de ineficacia del traslado que efectuó la demandante el 28 de junio de 1999, como lo determinó el a quo.

Ahora bien, como lo indicó el a quo, la consecuencia de la ineficacia corresponde a la devolución de todas las sumas por conceto de cotizaciones que se hayan efectuado al RAIS debidamente indexados; consecuencia que ha sido ampliamente explicada por la doctrina del precedente vertical, entre otras, en la sentencia SL1499 del 27 de abril de 2022 en la que se indicó lo siguiente:

“También se ha dicho por la Sala que como la declaratoria de ineficacia tiene efectos ex tunc (desde siempre), las cosas deben retrotraerse a su estado anterior, como si el acto de 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.

En consecuencia, habrá de adicionarse el numeral primero del fallo del a quo, en el sentido de que Protección S.A. deberá trasladar a Colpensiones los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual del demandante junto con sus rendimientos. De igual modo, la citada AFP deberá devolver a Colpensiones el porcentaje correspondiente a los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de

garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.” (resalta la Sala).

En la misma línea argumentativa, sobre los efectos de la ineficacia, la sentencia SL 1535 del 10 de mayo de 2022 señaló que *“es pertinente recordar que se contraen a la devolución de todos los dineros que el fondo hubiera recibido, entre otros, por concepto de las cotizaciones y los bonos pensionales —si fuere el caso—, además de los rendimientos financieros que se hubieren causado, y las cuotas de administración, pues no puede trasladarse una suma inferior a la realmente ahorrada. Lo anterior, bajo la ficción jurídica de que el actor nunca se movió al RAIS o, lo que es igual, que siempre estuvo afiliado al RPMPD administrado por Colpensiones.”*

Por último, con relación a este punto, en la reciente sentencia S L 680 del 31 de octubre de 2023 nuevamente la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia recordó lo siguiente:

“(…) los efectos de la declaratoria de ineficacia del traslado bajo el amparo del art. 271 de la Ley 100 de 1993, consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el cambio de régimen no hubiera ocurrido, lo que apareja que las AFP no solo deben devolver los aportes a pensión existentes en la cuenta de ahorro individual, sino también los bonos pensionales, rendimientos financieros, gastos de administración y sumas adicionales pagadas a las aseguradoras por seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, tal como lo adocrinó esta corporación, entre otras, en las sentencias CSJ SL17595-2017 y CSJ SL4989-2018, sin que ello implique un enriquecimiento sin causa de Colpensiones, simplemente es la connatural consecuencia de la declaratoria de ineficacia del traslado.” (resalta la Sala).

En ese sentido, debe también considerarse que la devolución de los aportes y descuentos realizados por las AFP en el RAIS, obedece a que estas sumas también formarán parte de la financiación de la pensión de los afiliados a futuro, por lo que, el reintegro de estos dineros, de la forma en que jurisprudencialmente se ha desarrollado, no solo benefician al afiliado, sino que también representan una garantía para Colpensiones como administrador del RPMPD quien deberá asumir el derecho pensional de los afiliados trasladados en un futuro, lo que le permite contar con los recursos necesarios para tal fin.

Bajo ese criterio, la Sala considera necesario aclarar la decisión de primera instancia, en el sentido de indicar que la indexación procede únicamente frente a los conceptos de gastos de administración, las primas por los seguros previsionales de sobrevivencia e invalidez y los

aportes al fondo de garantía de pensión mínima, con cargo a sus propios recursos frente a todas las AFP encartadas.

Por otro lado, respecto a la prescripción de la acción de nulidad, basta con recortar la postura de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia que se encuentra subsumida en la sentencia SL3179-2023 previamente citada, en la cual se puntualizó: *“En cuanto a la excepción de prescripción que propusieron las demandadas, esta Sala ha manifestado reiteradamente que la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales es imprescriptible porque se trata de un estado jurídico que no está sujeto a aquel fenómeno extintivo, a diferencia de lo que sucede con los derechos de crédito (CSJ SL1688-2019, reiterada en CSJ SL4360-2019).”*

Por consiguiente, siguiendo los lineamientos jurisprudenciales del órgano vértice de la jurisdicción ordinaria laboral, es posible concluir que la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible, y así también lo son las consecuencias de su declaratoria.

Finalmente, para abordar a la inconformidad referida por el apoderado de la Administradora Colombiana de Pensiones, frente a la sostenibilidad del sistema financiero se encuentra que ya se ha pronunciado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia indicando que dicho principio constitucional no se ve afectada con la declaratoria de ineficacia del traslado, dado a que como se señaló previamente, la AFP tiene el deber de restituir todos los valores recibido por concepto de la afiliación del accionante con todos sus frutos, con lo cual se compensan las cotizaciones que debió efectuar el accionante el Régimen de Prima Media con Prestación Definida y se financia la pensión a recibir, indistintamente si se han cotizaron en un fondo público o en una cuenta de ahorro individual.

Así lo señaló la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019, precisando

“Sin pasar por alto que los aportes del régimen de prima media con prestación definida van a un fondo público mientras que los del régimen ahorro individual con solidaridad a una cuenta individual, lo cierto es que en uno y otro caso los recursos tienen una destinación específica: el pago de la pensión de vejez. En tal dirección, el literal g) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 subraya que independientemente del régimen pensional al que se esté afiliado, «para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas a cualesquiera de ellos».

“Vale destacar que, en este caso, en virtud de la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, el pago de la pensión corre a cargo del fondo común de naturaleza pública administrado por COLPENSIONES, a través del cual se «garantiza el pago de las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados» con sustento en «los aportes de los afiliados y sus rendimientos» (art. 32 L. 100 de 1993) Esto es, la pensión a cargo del régimen de prima media con prestación definida tiene que estar soportada en las cotizaciones de sus afiliados, las cuales nutren el fondo público y, por tanto, justifican el reconocimiento de la pensión. Sin estas es un

despropósito exigir el pago de una pensión, con mayor razón si se tiene la intención de no devolver esos dineros.

“Es que para la Sala el reconocimiento de una prestación pensional supone que se cuenta con el capital correspondiente a las cotizaciones con la cual se va a financiar. La pensión es una construcción fruto del trabajo de muchos años de la persona, de manera que su otorgamiento debe estar respaldado con los aportes o cotizaciones sufragadas durante la vida laboral. Al respecto, el literal l) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, dispone que no «podrán otorgarse pensiones del Sistema General que no correspondan a tiempos de servicios efectivamente prestados o cotizados»”.

Lo anterior también ha sido reiterado en sentencias posteriores como la SL1440-2021 y la SL1497-2022, en esta última con toda claridad la Corte precisó: *“Tampoco se atenta contra la sostenibilidad financiera del Sistema, en la medida en que la ley dispone las fuentes de financiamiento de las prestaciones económicas que éste reconoce y, en todo caso, la ineficacia comporta unos efectos que pasan a explicarse más adelante, lo que supone, entre otras cosas, que la totalidad del ahorro pensional efectuado, con los elementos que lo integran, pasen de la AFP a la administradora del Régimen de Prima Media.”*

Ahora, frente a la propuesta de la censura de que debe condenarse al fondo privado a mantener al afiliado pero aplicándole las disposiciones previstas en el Régimen de Prima Media con Prestación definida para un eventual reconocimiento de prestaciones, debemos recordar que el artículo 12 de la Ley 100 de 1993 dispone que el Sistema General de Pensiones está compuesto por dos Regímenes Solidarios excluyentes pero que coexisten, a saber: El de Prima Media con Prestación Definida que administra hoy día Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones (antes el ISS) y el de Ahorro Individual con Solidaridad, administrado por los fondos privados de pensiones, en este caso específico por Protección S.A. De suerte que, al no existir un fundamento legal que justifique su petitum, bajo ningún pretexto es dable ordenar a Protección S.A. aplicar las disposiciones previstas en el fondo común del Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

Sin perjuicio de lo anterior, si la Administradora Colombiana de Pensiones considera que el accionar omisivo de Protección S.A. le ocasionó un perjuicio, puede acudir a las vías judiciales para demostrar su existencia y lograr el resarcimiento del mismo.

Así queda resuelto el recurso de apelación interpuesto y el estudio del grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones.

COSTAS

Costas en esta instancia a cargo de Colpensiones porque su recurso no prosperó, se fijan como agencias en derecho la suma de \$500.000.

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: ACLARAR el numeral tercero de la sentencia proferida por el Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de indicar que la indexación procede únicamente frente a los conceptos de gastos de administración, las primas por los seguros previsionales de sobrevivencia e invalidez y los aportes al fondo de garantía de pensión mínima, con cargo a sus propios recursos frente a todas las AFP encartadas.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada.

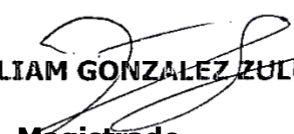
TERCERO: Costas en esta instancia a cargo de Colpensiones porque su recurso no prosperó, se fijan como agencias en derecho la suma de \$500.000.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



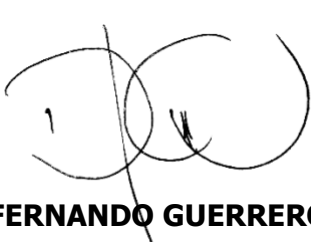
RODRIGO AVALOS OSPINA

Magistrado



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA

Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Magistrado



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

Magistrado Ponente: **RODRIGO ÁVALOS OSPINA.**

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR LUZ STELLA ROJAS TRESPALACIOS contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES y PORVENIR S.A. Radicación No. 11001-31-05-007-**2020-00279-01.**

Bogotá D.C., treinta (30) de abril dos mil veinticuatro (2024), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

La demandante LUZ STELLA ROJAS TRESPALACIOS, por intermedio de apoderado judicial, instauró demanda ordinaria laboral en contra de las demandadas antes referidas para que se declare la ineficacia de la afiliación que realizó el 1 de junio de 2002 del régimen de prima media con prestación definida (RPMD) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) administrado por la AFP Porvenir S.A. Como consecuencia de lo anterior, solicita que se ordene a Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones los aportes en pensiones realizados por la actora como cotizaciones, bonos, aportes adicionales del asegurado con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1747 del Código Civil esto es, con todos los rendimientos que se hubieren causado; que igualmente se ordene a Colpensiones validar los aportes en pensiones trasladados e incorporarlos a la historia laboral debidamente detallados; y las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, y en lo que interesa a la resolución del recurso, manifestó que realizó cotizaciones para pensión en el extinto ISS desde el 1 de enero de 1984 hasta el 1 de junio de 2002, fecha en la cual se trasladó al fondo de pensiones Porvenir S.A. Afirma que al momento de traslado no le explicaron de manera clara y precisa las consecuencias y beneficios del cambio de régimen ni la diferencia tan significativa en el monto de la pensión entre un régimen y otro.

Actuación procesal

El Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá admitió la demanda con auto del 12 de abril de 2021, y ordenó la notificación de las demandadas, así como de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Cumplido lo anterior, la Administradora Colombiana de Pensiones -

Colpensiones y la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. contestaron la demanda en los términos de los archivos 17 y 19 respectivamente, del expediente digital.

Sentencia de primera instancia

El juzgado de conocimiento en sentencia proferida el 23 de mayo de 2023 resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación y traslado realizado por: La señora LUZ STELLA ROJAS TRESPALACIOS con la AFP PORVENIR el 10 de abril de 2002 contenida en el formulario No. No. 0037481.

SEGUNDO: ORDENAR a PORVENIR S.A., a trasladar la totalidad de los valores depositados en la cuenta de ahorro individual de la que es titular la señora LUZ STELLA ROJAS TRESPALACIOS 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 PORVENIR S.A., a devolver a Colpensiones, todos los descuentos realizados a los aportes pensionales de la demandante desde abril del año de 2002 cuando ocurrió el traslado del régimen pensional, 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, para lo cual se le concede al fondo demandado el termino de treinta (30) días, contados a partir del auto de obedecimiento al Superior, deberán presentar un informe debidamente discriminadamente con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes, descuentos objeto de devolución, su indexación y demás información relevante que los justifiquen y que prevengan controversias posteriores a la ejecutoria de esta sentencia.

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

QUINTO: SE DECLARAN NO PROBADAS las excepciones presentadas por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTIAS – PORVENIR 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 2 SMMLV, al momento del pago, a cargo de cada uno de los fondos.

SÉPTIMO: se ordena el grado jurisdiccional de consulta ante el Superior a favor de Colpensiones”.

Para adoptar esta decisión, el operador de instancia indicó que estaba acreditado que la actora se había traslado de régimen pensional hacia Porvenir S.A.; a su vez, mencionó que conforme lo ha adocinado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, le corresponde a las AFP suministrar a sus potenciales afiliados una información detallada y suficiente sobre las características, ventajas, desventajas y consecuencias del traslado de régimen, lo cual no se prueba con el formulario de afiliación, carga probatoria que en el sub-examine no se logró demostrar por parte de la AFP Porvenir S.A., máxime si se tiene en cuenta que la demandante dentro del interrogatorio de parte no confesó que se le hubiese brindado una información completa respecto de las características de ambos regímenes al tenor de lo preceptuado por la Alta Corporación.

Por tal razón, al encontrar que el proceso de traslado de la demandante estuvo involucrado un asesor de la AFP Porvenir, sin que se acreditara que éste cumplió con los deberes de información, declaró la ineficacia del traslado y ordenó al fondo demandado devolver a Colpensiones, todos los descuentos realizados a los aportes pensionales de la demandante desde abril del año de 2002 cuando ocurrió el traslado del régimen pensional de la forma descrita en la parte resolutive antes transcrita.

Recurso de Apelación

La apoderada de **Colpensiones** presentó recurso de apelación en el que manifiesta su inconformidad frente a la decisión adoptada por el a quo. De esta forma, solicita se revoque la sentencia de primer grado, sosteniendo que en el expediente no se encuentra acreditada la presencia de algún vicio del consentimiento de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1740 del Código Civil (error, fuerza o dolo); de esta forma, señala que hay una interpretación errónea respecto del artículo 1604 del Código Civil al trasladar la carga de la prueba a los fondos privados, configurándose así una responsabilidad objetiva, toda vez que no se exige a la demandante aportar prueba alguna que demuestre que estaba en presencia de un vicio del consentimiento al momento de afiliarse.

De igual manera, refiere que existen obligaciones legales recíprocas entre los afiliados al sistema general de pensiones, dentro de las que se encuentra informarse adecuadamente de las condiciones generales del sistema de pensiones y aprovechar los mecanismos de divulgación y capacitación para conocer el funcionamiento del sistema general de pensiones; deberes mínimos que están en cabeza de los afiliados. Por lo tanto, refiere que, frente al silencio de la demandante en el trascurso del tiempo, debe entenderse que fue consciente de permanecer en el régimen seleccionado.

Por otro lado, manifiesta que no comparte la decisión del a quo, frente a la descapitalización del sistema pensional, pues en la actualidad las decisiones adoptadas por los despachos judiciales al declarar la ineficacia jurídica quiebra directamente el principio de la sostenibilidad financiera. Por último, refiere que Colpensiones es un tercero de buena fe que no participó en el acto que se declara ineficaz y por lo tanto no hay lugar a la condena en costas y agencias en derecho.

El apoderado de la **demandada Porvenir S.A.** interpone recurso de apelación parcial contra la sentencia proferida por el a quo, específicamente frente a los numerales segundo y tercero de la sentencia. Indica que no comparte los efectos jurídicos que se le dieron a ineficacia respecto a la condena de devolver gastos de administración y primas de seguros previsionales y descuentos destinados al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados, pues esta condena es incompatible con los rendimientos financieros que también se están ordenando devolver y se estaría condenando a Porvenir S.A. dos veces por el mismo rubro.

Alegatos ante este Tribunal (Ley 2213 de 2022).

Con auto del 27 de febrero de 2024 se admitieron los recursos de apelación y se corrió el traslado a las partes para que presentaran los alegatos de conclusión; no concurrió ninguna.

CONSIDERACIONES

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

Así las cosas, se tiene que los problemas jurídicos por resolver consisten en; i) determinar si efectivamente existe o existió una ineficacia en el momento del traslado del accionante del régimen de prima media con prestación definida (RPMPD) al régimen de ahorro individual (RAIS), como consecuencia de la falta de información completa, veraz, oportuna, objetiva, comparada y transparente acerca de las características de los dos regímenes pensionales, para así escoger la mejor opción del mercado; de mantenerse esta decisión ii) establecer si es procedente la condena en costas a Colpensiones y; iii) dilucidar si hay lugar a la devolución de aportes, gastos de administración y primas de seguros previsionales indexados de la forma en que lo determinó el a quo.

De la ineficacia del traslado

Para la resolución de este asunto, debe considerarse que las AFP tienen un deber legal de suministrar a sus potenciales afiliados información objetiva, comparada y transparente sobre las características, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado. Este deber existía desde la creación del sistema de seguridad social integral, como de ello da cuenta el artículo 97, numeral 1 del Decreto 663 de 1993, en armonía con el artículo 13, literal b) de la Ley 100 de 1993 (CSJ: SL1452-2019, SL1688-2019, SL1689-2019, SL4426-2019, SL3464-2019, SL4360- 2019, SL2611-2020, SL4806-2020 y SL373-2021).

En el referido artículo 97 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero se recalcó la importancia del deber de información de las entidades vigiladas por la Superintendencia Bancaria hoy Superfinanciera, incluyendo naturalmente a las Administradoras de Fondo de Pensiones, al contemplar textualmente que *"Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado"*.

Así mismo el artículo 12 del Decreto 720 de 1994 consagra las obligaciones de los promotores en los siguientes términos: *"Los promotores que empleen las sociedades administradoras del sistema general de pensiones deberán suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación, durante toda la vinculación y con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado"*.

De igual manera, debe considerarse que la suscripción de un formulario por parte del afiliado, que pueda o no, contener afirmaciones en el sentido de indicar que la afiliación se realiza de forma libre y voluntaria, no liberan a las AFP de su obligación de brindar información completa, objetiva y comparada de los distintos regímenes pensionales y las consecuencias asociadas al traslado entre ellos. A lo sumo, estas expresiones acreditan un consentimiento sin vicios, pero no uno debidamente

informado (SL 4964 de 2018, SL 4964 de 2018, SL 1421 de 2019, SL 2877 de 2020 y SL 3193 de 2023).

De manera que, para la Sala, no cabe duda en cuanto a la existencia de un compendio normativo que obligaba a las administradoras de pensiones a informar en el momento del traslado, en forma, clara, completa, objetiva, veraz y transparente acerca de las características de ambos regímenes. Sobre este punto en particular, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, específicamente en la sentencia SL 1688 de 2019 con radicado No.68838, precisó desde cuándo se encontraba en cabeza de esas administradoras de pensiones, esa obligación probatoria en los siguientes términos:

“Desde este punto de vista, para la Corte es claro que, desde su fundación, las administradoras ya se encontraban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales, pues solo así era posible adquirir «un juicio claro y objetivo» de «las mejores opciones del mercado»”.

Descendiendo al caso concreto, se tiene que la demandante estuvo afiliada al RPMPD administrado hoy por Colpensiones desde el 15 de noviembre de 1984 y realizó aportes desde esa fecha hasta el 30 de abril de 2002 de conformidad con las documentales obrantes a folio 20 del archivo 01 del expediente digital. También se advierte que la demandante diligenció el formulario de afiliación al RAIS administrado por Porvenir S.A. el 10 de abril de 2002 conforme a la documental obrante a folio 88 del archivo 19 del expediente digital; la cual fue efectiva a partir del 1 de junio de 2002 de acuerdo a lo certificado por la AFP Porvenir a folio 52 del archivo 01 del expediente.

El punto que controvierte la apoderada de Colpensiones se relaciona con el hecho de que el a quo, interpretó de forma equivocada el artículo 1604 del Código Civil al trasladar la carga de la prueba a los fondos privados, configurándose así una responsabilidad objetiva, toda vez que no se exige a la demandante aportar prueba alguna que demuestre que estaba en presencia de un vicio del consentimiento al momento de afiliarse.

Frente a este aspecto, la Sala coincide con el análisis realizado por el a quo, como quiera que la accionante sustenta sus pretensiones en la omisión al deber de información que recae sobre las administradoras de pensiones privadas y así lo ratificó al absolver el interrogatorio de parte. Sobre este punto, la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia, de forma pacífica, entre otras, en la sentencia SL 2001 de 2021 indicó:

“esta Sala tiene establecido que la trasgresión al deber información cuando se realiza un cambio de régimen pensional debe abordarse desde la institución de la ineficacia y no desde el régimen de las nulidades o inexistencia, pues si se atenta contra el derecho a la libre afiliación, la misma quedará sin efecto, conforme al artículo 271 de la ley 100 de 1993”

Misma posición que la Sala ha sostenido de forma pacífica en las sentencias SL 1452 de 2019; SL 1688 de 2019; SL 3464 de 2019 y; SL 4360 de 2019.

Ahora bien, descendiendo al caso concreto, la Sala encuentra que, al escuchar el interrogatorio de parte de la demandante, expresó que en el año 2002 llegaron a su oficina, en la Gobernación del Meta,

dos personas de Porvenir, quienes le manifestaron que el ISS se “iba a acabar” y que Porvenir sería una de las entidades que la iba a reemplazarla; que le dijeron que los aportes quedarían en buenas manos, que en caso de que ocurriera alguna eventualidad, alguna catástrofe o algo, podía retirar el dinero y que incluso podría llegar a pensionarse con menos edad; entonces por eso accedió a trasladarse. Refiere igualmente que no le dieron una asesoría, que no le hicieron ninguna proyección frente a la mesada pensional y que ella confió en lo que le dijeron las asesoras.

Ahora bien, debe advertirse que, en el formulario de traslado aportado al expediente, de fecha 10 de abril de 2002, se registró la firma de un asesor comercial, y lo que se está garantizando con dicha suscripción es que se brindó la información completa e informada sobre el traslado al trabajador, hecho que no se encuentra acreditado en el expediente.

Y es que así debe entenderse, como quiera que, al contestar la demanda, Porvenir S.A. manifestó que en el traslado del demandante del RPMPD al RAIS “fue libre y voluntaria por espontánea e informada de conformidad con el literal e) del artículo 13 de la ley de 1993, documento que se presume auténtico en los términos del artículo 114 de la ley 100 de 1993”; de donde se reitera que, en el presente asunto, no se acreditó el cumplimiento de la asesoría en la que la parte demandada soporta su defensa.

Por otro lado, también se debe tener presente que la doctrina del precedente vertical en la sentencia del 09 de septiembre del año 2008, radicado 31989, ya había definido que la suscripción libre y voluntaria de ese formulario no era suficiente para dar cumplimiento a ese deber de información. Posición que fuera repetida también en forma pacífica por parte de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras en la Sentencia del 03 de abril de 2019 en los siguientes términos:

“La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado”.

Incluso en providencias más próximas a la fecha, se ha mantenido inmutable la postura de la Sala, ejemplo de esto lo encontramos en la Sentencia SL397 del 1 de marzo de 2023 en la que se afirmó:

“En cuanto a la suscripción de uno o varios formularios de afiliación (f.º59), se encuentra adoctrinado que son insuficientes para demostrar que la decisión de traslado estuvo precedida por una ilustración acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes. Tampoco es admisible sostener que la simple rúbrica impuesta en el formulario, en señal de asentimiento, pueda suplir la información que deben brindar las administradoras (entre otros fallos se cita CSJ SL SL1688-2019)”.

Con todo lo anterior, la Sala advierte que en el expediente no existe un solo elemento de convicción distinto al formato de vinculación que demuestre que la AFP Porvenir dio información transparente y completa al afiliado sobre las características de ambos regímenes pensionales y las implicaciones inherentes de pertenecer a uno u otro. Por tanto, la Sala concluye que le asiste razón al fallador de instancia al declarar la ineficacia del traslado que efectuó el demandante el 10 de abril de 2002, dado

que la AFP Porvenir S.A. no probó el cumplimiento del deber de información en el momento del traslado de régimen del promotor.

En este punto, frente a la sostenibilidad del sistema financiero, al que alude la apoderada de Colpensiones en su recurso, se encuentra que ya se ha pronunciado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia indicando que dicho principio constitucional no se ve afectada con la declaratoria de ineficacia del traslado. Por ejemplo en Sentencia SL1497 de 2022, se indicó que: *“Tampoco se atenta contra la sostenibilidad financiera del Sistema, en la medida en que la ley dispone las fuentes de financiamiento de las prestaciones económicas que éste reconoce y, en todo caso, la ineficacia comporta unos efectos que pasan a explicarse más adelante, lo que supone, entre otras cosas, que la totalidad del ahorro pensional efectuado, con los elementos que lo integran, pasen de la AFP a la administradora del Régimen de Prima Media.”*; por lo que no habrá lugar a modificar la sentencia de primera instancia tampoco en relación con este aspecto.

De la indexación de los descuentos

Con relación a la indexación de las sumas cuya devolución se ordena en primera instancia, particularmente en los numerales 2 y 3 de la parte resolutive de la sentencia, encuentra la Sala que el reparo presentado por el apoderado de Porvenir es improcedente. En primer lugar, porque en el numeral segundo, el a quo ordenó a Porvenir trasladar la totalidad de los valores depositados en la cuenta ahorro individual de la que es titular la demandante, dineros que deben incluir los rendimientos que se hubieren generado hasta que se haga efectivo dicho traslado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES; sin embargo, no se ordenó la indexación de estos rubros, por lo tanto, frente a este numeral, la Sala no realizará modificación alguna a la sentencia proferida por el a quo, pues el fundamento de la apelación supone un hecho (la indexación) que no se ordenó en la decisión de instancia.

Con relación al numeral tercero de la sentencia apelada, se tiene que allí el a quo le ordenó a Porvenir devolver a Colpensiones, todos los descuentos realizados a los aportes pensionales de la demandante desde abril del año de 2002, cuando ocurrió el traslado del régimen pensional, específicamente i) el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, ii) primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y iii) el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos. Decisión con la que concuerda esta Sala, en atención a la doctrina del precedente vertical, entre otras, lo señalado en la sentencia SL1019 de 2022, Radicación No. 87915 del 16 de marzo de 2022, en la que frente a los efectos de la declaratoria de ineficacia se precisó:

*“Por ello se procederá a Condenar a Old Mutual SA hoy Skandia, a **trasladar a Colpensiones los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual de la demandante junto con sus rendimientos y bonos pensionales.** De igual modo, la citada AFP **deberá devolver a Colpensiones el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, comisiones, 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, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen”. (resalta la Sala)*

De allí que, la indexación de los conceptos señalados por el a quo en el numeral tercero de la sentencia proferida, es procedente, además porque debe entenderse que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, por tanto, tal situación solo es posible bajo la ficción de que el mismo nunca ocurrió. Esto quiere decir que *“si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al sistema privado de pensiones, y si estuvo afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por Colpensiones”* (CSJ SL3464-2019).

Teniendo en cuenta los efectos propios de la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen, esto es *ex tunc* (desde siempre), no se equivocó el a quo al ordenar a Porvenir devolver a Colpensiones *“los recursos percibidos por cuenta del actor en el RAIS”*; que comprenden los porcentajes correspondientes a los gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y lo destinado al fondo de garantía de pensión mínima, con cargo a sus propios recursos debidamente indexados. Puntualmente, respecto a las sumas que se controvierten en el recurso, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia se refirió también en la Sentencia SL3477 de 2021 en la que reiteró:

“De igual modo, se condenará a la Sociedad Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. a trasladar a la UGPP, además de lo consignado en la cuenta de ahorro individual y los rendimientos, los bonos pensionales, el porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima. Así mismo, se le condenará la devolución de los gastos de administración y el valor de las primas del seguro previsional, debidamente indexados a la fecha de entrega a la UGPP.” (resalta la Sala).

Siguiendo esta misma línea, en sentencia SL282 de 2023, se mantuvo la postura antes referida precisando:

“Del mismo modo, por virtud de que cada contratante debe devolver al otro lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que se deja sin efecto, Colfondos S.A. y Colmena AIG, hoy Protección S.A., deberán devolver el porcentaje cobrado por comisiones, 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, durante el tiempo en que la demandante estuvo vinculada a esas administradoras”.

De la condena en costas

Finalmente, en lo concerniente a la condena en costas a Colpensiones, debe señalarse que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 365 del CGP se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, esto es Colpensiones y Porvenir, máxime si se considera que, desde el escrito de contestación de la demanda, Colpensiones se opuso a la prosperidad de todas y cada una de las pretensiones, por lo que, en este punto, tampoco se modificará la decisión de primera instancia.

Así quedan resueltos los recursos de apelación interpuestos.

COSTAS

Costas en esta instancia a cargo de las demandadas porque sus recursos no prosperaron, se fijan como agencias en derecho la suma de \$500.000 por cada una.

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: **CONFIRMAR** la sentencia proferida por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá el 23 de mayo de 2023 dentro del proceso promovido por LUZ STELLA ROJAS TRESPALACIOS contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES y PORVENIR S.A.

SEGUNDO: Costas en esta instancia a cargo de las demandadas porque sus recursos no prosperaron, se fijan como agencias en derecho la suma de \$500.000 por cada una.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



RODRIGO AVALOS OSPINA

Magistrado



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA

Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Magistrado



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

Magistrado Ponente: **RODRIGO ÁVALOS OSPINA.**

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR MARÍA CRISTINA CAYCEDO PERRY contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS y PORVENIR S.A. Radicación No. 11001-31-05-038-**2020-00196-02.**

Bogotá D.C., treinta (30) de abril dos mil veinticuatro (2024), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

La demandante MARÍA CRISTINA CAYCEDO PERRY, por intermedio de apoderado judicial, instauró demanda ordinaria laboral en contra de las demandadas antes referidas para que se declare la nulidad, y en caso que no opere ésta, la ineficacia de la afiliación que realizó el 29 de agosto de 1996 del régimen de prima media con prestación definida (RPMD) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) administrado por la AFP Colfondos S.A.; así mismo que se declare la nulidad o la ineficacia del traslado realizado dentro del RAIS promovida por la AFP Horizonte hoy Porvenir S.A. Como consecuencia de lo anterior, solicita que se condene a las demandadas a determinar que nunca dejó de pertenecer al RPMPD; que se condene a Porvenir, por ser la administradora en la cual se encuentra activa, a devolver a Colpensiones la totalidad del capital acumulado en la cuenta de ahorro individual junto con todos sus rendimientos, sin descontar comisiones por concepto de manejo de la cuenta; lo que resulta probado *ultra y extra petita*; y las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, y en lo que interesa a la resolución del recurso, manifestó que el 29 de agosto de 1996 se trasladó del régimen de prima media (RPMPD) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) quedando activa desde el 1 de octubre de 1996. No obstante, precisa que al momento de afiliarse no recibió la asesoría que se requería para que de manera informara tomara una decisión libre y consciente; esto, con ocasión a que el asesor que se encontraba al omento de realizar la afiliación, no le informó sobre las ventajas y

desventajas de cambiarse de régimen, tampoco sobre la afectación que sufriría su mesada y bono pensional, tampoco que su mesada pensional dependería del capital ahorrado, ni le fue realizada una proyección pensional para contar con la información completa.

Por último, narra que el 28 de mayo de 2005 realizó un traslado a la AFP Horizonte, la que tampoco le informó sobre la afectación de su mesada y bono pensional; y en los mismos términos, describe que el asesor de esta AFP tampoco le brindó la información necesaria para conocer las características propias del RAIS y el monto de la pensión que podría causar en este régimen.

Actuación procesal

El Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá admitió la demanda con auto del 2 de septiembre de 2020, y ordenó la notificación de las demandadas, así como de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Cumplido lo anterior, la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones y Colfondos S.A. contestaron la demanda en los términos de los folios 1 y 228 respectivamente, del archivo 08 del expediente digital; Porvenir S.A. no contestó la demanda.

Sentencia de primera instancia

El juzgado de conocimiento en sentencia proferida el 15 de julio de 2021 reconstruida el 7 de diciembre de 2022 resolvió:

“PRIMERA: DECLARAR la ineficacia de la afiliación verificada por la señora MARÍA CRISTINA CAYCEDO PERRY con destino a la AFP COLFONDOS S.A. el 29 DE AGOSTO DE 1996. 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 AFP PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A que conjuntamente adelanten las gestiones administrativas y financieras tendientes a retornar con destino al RPMPD administrado por COLPENSIONES las cotizaciones integrales efectuadas en favor del demandante con destino al RAIS, durante el tiempo en que permaneció vinculada irregularmente a este régimen, debiendo transferirse las respectivas cotizaciones integrales debidamente indexadas, tomando para el efecto el IPC, que certifique el DANE de acuerdo con la fórmula:

$$\frac{\text{INDICE FINAL}}{\text{INDICE INICIAL}} \times \text{VALOR HISTORICO} = \text{VALOR INDEXADO}$$

(Valor de Cada Cotización)

Debiéndose tomar como índice inicial, el de la fecha en que se realizó el pago de la respectiva cotización integral y como índice final, el de la fecha en que se verifique el reembolso con destino al RPMPD, 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 tal procedimiento, resaltando que el pago correspondiente se podrá hacer tomando para el efecto el importe de las sumas que obren en la cuenta de ahorro individual de la demandante y en PORVENIR S.A y en caso de ser insuficientes, aplique la diferencia con cargo a recursos propios de la AFP COLFONDOS S.A y PORVENIR S.A en proporción al tiempo en que la demandante permaneció afiliada a cada una de estas entidades. Lo anterior, por lo señalado en la parte motiva de la presente sentencia.

Ahora bien, de subsistir saldos luego de estas operaciones en la cuenta de ahorro individual de la demandante, los mismos deberán ser girados al Fondo de Solidaridad Pensional, al hacer parte estos recursos al Sistema General de Pensiones.

TERCERO: EXCEPCIONES *Dadas las resultas del juicio, el Despacho declara no probadas las propuestas respecto de las determinaciones adoptadas.*

CUARTO: COSTAS. *Lo serán a cargo de la demandada AFP COLFONDOS 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.*

QUINTO: *Si no fuere apelada oportunamente la presente sentencia, CONSÚLTESE con el SUPERIOR”.*

Para adoptar esta decisión, el operador de instancia indicó que estaba acreditado que la actora se había traslado de régimen pensional hacia Colfondos S.A.; y luego realizó un traslado de AFP a Horizonte hoy Porvenir. A su vez, mencionó que conforme lo ha adoctrinado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, le corresponde a las AFP suministrar a sus potenciales afiliados una información detallada y suficiente sobre las características, ventajas, desventajas y consecuencias del traslado de régimen, lo cual no se prueba con el formulario de afiliación, carga probatoria que en el sub-examine no se logró demostrar por parte de la AFP Colfondos S.A., máxime si se tiene en cuenta que la demandante dentro del interrogatorio de parte no confesó que se le hubiese brindado una información completa respecto de las características de ambos regímenes al tenor de lo preceptuado por la Alta Corporación.

Por tal razón, al encontrar que no se cumplió con el deber de información, declaró la ineficacia del traslado y ordenó al fondo demandado a devolver y trasladar a COLPENSIONES los valores atrás descritos.

Recurso de Apelación

La apoderada de **Colpensiones** presentó recurso de apelación en el que manifiesta su inconformidad frente a la decisión adoptada por el a quo. De esta forma, solicita se revoque la sentencia de primer grado, sosteniendo que el artículo 83 de la Constitución Política establece que las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deben ceñirse

a los postulados de buena fe, por lo que la afirmación del gestor de que los fondos privados lo hicieron incurrir en error y no le brindaron la información suficiente respecto de las consecuencias que podría acarrear el traslado de régimen, impone como carga procesal que deba desvirtuar la buena fe de los fondos privados, máxime al considerar que la demandante era abogada y tenía conocimientos de seguridad social por su profesión.

En esa medida, indica que resalta extraño que la demandante no hubiera cuestionado su afiliación de forma previa, y sea solo hasta este momento que decide activar los mecanismos necesarios para regresar al RPMPD. Además, la vinculación a uno u otro régimen pensional genera obligaciones recíprocas, tal y como lo establece el artículo 1495 del Código Civil, las cuales también están en cabeza del afiliado, pues si bien las AFP tienen el deber de brindar información correspondiente para el traslado de régimen, también es responsabilidad de los afiliados informarse, de forma autónoma sobre las características de los regímenes y los beneficios que comporta cada uno de ellos.

Alegatos ante este Tribunal (Ley 2213 de 2022).

Admitido el recurso de apelación con auto del 4 de mayo de 2023 por esta Corporación, se corrió el traslado a las partes para que presentaran los alegatos de conclusión; concurrió únicamente la parte actora.

CONSIDERACIONES

De conformidad con lo preceptuado en el artículo 35 de la Ley 712 de 2001 esta Sala de Decisión emprende el estudio de los puntos de inconformidad planteados por la recurrente en el momento de interponer y sustentar el recurso ante el juez de primera instancia, como quiera que el fallo que se profiera tiene que estar en consonancia con tales materias, sin que le sea permitido al Tribunal abordar temas distintos de estos. Así mismo se estudiará en grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones de conformidad con lo establecido en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., ello por cuanto la decisión adoptada en primer grado fue adversa a sus intereses.

Así las cosas, se tiene que el problema jurídico por resolver consiste en determinar si efectivamente existe o existió una ineficacia en el momento del traslado del accionante del régimen de prima media con prestación definida (RPMPD) al régimen de ahorro individual (RAIS), como consecuencia de la falta de información completa, veraz, oportuna, objetiva, comparada y transparente acerca de las características de los dos regímenes pensionales, para así escoger la mejor opción del mercado.

De la ineficacia del traslado

Para la resolución de este asunto, debe considerarse que las AFP tienen un deber legal de suministrar a sus potenciales afiliados información objetiva, comparada y transparente sobre las características, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado. Este deber existía desde la creación del sistema de seguridad social integral, como de ello da cuenta el artículo 97, numeral 1 del Decreto 663 de 1993, en armonía con el artículo 13, literal b) de la Ley 100 de 1993 (CSJ: SL1452-2019, SL1688-2019, SL1689-2019, SL4426-2019, SL3464-2019, SL4360- 2019, SL2611-2020, SL4806-2020 y SL373-2021).

En el referido artículo 97 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero se recalcó la importancia del deber de información de las entidades vigiladas por la Superintendencia Bancaria hoy Superfinanciera, incluyendo naturalmente a las Administradoras de Fondo de Pensiones, al contemplar textualmente que *"Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado"*.

Así mismo el artículo 12 del Decreto 720 de 1994 consagra las obligaciones de los promotores en los siguientes términos: *"Los promotores que empleen las sociedades administradoras del sistema general de pensiones deberán suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación, durante toda la vinculación y con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado"*.

De igual manera, debe considerarse que la suscripción de un formulario por parte del afiliado, que pueda o no, contener afirmaciones en el sentido de indicar que la afiliación se realiza de forma libre y voluntaria, no liberan a las AFP de su obligación de brindar información completa, objetiva y comparada de los distintos regímenes pensionales y las consecuencias asociadas al traslado entre ellos. A lo sumo, estas expresiones acreditan un consentimiento sin vicios, pero no uno debidamente informado (SL 4964 de 2018, SL 4964 de 2018, SL 1421 de 2019, SL 2877 de 2020 y SL 3193 de 2023).

De manera que, para la Sala, no cabe duda en cuanto a la existencia de un compendio normativo que obligaba a las administradoras de pensiones a informar en el momento del traslado, en forma, clara, completa, objetiva, veraz y transparente acerca de las características de ambos regímenes. Sobre este punto en particular, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, específicamente en la sentencia SL 1688 de 2019 con radicado No.68838, precisó desde cuándo se encontraba en cabeza de esas administradoras de pensiones, esa obligación probatoria en los siguientes términos:

“Desde este punto de vista, para la Corte es claro que, desde su fundación, las administradoras ya se encontraban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales, pues solo así era posible adquirir «un juicio claro y objetivo» de «las mejores opciones del mercado»”.

Descendiendo al caso concreto, se tiene que la demandante estuvo afiliada al RPMPD administrado hoy por Colpensiones y diligenció el formulario de afiliación al RAIS administrado por Colfondos S.A. el 29 de agosto de 1996 conforme a la documental obrante a folio 11 del archivo 01 del expediente digital; que en el mes de mayo de 2005 se trasladó a la AFP Porvenir de conformidad con la certificación obrante a folio 20 del mismo archivo.

El punto que controvierte la apoderada de Colpensiones se relaciona con el hecho de que la demandante debió desvirtuar el actuar de buena fe por parte del fondo privado, cuyas actuaciones se encuentran revestida de un actuar de buena fe en virtud de lo dispuesto en el artículo 83 de la CP. De igual manera refiere que, si bien las administradoras de fondo de pensiones tienen el deber de brindar información adecuada a los afiliados para realizar el traslado, también es cierto que estos deben informarse de forma autónoma sobre las implicaciones que tiene el traslado que realizarán.

Para abordar estos puntos particulares será necesario remitirse a las pruebas obrantes en el expediente, pues se trata de una cuestión eminentemente fáctica y jurídica. De manera que al escuchar el interrogatorio de parte de la demandante, la Sala encuentra que manifestó haberse trasladado en agosto de 1996 cuando se encontraba prestando sus servicios en Coomeva, que fue su primer empleo. Asegura que en la empresa hubo una reunión de aproximadamente 10 minutos en donde le informaron muy someramente el nuevo régimen de pensiones, fueron muy enfáticos en la desaparición del ISS y se diligenciaron unos formularios. Refiere también que en ese momento había una persona a cargo que verificaba que se diligenciaran los formularios correctamente; pero más allá de estas circunstancias no recuerda que le hubieran explicado las implicaciones que representaba un cambio de régimen.

La demandante también expuso en su interrogatorio que realizó un traslado de Colfondos a Porvenir porque estaba en otra empresa y en recursos humanos los citaron y también se diligenció el formulario, como un trámite más que se tuvo que hacer en esa empresa, pero no hubo ninguna explicación, simplemente se realizó como un trámite adicional dentro de la empresa. Explica que durante su vida laboral no estuvo informada sobre los requisitos para pensionarse, y solamente hasta hace tres años se acercó a Porvenir para conocer su estado pensional encontrando que la mesada pensional que podría obtener a través de este régimen era bastante inferior en relación con las cotizaciones realizadas lo largo de su vida laboral.

También se practicó el testimonio de Lidia Aguirre quien manifestó haber trabajado en Coomeva con la demandante; indicó que ambas se encontraban en la misma área cuando

llegaron los asesores de Colfondos a brindar información sobre el traslado, y que la información fue brindada en una reunión de 5 o 10 minutos. Refirió que en esa época, se escuchaban muchas noticias sobre los actos de corrupción que rodearon la administración del ISS, y por ese motivo, la información que les fue brindada, en la que se decía que el ISS se iba a acabar, era fácil de creer. Por este motivo, tanto ella como la demandante decidieron de trasladarse, porque vieron esa opción como la única alternativa para pensionarse en un futuro.

Así mismo se aportó al expediente el formulario de afiliación a Colfondos S.A. de fecha 29 de agosto de 1996, como se indicó anteriormente, en el que se registró la firma de un asesor comercial o ejecutivo de cuenta, sin que se encuentre acreditado que ese asesor brindó la información completa e informada sobre el traslado a la trabajadora, pues ninguna prueba se aportó en tal sentido. La misma situación se predica del traslado que la demandante realizó de la AFP Colfondos a la AFP Porvenir, pues, si bien se encuentra acreditado que en el mes de mayo de 2005 la actora se afilió a Porvenir, no existe prueba en el expediente que demuestre, más allá de toda demandada razonable que al menos en esta oportunidad la afiliada hubiera recibido la información adecuada, suficiente, cierta, transparente, clara y comparativa, que le permitiera decidir libremente el régimen al que quería estar afiliada.

Por otro lado, también se debe tener presente que la doctrina del precedente vertical en la sentencia del 09 de septiembre del año 2008, radicado 31989, ya había definido que la suscripción libre y voluntaria de ese formulario no era suficiente para dar cumplimiento a ese deber de información. Posición que fuera repetida también en forma pacífica por parte de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras en la Sentencia del 03 de abril de 2019 en los siguientes términos:

“La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado”.

Incluso en providencias más próximas a la fecha, se ha mantenido inmutable la postura de la Sala, ejemplo de esto lo encontramos en la Sentencia SL397 del 1 de marzo de 2023 en la que se afirmó:

“En cuanto a la suscripción de uno o varios formularios de afiliación (f.º59), se encuentra adocetrinado que son insuficientes para demostrar que la decisión de traslado estuvo precedida por una ilustración acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes. Tampoco es admisible sostener que la simple rúbrica impuesta en el formulario, en señal de asentimiento, pueda suplir la información que deben brindar las administradoras (entre otros fallos se cita CSJ SL SL1688-2019)”.

Atendiendo las particularidades de este proceso, en el que la demandante realizó un traslado horizontal dentro del RAIS, pasando de la AFP Colfondos a la AFP Porvenir, cabe resaltar que la doctrina del precedente vertical ha enseñado que este tipo de traslados no convalidan el vicio inicial en el traslado entre regímenes; así se indicó en la sentencia del 9 de septiembre del 2008 con radicación No.31989 reiterada en la sentencia SL1421 del 10 de abril de 2019 en los siguientes términos:

“(…) Se ha de señalar que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales. (…)”

En ese mismo sentido, la Sentencia con radicado No.78667 del 29 de julio de 2020 explicó lo siguiente:

“Precisamente en un asunto similar, esta Sala de Casación estableció que «la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales» (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989).

De modo que, en este caso, la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional”.

Posición que ha sido reiterada en reciente sentencia SL 1554 de 2023 en la que la Sala Laboral del a Corte Suprema de Justicia apuntó:

“Sobre el cambio de administradora dentro del régimen privado de pensiones, la Corte ha establecido que tal acto no tiene como principal propósito ratificar y darle validez al traslado de régimen que la afiliada realizó sin contar con la información completa y suficiente que debió proporcionar la entidad de pensiones en su momento.

Sobre esto, en diferentes pronunciamientos, se ha indicado que la falta de información no se ve subsanada con los traslados que posteriormente hagan los afiliados en el Régimen de Ahorro Individual.” Esta consideración se aprecia en las sentencias CSJ SL, 9 septiembre de 2008, radicación 31989, reiterada en la sentencia del 22 noviembre de 2011, radicación 33083”

Con todo lo anterior, la Sala advierte que en el expediente no existe un solo elemento de convicción distinto al formato de vinculación que demuestre que la AFP Colfondos dio información transparente y completa al afiliado sobre las características de ambos regímenes

pensionales y las implicaciones inherentes de pertenecer a uno u otro al momento en que la demandante suscribió el formulario de afiliación. Tampoco se advierte que este tipo de información haya sido suministrado a la demandante al momento en que realizó el traslado horizontal entre las AFP del RAIS, lo que conduce a esta Sala a confirmar la declaratoria de ineficacia del traslado que efectuó la demandante el 29 de agosto de 1996, como lo determinó el a quo.

Ahora bien, como lo indicó el a quo, la consecuencia de la ineficacia corresponde a la devolución de todas las sumas por concepto de cotizaciones que se hayan efectuado al RAIS debidamente indexados; consecuencia que ha sido ampliamente explicada por la doctrina del precedente vertical, entre otras, en la sentencia SL1499 del 27 de abril de 2022 en la que se indicó lo siguiente:

“También se ha dicho por la Sala que como la declaratoria de ineficacia tiene efectos ex tunc (desde siempre), las cosas deben retrotraerse a su estado anterior, como si el acto de 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.

En consecuencia, habrá de adicionarse el numeral primero del fallo del a quo, en el sentido de que Protección S.A. deberá trasladar a Colpensiones los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual del demandante junto con sus rendimientos. De igual modo, la citada AFP deberá devolver a Colpensiones el porcentaje correspondiente a los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.” (resalta la Sala).

En la misma línea argumentativa, sobre los efectos de la ineficacia, la sentencia SL 1535 del 10 de mayo de 2022 señaló que *“es pertinente recordar que se contraen a la devolución de todos los dineros que el fondo hubiera recibido, entre otros, por concepto de las cotizaciones y los bonos pensionales —si fuere el caso—, además de los rendimientos financieros que se hubieren causado, y las cuotas de administración, pues no puede trasladarse una suma inferior a la realmente ahorrada. Lo anterior, bajo la ficción jurídica de que el actor nunca se movió al RAIS o, lo que es igual, que siempre estuvo afiliado al RPMPD administrado por Colpensiones.”*

Por último, con relación a este punto, en la reciente sentencia S L 680 del 31 de octubre de 2023 nuevamente la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia recordó lo siguiente:

*“(…) los efectos de la declaratoria de ineficacia del traslado bajo el amparo del art. 271 de la Ley 100 de 1993, consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el cambio de régimen no hubiera ocurrido, lo que **apareja que las AFP no solo deben devolver los aportes a pensión existentes en la cuenta de ahorro individual, sino también los bonos pensionales, rendimientos financieros, gastos de administración y sumas adicionales pagadas a las aseguradoras por seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes**, tal como lo adocrinó esta corporación, entre otras, en las sentencias CSJ SL17595-2017 y CSJ SL4989-2018, sin que ello implique un enriquecimiento sin causa de Colpensiones, simplemente es la connatural consecuencia de la declaratoria de ineficacia del traslado.”* (resalta la Sala).

En ese sentido, debe también considerarse que la devolución de los aportes y descuentos realizados por las AFP en el RAIS, obedece a que estas sumas también formarán parte de la financiación de la pensión de los afiliados a futuro, por lo que, el reintegro de estos dineros, de la forma en que jurisprudencialmente se ha desarrollado, no solo benefician al afiliado, sino que también representan una garantía para Colpensiones como administrador del RPMPD quien deberá asumir el derecho pensional de los afiliados trasladados en un futuro, lo que le permite contar con los recursos necesarios para tal fin.

Desde luego que la devolución de los descuentos por concepto de gastos de administración, el valor de las primas de seguros previsionales y el porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima debe ser realizada no solo por la última AFP a la que estuvo afiliada la demandante, sino por todas en las que realizó cotizaciones mientras perteneció al RAIS; así lo indicó la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL2929 del 18 de mayo de 2022, en la que se indicó:

*“Por último, y teniendo en cuenta los efectos propios de la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen, **se ordenará a todas las administradoras de fondos privados de pensiones a las que estuvo afiliada la actora, devolver a Colpensiones los porcentajes correspondientes a los gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y lo destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados** y con cargo a sus propios recursos.*

En efecto, la demandante durante el tiempo de permanencia en el RAIS estuvo afiliada a Porvenir S.A., ING -hoy SKANDIA S.A. - y Colfondos S.A., en los siguientes periodos, según certificado de Asofondos

(…)

*Por ello, **se ordenará a cada una de esas AFP devolver a Colpensiones** los conceptos mencionados, durante el lapso en que la accionante estuvo afiliada a esas administradoras. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos objeto de devolución deberán discriminarse con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.”*

Bajo ese criterio, la Sala considera necesario modificar el numeral segundo, con el único fin de aclarar la condena impuesta por el a quo; en el sentido de precisar que se condena a Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual de la demandante por concepto de cotizaciones obligatorias, bonos pensionales en el caso de que ya se encuentren redimidos junto con los rendimientos financieros que produjo ese dinero mientras estuvo en su poder. Adicionalmente, Colfondos y Porvenir deberán trasladar a Colpensiones todos los descuentos que se hubieren realizado a la demandante durante el tiempo de permanencia en esos fondos, por concepto de gastos de administración, seguros previsionales y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexadas.

Así queda resuelto el recurso de apelación interpuesto y el estudio del grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones.

COSTAS

Costas en esta instancia a cargo de Colpensiones porque su recurso no prosperó, se fijan como agencias en derecho la suma de \$500.000.

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR PARCIALMENTE el numeral segundo de la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá el 8 de noviembre de 2022, en el sentido de precisar que se condena a Porvenir S.A. a trasladar a COLPENSIONES los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual del demandante por concepto de cotizaciones obligatorias, bonos pensionales en el caso de que ya se encuentren redimidos junto con los rendimientos financieros que produjo ese dinero mientras estuvo en su poder. Adicionalmente, Colfondos S.A. y Porvenir S.A. deberán trasladar a COLPENSIONES todos los descuentos que realizaron a la demandante durante el tiempo de permanencia en esos fondos, por concepto de gastos de administración, seguros previsionales y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexadas, por las razones antes expuestas.

Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada.

TERCERO: Costas en esta instancia a cargo de Colpensiones porque su recurso no prosperó, se fijan como agencias en derecho la suma de \$500.000.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



RODRIGO AVALOS OSPINA

Magistrado



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA

Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Magistrado



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

Magistrado Ponente: **RODRIGO ÁVALOS OSPINA.**

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR MARÍA DALILA PIEDAD DE FÁTIMA MENDOZA NEIRA contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES y OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. Radicación No. 11001-31-05-014-**2019-00095-01.**

Bogotá D.C., treinta (30) de abril dos mil veinticuatro (2024), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

La demandante MARÍA DALILA PIEDAD DE FÁTIMA MENDOZA NEIRA, por intermedio de apoderado judicial, instauró demanda ordinaria laboral en contra de las demandadas antes referidas para que se declare la nulidad del traslado que realizó del régimen de prima media con prestación definida (RPMD) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) administrado por la AFP OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. (antes SKANDIA S.A.); y que COLPENSIONES es la responsable del reconocimiento y pago de la pensión de vejez a la que tiene derecho. Como consecuencia de la declaratoria de nulidad, que se condene a COLPENSIONES a reconocer y pagar la pensión de vejez a la demandante aplicando el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y el régimen establecido en el acuerdo 049 de 1990 aprobado mediante Decreto 758 del mismo año, liquidando la prestación aplicando el 90% de la tasa de reemplazo correspondiente desde el 2 de marzo de 2015; al pago de los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993; lo probado ultra y extra petita; las costas y agencias en derecho.

En respaldo de sus pretensiones manifestó que nació el 23 de abril de 1995; que mientras se encontraba vinculada con la empresa SALUD & CONFORT LTDA, en varias ocasiones los asesores de la AFP SKANDIA se acercaron para persuadirla de trasladarse de régimen insistiendo en las ventajas de dicha afiliación; que también le indicaron que COLPENSIONES se acabaría y que tendría la posibilidad de pensionarse a una edad inferior

con una mesada pensional mayor que la ofrecida por el ISS. Afirma que, con ocasión de la insistencia, el 1 de marzo de 2003 tramitó la afiliación al fondo SKANDIA y de esa forma cambió de régimen pensional.

Indica igualmente que en el régimen de ahorro individual nunca fue revisada en detalle su historial de cotizaciones y que tampoco le fue informado que perdería el régimen de transición contemplado en la Ley 100 de 1993; en el mismo sentido, refiere que nunca existió, por parte de los representantes de la AFP SKANDIA, una simulación pensional o un cálculo con respecto al posible valor de la pensión o las condiciones pensionales más favorables presuntamente ofrecidas.

Asegura que ha cotizado desde el 2 de mayo de 1978, inicialmente al Instituto de Seguros Sociales, luego con el fondo de pensiones SKANDIA hasta el mes de marzo de 2015, acreditando así la cotización de 1800 semanas. También indicó que intentó regresar al régimen de prima media con prestación definida en varias oportunidades, lo que no fue posible en atención a la falta de cumplimiento de 15 años de cotización antes del 1 de abril de 1994; y que presentó demanda ordinaria laboral en busca del reconocimiento del derecho al régimen de transición, sin embargo, la acción fue desfavorable en ambas instancias¹.

Precisa que antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, acreditó más de 15 años de servicios, sin embargo, a pesar de haber trabajado para diferentes empresas que relaciona en el escrito de la demanda, evidencia que hubo varios periodos en los que no se realizó la correspondiente cotización. Que ante la inexistencia de representación jurídica de la empresa CLÍNICA DE MATERNIDAD DAVID RESTREPO para la cual había prestado sus servicios, previa acción de tutela, la demandante procedió a pagar los periodos no cotizados por este empleador durante el año 1978; de igual manera las empresas CLÍNICA DE MARLY S.A. y FUNDACIÓN ESCUELA DE CIENCIAS DE LA SALUD solicitaron directamente a OLD MUTUAL la realización del cálculo actuarial para cumplir así con las obligaciones sobre las cotizaciones en mora.

Afirma que el 29 de diciembre de 2017 solicitó ante COLPENSIONES el traslado de régimen el cual fue aprobado por dicha entidad el 25 de enero de 2018 de conformidad con lo dispuesto en la sentencia SU-062 de 2010; que acreditaba más de 35 años de edad y 15 años de servicios por lo que es beneficiaria del régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993, por lo que se debe estudiar su pensión conforme a lo señalado en el Decreto 758 de 1990 que aprobó el Acuerdo 049 del mismo año; siendo ello así, refiere que cotizó más de 1250 al RPMPD y por lo tanto su pensión debe ser calculada con una tasa de reemplazo del 90%.

¹ Proceso Rad. No. 11001-31-05-014-2014-00080-00 que se adelantó en el Juzgado 14 Laboral del Circuito de Bogotá.

A pesar de lo anterior, indica que mediante resolución SUB264732 del 9 de octubre de 2018, COLPENSIONES le reconoció una pensión en cuantía inicial de \$3.093.075 desde el 2 de marzo de 2015, siendo incluida en nómina a partir de noviembre de 2018; que, para obtener esta mesada pensional, la administradora se remitió a lo dispuesto en la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003 y aplicó una tasa de reemplazo del 74.77%. Expuso que frente a la anterior decisión presentó los recursos de reposición y apelación, los cuales fueron resueltos por COLPENSIONES mediante las resoluciones SUB321486 de 10 de diciembre de 2018 y DIR184 del 8 de enero de 2019 respectivamente, a través de las cuales confirmó la decisión adoptada.

Por último, refiere que el traslado de régimen efectuado estuvo viciado, siendo procedente declarar su nulidad y, por consiguiente, establecer que es beneficiaria de la transición pensional contemplada en la Ley 100 de 1993.

Actuación procesal

El Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Bogotá admitió la demanda con auto del 27 de marzo de 2019, y ordenó la notificación de las demandadas. Cumplido lo anterior, OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES contestaron la demanda a folios 310 y 337 del archivo “01ExpedienteDigital”.

Sentencia de primera instancia

El juzgado de conocimiento en sentencia proferida el 29 de junio de 2022 absolvió a las demandadas de todas y cada una de las pretensiones de la demanda; declaró probadas las excepciones de ausencia de causa e inexistencia de la obligación propuesta por OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., la de inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema propuesta por COLPENSIONES; y condenó en costas a la demandante fijando como agencias en derecho la suma de \$300.000.

En lo que interesa a la resolución del recurso la a quo encontró que las pruebas acreditaban que la demandante estuvo inicialmente afiliada al régimen de prima media con prestación definida desde el 1 de enero de 1978, y que posteriormente se trasladó al régimen de ahorro individual el 27 de octubre de 2003 hasta el 31 de octubre de 2018, fecha en la cual regresó al RPMPD en aplicación de lo dispuesto en la sentencia SU-062 de 2010. También encontró que la actora cotizó un total de 1621,43 semanas y precisó que era deber de la demandada OLD MUTUAL acreditar que brindó la información correspondiente a la demandante al momento de realizar el traslado, hecho que no se comprobó.

Por lo anterior, al no haberse acreditado que la demandante recibió la información adecuada conforme a los parámetros descritos por la jurisprudencia, encontró que sería procedente declarar la ineficacia del traslado, si no fuera porque, al tener la calidad de pensionada, la demandante ya se encontraba desvinculada de la AFP desde enero de 2018, y en virtud de lo dispuesto en la SU-062 de 2010 logró regresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES, en donde le fue reconocida la pensión de vejez con fundamento en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993.

De esta forma, refirió que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ya ha señalado en varias de sus providencias que cuando se declara la ineficacia es posible volver al estado en que se hallarían las cosas, circunstancia que no es posible cuando se tiene la calidad de pensionado, pues se trata de un estatus jurídico que no es razonable controvertir o retrotraer. De esta forma, concluyó que COLPENSIONES ya había estudiado la situación de la demandante para el reconocimiento del derecho pensional, y había establecido que no cumplía con la totalidad de los requisitos establecidos en la sentencia SU-062 de 2010; motivos que la llevaron a absolver a las demandadas de las pretensiones en su contra.

Recurso de Apelación

El apoderado de la **demandante** presentó recurso de apelación en el que manifiesta su inconformidad frente a la decisión adoptada por la a quo. El apoderado indica que es desproporcional y contrario a los principios generales del derecho las sentencias proferidas por la Corte Constitucional en las que se dispone que las personas que tienen el estatus de pensionados en el RPMPD no pueden solicitar la declaratoria de ineficacia o nulidad del traslado; y, precisa que, en todo caso, en la demanda no se está solicitando modificar el estatus o la condición de pensionada de la demandante; sino que la discusión se trata de establecer si fue o no fue válida la afiliación que efectuó la demandante en su momento al RAIS para determinar que el traslado nunca existió.

Verificado lo anterior, indica que se debe entrar a validar si la demandante puede acceder a un reajuste de su pensión con base en el régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, sin modificar el estatus jurídico de pensionada. Argumenta también que no es cierto que con las pretensiones planteadas en la demanda se afecte la sostenibilidad del sistema porque la ineficacia o nulidad del traslado implica que SKANDIA traslade a COLPENSIONES todo lo pagado por la demandante, lo que incluye el monto de seguros, intereses, rentabilidades y demás sumas que se generaron en dicha administradora. Por ello solicita que SKANDIA traslade lo pagado por seguros previsionales, rentabilidades y demás conceptos que debió trasladar en su debido momento.

Resalta que resulta contradictorio que se indique que la demandante no cumple con la totalidad de los requisitos establecidos en la sentencia SU-062 de 2010 para aplicar el

régimen de transición; y a su vez, se haya reconocido que en virtud de dicha providencia la demandante pudo trasladarse de régimen regresando nuevamente al RPMPD; motivo por el cual solicita que se acceda al reajuste de la pensión en los términos establecidos en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, sin que ello implique modificar las condiciones ni su estatus de pensionada.

Alegatos ante este Tribunal (Ley 2213 de 2022).

Con auto del 28 de abril de 2023 se admitió el recurso de apelación y se corrió el traslado a las partes para que presentaran los alegatos de conclusión; no concurrió ninguna de las partes.

CONSIDERACIONES

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

Así las cosas, se tiene que los problemas jurídicos por resolver son: i) determinar si es posible declarar la ineficacia del traslado efectuado por la demandante al RAIS como quiera que es pensionada y; ii) establecer si es procedente el reajuste de la pensión otorgada por COLPENSIONES aplicando el régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

De la ineficacia del traslado

Para la resolución de este asunto, debe considerarse que las AFP tienen un deber legal de suministrar a sus potenciales afiliados información objetiva, comparada y transparente sobre las características, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado. Este deber existía desde la creación del sistema de seguridad social integral, como de ello da cuenta el artículo 97, numeral 1 del Decreto 663 de 1993, en armonía con el artículo 13, literal b) de la Ley 100 de 1993 (CSJ: SL1452-2019, SL1688-2019, SL1689-2019, SL4426-2019, SL3464-2019, SL4360- 2019, SL2611-2020, SL4806-2020 y SL373-2021).

En el referido artículo 97 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero se recalcó la importancia del deber de información de las entidades vigiladas por la Superintendencia Bancaria hoy Superfinanciera, incluyendo naturalmente a las Administradoras de Fondo de Pensiones, al contemplar textualmente que *"Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor*

transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado”.

Así mismo el artículo 12 del Decreto 720 de 1994 consagra las obligaciones de los promotores en los siguientes términos: *“Los promotores que empleen las sociedades administradoras del sistema general de pensiones deberán suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación, durante toda la vinculación y con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado”.*

De igual manera, debe considerarse que la suscripción de un formulario por parte del afiliado, que pueda o no, contener afirmaciones en el sentido de indicar que la afiliación se realiza de forma libre y voluntaria, no liberan a las AFP de su obligación de brindar información completa, objetiva y comparada de los distintos regímenes pensionales y las consecuencias asociadas al traslado entre ellos. A lo sumo, estas expresiones acreditan un consentimiento sin vicios, pero no uno debidamente informado (SL 4964 de 2018, SL 4964 de 2018, SL 1421 de 2019, SL 2877 de 2020 y SL 3193 de 2023).

En virtud de las particularidades del asunto que aquí se discute, también debe considerarse que la ineficacia en sentido estricto se caracteriza porque desde su nacimiento el acto carece de efectos jurídicos, es decir, este instituto excluye o le niega toda consecuencia jurídica al acto. Así, la sentencia que declara la ineficacia no hace más que comprobar o constatar un estado de cosas –la ineficacia- surgido con anterioridad al inicio de la litis.

Puesto que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación solo es posible bajo la ficción de que el mismo nunca ocurrió. Esto quiere decir que *“si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al sistema privado de pensiones, y si estuvo afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por Colpensiones”* (CSJ SL3464-2019).

Ahora, es importante entender que el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 previó un régimen de transición para aquellas personas que en el momento de su entrada en vigencia (1 de abril de 1994) estaban próximas a cumplir los requisitos de la pensión de vejez; permitiendo que se pensionen con el cumplimiento de los requisitos que prescribían las normas anteriores a la Ley 100 de 1993. Este régimen de transición fue previsto para tres categorías de personas: i) en primer lugar, los hombres que tuvieran más de 40 años, ii) en segundo lugar, las mujeres que tuvieran más de 35 años y, iii) en tercer lugar, los hombre y mujeres que, independientemente de su edad, tuvieran más de 15 años cotizados.

Sobre este tópico, es criterio estable y pacífico en la jurisprudencia de la Corte Constitucional y de la Sala Laboral Corte Suprema de Justicia que los afiliados que se trasladen al RAIS pierden el régimen de transición, a menos que a la entrada en vigencia del sistema general de pensiones tuvieran 15 años o más de servicios laborados o cotizados. Esta categoría de afiliados puede trasladarse en cualquier tiempo al RPMPD, conservando los beneficios del régimen de transición, situación muy distinta de la de quienes sean titulares de la transición exclusivamente por edad, pues estos afiliados, así retornen nuevamente al RPMPD en las oportunidades de ley, no pueden recuperar las prerrogativas de la transición pensional prevista en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 (CC C-789/2002, SU-130-2013, CSJ SL, 31 ene. 2007, rad. 27465, CSJ SL, 10 ago. 2010, rad. 37174, CSJ SL, 23 oct. 2012 y CSJ SL563-2013).

Por tanto, las personas que contaban con 15 años de servicios cotizados el 1 de abril de 1994 no pierden los beneficios del régimen de transición al escoger el RAIS o al trasladarse al mismo, lo que se traduce en que, una vez hecho el traslado al RPMPD, pueden adquirir su derecho pensional de acuerdo a las normas anteriores a la Ley 100 de 1993.

Evidentemente, en la medida que la ineficacia del cambio de régimen pensional implica que el afiliado nunca abandonó el RPMPD, ello significa a su vez que el traslado realizado hacia el RAIS no tiene relevancia jurídica, pues ha de entenderse que nunca ocurrió. En otros términos, el

supuesto de hecho de los incisos 4 y 5 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, conforme a los cuales quienes se trasladen voluntariamente al RAIS, a menos que tengan 15 años o más de servicios cotizados, pierden el régimen de transición (C-789-2002), no se configura cuando se declara la ineficacia del traslado, pues al amparo de esta figura ha de darse por sentado que las repercusiones jurídicas que se esperaban con la suscripción del traslado jamás ocurrieron, o lo que es igual, que el afiliado jamás se trasladó al RAIS.

Aunado a lo anterior, también debe considerarse que tener causado un derecho pensional no es, en principio, un impedimento para demandar y eventualmente declarar la ineficacia del cambio de régimen pensional; sobre esto, la sentencia SL 2929 de 2022 recordó lo siguiente:

“la jurisprudencia de la Corporación solo en el caso de los pensionados del RAIS ha defendido el criterio que no es posible darle efectos prácticos a la declaratoria de ineficacia -vuelta al statu quo ante-, teniendo en cuenta que la calidad de pensionado en este régimen pensional da lugar a una situación jurídica consolidada o un hecho consumado que no se puede revertir sin afectar «a múltiples personas, entidades, actos, relaciones jurídicas, y por tanto derechos, obligaciones e intereses de terceros y del sistema en su conjunto» (CSJ SL373-2021).

Sin embargo, esta regla no puede extenderse a los pensionados del RPMPD, pues estos se encuentran en una situación completamente distinta, al punto que el restablecimiento de sus derechos no apareja las complejidades y tensiones propias de los pensionados del RAIS”.

Considerando los anteriores postulados jurisprudenciales, la Sala encuentra acreditado dentro del expediente que la demandante se afilió al RPMP desde el 2 de mayo de 1978 conforme a la certificación obrante a folio 57 del Archivo 01 del expediente digital; que posteriormente, el 27 de octubre de 2003 se afilió al RAIS con fecha efectiva a partir del 1 de diciembre de 2003 hasta el 31 de enero de 2018 de conformidad con el formulario obrante a folio 200 y la certificación obrante a folio 202 del Archivo 01 del expediente digital.

También se encuentra acreditado que COLPENSIONES admitió el traslado nuevamente al RPMPD con ocasión de una solicitud presentada por la demandante para que dicho traslado se realizara en virtud de lo dispuesto en la sentencia SU-062 de 2010, hecho que se perfeccionó el 31 de enero de 2018 conforme lo establece la certificación a folio 57 del archivo 01 del expediente digital. Así mismo, se encuentra acreditado que mediante resolución SUB264732 del 9 de octubre de 2018 COLPENSIONES reconoció en favor de la demandante una pensión de vejez liquidada conforme a lo dispuesto en el artículo 34 de la Ley 100 de 1994, modificado por el artículo 10 de la Ley 797 de 2003.

Con todo lo anterior, la Sala advierte que en el expediente no existe un solo elemento de convicción distinto al formato de vinculación que demuestre que la AFP SKANDIA hoy OLD MUTAL dio información transparente y completa a la afiliada sobre las características de ambos regímenes pensionales y las implicaciones inherentes de pertenecer a uno u otro. Por tanto, y ante la constatación del incumplimiento del deber de información a cargo de la AFP OLD MUTUAL, se revocará el fallo de primer grado y en su lugar se declarará la ineficacia del traslado que efectuó la demandante el 27 de octubre de 2003 -efectiva a partir del 1 de diciembre de 2003- a dicha administradora.

Teniendo en cuenta los efectos propios de la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen, esto es *ex tunc* (desde siempre), se ordenará a OLD MUTUAL devolver a COLPENSIONES los porcentajes correspondientes a los gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y lo destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos. Sobre este asunto, es preciso citar la reciente sentencia SL 2680 de 2023 del 31 de octubre de 2023 en la que la Corte recordó:

“(…) los efectos de la declaratoria de ineficacia del traslado bajo el amparo del art. 271 de la Ley 100 de 1993, consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el cambio de régimen no hubiera ocurrido, lo que apareja que las AFP no solo deben devolver los aportes a pensión existentes en la cuenta de ahorro individual, sino también los bonos

pensionales, rendimientos financieros, gastos de administración y sumas adicionales pagadas a las aseguradoras por seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, tal como lo adoctrinó esta corporación, entre otras, en las sentencias CSJ SL17595-2017 y CSJ SL4989-2018, sin que ello implique un enriquecimiento sin causa de Colpensiones, simplemente es la connatural consecuencia de la declaratoria de ineficacia del traslado.”

En la misma medida se ordenará a la demandada COLPENSIONES a que acepte y reciba esos dineros provenientes de OLD MUTUAL para que proceda a efectuar la afiliación de la accionante como si nunca se hubiese trasladado del régimen de prima media con prestación definida.

Del régimen de transición y el reajuste de la pensión

Ahora bien, comoquiera que la declaración de ineficacia se traduce en la privación de efectos del acto de traslado y en el entendimiento de que la demandante siempre estuvo afiliada al RPMPD, cabe colegir que la actora nunca se desprendió de los beneficios del régimen de transición, al cual tenía derecho por tener más de 35 años de edad el 1 de abril de 1994, pues nació el 23 de abril de 1955.

En consecuencia, a la demandante le asiste el derecho al reajuste de su pensión de vejez en los términos del Acuerdo 049 de 1990, aplicable en virtud del régimen de transición, a partir del 2 marzo de 2015, día siguiente a aquel en que reportó la novedad de retiro, según se advierte en la historia laboral allegada por COLPENSIONES en el archivo 03. En la medida en que las partes no discuten el IBL de la pensión de vejez, la Sala tomará como referente el valor reconocido en la resolución SUB264732 del 9 de octubre de 2018 (por medio de la cual se reconoció la pensión de vejez) por un monto de \$3.519.853.

Ahora, lo que sí reprocha la parte actora con relación a este punto y que puede derivar en una ventaja importante de pertenecer al régimen de transición, es lo relativo a la tasa de reemplazo o monto, el cual en el marco del Acuerdo 049 de 1990 puede alcanzar un 90% en función a si el afiliado cotizó 1250 semanas o más. Y como en este asunto la demandante, en efecto, cotizó más de 1250 semanas, exactamente 1621,43, tiene derecho a que al IBL de su prestación se le aplique una tasa de reemplazo del 90% y no del 74,77%, como lo hizo COLPENSIONES.

Al hacerlo así, la Sala obtiene un valor de \$3.167.867, que corresponde al monto de la primera mesada pensional de la anualidad 2015; lo que conlleva a una diferencia sobre la mesada reconocida (\$2.631.794) de \$536.073 que deberá ser indexada, así como cada una de las mesadas pensionales exigidas a la fecha de esta sentencia y en adelante.

Por otro lado, debe decirse que, en el presente asunto, no se dará aplicación al fenómeno de la prescripción sobre las mesadas o diferencias pensionales como quiera que la resolución SUB264732 del 9 de octubre de 2018 quedó en firme una vez se resolvieron los recursos de reposición y apelación mediante las resoluciones SUB321486 del 10 de diciembre de 2018 y DIR184 del 8 de enero de 2019, respectivamente. La demandante presentó la demanda el 1 de febrero de 2019 de conformidad con el acta individual de reparto, por lo que no se configuró el fenómeno de la prescripción sobre las mesadas o diferencias pensionales.

No se accederá tampoco a la pretensión de condena por intereses moratorios que se solicita en la demanda, toda vez que no puede afirmarse que Colpensiones incurrió en mora en el reconocimiento de la pensión de vejez, en tanto la obligación que se le impone surge con ocasión de esta decisión; además este punto en particular no fue objeto de apelación (CSJ SL1688-2019). De igual manera, cabe resaltar que cuando se otorga una prestación pensional en aplicación de un cambio de criterio jurisprudencia, como ocurre en el presente asunto, no hay lugar a la condena de intereses moratorios (SL 787 de 2013 y SL 1878 de 2022).

En cuanto a los aportes en salud, en virtud de lo previsto en los artículos 143 de la Ley 100 de 1993 y 42 inciso 3 del Decreto 692 de 1994, la entidad demandada deberá deducir del valor del retroactivo pensional el porcentaje correspondiente los aportes pertinentes al sistema de seguridad social en salud, con destino a la EPS a la cual esté afiliado el promotor de este juicio.

Las anteriores consideraciones, conllevan a que se revoque el fallo de primera instancia en cuanto absolvió a las demandadas de todas y cada una de las pretensiones invocadas en su contra, y en su lugar condenar a COLPENSIONES al reconocimiento de la pensión de vejez en favor de la demandante, aplicando el Acuerdo 049 de 1990 en virtud del régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Así queda resuelto el recurso de apelación interpuesto.

COSTAS

Costas en esta instancia a cargo de las demandadas, se fijan como agencias en derecho la suma de 2.000.000. Las costas de primera instancia se imponen también a cargo de las demandadas.

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR en su integridad la sentencia de primera instancia, por cuando absolvió a las demandadas de todas y cada una de las pretensiones, y en su lugar **DECLARAR LA INEFICACIA** del traslado realizado por la demandante MARÍA DALILA PIEDAD DE FÁTIMA MENDOZA NEIRA el 27 de octubre de 2003 del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, y, por ende, declarar que la actora se encuentra válidamente vinculado al RPMPD a través de COLPENSIONES y es beneficiaria del régimen de transición, de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR a OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. a trasladar a la ADMINISTRADOR COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES todos los valores que hubiese descontado a la demandante durante el tiempo de su permanencia en el RAIS por concepto de gastos de administración, el valor de las primas de seguros previsionales y el porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados, con cargo a sus propios recursos, todo conforme a la parte considerativa.

TERCERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES a que acepte y reciba esos dineros provenientes de OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., para que proceda a actualizar la afiliación de la accionante como si nunca se hubiese trasladado del régimen de prima media con prestación definida conforme a lo dispuesto en la parte considerativa.

CUARTO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES-, a RECONOCER y PAGAR a la señora MARÍA DALILA PIEDAD DE FÁTIMA MENDOZA NEIRA la pensión de vejez aplicando el Acuerdo 049 de 1990 en virtud del régimen de transición, a partir del 2 marzo de 2015, en cuantía inicial de \$3.167.867, junto con los incrementos anuales, que equivale a una diferencia sobre la mesada reconocida (\$2.631.794) de \$536.073 de conformidad con la parte considerativa.

QUINTO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES a pagar a la señora MARÍA DALILA PIEDAD DE FÁTIMA MENDOZA NEIRA el retroactivo pensional por las diferencias de las mesadas que se causen a partir del 2 de marzo de 2015 debidamente indexadas hasta la fecha en que se haga efectivo el pago.

SEXTO: AUTORIZAR a la demandada, para que del valor del retroactivo descuente el valor de las cotizaciones con destino a la seguridad social en salud, y los transfiera a la E.P.S.- a la que se encuentre afiliada la demandante, todo conforme a la parte motiva de esta providencia.

SÉPTIMO: Costas en esta instancia a cargo de las demandadas, se fijan como agencias en derecho la suma de \$2.000.000. Las costas de primera instancia se imponen también a cargo de las demandadas

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



RODRIGO AVALOS OSPINA

Magistrado



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA

Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Magistrado



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

Magistrado Ponente: **RODRIGO ÁVALOS OSPINA.**

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR GERMÁN ALFONSO BARRIGA ORTIZ contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES y COLFONDOS S.A. Radicación No. 11001-31-05-038-**2021-00294-01.**

Bogotá D.C., treinta (30) de abril dos mil veinticuatro (2024), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

El demandante Germán Alfonso Barriga Ortiz, por intermedio de apoderado judicial, instauró demanda ordinaria laboral en contra de las demandadas antes referidas para que se declare la ineficacia de la afiliación que realizó el 25 de abril de 2006 del régimen de prima media con prestación definida (RPMD) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) administrado por la AFP Colfondos S.A. Como consecuencia de lo anterior, solicita que se ordene a Colfondos S.A. a trasladar a Colpensiones los valores que del demandante hubiera recibido por concepto de cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos, intereses, y rendimientos causados; que igualmente se ordene a Colpensiones recibir al demandante como afiliado, sin solución de continuidad en el RPMPD; lo que resulta probado *ultra y extra petita*; y las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones manifestó que nació el 23 de agosto de 1958; que realizó cotizaciones para pensión en el extinto ISS desde el 5 de mayo de 1976 hasta el 30 de abril de 2005. Señala que en el año 2006 los promotores de Colfondos realizaron una visita a las instalaciones de Precoopingegral, y allí le informaron al demandante que el ISS se iba a acabar, y que al realizar la afiliación a Colfondos, tendría acceso a una mejor pensión en comparación con el ISS. Conforme a lo anterior fue trasladado del régimen de prima media (RPMPD) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) a través de un formulario de afiliación que diligenció el 25 de abril de 2006 con la AFP Colfondos S.A.

Refiere que Colfondos “*NO le proporcionó al señor GERMÁN ALFONSO BARRIGA ORTIZ, una asesoría profesional, completa, clara y suficiente que le permitiera conocer las características y condiciones reales del Régimen de Ahorro Individual; información que resultaba imprescindible construir (sic) un acto jurídico de afiliación voluntario*”. De igual manera, indica que los asesores no se encontraban capacitados para realizar la debida asesoría, de cara a la responsabilidad de carácter profesional que ello implicaba; y que tampoco fue informado sobre la prohibición de trasladarse de régimen antes de cumplir 52 años de edad. Por último, afirma que no se encuentra pensionado por los riesgos de vejez o invalidez.

Actuación procesal

El Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá admitió la demanda con auto del 28 de octubre de 2021, y ordenó la notificación de las demandadas, así como de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Cumplido lo anterior, la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones y la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Colfondos S.A. contestaron la demanda en los términos de los archivos 10 y 12 respectivamente, del expediente digital; no obstante, en la diligencia de fecha 7 de febrero de 2023 se aclaró que mediante auto de 22 de julio de 2022, se tuvo por NO CONTESTADA la demanda respecto de la AFP COLFONDOS S.A, sin embargo, por error del Despacho mediante auto de 23 enero de 2023 se dispuso tenerla por contestada frente a dicha administradora sin que existiese lugar a ello, conforme lo cual, se declaró sin valor y efecto la determinación adoptada mediante el auto de 23 enero de 2023, reiterándose la determinación de tener por no contestada la demanda en providencia del 22 de julio de 2022.

Sentencia de primera instancia

El juzgado de conocimiento en sentencia proferida el 29 de noviembre de 2022 resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación verificada por el señor **GERMAN ALFONSO BARRIGA ORTIZ** con destino a la **A.F.P. COLFONDOS S.A.** con ocasión de la suscripción del formulario de afiliación el 25 de abril de 2006. Lo anterior, específicamente por lo señalado en la parte motiva de la presente sentencia.

SEGUNDO: ORDENAR a la **A.F.P. COLFONDOS S.A.**, que conjunta y coordinadamente con la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, adelanten las gestiones administrativas y financieras tendientes a activar a la demandante en condición de afiliada, en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por **COLPENSIONES**, y a **REEMBOLSARLE** a este régimen, los recursos percibidos por cuenta del actor en el **RAIS**, durante el tiempo en que permaneció irregularmente vinculado a este régimen, debiendo transferirse los

respectivos recursos debidamente indexados, tomando para el efecto el IPC, que certifique el DANE de acuerdo con la fórmula:

$$\frac{\text{ÍNDICE FINAL}}{\text{ÍNDICE INICIAL}} \times \text{VALOR HISTÓRICO} = \text{VALOR INDEXADO}$$

(Valor mensualmente percibido en el régimen de ahorro individual)

Así deberá tomarse como índice inicial el del mes en que se verifico el giro de recursos correspondiente, y como índice final el del momento que se efectuó el traslado de los mismos con destino al Régimen de Prima Media con Prestación 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. COLFONDOS S.A.

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 AFP COLFONDOS 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.

QUINTO: Si no fuere apelada oportunamente la presente sentencia, CONSÚLTESE con el SUPERIOR”.

Para adoptar esta decisión, el operador de instancia indicó que estaba acreditado que el actor se había traslado de régimen pensional hacia Colfondos S.A.; a su vez, mencionó que conforme lo ha adoctrinado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, le corresponde a las AFP suministrar a sus potenciales afiliados una información detallada y suficiente sobre las características, ventajas, desventajas y consecuencias del traslado de régimen, lo cual no se prueba con el formulario de afiliación, carga probatoria que en el sub-examine no se logró demostrar por parte de la AFP Colfondos S.A., máxime si se tiene en cuenta que el demandante dentro del interrogatorio de parte no confesó que se le hubiese brindado una información completa respecto de las características de ambos regímenes al tenor de lo preceptuado por la Alta Corporación.

Por tal razón, al encontrar que el proceso de traslado del demandante estuvo involucrado un asesor de la AFP Colfondos, sin que se acreditara que éste cumplió con los deberes de información, declaró la ineficacia del traslado y ordenó al fondo demandado que en conjunto con COLPENSIONES, adelanten las gestiones administrativas y financieras tendientes a

reembolsar al régimen de prima media con prestación definida los recursos percibidos por las referidas administradoras durante el tiempo en que el actor estuvo afiliado en el régimen de ahorro individual con solidaridad, recursos que por demás deberán ser devueltos debidamente indexados. Declaró no probadas las excepciones propuestas, entre ellas la de prescripción y condenó en costas a Colfondos S.A.

Recurso de Apelación

La apoderada de **Copensiones** presentó recurso de apelación en el que manifiesta su inconformidad frente a la decisión adoptada por el a quo. De esta forma, solicita se revoque la sentencia de primer grado, sosteniendo que el artículo 83 de la constitución Política establece que las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deben ceñirse a los postulados de buena fe, por lo que la afirmación del gestor de que los fondos privados lo hicieron incurrir en error y no le brindaron la información suficiente respecto de las consecuencias que podría acarrear el traslado de régimen, impone que deba desvirtuar la buena fe de los fondos privados.

En esa medida, indica que solo a partir del año 2016 surgió el deber de información, sin que anteriormente se exigiera nada diferente al documento de afiliación, por lo que no es dable exigir cargas adicionales a las previstas en la ley. Además, la vinculación a uno u otro régimen pensional genera obligaciones recíprocas, tal y como lo establece el artículo 1495 del Código Civil, las cuales también están en cabeza del afiliado. Además, expuso que el eventual traslado del régimen pensional del demandante afecta el sistema financiero del régimen de prima media, dado que ello genera una carga para los demás afiliados, por lo que solicita se revoque el fallo de instancia.

El apoderado de la **demandada Colfondos S.A.** interpone recurso de apelación contra la sentencia proferida por el a quo, manifestando su inconformidad frente a la manera en que se ordena hacer la devolución de los aportes más los gastos de administración, ya que teniendo en cuenta los efectos de la ineficacia, se estaría causando perjuicios a esta demandada al ordenar la devolución de manera indexada; conforme a lo anterior, esas cuotas de administración no tienen una razón jurídica de devolución pues no se pueden desconocer los hechos relevantes que han ocurrido en este proceso, así como las circunstancias fácticas y jurídicas.

Resalta que, como administradora de pensiones, cumplió con su deber de administrar las sumas del demandante y gracias a las diferentes inversiones se produjeron unos rendimientos en su cuenta de ahorro individual, por lo que es deber del fallador aplicar los deberes de equidad y justicia y no hay lugar a trasladar gastos de administración a Colpensiones. De igual manera hace referencia al porcentaje de seguro previsional que ya fueron sufragados por las compañías aseguradoras, cumpliendo así el deber contractual de mantener la cobertura

durante la vigencia de la póliza, y por lo tanto no es viable el traslado de dichos recursos. Por último, reitera que no hay lugar a devolver los porcentajes debidamente indexados, pues ya se está ordenando devolver a Colfondos todos los recursos percibidos y provenientes de las cotizaciones realizadas por el actor.

Alegatos ante este Tribunal (Ley 2213 de 2022).

Con auto del 19 de marzo de 2024 se admitieron los recursos de apelación y se corrió el traslado a las partes para que presentaran los alegatos de conclusión; concurrió únicamente Colpensiones.

CONSIDERACIONES

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

Así las cosas, se tiene que los problemas jurídicos por resolver consisten en; i) determinar si efectivamente existe o existió una ineficacia en el momento del traslado del accionante del régimen de prima media con prestación definida (RPMPD) al régimen de ahorro individual (RAIS), como consecuencia de la falta de información completa, veraz, oportuna, objetiva, comparada y transparente acerca de las características de los dos regímenes pensionales, para así escoger la mejor opción del mercado y ii) dilucidar si hay lugar a la devolución de aportes, gastos de administración y primas de seguros previsionales, así como la indexación de todas las sumas que se ordena devolver.

De la ineficacia del traslado

Para la resolución de este asunto, debe considerarse que las AFP tienen un deber legal de suministrar a sus potenciales afiliados información objetiva, comparada y transparente sobre las características, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado. Este deber existía desde la creación del sistema de seguridad social integral, como de ello da cuenta el artículo 97, numeral 1 del Decreto 663 de 1993, en armonía con el artículo 13, literal b) de la Ley 100 de 1993 (CSJ: SL1452-2019, SL1688-2019, SL1689-2019, SL4426-2019, SL3464-2019, SL4360- 2019, SL2611-2020, SL4806-2020 y SL373-2021).

En el referido artículo 97 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero se recalcó la importancia del deber de información de las entidades vigiladas por la Superintendencia

Bancaria hoy Superfinanciera, incluyendo naturalmente a las Administradoras de Fondo de Pensiones, al contemplar textualmente que *"Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado"*.

Así mismo el artículo 12 del Decreto 720 de 1994 consagra las obligaciones de los promotores en los siguientes términos: *"Los promotores que empleen las sociedades administradoras del sistema general de pensiones deberán suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación, durante toda la vinculación y con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado"*.

De igual manera, debe considerarse que la suscripción de un formulario por parte del afiliado, que pueda o no, contener afirmaciones en el sentido de indicar que la afiliación se realiza de forma libre y voluntaria, no liberan a las AFP de su obligación de brindar información completa, objetiva y comparada de los distintos regímenes pensionales y las consecuencias asociadas al traslado entre ellos. A lo sumo, estas expresiones acreditan un consentimiento sin vicios, pero no uno debidamente informado (SL 4964 de 2018, SL 4964 de 2018, SL 1421 de 2019, SL 2877 de 2020 y SL 3193 de 2023).

De manera que, para la Sala, no cabe duda en cuanto a la existencia de un compendio normativo que obligaba a las administradoras de pensiones a informar en el momento del traslado, en forma, clara, completa, objetiva, veraz y transparente acerca de las características de ambos regímenes. Sobre este punto en particular, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, específicamente en la sentencia SL 1688 de 2019 con radicado No.68838, precisó desde cuándo se encontraba en cabeza de esas administradoras de pensiones, esa obligación probatoria en los siguientes términos:

"Desde este punto de vista, para la Corte es claro que, desde su fundación, las administradoras ya se encontraban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales, pues solo así era posible adquirir «un juicio claro y objetivo» de «las mejores opciones del mercado»".

Descendiendo al caso concreto, se tiene que el demandante estuvo afiliado al RPMPD administrado hoy por Colpensiones desde el 5 de mayo de 1976 y realizó aportes desde esa fecha hasta el 30 de abril de 2005 de conformidad con las documentales obrantes a folio 28 del archivo 01 del expediente digital. También se advierte que el demandante diligenció el formulario de afiliación al RAIS administrado por Colfondos S.A. el 25 de abril de 2006 conforme a la documental obrante a folio 44 del mismo archivo; sin que obre prueba de un

traslado con posterioridad a dicha fecha; hechos estos que encontró acreditados el a quo en su sentencia, y que en esta instancia se ratifican.

El punto que controvierte la apoderada de Colpensiones se relaciona con el hecho de que el demandante debió desvirtuar el actuar de buena fe por parte del fondo privado, cuyas actuaciones se encuentran revestida de un actuar de buena fe en virtud de lo dispuesto en el artículo 83 de la CP, de igual manera refiere que el deber de información surgió únicamente a partir del año 2016 y que el sistema financiero del RPMPD se vería afectado con el traslado del demandante, ya que se generaría una carga adicional para los demás afiliados.

Para abordar estos puntos particulares será necesario remitirse a las pruebas obrantes en el expediente, pues se trata de una cuestión eminentemente fáctica y jurídica. De manera que la Sala encuentra que, al escuchar el interrogatorio de parte del demandante, este expresó que cuando se vinculó con la empresa Precoopingegral, lo hicieron firmar diferentes documentos, dentro de los que al parecer se encontraba también el formulario de traslado; indica igualmente que, en dicha oportunidad, se encontraba presente una asesora de Colfondos, pero que no recuerda si ella fue la que le entregó el formulario para diligenciar; en todo caso, afirma que no recibió ningún tipo de información ni de asesoría por parte de Colfondos.

El demandante, también refirió que recibió un extracto de Colfondos después de haber transcurrido un año aproximadamente del traslado y se dirigió a esta administradora para solicitar su traslado a Colpensiones, oportunidad en la cual le manifestaron que debía esperar por lo menos cinco años para trasladarse nuevamente; sin embargo, tal situación le impidió realizar un nuevo traslado como quiera que para la fecha en que se cumplían los 5 años de afiliación a Colfondos, él ya tenía 52 años, lo que le impedía regresar al RPMPD. El demandante expresó que no tenía conocimiento frente a los requisitos, condiciones, riesgos, beneficios y diferencias de ambos regímenes y en su interrogatorio no logra establecer o señalar al menos una característica o diferencia de los regímenes pensionales; y frente a las distintas preguntas que le fueron formuladas en el interrogatorio, indicó que lo único que recordaba era que les habían indicado que el ISS se iba a acabar, motivo por el cual debían trasladarse a otro fondo; pero precisó que nunca solicitó el trámite.

Ahora bien, debe advertirse que, en el formulario de traslado aportado al expediente, de fecha 25 de abril de 2006, se registró la firma de un asesor comercial, y lo que se está garantizando con dicha suscripción es que se brindó la información completa e informada sobre el traslado al trabajador, hecho que no se encuentra acreditado en el expediente.

Y es que así debe entenderse, como quiera que, al contestar la demanda, Colfondos S.A. manifestó que en el traslado del demandante del RPMPD al RAIS *“se informó a el demandante al momento de la afiliación que el valor real de la pensión sería determinado una vez se cumplieran los requisitos para acceder a la pensión, igualmente, la asesoría*

ofrecida al demandante contempló la posibilidad de optar por una pensión a la edad que escogiera, siempre y cuando contara con el capital suficiente que le permitiera financiar una pensión superior al 110% de una salario mínimo legal mensual vigente, tal como lo establece el artículo 64 de la Ley 100 de 1993 y en el evento de no cumplir con el capital requerido podría acceder a la figura de Garantía de Pensión Mínima de Vejez, siempre y cuando cumpliera con los requisitos de edad y semanas exigidos en el artículo 65 de la Ley 100 de 1993. Asimismo, dicha asesoría contemplo la posibilidad de acceder a unos excedentes de libre disponibilidad, el factor de la herencia, la posibilidad de realizar aportes voluntarios, entre otras ventajas” (resalta el original); de donde se reitera que, en el presente asunto, no se acreditó el cumplimiento de la asesoría en la que la parte demandada soporta su defensa.

Por otro lado, también se debe tener presente que la doctrina del precedente vertical en la sentencia del 09 de septiembre del año 2008, radicado 31989, ya había definido que la suscripción libre y voluntaria de ese formulario no era suficiente para dar cumplimiento a ese deber de información. Posición que fuera repetida también en forma pacífica por parte de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras en la Sentencia del 03 de abril de 2019 en los siguientes términos:

“La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado”.

Incluso en providencias más próximas a la fecha, se ha mantenido inmutable la postura de la Sala, ejemplo de esto lo encontramos en la Sentencia SL397 del 1 de marzo de 2023 en la que se afirmó:

“En cuanto a la suscripción de uno o varios formularios de afiliación (f.º59), se encuentra adocetrinado que son insuficientes para demostrar que la decisión de traslado estuvo precedida por una ilustración acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes. Tampoco es admisible sostener que la simple rúbrica impuesta en el formulario, en señal de asentimiento, pueda suplir la información que deben brindar las administradoras (entre otros fallos se cita CSJ SL SL1688-2019)”.

Con todo lo anterior, la Sala advierte que en el expediente no existe un solo elemento de convicción distinto al formato de vinculación que demuestre que la AFP Colfondos dio información transparente y completa al afiliado sobre las características de ambos regímenes pensionales y las implicaciones inherentes de pertenecer a uno u otro. Por tanto, la Sala concluye que le asiste razón al fallador de instancia al declarar la ineficacia del traslado que efectuó el demandante el 25 de abril de 2006, dado que la AFP Colfondos S.A. no probó el cumplimiento del deber de información en el momento del traslado de régimen del promotor.

De la devolución de aportes

Ahora bien, con relación a la devolución de los aportes al que se refiere la apoderada de Colfondos en su recurso, debe entenderse que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, por tanto, tal situación solo es posible bajo la ficción de que el mismo nunca ocurrió. Esto quiere decir que *“si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al sistema privado de pensiones, y si estuvo afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por Colpensiones”* (CSJ SL3464-2019).

Teniendo en cuenta los efectos propios de la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen, esto es *ex tunc* (desde siempre), no se equivocó el a quo al ordenar a Colfondos devolver a Colpensiones *“los recursos percibidos por cuenta del actor en el RAIS”*; que comprenden los porcentajes correspondientes a los gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y lo destinado al fondo de garantía de pensión mínima, con cargo a sus propios recursos. Sobre este asunto, es preciso citar la reciente sentencia SL 2680 de 2023 del 31 de octubre de 2023 en la que la Corte recordó:

“(…) los efectos de la declaratoria de ineficacia del traslado bajo el amparo del art. 271 de la Ley 100 de 1993, consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el cambio de régimen no hubiera ocurrido, lo que apareja que las AFP no solo deben devolver los aportes a pensión existentes en la cuenta de ahorro individual, sino también los bonos pensionales, rendimientos financieros, gastos de administración y sumas adicionales pagadas a las aseguradoras por seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, tal como lo adocrinó esta corporación, entre otras, en las sentencias CSJ SL17595-2017 y CSJ SL4989-2018, sin que ello implique un enriquecimiento sin causa de Colpensiones, simplemente es la connatural consecuencia de la declaratoria de ineficacia del traslado.”

Puntualmente, respecto a las sumas pagadas por concepto de Seguro Previsional, se itera que según la doctrina del precedente vertical, en caso de la declaratoria de ineficacia del traslado, son las Administradoras de Fondos de Pensiones privadas, quienes deberá devolver a Colpensiones el porcentaje correspondiente a primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, así ha quedado claro en los múltiples pronunciamientos de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia dentro de los que por ejemplo se encuentra la Sentencia SL3477 de 2021 en la que reiteró:

“Es así como sin pruebas que demuestren que en efecto se cumplió con el deber de asesoría y debida información respecto de las implicaciones del traslado de régimen, debe declararse la ineficacia del traslado del señor David García Vera y que, como consecuencia de lo anterior, se deben retrotraer sus efectos, dando lugar a que se

considere que sigue estando vinculado al régimen de prima media con prestación definida.

De igual modo, se condenará a la Sociedad Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. a trasladar a la UGPP, además de lo consignado en la cuenta de ahorro individual y los rendimientos, los bonos pensionales, el porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima. Así mismo, se le condenará la devolución de los gastos de administración y el valor de las primas del seguro previsional, debidamente indexados a la fecha de entrega a la UGPP.”

Siguiendo esta misma línea, en sentencia SL282 de 2023, se mantuvo la postura antes referida precisando:

“Del mismo modo, por virtud de que cada contratante debe devolver al otro lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que se deja sin efecto, Colfondos S.A. y Colmena AIG, hoy Protección S.A., deberán devolver el porcentaje cobrado por comisiones, 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, durante el tiempo en que la demandante estuvo vinculada a esas administradoras”.

En este punto, frente a la sostenibilidad del sistema financiero, al que alude la apoderada de Colpensiones en su recurso, se encuentra que ya se ha pronunciado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia indicando que dicho principio constitucional no se ve afectada con la declaratoria de ineficacia del traslado. Por ejemplo en Sentencia SL1497 de 2022, se indicó que: *“Tampoco se atenta contra la sostenibilidad financiera del Sistema, en la medida en que la ley dispone las fuentes de financiamiento de las prestaciones económicas que éste reconoce y, en todo caso, la ineficacia comporta unos efectos que pasan a explicarse más adelante, lo que supone, entre otras cosas, que la totalidad del ahorro pensional efectuado, con los elementos que lo integran, pasen de la AFP a la administradora del Régimen de Prima Media.”*

Finalmente, con relación a la indexación de las sumas cuya devolución se ordena en primera instancia, encuentra la Sala que el reparo presentado por la apoderada de Colfondos es procedente, como quiera que el a quo no aclaró en su decisión las sumas objeto de devolución y aquellas objeto de indexación, pues de conformidad con la doctrina del precedente vertical, aquellas que deben indexarse corresponden a los gastos de administración, comisiones, y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima. Sobre este punto, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL1019 de 2022, Radicación No. 87915 del 16 de marzo de 2022, señaló frente a los efectos de la declaratoria de ineficacia:

*“Por ello se procederá a Condenar a Old Mutual SA hoy Skandia, a **trasladar a Colpensiones los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual de la demandante junto con sus rendimientos y bonos pensionales.** De igual modo, la*

citada AFP deberá devolver a Colpensiones el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, comisiones, 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, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen". (resalta la Sala)

Por lo que, en este punto, se modificará la decisión de primera instancia con relación a este aspecto.

Así quedan resueltos los recursos de apelación interpuestos.

COSTAS

Costas en esta instancia a cargo de Colpensiones porque su recurso no prosperó, se fijan como agencias en derecho la suma de \$1.000.000. Frente a la demandada Colfondos, en vista que su recurso prosperó parcialmente se señalan como agencias en derecho de esta instancia la suma de \$500.000.

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR PARCIALMENTE el numeral segundo de la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá el 18 de mayo de 2023, en el sentido de precisar que se condena a Colfondos S.A. a trasladar a COLPENSIONES los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual del demandante por concepto de cotizaciones obligatorias, bonos pensionales en el caso de que ya se encuentren redimidos junto con los rendimientos financieros que produjo ese dinero mientras estuvo en su poder. Adicionalmente, deberá trasladar a COLPENSIONES todos los descuentos que realizó al demandante durante el tiempo de permanencia en ese fondo, por concepto de gastos de administración, seguros previsionales y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexadas, por las razones antes expuestas.

Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada.

TERCERO: Costas en esta instancia a cargo de Colpensiones porque su recurso no prosperó, se fijan como agencias en derecho la suma de \$1.000.000. Frente a la demandada Colfondos, en vista que su recurso prosperó parcialmente se señalan como agencias en derecho de esta instancia la suma de \$500.000.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



RODRIGO AVALOS OSPINA

Magistrado



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA

Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Magistrado



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

Magistrado Ponente: **RODRIGO ÁVALOS OSPINA.**

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR ORLANDO SIERRA QUEVEDO contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES y la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES PORVENIR S.A. Radicación No. 11001-31-05-038-**2021-00135-01.**

Bogotá D.C., treinta (30) de abril dos mil veinticuatro (2024), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

El demandante Orlando Sierra Quevedo, por intermedio de apoderado judicial, instauró demanda ordinaria laboral en contra de las demandadas antes referidas para que se declare la ineficacia de la afiliación que realizó el 19 de noviembre de 1997 del régimen de prima media con prestación definida (RPMD) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) administrado por la AFP Porvenir S.A. Como consecuencia de lo anterior, solicita que se ordene a Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones los valores que el demandante hubiera recibido por concepto de cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos, intereses, y rendimientos causados; que igualmente se ordene a Colpensiones recibir al demandante como afiliado, sin solución de continuidad en el RPMPD; y lo que resulta probado *ultra y extra petita*.

En respaldo de sus pretensiones manifestó que nació el 10 de diciembre de 1958; que realizó cotizaciones para pensión en el extinto ISS desde el 8 de agosto de 1977 hasta el 30 de noviembre de 1997. Señala que fue trasladado del régimen de prima media (RPMPD) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) a través de un formulario de afiliación que diligenció el 19 de noviembre de 1997 con la AFP Porvenir S.A.

Refiere que Porvenir “*NO le proporcionó al señor ORLANDO SIERRA QUEVEDO, una asesoría profesional, clara, completa, suficiente y oportuna, que le permitiera comprender*

los requisitos, condiciones y riesgos del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, y compararlos con las condiciones del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, al cual se encontraba afiliado". De igual manera, indica que los asesores no se encontraban capacitados para realizar la debida asesoría, de cara a la responsabilidad de carácter profesional que ello implicaba; y que tampoco fue informado sobre la prohibición de trasladarse de régimen antes de cumplir 52 años de edad. Por último, afirma que no se encuentra pensionado por los riesgos de vejez o invalidez.

Actuación procesal

El Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá admitió la demanda con auto del 28 de septiembre de 2021, y ordenó la notificación de las demandadas, así como de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Cumplido lo anterior, la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones y la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. contestaron la demanda en los términos de los archivos 11 y 13 respectivamente, del expediente digital.

Sentencia de primera instancia

El juzgado de conocimiento en sentencia proferida el 29 de noviembre de 2022 resolvió *"abstenerse en declarar la ineficacia de la afiliación verificada por Orlando Sierra Quevedo con destino a la A.F.P. Porvenir S.A. el 19 de noviembre de 1997"*, en consecuencia, absolvió a las demandadas de todas y cada una de las pretensiones de la demanda; y condenó en costas al demandante fijando como agencias en derecho la suma de \$500.000.

En lo que interesa a la resolución del recurso el a quo discurrió en los aspectos que se resumen a continuación. En primer lugar, se refirió a cada una de las pruebas obrantes en el expediente para establecer que la última afiliación del demandante lo fue a la AFP Porvenir mediante la suscripción del formulario de afiliación el 19 de noviembre de 1997; así mismo analizó el interrogatorio de parte practicado al actor para señalar que sus afirmaciones no coinciden con los supuestos fácticos descritos en la demanda.

Refirió, particularmente, que el actor manifiesta haber sido convocado por su empleador para efectos de suscribir el formulario de afiliación y que habría sido, presuntamente, constreñido y presionado a firmarlo; pues de no hacerlo, el empleador procedería a despedirlo. Con esto, encontró que los hechos descritos en la demanda, en los que se afirma que el actor se afilió al RAIS en un escenario de promoción por parte de asesores de Porvenir, los que no le brindaron la información necesaria al momento de suscribir el formulario, se encuentran sustancialmente alejados de los afirmados en el interrogatorio de parte, en donde el actor confiesa haber sido forzado por su empleador para suscribir el formulario de afiliación.

Con este panorama, indicó que la vinculación del demandante al RAIS no ocurrió dentro de un escenario de promoción de la AFP Porvenir, sino que se dio en un escenario en el cual diligenció el formulario y lo tramitó a través de su empleador; situación que, de acuerdo con la reglamentación vigente, no exigía algún tipo de interacción entre el afiliado y el personal de la administradora del RAIS, salvo en el caso en que la administradora evidenciara algún error en los datos de afiliación, debiendo notificar al empleador y al afiliado dentro del mes siguiente, sin perjuicio de que al no hacerlo, se entendiera que se ha producido la vinculación.

Por último, señala que al no haber participado un promotor de Porvenir en la afiliación del demandante al RAIS, no es posible predicar válidamente la omisión de un deber de información que tuviera que haberse suministrado. Por el contrario, y en atención a lo dispuesto en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, aseguró que el presente asunto debía abordarse desde el estudio de los vicios del consentimiento, debiendo el actor haber demostrado la presencia de un error, fuerza o dolo para proceder con la declaratoria de ineficacia. Sin embargo, encontró que no existe prueba en el expediente que respalde las manifestaciones del demandante realizadas al absolver el interrogatorio de parte.

Recurso de Apelación

La apoderada del **demandante** presentó recurso de apelación en el que manifiesta su inconformidad frente a la decisión adoptada por el a quo. Indica que en el hecho 5 de la demanda se indicó expresamente que Porvenir no suministró al demandante una asesoría profesional, clara, completa, suficiente y oportuna; sin que en ninguna parte se hubiera indicado que la afiliación obedeció a actividades de promoción por parte de Porvenir, como lo indicó el a quo, luego entonces, debió analizar el presente asunto con base en esa falta de información que el actor manifestó.

Señala que, si bien en el interrogatorio de parte el demandante manifiesta haber recibido presión por parte del empleador para suscribir el traslado de régimen pensional, no es menos cierto que Porvenir tenía la obligación inexcusable de brindar información que le permitiera al trabajador tomar la decisión informada de trasladarse de régimen pensional, situación que no ocurrió. De esta forma, refiere que la interpretación adoptada por el juez, desconoce el derecho de los afiliados a recibir información que les permita tomar decisiones informadas.

Afirma que en el proceso de afiliación del demandante si intervino un asesor como quiera que el formulario se encuentra suscrito por este; y el hecho de que dicho asesor no se hubiera encontrado presente al momento en que el demandante suscribió el formulario, demuestra, con mayor razón, la falta de información que debió recibir por parte de la AFP Porvenir para realizar el traslado. Resalta entonces que la inconformidad frente a Porvenir se circunscribe, puntualmente, al hecho de no haber brindado la asesoría y la información correspondiente sobre las características de los regímenes al demandante de forma previa a su traslado.

Por lo anterior, considera que el juez se equivocó al exigir que el demandante debió probar la existencia de error, fuerza o dolo por el hecho de haber mencionado en el interrogatorio de parte que fue presionado al momento de firmar el formulario, cuando el análisis debió hacerlo por el incumplimiento al deber de información, circunstancia que no se acreditó en el juicio.

Alegatos ante este Tribunal (Ley 2213 de 2022).

Con auto del 28 de abril de 2023 se admitió el recurso de apelación y se corrió el traslado a las partes para que presentaran los alegatos de conclusión; no concurrió ninguna de las partes.

CONSIDERACIONES

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

Así las cosas, se tiene que el problema jurídico por resolver consiste en determinar si efectivamente existe o existió una ineficacia en el momento del traslado del accionante del régimen de prima media con prestación definida (RPMPD) al régimen de ahorro individual (RAIS), como consecuencia de la falta de información completa, veraz, oportuna, objetiva, comparada y transparente acerca de las características de los dos regímenes pensionales, para así escoger la mejor opción del mercado.

Para la resolución de este asunto, debe considerarse que las AFP tienen un deber legal de suministrar a sus potenciales afiliados información objetiva, comparada y transparente sobre las características, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado. Este deber existía desde la creación del sistema de seguridad social integral, como de ello da cuenta el artículo 97, numeral 1 del Decreto 663 de 1993, en armonía con el artículo 13, literal b) de la Ley 100 de 1993 (CSJ: SL1452-2019, SL1688-2019, SL1689-2019, SL4426-2019, SL3464-2019, SL4360- 2019, SL2611-2020, SL4806-2020 y SL373-2021).

En el referido artículo 97 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero se recalcó la importancia del deber de información de las entidades vigiladas por la Superintendencia Bancaria hoy Superfinanciera, incluyendo naturalmente a las Administradoras de Fondo de Pensiones, al contemplar textualmente que *"Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor*

transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado”.

Así mismo el artículo 12 del Decreto 720 de 1994 consagra las obligaciones de los promotores en los siguientes términos: *“Los promotores que empleen las sociedades administradoras del sistema general de pensiones deberán suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación, durante toda la vinculación y con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado”.*

De igual manera, debe considerarse que la suscripción de un formulario por parte del afiliado, que pueda o no, contener afirmaciones en el sentido de indicar que la afiliación se realiza de forma libre y voluntaria, no liberan a las AFP de su obligación de brindar información completa, objetiva y comparada de los distintos regímenes pensionales y las consecuencias asociadas al traslado entre ellos. A lo sumo, estas expresiones acreditan un consentimiento sin vicios, pero no uno debidamente informado (SL 4964 de 2018, SL 4964 de 2018, SL 1421 de 2019, SL 2877 de 2020 y SL 3193 de 2023).

De manera que, para la Sala, no cabe duda en cuanto a la existencia de un compendio normativo que obligaba a las administradoras de pensiones a informar en el momento del traslado, en forma, clara, completa, objetiva, veraz y transparente acerca de las características de ambos regímenes. Sobre este punto en particular, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, específicamente en la sentencia SL 1688 de 2019 con radicado No.68838, precisó desde cuándo se encontraba en cabeza de esas administradoras de pensiones, esa obligación probatoria en los siguientes términos:

“Desde este punto de vista, para la Corte es claro que, desde su fundación, las administradoras ya se encontraban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales, pues solo así era posible adquirir «un juicio claro y objetivo» de «las mejores opciones del mercado»”.

En virtud de las particularidades del asunto que aquí se discute, también debe considerarse que las diferentes normas que regulan aspectos de seguridad social, deben ser analizadas en su conjunto, sin que el juez pueda seleccionar unas y dejar de aplicar otras para adoptar una decisión. Bajo ese entendido, es imperativo armonizar las interpretaciones que permitan dar aplicación a la normatividad vigente sin que ello implique el desconocimiento de la ley o la vulneración de derechos fundamentales de los administrados.

Descendiendo al caso concreto, se tiene que el demandante estuvo afiliado al RPMPD administrado hoy por Colpensiones desde el 8 de agosto de 1977 hasta el 30 de noviembre de 1997 de conformidad con las documentales obrantes a folios 35 a 42 del archivo 01 del

expediente digital. También se advierte que el demandante diligenció el formulario de afiliación al RAIS administrado por Porvenir S.A. el 19 de noviembre de 1997 conforme a la documental obrante a folio 59 del mismo archivo; sin que obre prueba de un traslado con posterioridad a dicha fecha; hechos estos que encontró acreditados el a quo en su sentencia.

El punto que llevó al a quo a absolver a las demandadas de las pretensiones de la demanda, se circunscribe específicamente al análisis del interrogatorio de parte del demandante en contraste con lo expresado en los hechos de la demanda. A juicio del sentenciador de primer grado, el actor, presentó dos versiones sustancialmente diferentes en estos dos medios de prueba, lo que le impidió acceder a las pretensiones de la demanda.

Pues bien, luego de analizar estas pruebas, la Sala se aparta de la valoración que, sobre las mismas, realizó el a quo; fundamentalmente porque al escuchar el interrogatorio de parte del demandante, si bien es cierto que en su dicho expresó que el empleador reunió a los trabajadores en unos módulos para hacerlos firmar el formulario de afiliación, ejerciendo, aparentemente una presión sobre ellos, ya que de no hacerlo posiblemente serían despedidos; también lo es que en sus manifestaciones fue contundente al expresar que no recibió la información sobre las diferencias en los regímenes pensionales, que nunca le explicaron cuáles eran los beneficios de uno u otro régimen ni las condiciones que requería en cada uno para pensionarse, manifestaciones que coinciden con lo expresado en el escrito de la demanda.

Es tan evidente el desconocimiento del demandante frente a los requisitos, condiciones, riesgos, beneficios y diferencias de ambos regímenes que en su interrogatorio no logra establecer o señalar al menos una característica o diferencia de los regímenes pensionales; y frente a las distintas preguntas que le fueron formuladas en el interrogatorio, indicó que lo único que recordaba era que les habían indicado que el ISS se iba a acabar, motivo por el cual debían trasladarse a otro fondo en el que, a su juicio, todo seguiría o se manejaría de la misma forma que en el ISS. De allí, que, es claro para esta Sala, que el demandante consideraba incluso que el cambio de régimen no representaría ninguna diferencia en el aspecto pensional, apreciación que resulta equivocada.

Para la Sala, resulta entonces errado el argumento en virtud del cual, el a quo consideró que, de conformidad con la regulación del procedimiento de afiliación establecido en el Decreto 692 de 1994, no había lugar a que la AFP suministrara algún tipo de información cuando la afiliación se realizaba mediante el diligenciamiento de un formulario por medio del empleador, bajo la premisa de que dicha norma no contempló tal actuación. Ello es así, pues desconoció los preceptos atrás mencionados, que imponen un deber a las administradoras de fondos de pensiones de brindar la información necesaria, suficiente, amplia y sobre todo oportuna para lograr el traslado de régimen a través de sus promotores.

Debe recordarse que el ejercicio de interpretación, no puede reducirse a los límites de una sola disposición, cuando la adecuada comprensión de los preceptos normativos depende de la integración de otros que regulan la misma materia. Ha sido notorio que el ordenamiento jurídico presenta con frecuencia normas incompletas, cuyo contenido y finalidad deben articularse junto a otras reglas; pues sólo de este modo es posible superar presuntas incongruencias al interior de un orden normativo. La integración de normas jurídicas, sólo es concebible en la medida en que dicha operación completa el sentido de disposiciones que dependen mutuamente para su cabal aplicación. No se trata de una manera analógica de interpretar el derecho, o de extender el imperio de alguna disposición a asuntos no contemplados por el ordenamiento legal, sino de armonizar las disposiciones que regulan una misma materia para entender la finalidad de las mismas.

De esta forma, la Sala encuentra que, en el presente asunto, si bien el accionante realizó el trámite a través de un formulario entregado por el empleador, de acuerdo con lo manifestado en el interrogatorio de parte, esta circunstancia, no eximía a la administradora de pensiones Porvenir de garantizar que el trabajador que suscribía el formulario, tuviera pleno conocimiento de las consecuencias jurídicas que implicaban para su derecho pensional el acto del traslado. De suerte que, si bien el Decreto 692 de 1994 regula un procedimiento para diligenciar el formulario de traslado a través del empleador, la implementación del mismo, no supone la inobservancia de las demás normas que regulan este tipo de asuntos, particularmente las relacionadas con el deber de información.

Ahora bien, debe advertirse que, en el formulario de traslado aportado al expediente, de fecha 19 de noviembre de 1997, se registró la firma de un asesor comercial, lo que supone que el trámite se completaba con el lleno de todos los campos de dicho formulario, y en ese sentido, si el asesor suscribió el formulario, aunque fuera de forma posterior, lo que se está garantizando con dicha suscripción es que se brindó la información completa e informada sobre el traslado al trabajador, hecho que no se encuentra acreditado en el expediente.

Y es que así debe entenderse, como quiera que, al contestar la demanda, Porvenir S.A. manifestó que el traslado del demandante del RPMPD al RAIS fue *“producto de una decisión libre e informada **después de haber sido ampliamente asesorado sobre las implicaciones de su decisión**, sobre el funcionamiento del RAIS y de indicarle sus condiciones pensionales, tal como se aprecia en la solicitud N°975707-documento público- en el que se observa la declaración escrita a que se refiere el artículo 114 de la Ley 100 de 1993”* (resalta la Sala); de donde se reitera que, en el presente asunto, no se acreditó la asesoría en la que la parte demandada soporta su defensa.

Por otro lado, también se debe tener presente que la doctrina del precedente vertical en la sentencia del 09 de septiembre del año 2008, radicado 31989, ya había definido que la suscripción libre y voluntaria de ese formulario no era suficiente para dar cumplimiento a ese

deber de información. Posición que fuera repetida también en forma pacífica por parte de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras en la Sentencia del 03 de abril de 2019 en los siguientes términos:

“La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado”.

Incluso en providencias más próximas a la fecha, se ha mantenido inmutable la postura de la Sala, ejemplo de esto lo encontramos en la Sentencia SL397 del 1 de marzo de 2023 en la que se afirmó:

“En cuanto a la suscripción de uno o varios formularios de afiliación (f.º59), se encuentra adoctrinado que son insuficientes para demostrar que la decisión de traslado estuvo precedida por una ilustración acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes. Tampoco es admisible sostener que la simple rúbrica impuesta en el formulario, en señal de asentimiento, pueda suplir la información que deben brindar las administradoras (entre otros fallos se cita CSJ SL SL1688-2019)”.

Con todo lo anterior, la Sala advierte que en el expediente no existe un solo elemento de convicción distinto al formato de vinculación que demuestre que la AFP Porvenir dio información transparente y completa al afiliado sobre las características de ambos regímenes pensionales y las implicaciones inherentes de pertenecer a uno u otro. Por tanto, y ante la constatación del incumplimiento del deber de información a cargo de la Porvenir S.A., se revocará el fallo de primer grado y en su lugar se declarará la ineficacia del traslado que efectuó el demandante el 19 de noviembre de 1997 a dicha administradora.

Puesto que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación solo es posible bajo la ficción de que el mismo nunca ocurrió. Esto quiere decir que *“si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al sistema privado de pensiones, y si estuvo afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por Colpensiones”* (CSJ SL3464-2019).

Teniendo en cuenta los efectos propios de la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen, esto es *ex tunc* (desde siempre), se ordenará a Porvenir devolver a Colpensiones los porcentajes correspondientes a los gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y lo destinado al fondo de garantía de pensión mínima, y con cargo a sus propios recursos. Sobre este asunto, es preciso citar la reciente sentencia SL 2680 de 2023 del 31 de octubre de 2023 en la que la Corte recordó:

“(…) los efectos de la declaratoria de ineficacia del traslado bajo el amparo del art. 271 de la Ley 100 de 1993, consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el cambio de régimen no hubiera ocurrido, lo que apareja que las AFP no solo deben devolver los aportes a pensión existentes en la cuenta de ahorro individual, sino también los bonos pensionales, rendimientos financieros, gastos de administración y sumas adicionales pagadas a las aseguradoras por seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, tal como lo adocrinó esta corporación, entre otras, en las sentencias CSJ SL17595-2017 y CSJ SL4989-2018, sin que ello implique un enriquecimiento sin causa de Colpensiones, simplemente es la connatural consecuencia de la declaratoria de ineficacia del traslado.”

En la misma medida se ordenará a la demandada Colpensiones a que acepte y reciba esos dineros provenientes de Porvenir para que proceda a efectuar la afiliación del accionante como si nunca se hubiese trasladado del régimen de prima media con prestación definida.

Así queda resuelto el recurso de apelación interpuesto.

COSTAS

Costas en esta instancia a cargo de las demandadas, se fijan como agencias en derecho la suma de 1.500.000. Las costas de primera instancia se imponen también a cargo de las demandadas.

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR en su integridad la sentencia de primera instancia, por cuando absolvió a las demandadas de todas y cada una de las pretensiones, y en su lugar **DECLARAR LA INEFICACIA** del traslado realizado por el demandante ORLANDO SIERRA QUEVEDO el 19 de noviembre de 1997 del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, y, por ende, declarar que el actor se encuentra válidamente vinculado al RPMPD a través de COLPENSIONES de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES PORVENIR S.A. a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES todos los valores que recibió con motivo de la afiliación

del demandante por concepto de cotizaciones obligatorias, bonos pensionales en caso de que ya se encuentren redimidos con todos los rendimientos financieros que produjo ese dinero mientras estuvo en su poder. De igual manera deberá trasladar a Colpensiones todos los descuentos que le realizó al demandante durante el tiempo de permanencia por concepto de gastos de administración, el valor de las primas de seguros previsionales y el porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima con cargo a sus propios recursos, todo conforme a la parte considerativa.

TERCERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES a que acepte y reciba esos dineros provenientes de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES PORVENIR S.A., para que proceda a actualizar la afiliación del accionante como si nunca se hubiese trasladado del régimen de prima media con prestación definida conforme a lo dispuesto en la parte considerativa.

CUARTO: Costas en esta instancia a cargo de las demandadas, se fijan como agencias en derecho la suma de \$1.500.000. Las costas de primera instancia se imponen también a cargo de las demandadas

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



RODRIGO AVALOS OSPINA

Magistrado



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA

Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Magistrado



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

Magistrado Ponente: **RODRIGO ÁVALOS OSPINA.**

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR SONIA AGUILAR contra FONDO DE EMPLEADOS Y PENSIONADOS DE LA ETB -FONTEBO-. Radicación No. 11001-31-05-037-**2021-00333-01**.

Bogotá D.C., treinta (30) de abril dos mil veinticuatro (2024), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente;

SENTENCIA

SONIA AGUILAR demanda a **FONDO DE EMPLEADOS Y PENSIONADOS DE LA ETB -FONTEBO-**, para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas en el expediente digital, así;

- Contrato de trabajo entre el 01 de agosto de 2018 y el 20 de enero de 2021
- Terminación unilateral y sin justa causa
- Reintegro junto con el pago de salarios, prestaciones y aportes al sistema de seguridad social dejados de percibir
- Indexación
- Uso de las facultades ultra y extra petita
- Costas y agencias en derecho

Como hechos expone que nació el 24 de mayo de 1966, se vinculó con la demandada mediante un contrato de trabajo a término indefinido para desempeñarse como gerente del Fondo de Empleados y Pensionados de la ETB – FONTEBO el día 01 de agosto de 2018, y el 20 de enero de 2021 fue despedida por decisión unilateral del empleador. Está afiliada a la AFP PROTECCIÓN y cuenta con un total de 1417.43 semanas cotizadas al sistema. Cuenta con estabilidad laboral por pre-pensionada porque aún no cumple el requisito de la edad. La

demandada tampoco pidió permiso al Ministerio de Trabajo para que autorizara el despido. El núcleo familiar de la actora depende de sus ingresos. Por su edad no le es fácil emplearse.

Actuación procesal

El Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito admitió la demanda en auto del 06 de septiembre de 2021, contra la llamada a juicio, quien contestó en los términos del archivo pdf 06 del expediente digital.

Sentencia de primera instancia

El A quo en sentencia del 19 de abril de 2022, absolvió de las pretensiones deprecadas, al considerar que no se acreditaban los presupuestos para acceder al amparo solicitado, porque la demandante ya contaba con el requisito de la densidad de semanas que exige la Ley, sin que el cumplimiento de la edad sea una condición acceder a la estabilidad laboral deprecada pues el hecho de que este pendiente la estructuración de éste último no trasgredía su derecho pensional.

Recurso de apelación; la parte actora pide se revoque la decisión del A quo, y en su lugar se acceda a las pretensiones de la demanda. Como sustento de su recurso se remitió a la carta de despido con la que se finalizó el contrato de trabajo sin justa causa. Luego se remitió al fuero de prepensionado y a los requisitos que exige la Ley 797/03 para el reconocimiento de la pensión de vejez, haciéndole falta a la actora el requisito de la edad. Alega que se debe acceder al reintegro porque el mínimo vital de la actora está desprotegido, y no cuenta con ingresos para sostener su núcleo familiar.

Alegatos ante este Tribunal (Ley 2213 de 2022).

Dentro de la oportunidad respectiva la promotora del proceso presentó alegatos en la instancia.

CONSIDERACIONES

Esta Sala aborda el estudio del recurso de apelación en relación con los puntos expuestos por la parte, toda vez que ese es el alcance establecido por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, que adicionó el artículo 66A del C. P. T y S. S., así: *“La sentencia de segunda instancia deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación”*. El cual se limita en establecer si están acreditados los requisitos para que la demandante tenga derecho a la estabilidad laboral reforzada, esto es, si reúne los requisitos para ser tratada como prepensionada, en consonancia con las normas y la jurisprudencia aplicables al caso, además,

la Sala verificará si el derecho al mínimo vital de la actora se vulneró con la decisión del empleador.

Para tales efectos, es de indicar que en el asunto no existe controversia respecto a la existencia del contrato de trabajo a término indefinido entre los extremos en litigio, el que fue suscrito el día 01 de agosto de 2018 (*fls 20 a 25*), y que finalizó el 20 de enero de 2021 (*fl 43*), además, del certificado que milita a folio 42 del archivo 1, se tiene certeza de que la actora se desempeñó como Gerente de la demanda y que su último salario ascendió a la suma de \$8.000.000.

Ahora, el argumento principal del A quo para negar las pretensiones del proceso consiste en que Sonia Aguilar cuenta con la densidad de semanas necesarias para acceder a la pensión de vejez, por lo que solo debe estar a la espera del cumplimiento de la edad, situación que no afecta el derecho pensional el cual se protege con este tipo de fueros.

Dicho lo anterior, es de indicar que la figura de los pre-pensionados surge en el marco del concepto del “*retén social*”, desarrollado por el artículo 12 del Decreto 190 de 2013, que reglamentó el artículo 12 de la Ley 790 de 2002, consistente en la imposibilidad de retirar a los servidores públicos, en un proceso de renovación de una Entidad Pública que ha sido objeto de liquidación o restructuración dentro del plan de renovación de la administración nacional, para quienes les faltan tres años o menos para cumplir con la totalidad de los requisitos de edad y tiempo de servicio para disfrutar de su pensión de jubilación o de vejez.

Esto quiere decir que es una figura propia del sector público, y, por lo tanto, la extensión de la misma al sector particular se dio por fallos de la Corte Constitucional, a través de diferentes sentencias de tutela (*T-166 de 2006, la sentencia T-357 de 2016 y la sentencia T-638 de 2016*), hasta que se llegó a la sentencia de unificación SU-003 de 2018, donde la Corte Constitucional puntualizó sobre esta garantía que:

*“59. Para la Sala Plena, con fines de unificación jurisprudencial, **cuando el único requisito faltante para acceder a la pensión de vejez es el de edad, dado que se acredita el cumplimiento del número mínimo de semanas de cotización, no hay lugar a considerar que la persona es beneficiaria del fuero de estabilidad laboral reforzada de prepensionable**, dado que el requisito faltante de edad puede ser cumplido de manera posterior, con o sin vinculación laboral vigente. En estos casos, no se frustra el acceso a la pensión de vejez. Para fundamentar esta **segunda regla de unificación jurisprudencial** se hace referencia a la jurisprudencia constitucional que ha desarrollado la figura y a su finalidad específica, en aras de determinar por qué, en el supuesto de unificación, no se frustra el acceso a la pensión de vejez. (...)*

*“[...] en la jurisprudencia constitucional se ha entendido que las personas beneficiarias de la protección especial, es decir **los prepensionados**, serán aquellos servidores que cumplan con los requisitos para acceder a la pensión de jubilación o de vejez dentro de los tres años siguientes o, en otras palabras, **aquellos a los que les falte tres años o menos para cumplir los requisitos que les permitirían acceder a la pensión de jubilación o vejez**”^[56].*

61. Así las cosas, **en principio, acreditan la condición de “prepensionables” las personas vinculadas laboralmente al sector público o privado, que están próximas (dentro de los 3 años siguientes) a acreditar los dos requisitos necesarios para obtener la pensión de vejez (la edad y el número de semanas -o tiempo de servicio- requerido en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida o el capital necesario en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad) y consolidar así su derecho a la pensión.**

62. La “**prepensión**” **protege la expectativa del trabajador de obtener su pensión de vejez, ante su posible frustración como consecuencia de una pérdida intempestiva del empleo. Por tanto, ampara la estabilidad en el cargo y la continuidad en la cotización efectiva al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, para consolidar los requisitos que le faltaren para acceder a su pensión de vejez. (...)**

65. **El accionante ha cotizado más de 1300 semanas; por tanto, acredita el mínimo que se requiere para acceder a la pensión de vejez. En consecuencia, no se encuentra en riesgo la consolidación de su expectativa pensional.** Esta no podría frustrarse en la medida en que la única exigencia restante es el cumplimiento de la edad, condición que puede acreditar con o sin vinculación laboral vigente^[58]. En efecto, tal como tuvo oportunidad de plantearse en el numeral anterior, no existe un riesgo cierto, actual e inminente que impida la consolidación del derecho pensional, pues esta no se encuentra sujeta a la realización de cotizaciones adicionales al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones^[59]...”

Sentencia de unificación que ha sido reiterada con posterioridad, como en la sentencia T-055¹ de 2020. En consecuencia, cuando una persona ya cumplió el requisito de semanas de cotización al sistema, esto es, que ya consolidó su derecho pensional porque realizó las cotizaciones que exige el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, no es dable que ese afiliado o trabajador se beneficie del fuero por prepensionado, porque el requisito de la edad se puede cumplir con o sin vinculación laboral. En ese orden, cuando se presente un despido de un trabajador que esté a 3 años o menos de cumplir con el requisito de la edad para acceder a la prestación de vejez, la decisión del empleador de finiquitar el vínculo contractual no tiene el alcance de frustrar el acceso a la pensión. Tesis que fue acogida por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 442-2022 con radicación No 87082 del 23 de febrero de 2022.

Aclarado lo anterior, se observa de la liquidación de prestaciones sociales (fl 45 archivo 1) que la demandada al momento de finalizar el vínculo contractual pagó a la actora por concepto de terminación unilateral del contrato sin justa causa la suma de \$15.850.667.

De otra parte, en el asunto que ocupa la atención de La Sala, se observa a folio 41, extracto de pensiones obligatorias, del que se evidencia que Sonia Aguilar está afiliada a la AFP PROTECCIÓN, es decir, una administradora privada que pertenece al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, por lo que para definir el asunto se hace necesario acudir a los

¹ “Al abordar de manera directa la cuestión planteada, la Sala Plena consideró que, en tales eventos, **la persona no podrá ser beneficiaria del fuero mencionado dado que (i) el requisito de la edad podrá cumplirlo de manera posterior, con o sin vinculación laboral vigente** y, en consecuencia, (ii) (párrafo 59). Esta interpretación se fundó en **el empleador, con el despido, no está frustrando el acceso a la prestación de vejez** que la prepensión protege la expectativa del trabajador de obtener su pensión de vejez, ante su posible frustración como consecuencia de una pérdida intempestiva del empleo. Por tanto, ampara la estabilidad en el cargo y la continuidad en la cotización efectiva al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones.”

postulados que prevé el art. 64 de la Ley 100 de 1993, que establece que los afiliados al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, tendrán derecho a una pensión de vejez, a la edad que escojan, siempre y cuando el capital acumulado en su cuenta de ahorro individual les permita obtener una pensión mensual, superior al 110% del salario mínimo legal mensual vigente a la fecha de expedición de esta Ley. De suerte que, el único requisito necesario para que la demandante alcance el derecho pensional es el monto ahorrado en su cuenta individual. Ahora, al descender al análisis de las pruebas aportadas por la promotora del proceso, La Sala de la documental ya referida - extracto de pensiones obligatorias, evidencia que para el periodo abril 01 de 2021 a junio 30 de 2021, la actora contaba con 1.417.43 semanas cotizadas, sin embargo, de este documento no es posible evidenciar cuál ha sido el monto ahorrado en su cuenta y como quiera que su derecho pensional depende exclusivamente de ese capital y **no de las semanas cotizadas**, tal documental resulta insuficiente para declarar que Sonia Aguilar está amparada por el derecho a la Estabilidad Laboral por ser prepensionada.

En ese orden de ideas, La Sala no puede acceder a la declaración solicitada, al no estar demostrado que la actora fue despedida mientras contaba con una condición de prepensionada, pues la carga de demostrar tal circunstancia se encontraba en cabeza de la demandante, quien se itera no logró acreditar tal situación en atención al régimen al que pertenecía, esto es al RAIS, esto porque el régimen al que se encuentra afiliada lo gobiernan otras condiciones, adicionalmente si se tiene en cuenta el número de semanas aportadas por la actora (1.417.43) del que dable entender que la misma ya puede acceder a la pensión de garantía mínima que le otorga el régimen ya que solo requiere haber aportado 1.150 semanas, guarismo que resulta superado por la promotora de este juicio, razones de más, para que no se pueda afirmar la condición de prepensionada.

Finalmente es de precisar, que en el asunto la promotora del proceso tampoco cumplió con las cargas que le imponen el art. 167 del CGP, a efectos de demostrar la afectación del mínimo vital que alega en el recurso, como quiera que en el plenario no milita prueba de que por la decisión del empleador los ingresos destinados a la financiación de sus necesidades básicas se hubiesen comprometido, recuérdese que quien alega la vulneración de sus derechos debe demostrar los hechos en que sustentan su acusación, sin que las afirmaciones realizadas en el escrito de la demanda y ahora en la sustentación del recurso de apelación sean suficientes para llevar al convencimiento de la Sala; acerca de la violación al mínimo vital que se viene pregonando desde los albores de la demanda.

Conforme todo lo anterior, La Sala **confirmar** la sentencia apelada.

COSTAS

Las de primera se confirman. Sin costas en la alzada.

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO. – CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá, del 19 de abril de 2022, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO. – COSTAS Las de primera se confirman. Sin costas en la alzada.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



RODRIGO AVALOS OSPINA

Magistrado



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA

Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Magistrado



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

Magistrado Ponente: **RODRIGO ÁVALOS OSPINA.**

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR CAMILA PRADA PORTILLO
contra LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.
Radicación No. 11001-31-05-014-2019-00342-01.

Bogotá D.C., treinta (30) de abril dos mil veinticuatro (2024), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

La demandante CAMILA PRADA PORTILLO por intermedio de apoderado judicial, instauró demanda ordinaria laboral contra LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, para que se hagan las siguientes declaraciones y condenas;

- Declarar que la entidad responsable del pago de la pensión de sobrevivientes es Colpensiones.
- Declarar que la vinculación efectuada por Porvenir el 12 de abril de 1994 es nula.
- Declarar que cumple con los requisitos legales para acceder a la pensión de sobrevivientes, con ocasión del fallecimiento de su cónyuge Jaime Enrique Bernal Contreras, a partir del 08 de agosto de 2018.
- Condenar a Colpensiones a incorporar en la historia laboral de Jaime Enrique Bernal Contreras, las semanas devueltas por Porvenir.
- Reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes.
- Retroactivo.
- Intereses moratorios del art. 141 de la Ley 100/93.

- Uso de las facultades ultra y extra petita.
- Costas.

Como hechos expone en síntesis que Jaime Enrique Bernal Contreras falleció el 08 de agosto de 2018, él cotizó al RPM desde el 11 de febrero de 1980 hasta el 01 de septiembre de 1993 un total de 707.43 semanas. El 12 de abril de 1994 a través de formulario No 056071 fue “vinculado” a la AFP PORVENIR SA. Desde el 10 de julio de 1996 hasta el 31 de marzo de 2001 laboró con el Ministerio de Transporte. Camila Prada Portillo y Jaime Enrique Bernal Contreras contrajeron nupcias el día 27 de marzo de 1999, y de esa unión nació Laura Fernanda Bernal Prada el 14 de marzo de 2000.

Los días 16 de febrero y 7 de abril de 2016, Bernal Contreras radicó a Porvenir derecho de petición, para que se le expidiera el formulario de afiliación a esa AFP a efectos de verificar su autenticidad, porque él nunca firmó tal afiliación, el 19 de abril de ese año, el perito de documentos cuestionados – Investigaciones de Porvenir SA, en el informe rendido de análisis grafológico en el radicado 0100222069360500 expediente 257, concluyó del estudio de la firma y validación del formulario con folio 056071 de fecha 12 de abril de 1994, que;

*“**firma indubitada:** Registrada en la carta de reclamación radicada ante porvenir, sin diligencia de autenticación ante Notario,*

FIRMA DUBITADA:** Registrada en el formulario de afiliación no 056071. Diferencia en el Análisis: Inclinación de la firma, espacios interliterales, gráficos y velocidad en el ritmo de la escritura. Mediante el cotejo de firmas se pudo observar discrepancias en los movimientos generadores de los trazos, extensión, desplazamiento y ubicación en el espacio gráfico, concluyendo que la signatura que suscribe el formulario de afiliación referido no se identifica con la firma autógrafa del titular.” – **IRREGULARIDAD POR FALSIFICACIÓN DE FIRMA DEL AFILIADO.

Porvenir notificó a Bernal Contreras el 12 de mayo de 2016 del resultado de la investigación, procedió a anular su afiliación al RAIS y devolvió los aportes a Colpensiones, los que si bien obran en la historia laboral, la demandada no los suma para totalizar las semanas de Jaime Enrique. Ante éste omisión se formuló queja en la Superintendencia Financiera de Colombia, para que se definiera la autoridad competente para la administración del régimen pensional del causante. También interpuso una denuncia penal, por el punible de falsedad en documento público, la que radicó ante Colpensiones bajo el No 2019-2762565. El día 30 de enero de 2019, pidió el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes, en calidad de cónyuge supérstite del afiliado Jaime Enrique Bernal Contreras, quien cotizó 67.57 semanas dentro de los 3 años anteriores al fallecimiento. El total de semanas sufragadas por el causante ascienden a 1247.43. finalmente se indica que la demandante, Sandra Salcedo y Luz Helena

Jiménez, rindieron declaraciones extrajuicio en las que dan cuenta del matrimonio y la convivencia entre Camila y Jaime Enrique.

Actuación procesal

El Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Bogotá admitió la demanda en auto del 27 de mayo de 2019, y ordenó la notificación a la demandada, quien contestó a folios 93 a 102 del pdf 001. El 24 de marzo de 2021, el A quo en virtud de lo dispuesto en los Acuerdos PCSJA20-11686 del 10 de diciembre y CSJBTA20-109 del 31 de diciembre de 2020, ordenó la remisión del expediente al Juzgado 040 Laboral del Circuito de Bogotá. En auto del 26 de marzo de 2021, se dispuso admitir también la demanda contra PORVENIR SA, la cual reposa en el archivo pdf 012.

Sentencia de primera instancia

El juzgado de conocimiento en sentencia proferida el 20 de enero de 2022 resolvió; declarar que JAIME ENRIQUE BERNAL CONTRERAS (q.e.p.d.) está afiliado sin solución de continuidad al RPM, por lo que Colpensiones debe actualizar su base de datos, registrar como nula la afiliación al RAIS, y actualizar la historia laboral con las cotizaciones devueltas por la AFP el día 11 de noviembre de 2016 por valor de \$251.213.189.00.

Declaró que CAMILA PRADA PORTILLO tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes a cargo de COLPENSIONES, de forma vitalicia y en calidad de cónyuge supérstite, con ocasión del fallecimiento JAIME ENRIQUE BERNAL CONTRERAS, por lo que condenó a esta demandada a pagar a favor de la actora la pensión a partir del día 09 de agosto de 2018, en cuantía para esa anualidad, en \$3.993.766.00, para el año 2019 en \$4.120.768.00, para el año 2020, en \$4.277.357.00, para el año 2021 en \$4.346.222.00 y para el año 2022 en \$4.589.610.00, por 13 mesadas al año, con los reajustes legales año tras año, así mismo accedió al pago de los intereses moratorios de que trata el art. 141 de la Ley 100/93, desde 01 de abril de 2019 y hasta cuando se verifique su pago. Ordeno el retroactivo pensional, del que se deben descontar los aportes a salud, declaró no probadas las excepciones de mérito, absolvió a AFP PORVENIR S.A. de las pretensiones, y condenó en costas a Colpensiones en \$10'000.000.00.

La juez llegó a esa determinación al advertir que la afiliación al RAIS fue inexistente, por cuanto el traslado de Bernal Contreras (q.e.p.d.) probado en el proceso fue irregular, tal como se colige del dictamen realizado por el perito de la AFP Porvenir, en el que se concluyó que la firma de ese formulario no correspondía a la del causante, dictamen al que la Juez otorgó

validez probatoria en los términos del art. 232 del CGP, y declaró la nulidad de la afiliación de 12 de abril de 1994, en atención a los efectos de la declaratoria de nulidad que prevé el art. 1746 del C.C., por lo que ordenó a Colpensiones a que actualizara la historia laboral de Jaime Enrique Bernal Contreras, y lo tuviera válidamente afiliado al RPM desde el 11 de febrero de 1980.

En cuanto al reconocimiento pensional, la juez verificó la fecha de fallecimiento de Bernal Contreras para indicar que la prestación se debía analizar bajo los parámetros de los art. 46 y 47 de la Ley 100/93, modificados por la Ley 797/03, igualmente tuvo en cuenta que la demandante y Jaime Enrique Bernal Contreras, contrajeron nupcias el 27 de marzo de 1999, vínculo que permaneció vigente hasta la fecha del deceso de Bernal Contreras, en el que la convivencia se mantuvo y donde procrearon una menor, igualmente se comprobó que el causante cotizó al sistema un total de 1847.43 semanas, de las cuales 154.29 se cotizaron en los últimos 3 años anteriores al deceso, y bajo estos supuestos se encontró probado el derecho a la pensión perseguida.

En cuanto al monto de la prestación, la juez se remitió a los artículos 21 y 48 de la Ley 100/93, calculó los salarios de los últimos 10 años y al IBL le aplicó una tasa del 75%, para fijar la primera mesada en \$3.993.766, la que se empezaba a cancelar a partir del 09 de agosto de 2018 (*día siguiente a la muerte*) por 13 mesadas al año, condenó al pago de los intereses moratorios del art. 141 de la Ley 100/93 al no encontrar justificación alguna para que la demandada no pagara la prestación dentro de los dos meses siguientes a su reclamo, los que procedían a partir del 01 de abril de 2019 y hasta que se verificara el pago. Y en cuanto a la excepción de prescripción dijo que la fecha de la muerte de Bernal Contreras había sido el 09 de agosto de 2018, la demandante reclamó el 30 de enero de 2019 y como la demanda se interpuso el 08 de mayo de 2019, en el asunto no había mesadas prescritas.

CONSIDERACIONES

Como quiera que ninguna de las partes en litigio interpuso recurso de apelación contra la decisión proferida por el Juzgado 40 Laboral del Circuito de Bogotá, La Sala procede a resolver **el grado jurisdiccional de consulta**, teniendo en cuenta que el fallo fue totalmente adverso a Colpensiones, para lo cual se plantea como problema jurídico a resolver, determinar i) a cual régimen pensional pertenece Jaime Enrique Bernal Contreras y ii) si la demandante tiene derecho a que se reconozca y pague una pensión de sobrevivientes.

- i) **De la validez del traslado que hizo Jaime Enrique Bernal Contreras el 12 de abril de 1994 del RPM al RAIS**

A efectos de verificar si resulta válido el traslado que hizo Bernal Contreras del régimen de prima media al régimen de ahorro individual, realizado el 12 de abril de 1994 a la AFP PORVENIR SA, La Sala se remite en primer lugar, al literal b) del art. 13¹ de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el art 114² ibídem, normas que permiten al afiliado la selección libre y voluntaria del régimen pensional al que desean pertenecer. Igualmente es de tener presente que el art. 271³ de la misma codificación, prevé las sanciones pecuniarias para quienes coarten tal libertad, en el que además, se dispone dejar sin efectos dicho acto, para realizar uno nuevo sin presiones. De otro lado, el art. 4 del Dto. 656 de 1994, consagra que las administradoras son instituciones de carácter provisional y, que como tales, están obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios que ellas brindan, lo que las hace responsables de los perjuicios que por su culpa “leve” se lleguen a ocasionar a los afiliados. Y el Dto. 692 de 1994⁴, se ocupa de las condiciones para el diligenciamiento

¹ **b.** La selección de uno cualquiera de los regímenes previstos por el artículo anterior es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado. El empleador o cualquier persona natural o jurídica que desconozca este derecho en cualquier forma, se hará acreedor a las sanciones de que trata el inciso 1o. del artículo 271 de la presente ley.

²**ARTÍCULO 114. REQUISITO PARA EL TRASLADO DE RÉGIMEN.** Los trabajadores y servidores públicos que en virtud de lo previsto en la presente Ley se trasladen por primera vez del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, deberán presentar a la respectiva entidad administradora comunicación escrita en la que conste que la selección de dicho régimen se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones.

Este mismo requisito es obligatorio para los trabajadores vinculados con los empleadores hasta el 31 de Diciembre de 1990 y que decidan trasladarse al régimen especial de cesantía previsto en la Ley 50 de 1.990, para lo cual se requerirá que adicionalmente dicha comunicación sea rendida ante notario público, o en su defecto ante la primera autoridad política del lugar.

³ **ARTÍCULO 271. SANCIONES PARA EL EMPLEADOR.** <La competencia asignada en este artículo al Ministerio de Salud, será ejercida por la Superintendencia Nacional de Salud. Ver Notas de Vigencia> El empleador, y en general cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral se hará acreedor, en cada caso y por cada afiliado, a una multa impuesta por las autoridades del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social o del Ministerio de Salud<1> en cada caso, que no podrá ser inferior a un salario mínimo mensual vigente ni exceder cincuenta veces dicho salario. El valor de estas multas se destinará al Fondo de Solidaridad Pensional o a la subcuenta de solidaridad del Fondo de Solidaridad y Garantía del Sistema General de Seguridad Social en Salud, respectivamente. **La afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador.**

El Gobierno Nacional reglamentará los mecanismos para el control del pago de cotizaciones de los trabajadores migrantes o estacionales, con contrato a término fijo o con contrato por prestación de servicios.

⁴ **Artículo 11. Diligenciamiento de la selección y vinculación.** **La selección del régimen implica la aceptación de las condiciones propias de éste, para acceder a las pensiones de vejez, invalidez y sobrevivientes, y demás prestaciones económicas a que haya lugar.**

La selección de uno cualquiera de los regímenes previstos en los artículos anteriores es libre y voluntaria por parte del afiliado. Tratándose de trabajadores con vinculación contractual, legal o reglamentaria, la selección efectuada deberá ser informada por escrito al empleador al momento de la vinculación o cuando se traslade de régimen o de administradora, con el objeto de que éste efectúe las cotizaciones a que haya lugar.

de la selección y vinculación al régimen pensional, siendo una de sus características la selección de régimen de forma libre y voluntaria por parte del afiliado.

Establecido el anterior parámetro normativo, se evidencia en el plenario que el 16 de febrero de 2015, el señor Jaime Enrique solicitó a Porvenir el formulario de afiliación a esa AFP con verificación de su autenticidad, porque él nunca había realizado tal afiliación, ese formulario reposa en el folio 12 del archivo 001, y en éste se lee que el 12 de abril de 1994 Bernal Contreras se afilió a Porvenir.

Igualmente se cuenta en el cartapacio informe de análisis grafológico (*en el folio 76 del archivo pdf 012 de la respuesta de Porvenir*) del que se advierte que el formulario identificado con el No de folio 056071, del 12 de abril de 1994, presenta la siguiente novedad;

Quienes decidan afiliarse voluntariamente al sistema, manifestarán su decisión al momento de vincularse a una determinada administradora.

Efectuada la selección el empleador deberá adelantar el proceso de vinculación con la respectiva administradora, mediante el diligenciamiento de un formulario previsto para el efecto por la Superintendencia Bancaria, que deberá contener por lo menos los siguientes datos:

- a) Lugar y fecha;
- b) Nombre o razón social y NIT del empleador;
- c) Nombre y apellidos del afiliado;
- d) Número de cédula o NIT del afiliado;
- e) Entidad administradora del régimen de pensiones a la cual desea afiliarse, la cual podrá estar preimpresa;
- f) Datos del cónyuge, compañero o compañera permanente, hijos o beneficiarios del afiliado.

El formulario deberá diligenciarse en original y dos copias, cuya distribución será la siguiente: el original para la administradora, una copia para el empleador y otra para el afiliado.

No se considerará válida la vinculación a la administradora cuando el formulario respectivo no contenga los anteriores datos, en cuyo caso la administradora deberá notificar al afiliado y a su respectivo empleador la información que deba subsanarse.

Cuando el afiliado se traslade por primera vez del régimen solidario de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, en el formulario deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones. El formulario puede contener la leyenda preimpresa en este sentido.

Quienes al 31 de marzo de 1994 se encuentren vinculados al ISS, pueden continuar en dicho instituto, sin que sea necesario el diligenciamiento del formulario o comunicación en la cual conste su vinculación. Igual tratamiento se aplicará a los servidores públicos que se encuentren afiliados a una caja, fondo o entidad del sector público mientras no se ordene su liquidación. En estos casos, no es aplicable la prohibición de traslado de régimen antes de 3 años a que se refiere el artículo 15 del presente Decreto, y en consecuencia podrán ejercer en cualquier momento la opción de traslado. (Subrayado fuera de texto)

anterior teniendo en cuenta que dicha anulación solo puede ser declarada por la autoridad judicial competente” por lo que era necesario que para proceder con la anulación si la firma fue falsificada. **Interponer denuncia penal.**

Conforme la anterior relación probatoria, lo que evidencia La Sala es que en efecto la AFP PORVENIR S.A. faltó a su deber de verificar los requisitos formales para legalizar el traslado que se hizo el día 12 de abril de 1994, con el formulario número 056071, pues así lo admitió luego de realizada una prueba grafológica para determinar la autenticidad de quien lo suscribió, por lo que procedió a efectuar los traslados de los aportes de Jaime Enrique Bernal Contreras a Colpensiones, con el registro de la novedad ante el Sistema de Información de los Afiliados a las Administradoras de los Fondos de Pensión - SIAFP.

En cuanto a Colpensiones se evidencia un actuar caprichoso, al hacer una exigencia sin sentido, pues remitir al afiliado a la especialidad penal solo tiene como fin verificar la autoría en una conducta punible, la que en nada incide en su participación como administradora, pues lo que debió haber hecho era participar en el trámite que adelantó Porvenir, y si no estaba de acuerdo con el dictamen practicarlo objetarlo conforme los presupuestos previstos en el Código General del Proceso, y no limitarse a oponerse al reconocimiento de la prestación pedida con aceptación de la devolución de los aportes que hizo la AFP.

Así las cosas, para la Sala le asiste razón a la juez de instancia, en apoyar su decisión de desconocer la firma del formulario con número de folio 056071, con apoyo en el dictamen pericial de grafología, el cual conforme las reglas de la sana crítica y el régimen probatorio vigente, resulta más que suficiente para tener certeza de que Jaime Enrique Bernal Contreras, no fue quien firmó el formulario referido, del 12 de abril de 1994, con el que se pretendió cambiarlo del RPM al RAIS, lo que conlleva la nulidad del acto jurídico de traslado y, en consecuencia, la ubicación del causante en el régimen de prima media con prestación definida, administrado por Colpensiones, lo anterior en consonancia con el art. 1746⁶ del C.C.

⁶ <EFECTOS DE LA DECLARATORIA DE NULIDAD>. La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita.

En las restituciones mutuas que hayan de hacerse los contratantes en virtud de este pronunciamiento, será cada cual responsable de la pérdida de las especies o de su deterioro, de los intereses y frutos, y del abono de las mejoras necesarias, útiles o voluptuarias, tomándose en consideración los casos fortuitos, y la posesión de buena fe o mala fe de las partes; todo ello según las reglas generales y sin perjuicio de lo dispuesto en el siguiente artículo.

Finalmente, la Sala se remite a lo dicho en diferentes decisiones de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, donde ha adoctrinado que en los casos en los que se declara la ineficacia de un traslado de régimen (*por motivos diferentes a los aquí analizados, pero que la sala acoge para resolver el asunto*), se tienen que trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros (CSJ SL 2209-2021), lo cual la hizo Porvenir. En consecuencia, esta decisión se **confirma**.

ii) **Pensión de Sobrevivientes**

Recuérdese que en tratándose de pensión de sobrevivientes, la norma aplicable es la vigente a la fecha de fallecimiento del afiliado o pensionado, que para el caso concreto, tuvo ocurrencia el **08 de agosto de 2018**, por lo que la disposición llamada a gobernar el asunto es el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 12 de la Ley 797 de 2003, los cuales rezan;

ARTÍCULO 46. REQUISITOS PARA OBTENER LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES. <Artículo modificado por el artículo 12 de la Ley 797 de 2003. El nuevo texto es el siguiente:> 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:

En cuanto a los beneficiarios de la prestación, el artículo 47 *ibídem* respecto de la cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite, señala:

ARTÍCULO 47. BENEFICIARIOS DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES. <Expresiones "compañera o compañero permanente" y "compañero o compañera permanente" en letra itálica **CONDICIONALMENTE** exequibles>

<Artículo modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003. El nuevo texto es el siguiente:> Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

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

Y respecto a los requisitos exigidos a la cónyuge o compañera permanente para acceder al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, la Sala de Casación Laboral de la Corte

Suprema de Justicia, ha indicado que, en tratándose del fallecimiento de un afiliado, a la reclamante (*aquí cónyuge*) no le es dable exigirle ningún tiempo mínimo de convivencia, tal como se dijo en la sentencia CSJ SL1730-2020, precisó:

*“... conforme al análisis hasta aquí efectuado, de lo dispuesto en el literal a) del art. 13 de la Ley 797 de 2003, **para ser considerado beneficiario de la pensión de sobrevivientes, en condición de cónyuge** o compañero o compañera permanente **supérstite del afiliado al sistema** que fallece, **no es exigible ningún tiempo mínimo de convivencia, toda vez que con la simple acreditación de la calidad exigida, cónyuge** o compañero (a), y **la conformación del núcleo familiar**, con vocación de permanencia, vigente para el momento de la muerte, **se da cumplimiento al supuesto previsto en el literal de la norma analizado**, que da lugar al reconocimiento de las prestaciones derivadas de la contingencia, esto es, la pensión de sobrevivientes, o en su caso, la indemnización sustitutiva de la misma o la devolución de saldos, de acuerdo al régimen de que se trate, y el cumplimiento de los requisitos para la causación de una u otra prestación. (Negrilla y subrayado fuera el texto original).*

Dicho lo anterior, es de precisar que en el asunto la demandante Prada Portillo, acreditó que el 27 de marzo de 1999 contrajo matrimonio con Jaime Enrique Bernal Contreras, vínculo que estuvo vigente a la fecha del deceso de Jaime Enrique, el que ocurrió el 08 de agosto de 2018, y que de esa unión nació el 14 de marzo de 2000, Laura Fernanda Bernal Prada.

En cuanto a las declaraciones en relación a ésta prestación, de lo dicho por la demandante en su interrogatorio de parte, se tiene que ella estuvo con él causante conviviendo desde la fecha en que contrajeron matrimonio hasta el fallecimiento, él estuvo enfermo sus últimos 4 años de vida, le dio cáncer de estómago, y siempre vivieron los 3 como familia.

La testigo Sandra Salcedo (*compañera de trabajo y amiga de la demandante*), afirmó que conoció a la pareja mucho antes del matrimonio, ellos se casaron en el año de 1999, de esa unión hay niña – *Laura Fernanda*, compartieron en muchas actividades sociales, ella (*demandante*) estuvo con él hasta el día de su muerte, que fue en agosto de 2018. Cuando Jaime ya estuvo muy grave Camila salía corriendo del Banco a atenderlo a él, ella siempre vivió con él. Ellos nunca se separaron. El causante era de profesión abogado, él tuvo dos hijas antes, una ya tiene 40 años y la otra, 32 años de edad.

Y la testigo luz Helena (*Jefe del trabajo y amiga de la demandante*), afirma que conoció a la pareja, quienes se casaron en el año 1999, siempre compartieron eventos familiares y sociales. Siempre acompañaron a Camila y a Jaime en todo. Ellos eran una pareja muy unida, todo el tiempo estuvieron juntos, nunca se separaron. Jaime tuvo antes del matrimonio dos hijas una de 30 años y otra de 40 años de edad, y con Camila tuvo a Laurita, el causante se desempeñó como abogado. Los esposos nunca se separaron hasta el día de la muerte de Jaime. Jaime desde que se casó con Camila ellos estuvieron juntos hasta la fecha del deceso.

De las pruebas allegadas, decretadas y practicadas, se concluye que el causante y la demandante hicieron vida marital desde la época del matrimonio (27 de marzo de 1999) hasta el deceso de Jaime Enrique (08 de agosto de 2018) y que de esa unión procrearon a Laura Fernanda, además de la totalidad de los testimonios recepcionados, se cuenta con la suficiente claridad respecto a la realidad en que se desarrolló la unión de la pareja y que se ratifica con lo manifestado por la activa en la demanda, por lo que se concluye que la misma es merecedora del derecho reclamado.

En consecuencia, como la demandante, en calidad de cónyuge supérstite del causante Jaime Enrique Bernal Contreras, acreditó el cumplimiento de los requisitos exigidos por el artículo 47 de la Ley 100/93 modificada por la Ley 797/03, se convierte en la beneficiaria de la pensión de sobrevivientes, en un 100%, la que se le deberá pagar a partir del 09 de agosto de 2018, y en 13 mesadas al año, como quiere en el asunto no hubo más reclamantes, y si bien se advirtió la existencia de una hija (Laura Fernanda, mayor de edad y quien adelantaba estudios universitarios) lo cierto es que ella ya contaba con las facultades para comparecer al proceso y no lo hizo.

De la liquidación de la prestación

Para calcular la cuantía de la pensión, La Sala se remite al art. 48 de la Ley 100/93; que dispone;

ARTÍCULO 48. MONTO DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES. *El monto mensual de la pensión de sobrevivientes por muerte del pensionado será igual al 100% de la pensión que aquel disfrutaba.*

El monto mensual de la Pensión total de sobrevivientes por muerte del afiliado será igual al 45% del ingreso base de liquidación más 2% de dicho ingreso por cada cincuenta (50) semanas adicionales de cotización a las primeras quinientas (500) semanas de cotización, sin que exceda el 75% del ingreso base de liquidación.

En ningún caso el monto de la pensión podrá ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente, conforme a lo establecido en el artículo 35 de la presente Ley.

No obstante lo previsto en este artículo, los afiliados podrán optar por una pensión de sobrevivientes equivalente al régimen de pensión de sobrevivientes del ISS, vigente con anterioridad a la fecha de vigencia de la presente Ley equivalente al 65% del ingreso base de liquidación, siempre que se cumplan las mismas condiciones establecidas por dicho instituto.

Dicho esto, se tiene que la juez al liquidar la prestación acertó al remitirse a los artículos 21 y 48 de la Ley 100/93, y efectuar las operaciones del caso con los salarios de los últimos 10

años, al resultarle más favorable a la demandante, igualmente se observa que la tasa de remplazo se ajusta al máximo que permite el art. 48 de la Ley 100/93 (75%), para obtener la primera mesada, en ese orden, La Sala confirma igualmente la condena por las sumas establecidas por el A quo, y el retroactivo que se causa desde el día 09 de agosto de 2018.

Respecto a la procedencia de los **intereses moratorios** previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, es de indicar que los mismos proceden, ante la conducta negligente de Colpensiones en el manejo de la historia laboral del causante y el derecho a la pensión reclamado por la demandante, pues en efecto de su conducta no se avizora ningún apego a la Ley, y si un actuar desentendido y caprichoso. En consecuencia, estos intereses los debe pagar Colpensiones a partir del 01 de abril de 2019, momento en que se cumplieron los dos meses para resolver la petición de la pensión.

Finalmente, en lo que respecta a la **excepción de prescripción**, se concluye que ninguna mesada está afectada por este fenómeno, pues en efecto le asiste razón a la juez, al tener en cuenta que la fecha del deceso fue el 08 de agosto de 2018, la actora reclamó la pensión el 30 de enero de 2019, e interpuso la demanda ordinaria el 08 de mayo de 2019, actuaciones todas que están inmersas en los límites establecidos en los artículos 488 del CST y 151 del CPTSS, por tanto las mesadas a reconocer a la demandante no están afectadas por este fenómeno.

Suficientes resultan los anteriores argumentos para **confirmar** la sentencia consultada.

COSTAS

Las de primera se confirman. Sin costas en la alzada por tratarse del grado jurisdiccional de consulta.

DECISIÓN

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

RESUELVE

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

SEGUNDO. – COSTAS. Las de primera se confirman. Sin costas en la alzada.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



RODRIGO AVALOS OSPINA

Magistrado



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA

Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Magistrado



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

Magistrado Ponente: **RODRIGO ÁVALOS OSPINA.**

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR NUBIA OYUELA ROJAS
 contra SERVICIOS POSTALES NACIONALES. Radicación No. 11001-31-05-037-**2019-**
00708-01.

Bogotá D.C., treinta (30) de abril dos mil veinticuatro (2024), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

La demandante NUBIA OYUELA ROJAS, por intermedio de apoderado judicial, instauró demanda ordinaria laboral en contra de la demandada antes referida para que se declare la existencia de un contrato de trabajo que inició el 4 de octubre de 2012 y finalizó el 15 de febrero de 2019; y que se declare la ineficacia de la terminación. Como consecuencia de lo anterior, pretende, de forma principal, que se condene a la demandada a reintegrarla al cargo de vicepresidente de operaciones, a uno igual o de superior jerarquía; el valor de los salarios dejados de percibir desde la fecha de desvinculación y aquella en que se produzca efectivamente el reintegro; las cotizaciones al sistema general de pensiones por el periodo en que estuvo desvinculada; las vacaciones; las costas y agencias en derecho.

De forma subsidiaria, solicita que se declare que el contrato de trabajo terminó por decisión unilateral y sin justa causa del empleador. Como consecuencia de ello, que se condene a la demandada al pago de la indemnización por despido sin justa causa contemplada en el artículo 64 del CST; el pago de 50 SMLMV por concepto de indemnización por perjuicios morales; la indexación de las condenas; lo que se pruebe *ultra y extra petita*; y las costas y agencias en derecho.

En respaldo de sus pretensiones manifiesta que el 4 de octubre de 2012 suscribió un contrato de trabajo a término indefinido con la demandada; que durante la ejecución de ese contrato ocupó diferentes cargos en calidad de titular de los mismos o en virtud de encargos asignados

por la empresa; afirma que el último cargo que desempeñó fue el de vicepresidente de operaciones desde el 20 de noviembre de 2018 y hasta la finalización de la relación laboral, devengando como salario la suma de \$20.307.033 en la modalidad de salario integral.

Refiere que el 15 de febrero de 2019, la demandada le informó por escrito su decisión de dar por terminado el contrato de trabajo con justa causa, decisión que, según lo indicado en la carta de despido, obedeció a la comisión de faltas graves frente a las obligaciones consagradas tanto en el contrato de trabajo, como en el Reglamento Interno de Trabajo – RIT. Indica que el parágrafo 1 del artículo 49 del RIT de la demandada señala que la comisión de cualquier falta calificada como grave, dará lugar a la terminación del contrato con justa causa por parte del empleador siguiendo el procedimiento establecido; que, su vez, el artículo 50 *ibidem* señala que antes de aplicarse una sanción disciplinaria, el empleador deberá oír al trabajador inculpado directamente; y el artículo 51 *ejusdem* establece que no producirá efecto alguno la dación disciplinaria impuesta con violación del trámite señalado.

Teniendo en consideración las anteriores convenciones, señala que la demandada terminó de forma unilateral el contrato de trabajo sin haber observado previamente el procedimiento señalado en el RIT para tal fin. Por otro lado, refiere que en la carta de despido se afirma que en un comité de conciliación que se realizó el 13 de febrero de 2019, se había podido establecer que desde el 31 de mayo de 2017 se encontraban vencidos los contratos de arrendamiento a través de los cuales se encontraban funcionando los “Sr. Pack” (entendido como los casilleros de Servicios Postales) de la compañía en 4 puntos de la ciudad de Bogotá; y que allí también se indicó que la vigencia de dichos contratos debía ser verificada por la vicepresidente de soporte corporativo, situación que no fue advertida por la trabajadora.

Explica que, el empleador le indicó que tampoco tomó las medidas directas y necesarias a las que estaba obligada para solucionar la situación irregular presentada, lo que ocasionó mora en el pago de los cánones, así como un arrendamiento irregular de los mismos. Que la demandada asegura que, ante las omisiones mencionadas, el 28 de diciembre de 2018 se vio en la necesidad de suscribir acuerdos de transacción con los representantes legales del Grupo Éxito y Parking International S.A. para conjurar la situación presentada, debiendo pagar una suma de \$82.367.778 al primero y \$68.852.091 al segundo, sumas que representaron daños y perjuicios para la compañía.

Afirma que para el 31 de mayo de 2017, fecha en la cual presuntamente se vencieron los contratos de arrendamiento, no desempeñaba el cargo de vicepresidente de soporte corporativo, pues se encontraba ejerciendo el cargo de vicepresidente de operaciones por encargo desde el 1 de mayo de 2017 y hasta el 11 de febrero de 2018; que posteriormente asumió el cargo de vicepresidente de soporte corporativo entre el 12 de febrero de 2018 y el 13 de agosto de 2018; luego, del 14 de agosto de 2018 al 12 de septiembre de 2018 se desempeñó en encargo como directora nacional de gestión humana y retomó el cargo de

vicepresidente de soporte corporativo desde el 13 de septiembre de 2018 hasta el 19 de noviembre del mismo año; que entre el 31 de mayo de 2017 y el 11 de febrero de 2018 quienes se desempeñaron como vicepresidentes de soporte corporativo fueron los señores Gabriel Jaime Gómez y Jorge Eliecer Barbosa.

Precisa que la demandada tenía pleno conocimiento del vencimiento de los contratos de arrendamiento a través de los cuales funcionaban los “Sr. Pack” por lo menos desde el 5 de mayo de 2017; así se indicó en el contrato de transacción que se suscribió con Parking International S.A.S. en el que se declaró que, desde esa fecha, Servicios Postales ha realizado todas las gestiones necesarias para suscribir un nuevo contrato de arrendamiento para el servicio de los lockers Sr. Pack y que a pesar de los esfuerzos realizados, se presentaron contratiempos de tipo administrativo que impidieron la solución de esa situación.

Por último, refiere que no hubo inmediatez entre la fecha en que sucedieron los hechos que se imputan a la trabajadora y la notificación de la decisión de despido de la trabajadora; que además se trató de conductas que no cometió; que lo indicado por el empleador no era motivo para dar por terminado el contrato de trabajo con justa causa, situación que la causó una aflicción moral profunda que no ha sido resarcida por la demandada.

Actuación procesal

El Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá admitió la demanda con auto del 18 de noviembre de 2019, y ordenó la notificación de la demandada. Cumplido lo anterior, SERVICIOS POSTALES NACIONALES contestó la demanda en los términos del archivo “07Memorial”.

Sentencia de primera instancia

El juzgado de conocimiento en sentencia proferida el 28 de marzo de 2022 declaró que entre las partes existieron 3 contratos de trabajo discriminados así: i) entre el 4 de octubre de 2012 y el 28 de febrero de 2017, ii) entre el 1 de marzo de 2017 y el 24 de enero de 2018, y iii) entre el 25 de enero de 2018 y el 15 de enero de 2019; declaró ineficaz la terminación del contrato de trabajo de la demandante y condenó a la demandada a reintegrarla al mismo cargo que ocupaba al momento de ser despedida, o a otro de igual o de superior jerarquía, junto con el reconocimiento de salarios en la modalidad pactada, las prestaciones sociales que sean compatibles con el reintegro, sin que haya lugar a las vacaciones pues estas exigen la prestación personal del servicio; declaró no probadas las excepciones propuestas por la demandada y la condenó en costas a la suma de 1 SMLMV.

En lo que interesa a la resolución del recurso el a quo discurrió en los siguientes puntos: con relación a la existencia de un contrato de trabajo, indicó que, si bien las partes no discutían

los extremos temporales durante los cuales la trabajadora prestó sus servicios en favor de SERVICIOS POSTALES NACIONALES, no era posible establecer la existencia de un único contrato de trabajo de la forma en que solicita en la demanda, como quiera que las pruebas aportadas al expediente dan cuenta de la celebración de tres contratos diferentes, en los cuales se establecieron objetos, funciones y cargos distintos; circunstancia que lo llevó a declarar la existencia de 3 contratos de trabajo por los siguientes periodos: i) del 4 de octubre de 2012 al 28 de febrero de 2017; ii) del 1 de marzo de 2017 al 24 de enero de 2018 y; iii) del 25 de enero de 2018 al 15 de febrero de 2019.

Con relación al despido, explicó que esta facultad otorgada al empleador, no siempre exige agotar un procedimiento previamente establecido, esto solamente ocurre en el evento en que las partes así lo hayan estipulado; bajo ese entendido, y luego de referirse a las disposiciones del RIT, indicó que si bien las partes no clasificaron de forma expresa al despido dentro de la escala de faltas y sanciones disciplinarias, al revisar el parágrafo del artículo 49 de esta norma convencional se advierte que allí pactaron que la comisión de alguna de las faltas calificadas como graves daría lugar al despido con justa causa *“siguiendo el procedimiento establecido”*.

De la literalidad de esta última parte, el a quo consideró que las partes equipararon la decisión de despido a una sanción disciplinaria y por ello, condicionaron el despido a seguir el procedimiento establecido, por lo que, a su juicio, era necesario que el empleador adelantara el procedimiento regulado en el artículo 50 del RIT que exigía oír a la trabajadora de forma directa y en caso de ser sindicalizada acudir con 2 representantes de la Organización Sindical por los hechos indicados en la carta de despido. Como lo anterior no se realizó declaró ineficaz el despido por violación al debido proceso que debía serle garantizado a la trabajadora.

Teniendo en cuenta estas consideraciones, el a quo ordenó el reintegro de la trabajadora al cargo ocupado al momento del despido, o a otro de igual o superior jerarquía con el pago de las prestaciones sociales compatibles con la modalidad de salario pactada, esto es integral, sin incluir el pago de vacaciones como quiera que para causar las mismas era necesaria la prestación personal del servicio, hecho que no ocurrió.

Recurso de Apelación

El apoderado del **demandante** presentó recurso de apelación en el que manifiesta su inconformidad frente a la sentencia de primera instancia en tres aspectos puntuales; 1) El primero, relacionado con la decisión del a quo al declarar la existencia de 3 contratos de trabajo diferentes, pues, a su juicio, se debió declarar la existencia de un único contrato en virtud del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades consagrado en el artículo 53 de la CP. De esta forma, asegura que si bien se suscribieron 3 documentos, la

prestación del servicio fue una sola, y aunque hubo un cambio de cargos, esta sola circunstancia no conlleva a la existencia de diferentes contratos.

2) En segundo lugar, señaló que el juez debió condenar también al pago de las vacaciones como quiera que la absolución por este concepto es una infracción a lo dispuesto en el artículo 140 del Código Sustantivo del Trabajo. Explica que la trabajadora no prestó el servicio precisamente por una causa imputable al empleador, de manera que no puede premiarse a la empresa por haber retirado a la trabajadora del servicio, ya que se estaría beneficiando de su propia culpa. En esos términos, considera que es procedente el pago de las vacaciones en favor de la demandante por el periodo en que estuvo desvinculada.

3) Por último, solicita que las condenas impuestas sean indexadas, pues solo así se puede contrarrestar la pérdida de valor adquisitivo de la moneda; además puntualizó que en los casos en los que se ordena el reintegro, también es procedente la indexación.

La apoderada de la **demandada** presentó recurso de apelación en el que indica que entre las partes se celebró un contrato de trabajo para desarrollar funciones propias del vicepresidente corporativo, y con ocasión del incumplimiento específico a las funciones de seguimiento a la ejecución de los contratos con los proveedores, la identificación de riesgos del proceso-área para establecer control y mitigar la materialización y realización de las pruebas, la admisión y control de los recursos de la entidad, la supervisión y firma de la celebración de contratos y documentos, y de brindar información al jefe directo sobre las actividades que se determinen como un incumplimiento de bienes o en la materialización de un daño para la entidad, se adoptó la decisión de dar por terminado el contrato de trabajo con justa causa.

Afirma en su recurso, que con ocasión de los incumplimientos de la trabajadora, la entidad debió suscribir acuerdos transaccionales por la suma de \$151.219.869 con el fin de evitar los posibles daños económicos y procesos judiciales en su contra; por lo que, más allá del trámite interno dado por la entidad, el incumplimiento contractual de la demandante se ajustó a las causas contempladas en el numeral 6 del artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo; por lo que al tratarse de un despido con justa causa, no era necesario adelantar un trámite específico. Solicita entonces que se analicen las razones por las cuales la empresa dio por terminado el contrato de trabajo de la actora.

Alegatos ante este Tribunal (Ley 2213 de 2022).

Con auto del 27 de marzo de 2023 se admitió el recurso de apelación y se corrió el traslado a las partes para que presentaran los alegatos de conclusión; concurrieron ambas partes.

CONSIDERACIONES

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

Así las cosas, se tiene que los problemas jurídicos por resolver son: i) determinar si entre las partes existió un único contrato de trabajo como lo solicita el apoderado de la demandante, o si, por el contrario, se configuraron tres contratos diferentes como lo estableció el a quo; ii) dilucidar si el empleador se encontraba obligado a adelantar algún procedimiento específico previo al despido de la demandante; y en caso de ser así, iii) analizar si se cumplió con el mismo garantizando los derechos al debido proceso, contradicción y defensa de la trabajadora; de llegar a mantenerse la decisión del juez, iv) establecer si quedó demostrada la justa causa invocada por el demandado para terminar el contrato de trabajo de la actora; v) si hay lugar a condenar por concepto de vacaciones y; vi) si se deben indexar las condenas impuestas.

De los extremos del contrato de trabajo

Planteada de esta forma la controversia, se empieza entonces por resolver lo atinente a la existencia de un único contrato de trabajo entre las partes, tema al que se circunscribe el apoderado de la demandante. Dicho esto, para la Sala no existe error en lo determinado por el a quo, como quiera que al revisar las pruebas aportadas al expediente, específicamente los contratos de trabajo suscritos entre las partes, se advierte que, en efecto, se suscribieron tres contratos diferentes, con funciones, cargos y salarios distintos, por lo que no es posible determinar que siempre se trató de la misma relación laboral, ya que si bien la prestación del servicio fue solo una, las causas que dieron origen a cada uno de los contratos son diferentes.

De esta manera, mientras que en el contrato celebrado el 4 de octubre de 2012, la demandante fue contratada para desempeñar el cargo de gerente regional sur, en el contrato celebrado el 1 de marzo de 2017 fue contratada para desempeñar el cargo de vicepresidente de servicio al cliente, y en el contrato de fecha 25 de enero de 2018 fue contratada para desempeñar el cargo de vicepresidente de soporte corporativo, lo que permite inferir que no existió la unidad contractual solicitada.

A esta misma conclusión llegó la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en un caso en el que un trabajador desempeñó diferentes cargos; específicamente en la sentencia SL 139 con radicado No.85834 del 30 de enero de 2023 la Corte refirió “..entre una vinculación y otra variaban los cargos y las funciones asignadas, pues el recurrente, por lo menos entre 1995 y 2011, fue contratado para ejercer como catedrático, jefe de área, coordinador de

área, asesor del consultorio jurídico, director seccional y decano, lo que daba pábulos a inferir, que era posible que no existiera unidad contractual”.

Por lo anterior, la Sala no encuentra motivo para modificar la decisión adoptada por el a quo frente a este tema.

Del procedimiento previo al despido

Pasa la Sala a resolver el segundo problema jurídico, vale decir el relacionado con determinar si el empleador debió agotar algún procedimiento previo al despido, garantizando los derechos al debido proceso, contradicción y defensa de la trabajadora. Para tal efecto, es relevante considerar lo dispuesto en el artículo 115 del CST en virtud del cual se ha entendido que antes de aplicarse una sanción disciplinaria el empleador debe dar la oportunidad de *“ser oídos tanto al trabajador inculcado como a dos representantes del sindicato a que este pertenezca”*, y que no producirá efecto alguno la sanción disciplinaria que se imponga pretermitiendo ese trámite.

Dicho artículo fue declarado exequible por la Corte Constitucional en sentencia C-593 de 2014, aclarando que la interpretación acorde con los postulados constitucionales, *“es aquella que impone al empleador que, en forma previa a la imposición de cualquier sanción contenida en el Reglamento del Trabajo, debe garantizarse el respeto de las garantías propias del debido proceso”*, y señaló que los reglamentos internos de trabajo deben contener unos parámetros mínimos que garanticen los derechos al debido proceso y a la defensa de los trabajadores, permitiéndoles *“conocer tanto las conductas que dan origen al castigo como su sanción, así como el procedimiento que se adelantará para la determinación de la responsabilidad”*; a su vez, dicha facultad sancionatoria del empleador *“debe ser ejercida en forma razonable y proporcional a la falta que se comete y, estar plenamente probados los hechos que se imputan”*.

En atención a los reparos mencionados por la apoderada de la demandada, debe igualmente precisarse que, de antaño, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha sido enfática en señalar que, por regla general, el despido o la terminación unilateral del contrato de trabajo con justa causa no tiene la naturaleza de una sanción disciplinaria, salvo que en el ordenamiento interno de la empresa se le haya dado expresamente ese carácter; de suerte que *“para efectos de terminar de forma unilateral un contrato de trabajo, cuando se invoca una justa causa no se requiere agotar un determinado procedimiento previo a menos que el empleado así lo tenga estipulado, ya sea en una convención colectiva de trabajo, pacto, acuerdo, laudo o reglamento sin que a tal figura resulte posible extenderla a las preceptivas que regulan las sanciones disciplinarias”* en tanto comportan situaciones que no son equiparables (CSJ SL 4600 de 2018).

Por su parte, la Corte Constitucional, en sentencia de unificación SU-449 de 2020 resaltó, con fundamento en la dignidad humana y en la eficacia horizontal de los derechos fundamentales de los trabajadores, que la terminación unilateral del contrato laboral debe garantizar, de manera previa al despido, el derecho del trabajador a ser oído, para proteger sus derechos a la honra y al buen nombre. Esto quiere decir que el empleador debe garantizar tal derecho, sin que tal circunstancia implique adelantar algún procedimiento específico. Se trata entonces del derecho a la defensa, entendido como la oportunidad reconocida a toda persona, en cualquier proceso o actuación judicial o administrativa, de ser oída, de hacer valer las propias razones y argumentos, de controvertir, contradecir y objetar las pruebas allegadas en su contra, así como de solicitar la práctica y evaluación de las que se estiman favorables.

En igual sentido, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL 2351 de 2020 precisó que *“el derecho del trabajador a ser oído consiste en que él pueda dar su propia versión de los hechos que van a ser invocados por el empleador como justa causa. La oportunidad para el trabajador de dar su versión de lo sucedido en su caso, como una garantía al “derecho de defensa” y con el fin de propiciar un diálogo entre empleador y trabajador previo a la decisión de despedir, se concreta dependiendo de las circunstancias fácticas que configuran la causal”*; allí también se indicó que la garantía del derecho de defensa no se cumple únicamente con la citación del trabajador a descargos, sino que puede presentarse cuando el trabajador *“de cualquier forma, tiene la oportunidad de hacer la exposición de su caso al empleador con el fin de asegurar que la decisión de terminación del contrato vaya precedida de un diálogo”*.

Esto quiere decir que el empleador tiene límites al momento de tomar la decisión del despido con justa causa, pues de todas formas debe garantizar el derecho de defensa cuando hace uso de esta facultad; lo que la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia antes mencionada, resumió en garantías como *“a) La necesaria comunicación al trabajador de los motivos y razones concretos por los cuales se va a dar por terminado el contrato (...)”, “b) La inmediatez que consiste en que el empleador debe tomar la decisión de terminar el contrato de forma inmediata, después de ocurridos los hechos que motivan su decisión o de que tiene conocimiento de estos”, “c) Se configure alguna de las causales expresa y taxativamente enunciadas en el Código Sustantivo de Trabajo”, “d) Si es del caso, agotar el procedimiento a seguir para el despido establecido en la convención colectiva, o en el reglamento interno de trabajo, o en el contrato individual de trabajo, para garantizar el debido proceso”, y “e) La oportunidad del trabajador de rendir descargos o dar la versión de su caso, de manera previa al despido”*.

De lo que viene de decirse, es claro para la Sala que, en primer lugar, el despido no es una sanción disciplinaria; luego, si bien es cierto que para la imposición de estas últimas el empleador se encuentra obligado a oír al trabajador y seguir un debido proceso disciplinario,

no ocurre lo mismo cuando decida terminar un contrato de trabajo con base en una justa causa, al no corresponder a una decisión de carácter disciplinario, salvo que así se haya estipulado en el reglamento interno de trabajo o en cualquier otra norma particular, pero sí tiene que oír al trabajador.

En el presente asunto, la parte actora señala a lo largo de la demanda que su despido es ineficaz porque el empleador no adelantó el correspondiente trámite para adoptar tal determinación de acuerdo con lo dispuesto en el parágrafo del artículo 49 del RIT, en concordancia con los artículos 50 y 51 de la misma norma.

Pues bien, al revisar el RIT, específicamente el artículo 50 de este documento indica lo siguiente: *“Antes de aplicarse una sanción disciplinaria, el empleador deberá oír al trabajador inculpado directamente y si éste es sindicalizado deberá estar asistido por dos representantes de la organización sindical a que pertenezca. En todo caso se dejara constancia escrita de los hechos y de la decisión de la empresa de imponer o no, la sanción definitiva”*; así mismo, el artículo 51 ibidem refiere que *“No producirá efecto alguno la sanción disciplinaria impuesta con violación del trámite señalado en el anterior Artículo”*.

El análisis de estos artículos, conlleva a concluir que, contrario a lo indicado por el a quo, el procedimiento allí establecido se encuentra previsto para dar aplicación a las sanciones disciplinarias, sin que allí se haya indicado que el despido con justa causa sea una de estas, por consiguiente no es dable equiparar el trámite de una sanción al de un despido, ya que, como lo indicó la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, se trata de dos situaciones diferentes (SL 4600 de 2018).

En el mismo sentido, al revisar el parágrafo del artículo 49 del RIT, se tiene que allí las partes indicaron que *“La comisión de cualquiera de las faltas calificadas como graves dará lugar a la terminación del contrato con justa causa por parte del empleador, siguiendo el procedimiento establecido”*. Esta disposición, más que acreditar el hecho que las partes elevaron a la categoría de sanción disciplinaria el despido con justa causa, ratifica la posición de la Corte Suprema de Justicia, en cuanto a que previo al despido con justa causa, el empleador deberá adelantar el procedimiento que se haya establecido para tal fin, pero si no se estableció uno, no se debe adelantar procedimiento alguno.

Y es que no se puede llegar a otra conclusión, pues esta norma, no indica de forma expresa que el despido es una sanción disciplinaria, por tanto no es dable inferir que el empleador pretendió remitirse al procedimiento previsto para la aplicación de sanciones disciplinarias para poder despedir con justa causa al trabajador. Siguiendo entonces los postulados jurisprudenciales antes señalados, el procedimiento establecido en el artículo 50 del mismo cuerpo normativo no debe ser aplicado a tal determinación del empleador.

Por lo anterior, la Sala encuentra que la conclusión adoptada por el a quo frente a la obligatoriedad de adelantar un procedimiento específico de forma previa al despido, resulta equivocada, pues en el presente asunto no se advierte la existencia de un acuerdo convencional o de otra índole, en el que el demandado se hubiera obligado a realizar un trámite previo para el despido con justa causa, adicional a escuchar sus explicaciones, pues no se puede llegar a tal conclusión de lo dispuesto en el parágrafo del artículo 49 del RIT, ya que su redacción no permite establecer, mas allá de toda duda razonable, que el despido se haya catalogado como una sanción disciplinaria. De allí que no pueda hablarse de la vulneración al debido proceso, pues no se acreditó dentro del trámite, la existencia de uno.

Aclarada esta situación, y pese al error en que incurrió el a quo, la Sala advierte que no se llegaría a una decisión distinta a la adoptada en primera instancia, pues de acuerdo con los presupuestos jurisprudenciales señalados atrás, el empleador debió otorgarle a la trabajadora la oportunidad de ser oída, esto es, de presentar sus explicaciones y argumentos e incluso de controvertir y contradecir las pruebas en su contra, circunstancia que no ocurrió, pues no se aportó prueba al expediente en tal sentido.

Al revisar la carta de terminación del contrato de trabajo, se advierte que la decisión del empleador se fundó en la causal consagrada en el numeral 6° del literal a) del citado artículo 62 del CST; por tanto, a juicio de la Sala, y pese a que el empleador no estaba obligado a seguir un proceso específico para adoptar esa determinación, sí debía garantizar el derecho de defensa de la trabajadora previo a la terminación del contrato de trabajo, por lo menos frente a las causales invocadas en la carta de despido relacionadas con la falta de verificación en la fecha de terminación de los contratos de arrendamiento suscrito con Cáceres y Ferro Finca Raíz S.A. a través de los cuales se encontraban funcionando los Sr. Pack de la empresa en los almacenes Éxito y en Parking International S.A.S. . Salitre Plaza. Sin embargo, como esta oportunidad no le fue garantizada a la demandante, deviene imperativo declarar la ineficacia del despido por violación al derecho de defensa.

El anterior resultado hace innecesario el estudio de la justa causa, porque aún en el evento que se demostrara su ocurrencia, no sería posible exonerar al empleador del reintegro ordenado en primera instancia, dado que el incumplimiento de la pauta relacionada con oír al trabajador previo a su despido, lo convierte a este en ilegal.

En todo caso, y aunque en gracia de discusión se procediera al estudio de las causales invocadas por el empleador para dar por terminado el contrato de trabajo, la Sala encuentra que, tal y como lo afirmó la demandante en la demanda, el empleador no adoptó la decisión de dar por terminado el contrato de trabajo de forma inmediata a la ocurrencia de los hechos. De acuerdo a lo indicado en la misma carta de despido, los contratos de arrendamiento que la demandante presuntamente no reportó como vencidos, se encontraban en ese estado desde el 31 de mayo de 2017, hecho que era conocido por el empleador, pues así se desprende de

las diferentes cadenas de correos electrónicos aportados con la demanda en donde se evidencia que al interior de la compañía se tenía conocimiento de tal circunstancia y se estaban adelantando las gestiones necesarias para solucionarla.

De esta forma, nótese que, por ejemplo, en el correo electrónico del 23 de agosto de 2017 con asunto *“Estado de cartera con Almacenes Éxito S.A. – Cáceres y Ferro Finca Raíz S.A. – S.O.S. URGENTE”* que fue intercambiado entre varias personas de la compañía se indicó lo siguiente: *“como se ha venido indicando desde el mes de mayo, la entidad ha solicitado en varias ocasiones como lo evidencian los correos enviados por Johan Escamilla, respuesta a continuar ocupando los espacios en mención, pero bajo un contrato directo con 4-72, aclarando siempre que no es posible pagar cánones de arrendamiento de meses vencidos, pues solamente se podrán asumir los costos desde el perfeccionamiento de un nuevo contrato el cual queda amparado con una partida presupuestal que no permite pagos retroactivos”*.

El anterior correo evidencia que la demandada tenía conocimiento de la situación que se estaba presentando con los contratos de arrendamiento desde el mes de mayo de 2017, y así se desprende también de los demás correos que se aportaron y que no fueron desconocidos ni tachados de falso por la demandada. A pesar de lo anterior, el empleador tomó la determinación de despedir a la trabajador hasta el 15 de febrero de 2019, esto es casi 2 años después de haber tenido conocimiento de los hechos que motivaron su decisión, con lo que debe entenderse que convalidó la presunta falta cometida.

Cabe aclarar que, si bien en la carta de despido se hace referencia a un comité de fecha 13 de febrero de 2019, en el que presuntamente se habría establecido y constatado el vencimiento de los contrato de arrendamiento ya mencionados, lo cierto es que, tal y como lo indicó el a quo, no se aportó prueba del acta de dicha reunión del comité, y en todo caso, las demás pruebas del proceso acreditan el conocimiento del empleador desde el mes de mayo de 2017.

Sobre este punto, de conformidad con lo dispuesto en la sentencia SL2351 del 8 de julio de 2020 con radicado No.53676, la Corte recordó que uno de los pilares de la garantía del derecho de defensa es: *“La inmediatez que consiste en que el empleador debe tomar la decisión de terminar el contrato de forma inmediata, después de ocurridos los hechos que motivan su decisión o de que tiene conocimiento de estos. De lo contrario, se entenderá que fueron exculpados, y no los podrá alegar judicialmente”*.

Las anteriores consideraciones resultan suficientes para confirmar la decisión del a quo también en este aspecto, pero por las razones expuestas en esta sentencia.

De las vacaciones

En lo que tiene que ver con la compensación en dinero de las vacaciones solicitadas en la demanda, debe señalarse que la Sala comparte la postura del a quo, como quiera que, si bien es cierto que al haberse ordenado el reintegro en primera instancia, y no haber sido esta consecuencia materia de apelación, los efectos jurídicos que se derivan de un reintegro laboral ordenado por vía judicial conllevan la no solución de continuidad del vínculo contractual, que implica entender que la relación laboral no finaliza ni se interrumpe, que el trabajador efectivamente prestó sus servicios con todas sus consecuencias y, además, en las mismas condiciones en las que se encontraba antes del despido ineficaz; no obstante, tratándose de las vacaciones es necesaria la prestación personal del servicio porque la naturaleza de las mismas consiste en un descanso remunerado por desplegar la fuerza de trabajo.

Lo anterior quiere decir que, ante la ausencia de prestación del servicio, no se causan las vacaciones; así lo explicó la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 3278 del 21 de septiembre de 2022 con radicado No.83386 en la que enseñó: *“Además de las prestaciones sociales y salarios, reclaman que como consecuencia del reintegro se ordene el pago de las vacaciones, y aportes al sistema de riesgos laborales, peticiones a las que no se accederá...debido a que durante el tiempo que estuvieron vacantes al no haber efectiva prestación del servicio, no podría considerarse que hubo un desgaste físico que conlleve al pago de las vacaciones, tampoco un riesgo laboral que genere el pago de aportes al sistema de riesgos laborales”*. Por lo anterior, no se modificará la decisión del a quo en este aspecto.

De la indexación

Por último, con relación a la indexación de las sumas condenadas, debe señalarse que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha indicado que incluso en los eventos en los que se ordena el reintegro de un trabajador, se debe condenar al pago de la indexación de las sumas adeudadas con el fin de que la parte demandante no sufra las consecuencias de la pérdida del valor adquisitivo de la moneda (SL642 de 2024 y SL2582 de 2023); motivo por el cual se modificará la decisión de primera instancia en este punto para en su lugar condenar al pago indexado de las condenas impuestas.

Así quedan resueltos los recursos de apelación interpuestos.

COSTAS

Costas en esta instancia a cargo de la parte demandada como quiera que su recurso no prosperó. Se fijan como agencias en derecho la suma de \$1.300.000.

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR PARCIALMENTE la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá el 28 de marzo de 2022 dentro del proceso promovido por NUBIA OYUELA ROJAS contra SERVICIOS POSTALES NACIONALES en cuanto absolvió a la demandada del pago de la indexación de las sumas condenadas, y en su lugar condenarla por este concepto de conformidad con lo dispuesto en la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada, pero por razones diferentes.

TERCERO: Costas en esta instancia a cargo de la demandada porque el recurso no prosperó, se fijan como agencias en derecho la suma de \$1.300.000.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



RODRIGO AVALOS OSPINA

Magistrado



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA

Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Magistrado



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

Magistrado Ponente: **RODRIGO ÁVALOS OSPINA.**

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR LUCIA ZAMBRANO PINZÓN contra POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS Y ARL PROTECCIÓN-PENSIONES Y CESANTÍAS. EN CALIDAD DE AD EXCLUDENDUM LUZ YANIRA GALVIS RIAÑO y DIEGO ALEXANDER GUIO ZAMBRANO. Radicación No. 11001-31-05-010-**2016-00705-02.**

Bogotá D.C., treinta (30) de abril dos mil veinticuatro (2024), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

La demandante LUCIA ZAMBRANO PINZÓN, por intermedio de apoderado judicial, instauró demanda ordinaria laboral contra POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS Y ARL PROTECCIÓN-PENSIONES Y CESANTÍAS, para que se hagan las siguientes declaraciones y condenas;

- Se reconozca que la demandante en calidad de cónyuge supérstite, es la única beneficiaria de la pensión de sobrevivientes.
- Se condene a Positiva Compañía de Seguros que pague el 50% de la prestación a partir del 24 de octubre de 2014.
- Que la AFP PROTECCIÓN devuelva los aportes de Camilo Guio Fonseca (q.e.p.d.), en el porcentaje que le corresponde.
- Intereses de mora a cargo de Positiva Compañía de Seguros, en consonancia con los art. 141 de la Ley 100/93 y art. 177 del CPACA.

- Intereses de mora a cargo de la AFP PROTECCIÓN, en consonancia con los art. 141 de la Ley 100/93 y art. 177 del CPACA, por los saldos insolutos de la devolución de aportes.
- Uso de las facultades ultra y extra petita
- Costas del proceso.

Como hechos expone en síntesis que contrajo matrimonio por el rito católico, con Camilo Guio Fonseca el 17 de mayo de 1980, el cual se disolvió por el fallecimiento de Guio Fonseca, procrearon 5 hijos, Diego Alexander Guio Zambrano es el único hijo menor de edad. Durante la vida marital vivieron y trabajaron en diferentes ciudades del país, en fincas donde se dedicaron al ordeño y cultivo de papa, estuvieron expuestos a los problemas de índole social. La pareja y la familia siempre fue respetuosa de las tradiciones familiares. En el año 2011 el causante se traslada a la finca Manantial en Facatativá, donde laboró hasta el día de su deceso. Guio Fonseca viajaba todos los fines de semana a la ciudad de Bogotá, Lucia Zambrano desde mediados de 2009 empezó a trabajar en lavado de ropa para contribuir con el sostenimiento de la familia, especial en el proceso de formación de Diego Alexander. Los esposos mantenían una buena relación marital. En enero de 2012, el causante tomó un seguro de vida con la aseguradora Mapfre, cuyos beneficiarios eran Lucia Zambrano Pinzón y Diego Alexander Guio Zambrano. Mientras Guio Fonseca laboraba en Facatativá, Lucia permaneció en Bogotá acompañando a sus hijos. La familia se reunía Los días de descanso, vacaciones y fines de semana.

Luz Yanira Galvis Riaño, de forma fraudulenta acudió ante positiva Compañía de Seguros para ser reconocida como beneficiaria de la pensión de sobrevivientes. La demandante no conoció de la existencia de otra persona en la vida de su esposo, ellos siempre compartieron techo, lecho y mesa, y las ausencias de Camilo en el hogar, lo fueron porque estaba trabajando en Facatativá. Se conoce de Luz Yanira Galvis Riaño por el registro en el reconocimiento de la prestación ante Positiva Compañía de Seguros. La aseguradora demandada le niega la pensión de sobrevivientes pese a haberse aportado todas las pruebas que acreditan el vínculo marital, y si bien existe una controversia respecto a quien es la beneficiaria de la pensión de sobreviviente, en ninguno momento ha suspendido el 50% que le corresponde como cónyuge. Ante la AFP PROTECCIÓN también pidió la devolución de los aportes que efectuó Camilo Guio, los que también le fueron negados.

Actuación procesal

El Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá admitió la demanda en auto del 09 de febrero de 2017, y ordenó la notificación a las demandadas, quienes contestaron así; Positiva

Compañía de Seguros en los folios 64 a 75 y la AFP PROTECCIÓN a folios 124 a 134 del archivo titulado *11001310501020160070500_C001.PDF*.

Posteriormente en proveído del 04 de julio de 2017 dispuso la vinculación de LUZ YANIRA GALVIS RIAÑO como tercera excluyente inicialmente, pero se modificó su vinculación a litis consorte necesario porque según respuesta de Positiva a ella ya se le había reconocido la pensión inicialmente en el año 2016 y ya se habían realizados pagos.

La vinculada presentó demanda de reconvención (*fls 172 a 179*), en la que solicitó la ratificación de la prestación ya reconocida, a partir del 24 de octubre de 2014, en virtud del deceso de Camilo Guio Fonseca, pidió el pago de las mesadas causadas desde mayo de 2017, intereses moratorios, costas y agencias en derecho, y a Protección pidió el pago de los saldos que obran en la cuenta de ahorro individual en un 50% junto con los respectivos intereses. Como hechos Galvis Riaño, indicó en síntesis en que Guio Fonseca laboraba para la empresa Eduardo Ardila y Cia Ltda desde el año 2011, en la finca el Manantial en Facatativá, el 24 de octubre de 2014 sufrió un accidente de trabajo que le ocasionó la muerte. Fueron compañeros permanentes desde inicios del año 2008, relación sentimental que nació en el municipio de Sotaquirá. Luego se trasladaron a la finca de Bernardo Quintana, hasta mediados de 2009, posteriormente se cambiaron para la finca del señor Campo Elías Cepeda donde estuvieron entre 2009 a 2011. Después se trasladaron para el municipio de Facatativá (*desde febrero de 2011*), en la finca el Manantial de propiedad de Eduardo Ardila y Cia Ltda. En virtud de la muerte del afiliado se causó el derecho a la pensión de sobrevivientes por parte de la aseguradora. En el reclamó del derecho se presentó en menor Diego Alexander como hijo, con quien compartió el 50% de la prestación. El pago de su mesada fue suspendido en mayo de 2017 en virtud de este proceso.

En los folios 209 a 224 milita la contestación de la demanda que hizo la tercera excluyente, de la que se resalta que la demandante Lucia Zambrano se separó de hecho de Camilo Guio, desde el año 2008, cuando estos vivían en el Municipio de Sotaquirá- Boyacá, separación que perduro hasta el día del fallecimiento de Guio Fonseca.

La demanda propuesta por la tercera excluyente fue admitida en auto del 24 de octubre de 2017, y contestada por Positiva Compañía de Seguros tal como se verifica a folios 257 a 262 y por Lucia Zambrano Pinzón, la que milita a folios 268 a 282.

Y en audiencia del 29 de octubre de 2018, se dispuso notificar a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, así como la vinculación de a DIEGO ALEXANDER GUIO

ZAMBRANO como Litis consorcio necesario, quien se notificó el 02 de noviembre de 2018, y presentó escrito de contestación en los términos de los folios 332 a 339.

Sentencia de primera instancia

El juzgado de conocimiento en sentencia proferida el 04 de mayo de 2022, resolvió;

1. Condenar a POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS a reconocer la pensión de sobrevivientes con ocasión del fallecimiento del afiliado CAMILO GUIO FONSECA a LUZ YANIRA GALVIS RIAÑO en calidad de compañera permanente en un 50%, desde el 24 de octubre de 2014, la que se incrementará al 100% a partir del momento en que DIEGO ALEXANDER GUIO ZAMBRANO deje de percibir su 50%. Igualmente ordenó el pago del retroactivo indexado, causado desde mayo de 2017 hasta que se efectúe la inclusión en nómina de pensionados.
2. También ordenó a la AFP PROTECCIÓN a que reconozca y pague a LUZ YANIRA GALVIS RIAÑO en calidad de compañera permanente, el 50% del valor del saldo existente en la cuenta de ahorro individual de Camilo Guio Fonseca, dejados en suspenso, por el valor de \$28.691.242, con los rendimientos financieros debidamente indexados.
3. Declaró probadas las excepciones de inexistencia de la obligación propuesta por Positiva Compañía de Seguros y la de falta de definición de la calidad de beneficiaria propuesta por Protección S.A. También las de inexistencia de la obligación respecto de los intereses moratorios propuesta por Positiva Compañía de Seguros y cobro de lo no debido respecto de los intereses moratorios alegada por Protección S.A.
4. Y condenó al pago de agencias en derecho a favor de LUZ YANIRA GALVIS RIAÑO, así; Positiva Compañía de Seguros en \$1.000.000, Protección S.A. \$500.000 y la demandante Lucia Zambrano en \$500.000.

La juez llegó a esa determinación después de indicar que en el asunto no se controvertía la calidad de afiliado de CAMILO GUIO FONSECA a la AFP PROTECCIÓN S.A. su deceso, fecha del accidente de trabajo (24 de octubre de 2014), que el reconocimiento pensional está en cabeza de POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS, que DIEGO ALEXANDER GUIO ZAMBRANO (*hijo del causante*) es beneficiario del 50% de la pensión, y que el 50% restante fue reconocido inicialmente a LUZ YANIRA GALVIS RIAÑO, a quien la prestación le fue suspendida en mayo de 2017 en virtud de este proceso judicial.

En cuanto al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes a LUCIA ZAMBRANO PINZÓN en calidad de cónyuge, y a LUZ YANIRA GALVIS RIAÑO en calidad de compañera permanente, La juez se remitió a las normas vigentes a la época del fallecimiento de Camilo Guio, artículos 46 y 47 de la Ley 100/93 modificados por la Ley 797/03, que impuso los requisitos para la prestación, también resaltó que en éste caso debía tenerse en cuenta que el causante ostentaba la calidad de afiliado, y luego de hacer un recuento jurisprudencial de las posiciones actuales de la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional en cuanto a los requisitos para la cónyuge, la compañera permanente y las calidades de afiliado y pensionado, dijo que para ser beneficiario de la pensión de sobrevivientes cuando se causa por el fallecimiento de un afiliado, como es éste caso, se tenía que demostrar por quien considera tener el derecho la condición de cónyuge supérstite o la de compañera permanente junto con la conformación del núcleo familiar con vocación de permanencia vigente para la época del deceso.

Después de esta aclaración, la juez se remitió al material probatorio, indicó que se probó el vínculo marital entre la demandante y Camilo Guio, quienes procrearon 5 hijos, también valoró las declaraciones extrajuicio de Pedro Castañeda, quien afirmó conocer al causante y que él era casado con la actora, pero no dio razones de la convivencia, y en términos similares está la declaración extrajuicio de Juan de Jesús González Duarte.

En cuanto a la investigación administrativa que adelantó la aseguradora, la juez encontró las siguientes declaraciones;

- Baudilio Guio Fonseca (*hermano del causante*), quien informó que la demandante estuvo casada con su hermano por el lapso de 34 años y tuvieron 5 hijos, no sabía que se hubiesen separado, ni que Camilo haya tenido otros hijos, conoció a Luz Yanira porque convivió con su hermano bajo el mismo techo, pero no sabe cuándo inició esa relación, cuando Camilo sufrió el accidente llevaba 4 años viviendo en Facatativá y Camilo ya vivía con Luz Yanira, dijo que Camilo si compartía fechas especiales con la familia.
- Ana Guio (*hermana del causante*) expuso que él se casó con la demandante, procrearon 5 hijos, ellos nunca se separaron solo se distanciaron. Conoció a Luz Yanira y tenía entendido que vivieron bajo el mismo techo por asuntos laborales. Luz Yanira y el hermano dejaron de vivir juntos como un año, pero luego se volvieron a encontrar, Camilo nunca dejó de comunicarse con la actora.

- Marlen Guio Guio (*sobrina del causante*) sabe que la promotora del proceso era la esposa del tío, ellos tuvieron 5 hijos, no sabe de la existencia de otra persona, ella siempre los veía cuando hablaban telefónicamente, sabe que Camilo vivía en una finca, pero no sabe con quién. No conoció a Luz Yanira.

En la sentencia también se hizo alusión a las fotografías familiares allegadas al proceso, los formatos adelantados por Luz Yanira para reclamar la prestación, formularios de afiliación al sistema de seguridad social de Camilo. En la investigación administrativa aportada por la promotora del proceso, resaltó la entrevista a ella realizada y la pregunta 9, donde se preguntó a la demandante con quien vivía Camilo para la época de la muerte, contestó “Yanira Galvis”, la demandante también contó que ellos estaban separados y que se visitaban una vez al mes, en cuanto al tiempo de convivencia dijo que estuvo comprendido entre el 17 de mayo de 1980 (*momento del matrimonio*) hasta el 07 de diciembre de 2008, y luego visitas esporádicas. Además, la juez se refirió al contrato de trabajo suscrito por Camilo Guio y la compañía Eduardo Ardila Cía. Ltda., en la que se le autorizó en la Cláusula 3 que parte del salario era el suministro de la vivienda, donde vivía con su familia integrada por Luz Yanira y una hija de ésta, copia del contrato que obra en la investigación administrativa debidamente suscrita por las partes.

Igualmente se tuvo en cuenta las declaraciones extrajuicio de: i) William Eladio Palacio Ibáñez, quien conoce al señor Guio desde el 11 de septiembre de 2011, empezó a trabajar en la finca el Manantial, él vivía con Luz Yanira desde que lo conoció hasta la fecha de la muerte. Y ii) Daniel González Arévalo, a quien le consta que Camilo estaba en unión libre con Luz Yanira desde el 18 de agosto de 2007, ellos convivieron durante 7 años, de esa unión no hubo hijos. La certificación laboral de la compañía Eduardo Ardila Cía. Ltda, donde se lee que Luz Yanira convivió como pareja de Camilo Guio, mientras trabajaron en la finca de su propiedad y hasta que éste falleció.

De otra parte, se allegó al proceso sentencia proferida por el Juzgado Primero Promiscuo de Familia del Circuito de Facatativá del 25 de junio de 2018, en la que se declaró la unión marital de hecho entre Luz Yanira y Camilo Guio, desde el 21 de febrero de 2011 hasta el 24 de octubre de 2014, extremo inicial modificado por el Superior, habiéndose establecido la unión marital desde septiembre de 2011. Aunado a esas pruebas documentales, en el proceso se recepcionaron las declaraciones de parte de las reclamantes de la pensión, y los testigos solicitados. Lucia y Luz Yanira reiteraron prácticamente lo dicho en los hechos de cada una de sus demandas.

Y de todo lo anterior, la Juez concluyó que; i) Luz Yanira logró probar la calidad de compañera permanente de Camilo Guio Fonseca, convivencia que se dio desde septiembre de 2011 hasta el 24 de octubre de 2014, y que ii) Lucia Zambrano probó la existencia del matrimonio, pero resaltó que ella aceptó en la investigación administrativa que se separó de Camilo Guio desde el 07 de diciembre de 2008, cuestionario que no fue desconocido ni tachado de falso por parte de la interesada, y en ese orden aseveró que de todas las pruebas en relación a la convivencia, auxilio mutuo, permanencia y ayuda mutua, entre Camilo y Lucia, lo único que se logró demostrar fue que los cónyuges seguían en contacto por el sostenimiento del hijo menor, y que el nivel de separación fue tal, que cuando falleció Camilo Guio, Lucia Zambrano no fue a Facatativá para las exequias, por lo que en esa línea, consideró que la única beneficiaria de la prestación es Luz Yanira en calidad de compañera permanente, en consonancia con los requisitos que prevé el art. 47 de la Ley 100/93, conforme la postura enseñada por la Corte Suprema de Justicia, cuando se trata del fallecimiento del afiliado.

De otro lado, dijo que como Luz Yanira reclamó el pago de las mesadas causadas desde mayo de 2017, y como no había discusión en el valor de la mesada pensional ya estudiada y reconocida, ordenó la reanudación del pago que se venía realizando para la época, el que se acrecentaría para el momento en que Digo Alexander *hijo*, deje de percibir el 50% a él reconocido. Absolvió de los intereses moratorios del art. 141 de la Ley 100/93 porque el derecho pensional estaba en discusión y fue con esta sentencia en que el mismo se definió. El retroactivo pensional ordenó pagarlo indexado y además dispuso que la AFP PROTECCIÓN devolviera el 50% de los saldos existentes en la cuenta individual de Camilo Guio a Luz Yanira, con los intereses y rendimientos correspondientes.

Recurso de Apelación

La parte demandante, considera que ella es quien tiene el derecho a la pensión de sobrevivientes. En el proceso no se probó convivencia alguna entre Camilo Guio y Luz Yanira. No desconoce el cambio jurisprudencia para definir e interpretar la convivencia, sin embargo insiste en que Luz Yanira no fue compañera de su cónyuge. En el proceso está más que demostrado que entre los cónyuges hubo convivencia, apoyo, auxilio, acompañamiento espiritual, vida de pareja y afecto. Reitera que la relación de Luz Yanira y Camilo fue eminentemente Laboral, al coincidir con tener trabajo en el mismo lugar.

La juez no valoró en debida forma las pruebas, en especial la declaración de testigo William Palacio. Aquí se tuvo en cuenta un contrato de trabajo en el que se suministraba la vivienda para fijar una convivencia, sin valorar integralmente el acervo probatorio. Existen muchas

incoherencias en las diferentes intervenciones de Luz Yanira, al igual que en la investigación administrativa. Considera que los interrogatorios de parte de quienes reclaman la pensión tampoco se valoraron de la mejor manera. La demandante estuvo con su cónyuge alrededor de 34 años, los esposos compartían y se veían cada 15 días. No se puede desconocer que Lucia compartió toda su vida con su cónyuge.

Además, afirma que está probado que, si hubo un acompañamiento, fortalecimiento espiritual, compañía y apoyo entre Camilo y Lucia, la pareja tuvo 5 hijos, y convivieron hasta el deceso del causante. De otra parte, la Juez no tuvo en cuenta las decisiones proferidas por el Juez de Familia de Facatativá y por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca, en la que se modificó la fecha inicial de la unión marital de hecho.

No acepta que se desconozca que la demandante compartió toda su vida con su cónyuge, y sí Camilo tuvo una relación sentimental con Luz Yanira, cuando trabajaba en Facatativá, esa situación no le podía quitar su derecho a la pensión porque los cónyuges no se divorciaron. Considera que entre Luz Yanira y Camilo no hubo la intención de formar una convivencia futura, ella tenía hijos con otras personas, y entre ellos, había diferencia de edades notorias, lo que permite entender que no hay el ánimo de mantener un hogar. Finalmente aduce que Camilo compró un seguro en el que Lucia era beneficiaria.

El vinculado Diego Alexander Guio Zambrano, también interpuso recurso de alzada, porque él coadyuvo con las pretensiones de la demanda principal. Su progenitora acreditó la calidad de cónyuge, se acreditó la existencia de un núcleo familiar con vocación de permanencia, vigente desde la época del matrimonio hasta la muerte de su padre. En la familia se procrearon 5 hijos, y por razones ajenas tuvieron que vivir en lugares diferentes. También dice que la investigación administrativa también cuenta con inconsistencias y contradicciones. Resalta que los hechos de la demanda son anteriores a la fecha en la que el juez se apoya para definir el asunto, Por lo que pide se acceda a las pretensiones elevadas.

Respeto de éste último recurso la Juez no lo concedió al considerar que el hijo del causante no tenía prácticamente legitimación en la causa, en la medida en que a él no se le negó su derecho, y dispuso la remisión de las actuaciones para que además de estudiarse el recurso de la demandante se surtiera el grado jurisdiccional de consulta a favor de la demandada Positiva Compañía de Seguros.

Alegatos ante este Tribunal (Ley 2213 de 2022).

Dentro de la oportunidad respectiva la parte actora hizo uso de la oportunidad de presentar alegatos en la instancia.

CONSIDERACIONES

Esta Sala aborda el estudio del recurso de apelación en relación con los puntos expuestos por las partes, toda vez que ese es el alcance establecido por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, que adicionó el artículo 66A del C. P. T y S. S., así: “*La sentencia de segunda instancia deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación*”.

En ese orden, el problema jurídico en esta oportunidad, consiste en determinar si LUCIA ZAMBRANO PINZÓN (cónyuge) y LUZ YANIRA GALVIS RIAÑO (compañera permanente), acreditaron los requisitos para acceder al derecho pensional en calidad de cónyuge y compañera del afiliado fallecido Camilo Guio Fonseca, respectivamente y ii) en caso de prosperar la prestación para las dos reclamantes, se procederá a establecer los porcentajes y sus cuantías.

En cuanto al grado jurisdiccional de consulta para Positiva Compañía de Seguros, La Sala recuerda lo previsto en el Art. 69 del CPTSS, que dispone;

ARTICULO 69. PROCEDENCIA DE LA CONSULTA. <Artículo modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007. Ver artículo 15 sobre Régimen de Transición. El nuevo texto es siguiente:> Además de estos recursos existirá un grado de jurisdicción denominado de “consulta”. (...)

*También serán consultadas las sentencias de primera instancia cuando fueren adversas a la Nación, al Departamento o al Municipio o a aquellas **entidades descentralizadas en las que la Nación sea garante**. En este último caso se informará al Ministerio del ramo respectivo y al Ministerio de Hacienda y Crédito Público sobre la remisión del expediente al superior.*

Y lo dicho por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia STL10479 del 8 de agosto de 2018 con radicado No 51932, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO, en la que se estudió la procedencia del grado jurisdiccional de consulta a favor de la aquí demandada, y en la que se concluyó;

“Al respecto, es pertinente señalar que esta Corte en sentencia CSJ STL4419-2017 tuvo la oportunidad de estudiar una tutela de iguales características, en la que la misma administradora de fondo de pensiones y cesantías, reprochó el auto de 12 de febrero de 2016, emitido por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bucaramanga en que se negó la procedencia del grado jurisdiccional de consulta.

En efecto, en dicha ocasión esta Sala expuso:

*(...) Así mismo, es pertinente destacar que desde entonces se ha decantado sobre el **rigor jurídico que los operadores judiciales deben ejercer al momento de decidir si en un determinado caso es procedente o no surtir el grado jurisdiccional, labor que implica auscultar las distintas prerrogativas que posicionen a la Nación como garante de las obligaciones de las entidades descentralizadas.***

(...) Empero, se advierte que tal viabilidad no acontece respecto de Positiva Compañía de Seguros S.A., como pasa a exponerse:

De acuerdo con el «ARTÍCULO 1o. DENOMINACIÓN SOCIAL Y NATURALEZA JURÍDICA. Positiva Compañía de Seguros S.A. es una entidad aseguradora organizada como Sociedad Anónima, tiene el carácter de entidad descentralizada indirecta del nivel nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa y capital independiente, sometida al régimen de empresas industriales y comerciales del Estado de conformidad con el artículo 97 de la Ley 489 de 1998». (Decreto 1234 de 2012)

*De lo anterior se desprende que **si bien de su naturaleza jurídica emana que es una entidad descentralizada**, lo cierto es que no se avizora evento en el que la Nación actúe como garante de las obligaciones de la entidad aseguradora, máxime cuando no existe mandato expreso que así lo disponga; surge entonces indiscutible que no debía surtir el grado jurisdiccional de consulta, en la medida que no se cumplen los presupuestos consignados en el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007, que modificó el 69 del C.P.T. y S.S., tal como lo decidió el Ad quem.” (negrita y subrayado fuera de texto.*

En consecuencia, si bien Positiva Compañía de Seguros cuenta con características que en principio la ubican en los postulados del art. 69 del CPTSS, lo cierto es que tal como lo tiene sentado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, para que procesa el recurso en el asunto, no basta con que se trate de una entidad descentralizada, pues además se requiere que la Nación sea la garante de las obligaciones a cargo. Y **por éstas razones no se va abordar la consulta** remitida por la Juez.

Ahora, tal como se indicó en la instancia, en el presente asunto no son materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: que CAMILO GUIO FONSECA fue afiliado a la AFP PROTECCIÓN S.A., que sufrió un accidente de trabajo el día 24 de octubre de 2014 en el cual perdió la vida, que su ARL es POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS, entidad que reconoció y pagó una pensión de sobrevivientes a DIEGO ALEXANDER GUIO ZAMBRANO (*en calidad de hijo del causante*) en un 50% de la prestación, la que ascendió a un salario mínimo legal mensual vigente, que el otro 50% de la pensión fue reconocido a LUZ YANIRA GALVIS RIAÑO en calidad de compañera permanente, a quien se le

suspendió el pago desde el mes de mayo de 2017 al presentarse un conflicto de intereses entre posibles beneficiarias, y que LUCIA ZAMBRANO PINZÓN y CAMILO GUIO FONSECA contrajeron nupcias el 17 de mayo de 1980, vínculo que estuvo vigente hasta la fecha del deceso del cónyuge, además que de esa unión se procrearon 5 hijos.

De la pensión de sobrevivientes

En tratándose del estudio del reconocimiento de la prestación de sobrevivientes por muerte del afiliado o del pensionado por riesgos profesionales, se tiene que la norma aplicable es la vigente a la fecha del deceso, que para el asunto lo fue el 24 de octubre de 2014, por lo que la disposición a aplicar es el art. 13 de la Ley 797/03, que modificó el art. 47 de la Ley 100/93, por remisión expresa del art. 11 de la Ley 776 de 2002, la que prevé las condiciones para ser beneficiario de la pensión de sobrevivientes, así:

Artículo 47. Beneficiarios de la Pensión de Sobrevivientes. *Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:*

- a) *En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad. En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte.*
- b) *En forma temporal, el cónyuge o la compañera permanente supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga menos de 30 años de edad, y no haya procreado hijos con este. La pensión temporal se pagará mientras el beneficiario viva y tendrá una duración máxima de 20 años.*

En este caso, el beneficiario deberá cotizar al sistema para obtener su propia pensión, con cargo a dicha pensión. Si tiene hijos con el causante aplicará el literal a). Si respecto de un pensionado hubiese un compañero o compañera permanente, con sociedad anterior conyugal no disuelta y derecho a percibir parte de la pensión de que tratan los literales a) y b) del presente artículo, dicha pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido.

- c) *En caso de convivencia simultánea en los últimos cinco años, antes del fallecimiento del causante entre un cónyuge y una compañera o compañero permanente, la beneficiaria o el beneficiario de la pensión de sobreviviente será la esposa o el esposo. Si no existe convivencia simultánea y se mantiene vigente la unión conyugal pero hay una separación de hecho, la compañera o compañero permanente podrá reclamar una cuota parte de lo correspondiente al literal a en un porcentaje proporcional al tiempo convivido con el causante siempre y cuando*

haya sido superior a los últimos cinco años antes del fallecimiento del causante. La otra cuota parte le corresponderá a la cónyuge con la cual existe la sociedad conyugal vigente;

d) (...).

En cuanto a los requisitos exigidos a la cónyuge de un afiliado fallecido, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia CSJ SL1730-2020, precisó:

“... conforme al análisis hasta aquí efectuado, de lo dispuesto en el literal a) del art. 13 de la Ley 797 de 2003, **para ser considerado beneficiario de la pensión de sobrevivientes, en condición de cónyuge** o compañero o compañera permanente **supérstite del afiliado al sistema** que fallece, **no es exigible ningún tiempo mínimo de convivencia, toda vez que con la simple acreditación de la calidad exigida, cónyuge** o compañero (a), y la conformación del núcleo familiar, con vocación de permanencia, vigente para el momento de la muerte, **se da cumplimiento al supuesto previsto en el literal de la norma analizado**, que da lugar al reconocimiento de las prestaciones derivadas de la contingencia, esto es, la pensión de sobrevivientes, o en su caso, la indemnización sustitutiva de la misma o la devolución de saldos, de acuerdo al régimen de que se trate, y el cumplimiento de los requisitos para la causación de una u otra prestación.

(Negrilla y subrayado fuera el texto original).

A su turno, la Corte Constitucional en sentencia SU 149-2021, dejó sin valor y efecto la anterior providencia, porque encontró configurado un defecto sustantivo al interpretarse de forma irrazonable y errónea el artículo 47, literal a) de la Ley 100 de 1993, por ir en contravía del principio de igualdad, los principios constitucionales y el principio de sostenibilidad financiera del sistema, y sobre el punto señaló;

46. (...) De ese modo, el Tribunal Constitucional ha indicado que, desde esta perspectiva, el respeto de la sostenibilidad financiera del sistema pensional depende del cumplimiento de las condiciones que establece el artículo 48 superior, que prohíben, entre otras cosas, el reconocimiento de derechos pensionales sin el cumplimiento de los requisitos legales vigentes, tales como las cotizaciones mínimas requeridas y los tiempos necesarios para consolidar el derecho. Esta Corporación también ha dicho que las reglas encaminadas a evitar que se desconozca el régimen legal con el cual se causó el derecho pensional son un reflejo de la obligación de garantizar dicho principio constitucional. (...)

55. **Los requisitos previstos en este artículo y, particularmente, el del período de convivencia, tienen la finalidad de garantizar que la pensión de sobrevivientes sea otorgada a sus verdaderos destinatarios y así impedir que, ilegítima y artificiosamente, personas distintas a quienes conforman el grupo familiar logren el reconocimiento de la prestación pensional.** En últimas, estos objetivos se resumen en la intención de proteger a la familia del causante y los intereses de sus miembros. De nuevo, es importante destacar que, en virtud del principio de igualdad, estas

protecciones deben cobijar por igual a las familias de los afiliados y de los pensionados. (...)

La Sala Plena considera que esta distinción no corresponde con los propósitos de la pensión de sobrevivientes en general ni con los del requisito de convivencia, en particular. Así mismo, esa diferenciación no obedece a una justificación objetiva que atienda al principio de igualdad. Sobre este aspecto, debe tenerse en cuenta que cualquier distinción entre sujetos que acceden a la misma posición jurídica, en este caso la sustitución pensional o la pensión de sobrevivientes, según el caso, debe responder a una razón verificable y que suponga la atención de derechos, bienes o valores constitucionales significativos. (...)

La argumentación de la Sala de Casación Laboral no justifica este trato desigual entre los beneficiarios del pensionado y del afiliado. Contrario a lo que sostuvo la Corte Suprema de Justicia, el hecho de que en el caso del afiliado no se haya causado el derecho pensional antes de su fallecimiento no es óbice para que sus familiares requieran las mismas protecciones ante la eventualidad de que personas ajenas al grupo familiar obtengan artificiosamente el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes. Esto bajo el entendido de que la concesión de esa prestación económica se fundamenta en la dependencia con el afiliado o causante, la cual es análoga en ambos casos y según se ha insistido en los argumentos anteriores”. (...) (Subrayado y negrillas fuera del texto original).

Después de esta sentencia de unificación, nuestro máximo órgano de cierre, emitió un nuevo pronunciamiento sobre el asunto, en la sentencia **CSJ SL5270-2021**¹, el que reiteró en la

¹ [...]Conviene advertir que, aunque aparentemente la diferenciación implícita en la disposición analizada surge discriminatoria, a la luz de lo dispuesto en el art. 13 de la CP **ello no puede entenderse así**, por cuanto la igualdad solo puede predicarse entre iguales, debiendo justamente establecerse para salvaguardar ese principio, la diferencia de trato entre desiguales.

En este caso, el elemento diferenciador lo constituye la condición en la que se encuentra el asegurado causante de la prestación, de un lado, el afiliado que está sufragando el seguro para cubrir los riesgos de invalidez, vejez y muerte, que no tiene un derecho pensional consolidado, pero se encuentra en construcción del mismo, y para dejar causada la pensión de sobrevivientes requiere el cumplimiento de una densidad mínima de cotizaciones prevista en la ley.

Por otra parte, **el pensionado, que con un derecho consolidado**, deja causada la prestación a los miembros de su núcleo familiar con el solo hecho de la muerte, **circunstancia en la que adquiere relevancia la exigencia de un mínimo de tiempo de convivencia**, se itera, para evitar fraudes al sistema pensional, proteger su núcleo familiar de reclamaciones artificiosas y contener conductas dirigidas a la obtención injustificada de beneficios económicos del Sistema, cuya sostenibilidad debe salvaguardarse de tales actuaciones, precisamente para que sea posible el cumplimiento de los fines para los cuales fue previsto.

Finalmente, resulta necesario precisar, que la sentencia CSJ SL1730-2020, en la que se fijó inicialmente el criterio en el que se insiste en esta nueva oportunidad, fue dejada sin efectos mediante la sentencia CC SU-149-2021, proferida por la Sala Plena de la Corte Constitucional, **empero, esta Sala especializada se aparta de lo razonado en esa providencia**, a la que se dio cumplimiento mediante sentencia CSJ SL4318-2021, por las razones allí esbozadas, que se traen nuevamente a colación, para cumplir con la carga de transparencia, exponiendo con precisión y suficiencia los argumentos de índole jurídico, por los que se aparta del precedente constitucional referido.

Para esta Sala, en ninguna interpretación irrazonable ni desproporcionada del literal a) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003 se incurrió en la decisión que se dejó sin efectos por la Corte Constitucional, ni en esta que reafirma el mismo criterio; **por el contrario, la intelección dada se acompasa perfectamente con los supuestos establecidos en la disposición en comento, y más aún, con la clara finalidad del legislador al prever las condiciones para ser beneficiario de la pensión de sobrevivientes, en calidad de cónyuge o de compañero (a) permanente, de afiliado (a) o de pensionado (a)**, y la protección de su núcleo familiar, sin que se produzcan los resultados desproporcionados aducidos, respecto a la finalidad de la pensión de sobrevivientes, ni se esté en contraposición con el principio de sostenibilidad financiera del sistema, que valga acotar, en materia de pensión de sobrevivientes tiene un alcance y naturaleza distinta.

sentencia SL 3948-2022, criterio que aplica en la actualidad en relación al requisito de convivencia de la cónyuge o compañera permanente del afiliado fallecido y en la que estableció los ítems por los que se apartaba del precedente constitucional, conforme lo siguiente;

*“En tal entendido, para la Sala, el juzgador de segundo grado incurrió en el desatino que le enrostra la recurrente, ya que, en efecto, como lo advierte la censura, **esta Corporación revaluó el criterio según el cual la convivencia mínima de 5 años para ser beneficiario de la pensión de sobrevivientes, de cónyuge o compañero o compañera permanente, era exigible con independencia de si el causante era un afiliado o un pensionado**, acorde con lo dispuesto en el literal a) del art. 13 de la Ley 797 de 2003, pues, esta Corporación luego de analizar minuciosa y detenidamente el citado supuesto normativo, en armonía con los pronunciamientos efectuados en sede de constitucionalidad referidos a la norma aludida, **concluyó, sin***

Lo anterior, si se tiene en cuenta que esta prestación, así como la de invalidez, se financia en el sistema pensional, no solo con los aportes de los afiliados, sino con la suma adicional a cargo de las aseguradoras, en el régimen de ahorro individual, por el seguro previsional; con la reserva pensional para ese efecto, del fondo común en el régimen de prima media; y, en el sistema de riesgos profesionales, la financiación está dada por las normas propias de los seguros, en virtud de la ocurrencia de los respectivos siniestros.

Es por ello, que la decisión no tendría la virtualidad de afectar la sostenibilidad financiera del sistema pensional, menos aún la sostenibilidad fiscal, que como lo recordó el alto Tribunal Constitucional difiere de aquel principio, puesto que está dirigido a reducir el déficit fiscal, esto es, la brecha entre el ingreso y el gasto público, y en sus palabras «no puede servir de fundamento para el menoscabo de los derechos fundamentales, la restricción de su alcance o la omisión en su protección» (CC SU-149-2021), resultando por el contrario relevante, para cumplir los fines propios del Estado Social y Democrático de derecho.

Y, en manera alguna se violentó el principio de igualdad, tal como expresamente se analizó con anterioridad, en tanto que, como lo ha precisado de manera reiterada la misma Corte Constitucional, ésta solo puede predicarse entre iguales, y la diferenciación establecida por el legislador, encuentra plena justificación en las discrepancias entre uno y otro supuesto, persiguiendo una finalidad que esa misma Corporación consideró legítima en la sentencia CC C-1094-2003, al analizar la constitucionalidad de la regulación que la consagra, declarando en esa oportunidad la exequibilidad de la disposición.

Tampoco se desconoció el precedente constitucional en la sentencia que se dejó sin efectos, pues se itera, no evidencia esta Sala un verdadero acierto en la afirmación efectuada respecto a que, en la sentencia CC SU-428-2016, se fijó una regla jurisprudencial aplicable al caso, esto es, de convivencia mínima de cinco años tratándose de muerte de pensionado o de afiliado, tema al que se hizo referencia de manera tangencial, entre los otros que fueron puestos a consideración del órgano de cierre constitucional, advirtiéndose al respecto la necesidad de ser miembro del grupo familiar del causante al momento de su muerte, y de la convivencia real y efectiva, para lo cual se remitió al precedente de esta Corporación, sin que esa consideración riña con la precisión jurisprudencial que fuera invalidada.

En todo caso, tal decisión constitucional lo que hace es adaptar las consideraciones de las providencias CC C-336-2014 y CC C-1176-2001, como justificación de ese mínimo tiempo de convivencia, mediante la cita de apartes que se encuentran referidos específicamente a la protección del pensionado y su familia, sin análisis y justificación alguna respecto de la extensión de tales exigencias para cuando muere un afiliado al sistema pensional, caso en el que el legislador no previó ese mínimo.

Y es de ahí justamente, de donde se deriva que, en verdad, no constituye el precedente específicamente aplicable, ni podía dar lugar al defecto sustantivo por su desconocimiento, ni a la imputación de incumplimiento de las cargas de transparencia y argumentativa, en tanto que la precisión jurisprudencial justamente se sustentó en las consideraciones de la Corte Constitucional en asuntos y materias que sí guardan estrecha identidad con la que fue objeto de debate, atendiendo particularmente a las argumentaciones expuestas en la sentencia de constitucionalidad, que analizó el mencionado requisito y la diferenciación legislativa legítima prevista, por lo que forzoso es concluir que, el único precedente aplicable en la materia, lo constituye ahora si la sentencia CC SU-149-2021, de la que se aparta esta corporación.

La totalidad de razones expuestas, son más que suficientes para la modificación del criterio jurisprudencial, que hoy se reproduce, frente a la interpretación adecuada de lo dispuesto en el literal a) del art. 13 de la Ley 797 de 2003, lo que resulta constitucional y legalmente válido, dentro del marco de las competencias de esta Sala, en su función de unificación de la jurisprudencia laboral, de conformidad con lo dispuesto en el art. 16 de la Ley 270 de 1996 y 235 de la CP, con sus modificaciones.

dubitación alguna, que su intelección adecuada, la que se acompasa con la Constitución y el espíritu de la ley, así como con los fines y principios del Sistema Integral de Seguridad Social, y en particular, del Sistema Pensional, **«lleva a concluir que, en caso de muerte de afiliado, no fue previsto por el legislador un requisito de tiempo mínimo de convivencia,** para que cónyuge o compañero o compañera permanente, **ostenten la condición de beneficiario** de la pensión de sobrevivientes», dado que **tal requisito, también se consideró, «solo fue instituido para el caso de muerte del pensionado»**, por motivos que resultan constitucionalmente válidos conforme al análisis realizado por la misma Corte Constitucional. (CSJ SL5270-2021)

Ahora bien, no puede pasarse por alto que la H. Corte Constitucional se pronunció sobre este tema, en particular, en la sentencia SU149-2021, donde dispuso dejar sin efectos la sentencia CSJ SL1730-2020, emitida por esta Corporación, al considerar ese órgano colegiado que en la decisión de la Sala de Casación Laboral «se configuró un defecto sustantivo por interpretación irrazonable del precepto legal aplicable al caso analizado», sosteniendo a su vez, «que la lectura acogida por la Corte Suprema de Justicia partía de una hermenéutica plausible del artículo 47, literal a) de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003». No obstante que, «dicha interpretación contradecía principios constitucionales y conducía a resultados desproporcionados respecto de la desprotección del grupo familiar ante reclamaciones pensionales ilegítimas y en relación con la finalidad de la pensión de sobrevivientes, que es amparar a la familia del fallecido».

Aunado a lo anterior, la Corte Constitucional señaló, en la citada providencia, que la Sala de Casación Laboral se había apartado indebidamente del criterio constitucional al no haber cumplido con las cargas de transparencia y suficiencia de la argumentación en la nueva postura al no mencionar explícitamente su apartamiento del precedente fijado por la Corte Constitucional ni haber expuesto en forma adecuada las razones por las cuales su postura divergente garantizaba de mejor modo los principios y valores constitucionales involucrados.

Por tanto, atendida la necesidad de emitir un nuevo pronunciamiento, dentro un caso de matices similares al que promovió el cambio de postura, esta Sala procedió a dictar la sentencia CSJ SL5270-2021, donde expuso con precisión y suficiencia los argumentos de índole jurídico por los cuales se apartaba del precedente constitucional referido, (...) (negrita y subrayado fuera de texto).

En consonancia con todo lo anterior, La Sala precisa que para definir los derechos en controversia, acoge los argumentos expuestos por la Corte Suprema de Justicia, valoración que necesariamente se tiene que abordar desde el concepto de familia, pues como se dijo en la sentencia SL 328 del 24 de enero de 2024, M.P. FERNANDO CASTILLO CADENA, cuando se trata de la muerte del afiliado, tanto a la compañera como a la cónyuge les compete comprobar la vocación de familia que se tenía al momento del fallecimiento de la persona causante, decisión en la que se planteó;

*“Lo expuesto nos lleva a la pregunta de **¿qué es lo que debe ser acreditado a efectos de ser beneficiario de esta prestación en la condición de cónyuge o compañero (a) permanente tratándose de un afiliado?**; y para responder, es preciso acudir a la sentencia CSJ SL2223-2018, en la que se dejó sentado para el primer caso, que no es suficiente que se demuestre el vínculo matrimonial para, a partir de ello, generar el derecho a la pensión de sobrevivientes, por cuanto, **para concretar el cumplimiento de requisitos se requiere la convivencia marital efectiva (solidaridad, ayuda y socorro mutuo), que consolida el concepto de familia** que es la amparada por la seguridad social. En dicha providencia se señaló:*

En ese orden, importa a la Corte recordar que la jurisprudencia ha considerado que no basta la acreditación del vínculo conyugal para que de allí se derive, necesariamente, el supuesto de hecho de la convivencia marital, pues ésta sólo es predicable de una realidad efectiva, que debe ser demostrada en el proceso. Por ello, no es admisible el argumento esgrimido por la recurrente, en cuanto a que el literal b del artículo 13 de la normativa referida excluyó el requisito “de convivencia de los cinco (5) años anteriores al fallecimiento, cuando quiera que el lazo jurídico se encuentra indeleble”.

A este respecto basta traer a colación lo dicho en sentencia de 17 de agosto de 2011 (Radicación 37368), reiterado muchas veces, en el siguiente contexto:

“En sentencia de 28 de septiembre de 2010, rad. N° 38213 dijo la Corte textualmente:

“Es criterio asentado por la jurisprudencia que para que el cónyuge pueda acceder a la pensión de sobrevivientes de conformidad con lo previsto en el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, no es suficiente con la demostración del requisito formal del vínculo matrimonial, sino que es menester que se demuestre la efectiva convivencia de la pareja, como elemento indispensable para entender que está presente el concepto de familia que es la amparada por la seguridad social.

[...]

*Así las cosas, es pertinente reiterar que en el sistema pensional **prevalece la debida asignación de la prestación al beneficiario definido por el legislador** y, que en el caso de la muerte del afiliado es a aquel que **verdaderamente se ve privado de ese sustento** material proveniente del fallecido y que, **independientemente de la separación de hecho o liquidación de la sociedad conyugal, mantiene intacto el concepto de familia que es el amparado por la seguridad social.**”*
(negrita fuera de texto).

Definido lo anterior y como el punto de controversia radica en el derecho a la pensión de sobrevivientes de quienes comparecen como cónyuge y compañera permanente de Camilo Guio Fonseca, procede la Sala a estudiar las pruebas que permitan establecer cuál fue el término de convivencia de cada una y la configuración del concepto de familia, para definir las condiciones en las que debe quedar la prestación.

Para tales efectos recuérdese que la demandante Lucia Zambrano Pinzón demostró ostentar la calidad de cónyuge, quien se separó de hecho, pero mantuvo su vínculo matrimonial

vigente, por lo que, si ella demuestra que tuvo una convivencia no inferior a 5 años en cualquier tiempo, en consonancia con lo dicho en la sentencia SL 2257 del 24 de mayo de 2022, podrá acceder al derecho pensional. En ésta sentencia se expuso;

*“Sobre el particular ha enseñado la Sala que **el cónyuge separado (a) de hecho del causante, pero con vínculo matrimonial vigente, no tiene como carga demostrar la continuidad de los lazos familiares y afectivos, dado que no constituye esta circunstancia una exigencia legal** prevista en el inciso 3.º del literal b) antes transcrito. Así lo han previsto, entre otras decisiones, las sentencias CSJ SL966-2021 y CSJ SL359-2021, que reiteran distintos fallos, entre ellos varios anteriores a la fecha de la decisión confutada, por lo cual hacían ya parte de los supuestos jurídicos que debían acompañar la sentencia:*

*En ese orden de ideas, **la ruptura de las relaciones afectivas con una persona con la que se convivió por virtud del matrimonio** no es óbice para acceder a la pensión de sobreviviente, más si se tiene en cuenta, que la norma acusada no dispone tal exigencia.*

Así las cosas, a juicio de la Sala, el Tribunal restringió el alcance de la norma analizada al concluir que la demandante no acreditó que para el momento de la muerte del causante existía algún tipo de vínculo afectivo del cual se coligiera la permanencia de lazos familiares luego de la separación de hecho, en razón a que tal requisito no lo contempla la disposición en referencia.

*Por tanto, el ad quem incurrió en el error que se le endilga, pues **el correcto alcance del artículo 47 de la Ley 100 de 1993**, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, corresponde a que **el consorte con vínculo conyugal vigente, aun separado de hecho, puede reclamar válidamente una pensión de sobrevivientes siempre que haya convivido por lo menos 5 años en cualquier época** con el causante afiliado o pensionado, tal como lo ha reiterado esta Sala en múltiples providencias, entre otras, en sentencias CSJ SL, 24 en. 2012, rad. 41637, CSJ SL7299-2015, CSJ SL6519-2017, CSJ SL16419-2017, CSJ SL1399-2018, CSJ SL5046-2018, CSJ SL2010-2019, CSJ SL2232-2019 y CSJ SL4047-2019. (negrita y subrayado fuera de texto)*

Ahora, respecto de la demostración de la convivencia durante en mínimo de 5 años, la Sala se remite a lo dicho en la sentencia SL 1399 del 25 de abril de 2018, con ponencia de la Dra. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO, en la que se expuso;

*“Según la disposición reproducida **la convivencia por un lapso no inferior a 5 años** es transversal y condicionante del surgimiento del derecho a la pensión de sobrevivientes, tanto en beneficio de los (las) compañeros (as) permanentes como de los cónyuges (SL4925-2015). **Por convivencia ha entendido la Corte** que es aquella «comunidad de vida, forjada en el crisol del amor responsable, la ayuda mutua, el afecto entrañable, el apoyo económico, la asistencia solidaria y el acompañamiento espiritual, que refleje el propósito de realizar un proyecto de vida de pareja responsable y estable, a la par de una convivencia real efectiva y afectiva- durante los años anteriores al fallecimiento del afiliado o del pensionado» (CSJ SL, 2 mar. 1999, rad. 11245 y CSJ SL, 14 jun. 2011, rad. 31605).*

*Así, **la convivencia real y efectiva entraña una comunidad de vida estable, permanente y firme, de mutua comprensión, soporte en los pesos de la vida, apoyo***

espiritual y físico, y camino hacia un destino común. Lo anterior, excluye los encuentros pasajeros, casuales o esporádicos, e incluso las relaciones que, a pesar de ser prolongadas, no engendren las condiciones necesarias de una comunidad de vida.”

En consecuencia y para todos los efectos se tiene que el requisito de la convivencia real y efectiva se entiende como la conformación del núcleo familiar, con vocación de permanencia, el que entraña una comunidad de vida estable, permanente y firme, de mutua comprensión, soporte en los pesos de la vida, apoyo espiritual y físico, y camino hacia un destino común. El que para la Sala lo acredita la demandante, cónyuge separada de hecho del causante Camilo Guio Fonseca, quienes mantuvieron el vínculo matrimonial vigente hasta la fecha del deceso de Camilo, tal y como se advierte tanto de las documentales de obran en la investigación administrativa como en el expediente, pues la pareja contrajo nupcias por el rito católico el día 17 de mayo de 1980 y permaneció unida, por lo menos hasta el año 2008, extremos en los que La Sala evidencia la existencia de esa solidaridad, ayuda y socorro mutuo entre la pareja, pues así se extrae de la investigación administrativa adelantada en el año 2015, de las declaraciones extrajuicio, lo dicho por la demandante en su interrogatorio de parte y las diferentes testimoniales, las que se proceden a relacionar así;

De las declaraciones extrajuicio recaudadas en el expediente (*del 23 de enero de 2015*) se cuenta con lo expuesto por Pedro Castañeda Zubieta, quien manifestó conocer al causante por un término de 12 años, cuyo estado civil fue casado con la demandante Lucia Zambrano Pinzón y la declaración de Juan de Jesús González Duarte, quien también reconoce a la demandante como cónyuge de Camilo Guio, y a los que conoce desde hace 15 años. Igualmente obra la declaración extrajuicio del 18 de noviembre de 2014, rendida por Daniel González Arévalo, en la que expone que conoce a Camilo Guio Fonseca (*causante*) y a Luz Yanira Galvis Riaño desde hace 6 años, quienes tenían una unión libre desde el 18 de agosto de 2007 y no tuvieron hijos.

Del expediente administrativo que se adelantó cuando se estudió la prestación por el accidente de trabajo, de lo dicho por Luz Yanira, se resalta que ella conoció al causante a comienzos del 2008 cuando trabajaba como empelada doméstica en la finca de Hugo López, a la que llegó el Camilo como administrador de esa finca, “*comenzaron un noviazgo el día 18 de agosto del año 2008*” para el cumpleaños de Camilo, dijo que se alejaron como 6 meses, y después cuando él se ubicó en un fresal la llamó para que se fuera a vivir con él.

Para determinar el tiempo de convivencia en esa oportunidad (*investigación administrativa*) se contactó a: i) Baudilio Guio Fonseca (*hermano del causante*) quien dijo conocer a Luz Yanira más o menos 4 años quien era la compañera de vida y de trabajo de su hermano “*Telefónicamente informó que llevaban cuatro años viviendo juntos, declaró lo mismo. pero*

luego se contradijo e informó que no sabía cuánto tiempo habían convivido y que no la conocía bien”. ii) Ana Belsu Guio (hermana del causante) expuso que conoció a Luz Yanira, ella fue al entierro del hermano, pero que no la trataba, iii) Mariela Guio Guio (sobrina del causante) conoce a Luz Yanira, ella vivía con el tío, pero en declaración escrita dijo que no la conocía bien y que ellos vivían juntos por razones laborales y iv) Martha Clemencia Guio dijo que no conocía a Luz Yanira. Con lo que se concluyó que el causante estaba separado de la cónyuge desde el año 2008 y que convivió en unión libre con Luz Yanira en forma ininterrumpida desde el 18 de agosto de 2008 y el 24 de octubre de 2014.

De otra parte, en este proceso judicial se recepcionó los interrogatorios de parte de la demandante Lucia Zambrano Pinzón y Luz Yanira Galvis Riaño.

Del dicho de la cónyuge, se resalta que ella dijo haberse casado en 1980 con el causante, estuvieron juntos hasta la fecha de su muerte, ellos vivieron en Toca – Boyacá duraron 8 años, en Villa Pinzón 9 años, luego se fueron para el Rosal – Cundinamarca como 3 años, después su esposo fue enviado como administrador en Paipa – Boyacá, luego regresaron a Sotaquirá, su esposo sufrió un accidente por lo que se volvieron a trasladar, y luego buscaron una finca en la que ella pudiera trabajar para ayudar por lo que empezó a laborar en el ordeño de vacas, luego enfermó de sus manos, se vino sola para Bogotá, eso fue para el 07 de diciembre de 2008, la idea era empezar el año 2009 en esta ciudad, su esposo venía a Bogotá o ella iba, él colaboraba con los gastos del hogar, le daba plata y llevaba mercado. Se enteró del fallecimiento de su esposo porque el cuñado la llamó en la tarde para contarle, en esa oportunidad no pudo asistir porque tenía un nieto de 5 meses y su hija le dijo que mejor se quedara con el niño y que ellas iban. Entre el año 2009 a 2014 Camilo estuvo en Facatativá en una finca, ella ya no quería estar más en fincas, por eso se quedó en Bogotá, cada 15 días se veían en “Faca”, él venía o ella iba, se veían en una tienda. Dijo que se constituyó un seguro de vida a su favor en el año 2012. Camilo cuando venía a Bogotá llegaba y se quedaba en la casa. Entre el 07 de diciembre de 2008 y octubre de 2014, su esposo estuvo viviendo en la casa como tres meses solamente, eso fue en el año 2009. No supo de la relación que existió entre su esposo y Luz Yarina.

De lo expuesto en la declaración de la **compañera permanente**, se tiene que ella manifestó haber conoció a Camilo en el año 2002, *(pero se le indago de porque en la investigación administrativa hablaba del año 2008 y no supo contestar)*. Aseveró que conoció a Camilo trabajando en una finca en Sotaquirá – Boyacá, en el 2002 época en la que empezó a vivir con el causante, y afirmó que con él estuvo desde el año 2002 hasta el 2007, dijo que Camilo falleció el 24 de octubre de 2016. Vivió con Camilo en el 2002 a 2004 vivieron y trabajaron en diferentes partes, en Facatativá llegaron a vivir en el año 2010 y ahí estuvieron hasta el

2016, año del accidente. Ellos trabajaban para Ricardo Ardila, ahí en la finca cuidándola y ordeñando. El día del accidente Camilo no llegaba a la casa por lo que tuvieron que salir a buscarlo, y lo encontraron muerto. Cuando él tenía sus días de descanso él decía que se iba a ver a sus hijos. La primera comunión del hijo menor la hicieron en la finca donde ellos vivían, y para esa época Lucia estuvo en la casa. En el 2002, iniciaron el romance porque él dijo que estaba solo. No conocía a la demandante. Ella tiene 4 hijos. Ellos compartían los gastos del hogar, compartían el salario, y Camilo le ayudaba con sus hijos. El Padre de sus hijos no le ayuda porque falleció. Ellos estuvieron juntos durante 7 años.

La **testigo Sandra Guio Zambrano** (*hija del causante*) contó que en la familia son 5 hermanos, recuerda que toda su vida sus padres han estado juntos. Cuando el falleció vivía en Facatativá en la finca el Manantial, él era el administrador, y su progenitora vivía en la casa en Bogotá con sus hermanos. Su papá venía a la casa con frecuencia, las visitas eran cada 15 días, cuando se veían en Faca era en el pueblo y se reunían a almorzar. Sus padres compraron una casa en el pueblo – Facatativá, mas o menos en el año 2000 cuando nació su hermano menor, pero la casa estaba en arriendo, además ellos siempre han vivido en las fincas en las que han trabajado. La familia vivió en Villa Pinzón, recuerda que allí vivió con sus hermanos, luego se fueron para el Rosal Cundinamarca, ellos trabajaban con el ordeño, después su padre fue enviado a Paipa, allí estuvieron aproximadamente 3 años, luego se fueron para Sotaquirá, en este pueblo no hubo casa para ellos, entonces allí estuvieron en arriendo. Para el año 2010 – 2011, él se regresó a vivir a Bogotá con la familia, pero a él le cansaba la ciudad, por lo que se devolvió a una finca, y ya fue cuando se ubicó en Facatativá, su señora madre ya estaba cansada de vivir del ordeño y de la vida del campo, por lo que se quedó en la casa de Bogotá con los hijos y con los nietos. Su progenitora llegó a Bogotá a inicios de 2009. Su papá venía los sábados medio día y el domingo se devolvía, él siempre traía mercado, salían en familia y compartían, ellos en Bogotá compartían la misma habitación. Las exequias del progenitor fueron en Facatativá, en ese momento su mamá se quedó en Bogotá con los niños, y los hijos fueron quienes viajaron a Facatativá. Ella se enteró de que Luz Yanira era esposa de su papá cuando él falleció. Los hermanos ya no querían que su mamá estuviera más en fincas. Sus padres siempre se ocuparon del sostenimiento de todos. Siempre compartían todas las ocasiones especiales, vacaciones, festivos, fines de semana. Hubo separaciones, pero ésta lo fue por razones de trabajo.

El testigo William Palacio (*actual administrador de la Finca el Manantial*) conoció a Camilo Guio en septiembre de 2011, en esa fecha Luz Yanira era la esposa de Camilo, ellos ordeñaban las vacas. Camilo vivía con Luz Yanira, siempre los vio juntos, ellos no se separaron, y vivían con una niña de Luz. El día que el falleció Camilo le impartió órdenes y se fue en la zorra, él se demoraba una hora en lo que hacía, al pasar el tiempo se fueron a

buscarlos y lo encontró sin vida, tenía la zorra encima. Durante los años que ellos trabajaron no vio que la familia de Camilo se quedara en la finca, en el pueblo si los veía, se los encontraba “por ahí en la calle” “tomando tinto”, ellos se reunían por el niño, Lucia iba al pueblo y se veían como amigos. El vio a Camilo y Luz Yanira como pareja desde q los conoció en la vereda, a Luz era a la que edificaban como la pareja de Camilo. Conoce a Lucía y sabe de lucia porque Camilo le contaba.

El testigo Víctor Alfonso Preciado, conoció a Camilo en el 2011, *(fue novio de Diana hija del causante)* compartió con él en varias oportunidades, dijo que los señores Lucia y Camilo compartía como pareja, Lucia vivía en Bogotá, siempre estaba toda la familia en grupo, él tenía entendido que Lucia viajaba a donde Camilo trabajaba, ella siempre viajaba con Diego *(hijo)* no sabía de Luz Yanira, el funeral de Camilo fue en Facatativá, lo que sabe es por lo que su novia le contaba. Sabe que Camilo respondía económicamente por si hijo, y por él le pasaba dinero a Lucia.

Finamente se tiene la sentencia proferida por el Juzgado Primero promiscuo de Familia del Circuito de Facatativá, del 25 de junio de 2018, en la que se declaró la existencia de la unión marital de hecho entre los compañeros permanentes Luz Yanira Galvis Riaño y Camilo Guio Fonseca entre el 21 de febrero de 2011 y el 24 de octubre de 2014, la que finalizó por fallecimiento de Camilo; extremo inicial que fue modificado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca Sala Civil – Familia, en sentencia del 03 de diciembre de 2018, donde se declaró que la unión marital de hecho entre Luz Yanira y Camilo estuvo comprendida entre el mes de septiembre de 2011 y el 24 de octubre de 2014.

Extremos que la Sala toma en este momento como referencia para definir los tiempos de la convivencia entre Luz Yanira y Camilo, pues en efecto como se alegó en el recurso, del dossier probatorio, existen muchas contradicciones en relación al momento en que ésta pareja inició la vida en común, como quiera que, de una parte, en la investigación administrativa que data del año 2015, Luz Yanira asevera que ella vivió 7 años con Camilo, esto es, que empezaron a convivir en el año 2007, pero en esa investigación, se estableció como fecha de inicio de la convivencia el día 18 de agosto de 2008, la que perduró hasta el 24 de octubre de 2014, extremos que no coinciden con lo relatado en el interrogatorio de parte de Luz Yanira, donde asevera que vivió con Camilo desde el año 2002, hasta la fecha de la muerte, y que se presentaron par de lapsos muy cortos en los que se pararon, pero igualmente reitera que con él vivió 7 años, además, cuando la juez le preguntó porque en la reclamación de la pensión había dicho que vivió con Camilo desde el año 2008 y aquí afirma que la convivencia empezó en el año 2002, ésta simplemente no pudo explicarlo, silencio, que más allá de brindar certeza del momento en que la pareja inició la vida en común, lo que hace es provocar dudas sobre

ese punto, y éstas son las razones por las cuales es que La Sala para definir el extremo inicial de la convivencia, se apoya en lo resuelto por el Juzgado de Familia (*juez competente para declarar la unión marital*) y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca, escenario en el que también se ventilaron los mismos hechos y similares probanzas.

En consecuencia, y como nunca existió duda respecto de que Luz Yanira en calidad de compañera permanente fue quien estuvo con el causante, a la fecha del deceso, La Sala, en virtud del recurso de alzada, encuentra necesario modificar el reconocimiento pensional que se hizo a favor de Luz Yanira Galvis Riaño, por lo que a ella solo le asiste derecho al reconocimiento de la prestación en proporción al tiempo que convivió con el causante, y que para estos efectos se toma desde el **01 de septiembre de 2011 hasta el 24 de octubre de 2014.**

Lo anterior, por cuanto en el proceso también fue acreditado el derecho de la demandante Lucia Zambrano, a quien no se le puede desconocer que convivió con el causante desde el momento del matrimonio (*17 de mayo de 1980*) y por lo menos hasta el 07 diciembre de 2008, tal como ella lo confiesa en su declaración, en la que informa que ya para diciembre de 2008, ella tomó la decisión de quedarse en Bogotá con sus hijos y nietos, extremos que en efecto superan con creces el término de los 5 años de convivencia en cualquier tiempo, criterio que se itera, está en consonancia con lo enseñado por la Corte Suprema de Justicia – Sala Laboral en sentencias con radicado 41637 de 2012, SL 7299-2015, SL 6519-2017, SL 16419-2017, SL 6519-2017, SL 1399-2018, entre otras. Por lo que para ella también procede el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes en calidad de cónyuge con vínculo matrimonial vigente y separación de hecho.

Llama la atención de la Sala como fue que en la instancia se pasó por inadvertida la convivencia real y efectiva demostrada por la promotora del proceso, acreditada con el material probatorio adosado al expediente, donde el concepto de familia y la comunidad de vida estable, permanente, firme, con apoyo espiritual, físico y económico estaba debidamente acreditado, habiendo dejado de evaluar la juez de instancia las singularidades presentadas en el caso.

En ese horizonte, y para todos los efectos de la prestación a favor de la demandante, La Sala toma como extremos **desde el 17 de mayo de 1980 y el 07 de diciembre de 2008,** sin que sea procedente ir más allá de ésta fecha, pues si bien se trató de sostener que la convivencia lo fue hasta la fecha del fallecimiento de Camilo Guio, lo cierto es que después del 07 de diciembre de 2008, lo que encuentra La Sala es que entre la pareja lo que hubo fueron

encuentros casuales, que si bien se prolongaron en los años, para esa data la comunidad de vida se fue desdibujando.

Entonces, conforme a lo anterior, como Lucia Zambrano Pinzón demostró un término de convivencia de 28 años, 6 meses y 21 días con el causante, y como Luz Yanira Galvis Riaño, acreditó un lapso de convivencia de 3 años, 1 mes y 24 días; se tiene que POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS debe reconocer y pagar la pensión de sobrevivientes juntos con las mesadas adicionales y los incrementos legales, a partir del 01 de junio de 2017, debidamente indexadas en un porcentaje del 90%, sobre el 50% de la prestación, para la demandante Lucia Zambrano Pinzón, y para Luz Yanira Galvis Riaño en un 10%, prestación que se acrecentará en un 100% cuando Diego Alexander Guio Zambrano deje de percibir el 50% de la pensión que le fue reconocida.

La fecha a partir de la cual se dispone el pago, obedece a que, hasta mayo de 2017, la prestación le fue reconocida a Luz Yanira en su condición de compañera permanente y hasta ese momento se le canceló el 50% de la pensión de sobrevivientes. En ese orden de ideas, y como la promotora de éste juicio desde los albores de la demanda debió encaminarla adicionalmente a obtener el reembolso por parte de la Luz Yanira, ya que ésta lo venía percibiendo hasta el mes de mayo de 2017, circunstancia que no fue planteada de esa manera, ello impide que La Sala realice algún pronunciamiento en ese sentido. Máxime, que resulta improcedente condenar a la demandada Positiva Compañía de Seguros, a pagar dos veces la misma prestación y por la misma causa.

COSTAS

Las de primera se confirman. Sin costas en la instancia ante la prosperidad del recurso, en consonancia con el art. 365 del CGP.

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR EL ORDINAL PRIMERO de la sentencia proferida el 04 de mayo de 2022, por el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar

CONDENAR a **POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS** a reconocer y pagar la pensión de sobrevivientes juntos con las mesadas adicionales y los incrementos legales, a partir del 01 de junio de 2017, debidamente indexadas en un porcentaje del 90%, sobre el 50% de la prestación para la demandante Lucia Zambrano Pinzón, y para Luz Yanira Galvis Riaño en un 10%, prestación que se acrecentará en un 100% cuando Diego Alexander Guio Zambrano deje de percibir el 50% de la prestación que le fue reconocida de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: En lo demás se confirma la sentencia apelada.

TERCERO: COSTAS - Las de primera se confirman. Sin costas en la instancia ante la prosperidad del recurso.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



RODRIGO AVALOS OSPINA

Magistrado



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA

Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Magistrado



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

Magistrado Ponente: **RODRIGO ÁVALOS OSPINA.**

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR ALEJANDRO UCROS CONVERS contra CENCOSUD COLOMBIA S.A. Radicación No. 11001-31-05-013-**2019-00879-02.**

Bogotá D.C., treinta (30) de abril dos mil veinticuatro (2024), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

El demandante ALEJANDRO UCROS CONVERS, por intermedio de apoderado judicial, instauró demanda ordinaria laboral en contra de CENCOSUD COLOMBIA S.A. con el fin de que se declare la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido que inició el 4 de junio de 2008 y finalizó el 31 de enero de 2019 por decisión unilateral y sin justa causa del empleador; que los últimos cargos que ocupó fueron como gerente de ventas institucionales y gerente venta empresa; que devengaba un salario mixto, es decir, conformado “*por un salario integral y por un salario ordinario variable*”; que el último salario integral fue de \$14.551.900; que el salario variable estaba conformado por los valores pagados de forma habitual bajo denominaciones como prima de rendimiento anual, bonificaciones por cumplimiento de KPIS de productividad, bonos anuales, bonos de rendimiento, bonos por resultado, bonos target, y demás pagos que se efectuaron por fuera del salario integral; que esos pagos también constituían salario; que el actor siempre recibió comisiones por ventas; que las cláusulas suscritas en los otrosíes en los que se estipuló que los diferentes pagos realizados por el empleador no constituyen salario son ineficaces y; que el empleador actuó de la mala fe.

Como consecuencia de lo anterior, solicita que se conde a la demandada al pago de las prestaciones sociales, al reajuste de las vacaciones, primas de servicios, cesantías e intereses a las cesantías por toda la relación laboral teniendo en cuenta la totalidad del salario ordinario variable devengado por el actor; la sanción por el pago inoportuno de los intereses a las

cesantías; las comisiones causadas en el año 2018; el reajuste de la indemnización por despido sin justa causa contemplada en el artículo 64 del CST con base en el salario realmente devengado; el reajuste de la liquidación final; el reembolso de los descuentos ilegales tales como retención en la fuente y otros; la indemnización moratoria contemplada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 y la indemnización moratoria contemplada en el artículo 65 del CST; el reajuste en los aportes al sistema de seguridad social así como el reajuste de *“todos los demás derechos laborales del demandante”*; el pago de perjuicios morales y materiales ocasionados por la terminación intempestiva de su contrato; la indexación de las condenas; lo que resulte probado *ultra y extra petita* y las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, manifestó que ingresó a laborar con la empresa demandada CENCOSUD COLOMBIA S.A. (antes GRANDES SUPERFICIES DE COLOMBIA S.A.) el día 4 de junio de 2008 mediante un contrato de trabajo a término indefinido; que su contrato fue terminado de forma unilateral y sin justa causa el 31 de enero de 2019; que el empleador no pagó la comisión por ventas que denominó *“bono o beneficio extralegal”* causado en el año 2018 hasta enero de 2019; que el último cargo desempeñado fue el de gerente de venta empresa con un salario integral de \$14.551.900; pese a lo anterior, asegura que nunca se suscribió un pacto de salario integral. Afirma que su salario era mixto y estaba conformado por un salario integral y un salario variable, este último conformado, a su vez, por pagos periódicos que el empleador realizó bajo diferentes denominaciones (prima de rendimiento, bonificaciones por cumplimiento de KPIS de productividad, bonos anuales, bonos de rendimiento, primas extralegales, bonos por resultado, bonos target, entre otros) y que dependían directamente de los resultados, objetivos y metas conforme al presupuesto de ventas asignado por su jefe inmediato, por lo que se pagaba como contraprestación directa del servicio; y que siempre cumplió con el 100% del presupuesto de ventas asignado.

Refiere que todos los pagos realizados por el empleador por fuera del salario integral realmente son salario; que siempre ocupó cargos cuyas funciones se relacionaban íntimamente con las ventas y que siempre cumplió con el 100% del presupuesto e incluso lo superó, recibiendo múltiples felicitaciones por esto y por sus calidades humanas; que los últimos cargos ocupados fueron los de gerente ventas institucionales y gerente venta empresa cumpliendo las mismas funciones en ambos cargos y que eran las siguientes: el rol principal era cumplir las metas y objetivos planteadas por la dirección en cuando a ventas presupuestadas anualmente, implementando estrategias comerciales, coordinar el equipo de ventas para obtener dichas ventas a través de empresas a nivel nacional, coordinar y ejecutar la estrategia de ventas para cumplir los presupuestos de ventas y de gastos asignados, controlar con los aliados estratégicos y demás que se encuentran en el perfil del cargo o manual de funciones de la empresa.

Afirma que la demandada se ha negado a pagar el valor de las cesantías, intereses a las cesantías, primas de servicios, vacaciones, y demás acreencias laborales por todo el tiempo

laborado; que el empleador adeuda el reajuste de las cotizaciones a seguridad social con base en el salario variable devengado; afirma que el 28 de noviembre de 2012 se suscribió un otro sí en donde se pactó el pago de las bonificaciones por cumplimiento de KIPS de productividad con base en las ventas con porcentaje de cumplimiento del 100%, lo que a su juicio, demuestra que esos pagos fueron salariales; que en dicho pacto se indicó que esas sumas no constituían salario, pero debe ser considerado ineficaz por transgredir derechos y condiciones laborales del trabajador.

También señala que la empresa demandada efectuó descuentos ilegales de retención en la fuente y otros descuentos no autorizados por el demandante a los pagos efectuados por concepto de bonificaciones anuales y otros. Por último, el demandante refiere que sufrió perjuicios morales y materiales por la terminación intempestiva de su contrato de trabajo y el no pago íntegro y oportuno del valor de su liquidación final con base en el salario real que devengaba.

Actuación procesal

El Juzgado Trece Laboral del Circuito de Bogotá admitió la demanda con auto del 15 de enero de 2020, y ordenó la notificación de la demandada. Cumplido lo anterior, CENCOSUD COLOMBIA S.A. contestó la demanda a folio 168 del expediente físico.

Sentencia de primera instancia

El juzgado de conocimiento en sentencia proferida el 26 de abril de 2022 condenó a la demandada a pagar al demandante \$39.489.520 por concepto de comisiones por el lapso de enero a diciembre del 2018; \$13.081.409 por reajuste de vacaciones; \$7.020.360, por reajuste de la indemnización por despido injusto; \$462.072.816 por indemnización moratoria del artículo 65 del CST y a partir del 1º de febrero del 2021 intereses moratorios a la tasa máxima para los créditos de libre asignación; el pago de los aportes a pensión con destino a PORVENIR S.A. teniendo en cuenta los valores pagados por concepto de bonificaciones o comisiones; declaró probada parcialmente la excepción de prescripción, absolvió a la demandada de las demás pretensiones incoadas en su contra y la condenó al pago de las costas del proceso, fijando como agencias en derecho la suma de \$2.000.000.

En lo que interesa a la resolución del recurso, la a quo discurrió en los siguientes puntos: respecto a la modalidad salarial indicó que, pese a que el demandante afirma que nunca se pactó un salario integral, lo cierto es que las pruebas aportadas al expediente permiten concluir que inicialmente la remuneración del trabajador era ordinaria, pero con posterioridad se suscribió un pacto de salario integral que nunca fue eliminado o derogado por otro pacto entre las partes. También consideró que los pagos realizados al trabajador por concepto de

bonos anuales u otras denominaciones, eran salario porque atendían a la labor directa que éste prestaba y por lo tanto se trataba de comisiones por ventas.

Con relación a la pretensión de pago de las prestaciones sociales, señaló que al haberse pactado entre las partes un salario integral no era posible conceder lo pedido, pues en esa modalidad salarial el factor prestacional ya se encuentra incluido. Lo anterior, condujo a que también absolviera a la demandada de la indemnización por no consignación de las cesantías a un fondo, pues señaló que el trabajador indicó que recibió las cesantías durante el periodo en que el contrato estuvo regido por un salario ordinario, y a partir del pacto de salario integral, el empleador no tenía la obligación de consignar las cesantías a un fondo. En todo caso, aclaró que si era procedente la reliquidación de vacaciones y de la indemnización por despido sin justa causa pues las mismas no eran prestaciones sociales; motivo por el cual condenó a la demandada al pago de estos conceptos.

Se refirió también a la devolución de la retención en la fuente que se solicita en la demanda, e indicó que todo pago laboral se debe incluir en la base sujeta a retención, por lo tanto, no era posible ordenar su devolución. En cuanto a los aportes a seguridad social, se refirió a lo dispuesto en el artículo 22 de la Ley 100 de 1993 para indicar que aquel empleador que no descuenta el porcentaje de los aportes que le corresponden al trabajador durante la relación de trabajo, debe asumir el pago total de las cotizaciones, condenando en ese sentido.

En lo que se refiere a la indemnización moratoria por el no pago de salarios y prestaciones sociales contenida en el artículo 65 del CST, indicó que las circunstancias aducidas para no pagar las comisiones del año 2018, que eran salario, no fueron suficientes, pues es claro que el empleador no podía aducir motivos administrativos, como lo fue la desvinculación del actor, para justificar la falta de pago de las mismas, por lo que concedió la condena solicitada.

Recursos de Apelación

La apoderada del **demandante** presentó recurso de apelación en el que manifestó que no se encontraba de acuerdo con la decisión adoptada por la a quo, en el sentido de haber declarado que el salario devengado por el trabajador se pactó bajo la modalidad de salario integral, pues, asegura que en el proceso se acreditó que fue el empleador quien de manera unilateral impuso tal modalidad de salario; por tanto, considera que no se puede considerar que el salario del actor fue integral porque no se presentaron los requisitos propios de este tipo de remuneración.

En este punto, la apoderada refiere que se interpretó erróneamente una de las respuestas dadas por el demandante al absolver el interrogatorio de parte como quiera que, si bien, él manifestó que recibió el pago de cesantías hasta la fecha en que empezó a devengar el salario integral, lo cierto es que el trabajador no participó de ningún pacto de salario integral. Seguidamente,

refiere que la a quo debió declarar la ineficacia de las cláusulas contenidas en los diferentes otrosíes en los que se estipuló de manera unilateral, por parte de la empresa, la existencia de un salario integral y la exclusión salarial de los bonos o comisiones recibidas por el trabajador.

Con relación a la condena de las comisiones causadas por el periodo del año 2018, señaló que disentía de la decisión de la a quo, en virtud de la cual ordenó descontar de la suma condenada un valor pagado en la liquidación final del contrato de trabajo, pues, a su juicio, la bonificación por retiro allí pagada no tiene nada que ver con las comisiones que ahora se reclaman, por lo tanto, no era dable realizar tal compensación.

La apoderada del demandante también reprocha la decisión de la a quo, en virtud de la cual negó la devolución de los descuentos realizados sobre los bonos que se pagaron de forma anual, específicamente los descuentos por concepto de retención en la fuente. Ello es así, pues considera que al ser este un asunto laboral, no era posible realizar deducciones sin la autorización del trabajador, es decir, que el empleador no podía aplicar a los pagos realizados las normas propias del Estatuto Tributario sin observar primero el Código Sustantivo del Trabajo, en el que se exige la autorización del trabajador para cualquier tipo de descuento. Por lo anterior, considera que debe ordenarse la devolución de los descuentos que por concepto de retención en la fuente realizó el empleador.

Por otro lado, con relación a los bonos anuales, indicó que estos deben ser considerados como factor salarial, pero no es posible que los mismos sean considerados como parte de un salario integral ya que, como lo ha explicado a lo largo del recurso, nunca se realizó un pacto de salario integral entre las partes; de allí que, sea necesario considerar las sumas pagadas por concepto de bonos anuales como salario ordinario y, a su vez, calcular los valores solicitados por concepto de cesantías, intereses a las cesantías, primas de servicios y vacaciones. Accesoriamente, afirma que, de accederse a esta pretensión, debe entenderse que el empleador debió afiliar al trabajador a un fondo de cesantías, lo que genera también la indemnización contemplada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990.

La parte actora también presenta su inconformidad frente a los cálculos realizados por la a quo con relación a las vacaciones e indemnización por despido sin justa causa pues indica que hay errores en los cálculos, señalando que hay cifras del año 2017 que no corresponden y que las sumas realizadas por el juzgado fueron hechas con base en un salario integral, pero debe considerarse que realmente el salario correspondía a uno ordinario. Por último, refiere que las costas fueron fijadas en un valor inferior al que deberían haberse fijado.

El apoderado de la **demandada** presentó recurso de apelación en el que manifiesta su desacuerdo frente a los argumentos esbozados por la a quo en su sentencia. En primer lugar, se refiere al análisis realizado por la a quo para establecer que el bono anual constituía salario;

en este punto refiere que en la empresa existe una política de compensación en la que se indica que ese bono anual depende de dos componentes, un FRN (factor de resultado de negocio) y un FRI (factor de resultado individual); de los que se puede establecer que el bono anual reconocido al demandante, no dependía exclusivamente de su gestión, sino de una cantidad de acciones de un grupo de trabajo que lo beneficiaban.

De esta forma, consideró que hubo un exceso por parte del despacho al considerar el bono anual como un factor salarial. También indicó que con posterioridad al año 2012 no se habló de cumplimiento por ventas, sino que se habló de un cumplimiento de KPI por productividad, quedando así desligada la figura del elemento salarial consignado en el artículo 127 del CST, de allí que tampoco haya lugar a la reliquidación de vacaciones y a la indemnización por despido sin justa causa.

Posteriormente, se refirió a la indemnización moratoria para solicitar que se absolviera por este concepto como quiera que siempre actuó de buena fe. De esta forma indica que se realizaron los pagos al trabajador teniendo en cuenta lo que se consideraba que estaba vigente de conformidad con el acuerdo entre las partes, y que las inconformidades o quejas del trabajador solo se presentaron una vez finalizó el vínculo laboral.

Por último, frente a la condena del pago de los aportes a seguridad social en pensión y salud, indica que existen varios decretos y sentencias que facultan al empleador para hacer los descuentos de aquellos valores que debieron ser cancelados por el trabajador en caso de haber estado vigente el contrato de trabajo; por tanto, solicita que, en caso de mantenerse esta condena, se faculte al empleador para descontar ese porcentaje que le correspondía al trabajador.

Alegatos ante este Tribunal (Ley 2213 de 2022).

Con auto del 27 de marzo de 2023 se admitió el recurso de apelación y se corrió el traslado a las partes para que presentaran los alegatos de conclusión; concurrieron ambas partes.

CONSIDERACIONES

De conformidad con lo preceptuado en el artículo 35 de la Ley 712 de 2001 esta Sala de Decisión emprende el estudio de los puntos de inconformidad planteados por el recurrente en el momento de interponer y sustentar el recurso ante el juez de primera instancia, como quiera que el fallo que se profiera tiene que estar en consonancia con tales materias, sin que le sea permitido al Tribunal abordar temas distintos de estos. Con base en esta disposición normativa, es que se ha entendido que la competencia del *ad quem* se encuentra limitada a los puntos materia de inconformidad debidamente sustentados en la apelación interpuesta. Cabe resaltar que reiterada y pacíficamente, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia

ha insistido en que quien apela tiene la obligación de sustentar de manera clara y suficiente el recurso; y es por ello que el *ad quem* no puede asumir, de manera oficiosa, el estudio de materias no propuestas (CSJ SL2627-2021 y SL2245-2023).

Con base en lo indicado, se tiene que los problemas jurídicos a resolver consisten en: i) dilucidar si los bonos anuales pagados al trabajador constituían salario; ii) determinar si el salario devengado por el demandante se pactó bajo la modalidad de salario integral, como lo concluyó la a quo, o por el contrario, si dicha remuneración debe ser considerada como un salario ordinario como se solicita en el recurso interpuesto; accesoriamente, se debe establecer si es dable declarar la ineficacia de las cláusulas en las que se pactó el salario integral y se restó valor salarial a los bonos pagados al trabajador; iii) también se debe estudiar si hay lugar al pago de cesantías, intereses a las cesantías, primas de servicios, y a la indemnización por no consignación de las cesantías; iv) de igual manera, establecer si es procedente la compensación ordenada por la a quo frente a la condena por concepto de comisiones del año 2018; v) así como, analizar si hay lugar a la devolución de los descuentos realizados por concepto de retención en la fuente sobre el bono anual reconocido el demandante; vi) también se debe decidir si procede alguna reliquidación por los conceptos de vacaciones e indemnización por despido sin justa causa de las sumas calculadas por la a quo; vii) es necesario también resolver si se debe mantener la condena por concepto de indemnización moratoria, o si por el contrario, se debe absolver al demandado por haber actuado de buena fe; viii) se debe analizar si es procedente la condena a los aportes a seguridad social, y si es posible que el empleador descuente el porcentaje que se encontraría a cargo del trabajador durante la vigencia del contrato de trabajo y; ix) por último, establecer si esta es la oportunidad para modificar las costas procesales.

Planteada de esta forma la controversia, previo a abordar cada uno de los problemas jurídicos planteados que entre las partes, debe señalarse que no se discute la existencia de un contrato de trabajo que inició el 4 de junio de 2018 y finalizó el 31 de enero de 2019 por decisión unilateral y sin justa causa del empleador; tampoco se discute que los últimos cargos desempeñados por el demandante fueron los de gerente ventas institucionales y gerente venta empresa, en los que cumplió las mismas funciones que se resumen por la Sala en el cumplimiento de metas y objetivos planteados por la dirección de conformidad con las ventas presupuestadas anualmente, la implementación de estrategias comerciales, la coordinación del equipo de ventas, la coordinación y ejecución de estrategias de ventas para cumplir los presupuesto de ventas y de gastos asignados, entre otras. Lo anterior es así porque las partes lo reconocieron en sus escritos de demanda y contestación de la misma y además no fue un tema de apelación.

Factor Salarial de los bonos anuales

Aclarado lo anterior, por cuestiones metodológicas, se empieza entonces por resolver lo atinente al reproche que realiza el apoderado de la demandada con relación al reconocimiento del factor salarial de los bonos anuales, pues manifestó su inconformidad frente a los argumentos esbozados por la a quo para concluir que esos bonos o comisiones anuales tenían incidencia salarial. Para abordar el estudio de este punto, debe señalarse que, a lo largo del escrito de la demanda, se hace mención al pago de bonos anuales, prima de rendimiento anual, bonificaciones por cumplimiento de KPIS de productividad, entre otras denominaciones, para referirse a un pago que el empleador reconocía en favor del trabajador de forma anual.

Así se desprende de las pruebas aportadas al expediente, en particular las cartas a través de las cuales el empleador le comunicaba al trabajador el reconocimiento de estos valores o el pago de anticipos sobre los mismos, y también se comprende con lo manifestado por los testigos practicados: LORENZO ANTONIO MEDINA, MANUEL ORLANDO HERNÁNDEZ, ALEJANDRA RAMÍREZ y MARTÍN DARÍO CORREDOR quienes de forma unánime manifestaron ser o haber sido gerentes en diferentes áreas para la empresa demandada y refirieron que recibían un bono anual por el desempeño y cumplimiento de metas.

Para tal efecto, la Sala debe abordar necesariamente el estudio de este punto a partir de lo dispuesto en el artículo 127 del CST en virtud del cual constituye salario no sólo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino *“todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte”* de lo que sigue que, independientemente de la forma, denominación o instrumento jurídico que se utilice, si un pago se dirige a retribuir el trabajo prestado, es salario. Así lo recalcó la Corte Suprema de Justicia en la reciente providencia SL1610 con radicado 95136 del 11 de julio de 2023, en la que asentó: *“...el criterio conclusivo o de cierre de si un pago es o no salario, consiste en determinar si su entrega tiene como causa el trabajo prestado u ofrecido. De otra forma: si esa ventaja patrimonial se ha recibido como contraprestación a retribución del trabajo”* (resalta el original).

No importa, entonces, la figura jurídica o nominal utilizada en el contrato, ya que si lo percibido es consecuencia directa de la labor desempeñada o la mera disposición de la fuerza de trabajo, tendrá, en virtud del principio de la primacía de la realidad (artículo 53 CP), carácter salarial, a menos que: i) se trate de prestaciones sociales; ii) de sumas recibidas por el trabajador en dinero o en especie, no para su beneficio personal o enriquecer su patrimonio sino para desempeñar a cabalidad sus funciones; iii) se trate de sumas ocasionales y entregadas por mera liberalidad del empleador; iv) los pagos laborales que por disposición legal no son salario o que no poseen una propósito remunerativo, tales como el subsidio familiar, las indemnizaciones, los viáticos accidentales y permanentes, estos últimos en la parte destinada al transporte y representación; y v) *“los beneficios o auxilios habituales u*

ocasionales acordados convencional o contractualmente u otorgados en forma extralegal por el empleador, cuando las partes hayan dispuesto expresamente que no constituyen salario en dinero o en especie, tales como la alimentación, habitación o vestuario, las primas extralegales, de vacaciones, de servicios o de navidad” (artículo 128 CST).

Así las cosas, conforme la providencia citada, por regla general todo lo que recibe un trabajador por el desempeño de su actividad es salario, a menos que sea para el cabal desempeño de sus funciones, se trate de prestaciones sociales, de pagos ocasionales y por mera liberalidad del empleador, los que se realizan por disposición legal, y los que se pacten expresamente por las partes que no son salario. Sin embargo, para que dicho pacto o cláusula de exclusión salarial, sea tomado como tal, debe ser expreso, claro, preciso y detallado de los rubros o conceptos cobijados en él, ya que, de no ser así, pueden tener connotación salarial.

Al revisar los medios de prueba obrantes en el expediente, la Sala debe señalar que en ningún error incurrió la a quo al considerar que el bono anual que recibió el trabajador de forma anual constituía salario, pues los testigos practicados, que además manifestaron ocupar cargos gerenciales como el del demandante, expusieron de forma clara la forma en que anualmente recibían un bono de productividad que, si bien dependía del cumplimiento de metas globales, también tenía un componente individual, lo que indica que para causar el mismo era necesaria la prestación personal del servicio del trabajador (hoy demandante).

Aunado a lo anterior, cabe resaltar que, los testigos en forma general indicaron que el demandante siempre cumplió con sus metas lo que le permitió recibir cada año el bono ofrecido por la compañía, y particularmente el testigo LORENZO ANTONIO MEDINA manifestó que, en el último año (2018), el actor alcanzó a cumplir el 99% de las metas, y aunque dicho porcentaje le permitiría recibir una bonificación anual, la misma no fue pagada porque no se encontraba vinculado para la fecha en la que se reconocía la misma (marzo).

También se encuentra en el expediente una comunicación del mes de marzo de 2017 en la que la compañía manifestó lo siguiente: *“los bonos anuales de todos los ejecutivos de las empresas de Cencosud están compuestos por: - FRN (Factor de Resultados del Negocio): principales variables que definen el resultado del negocio, país, región para la cual trabajas. – FRI (Factor de Resultados Individuales): definido por los KPI’s específicos que en acuerdo con tu jefe, has definido para la gestión de tu cargo”*. Sobre esto, los testigos MARTÍN DARÍO CORREDOR y MANUEL ORLANDO HERNÁNDEZ, fueron claros en indicar que la bonificación anual dependía de esos dos componentes, un componente general que básicamente correspondía a los resultados propios del negocio y otro componente individual, en el que participaba el gerente y su propio equipo de trabajo. Estas afirmaciones, permiten evidenciar que las erogaciones reconocidas al demandante de forma anual si dependían de la prestación de su servicio.

En un caso de similares contornos, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estudió la naturaleza de unos pagos cuya causación dependía de variables grupales e institucionales y de metas colectivas alcanzadas para concluir que dichos pagos sí constituían salario, pues se encontraban *“supeditados al producido adicional, sobre las metas mínimas de ingresos netos exigidas”*; por tanto, indicó que al depender de sobrepasar un tope fijado en el plan de gestión comercial y que el salario variable estaba relacionado de forma directa con el trabajo realizado por las demandantes, en la realidad correspondían a comisiones que reunían todas las características de salario (SL 687 de 2022).

En idéntico sentido, en sentencia SL Rad. 33790 de 2010, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia recordó que *“el hecho de que los premios estén condicionados al logro de unas metas de ventas de un grupo específico no tiene la virtud de desfigurar el sello salarial de un pago, toda vez que su sola correspondencia con una gestión de grupo y no individual, no es título válido para desconocer que, en últimas y en realidad, es retributivo del trabajo particular de cada uno de los miembros que integran el grupo”*.

De suerte que, considerando los medios de prueba como los comprobantes de nómina, las cartas entregadas por el empleador y los testimonios practicados, se encuentra acreditado que el demandante percibía el pago de una bonificación que el empleador reconocía al finalizar el año, pago que constituía salario pues es claro que estaba atado directa y proporcionalmente al trabajo que desplegara el trabajador por el cumplimiento de metas de ventas de un grupo específico de trabajo.

Cabe resaltar que, tal y como lo indica el apoderado de la demandada, las partes estipularon expresamente en el otrosí de fecha 28 de noviembre de 2012, que el pago del bono anual no constituía salario, sin embargo, no puede soslayarse que el carácter remuneratorio de un pago no emana directamente de la ley, sino que en cada caso deben analizarse los elementos fácticos en aras de establecer cómo se consagró y si con él se retribuyen o no directamente los servicios prestados; es decir, la definición de lo que es factor salarial, corresponde a la forma como se desarrolla el vínculo laboral, y no a la existencia de un texto legal o convencional que lo consagre o excluya como tal, pues todo aquello que recibe el trabajador como contraprestación directa de su servicio, sin importar su denominación, es salario.

Sobre este aspecto, debe tenerse en cuenta también el principio de prevalencia de la realidad que permite anteponer la realidad a los papeles y que cita la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 1610 de 2023, para señalar que *“la simple suscripción del acuerdo de voluntades no se erige como obstáculo insalvable, que impida descubrir el carácter salarial de un beneficio o incentivo reconocido por el empleador, toda vez que, si se acredita que tal erogación halla venero en la prestación del servicio, la eficacia de tal pacto deviene seriamente comprometida”*.

De esta forma debe entenderse que, para determinar la verdadera naturaleza de un pago, no basta con que se entregue de manera habitual o que sea una suma fija o variable, sino que se debe examinar si su finalidad es remunerar de manera directa la actividad que realiza el asalariado. Como dijo la Corte en la sentencia atrás citada (SL 1610 de 2023), el criterio definitivo de si un pago es o no salario consiste en establecer si su entrega tiene como causa el trabajo realizado; y lo cierto aquí es que todas las pruebas aportadas al expediente permiten establecer con certeza, que el bono anual reconocido por CENCOSUD al demandante dependía de la prestación de sus servicios y, por tanto, constituía salario.

Finalmente, para concluir este punto, en atención a las diferentes denominaciones que el empleador le otorgó al pago de la bonificación anual, ya la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia analizó un caso en el que el empleador realizó esta misma práctica, y en dicha oportunidad señaló lo siguiente: *“El cambio en la denominación del pago no varía la naturaleza retributiva, de suerte que, como lo ha considerado la Corte en procesos análogos al presente... simplemente hubo una alteración del nombre pero no de las condiciones de trabajo ni de la forma de retribución de los servicios, pues es claro que los aludidos premios estaban atados directa y proporcionalmente al trabajo que desplegara el trabajador, toda vez que dependían de unas metas de ventas de un grupo específico de trabajo, circunstancia esta última que no desvirtúa el carácter salarial del pago... porque el hecho de que el pago responda a una gestión de grupo y no individual no impide considerar que, en últimas, en realidad se retribuya el trabajo particular de cada uno de los miembros que forman el grupo”* (SL Rad. 33790 de 2010) (subraya la Sala).

Suficientes resultan los anteriores argumentos para confirmar la decisión de la a quo con relación a este punto.

Modalidad del Salario

Continúa la Sala con el estudio del segundo problema jurídico, esto es, determinar si el salario devengado por el demandante era un salario integral, como lo concluyó la a quo o, por el contrario, si dicha remuneración debe ser considerada como un salario ordinario como se solicita en el recurso interpuesto. El argumento presentado por la apoderada del demandante para debatir este aspecto consiste en que el demandante nunca celebró un pacto de salario integral, ni expresó su voluntad en tal sentido, por tanto, asegura que el presunto pacto de exclusión salarial no existió.

Para resolver este aspecto, la Sala debe señalar desde ya que tampoco encuentra equivocados los argumentos expresados por la a quo; pues frente a este, fue el mismo demandante quien con el escrito de la demanda aportó el otrosí de fecha 28 de noviembre de 2012 en el que se estipuló que a partir de esa fecha devengaría un salario en la modalidad de integral por \$7.367.100. De manera que, aunque en el recurso de apelación se indicó que el otrosí fue

impuesto de forma unilateral por parte del empleador, lo cierto es que a lo largo del proceso no se acreditó ningún vicio del consentimiento en la suscripción del acuerdo por parte del trabajador, ni tampoco se orientó el proceso en tal sentido.

En todo caso, no puede desconocerse que la doctrina de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha entendido que el hecho de que el empleador presente ofertas o acuerdos al trabajador de forma unilateral no implica, per se, la invalidez de los mismos, pues al ser firmados por el trabajador, se entiende que acepta y se encuentra conforme con lo plasmado en el acuerdo. De lo que viene de decirse, se desestima también la petición en virtud de la cual la parte actora pretendía que se declarara la ineficacia de las cláusulas del pacto de salario integral, pues no existe prueba en el expediente que respalde tal solicitud. Diferente suerte corre el pacto de exclusión salarial del bono anual, pues la forma en que se realizaron los pagos en favor del trabajador, como ya se estudió ampliamente, conllevan a restarle validez a dicho acuerdo; sin que de ninguna manera la ineficacia de este convenio se extienda al pacto de salario integral por el simple hecho de estar ambos plasmados en el mismo documento; pues se trata de dos aspectos diferentes.

Por lo anterior, se confirmará la decisión de la a quo también con relación a este punto.

Del pago de las prestaciones sociales

Las resultas de los dos primeros problemas jurídicos, conllevan necesariamente a resolver el tercer punto propuesto de forma negativa, pues se trata de la solicitud de prestaciones sociales, específicamente del pago de cesantías, intereses a las cesantías, y primas de servicios con base en el factor salarial que se reconoció frente a los bonos anuales; no obstante, como bien lo indicó la a quo, la modalidad del salario pactado (salario integral) impide proferir condena alguna por estos conceptos, pues atendiendo a lo dispuesto en el artículo 132 del CST, esta forma de retribución tiene integrado el factor prestacional. De allí que no sea posible acceder a la solicitud de la parte actora.

Desde luego que, si no hay lugar al pago de prestaciones sociales, especialmente a las cesantías, tampoco puede existir fundamento para proferir condena alguna con relación a la indemnización moratoria contemplada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 por la no consignación de las cesantías a un fondo; además el demandante al absolver el interrogatorio de parte manifestó que el empleador pagó las cesantías hasta la fecha en que empezó a devengar un salario integral, hecho que ocurrió el 28 de noviembre de 2012 de acuerdo con el otrosí aportado al expediente. En estos términos, se confirmará la decisión de la a quo también en torno a este punto.

De la compensación de la condena del bono del año 2018

Pasa la Sala a resolver el cuarto problema jurídico, relacionado con la compensación concedida por la a quo frente a la condena del bono o las comisiones causadas por el demandante durante el año 2018. En este punto, la a quo encontró que las comisiones del demandante causadas durante el año 2018 ascienden a la suma de \$56.413.600, monto del cual autorizó el descuento de \$16.924.080 al ser un valor que fue reconocido por el empleador en la liquidación final del contrato de trabajo del demandante.

En efecto, al constatar la liquidación final de prestaciones sociales se advierte que el empleador le reconoció la suma antes señalada al trabajador por concepto de *“suma asignada mera liberalidad”*; misma que tuvo como finalidad ser *“un reconocimiento adicional a la indemnización a la que tenía derecho [el trabajador], la cual incluyó el lucro cesante y el daño emergente”* de acuerdo con lo indicado en la contestación de la demanda (hecho 15). Luego entonces, para la Sala es claro que ese pago no tiene ninguna relación con las comisiones o el bono causado por el trabajador en el año 2018 y por tanto no se debió proceder con la compensación de tales conceptos, máxime si se considera que con el escrito de contestación de la demanda no se propuso la excepción de compensación, la cual necesariamente debe ser invocada para su aplicación (artículo 282 CGP).

Por lo anterior, la Sala modificará de decisión de primera instancia en este aspecto, por cuanto ordenó la compensación de la condena por concepto de bonificación por la suma de \$56.413.600; suma que fue determinada por la a quo y cuyo monto no fue objeto de apelación; por lo que se dispondrá el reconocimiento y pago de la misma sin el descuento ordenado en primera instancia.

De la devolución de la retención en la fuente

Continuando con el quinto problema jurídico, encuentra la Sala que la apoderada del demandante reclama la devolución de los descuentos que realizó al trabajador por concepto de retención en la fuente. La apoderada indica que, al tratarse un asunto eminentemente laboral, no es posible dar aplicación a las normas contempladas en el estatuto tributario; por ello, considera que esos descuentos por concepto de retención en la fuente son ilegales porque nunca fueron autorizados por el trabajador.

Sobre este punto en particular, debe señalarse que la solicitud presentada por la parte actora no tiene vocación de prosperidad, pues la retención en la fuente se debe aplicar a todos aquellos ingresos que superan los montos definidos en la Ley, y se trata de dineros que no entran al patrimonio del empleador, sino que tienen una destinación particular pues van dirigidos a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN. Aunado a lo anterior, la Corte Suprema de Justicia ha señalado, entre otras en la SL 2973 de 2018 y la SL807 de 2023, que no es el proceso ordinario laboral el escenario

para ventilar y demandar devolución de impuestos que hayan sido deducidos, motivo por el cual se mantendrá la decisión de la a quo frente a este punto.

Reliquidación de vacaciones e indemnización por despido

La apoderada de la parte demandante también indica que no se encuentra de acuerdo con el cálculo realizado por la a quo frente a las vacaciones y la indemnización por despido sin justa causa; pretensiones a las que se accedió en la primera instancia.

La Sala encuentra que la solicitud de la recurrente no está llamada a prosperar, pues solicita una verificación de las sumas condenadas sin manifestar en qué aspecto puntual recaía su inconformidad y el presunto error del valor calculado por el juzgado, pues no especificó si disentía, por ejemplo del IBL que se tomó para el cálculo de las vacaciones y la indemnización, o si disentía del periodo liquidado; por lo que, al tratarse de acreencias laborales cuyo cálculo depende de varios factores como lo es la base de liquidación, el periodo reclamado e incluso el periodo no prescrito, era necesario que se expresara específicamente cuál era el error que, a su juicio, cometió la juez, para activar la competencia de esta Corporación y proceder con la comprobación del mismo, como esto no ocurrió se confirmará la sentencia de primera instancia en este aspecto.

De la indemnización moratoria (artículo 65 CST)

Con relación al séptimo problema jurídico, esto es si procede la indemnización moratoria contemplada en el artículo 65 del CST en los términos estipulados por la a quo, o si ésta se equivocó al valorar el actuar del empleador, la Sala debe recordar que bien es sabido que esta indemnización no es de aplicación automática, pues es necesario evaluar la conducta del empleador durante la relación laboral en lo concerniente a sus obligaciones y con el pago de las acreencias laborales y de seguridad social que por ley debe sufragar, y, en caso de encontrar atendibles las razones esgrimidas por aquel, podrá eximirlo del pago de esta indemnización.

En este tipo de situaciones, si bien la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha señalado que al pactar una cláusula contractual que le resta incidencia salarial a un auxilio o bonificación que, por las condiciones en que se paga, es claro que constituía factor salarial, el empleador no está actuando de buena fe y por lo tanto es procedente la condena de la indemnización contemplada en el artículo 65 del CST (CSJ SL 485-2019 y LS 3778 de 2022), lo cierto es que en este caso particular, como se demostró a lo largo de la sentencia, la demandada, reconoció el pago de las bonificaciones porque se había dado cumplimiento a los KPI's de productividad, para lo cual, tenía en cuenta el desempeño de cada uno de los grupos de la compañía.

De suerte que, con base en las directrices de la Corte Suprema de Justicia, la Sala encuentra que la conducta desplegada por el empleador en lo que tiene que ver con la sanción por falta de pago de salarios y prestaciones sociales, no puede enmarcarse automáticamente dentro del campo de la mala fe, pues si bien es cierto que durante la relación laboral el empleador le restó carácter salarial a un pago que era salario; no es menos cierto que actuó con el convencimiento de que se encontraba amparado por un verdadero pacto de exclusión salarial en virtud de lo dispuesto en el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo.

Además las bonificaciones reconocidas, de acuerdo al acervo probatorio analizado, eran otorgadas por el empleador teniendo en cuenta el cumplimiento de unos presupuestos de ventas en un porcentaje superior al establecido y particularmente por una gestión grupal, tan es así que la forma estipulada de reconocimiento y pago de esta bonificación, la cual solo se causaba si se alcanzaba por lo menos el 80% de los presupuestos de ventas, no le permitían al demandado considerar con total seguridad y certeza que las mismas tenían una connotación salarial; por esto, para la Sala es atendible que el empleador entendiera que esos pagos realmente consistían en bonificaciones excluidas del salario.

Aunado a lo ya mencionado, debe decirse que de conformidad con lo expresado por los testigos, el bono anual se pagaba a los trabajadores en el mes de marzo del año siguiente, sometiendo el pago del mismo a la vinculación del trabajador con la compañía. De allí que, si el contrato del trabajador finalizó el 31 de enero de 2019, el empleador entendiera razonablemente que no debía pagar la misma; por lo que no se evidencia un actuar de mala fe, pues a la terminación de contrato de trabajo, el empleador elaboró una liquidación final pagando los conceptos que creyó deber al trabajador e incluso reconoció el pago de una indemnización por mera liberalidad en suma de \$16.924.080.

Bajo ese entendido, se absolverá a la demandada del pago de la indemnización moratoria contemplada en el artículo 65 del CST, y en su lugar, se concederá la indexación de las sumas aquí condenadas para contrarrestar la depreciación de la moneda por el paso del tiempo.

De los aportes a Seguridad Social

Continuando con el octavo problema jurídico, se pasa a analizar si es procedente la condena de aportes a seguridad social en pensión y en salud, en caso de ser así, determinar si es posible que el empleador descuente el porcentaje que debió asumir trabajador durante la vigencia del contrato de trabajo. En este punto, debe señalarse que la sentencia de primera instancia solamente profirió condena por los aportes a pensión y no en salud, como se indicó en el recurso de apelación, por lo tanto, la Sala únicamente se referirá a los primeros.

Dicho lo anterior, la Sala considera que no se equivocó la a quo al condenar a la demandada al pago de aportes al sistema de seguridad social en pensión sobre las sumas que constituían

salario, pues los aportes al sistema de seguridad social se deben hacer con base en los pagos laborales y no existe justificación válida para excluirlos de la base de cotización; en este punto se confirmará la decisión de primera instancia.

Con relación a la solicitud que presenta el apoderado de la demandada para descontar del valor de los aportes el porcentaje que debió asumir el trabajador durante la relación laboral, debe indicarse que en un caso que guarda identidad fáctica con el que ahora se estudia, dentro de la sentencia SL4757 del 16 de octubre de 2019, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia indicó lo siguiente con relación a este tópico:

“En el caso, lo que hizo el Tribunal, fue encontrar que sí hubo pagos de carácter laboral y que no fueron reconocidos como tales por el empleador, lo que ocasionaba necesariamente una reliquidación de las acreencias laborales y los aportes al Sistema de Seguridad Social y en ese sentido se determinó la condena en entredicho.

Sin embargo, este no se equivocó cuando ordenó que el pago fuera hecho a instancias del empleador, puesto que eso es exactamente lo que se desprende del artículo 22 de la Ley 100 de 1993, misma norma que, conjuntamente, autoriza el descuento pertinente y automático de la porción del aporte que le corresponde al trabajador según la ley especial.

Todo ello resulta, además, concordante con el artículo 161 del mismo cuerpo legal que dispone, a su turno, que una de las obligaciones de los empleadores como integrantes del Sistema General de Seguridad Social en Salud, corresponde a contribuir al financiamiento del mismo a través del pago cumplido de los aportes y el descuento de «[...] las cotizaciones que corresponden a los trabajadores a su servicio» de sus ingresos laborales.

Luego, no se equivocó el Tribunal cuando ordenó al empleador el pago completo de los aportes al Sistema de Seguridad Social Integral de forma reajustada, lo que, en todo caso, en modo alguno supone que el trabajador quedara relevado de la obligación que le corresponde de concurrir con el pago de su parte en el mayor valor del aporte reconocido judicialmente a su favor. En este sentido, lo que encuentra la Sala es que, por el contrario, la reprochada interpretación errónea del artículo 22 de la Ley 100 de 1993 se hubiera producido si expresamente el juez de segunda instancia hubiera ordenado que el trabajador beneficiario quedaría eximido del pago de su parte en la cotización reajustada”. (resalta la Sala).

De manera que, es claro que aun en el evento en que el empleador deba cubrir la totalidad del pago de los aportes por la reliquidación del mismos, el trabajador debe concurrir con el pago de su parte, pues es claro que es éste quien finalmente se beneficiará de dichos aportes. Y es que la teleología de las normas de seguridad social establece el pago compartido de cotizaciones para el caso de los trabajadores dependientes, en donde tanto ellos como el empleador deben realizar los aportes con los que se financiarán las diferentes prestaciones del sistema. De allí que, una de las formas para dar cumplimiento a este tipo de circunstancias consiste en autorizar al empleador para que realice el pago del porcentaje a su cargo, esto es

el 75% del aporte, debiendo el trabajador concurrir al correspondiente fondo para cubrir el valor a su cargo, el 25% restante.

Con base en lo anterior, la Sala modificará la decisión de la a quo en el entendido de autorizar al empleador a descontar de los aportes a pensión condenados en primera instancia el porcentaje que le correspondía asumir al trabajador.

De las costas procesales

Finalmente, la apoderada de la demandante reprocha la estimación de las costas y agencias en derecho establecidas por la a quo. Sobre este punto, sea del caso decir que en virtud de lo dispuesto en el artículo 366 del CGP las costas y agencias deberán ser liquidadas de manera concentrada por el juzgado, y para la fijación de las agencias deberá aplicar las tarifas establecidas por el Consejo Superior de la Judicatura en el Acuerdo PSAA16-10554 del 5 de agosto de 2016 teniendo en cuenta la naturaleza del proceso, la calidad y duración de la gestión realizada por el apoderado de la demandante, la cuantía del proceso y las circunstancias especiales que en dicho acuerdo se establezcan. De manera que, esta no es la oportunidad procesal para liquidar las costas ni tampoco para controvertirlas, por tanto, el cuestionamiento es totalmente prematuro e impertinente en este momento procesal.

En consecuencia, no queda otro camino que revocar parcialmente la sentencia de primera instancia por las razones aquí expuestas. Así quedan resueltos los recursos de apelación.

COSTAS

Sin costas en esta instancia como quiera que ambos recursos prosperaron parcialmente.

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el punto 1 numeral PRIMERO de la sentencia proferida por el Juzgado Trece Laboral del Circuito de Bogotá el 26 de abril de 2022 dentro del proceso promovido por ALEJANDRO UCROS CONVERS contra CENCOSUD COLOMBIA S.A. en cuanto condenó a la demandada al pago de \$39.489.520 por concepto de comisiones del año 2018, en el sentido de condenar al pago de \$56.413.600 por este concepto de conformidad con lo dispuesto en la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO: REVOCAR el punto 4 del numeral PRIMERO de la sentencia proferida por el Juzgado Trece Laboral del Circuito de Bogotá el 26 de abril de 2022 en cuanto condenó a la demandada al pago de \$462.072.816 e intereses moratorios a partir del 1 de febrero de 2021 por concepto de indemnización moratoria, y en su lugar condenar a la indexación de las condenas impuestas de conformidad con lo dispuesto en la parte considerativa de esta providencia.

TERCERO: MODIFICAR el numeral SEGUNDO de la sentencia proferida por el Juzgado Trece Laboral del Circuito de Bogotá el 26 de abril de 2022 en cuanto condenó a la demandada al pago de los aportes a pensión al fondo PORVENIR S.A., en el sentido de autorizar al empleador para descontar del valor total de los aportes el porcentaje que debió asumir el trabajador de conformidad con lo dispuesto en la parte considerativa de esta providencia.

CUARTO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada.

QUINTO: Sin costas en esta instancia como quiera que ambos recursos prosperaron parcialmente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



RODRIGO AVALOS OSPINA

Magistrado



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA

Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Magistrado



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

Magistrado Ponente: **RODRIGO ÁVALOS OSPINA.**

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR GLORIA JANETH OSORIO VALENCIA contra AEROVÍAS DEL CONTINENTE AMERICANO AVIANCA S.A. Radicación No. 11001-31-05-024-**2018-00378-01.**

Bogotá D.C., treinta (30) de abril dos mil veinticuatro (2024), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

La demandante GLORIA JANETH OSORIO VALENCIA, por intermedio de apoderado judicial, instauró demanda ordinaria laboral en contra de la demandada atrás referida con el fin de que se condene al reconocimiento y pago de la nivelación salarial a la que tiene derecho desde el 1 de julio de 2015, fecha en la cual comenzó a regir la convención colectiva de trabajo 2015-2020 suscrita entre AVIANCA y las organizaciones sindicales SINTRA VA y SINDITRA; al pago de los saldos de salarios, cesantías, prestaciones sociales, primas de servicios y vacaciones que no han sido cancelados y que se derivan de la nivelación salarial; los intereses; lo que resulte probado *ultra y extra petita* y las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, manifiesta que se encuentra vinculada con la demandada mediante contrato de trabajo a término indefinido desde el 16 de agosto de 1989; que se desempeña en el cargo de despachador nivel 1; y que se encuentra afiliada a la organización sindical SINTRA VA desde el 1 de julio de 2002. Afirma que desde el año 2005, en virtud de un acuerdo convencional entre AVIANCA, SINTRA VA y SINDITRA se pactó un auxilio extralegal especial y un auxilio extralegal para los beneficiarios de la convención colectiva de trabajo 2005-2010; que estos auxilios se mantuvieron de la misma forma en la convención colectiva 2010-2015 en favor del personal sindicalizado; y que era beneficiaria de dichos auxilios convencionales.

Refiere que en el año 2015 nuevamente se suscribe la convención colectiva de trabajo entre las partes atrás mencionadas y en ella se “*convierten*” los auxilios extralegales en salario, mediante la figura de nivelación salarial. Asegura que esa nivelación salarial la discrimina por el hecho de tener el cargo de despachadora, pues a partir de la suscripción de dicha convención dejó de percibir la diferencia de salario por la nivelación salarial; así como también la diferencia de saldos de cesantías, prima legal,

primas convencionales (prima extralegal variable, prima de vacaciones, y prima de navidad); de igual manera, señala que se reconoció una compensación en dinero al personal sindicalizado que recibía dichos auxilios en cuantía de \$8.000.000 para el personal en tierra y \$20.000.000 para el personal de despachadores sindicalizados.

Por último, indica que mediante derechos de petición se solicitó a la demandada que reconociera la nivelación salarial mencionada a los despachadores; y que también se interpusieron acciones de tutela, las que indicaron que existía un mecanismo alternativo para reclamar la prestación legal que se pedía, esto es el proceso ordinario laboral.

Actuación procesal

El Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá admitió la demanda con auto del 30 de octubre de 2018, y ordenó la notificación de la demandada. Cumplido lo anterior, AVIANCA S.A. contestó la demanda a folio 373 del archivo “01 DEMANDA HASTA EL FOLIO 434”.

Sentencia de primera instancia

El juzgado de conocimiento en sentencia proferida el 25 de marzo de 2022 absolvió a la demandada AVIANCA S.A. de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por parte de la demandante; declaró probadas las excepciones de cobro de lo no debido, inexistencia de las obligaciones y falta de título y de causa en las pretensiones de la demanda; y condenó en costas a la parte demandante, fijando como agencias en derecho la suma de \$500.000.

En lo que interesa a la resolución del recurso, la a quo analizó los siguientes aspectos: inicialmente, en términos generales, se refirió a las disposiciones que regulan la celebración de convenciones colectivas de trabajo en nuestro ordenamiento jurídico, para señalar que a través de estas convenciones se fijan las condiciones que regirán los contratos de trabajo, mejorando las condiciones de empleo, la calidad de vida, la formación y la igualdad de los trabajadores, así como las medidas o arreglos encaminados a superar las caídas de las crisis económicas, proteger las fuentes de empleo y permitir la adaptabilidad de las empresas sin que en ningún caso se acepten normas que vulneren los derechos sociales.

Expuesto lo anterior, se refirió al acuerdo convencional suscrito entre la demandada y los sindicatos SINTRA y SINDITRA en el año 2005 para indicar que allí se incluyeron 2 prestaciones denominadas “*auxilio extra legal especial*” y “*auxilio extra legal*” para los trabajadores beneficiarios de la convención colectiva; beneficios que se extendieron en la convención colectiva de trabajo 2010-2015; y que posteriormente fueron eliminados en la convención colectiva de trabajo 2015-2020.

Refirió también que en esta última convención colectiva, se acordó una nivelación salarial para los trabajadores de tierra, excluyendo de dicha nivelación salarial de forma expresa al personal técnico, despachadores, auxiliares de vuelo y pilotos; y disponiendo el reconocimiento y pago de un bono por una única vez a los afiliados de los sindicatos atrás mencionados, bono que en el caso de la demandante correspondió a \$20.000.000.

Con todo lo anterior y luego de analizar los interrogatorios de parte practicados, concluyó que la presunta violación al derecho a la igualdad resulta infundada pues la eliminación de los auxilios convencionales y la nivelación salarial que se pactó para los trabajadores en tierra, pese a encontrarse regulados en el mismo cuerpo normativo, constituyen dos aspectos diferentes. Por un lado, la nivelación salarial obedeció a la diferencia que existía en el salario mínimo de ingreso de un trabajador de tierra como lo explicó el apoderado de la demandada en su interrogatorio, pues mientras que un trabajador en tierra devengaba el smlmv más una suma entre \$51.440 y \$60.091, los salarios de los despachadores oscilaban entre \$1.346.779 y \$2.662.666 que resultaban bastante superiores al salario mínimo.

Con lo anterior, la juez señaló que la demandante no puede aspirar a la nivelación salarial en idénticos términos del personal de tierra, pues el cargo que ella desempeña es completamente distinto, así como también las funciones, los requisitos de experiencia y formación, lo que ubica ambos cargos en planos completamente diferentes. Por tanto, resulta lógico que los trabajadores que prestan sus servicios en una empresa cuenten con una remuneración distinta atendiendo criterios objetivos como lo es el cargo, las funciones desarrolladas, el rol que desempeña al interior de la compañía, la formación académica, el nivel de responsabilidad propia, entre otras; circunstancias que justifican un trato diferenciado.

Señala la juez que a la misma conclusión se llega al revisar el segundo aspecto regulado en la convención colectiva 2015-2020 relacionado con la eliminación de los auxilios extralegales y el reconocimiento de una única suma, que en el caso de la demandante correspondió a \$20.000.000, como quiera que en la convención colectiva es posible la creación y supresión de determinados beneficios extralegales, pues así lo autorizan las disposiciones relacionadas con la denuncia de la convención colectiva y la revisión de la misma.

De esta forma, indicó que los negociadores de las convenciones colectivas, se encuentran investidos de plenos poderes para celebrar y suscribir en nombre de las partes que representan los acuerdos a los que se llegue en la etapa de arreglo directo, los cuales no son susceptibles de replanteamiento ni modificaciones en etapas posteriores del conflicto colectivo.

Por último, concluyó que la eliminación de los auxilios extra legales no se erige como una desmejora a las condiciones laborales de los trabajadores beneficiarios de la convención colectiva de trabajo, si se considera el pacto a título de compensación que se entregó a la trabajadora por la suma de \$20.000.000, con lo que se evidencia la clara intención del colectivo de trabajadores y los representantes del empleador de no perjudicar a sus empleados con la supresión intempestiva de los beneficios. Por lo expuesto, la a quo encontró justificada la nivelación salarial del personal de tierra, lo que la llevó a absolver a la demandada de las pretensiones incoadas en su contra.

Recursos de Apelación

La apoderada de la **demandante** presentó recurso de apelación en el que solicita que se revoque la sentencia proferida por el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito por la presunta vulneración y violación al derecho fundamental a la igualdad. Explica que el motivo de la demanda consistió en que AVIANCA fijó en la cláusula 36 del acuerdo convencional 2015-2020 celebrado con las

organizaciones sindicales SINTRA VA y SINDITRA condiciones de discriminación al establecer una nivelación salarial para el personal de tierra en la suma de \$505.167 sin incluir a la demandante por ocupar el cargo de despachador. De esta forma, señala que la sentencia apelada hace una indebida aplicación de los artículos 13, 53 y 25 de la Constitución Política, así como del artículo 10 del CST; pues afirma que la demandada no trató de forma igual o parecida a personas con situaciones iguales o parecidas.

Con relación a la nivelación salarial, precisa que en el expediente reposan los comprobantes de nómina del personal de tierra en los que se puede evidenciar que, al igual que la demandante, ellos percibían unos auxilios convencionales que fueron convertidos en salario, situación de la que fue excluida la actora, vulnerando así su derecho fundamental a la igualdad. Asegura entonces que el origen de la nivelación salarial fueron los auxilios convencionales, por lo tanto, ella también debe ser acreedora de la misma nivelación salarial.

Por otro lado, refiere que la libertad de los empleadores y los sindicatos para celebrar convenciones colectivas, tiene como límite los derechos, principios y valores constitucionales, y si bien se encuentran facultados para regular a través de la convención colectiva de trabajo aspectos concernientes a los intereses económicos de los trabajadores y empleadores, ello no significa que se puedan acordar cláusulas que lesionen los derechos a quienes poseen intereses singulares y dignos de protección. De esta forma, afirma que el empleador no puede escudarse en la libertad para convenir o contratar para imponer libremente su patrimonio y desconocer derechos, principios y valores constitucionales cuando frente a unas mismas situaciones de hecho se otorga un trato diferenciado que no tiene fundamento serio, objetivo y razonable.

Por último, refiere que la demandada ha quebrantado su propio Código de Ética al discriminar a la demandante y no permitirle ser beneficiaria de la nivelación salarial establecida en el artículo 36 de la convención colectiva de trabajo 2015-2020; decisión que, a su vez, va en contravía de lo dispuesto en la sentencia T-069 de 2015 en la que la Corte Constitucional previno a AVIANCA para que se abstuviera de celebrar pactos y convenciones colectivas fijando condiciones de trabajo que impliquen discriminación contra los trabajadores sindicalizados.

Alegatos ante este Tribunal (Ley 2213 de 2022).

Con auto del 27 de marzo de 2023 se admitió el recurso de apelación y se corrió el traslado a las partes para que presentaran los alegatos de conclusión; concurrió únicamente la demandante.

CONSIDERACIONES

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

Con base en lo indicado, se tiene que el problema jurídico a resolver consiste en dilucidar si la demandada AVIANCA S.A. vulneró el derecho a la igualdad de la demandante con la eliminación de los beneficios extralegales “*auxilio extra legal especial*” y “*auxilio extra legal*”, así como con la nivelación salarial establecida en el artículo 36 de la Convención Colectiva de Trabajo 2015-2020 para determinados trabajadores.

Planteada de esta forma la controversia, previo a abordar el estudio del problema jurídico propuesto, debe señalarse que en este asunto no se discute la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido que inició el 16 de agosto de 1989 y que se encuentra vigente; que la demandante se desempeña en el cargo de Despachador nivel I; que en la convención colectiva suscrita entre AVIANCA, SINTRAVAL y SINDITRA en el año 2005 se pactaron dos beneficios “*auxilio extra legal especial*” y “*auxilio extra legal*”; que en la convención de trabajo suscrita entre las mismas partes en el año 2010 se mantuvieron tales beneficios; de los que era beneficiaria la demandante; hechos que fueron aceptados pacíficamente por las partes, y que encuentran respaldo en los documentos aportados al expediente, particularmente la certificación laboral de fecha 20 de junio de 2018 expedida por la demandada, los textos de las convenciones colectivas suscritas entre AVIANCA y las organizaciones sindicales antes mencionados, y la certificación de afiliación del sindicato SINTRAVAL del 20 de junio de 2018.

Se empieza por señalar que el principio de igualdad se traduce en la garantía de que no se contemplen excepciones o privilegios para unas personas o grupos, respecto de otras que se encuentran en idénticas circunstancias. De manera que la real y efectiva igualdad consiste en aplicar la ley en cada una de las situaciones según las diferencias en que se encuentren los sujetos. La igualdad que consagra el artículo 13 de la Constitución Política tiene una concepción objetiva y no formal, puesto que se predica de la identidad de los iguales y de la diferencia entre los desiguales, esto es, autoriza un trato diferente si este es razonablemente justificado.

Debe igualmente considerarse que tanto el artículo 143 del CST como la Ley 1496 de 2011 establecieron condiciones de igualdad en el trabajo y reglas de no discriminación, permitiendo, a su vez, que, ante condiciones de aparente desigualdad, el empleador justifique las razones objetivas que hacen viable una eventual situación de diferenciación. En este contexto, cabe decir, que la igualdad no es un concepto absoluto ni mucho menos lineal, automático o “*formal*” (CSJ SL 1399-2019) que se agote en la mera comparación de dos situaciones de hecho, sino que merece el examen de las particularidades de cada caso con el propósito de predicar la igualdad entre iguales y la diferenciación entre distintos.

Atendiendo las particularidades del presente proceso, la Sala encuentra que, tal y como lo identificó la a quo en su sentencia, la demandante pone de presente dos circunstancias disímiles entre sí; de un lado se tiene que la demandante reprocha el hecho de que en la convención colectiva de trabajo 2015-2020 se haya eliminado dos auxilios extralegales, y por otro, que no haya sido incluida en la nivelación salarial que se realizó en favor de un grupo de trabajadores.

Para abordar el primer cuestionamiento se deben revisar las pruebas aportadas pues se trata de una circunstancia eminentemente fáctica y jurídica. En primer lugar, la Sala encuentra que se practicó el interrogatorio de parte del representante legal de la demandada, quien, entre otras cosas, manifestó

que los beneficios extralegales que se han creado en las convenciones colectivas, han sido el fruto de las negociaciones colectivas y la libertad contractual entre la compañía y las organizaciones sindicales. Así mismo refiere que, bajo esa misma libertad contractual, en el año 2015 se eliminaron unos beneficios que no tenían connotación salarial, pagando a los beneficiarios de los mismos, en su lugar, una suma dineraria única que para el caso de la demandante fue de \$20.000.000.

Al revisar los textos de las convenciones colectivas aportadas al expediente, se encuentra que en la convención 2005-2010 se incluyó bajo la denominación de cláusulas nuevas el “*auxilio extralegal y especial*” y el “*auxilio extralegal*”; mismos que se mantuvieron en la convención colectiva 2010-2015 en las cláusulas 132 y 133. Con posterioridad, en la convención colectiva 2015-2020 bajo el título “*bono único especial*” las partes estipularon que AVIANCA pagaría por una única vez a los afiliados de los sindicatos SINTRA VA y SINDITRA a 30 de junio de 2015 y que figuren en la relación de trabajadores a quienes se les realizó el descuento sindical por el departamento de nómina, en uno de los dos meses anteriores a la fecha citada, un bono único no constitutivo de salario de conformidad con lo dispuesto en el artículo 128 del CST; aclarando que “*este beneficio se otorga a cambio de los beneficios contenidos en las cláusulas 132 y 133, denominadas Auxilio ‘Extralegal y Especial’ y ‘Auxilio Extralegal’, las cuales desaparecen a partir de la entrada en vigencia del presente acuerdo convencional*”.

Seguidamente explicaron los criterios para el reconocimiento del bono señalando que los trabajadores que ocuparan el cargo de despachador o técnico recibirían un bono por \$20.000.000 y aquellos trabajadores que no ostentaran uno de estos cargos recibirían un bono de \$8.000.000. Circunstancia que en el presente asunto queda acreditado con lo manifestado por la demandante al absolver el interrogatorio de parte, pues reconoció que recibió la suma de \$20.000.000, aunque precisó que ese monto simplemente le fue consignado en su cuenta de nómina sin que ella hubiera autorizado la consignación.

Teniendo en cuenta lo anterior, la Sala debe señalar que la eliminación de las cláusulas que contemplaban determinados beneficios en favor de los trabajadores sindicalizados, no representa necesariamente una violación al principio de igualdad, pues este tipo de decisiones deviene acorde con las funciones y el contenido de este cuerpo normativo como instrumento de cooperación. Es importante recordar que la fuerza normativa que acompaña a las convenciones colectivas de trabajo se desprende del artículo 467 del Código Sustantivo de Trabajo, conforme al cual estos acuerdos se suscriben entre una o varias organizaciones de empleadores, por una parte, y una o varias agremiaciones de trabajadores, por la otra, “*para fijar las condiciones que regirán los contratos de trabajo durante su vigencia*”. De igual modo, encuentra asidero en el derecho fundamental a la negociación colectiva consagrado en el artículo 55 de la Constitución Política, y los Convenios 98, 151 y 154 de la OIT; así como en el principio de la autonomía de la voluntad, en virtud del cual los individuos y colectivos poseen la capacidad, en uso de su razón, de imponerse normas que regulen sus relaciones sociales.

De esta forma se ha entendido que la negociación colectiva y el producto de la misma, esto es la convención colectiva, cumplen en el ámbito laboral un propósito o función tridimensional: i) sirven para regular lo que tradicionalmente se conoce como las condiciones de trabajo, ii) las condiciones de empleo y iii) las relaciones entre los empleadores y las organizaciones de empleadores o sindicatos.

Puntualmente sobre la negociación colectiva y el contenido de las convenciones colectivas de trabajo, la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, atendiendo las disposiciones contenidas en los convenios 98, 151 y 154 de la OIT así como la recomendación 91, señaló en la sentencia SL 16811 con radicado No.52775 del 3 de octubre de 2017 que estas no solo versan sobre aspectos propios de los contratos de trabajo, tales como salarios, prestaciones, jornada de trabajo, vacaciones y las relaciones sindicatos-empleadores, sino que, adicionalmente, se extienden sobre todo el fenómeno empresarial.

Bajo ese entendido, la Corte indica en la sentencia antes mencionada que tanto empleadores como trabajadores guardan un interés común en lograr el crecimiento mutuo, y por consiguiente, los acuerdos colectivos *“pueden englobar otra grama amplia de temas (traslados, despidos, ascensos, contratación laboral, formación, procedimientos, intercambio de información, calidad de los servicios, entre otros), distinta a los que tradicionalmente han ocupado su epicentro negocial”*.

De manera que, atendiendo las nuevas formas de organización del trabajo, y las diferentes transformaciones jurídicas, sociales, tecnológicas y productivas a las que se enfrenta el mundo del trabajo; debe entenderse que los contratos colectivos en la actualidad se han convertido en una herramienta eficaz de cooperación y de cogestión de los aspectos que repercuten directa o indirectamente sobre el trabajo.

Por lo tanto, las estipulaciones de los acuerdos pueden comprender desde el establecimiento de mejores condiciones de trabajo y de empleo *“hasta aquellos arreglos encaminados a superar las caídas y las crisis económicas, proteger las fuentes de empleo y permitir la adaptabilidad de las empresas. Tal sería el caso de las cláusulas relativas al número de personas a contratar, supresión de puestos, traslados, entre otras medidas que dan cuenta del fin genuino de las convenciones colectivas de servir de instrumento de diálogo social para la edificación de relaciones de trabajo constructivas, cooperadas y estables, donde todos los interlocutores sociales puedan crecer y prosperar conjuntamente”* (SL 16811 de 2017).

Con base en lo anterior, a criterio de la Sala, no desacertó la a quo al concluir que la eliminación de las cláusulas de la convención colectiva 2015-2020 no constituía una desmejora de las condiciones laborales, por cuanto es claro que esta norma fue producto de la negociación colectiva entre el empleador y las organizaciones sindicales que representan a los trabajadores afiliados; aunado a ello debe tenerse presente que en virtud de lo dispuesto en el artículo 435 del CST los *“negociadores de los pliegos de peticiones deberán estar investidos de plenos poderes, que se presumen, para celebrar y suscribir en nombre de las partes que representan los Acuerdos a que lleguen en la etapa de arreglo directo”*. Lo anterior, significa que los negociadores del pliego se encuentran investidos de plenas facultades para dialogar o cerrar acuerdos en nombre de los trabajadores.

En la misma línea, debe considerarse que los beneficios eliminados en la negociación colectiva de trabajo, no constituían salario, de acuerdo con lo pactado en el texto inicial que dio origen a los mismos, y tampoco se solicitó su reconocimiento como tal en el presente proceso, luego entonces no se puede ni si quiera considerar una posible desmejora salarial.

Finalmente, con relación a este punto, no puede desconocerse que la demandante manifestó que aunque dejó de percibir los auxilios mencionados recibió a cambio la suma de \$20.000.000 de acuerdo con lo estipulado en la convención colectiva de trabajo, suma de dinero que no devolvió; y aunque en su interrogatorio refirió que intentó devolverlo, lo cierto es que esta afirmación no encuentra respaldo en ninguna otra prueba dentro del plenario, y es claro que la simple aserción de un hecho expresada por quien pretende beneficiarse del mismo, no es suficiente para tenerlo por cierto.

Esta circunstancia en particular, demuestra el interés de las partes que celebraron la convención colectiva, para que los trabajadores que percibían los auxilios eliminados, no se vieran afectados de forma intempestiva, siendo esta una manifestación perfectamente válida de la voluntad entre las partes en dicha oportunidad.

Ahora bien, con relación al segundo cuestionamiento, esto es la presunta nivelación salarial de la cual la demandante indica que fue excluida y por lo tanto discriminada, debe señalarse que al revisar la cláusula 36 de la convención colectiva de trabajo 2015-2020 la misma establece lo siguiente:

“CLAUSULA 36: Nivelación Salarial Trabajadores de Tierra: La empresa reconocerá exclusivamente a los trabajadores de tierra afiliados al 30 de junio de 2015 a los sindicatos SINDITRA y/o SINTRA, excepto el personal técnico Despachadores, Auxiliares de Vuelo y Pilotos por una sola vez, el 1 de julio de 2015, una nivelación salarial de QUINIENTOS CINCO MIL CIENTO SESENTA Y SIETE PESOS (\$505.167) sobre el salario de cada trabajador vigente al 30 de junio de 2015.

Para ser beneficiario de esta nivelación se requiere además de estar afiliado al 30 de junio de 2015, a los sindicatos Siditra y/o Sintrava, figurar en la relación de trabajadores a quienes se les realizó descuento sindical para Sintrava y/o Sinditra por el Departamento de Nómina, en uno de los dos últimos meses anteriores a la fecha antes indicada”.

Sobre este asunto en particular, el representante legal de la demandada también refirió que la exclusión contemplada en la norma antes descrita tenía una explicación, y era que estos 3 grupos de trabajadores (Despachadores, Auxiliares de Vuelo y Pilotos) tenían regulaciones especiales dentro de la compañía, pues se regían por un escalafón con diferentes niveles. Explicó que, la compañía advirtió que el escalafón más bajo, por ejemplo de los despachadores, tenía una remuneración cercana al \$1.300.000, mientras que el salario mínimo de contratación que devengaban muchos trabajadores en tierra, apenas superaba el salario mínimo; motivo por el cual la compañía consideró necesario incrementar dichos salarios; de allí que, la convención colectiva de trabajo fue clara en indicar que solamente se aplicaría la nivelación salarial al personal de tierra, precisando que se entendía por personal de tierra aquel cuyo salario era cercano al smlmv.

Las manifestaciones realizadas por el representante legal de la demandada encuentran respaldo en la misma convención colectiva de trabajo, en la cual se estableció un salario mínimo de contratación (artículo 38) fijando el mismo en 1 SMLMV más \$60.091; aunado a lo anterior, en la cláusula 43 ibidem se encuentran clasificados los salarios de los despachadores, iniciando en \$1.349.779 para el nivel más básico y \$2.662.736 para el más alto; siendo en total un escalafón de 5 niveles.

Estas pruebas demuestran que, el beneficio de nivelación salarial pactado en la convención colectiva 2015-2020 para los trabajadores con salarios más bajos, no puede asimilarse como muestra de un

trato discriminatorio con respecto de aquellos trabajadores con salarios superiores, como lo es el caso de la demandante; de modo que el trato desigual que la empresa demandada le dio a los trabajadores de tierra se encuentra en este preciso caso, objetivamente justificado. Y es que debe entenderse de esta manera pues es evidente que la voluntad de las partes que suscribieron la convención colectiva fue precisamente la de mejorar las condiciones laborales de un grupo de trabajadores cuya retribución apenas superaba el salario mínimo; de allí que resulte desacertada la tesis de la demandante al considerar que también debió beneficiarse de tal disposición.

Amén de lo anterior, es imperativo señalar que los comprobantes de nómina allegados al expediente sobre los trabajadores requeridos por la parte demandante, resultan ser impertinentes para respaldar una posible nivelación salarial, pues ninguno de los trabajadores ocupa el cargo de Despachador I, siendo este el desempeñado por la demandante. Al revisar cada uno de los comprobantes de nómina se advierte que los trabajadores allí relacionados ocupaban los siguientes cargos: Analistas métricas y costos, Auxiliar servicio, Lider de equipajes, Analista de venta de tiquetes, Secretaria, Analista, Negociador I, Coordinador de Servicios, Auxiliar Gestión Humana, Jefe de Turno, Coordinador de Auxiliares de Vuelo, Especialista de Payload Operacional 2, Analista Planeación de Entrena, Administrador de Operaciones Soc, y Coordinador MCC.

Cabe señalar que, aunque se advierte una diferencia de salario entre la demandante y los trabajadores que desempeñaron los cargos antes referenciados, no se encuentra acreditado en el expediente que el trabajo realizado por la demandante y aquellos haya sido igual o similar, desempeñado en puesto, jornada y condiciones de eficiencia también iguales, para poder concluir, más allá de toda duda razonable, que su labor debía ser retribuida en la misma cantidad; por lo que mal podría entenderse que se estaba ante una misma situación laboral o al menos comparable.

Finalmente, también debe decirse que, el hecho de que un empleador realice algún incremento salarial a trabajadores de la empresa mediante acuerdos privados, tal circunstancia per sé, no es un signo de discriminación o violación del derecho a la igualdad, salvo que se trate de trabajadores con una equivalencia en las condiciones de trabajo, desempeñando labores y funciones idénticas, que además sean ejercidas en iguales condiciones de eficiencia, cosa que no se acreditó en este asunto.

En consecuencia, no queda otro camino que confirmar la decisión de primera instancia. Así queda resuelto el recurso de apelación.

COSTAS

Costas en esta instancia a cargo de la parte demandante como quiera que el recurso no prosperó; se fijan como agencias en derecho la suma de \$600.000.

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá el 25 de marzo de 2022 dentro del proceso ordinario laboral promovido por GLORIA JANETH OSORIO VALENCIA contra AEROVÍAS DEL CONTINENTE AMERICANO AVIANCA S.A. de conformidad con lo dispuesto en la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO: Costas en esta instancia a cargo de la parte demandante como quiera que el recurso no prosperó; se fijan como agencias en derecho la suma de \$600.000.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



RODRIGO AVALOS OSPINA

Magistrado



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA

Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Magistrado



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

Magistrado Ponente: **RODRIGO ÁVALOS OSPINA.**

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR LUIS CARLOS MARTÍNEZ RODRÍGUEZ contra CENTRO NACIONAL DE ONCOLOGÍA SA. Radicación No. 11001-31-05-028-**2019-00244-01.**

Bogotá D.C., treinta (30) de abril dos mil veinticuatro (2024), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

EL demandante LUIS CARLOS MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, por intermedio de apoderado judicial, instauró demanda ordinaria laboral contra el CENTRO NACIONAL DE ONCOLOGÍA SA., para que se impartan las siguientes declaraciones y condenas; existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre el 12 de junio y el 28 de diciembre de 2018, pago del salario correspondiente al mes de diciembre de 2018, cesantías, sanción por en no pago de los intereses a las cesantías, prima de servicios, vacaciones, indemnización moratoria del art. 65 del CST, indexación, uso de las facultadas ultra y extra petita y las costas procesales.

Como hechos expone que se vinculó con la demandada mediante un contrato de trabajo a término indefinido el 12 de junio de 2018, para desempeñarse como médico de soporte oncológico, el salario pactado ascendió a \$3.800.000. El demandante dio por terminado el vínculo laboral el día 28 de diciembre de 2018. El 04 de enero de 2019 la IPS lo requiere para que allegue la renuncia, la cual radicó el día 11 de ese mes y año. Una vez finalizó el contrato solicitó el pago del salario de diciembre de 2018 y su liquidación de prestaciones, las que aún no se han cancelado.

Actuación procesal

El Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá admitió la demanda en auto del 14 de mayo de 2019, y ordenó la notificación de la demandada, quien contestó en los términos de los archivos 008, 009 y 011 del expediente digital.

Sentencia de primera instancia

El juzgado de conocimiento en sentencia proferida el 12 de mayo de 2022, declaró la existencia de un contrato de trabajo entre las partes, el que terminó el 28 de diciembre de 2018 por renuncia del trabajador. Ordenó a la demanda al pago del salario del mes de diciembre de 2018 en cuantía de \$3.546.666, y el pago de cesantías por \$2.079.444, de vacaciones por \$1.039.772, de los intereses a las cesantías por \$249.533, de la prima de servicios por \$2.079.444 y además condenó a la demanda al pago de la indemnización moratoria de que trata el art. 65 del CST, en cuantía de \$54.846.811. En cuanto al pago de las vacaciones y los intereses a las cesantías, ordenó que ellos se cancelen indexados e impuso como agencias en derecho a la llamada a juicio la suma de \$6.000.000.

En la sentencia no se discutió la existencia del contrato de trabajo, el extremo inicial de la relación ni el salario que devengó el trabajador, por lo que la Juez procedió con el estudio de la fecha del finiquito contractual, y para ello se remitió al hecho 7 de la demanda en el que se indicó que la relación laboral la terminó el trabajador por renuncia, punto que no fue controvertido por la demandada, al igual que lo relacionado con el último salario y las prestaciones sociales adeudadas. Por lo que procedió con los cálculos y las condenas respectivas. En cuanto a la indemnización de que trata el art. 65 del CST, la juez se refirió las excepciones planteadas por la pasiva (*crisis financiera y buena fe*) y luego de analizar las circunstancias del caso, consideró que la moratoria solicitada procedía entre la fecha del finiquito contractual (29 de diciembre de 2018) y el 11 de marzo de 2020, fecha en la se acreditó en el plenario que la IPS demandada había registrado en el su certificado de existencia y representación legal el proceso de liquidación en el que estaba inmersa.

Recurso de Apelación

La parte actora, indica en síntesis que no está de acuerdo con la forma en que se accedió a la indemnización por el no pago de salarios y prestaciones, porque no se aplicó el art. 65 del CST como corresponde. Además, aduce que a la fecha aún se adeuda el salario del mes de diciembre de 2018.

La parte demandada, Tampoco está de acuerdo con la condena de la indemnización moratoria, insiste en la imposibilidad de pago por estar en proceso de liquidación. Señala que si bien en el asunto la juez tuvo en cuenta la fecha en que la IPS inició el proceso de liquidación (04 de marzo de 2020) alega que esa data solo es un referente, al ser un hecho notorio que la crisis financiera del sector salud persistía para la época de la finalización del contrato de trabajo, por lo que considera que su actuar no es de mala fe, al punto que fue convocada a juicio y aceptó la existencia de las obligaciones endilgadas, además al trabajador se le invitó para que se hiciera presente en el proceso liquidatorio. Pide se tenga en cuenta que está impedida legalmente para hacer los pagos que procura el demandante, que conforme las reglas de la liquidación de la IPS, a ella no le es dable adelantar pagos en el proceso judicial y en el trámite de insolvencia legal.

Alegatos ante este Tribunal (Ley 2213 de 2022).

Con auto del 27 de marzo de 2023 se admitió el recurso de apelación y se corrió el traslado a las partes para que presentaran los alegatos de conclusión; los que ejercieron las partes, tal como se evidencia en el cuaderno 02SegundaInstancia.

CONSIDERACIONES

Esta Sala aborda el estudio del recurso de apelación en relación con los puntos expuestos por las partes, toda vez que ese es el alcance establecido por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, que adicionó el artículo 66A del C. P. T y S. S., así: *“La sentencia de segunda instancia deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación”*.

En ese orden, el problema jurídico en esta oportunidad, se contrae a determinar si resulta procedente imponer a la demandada condena por indemnización moratoria y cuál es su forma de delimitarla. De otro lado se analizará lo relacionado con la procedencia del salario del mes de diciembre de 2018, que se afirma en el recurso aún se adeuda.

Indemnización moratoria del art. 65 del CST

La norma en controversia dispone;

ARTICULO 65. INDEMNIZACIÓN POR FALTA DE PAGO.

<Texto original del inciso 1o. del Artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, vigente para los trabajadores que devenguen un (1) salario mínimo mensual vigente o menos:>

1. Si a la terminación del contrato, el {empleador} no paga al trabajador los salarios y prestaciones debidos, salvo los casos de retención autorizados por la ley o convenidos por las partes, debe pagar al asalariado, como indemnización, una suma igual al último salario diario por cada día de retardo.

<Artículo modificado por el artículo 29 de la Ley 789 de 2002. El nuevo texto es el siguiente:>

1. <Aparte tachado INEXEQUIBLE. Para los trabajadores que devenguen menos de un (1) salario mínimo mensual vigente, continúa vigente el texto que puede leerse en los párrafos anteriores, para los demás casos el nuevo texto es el siguiente:> Si a la terminación del contrato, el empleador no paga al trabajador los salarios y prestaciones debidas, salvo los casos de retención autorizados por la ley o convenidos por las partes, debe pagar al asalariado, como indemnización, una suma igual al último salario diario por cada día de retardo, hasta por veinticuatro (24) meses, o hasta cuando el pago se verifique si el período es menor. Si transcurridos veinticuatro (24) meses contados desde la fecha de terminación del contrato, el trabajador no ha iniciado su reclamación por la vía ordinaria ~~o si presentara la demanda, no ha habido pronunciamiento judicial~~, el empleador deberá pagar al trabajador intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Bancaria, a partir de la iniciación del mes veinticinco (25) hasta cuando el pago se verifique.

Dichos intereses los pagará el empleador sobre las sumas adeudadas al trabajador por concepto de salarios y prestaciones en dinero. (...)

Con relación a esta indemnización, se debe indicar que la norma consagra que, si a la terminación del contrato de trabajo el empleador no paga al trabajador los salarios y prestaciones debidas, salvo los casos de retención autorizados por la Ley o convenidos, debe pagar la sanción moratoria que allí se establece.

Adicionalmente la jurisprudencia ha incorporado otros elementos para configurar su procedencia, pues se ha expresado de vieja data que su aplicación no es automática ni inexorable, ya que su imposición depende de una conducta patronal ausente de buena fe. Para tal efecto, recientemente la doctrina del precedente vertical ha reiterado esta interpretación, entre otras, en la sentencia SL906 del 22 de febrero de 2021 dentro radicado N°81802 con ponencia del Magistrado Santander Rafael Brito Cuadrado en la cual precisó:

*“Con ese propósito, debe decirse que como bien lo tuvo en cuenta el Tribunal, esta Corte, en desarrollo de su función de interpretar las normas del trabajo y crear jurisprudencia, ha sostenido que **la sanción moratoria del artículo 65 del CST no es automática, por lo cual, el juez debe constatar si el demandado omitió suministrar elementos de persuasión que acrediten una conducta provista de buena fe...**”*

Dicho esto, La Sala se remite a los argumentos de defensa de la convocada a juicio para que se le exonere de ésta indemnización, los que consisten en la crisis financiera del sector salud y en su actuar de buena fe. Respecto del primer argumento, precisa La Sala que si bien existe

una generalidad en el país relacionada con la crisis por la que atraviesa el sistema de seguridad social en salud, tal como lo asevera la demandada, y que ello posiblemente ha incidido en el manejo de los recursos destinados para la prestación de servicios médicos en las entidades que participan en el sistema, lo cierto es que, la demandada en lo que respecta a esta manifestación se limitó únicamente a elevar esas aseveraciones sin demostrar su dicho, pues no ejerció en debida forma la carga que le impone el art. 167 del CGP, respecto a ese argumento de defensa, recuérdese que incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen. En consecuencia, en lo que respecta a este medio de defensa, la demandada no demostró esa insuficiencia financiera para la época del finiquito contractual, esto es para el 28 de diciembre de 2018.

De otra parte, el Centro Nacional de Oncología en Liquidación, refiere que debe ser exonerada de la indemnización moratoria aquí condenada, porque de conformidad con la Ley 1797 de 2016 - *por la cual se dictan disposiciones que regulan la operación del Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones*, artículo. 12¹, en el trámite liquidatorio existe una prelación de créditos, en las que se ubican las deudas laborales en primer puesto, por lo que alega que no se puede tener una condena por los mismos conceptos tanto en éste proceso como en el de la liquidación de la IPS.

Para responder a estos argumentos basta con acudir al archivo 17Pruebas.pdf en el que se observa que el aquí demandante fue tenido en cuenta en el acta No 00208C, por medio de la cual se procedió con la calificación y graduación de una acreencia oportunamente presentada con cargo a la masa del proceso liquidatorio del Centro Nacional de Oncología, y en la que Martínez Rodríguez, fue excluido, tal como se verifica a continuación;

El señor LUIS CARLOS MARTINEZ RODRIGUEZ, identificado con C.C. No. 1.022.363.548, presentó a través de apoderado, el Dr. William de la Rosa Correa, el día 28 de diciembre de 2020, de manera virtual, solicitud de reconocimiento de acreencia, correspondiéndole la radicación número 00208C.

De los documentos aportados por el reclamante y aquellos que de su vínculo con CENTRO NACIONAL DE ONCOLOGÍA S.A. – EN LIQUIDACIÓN reposan en la sociedad en liquidación se pudo verificar que el señor LUIS CARLOS MARTÍNEZ RODRIGUEZ, laboró como empleado de la sociedad ahora en liquidación.

¹ ARTÍCULO 12. PRELACIÓN DE CRÉDITOS EN LOS PROCESOS DE LIQUIDACIÓN DE LAS INSTITUCIONES PRESTADORAS DE SERVICIOS DE SALUD, (IPS), Y DE LAS ENTIDADES PROMOTORAS DE SALUD (EPS). <Aparte subrayado CONDICIONALMENTE exequible> En los procesos de liquidación de las Entidades Promotoras de Salud, incluso los que están en curso, e Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud se aplicará la siguiente prelación de créditos, previo el cubrimiento de los recursos adeudados al Fosyga o la entidad que haga sus veces si fuere el caso y los recursos relacionados con los mecánicos de redistribución de riesgo:
a) Deudas laborales;

Que de igual manera el reclamante **LUIS CARLOS MARTINEZ RODRIGUEZ**, presentó demanda judicial de carácter ordinario / declarativo ante la jurisdicción laboral sobre los mismos hechos y derechos en los que funda su reclamación a la liquidación, la cual cursa en el Juzgado 28 laboral del circuito de Bogotá, radicado número 11001310502820190024400, en la cual funge como parte demandada la sociedad en liquidación.

Que la anterior demanda no cuenta con Sentencia debidamente ejecutoriada que haya dirimido definitivamente los hechos y derechos reclamados en ella y a su vez haya impuesto las obligaciones correspondientes en cabeza de las partes procesales.

CAUSALES DE RECHAZO

6,1	OBLIGACIÓN LITIGIOSA: Se rechaza por cuanto en la actualidad se adelanta proceso judicial en contra de CENTRO NACIONAL DE ONCOLOGÍA S.A. – EN LIQUIDACIÓN , por lo cual dicha acreencia se encuentra sujeta a la decisión que se profiera dentro del mismo.	Artículo 100, numeral 8 del código general del Proceso.
6,3	CRÉDITO DOBLEMENTE RECLAMADO Crédito doblemente reclamado, en sede de liquidación y en sede judicial	

En virtud de lo anteriormente expuesto, la liquidadora de **CENTRO NACIONAL DE ONCOLOGÍA S.A – EN LIQUIDACIÓN**, decide:

1. **NO RECONOCER** la acreencia presentada por **LUIS CARLOS MARTINEZ RODRIGUEZ** identificado con C.C. 1.022.363.548, por las causales relacionadas en la presente acta.
2. Contra la presente decisión procede el recurso de reposición ante el liquidador de **CENTRO NACIONAL DE ONCOLOGÍA S.A. – EN LIQUIDACIÓN**, dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la notificación de la presente, a través de el correo electrónico acreencias.cno@gmail.com, o físicamente en la Calle 52 B No. 31-29 de la ciudad de Bucaramanga, Santander
3. Notificar de la presente decisión al reclamante por los medios que suministró al momento de presentar la acreencia.

Dado en Bucaramanga, Santander a los 21 días del mes de Abril del año 2021

En consecuencia, no es cierto si quiera que las acreencias del demandante hagan parte de la liquidación. Por lo que éste argumento tampoco está llamado a prosperar, a efectos de que la pasiva pueda exonerarse de la sanción impuesta. Es más, La Sala de la revisión del expediente, no ubica una sola prueba de la que se pueda inferir un actuar de buena fe por parte del Centro Nacional de Oncología en Liquidación, como quiera que ni las excepciones ni los alegatos del recurso permiten identificarla, sin que la crisis financiera aducida, sea un argumento válido a aplicar para la fecha en que finalizó el contrato. Recuérdese que las medidas adoptadas por la grave situación financiera de una empresa no sirven de excusa para eludir el pago de las acreencias laborales, y es por ello que no pueden ser exonerada de la sanción moratoria con ese argumento. Sobre el particular, ya la Corte Suprema de Justicia se

pronunció en esos términos, tal como ocurre en las sentencias SL504-2024², SL2205-2023, SL2756-2022, habiendo dicho puntualmente en la sentencia SL2216 del 22 de junio de 2022, dentro del radicado No.87176 con ponencia de Donald José Dix Ponnefz que;

“De acuerdo con lo señalado por esta Corporación, las medidas adoptadas por la grave situación financiera de la demandada, no sirven de excusa para eludir el pago de las acreencias laborales del actor, de modo que su actuar no estuvo revestido de buena fe para exonerarlo de la sanción moratoria”.

En consecuencia, la situación económica de una empresa no es excusa para sustraerse del pago de salarios y prestaciones sociales, máxime cuando en el asunto se advierte que esa evasión se causó desde el 29 de diciembre de 2018, y la demandada en consonancia con el certificado de existencia y representación legal que reposa en el archivo 17, conforme acta No 11 del 04 de marzo de 2020, con inscripción del 10 de marzo de ese año, decidió disolverse y dar trámite a su liquidación. Por tanto, para la Sala no es dable que la llamada a juicio ahora alegue su propia culpa en beneficio, y como la liquidación se dio un año, 2 meses y 12 días siguientes a la terminación del vínculo laboral, y como el extremo final de la sanción está acorde con la fecha de inicio de la liquidación, La Sala al no evidenciar justificación alguna para que el Centro Nacional de Oncología no asuma la indemnización moratoria por los extremos que estableció el A quo, concluye que la decisión apelada debe ser **confirmada**.

Salarios adeudados

Respecto a este punto de apelación, se tiene que el actor alegó que aún se adeuda el salario del mes de diciembre de 2018, sin embargo, de la revisión de la sentencia, se tiene que la juez tanto en la parte motiva como en la resolutive, hizo alusión a ese emolumento pendiente, tan así que en la sentencia se condenó a la demanda al pago del salario comprendido entre el 1 y el 28 de diciembre de 2018 en la suma de \$3.546.666, luego entonces no se entiende que es lo pretendido por el actor en relación con este concepto, en tanto se itera, la juez accedió al mismo, y como tampoco se objeta el valor de la suma condenada, la Sala se abstiene de revisarlo.

COSTAS

Las de primera se confirman. Sin costas en la instancia ante la improsperidad de los recursos, en consonancia con el art. 365 del CGP.

² La crisis financiera de una empresa no constituye por sí sola una conducta que justifique la falta de pago de los salarios y prestaciones, ni acredita la buena fe del empleador para exonerarlo de la sanción moratoria, debe probarse que dicha circunstancia le genera una insolvencia o iliquidez tal que le impide cumplir con sus obligaciones laborales.

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá el 12 de mayo de 2022, dentro del proceso promovido por PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR LUIS CARLOS MARTÍNEZ RODRÍGUEZ contra CENTRO NACIONAL DE ONCOLOGÍA S.A., de conformidad con lo dispuesto en la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS - Las de primera se confirman. Sin costas en la instancia ante la improsperidad de los recursos.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



RODRIGO AVALOS OSPINA

Magistrado



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Magistrado



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

Magistrado Ponente: **RODRIGO ÁVALOS OSPINA.**

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR JAIME ORLANDO PRIETO RODRÍGUEZ contra COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO SERVICOPAVA EN LIQUIDACIÓN y AEROVÍAS DEL CONTINENTE AMERICANO - AVIANCA. Radicación No. 11001-31-05-038-**2020-00043**-01.

Bogotá D.C., treinta (30) de abril dos mil veinticuatro (2024), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

El demandante JAIME ORLANDO PRIETO RODRÍGUEZ, por intermedio de apoderado judicial, instauró demanda ordinaria laboral en contra de las demandadas atrás referidas con el fin de que se declare la existencia de un contrato realidad con la COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO SERVICOPAVA EN LIQUIDACIÓN que inició el 1 de marzo de 2007; que se encuentra vigente hasta la fecha en que se realice el reintegro laboral; que las demandadas son solidariamente responsables en la relación laboral, de los derechos laborales e indemnizaciones adeudadas al actor; que se declare que el demandante gozaba de la protección a la estabilidad laboral reforzada por salud al encontrarse calificado con una enfermedad de origen laboral; y que el despido fue ineficaz y sin justa causa.

Como consecuencia de lo anterior, que se condene a las demandadas al reintegro laboral y sin desmejoramiento de las condiciones laborales, al pago indexado de salarios y prestaciones sociales desde la fecha de desvinculación hasta la fecha del reintegro; al pago de la indemnización contemplada en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997; al pago de las cesantías pendientes de pago y la indemnización moratoria contemplada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990; a lo que resulte probado *ultra y extra petita* y a las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, manifestó que el 1 de marzo de 2007 suscribió un contrato denominado convenio de asociación con SERVICOPAVA; que el último cargo desempeñado

en la empresa fue el de auxiliar conductor; que SERVICOPAVA prestó servicios en favor de AVIANCA, por lo cual son solidariamente responsables; que también recibía instrucciones laborales del personal de AVIANCA, y que esta última le brindó capacitación. Afirma que ejecutó la labor encomendada de manera personal, atendiendo las instrucciones del empleador y con los vehículos y herramientas suministradas por AVIANCA; que el último salario devengado fue de \$1.107.338, el cual fue pagado por quincenas vencidas; y que el 14 de septiembre de 2017 le fue comunicada la suspensión transitoria de su contrato sin mediar un debido proceso, ni contar con la autorización del Ministerio del Trabajo.

También refiere que el 21 de octubre de 2017 recibió una citación a su correo electrónico por parte de la firma HECHT HARRISON y SERVICOPAVA; que asistió a la reunión convocada en la cual recibió un ofrecimiento de \$32.800.000 por su desvinculación, el que rechazó argumentando que se encontraba calificado con enfermedades de origen laboral por parte de la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ, que tenía restricciones médicas y que pertenecía al sindicato; que recibió una nueva citación para el día 1 de diciembre de 2017, en la cual recibió un ofrecimiento económico más bajo por su renuncia, en razón de \$28.000.000 el cual rechazó nuevamente.

Asegura que el 27 de noviembre de 2017 fue citado por el departamento jurídico de SERVICOPAVA, en donde le informaron que su contrato se dio por terminado mediante la resolución interna número 947; de igual manera, señala que al recibir su liquidación final de prestaciones sociales solicitó verbalmente la carta para retirar las cesantías de los años anteriores sin recibir respuesta positiva alguna; que durante toda la relación de trabajo no recibió ningún tipo de llamado de atención o sanción disciplinaria; que con posterioridad al despido continuó el proceso de calificación de pérdida de capacidad laboral la cual fue calificada en primera instancia por parte de la ARL POSITIVA, quién dictaminó una calificación de 10.6% la cual fue apelada y se encuentra en trámite de segunda instancia; por último, indica que durante toda la relación laboral le fue exigido portar un carnet de identificación de AVIANCA.

Actuación procesal

El Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá admitió la demanda con auto del 31 de enero de 2020, y ordenó la notificación de las demandadas. Cumplido lo anterior, AVIANCA contestó la demanda en los términos del archivo “02ContestacionAvianca20200818”; por su parte SERVICOPAVA no contestó la demanda, tal y como se indicó en auto del 18 de enero de 2022.

Sentencia de primera instancia

El juzgado de conocimiento en sentencia proferida el 16 de mayo de 2022 absolvió a las demandadas de todas y cada una de las pretensiones formuladas en su contra; y condenó al demandante al pago de las costas fijando como agencias en derecho la suma de \$500.000.

En lo que interesa a la resolución del recurso, el a quo discurrió en la existencia del contrato de trabajo y sus extremos. En este punto, precisó que, pese a la forma en que se manejaron los interrogatorios de parte y los alegatos de conclusión en donde se intentó orientar el proceso a declarar como verdadero empleador a AVIANCA, lo cierto es que el tenor literal de las pretensiones de la demanda demuestran que lo que se reclama es la declaratoria de un contrato de trabajo realidad con SERVICOPAVA y no con AVIANCA.

De esta forma, se refirió a los elementos configurativos de un contrato de trabajo de conformidad con lo dispuesto en los artículos 22 y 23 del Código Sustantivo del Trabajo, y luego de analizar las pruebas, indicó que aunque se acredita la prestación personal del servicio por parte del demandante a SERVICOPAVA, no surge, desde el escenario en el que se plantea la demanda, que esta demandada fuera la que le daba órdenes en los términos del artículo 23 *ibídem*.

También señaló que, el hecho de que al demandante se le exigiera el cumplimiento de un determinado horario y le impartieran instrucciones para cumplir con su labor, ello, por sí solo no implicaba la existencia de una relación subordinada, pues el actor, en el convenio de trabajo asociado suscrito con SERVICOPAVA, se comprometió a acatar los reglamentos de la cooperativa dentro del marco de la autonomía y la autogestión propia de este tipo de entidades.

En ese contexto, indicó que, a pesar de que se insinúa, de alguna manera, que la actividad del demandante se desarrollaba bajo órdenes o instrucciones de AVIANCA, tales consideraciones no coinciden con las pretensiones de la demanda, en donde se identificó a esta demandada como una responsable solidaria, por haber sido beneficiaria de una obra o labor contratada. Las anteriores consideraciones, llevaron al juez a determinar que las pruebas acreditaban un vínculo como trabajador asociado, en el cual el demandante realizó una solicitud para vincularse a la cooperativa demandada, y prestó sus servicios bajo dicho esquema desde el año 2007 hasta el año 2017, fecha esta última en la cual operó la desvinculación bajo el esquema asociativo.

Recurso de Apelación

El apoderado del **demandante** presentó recurso de apelación en el que indica que en el expediente se encuentra acreditado que el demandante laboró aparentemente como trabajador de la empresa SERVICOPAVA, pero aseguró que las labores desde el año 2007 y hasta el año 2017 siempre fueron realizadas en las instalaciones del aeropuerto el dorado al servicio

de AVIANCA. De esta forma, resalta que el demandante se encontraba sometido a la subordinación por parte de AVIANCA quien le daba órdenes, imponía horarios, dictaba capacitaciones, y le daba herramientas de trabajo, de allí que era evidente la preponderancia de la empresa AVIANCA, por lo que, no resulta atendible que en la contestación de la demanda, esta indique que no tuvo ninguna injerencia en los servicios prestados por el demandante. También resaltó que, aunque el demandante suscribió un contrato de trabajo (sic) con SERVICOPAVA tuvo como referencia a la empresa AVIANCA quien actuó como su verdadero empleador.

Por último, se refirió a las resoluciones emitidas por las direcciones territoriales del Ministerio del Trabajo a través de las cuales se sancionó a AVIANCA y SERVICOPAVA por tercerización o intermediación ilegal, e indicó que no se encontraba de acuerdo con la decisión del a quo, pues, a su juicio, si existen pruebas determinantes para establecer que existió una relación laboral entre AVIANCA y el demandante.

Alegatos ante este Tribunal (Ley 2213 de 2022).

Con auto del 27 de marzo de 2023 se admitió el recurso de apelación y se corrió el traslado a las partes para que presentaran los alegatos de conclusión; concurrieron únicamente las demandadas.

CONSIDERACIONES

De conformidad con lo preceptuado en el artículo 35 de la Ley 712 de 2001 esta Sala de Decisión emprende el estudio de los puntos de inconformidad planteados por el recurrente en el momento de interponer y sustentar el recurso ante el juez de primera instancia, como quiera que el fallo que se profiera tiene que estar en consonancia con tales materias, sin que le sea permitido al Tribunal abordar temas distintos de estos. Con base en esta disposición normativa, es que se ha entendido que la competencia del *ad quem* se encuentra limitada a los puntos materia de inconformidad debidamente sustentados en la apelación interpuesta. Cabe resaltar que reiterada y pacíficamente, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha insistido en que quien apela tiene la obligación de sustentar de manera clara y suficiente el recurso; y es por ello que el *ad quem* no puede asumir, de manera oficiosa, el estudio de materias no propuestas (CSJ SL2627-2021 y SL2245-2023).

También es cierto que la ley dispone que la sustentación del recurso tiene que ser la estrictamente necesaria, sin que sean necesarios discursos extensos y detallados para que se entienda cumplida esta exigencia, pero es claro que cuando en la demanda se formulan varias pretensiones, unas independientes de las otras, y el juez absuelve de todas, la responsabilidad del recurrente es señalar cada una las pretensiones que pretende sean estudiadas por el superior, y en ese orden puede referirse a todas o solo a algunas de ellas, evento este último

en el cual el *ad quem* solo está obligado a revisar los puntos explícitamente planteados y comprendidos dentro del recurso, sin que la mención posterior de los omitidos inicialmente habilite su estudio.

Con base en lo indicado, se tiene que el problema jurídico a resolver consiste en dilucidar si el actor acreditó, como lo afirma en su recurso, la existencia de un contrato de trabajo realidad con la demandada AVIANCA en virtud del principio de primacía de la realidad sobre las formalidades dispuesto en el artículo 53 de la Constitución Política.

Con ese entendimiento se tiene que el apoderado del demandante en su recurso se limita exclusivamente a controvertir el hecho que el a quo, no hubiera encontrado acreditada la existencia de un contrato de trabajo entre el demandante y la demandada AVIANCA, pues a su juicio, en el expediente se encuentra plenamente acreditada esta circunstancia. Sobre este punto específico, la Sala debe señalar que no es posible realizar algún pronunciamiento en esta instancia, como quiera que el aspecto apelado no fue solicitado en el escrito inicial de la demanda, pues como bien lo señaló el a quo en su sentencia, lo solicitado por el demandante fue la declaratoria de un contrato de trabajo realidad con la demandada SERVICOPAVA y no con la demandada AVIANCA, de la que únicamente reclamó una responsabilidad de tipo solidaria.

Para comprender mejor este punto, nótese que la pretensión primera declarativa dice expresamente lo siguiente: *“Que se declare la existencia de un Contrato Realidad, celebrado entre el señor JAIME ORLANDO PRIETO RODRÍGUEZ mayor de edad identificado con cédula No.79.579.213 de Bogotá y la Empresa Demandada COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO (sic) COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO SERVICOPAVA”*; a su vez, la pretensión cuarta declarativa indica *“Que se declare que la Empresa Demandada AEROVÍAS DEL CONTINENTE AMERICADO S.A. AVIANCA. y la representante legal señora: IRMA YANETH PINZÓN GUIZA, identificada con Cédula de Ciudadanía Número: 51.759.454, son solidariamente responsables del pago a los derechos laborales e indemnizaciones adeudadas a favor del Señor JAIME ORLANDO PRIETO RODRÍGUEZ”*, de donde se puede evidenciar que en el escrito de la demanda no se solicitó la declaratoria de un contrato de trabajo entre el demandante y la demandada AVIANCA.

Sobre esta circunstancia en particular, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1576 dentro del radicado No.59380 del 9 de mayo de 2018 indicó lo siguiente:

“Y en sentencia CSJ SL360-2018, respecto a los hechos que hacen parte del proceso, la Sala precisó:

“Debe recordar la Corte que los hechos de un proceso son los expresados por las partes en la demanda y su contestación, o en las oportunidades procesales en la que tanto la una como la otra permiten ser modificadas, pero que una vez adquieren su

calidad de piezas procesales definitivas, no pueden ser variadas por las partes a su arbitrio, por violentar en uno u otro caso el principio del debido proceso que permea toda actuación judicial.

“Adicionalmente, en torno a la finalidad de la etapa de fijación del litigio en el proceso y las facultades de las partes en la misma, resulta relevante traer a colación el criterio precisado en la sentencia CSJ SL 25844, 13 sep. 2006, que fue reiterado en la sentencia CSJ SL9013-2017, así:

“Además, obviamente que el sentenciador, al revisar toda la actuación procesal surtida, tendrá que ceñirse a lo plasmado en la audiencia de conciliación, y a la forma como quedó en definitiva la fijación del litigio, conforme con el artículo 77 del C. P. del T. y la S. S., modificado por el 39 de la Ley 712 de 2001.

*“Pero, esa última etapa procesal, tal cual lo prevé la citada normatividad, tiene por finalidad que el juez del conocimiento requiera a las partes y a sus apoderados “..para que determinen los hechos en que están de acuerdo y que fueren susceptibles de prueba de confesión, los cuales declarará probados mediante auto en el cual desechará las pruebas pedidas que versen sobre los mismos hechos, así como las pretensiones y excepciones que queden excluidas como resultado de la conciliación parcial..”, y “..si lo considera necesario las requerirá para que allí mismo aclaren y precisen las pretensiones de la demanda y las excepciones de mérito..”. En consecuencia, **no se trata de una oportunidad procesal para modificar, variar, enmendar o corregir la demanda, sino que en esa fase de fijación del litigio se descubren los puntos sobre los cuales versa el proceso, al desechar las reclamaciones conciliadas y los hechos admitidos expresamente por las partes, caso este en el cual, tales pretensiones y tales hechos no serán objeto final del pronunciamiento judicial, por haber quedado fuera de controversia; mientras que los aspectos pendientes, serán decididos en la correspondiente sentencia, pero obviamente con sujeción a la demanda, su reforma y a la respuesta de la parte accionada, vale decir, sin salirse de esos límites impuestos legalmente.**” (resalta la Sala).*

Postura reiterada más recientemente en sentencia SL444 de radicado No.97822 del 19 de febrero de 2024, en la que esa Alta Corporación señaló: *“Lo expuesto quiere decir que en la fijación del litigio se registran los aspectos pendientes entre las partes, que deben decidirse en la sentencia, con sujeción, eso sí, a la demanda, su reforma (en caso de existir) y a la respuesta de la accionada, sin exceder los límites fijados por la ley”.* En el presente asunto, no se puede desconocer que el a quo, en la etapa de fijación del litigio indicó expresamente que le mismo versaría sobre los hechos de la demanda y la contestación; decisión que no fue objeto de recurso alguno. Así mismo, en la etapa de práctica de pruebas, puntualmente cuando se realizó el interrogatorio de parte al representante legal de AVIANCA, el a quo le recordó al apoderado del demandante que lo solicitado en la demanda era la existencia de un contrato de trabajo realidad con SERVICOPAVA y no con AVIANCA, aclaración frente a la cual el apoderado del demandante no realizó ninguna manifestación en contra y continuó con el interrogatorio.

De lo que viene de decirse, la Sala no encuentra que el a quo haya incurrido en algún error, pues de conformidad con el principio de congruencia, que debe regir los asuntos en materia laboral, la sentencia debe estar acorde con los hechos y pretensiones del escrito inicial, las excepciones propuestas o probadas, según el caso, y los hechos fijados por el a quo en la correspondiente etapa; situación que esta Sala encuentra cumplida, no siendo el recurso de apelación el momento procesal adecuado para reformar la demanda y plantear pretensiones diferentes a las inicialmente solicitadas. Sobre este punto, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia también indicó que: *“esa regla procesal en salvaguarda del debido proceso y el derecho de defensa proscribire que el juez en su decisión varíe la causa petendi con la introducción de hechos nuevos o modifique el petitum de la demanda o los medios exceptivos propuestos por la contraparte”* (CSJ SL3144 de 2021 reiterada en SL455 de 2024).

Las anteriores consideraciones resultan suficientes para entender que lo solicitado por el apelante constituye una nueva pretensión, que por supuesto no es posible estudiar en esta instancia. Adicionalmente, no puede perderse de vista que cada proceso es único y las cargas probatorias no pueden suplirse de forma automática por la existencia de procesos análogos con similitud de partes y pretensiones; de allí que es indispensable analizar cada proceso bajo los parámetros señalados en el artículo 61 del CPTSS, que dispone que el juez no está sujeto a tarifa legal, por tanto, formará libremente su convencimiento, inspirándose en los principios científicos que informan la crítica de la prueba y atendiendo las circunstancias relevantes del pleito y la conducta procesal observada por las partes.

Así queda resuelto el recurso interpuesto.

COSTAS

Costas en esta instancia a cargo del demandante porque el recurso no prosperó, se fijan como agencias en derecho la suma de \$500.000.

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá el 16 de mayo de 2022 dentro del proceso promovido por JAIME ORLANDO PRIETO RODRÍGUEZ contra COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO

SERVICOPAVA EN LIQUIDACIÓN y AEROVÍAS DEL CONTINENTE AMERICANO
- AVIANCA de conformidad con lo dispuesto en la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO: Costas en esta instancia a cargo del demandante porque el recurso no prosperó,
se fijan como agencias en derecho la suma de \$500.000.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



RODRIGO AVALOS OSPINA

Magistrado



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA

Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Magistrado



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

Magistrado Ponente: **RODRIGO ÁVALOS OSPINA.**

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR LINA JACQUELINE MUNEVAR, RUBEN DARIO AVELLA MUNEVAR, DIANA MARGARITA AVELLA MUNEVAR, MIGUEL ANGEL AVELLA MUNEVAR, LEONARDO STEVEN AVELLA MUNEVAR, (EN CALIDAD DE CONYUGE E HIJOS DEL TRABAJADOR RUBEN DARIO AVELLA BARRERO – Q.E.P.D.) contra FUNDACIÓN UNIVERSITARIA SAN MARTIN. Radicación No. 11001-31-05-005-**2018-00091**-01.

Bogotá D.C., treinta (30) de abril dos mil veinticuatro (2024), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente;

SENTENCIA

LINA JACQUELINE MUNEVAR, RUBEN DARIO AVELLA MUNEVAR, DIANA MARGARITA AVELLA MUNEVAR, MIGUEL ANGEL AVELLA MUNEVAR, LEONARDO STEVEN AVELLA MUNEVAR, (*EN CALIDAD DE CONYUGE E HIJOS DEL TRABAJADOR RUBEN DARIO AVELLA BARRERO – Q.E.P.D.*) demandan a la FUNDACIÓN UNIVERSITARIA SAN MARTIN, para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas en el expediente digital, así;

- Existencia de un contrato de trabajo entre la demandada y Rubén Darío Avella Barrero (*q.e.p.d.*) desde el 15 de diciembre de 1981 y el 15 de febrero de 2015.
- Auxilio de cesantías entre el 15 de diciembre de 1981 y el 15 de febrero de 2015 – bajo el régimen tradicional.
- Intereses a las cesantías entre el 15 de diciembre de 1981 y el 15 de febrero de 2015.
- Vacaciones entre el 15 de diciembre de 1981 y el 15 de febrero de 2015.
- Prima de servicios entre el 15 de diciembre de 1981 y el 15 de febrero de 2015.
- Cálculo actuarial entre el 15 de diciembre de 1981 y el 15 de febrero de 2015.
- Aportes al sistema a la seguridad social por los mismos ciclos.
- Salarios entre el 01 de septiembre de 2014 y el 15 de febrero de 2015.

- Indemnizaciones de los art. 64 y 65 del CST.
- Indemnización por el no pago oportuno de los intereses a las cesantías.
- Intereses de mora por las sumas condenadas.
- Uso de las facultades ultra y extra petita.

Como hechos se expone que Rubén Darío Avella Barrero, se vinculó con la demandada mediante contrato de trabajo a término indefinido el día 15 de febrero de 2015, quien ejerció diferentes cargos en la Universidad, como el de Tesorero, Decano de diferentes facultades, secretario Académico, entre otros. Durante la vinculación laboral, no se le pagaron cesantías, intereses a las cesantías, vacaciones ni prima de servicios, tampoco se hizo el pago de aportes al sistema de seguridad social. Entre septiembre de 2014 a febrero de 2015 la demandada dejó de pagar salarios. La Universidad no pasó el preaviso para la terminación del contrato de trabajo. En el año 2015 la demandada no volvió a suministrar elementos de trabajo, por lo que el trabajador elevó derecho de petición, en la que pidió se aclare su situación laboral, la cual fue resuelta el 03 de junio de ese año, donde se le dijo que la Institución estaba imposibilitada legalmente en virtud de la Resolución 00841 y 001702 de enero y febrero de ese año. El 04 de septiembre de 2015 reclamó a la Universidad el pago de salarios y prestaciones adeudados. Debió elevar una acción de tutela para que la demandada diera información de la vinculación laboral. Aduce que no existe ninguna comunicación que de cuenta de por terminada la relación laboral. Nunca se acogió al régimen de cesantías previsto en la Ley 50 de 1990. Vivía en Bogotá y laboraba en Zipaquirá por lo que se le deben viáticos permanentes. Rubén Darío falleció el 06 de noviembre de 2015.

Actuación procesal

El Juzgado Quinto Laboral del Circuito admitió la demanda en auto del 17 de mayo de 2018 contra las llamadas a juicio, quien contestó a través de curador tal como se verifica en el pdf 012 del expediente digital.

Sentencia de primera instancia

El A quo en sentencia del 28 de febrero de 2022, condenó a la FUNDACIÓN UNIVERSITARIA SAN MARTÍN, a pagar a favor de la sucesión de RUBEN DARÍO AVELLA BARRERO la suma de \$67.310.869 por concepto de auxilio de cesantías - régimen tradicional, suma que debía ser indexada al momento del pago teniendo en cuenta como IPC inicial el mes de julio de 2014 y como IPC final el mes anterior al que se efectúe su pago. Condenó a la FUNDACIÓN UNIVERSITARIA SAN MARTÍN, a pagar a nombre de RUBEN DARÍO AVELLA BARRERO, los aportes a pensión a partir del 1 de enero del 2000 y hasta el 31 de julio del 2014 teniendo en cuenta como IBC el de \$1.824.768 para el año 2000, \$1.916.006 para los años 2001 y 2002 y \$2.069.286 para los años 2003 al 2014.

Absolvió a la llamada a juicio de las demás pretensiones de la demanda y la condenó en costas en \$3.000.000.

El juez llegó a esa determinación al colegir que entre Rubén Darío Avella Barrero y la demandada existió un único contrato de trabajo a término indefinido entre el 15 de diciembre de 1981 y el 31 de julio de 2014, los extremos temporales y modalidad contractual los estableció con las diferentes certificaciones laborales y de pagos, expedidas por la Universidad, aclaró que la prestación del servicio no se demostró hasta febrero de 2015, por lo que se tuvo en cuenta el último desprendible que obraba en el expediente (*julio 31 de 2014*).

Luego el Juez procedió a analizar los derechos que prosperaban y correspondían a la sucesión del trabajador Avella Barrero, para lo cual estudio primero las disposiciones prevista en el art. 94 del CGP, la que el juez no considera procedente aplicar en material laboral en consonancia con lo sentando en sentencia con radicado 4336 de junio 31 de 1991, Rad 7343 de mayo 15 de 1995 y el radicado 38010 del 02 de julio de 2014 que rememoró una sentencia del 23 de abril de 1985, donde la Corte Suprema de Justicia señala que los efectos o sanciones procesales que prevé el art. 90 del CPC hoy 94 del CGP no se emplean en materia laboral en observancia del principio de gratuidad, por lo que una vez admitida la demanda la excepción de prescripción se considera interrumpida.

Dicho esto y al retornar a los derechos prescritos conforme las normas que gobiernan los derechos laborales (*art. 488 del CST y art 151 del CPTSS*), el A quo se remitió al 31 de julio de 2014 (*último pago y fecha en la que dio por terminado el contrato de trabajo*) para precisar que el trabajador contaba hasta el 31 de julio de 2017 para demandar, quien reclamó el 11 de mayo de 2015 (*lo que interrumpió la prescripción por un lapso igual*) y como la demanda se presentó el 11 de mayo de 2018, el juez dijo que la prescripción se interrumpió pero únicamente sobre los derechos reclamos en el año 2015 (*esto es, cesantías, viáticos entre enero de 2013 a marzo de 2015 y salarios de septiembre de 2014 a marzo de 2015*), entonces, al no haber prueba de viáticos, ni de salarios porque no había evidencia de que el contrato se hubiese extendido más allá de julio de 2014, el Juez procedió con el estudio de las cesantías, prestación a la que accedió y calculó conforme el régimen anterior de las cesantías al no encontrar en el expediente prueba de que el trabajador se hubiese acogido al sistema de cesantías anualizado, y ordenó su pago indexado, oportunidad en la que compenso las cesantías pagadas en los años 1982 y 1983.

Finalmente, en cuanto a los aportes a seguridad social, el juez indicó que si bien el trabajador falleció y su conyugue también, lo cierto era, que si llegase a existir un derecho consolidado, las mesadas causadas y no pagadas daban lugar a que los herederos la cobraran. Por lo que condenó los ciclos comprendidos entre el 01 de enero de 2000 al 31 de julio de 2014.

Recurso de apelación;

Parte actora; Considera que se ha debido acceder a la indemnización por el no pago oportuno de las prestaciones sociales así como a la indemnización por la terminación del contrato de trabajo sin justa causa, teniendo en cuenta que según carta que milita a folio 94 del 14 de agosto de 2009, se puede interpretar como terminación del contrato la que dice *“nuestra institución no es ajena a esta realidad, motivo por el cual nos vemos avocados a suspender la retribución que hasta la fecha veníamos efectuándole”*

Parte demandada; No está de acuerdo con el criterio del Juez respecto a la inaplicabilidad del art. 94 del CGP, pues también hay sentencias como la SL 1068-2021, 1533-2018, 943-2019 y 8716-2014 en las que la SL CSJ analiza y aplica el actual art. 94 del CGP, en consecuencia, como en en el asunto la demanda se notificó un año después de haberse proferido el auto admisorio, la condena al pago de las cesantías se debe modificar. En cuanto a los otros derechos reclamados, alega que ellos no fueron objeto de la primera reclamación (*sanción del art. 64 CST*) el art. 94 del CGP también afecta las cesantías.

Alegatos ante este Tribunal (Ley 2213 de 2022).

Dentro de la oportunidad respectiva las partes hicieron uso de la oportunidad de presentar alegatos en la instancia.

CONSIDERACIONES

Esta Sala aborda el estudio del recurso de apelación en relación con los puntos expuestos por las partes, toda vez que ese es el alcance establecido por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, que adicionó el artículo 66A del C. P. T y S. S., así: *“La sentencia de segunda instancia deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación”*. En ese orden, el problema jurídico en esta oportunidad, se contrae a determinar i) si prospera la excepción de prescripción descrita en el art. 94 del CGP y si hay lugar a imponer las sanciones que prevén los art. 64 y 65 del CST.

En el proceso no se controvierte que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido, cuyos extremos están comprendidos entre el 15 de diciembre de 1981 hasta el 31 de julio de 2014, tal como se advierte de las diferentes documentales que obran en folios 17 a 34 de la carpeta expediente unificado, en las que se evidencia que Rubén Darío fue administrador de la Clínica de Fontibón de la Universidad, Auditor Académico, Coordinador Académico, Tesorero General, Coordinador de la Facultad de Optometría y Secretario del Plenum de la demandada, pues así se extrae de las respectivas certificaciones.

Por lo que procede La Sala a estudiar los puntos de apelación, para lo cual, abordara en primera medida lo relacionado con la excepción de prescripción que prevé el art. 94 del CGP, que propuso la demandada. La norma en controversia, dispone:

“ARTÍCULO 94. INTERRUPCIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN, INOPERANCIA DE LA CADUCIDAD Y CONSTITUCIÓN EN MORA. La presentación de la demanda interrumpe el término para la prescripción e impide que se produzca la caducidad **siempre que el auto admisorio de aquella o el mandamiento ejecutivo se notifique al demandado dentro del término de un (1) año contado a partir del día siguiente a la notificación de tales providencias al demandante.** Pasado este término, los mencionados efectos solo se producirán con la notificación al demandado”. (negrita fuera de texto).

Sobre este punto, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL2756 del 07 de noviembre de 2023, en un proceso también adelantado contra la aquí demandada FUNDACIÓN UNIVERSITARIA SAN MARTÍN, en la que rememoro la sentencia SL 3355 de 2022, expuso;

“De otro lado, la opositora asegura que, en todo caso, la prescripción sí se configuró con fundamento en el artículo 94 del CGP, toda vez que el auto admisorio de la demanda inicial le fue notificado más de un año después de haber sido proferido.

[...]

La interrupción de la prescripción a que alude la disposición examinada tiene plena cabida en los juicios del trabajo, y así lo ha aceptado la jurisprudencia de esta Corporación (CSJ SL308-2021, CSJ SL8716-2014 y CSJ SL, 12 feb. 2004, rad. 21062, entre otras). Con todo, ha sido enfática la Corte en que su aplicación no es automática, habida cuenta de que será necesario «examinar si la tardanza en la notificación del auto admisorio de la demanda se debió a la negligencia de la actora, si fue ocasionada por las órdenes del director del proceso, o si fue consecuencia de la conducta procesal observada por la demandada» (CSJ SL2156-2020).

Ello es así, en la medida en que el accionante que actúe de manera diligente y oportuna a reclamar ante la justicia «no se puede ver perjudicado por circunstancias ajenas a su voluntad, ni recibir igual trato de quien no ha actuado bajo esos criterios» (CSJ SL308-2021).

En tales condiciones, es cierto que entre la fecha en que el juzgado publicó en estado el auto admisorio de la demanda –3 de septiembre de 2014– y la de la notificación de dicha providencia a la pasiva -27 de octubre de 2015 (f.º 119), transcurrió más de un año, exactamente 1 año y 54 días.

Con todo, de ese tiempo hay que excluir los períodos en los que no dependía de la demandante el impulso del proceso, como se muestra a continuación: (...)

Así las cosas y conforme a lo señalado por esta Sala en la jurisprudencia ya citada, no se pueden desconocer las actuaciones surtidas en el asunto y, como independientemente de las adelantadas por el juzgado al acceder a la petición de nulidad y del emplazamiento de la casacionista, se acredita que la opositora cumplió el procedimiento de que tratan los artículos 315 y 320 del CPC que para la época regía, pues informó de la existencia del proceso y el auto admisorio de la acción a

la pasiva, antes de fenecer el año de que trata el artículo 94 del CGP conforme su aplicación analógica en los términos del 145 CPTSS” (negrita fuera de texto)

Dicho esto y al descender al plenario, encuentra la Sala que la demanda fue admitida en auto del 17 de mayo de 2018 (archivo 003 del expediente digital); y en el archivo 004, militan las constancias de entrega de la notificación realizadas a la llamada a juicio, en consonancia con los artículos 291 y 292 del CGP, documentales en las que la empresa de correspondencia, certifica que los días 08 de junio y 03 de agosto de 2018, la Fundación Universitaria San Martín, fue notificada del auto admisorio de la demanda, *(esto es, dentro del año siguiente a la fecha en que se profirió el auto admisorio)*, además se tiene certeza conforme lo certificado por la empresa de correspondencia Itdexpress que la demandada se enteró en su dirección de correspondencia de la existencia de este proceso en esas fechas. Y estas constancias fueron radicadas en el juzgado el día 17 de agosto de 2018.

Luego de esto, se observa un memorial de impulso procesal del 06 de marzo de 2019, en el que la parte actora solicita se siga con el trámite del proceso, el día 29 de mayo de 2019, el juzgado requirió a la parte actora, para que hiciera otra vez la notificación por aviso, para que en esa oportunidad le precisara a la Universidad lo previsto en el art. 29 del CPTSS, esto es, que le informara a la Institución que si no comparecía al Juzgado en los 10 días siguientes a la notificación, se le designaría un curador ad litem, ya que esa advertencia no se hizo en la notificación del 01 de agosto de 2018.

Después de esta actuación, obra memorial radicado en el juzgado el día 03 de febrero de 2020, en el que el extremo activo informa de la muerte del apoderado, la que ocurrió el 08 de junio de 2019, y confieren poder a un nuevo abogado. Mediante correo electrónico del 6 de agosto de 2020, los demandantes piden el impulso del proceso, para lo cual se debía reconocer personería al nuevo abogado y compartir el expediente digitalizado, por lo que el juzgado profiere el auto del 23 de noviembre de 2020, en el que dispone;

*“AUTORIZA la aplicación de los artículos 6 y 8 del decreto 806 de 2020. En tal sentido, **la parte interesada deberá enviar la demanda, anexos y copia de esta providencia a la dirección electrónica** que suministre el interesado para la realización de la notificación. El interesado afirmará bajo la gravedad del juramento, que la dirección electrónica utilizada para el envío de demanda, anexos y auto admisorio corresponde al utilizado por la persona a notificar, informará la forma de cómo la obtuvo y allegará las evidencias correspondientes, particularmente las comunicaciones remitidas a la persona por notificar.*

*El interesado también deberá informar **el canal digital** donde deben ser notificadas las partes, sus representantes y apoderados, los testigos, peritos y cualquier tercero que deba ser citado al proceso.*

Lo anterior para dar plena eficacia al derecho fundamental al acceso real a la administración de justicia y también para dar prevalencia al derecho sustancial sobre el formal. En efecto, dada la actual emergencia sanitaria este juzgado no está agendando citas presenciales para que los demandados se notifiquen del auto

admisorio de la demandada, por lo que la regulación de tránsito legislativo en materia procesal establecida en el artículo 624 del Código General del Proceso, no cumple con la finalidad que la norma persigue dada la situación de anormalidad que padece la nación”.

Requerimientos a los que se dio cumplimiento en correo electrónico del 23/03/2021 9:14 AM., archivos 10 y 11 del expediente digital. Y en correo electrónico del Jue 15/04/2021 5:00 PM, se allegó al juzgado contestación de la demanda 2018-091 Fundación Universitaria San Martín (*pdf 12 del expediente*), oportunidad en la que se propuso como excepción de mérito la de prescripción, conforme lo previsto en los artículos 488 y 489 del CST y lo establecido en el art. 94 del CGP.

Efectuado todo este recuento, la Sala no puede arribar a conclusión distinta a la que llegó el A quo, en cuanto a que los efectos del artículo 94 del CGP no operan en el asunto, pues como ya se expuso, en el expediente está probado que el extremo activo de la litis adelantó con diligencia las actuaciones a cargo, ya que independientemente del término que el proceso estuvo al despacho, las decisiones que adoptó el juez como director del proceso, e incluso la suspensión de términos que se generó con ocasión de la pandemia, para los meses de marzo a junio del año 2020, se tiene que ello de ninguna manera puede afectar la diligente actividad que en término adelantaron los demandantes, para enterar a la Universidad de la existencia de este proceso, es más, en el expediente resulta tan evidente la entrega a la demandada de las notificaciones previstas en los artículos 291 y 292 del CGP antes de fenecer el año de que trata el artículo 94 *ibidem*, que Universidad ni siquiera desconoció la existencia de ellas, no negó la realización de esas diligencias, ni tampoco censuró las certificaciones expedidas por la empresa de correos.

Y es por estas razones que se confirma la decisión del A quo, como quiera que **la demanda fue admitida en auto del 17 de mayo de 2018** y las notificaciones de los artículos 291 y 292 del CGP, conforme las certificaciones de la empresa de correspondencia se hicieron los días **08 de junio y 03 de agosto de 2018**, esto es, dentro del año siguiente al auto admisorio de la demanda, y como la Universidad no dijo nada en relación a lo resuelto con la prescripción de los art. 488 del CST y 151 del CPTSS, La Sala no se pronunciará sobre ellos.

Indemnización del artículo 64 del CST

Al respecto, se tiene que al tenor de lo dispuesto en el artículo 167 del CGP y lo dicho sobre el tema por la Corte Suprema de Justicia (*Sentencia SL3278-2022*), corresponde al trabajador probar el despido y al empleador la justa causa para darlo por terminado y en tratándose de renuncia del trabajador por causa imputable al empleador, corresponde aquel demostrar las causas que motivaron su desvinculación. En igual sentido, el párrafo del artículo 62 y el artículo 66 ambos del CST, establecen que la parte que termina el contrato de trabajo debe manifestar a la otra al momento de la extinción del vínculo, la causal o motivo de esa determinación, sin que con posterioridad puedan alegarse motivos o causales distintas. Ahora, para resolver el recurso de apelación, se tiene que el extremo promotor del proceso pide se

tenga en cuenta lo expuesto por la demandada al trabajador el 14 de agosto de 2009 a folio 94, en la que se indica a Rubén Darío Avella que;

La situación actual como es conocida por usted, crisis financiera, cierre de exportaciones, disminución en el sector productivo etc, ha afectado diferentes sectores de la sociedad. Nuestra Institución no es ajena a esta realidad, motivo por el cual nos vemos abocados a suspender la retribución que hasta la fecha veníamos efectuándole.

Reciba de mi parte y del Plenum de la Institución todos nuestros agradecimientos por su acompañamiento y esperamos, en un futuro próximo, contar de nuevo con su concurso una vez superemos este trance económico.

Esta documental se ubicó en el archivo pdf 12 – pág. 104 de la contestación de la demanda, sin que la misma puede ser tenida en cuenta como carta de despido de Avella Barrero, primero porque lo único que nos informa es que se va a hacer una suspensión de una retribución que al parecer la Institución educativa hacia al trabajador, pero no da cuenta de que clase de retribución se habla, además, aquí se declara la existencia de una sola relación laboral desde el año de 1981 hasta el año 2014, y el documento que se pretende tener en cuenta para acceder a esta indemnización data del año 2009, el cual de todas formas resulta insuficiente para evidenciar la voluntad de la demandada de dar por finalizado un contrato de trabajo.

De otra parte, al revisar la Sala el resto de las documentales, es de precisar que, en la relación de las 29 documentales expuestas en la demanda, nada se encuentra en relación a una carta de despido, ni tampoco de la revisión de la carpeta titulada expediente unificado, por lo que en el asunto no se acreditaron los presupuestos del art. 167 del CGT y del art 64 del CST para que se pudiese acceder a la indemnización deprecada.

Indemnización moratoria del art. 65 del CST

Finalmente, con relación a la indemnización de que trata el artículo 65 del CST, sea lo primero indicar que en el mismo se consagra que si a la terminación del contrato de trabajo el empleador no paga al trabajador los salarios y prestaciones debidas, salvo los casos de retención autorizados por la Ley o convenidos, debe pagar la sanción moratoria que allí se establece.

Adicionalmente la jurisprudencia ha incorporado otros elementos para configurar su procedencia, pues se ha expresado de vieja data que su aplicación no es automática ni inexorable, ya que su imposición depende de una conducta patronal ausente de buena fe. Para tal efecto, recientemente la doctrina del precedente vertical ha reiterado esta interpretación,

entre otras, en la sentencia SL906 del 22 de febrero de 2021 dentro radicado N°81802 con ponencia del Magistrado Santander Rafael Brito Cuadrado en la cual precisó:

*“Con ese propósito, debe decirse que como bien lo tuvo en cuenta el Tribunal, esta Corte, en desarrollo de su función de interpretar las normas del trabajo y crear jurisprudencia, ha sostenido que **la sanción moratoria del artículo 65 del CST no es automática, por lo cual, el juez debe constatar si el demandado omitió suministrar elementos de persuasión que acrediten una conducta provista de buena fe...**”*

Nótese entonces que no existe ninguna prueba en el expediente de la que se pueda inferir un actuar fue de buena fe por parte de la Institución Educativa llamada a juicio, como quiera que, su único argumento para justificar la falta de pago de las prestaciones sociales es que las partes siempre estuvieron atadas bajo un contrato de prestación de servicios, manifestación que reiteró en la contestación de la demanda pero que en sus certificaciones expone otra realidad, esto es, la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido, además de alegar una crisis financiera que, como ya se indicó en diferentes oportunidades, no resulta ser válida para eximirse del pago de prestaciones sociales o las indemnizaciones que su omisión conlleva. Así lo reiteró la ya citada sentencia SL2216 del 22 de junio de 2022 dentro del radicado No.87176 con ponencia de Donald José Dix Ponnetz en donde la Corte expuso lo siguiente frente a la defensa presentada por la FUNDACIÓN UNIVERSITARIA SAN MARTÍN:

“De acuerdo con lo señalado por esta Corporación, las medidas adoptadas por la grave situación financiera de la demandada, no sirven de excusa para eludir el pago de las acreencias laborales del actor, de modo que su actuar no estuvo revestido de buena fe para exonerarlo de la sanción moratoria”.

Así, de la apreciación de esta circunstancia, es claro para La Sala que, el actuar de la demandada no puede enmarcarse en el ámbito de la buena fe, y por consiguiente la indemnización moratoria por el no pago de prestaciones sociales (*las cesantías*) a la terminación de la relación laboral en los términos señalados en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, hace procedente la imposición de esta condena. Sin embargo, como la terminación del vínculo laboral (*31 de julio de 2014*) se dio en vigencia del artículo 29 de la Ley 789 de 2002, además de que el salario del trabajador era superior al mínimo legal y la demanda se presentó después de los 24 meses posteriores a la finalización de la relación laboral, 12 de febrero de 2018 (*acta de reparto archivo 002*), la Sala en consonancia con lo establecido por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, al fijar la interpretación correcta de la aplicación del art. 65 del CST, en sentencia del 6 de mayo de 2010 con el radicado N°36577, ratificada en la sentencia SL1005 del 17 de marzo del 2021 radicación No 80991 con ponencia del Magistrado Jorge Luis Quiroz Alemán expresó:

“... No obstante las notorias deficiencias en la redacción de la norma, esta Sala de la Corte entiende que la intención del legislador fue la de establecer un límite temporal a la indemnización moratoria originalmente concebida por el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, de tal suerte que, como regla general, durante los

veinticuatro (24) meses posteriores a la extinción del vínculo jurídico el empleador incumplido deberá pagar una suma igual al último salario diario por cada día de retardo, siempre y cuando el trabajador haya iniciado su reclamación ante la justicia ordinaria dentro de esos veinticuatro (24) meses, como aconteció en este caso.

Después de esos veinticuatro (24) meses, en caso de que la situación de mora persista, ya no deberá el empleador una suma equivalente al último salario diario, sino intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificada por la Superintendencia Bancaria, hoy Financiera, hasta cuando el pago de lo adeudado se verifique efectivamente; intereses que se calcularán sobre las sumas debidas por concepto de salarios y prestaciones en dinero.

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, como la relación laboral suscrita entre las partes finalizó el 31 de julio de 2014 y la demanda que dio origen al proceso fue presentada el 12 de febrero de 2018, es decir, después de haber transcurrido 24 meses desde la ruptura del vínculo contractual, La Sala considera que en el asunto el juez debió condenar a los intereses moratorios sobre los créditos sociales insatisfechos, esto es, sobre el valor de las cesantías condenadas.

COSTAS

Las de primera se confirman. Fíjese como agencias en derecho en la instancia la suma de \$1.300.000 a cargo de la parte demandada.

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO. – MODIFICAR EL ORDINAL CUARTO DE LA SENTENCIA proferida el 28 de febrero de 2022 por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá, en el que dispuso absolver de las demás pretensiones de la demanda, para en su lugar, **CONDENAR** a la demandada **FUNDACIÓN UNIVERSITARIA SAN MARTÍN** al pago de los intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Bancaria, de que tratan el Art. 65 del CST, sobre el valor de las cesantías condenadas en la instancia.

SEGUNDO. – En lo demás confirmar la sentencia apelada.

TERCERO. – COSTAS Las de primera se confirman. Fíjese como agencias en derecho en la instancia la suma de \$1.300.000 a cargo de la parte demandada

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



RODRIGO AVALOS OSPINA

Magistrado



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA

Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Magistrado



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

Magistrado Ponente: **RODRIGO ÁVALOS OSPINA.**

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR ALEX ALFONSO RUBIO VILLATE contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES. Radicación No. 11001-31-05-015-**2021-00037-01.**

Bogotá D.C., treinta (30) de abril dos mil veinticuatro (2024), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente;

SENTENCIA

ALEX ALFONSO RUBIO ALZATE demanda a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas en el expediente digital, así;

- Reconocimiento y pago del 100% de la pensión de sobrevivientes, en 14 mesadas, a partir del 12 de abril de 2008.
- Intereses moratorios
- Indexación
- Costas
- Uso de las facultadas ultra y extra petita

Como hechos expone, en síntesis, que Lena Beatriz Díaz Díaz fue su compañera permanente desde el 20 de noviembre de 1989, hasta el día 16 de mayo de 1996, momento en el que ella falleció, procrearon a Jonathan Alexander Rubio Díaz, y el ISS en Resolución No 00749 de 1997, les reconoció la pensión de sobrevivientes a él y a su hijo en un 50% para cada uno de ellos. En el Juzgado de Familia de Soacha se adelantó proceso de privación de administración

de bienes de un hijo de familia, en el que el demandante cedió a Jonathan Alexander el 50% de su pensión para sufragar la manutención y la cuota alimentaria de éste. El actor fue suspendido en nómina de pensionados el día 01 de febrero de 2003 y retirado con la Resolución No 2387 del 26 de enero de 2005, oportunidad en la que se ordenó el pago del 100% de la prestación al menor.

Cuando Jonathan Alexander Rubio Díaz cumplió la mayoría de edad, el promotor del proceso acudió ante la demandada para que se reactivara el pago de la mesada, la que fue negada en las Resoluciones No 025185 del 09 de junio de 2008 y la GNR 147160 del 19 de mayo de 2016, en virtud de la orden judicial impartida por el Juzgado de Familia del Circuito de Soacha, por lo que la entidad no podía incurrir en fraude a resolución judicial. Alega el promotor del proceso, que la cesión del porcentaje de su derecho pensional a su hijo lo fue de forma temporal, ya que nunca renunció al mismo, en la sentencia del Juzgado de Familia claramente se estableció el término “*ceder*”, sin que sea dable ni posible, entender que él declinó a la pensión por ser éste un derecho irrenunciable.

Actuación procesal

El Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá admitió la demanda en auto del 27 de agosto de 2021, contra la llamada a juicio, quien contestó en los términos del archivo pdf 20 del expediente digital.

Sentencia de primera instancia

El A quo en sentencia del 20 de abril de 2022, ordenó a Colpensiones que reactivara el pago de la pensión de sobrevivientes reconocida al actor mediante Resolución 7479 de 1997 a partir del día 16 de mayo de 1996, mesadas que debe cancelar desde el 08 de julio de 2017, ante la prosperidad de la excepción de prescripción. La cuantía de la prestación la debe cancelar en un salario mínimo legal mensual vigente porque así fue reconocida inicialmente, también ordenó el pago de 14 mesadas al año y el pago del retroactivo indexado hasta que se haga la inclusión efectiva en nómina. Colpensiones fue condenada a cancelar la suma de 3 SMLMV para el año 2022.

El A quo llegó a esa determinación después de estudiar la excepción de cosa juzgada que había pospuesto para ser definida en la sentencia, la cual no prosperó como quiera que Colpensiones no fue parte en el proceso que se adelantó en el Juzgado de Familia de Soacha. Después hizo una explicación de la irrenunciabilidad al derecho a la pensión, por ir en contravía del ordenamiento constitucional. Luego analizó la decisión proferida por el

Juzgado de Familia del Circuito de Soacha, en la que Alex Alfonso Rubio Villate cedió el 50% de la pensión recibida, para que su menor hijo Jonathan, contara con los recursos necesarios para solventar su sostenimiento, administración de recursos que asumió una tía del menor.

El Juez, también aclaró que si bien la redacción del Juzgado de Familia, no era la más afortunada, lo cierto era que el contexto del caso en particular y en consonancia con los principios constitucionales, resultaba evidente colegir que el aquí demandante nunca perdió el derecho a la pensión de sobrevivientes, pues insiste en la imposibilidad de interpretar o entender que dicha orden judicial significara la renuncia al derecho pensional. Por lo que, para todos los efectos debía entenderse que lo que aquí ocurrió fue la sesión temporal, como forma de pago de alimentos o contribución al sustento del hijo, ante la dificultad económica que tuvo el promotor del proceso en la época, y en ese orden, una vez Jonathan cumpliera la mayoría de edad, la prestación tenía que ser restablecida a favor del demandante en el 100%.

Bajo éstas consideraciones, el A quo dispuso la reactivación del pago de la prestación pensional a favor de Rubio Villate, la que debía cancelarse nuevamente a partir del 8 de Julio del año 2017, como quiera que en el asunto operó parcialmente la excepción de prescripción, la cual contabilizó desde el momento en que radicó la demanda tres años hacia atrás, en consonancia con lo contemplado en los art. 488 del CST y 151 del CPTSS. Absolvió de los intereses de mora al considerar que la decisión del Juzgado de Familia confundió a la demandada porque no estableció temporalidad alguna del derecho aquí analizado, lo que hizo que la demandada entendiera que se trataba de una sesión permanente, pero ordenó el pago indexado de las mesadas.

Alegatos ante este Tribunal (Ley 2213 de 2022).

Dentro de la oportunidad respectiva el promotor del proceso presentó alegatos en la instancia.

CONSIDERACIONES

Como quiera que ninguna de las partes en litigio interpuso recurso de apelación contra la decisión proferida por el Juzgado 15 Laboral del Circuito de Bogotá, La Sala procede a resolver **el grado jurisdiccional de consulta**, teniendo en cuenta que el fallo fue totalmente adverso a Colpensiones, para lo cual se plantea como problema jurídico a resolver, si Alex Alfonso Rubio Alzate, tiene derecho a que se reactive y pague la pensión de sobrevivientes, que el ISS le reconoció en el año 1996, prestación que la demandada se niega a cancelar en

virtud de la orden judicial que emitió el Juzgado de Familia de Soacha por un acuerdo conciliatorio.

Para abordar el estudio en éste caso, lo primero a precisar es que el derecho a la seguridad social es un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, tal como se deriva del art. 48 de nuestra Constitución Política, el cual prescribe;

“ARTICULO 48. La Seguridad Social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley.

Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la Seguridad Social.”
(negrita y subrayado fuera de texto).

Tal irrenunciabilidad de derechos en materia laboral, se conjuga con lo plasmado en el art. 53 Constitucional, el cual reza;

“ARTICULO 53. El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales:

Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales...”

Y además está en armonía con los artículos 13 y 14 del CST, que tratan de los derechos mínimos, las garantías de los trabajadores y el carácter del orden público e irrenunciable de las disposiciones legales. Adicionalmente, éste principio está igualmente plasmado en los artículos primero y tercero de la Ley 100/93, que indican;

“ARTÍCULO 1o. SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL INTEGRAL. El sistema de seguridad social integral tiene por objeto garantizar los derechos irrenunciables de la persona y la comunidad para obtener la calidad de vida acorde con la dignidad humana, mediante la protección de las contingencias que la afecten. (...)

ARTÍCULO 3o. DEL DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL. El Estado garantiza a todos los habitantes del territorio nacional, el derecho irrenunciable a la seguridad social”.

En ese orden, es dable colegir que el principio de la irrenunciabilidad cuenta con un sentido social encargado de proteger el trabajo humano, por lo que resulta inadmisibles que una entidad encargada de la administración de las pensiones niegue a un afiliado o beneficiario de una pensión, la reactivación y pago de la prestación, máxime cuando ésta ya fue

reconocida con anterioridad, bajo el argumento de que el reclamante “*renunció*” a ese derecho, pues tal interpretación tal como lo indicó el juez en la instancia, desborda los principios y garantías propias del derecho reclamado y se transforma en una interpretación arbitraria e inconstitucional.

Recuérdese que el derecho a la seguridad social – determinado en este caso en la pensión de sobrevivientes, constituye una garantía de tal relevancia que la misma está plasmada en diferentes instrumentos de índole internacional, como lo es la Declaración Americana de los Derechos Humanos¹ y el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales². Sobre este punto, La Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 3470-2021 – con radicado N° 83122 del 4 de agosto de 2021, se refirió a la pensión como un derecho mínimo irrenunciable, y en esta sentencia, precisó;

*“Corolario de lo considerado, al no acreditar la censura los dislate jurídicos que le atribuyó al sentenciador colegiado, la decisión impugnada se mantiene incólume, además porque las disposiciones que rigen el derecho a la seguridad social y la Constitución Política de 1991, **no le otorgan al afiliado la posibilidad de renunciar a la pensión** de vejez so pretexto de que una administradora de fondos de pensiones resolvió a motu proprio hacer la devolución de saldos, **por tratarse la pensión de un derecho mínimo e irrenunciable** (arts. 13 y 14 del CST y 53 de la CN).”*

Y en la sentencia SL 3215-2021, con radicado No 83401 del 27 de julio de 2021, al abordarse el análisis de una pensión sanción, La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, recordó que los derechos mínimos laborales son gobernados por el principio de irrenunciabilidad, por lo que las partes no pueden disponer de los derechos mínimos laborales con miras a derogarlos, reducirlos o restarles efectos; bien por acto unilateral, bilateral o colectivo. Criterio igualmente sentado por la Corte Constitucional, en diferentes decisiones, como lo dicho en la sentencia T 893 de 2008, en la que abordó el análisis de la irrenunciabilidad de los derechos pensionales, y en la que dispuso;

*“La regla general en materia laboral es que los derechos relacionados con el trabajo humano –incluidos **los derechos pensionales- son irrenunciables**, a menos que la ley disponga expresamente lo contrario. En lo que atañe a las pensiones de jubilación o*

¹ **Artículo 16** “Toda persona tiene derecho a la seguridad social que le proteja contra las consecuencias de la desocupación, de la vejez y de la incapacidad que, proveniente de cualquier otra causa ajena a su voluntad, la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios de subsistencia”.

² **Artículo 9.** “Derecho a la Seguridad Social. 1. Toda persona tiene derecho a la seguridad social que la proteja contra las consecuencias de la vejez y de la incapacidad que la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa. En caso de muerte del beneficiario, las prestaciones de seguridad social serán aplicadas a sus dependientes”.

al derecho de las viudas a recibir la pensión de sus cónyuges fallecidos, la Ley laboral no estableció ninguna excepción a la irrenunciabilidad. Por lo tanto, desde la expedición del Código Sustantivo del Trabajo es ilegal la celebración de acuerdos conciliatorios, mediante los cuales se pretenda que el trabajador renuncie a su derecho pensional.

En conclusión, se tiene que el derecho que reclama el demandante bajo ningún criterio, acuerdo, pacto, transacción o conciliación, puede ser objeto de renuncia, pues no existe siquiera un asomo de duda que permita entenderlo de otra forma, ya que de aceptarse una interpretación contraria, sería tanto como acolitar el abuso y la vulneración del derecho fundamental a la seguridad social, plasmado en este caso en la pensión de sobreviviente, y es por esto, que la posición de Colpensiones resulta reprochable y alejada de los principios que regulan la prestación que ella administra.

Precisado lo anterior, y al descender a las circunstancias fácticas del caso, La Sala se remite de la Resolución No GNR 147160 del 19 de mayo de 2016, en la que se hace un recuento de cada acto administrativo proferido en relación a los hechos aquí expuestos, y de ella se advierte que, en efecto al demandante en el año de 1997, el Instituto de Seguros Sociales en Resolución No 007479 de ese año, reconoció y ordenó el pago de una pensión de sobrevivientes con ocasión al fallecimiento de Díaz Díaz Lena Beatriz (*compañera permanente del demandante*) a Rubio Villate Alex Alfonso (*en su condición de compañero permanente*) y a Rubio Díaz Jonathan Alexander (*en calidad de hijo*), en cuantía de un salario mínimo legal mensual vigente, en un 50% para cada uno.

De éste acto administrativo (*Resolución No GNR 147160 del 19 de mayo de 2016*) también se advierte que al demandante le fue suspendido el pago de la pensión por orden judicial el día 01 de febrero de 2003, y que en Resolución No 002387 del 26 de enero de 2005, el ISS retiró de nómina de pensionados a Rubio Villate, en virtud de la sentencia proferida por el Juzgado de Familia del Circuito de Soacha, dentro del acuerdo conciliatorio, en el que se dispuso el pago del 100% de la mesada al hijo del demandante (*Rubio Díaz Jonathan Alexander*) a partir del día 01 de marzo de ese año.

En este punto, se cuenta con el interrogatorio de parte que el juez hizo al promotor del proceso, quien, al narrar las circunstancias del acuerdo, expuso que el mismo lo fue para que su hijo contara con los recursos necesarios para solventar su subsistencia.

Ahora, en los años 2008 y 2015, Alex Alfonso y Jonathan Alexander solicitaron la reactivación de la prestación a Colpensiones, la cual fue negada por la demandada, bajo el convencimiento de estar dando cumplimiento a una orden judicial, de la que cree se configura

una cosa juzgada. Lo plasmado esa orden judicial a la que se refiere Colpensiones, consagra lo siguiente;

Que el JUZGADO DE FAMILIA DEL CIRCUITO DE SOACHA profirió sentencia dentro de un proceso de Privación de Administración de Bienes de un Hijo de Familia Nro. 02-204, resolviendo:

“(...) PRIMERO: APROBAR el acuerdo conciliatorio de las partes en cuanto a la PRIVACIÓN DE ADMINISTRACIÓN DE BIENES DE HIJO DE FAMILIA, el cual se ajusta a derecho y no vulnera el derecho sustancial ni procesal.

SEGUNDO: PRIVAR al señor ALEX ALFONSO RUBIO VILLATE de la ADMINISTRACIÓN DE LOS BIENES DE HIJO DE FAMILIA consistente en la sustitución pensional del 50% que corresponde al menor JONATHAN ALEXANDER RUBIO DIAZ para que la ejerza en forma exclusiva la señora ANA YISSEL DIAZ DIAZ.

TERCERO: El señor ALEX ALFONSO RUBIO VILLATE cede el 50% de la sustitución pensional que recibe para su menor hijo JONATHAN ALEXANDER RUBIO DIAZ, dinero que será administrado por la señora ANA YISSEL DIAZ DIAZ, a partir del 30 de septiembre de 2002 quien presentará informe periódico sobre su gestión.

CUARTO: ofíciase al Instituto de Seguro Social para que en lo sucesivo se cancele a la señora ANA YISSEL DIAZ DIAZ el total del derecho pensional concedido mediante la resolución N° 007479 de 1997 al menor JONATHAN ALEXANDER RUBIO DIAZ y ALEX ALFONSO RUBIO VILLATE (...).”

De la anterior imagen, lo primero que advierte La Sala es que en efecto el aquí demandante lo que hizo ante el Juzgado de Familia de Soacha, fue una sesión temporal del porcentaje que le correspondía de su derecho pensional, para que su hijo contara con el 100% de la prestación, sesión que La Sala también entiende como la solución que encontró el demandante en calidad de padre de Jonathan Alexander, para garantizar el derecho de alimentos, sesión que debe ser entendida bajo el único fin de que el menor contara con los recursos necesarios para su subsistencia.

Ahora, de una lectura detenida de la parte resolutive de la decisión del Juzgado de Familia, es posible colegir sin mayores esfuerzos que el demandante jamás renunció al derecho pensional, pues en ese proceso lo que se hizo fue privar al actor de la administración de los bienes de su hijo, exactamente del manejo del 50% de la pensión reconocida a Jonathan, para que la ejerciera una tía de la menor, y si bien allí se habla de ceder el 50% que el promotor del proceso recibía, para que su hijo lo disfrutara, es de tener claro que bajo ninguna circunstancia es posible entender el término “ceder” como sinónimo de renunciar.

Además, en gracia de discusión es importante tener presente que un Juzgado de Familia no tiene las competencias para entrar a dirimir puntualmente todo lo relacionado con los

derechos de ésta especialidad, como lo es la pensión de sobrevivientes, el cual es propio del juez del trabajo. Luego entonces, tampoco se entiende cómo Colpensiones, en calidad de administradora de éste derecho fundamental niega el pago de una pensión bajo el argumento de que un Juez de Familia así lo dispuso, cuando es evidente, se itera, que eso ni siquiera fue lo que sucedió, pues como se expuso con anterioridad, aceptar que una persona renuncia a su derecho personal constituye una interpretación inconstitucional.

En consecuencia, le asiste razón al A quo, en concluir que el demandante tiene derecho a que se reactive la pensión de invalidez que el ISS en el año de 1996 reconoció a Alex Alfonso Rubio Villate.

En ese orden, como la pensión de sobrevivientes ya se había reconocido en el año 1996 en cuantía de un salario mínimo, y como el hijo ya no tiene derecho a recibirla por disposición legal, se tiene que el demandante en este momento es el único beneficiario de esa prestación, la que se le debe cancelar en un 100%, por 14 mesadas al año, a partir del 8 de Julio del año 2017, como quiera que la demanda se radicó el 08 de julio de 2020 (*correo reparto pdf 2*). Mesadas que se deben cancelar de forma indexada ante la pérdida del poder adquisitivo de la moneda.

Conforme todo lo anterior, La Sala **confirmar** la sentencia consultada.

COSTAS

Las de primera se confirman. Sin costas en la alzada por tratarse del grado jurisdiccional de consulta.

DECISIÓN

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

RESUELVE

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

SEGUNDO. – COSTAS Las de primera se confirman. Sin costas en la alzada.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



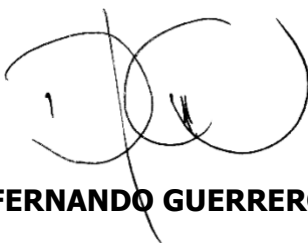
RODRIGO AVALOS OSPINA

Magistrado



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA

Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Magistrado



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

Magistrado Ponente: **RODRIGO ÁVALOS OSPINA.**

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR NATALIA CONSUELO PACHECO SÁNCHEZ en nombre propio y en representación del menor JELP contra AXA COLPATRIA SEGUROS DE VIDA S.A., ASOCIACIÓN DE TRABAJADORES INDEPENDIENTES LABOR EMPRESARIAL, COOPERATIVA COOTRANSBOL LTDA y RAFAELINO PINEDA. Radicación No. 11001-31-05-021-**2016-00358-01.**

Bogotá D.C., treinta (30) de abril dos mil veinticuatro (2024), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente;

SENTENCIA

La demandante NATALIA CONSUELO PACHECO SÁNCHEZ en nombre propio y en representación del menor JELP, por intermedio de apoderado judicial, instauró demanda ordinaria laboral en contra de AXA COLPATRIA SEGUROS DE VIDA S.A. para que se declare que tienen derecho a la pensión de sobreviviente como beneficiarios del causante EDILBERTO LUCERO PACHECO (Q.E.P.D.); que, como consecuencia de lo anterior, se condene a esta demandada al reconocimiento y pago de dicha prestación a partir del 23 de mayo de 2011; a pagar las mesadas debidamente indexadas o ajustadas con base en el IPC desde el 23 de mayo de 2011; a los intereses moratorios; a lo que resulta *ultra y extra petita* y a las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, manifestó que constituyó unión marital de hecho con EDILBERTO LUCERO PACHÓN (Q.E.P.D.) conviviendo como marido y mujer ante familiares y amigos bajo el mismo techo desde el mes de febrero de 2004; que esa unión marital de hecho fue reconocida a través de escritura No.1072 del 19 de mayo de 2012 ante la Notaría Tercera de Sogamoso; que fruto de esa unión procrearon al menor JELP; que el señor EDILBERTO LUCERO PACHÓN (Q.E.P.D.) se afilió al sistema general de seguridad social en la actividad de conductor de bus de servicio público a través de la AGREMIACIÓN NACIONAL DE TRABAJADORES; que la afiliación con la ARL AXA COLPATRIA

SEGUROS DE VIDA S.A. se presentó desde el 10 de marzo de 2010 bajo el No.127340 como independiente; que el trabajador falleció el 23 de mayo de 2011 en un accidente de trabajo mientras desempeñaba sus labores como conductor de bus de servicio público de transporte intermunicipal de placas SKO497 el cual se encontraba afiliado a la empresa COOTRANSBOL LTDA y es de propiedad de RAFAELINO PINEDA PÉREZ y MARÍA AMPARO SIERRA ALARCÓN; que el incidente ocurrió cuando el trabajador transitaba por la carretera central del norte que de Sogamoso conduce a Bogotá a la altura de Chocontá al colisionar con el vehículo de placas ASE049; que el 27 de julio de 2011 presentó solicitud de pensión de sobreviviente ante AXA COLPATRIA SEGUROS DE VIDA S.A.; que la ARL objetó la solicitud indicando que el accidente de trabajo ocurrió cuando el trabajador prestaba servicios como conductor de vehículo de transporte público a la empresa COOTRANSBOL LTDA; que el 28 de febrero de 2012 presentó solicitud de pensión de sobreviviente al Fondo de Pensiones COLFONDOS S.A., quien también negó la prestación señalando que la misma ocurrió con ocasión del trabajo, debiendo ser asumida por la ASEGURADORA COLPATRIA S.A. (sic) a la cual se encontraba afiliado el trabajador fallecido; por último, afirma que ambos actores dependían económicamente del causante y que cumplen con los requisitos para acceder a la pensión de sobrevivientes

Actuación procesal

El Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá admitió la demanda en auto del 10 de agosto de 2016, y ordenó la notificación de la demandada. Cumplido lo anterior, AXA COLPATRIA SEGUROS DE VIDA S.A. contestó la demanda a folio 111 del archivo “01Expediente2016-358”; posteriormente, con auto del 27 de julio de 2017, el juzgado ordenó vincular de oficio a la ASOCIACIÓN DE TRABAJADORES INDEPENDIENTES LABOR EMPRESARIAL, al señor RAFAELINO PINEDA y a la COOPERATIVA COOTRANSBOL LTDA como litisconsorcios necesarios; los cuales, una vez notificados de auto admisorio de la demanda, contestaron la misma a folio 132 del archivo “01Expediente2016-358”; en el archivo “05ContestacoionDemandaRafaelinoPineda” (sic); y en el archivo “09ContestaciónDemandaCootransbolLTDA” respectivamente.

Sentencia de primera instancia

El juzgado de conocimiento en sentencia proferida el 10 de mayo de 2022 declaró que a los demandantes les asiste el derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes desde el 23 de mayo de 2011 en cuantía de un salario mínimo mensual vigente para el año 2011 que ascendía a la suma de \$535.600; como consecuencia de lo anterior, condenó a AXA COLPATRIA SEGUROS DE VIDA S.A. al pago de la pensión de sobrevivientes en cuantía del 50% para cada demandante; la suma de \$43.741.566 por concepto de retroactivo a partir del 8 de julio de 2013 a favor de NIDIA CONSUELO PACHECO SÁNCHEZ y \$50.619.325 por el mismo concepto a partir del 23 de mayo de 2011 a favor del menor JELP; los intereses

moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993; de igual manera la autorizó para descontar de las sumas antes mencionadas el porcentaje correspondiente al sistema de salud el cual deberá ser puesto a disposición de la EPS a la cual se encuentren afiliados los accionantes; declaró probada parcialmente la excepción de prescripción propuesta por AXA COLPATRIA; y probadas las excepciones de inexistencia de la responsabilidad de pago de la pensión de sobreviviente propuesta por LABOR EMPRESARIAL; falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta por RAFAELINO PINEDA; e imposibilidad legal del demandado de asumir la contingencia del pago de la prestación de pensión propuesta por COOTRANSBOL LTDA; absolvió a las llamadas en garantía de las pretensiones incoadas en su contra y condenó en costas a AXA COLPATRIA fijando las agencias en derecho en la suma de \$3.000.000.

En lo que interesa a la resolución del recurso, la a quo discurrió en los siguientes puntos: se refirió a la responsabilidad objetiva de los riesgos laborales para indicar que quien genera un riesgo en materia laboral debe trasladar el mismo al sistema general de seguridad social a través de las aseguradoras para garantizar el cumplimiento de las prestaciones asistenciales y económicas que se generan por infortunios laborales, so pena de tener que responder de forma directa con su patrimonio. Luego de revisar las pruebas del expediente, indicó que el señor EDILBERTO LUCERO PACHÓN (Q.E.P.D.) se encontraba vinculado como asociado a la ASOCIACIÓN DE TRABAJADORES INDEPENDIENTES LABOR EMPRESARIAL a través de la cual se afilió al sistema general de seguridad social en calidad de trabajador independiente, pues de conformidad con las normas dispuestas, la demandada LABOR EMPRESARIAL se encargaba de gestionar y adelantar todos los trámites relacionados con las afiliaciones del trabajador independiente; concluyó entonces que no existía duda sobre la afiliación del trabajador a la ARL demandada desde el 10 de marzo de 2010, y aunque considera que se presentó una inconsistencia en la afiliación, pues COOTRANSBOL LTDA era quien debía afiliarlo, lo cierto es que ese hecho no hace nula la afiliación del mismo, máxime si se considera que la ARL siempre recibió los aportes y nunca adelantó ninguna gestión para verificar las condiciones de la afiliación y en particular nunca corroboró el nivel de riesgo con el que se estaban realizando los aportes. También encontró acreditado que el trabajador afiliado perdió la vida mientras ejecutaba su labor como conductor el 23 de mayo de 2011, por lo que era obligación de la aseguradora AXA COLPATRIA pagar la prestación que en el escrito de la demanda se reclama.

En lo que tiene que ver con la prescripción de las mesadas pensionales, consideró que era posible dar aplicación a este fenómeno el cual debía contabilizarse desde el 23 de mayo de 2011; encontró que la interrupción de la prescripción se realizó de forma válida con la presentación de la demanda, esto es el 8 de julio de 2016, por lo tanto, aquellas mesadas causadas con anterioridad al 8 de julio de 2013 se encontraban prescritas.

Recurso de Apelación

El apoderado de la **demandada AXA COLPATRIA SEGUROS DE VIDA S.A.** presentó recurso de apelación en el que indica que no existe relación entre el fallecimiento del señor EDILBERTO LUCERO PACHECO (Q.E.P.D.) y la entidad afiliadora, pues el suceso que provocó el fallecimiento del trabajador es completamente ajeno a la relación que se dio con AXA COLPATRIA. De esta forma, señala que el accidente ocurrió mientras el trabajador conducía un vehículo de servicio público de la empresa de transporte COOTRANSBOL LTDA por lo que la situación se debe observar atendiendo la norma expresa en este tipo de situaciones, que es el artículo 36 de la Ley 336 de 1996, en la que se establece que los conductores de los equipos destinados al servicio público de transporte serán contratados directamente por la empresa operadora de transporte; por lo que, afirma que la empresa COOTRANSBOL LTDA estaba violando las normas legales establecidas para la vinculación de conductores del equipo de servicio público; aunado a ello señala que la norma establece que estas empresas serán las responsables de los eventos que pudieran ocurrir, como lo es el accidente del trabajador que sobrevino con motivo de la operación del vehículo indicado.

Por los anteriores motivos, considera que debió prosperar la excepción de fondo denominada *“inexistencia de cobertura por el contrato de riesgos profesionales”*, teniendo en cuenta que la responsabilidad de la ARL tiene un fundamento y es que el riesgo que adopta, lo hace dentro de los parámetros establecidos en la misma vinculación, esto es que exista la relación legal correspondiente entre la empresa afiliadora y el trabajador. Indica que en el presente asunto quien afilió al trabajador EDILBERTO LUCERO PACHECO (Q.E.P.D.) para cubrir el riesgo laboral fue la AGREMIACIÓN LABORAL EMPRESARIAL, y no la empresa COOTRANSBOL LTDA con la cual debió tener su propia afiliación, como esto no ocurrió, esta última empresa es la llamada a responder por las obligaciones reclamadas.

En segundo lugar, cuestiona la decisión adoptada por la a quo con relación a la prescripción de las prestaciones establecidas por el Decreto Ley 1295 de 1994 que señala un término de prescripción de 3 años para las mesadas pensionales, de esta forma, indica que debió prosperar en su integridad el fenómeno de la prescripción frente a todas las mesadas atrasadas como quiera que las reclamaciones que se presentaron no fueron dirigidas a la entidad obligada a su pago que era COOTRANSBOL LTDA.

Alegatos ante este Tribunal (Ley 2213 de 2022).

Con auto del 20 de abril de 2023 se admitió el recurso de apelación y se corrió el traslado a las partes para que presentaran los alegatos de conclusión; no concurrió ninguna de las partes.

CONSIDERACIONES

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

Así las cosas, se tiene que los problemas jurídicos por resolver consisten en *i)* dilucidar si la demandada ARL AXA COLPATRIA SEGUROS DE VIDA S.A. es responsable de las condenas impuestas en primera instancia, como aseguradora del riesgo laboral que terminó con la vida del señor EDILBERTO LUCERO PACHECO (Q.E.P.D.), o por el contrario, como lo afirma en su recurso, quien debe asumir el pago de las condenas impuestas es la empresa COOTRANSBOL LTDA; y *ii)* determinar si es procedente aplicar la prescripción frente a las mesadas pensionales de forma total como se indica en el recurso.

Sea preciso advertir, en lo que interesa a la resolución del recurso, que se encuentra probado dentro del expediente por haber sido expresamente reconocido por las partes en sus escritos de demanda y contestación de la misma, y por tanto no es materia de discusión que: *i)* la demandante NATALIA CONSUELO PACHECO SÁNCHEZ convivió con EDILBERTO LUCERO PACHECO (Q.E.P.D.) y se constituyó una unión marital de hecho a través de la escritura público No.1072 del 19 de mayo de 2012 ante la Notaría Tercera de Sogamoso; *ii)* que de dicha unión procrearon un hijo, el menor JELP; *iii)* que el señor EDILBERTO LUCERO PACHECO (Q.E.P.D.) falleció el 23 de mayo de 2011 en ejercicio de sus labores y; *iv)* que dicho incidente correspondió a un accidente de trabajo. De igual manera, debe tenerse en cuenta que la a quo encontró acreditados los requisitos legales para reconocer la pensión de sobreviviente en favor de los demandantes, por lo tanto, al no haberse cuestionado este punto en particular en el recurso de apelación, la Sala no hará ningún pronunciamiento frente al mismo.

De la responsabilidad de AXA COLPATRIA S.A.

Planteada de esta forma la controversia, para abordar el estudio del primer problema jurídico, debe señalarse que el sistema general de riesgos laborales, tiene por objeto cubrir las contingencias propias de un accidente o de una enfermedad proveniente de tal origen; para tal efecto, las administradoras constituyen, bajo un esquema de aseguramiento, los recursos necesarios para financiar las prestaciones económicas y/o asistenciales que se derivan por causa o con ocasión del trabajo, lo que se logra mediante las cotizaciones o primas que el empleador o trabajador independiente paga al sistema.

El recurso interpuesto, reprocha específicamente el hecho de que la juez de primera instancia encontrara acreditado dentro del expediente que el trabajador sufrió un accidente de trabajo mientras conducía un bus de transporte público afiliado a la empresa COOTRANSBOL

LTDA, y que no declarara la responsabilidad de la misma, como quiera que la afiliación al sistema de riesgos laborales a AXA COLPATRIA S.A. se realizó a través de la ASOCIACIÓN DE TRABAJADORES INDEPENDIENTES LABOR EMPRESARIAL, por lo tanto, lo que se presentó aquí fue una omisión en la afiliación, ya que quien tenía que trasladar el riesgo ocurrido era COOTRANSBOL LTDA, circunstancia que no ocurrió.

En ese contexto, se debe resaltar que la afiliación al sistema de riesgos laborales no es única, en tanto que de conformidad con el artículo 13 de la Ley 1562 de 2012, es necesario que las disposiciones que regulan los riesgos laborales sean cumplidas por tantos empleadores como relaciones laborales tenga un trabajador, independientemente de que se ejerza el mismo riesgo.

Sobre el particular, es importante considerar que el sistema de riesgos profesionales está concebido sobre un esquema de aseguramiento, lo que indica que el empleador se asimila al tomador de un seguro; de allí que es éste quien escoge la entidad que debe cubrir los riesgos y asumir totalmente el pago de la prima de aseguramiento o cotización. A su vez, la ARL es la aseguradora, y el trabajador el asegurado. Por último, el riesgo asegurado es la contingencia producto del accidente de trabajo o la enfermedad profesional y sus beneficios se concretan en las prestaciones asistenciales y económicas señaladas en la ley entre las que se encuentra la pensión de sobrevivientes (CSJ SL 33265 de 2010 reiterada en la SL 4572 de 2019).

En ese sentido, la responsabilidad por los riesgos profesionales está a cargo del empleador, y surge desde el inicio de la relación laboral, pero éste tiene la posibilidad de subrogar tal riesgo en las administradoras de riesgos laborales mediante la afiliación del trabajador y el pago de las primas o cotizaciones. Bajo ese criterio, en tratándose de trabajadores dependientes la afiliación se perfecciona a través del empleador, una vez que éste realiza el correspondiente trámite.

A su vez, el parágrafo del artículo 10 del Decreto 1772 de 1994 dispuso que *“en aquellos casos en los cuales el afiliado perciba salario de dos o más empleadores, las cotizaciones correspondientes serán efectuadas en forma proporcional al salario base de cotización a cargo de cada uno de ellos”*; de allí que si un trabajador tiene uno o más vínculos laborales en un mismo periodo de tiempo, cada empleador debe realizar las cotizaciones a seguridad social en riesgos laborales sobre el salario que se paga. En concordancia con lo dispuesto en el literal k) del artículo 4 del Decreto 1295 de 1994 se tiene que una cosa es la responsabilidad de las ARL y el momento en que para ellas se inicia la cobertura del sistema de riesgos laborales, que empieza el día calendario siguiente al de la afiliación, y otra muy distinta la responsabilidad del empleador, quien debe asumir el riesgo y el reconocimiento de las prestaciones asistenciales y económicas derivadas de la ocurrencia de un accidente de trabajo

o enfermedad profesional desde el preciso instante en que se inicia la relación laboral y en todo caso, si no se traslada el riesgo a una administradora.

Aunado a lo anterior, el sistema de riesgos laborales también permite la afiliación a través de asociaciones y agremiaciones de los trabajadores independientes. En este evento, la afiliación del trabajador a una agremiación o asociación no constituye una relación o vínculo laboral de conformidad con lo dispuesto en el parágrafo 1 del artículo 3 del Decreto 3615 de 2005; pues se trata de entidades autorizadas para afiliar colectivamente a trabajadores independientes, para lo cual, deben cumplir con unas reglas particulares señaladas en el decreto antes mencionado.

Considerando el anterior panorama normativo y las particularidades de este proceso, será necesario analizar las pruebas aportadas, pues se trata de una cuestión eminentemente probatoria y fáctica. De manera que, sobre este punto, obran en el expediente los siguientes documentos relevantes: en primer lugar, se tiene el certificado de existencia y representación de la ASOCIACIÓN DE TRABAJADORES INDEPENDIENTES LABOR EMPRESARIAL expedido por la Cámara de Comercio de Duitama en el que se registró su creación como una entidad sin ánimo de lucro que afilia de manera voluntaria a personas naturales con una finalidad común, siempre que estas tengan la calidad de trabajadores y contratistas independientes, teniendo como objetivo, entre otros, el siguiente: *“b) podrá afiliar, recaudar y pagar los aportes de los trabajadores y contratistas independientes, con diferentes profesiones, artes y oficios a la seguridad social integral; esto es a la EPS, fondo de pensiones y ARP y cualquier otra entidad de seguridad social con la que se tenga algún convenio...”*; además, de conformidad con la resolución No.2555 de 2007 esta entidad demandada se encuentra autorizada por el Ministerio de la Protección Social para *“vincular de forma colectiva al sistema de seguridad social integral a sus trabajadores independientes...”*.

También obra en el expediente un certificado expedido por la demandada LABOR EMPRESARIAL en el que indica que el señor EDILBERTO LUCERO PACHECO (Q.E.P.D.) estuvo vinculado a dicha asociación como trabajador independiente desde el mes de agosto de 2008 hasta el mes de mayo de 2011, aclarando que falleció el 23 de mayo de 2011.

Lo anterior quiere decir que si bien el trabajador EDILBERTO LUCERO PACHECO (Q.E.P.D.) se afilió al sistema de seguridad social a través de la demandada LABOR EMPRESARIAL, es claro que dicha vinculación no obedeció a un contrato de trabajo, y así lo confirma el acuerdo de asociación suscrito entre estas partes el 9 de marzo de 2010 y en el cual la asociación se obligó, en términos generales, a asesorar y capacitar al asociado como trabajador independiente en todo lo relacionado con el sistema general de seguridad social, garantizando el principio de escogencia, así como tramitar la inscripción del asociado y sus

beneficiarios en las entidades aseguradoras elegidas por él; a su vez, el asociado adquirió una serie de obligaciones relacionadas con suministrar información cierta y verás sobre su estado de afiliación al sistema de seguridad social y toda aquella que permita la correcta afiliación al mismo sistema, y a pagar lo correspondiente a los aportes así como las cuotas de administración.

De igual manera, se encuentra el formato único de accidente de trabajo de fecha 23 de mayo de 2011 realizada por la ASOCIACIÓN LABOR EMPRESARIAL en la que describió el accidente ocurrido, y que de ninguna manera puede entenderse como un indicio sobre la existencia de una relación diferente a la de asociación, pues de conformidad con lo dispuesto en el artículo 5 del Decreto 3615 de 2005 modificado por el artículo 2 del Decreto 2313 de 2006 *“el reporte de accidente de trabajo y enfermedad profesional, lo realizará la agremiación, en el término de dos (2) días hábiles siguientes a la ocurrencia del accidente o al diagnóstico de la enfermedad”*; por lo tanto, es claro que la asociación demandada actuó dentro del marco de sus obligaciones. También se encuentra un certificado de afiliación expedido por la ARL AXA COLPATRIA S.A. de fecha 3 de septiembre de 2010 en el que se indica que el señor EDILBERTO LUCERO PACHECO (Q.E.P.D.) se encuentra vinculado a dicha aseguradora bajo la afiliación No.127340 realizada por la ASOCIACIÓN LABOR EMPRESARIAL desde el 10 de marzo de 2010.

Aunque en dicha certificación la ARL indica que el trabajador se encontraba afiliado por parte de la empresa AGREMIACIÓN NACIONAL DE TRABAJADORES (SIC) sin especificar la calidad en la que actuaba dicha asociación, no puede perderse de vista que todos los documentos aportados al expediente, dan cuenta de una afiliación como independiente al sistema de seguridad social, no solo por la calidad que ostenta y la forma en que opera la asociación a través de la cual realizó dichas vinculaciones sino también porque en las planillas de ASOPAGOS que se aportaron al expediente se evidencia que en la casilla denominada tipo de vinculación se registró *“independiente agremiado o asociado”*; así mismo se registró en el soporte de afiliación de la ARL aportado durante el proceso en el que se indica que el tipo de afiliación corresponde a *“independiente agremiado”*, y en el informe de investigación de incidentes y accidentes de trabajo de AXA COLPATRIA S.A.; luego entonces, dada la forma en que el trabajador se vinculó, no es dable afirmar que cada una de las empresas para las cuales prestaba sus servicios debían realizar una afiliación, pues precisamente el trabajador se encontraba vinculado al sistema como independiente; hecho que, en todo caso no puede convertirse en un obstáculo para que la afiliación tenga validez, pues si el trabajador cumplió con las cotizaciones correspondientes al riesgo trasladado, debe poder acceder a las prestaciones dispuestas en el sistema.

En este punto cabe resaltar que si la ARL AXA COLPATRIA tenía alguna objeción frente a la forma en que el trabajador se vinculó a dicha administradora, debió poner de presente tal circunstancia de forma previa al infortunio, pues cualquier falta de verificación por parte de

esta entidad no puede ser trasladada al asegurado para negar el pago de las prestaciones que surjan con ocasión de un siniestro. Y es que debe tenerse presente que el artículo 2 del Decreto 2313 de 2006 dispone que *“Es obligación de las ARP mantener actualizada la base de datos de trabajadores independientes afiliados al Sistema General de Riesgos Profesionales”*; no siendo esta la oportunidad para que manifieste irregularidades en la forma de vinculación del trabajador frente a la ocurrencia del siniestro. Igualmente, se observa que de conformidad con la certificación expedida por la misma ARL, el trabajador se encontraba afiliado desde el 10 de marzo de 2010, y el accidente de trabajo ocurrió el 23 de mayo de 2011, tiempo suficiente para que la ARL verificara el tipo de vinculación, el riesgo asegurado y cualquier otra circunstancia que, a su juicio, pudiera incidir en el posterior reconocimiento de las prestaciones económicas o asistenciales del asegurado, por el contrario, la administradora se limitó simplemente a recibir los aportes sin realizar ninguna objeción.

Aunado a lo anterior, debe tenerse en cuenta que dentro del informe de investigación de incidentes y accidentes de trabajo realizado por AXA COLPATRIA S.A. se indicó que el señor EDILBERTO LUCERO PACHECO (Q.E.P.D.) conducía un vehículo de transporte público afiliado a la empresa COOTRANSBOL al momento del infortunio, y que esta empresa al contestar la demanda, manifestó que efectivamente el trabajador prestaba sus servicios de forma ocasional como conductor sin que existiera un vínculo laboral. Si bien la Sala no desconoce que el artículo 36 de la Ley 336 de 1996 establece que los conductores de los equipos destinados al servicio público de transporte serán contratados directamente por la empresa operadora de transporte, debe señalarse que este juicio no fue encaminado a declarar a tal empresa como el verdadero empleador del trabajador, hecho que en todo caso, no tiene relevancia si se considera que el trabajador fallecido se afilió al sistema de seguridad social en riesgos laborales y realizó los aportes correspondientes a través de un intermediario, lo que en últimas no libera a la ARL de su responsabilidad.

En síntesis, lo que la Sala evidencia es que la vinculación del señor EDILBERTO LUCERO PACHECO (Q.E.P.D.) al sistema de seguridad social se dio a través de la ASOCIACIÓN DE TRABAJADORES INDEPENDIENTES LABOR EMPRESARIAL quien actuó como intermediaria para tal fin, pues de conformidad con las disposiciones legales este vínculo no obedecía a uno de carácter laboral. De igual manera, se advierte que el trabajador se encontraba prestando sus servicios para la empresa COOTRANSBOL LTDA al momento del insuceso, pues prestaba sus servicios como independiente para la misma, hecho que no deslegitima su vinculación a la administradora de riesgos laborales ni mucho menos le impide acceder a las prestaciones propias del sistema.

En un caso de similares contornos, en la sentencia SL 4572 de 2019, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia indicó que *“...como lo adujo el juez de primer grado, no se trató de la existencia de dos vinculaciones laborales para Prosenal S.A.S. e Intertrans S.A.S., sino de un solo contrato de trabajo con esta última, mientras que la primera, en condición de*

intermediaria, efectuó el pago de aportes al sistema de riesgos profesionales en Positiva S.A. a nombre del causante”; más adelante la Sala afirmó: “Luego, con independencia de la vinculación que ató a las dos sociedades –asunto que además no fue objeto del litigio y que como lo indicó el a quo no puede convertirse en un obstáculo para que la beneficiaria de la prestación acceda a ella-, lo que se vislumbra, es la existencia de una relación laboral con la sociedad bajo la cual ocurrió el infortunio laboral, siendo Prosenal S.A.S. entonces, una mera intermediaria para el pago de la seguridad social” y finalmente concluyó lo siguiente: “como quiera que existió una empleadora directa de Édgar Salgado Noreña, vinculado a la administradora de riesgos a través de otra empresa que actuó como intermediaria, no hay duda que dicha afiliación surtió plenos efectos jurídicos, lo que trae consigo que no resulta atendible la alegación de Positiva S.A., orientada a sustraerse como aseguradora de responder y satisfacer la prestación de sobrevivientes reclamada y derivada del accidente que tuvo lugar con ocasión del trabajo en el que el citado afiliado perdió la vida”.

Las anteriores consideraciones resultan suficientes para confirmar la decisión de primera instancia en torno a este punto.

De la prescripción

Pasa la Sala a abordar el segundo problema jurídico, relacionado con la prescripción de las mesadas pensionales, y en este punto, se debe señalar desde ahora que tampoco se modificará la decisión de primera instancia; por un lado porque el argumento del apelante para controvertir la decisión de la juez consiste en que AXA COPATRIA S.A. no es responsable del pago de la pensión de sobreviviente, así que la reclamación de las mesadas pensionales debió dirigirse directamente a COOTRANSBOLD LTDA, por consiguiente, señala que no debe asumir el pago de las mesadas pensionales. Esta tesis se desvanece con las consideraciones antes expuestas y en virtud de las cuales esta Sala encontró a la ARL como la responsable de la prestación solicitada. En segundo lugar, porque al verificar la forma en que la a quo dio aplicación al fenómeno de la prescripción, la sala no encuentra ningún reparo en su razonamiento.

Así queda resuelto el recurso interpuesto.

COSTAS

Costas en esta instancia a cargo de la demandada porque el recurso no prosperó, se fijan como agencias en derecho la suma de \$1.500.000.

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá el 10 de mayo de 2022 dentro del proceso promovido por NATALIA CONSUELO PACHECO SÁNCHEZ en nombre propio y en representación del menor JELP contra AXA COLPATRIA SEGUROS DE VIDA S.A., ASOCIACIÓN DE TRABAJADORES INDEPENDIENTES LABOR EMPRESARIAL, COOPERATIVA COOTRANSBOL LTDA y RAFAELINO PINEDA de conformidad con lo dispuesto en la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO: Costas en esta instancia a cargo de la demandada porque el recurso no prosperó, se fijan como agencias en derecho la suma de \$1.500.000.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



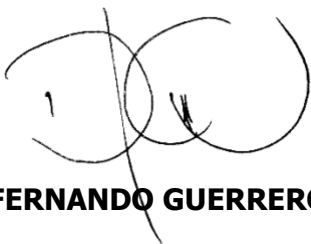
RODRIGO AVALOS OSPINA

Magistrado



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA

Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Magistrado



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

Magistrado Ponente: **RODRIGO ÁVALOS OSPINA.**

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR LEÓNIDAS CASTILLO RAMOS contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES. Radicación No. 11001-31-05-027-**2015-00947-01.**

Bogotá D.C., treinta (30) de abril dos mil veinticuatro (2024), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente;

SENTENCIA

LEÓNIDAS CASTILLO RAMOS demanda a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas en el expediente digital, así;

- Se declare que realizó actividades productivas para ganarse la vida, como vendedor ambulante hasta el día 1 de septiembre de 2012, fecha que corresponde a la estructuración de la invalidez.
- Nulidad parcial del dictamen No. 201441075XX de fecha 31 de enero de 2014.
- Nulidad de la Resolución GNR 61280 del 02 de marzo de 2015, que le negó la prestación de invalidez.
- Se le haga una nueva calificación de su pérdida de capacidad laboral.
- Reconocimiento de la pensión de invalidez.
- Indexación.
- Intereses de mora del artículo 141 de la ley 100 de 1993.
- Uso de las facultades ultra y extra petita.
- Costas y agencias en derecho.

Como hechos expone en síntesis que nació el 31 de mayo de 1952, durante su vida productiva se desempeñó como vendedor ambulante, hasta el 12 de septiembre de 2012. En el año de 1974 sufrió un accidente vascular con amputación tras femoral corta. Desde el 01 de octubre

de 1997 se vinculó al fondo de solidaridad pensional régimen subsidiado de pensión - Consorcio Prosperar, como discapacitado. El 06 de septiembre de 2012, el Consorcio le informó que a partir del día primero de ese mes y año quedaba desvinculado del programa de subsidio al aporte en pensión del Fondo de Solidaridad Pensional porque para esa época superaba el tope del tiempo máximo de subsidio (750 semanas – art. 28 Dto. 3771 de 2007). El 31 de enero de 2014, la demandada emitió dictamen de PCL No 201441075XX, por el diagnostico amputación de miembros e hipertensión esencial (primaria), en el cual determinó que este era de origen común, cuyo porcentaje asciende al 50.1% de pérdida de capacidad y fecha de estructuración del 1 de enero de 1974. En Resolución GNR 61280 del 02 de marzo de 2015, Colpensiones niega la prestación de invalidez porque su afiliación al sistema data del 01 de octubre de 1997, época en la que ya había ocurrido el siniestro que generó la calificación, lo que hacía al riesgo no asegurable.

Actuación procesal

El Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito admitió la demanda en auto del 15 de marzo de 2016, oportunidad en la que también ordenó notificar a la Agencia nacional de Defensa Jurídica del Estado. La llamada a juicio contestó la demanda tal como se verifica a folios 52 a 62.

Sentencia de primera instancia

El A quo en sentencia del 02 de mayo de 2022, concluyó que el demandante tiene derecho a la pensión de invalidez, a partir del 28 de marzo de 2000 en cuantía equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente, por lo que condenó a COLPENSIONES al pago de la prestación junto con los reajustes legales y las mesadas adicionales de junio y diciembre por el retroactivo pensional causado entre el 3 de marzo de 2011 y el 30 de abril de 2022, en cuantía de \$111.725.366,00, mesadas que ordenó pagar indexadas, y de las que se deben descontar los aportes a salud por los mismos ciclos para ser transferidos a la entidad promotora de salud a la que se encuentre afiliado el pensionado. Negó las demás pretensiones, declaró parcialmente probada la excepción de prescripción, y condenó a Colpensiones como agencias en derecho al pago de \$2.000.000.00.

La juez para llegar a esa determinación, planteó como problema jurídico si el actor cumple con los requisitos para el reconocimiento de la pensión de invalidez bajo los parámetros del art. 39 de la Ley 100/93, para lo cual estudió las semanas cotizadas con posterioridad a la fecha de estructuración de la invalidez. En ese orden luego de hacer un recuento normativo y jurisprudencial sobre la capacidad residual del afiliado, se remitió a los diferentes dictámenes de pérdida de capacidad laboral realizados al demandante, y para acceder a la pensión se apoyó en el dictamen del 13 de febrero de 2020, en el que se declaró como fecha de estructuración de la pérdida de capacidad ocupacional del día 28 de marzo de 2000.

Posteriormente se remitió al historial de semanas cotizadas al sistema, en la que evidenció aportes entre el 01 de octubre de 1997 y el 31 de octubre de 2012 (751.02 semanas), los que hizo en virtud de la afiliación al Fondo de Solidaridad – Régimen Subsidiado de pensiones por esos mismos extremos, y en ese orden concluyó que el afiliado contaba con los requisitos para acceder a las prestaciones con las condiciones exigidas en el art. 39 de la Ley 100/93. La juez dijo que si bien existe un primer dictamen que calificó la capacidad laboral del actor realizado en el año 2014 y en el que se determinó una PCL del 50.1% con estructuración a partir del 01 de enero de 1974, y que las cotizaciones al sistema iniciaron desde el año 1997, entendió que esos aportes realizados con el consorcio Prosperar correspondía a la capacidad residual del afiliado.

La cuantía de la prestación la estableció en un salario mínimo legal mensual vigente, como quiera que al hacer los cálculos del IBL ésta resultaba inferior a tal cuantía, ordenó el pago de los reajustes anuales, las mesadas adicionales y la indexación de las condenas ante la improperidad de los intereses moratorios al considerar que Colpensiones no incurrió en mora para el reconocimiento de la prestación. Finalmente, en lo que respecta a la excepción de prescripción, indicó que el primer dictamen de pérdida de capacidad laboral del demandante data del 31 de enero de 2014, la reclamación de la prestación la hizo el 03 de marzo de ese año y la demanda la radicó el 10 de noviembre de 2015, por lo que concluyó que las mesadas causadas con anterioridad al 31 de marzo de 2011 estaban prescritas.

Recurso de apelación; Colpensiones insiste en que el actor no cumple requisitos para que se acceda a la pensión de invalidez ordenada, hizo lectura del art. 142 del Dto. 019 de 2012 para resaltar como se determina el estado de invalidez del afiliado y su calificación. Pidió tener como válido el primer dictamen realizado en el año 2014 que no fue objetado por el demandante y quedó en firme. De otra parte, alega que la norma a aplicar en el asunto es el Dto. 3041 de 1966 – art. 5 conforme la fecha de estructuración de invalidez (*año 1974*) época en la que se determinó una PCL del 50.1% y en la que el demandante no estaba afiliado al sistema, pues ésta ocurrió el 1 de octubre de 1997, esto es, posterior a la Ley 100/93. Alega que ni la Ley 100/93 ni la Ley 860/03, pueden ser siquiera valoradas en el caso, ni aplicadas de forma separada por el principio de inescindibilidad.

Alegatos ante este Tribunal (Ley 2213 de 2022).

Dentro de la oportunidad respectiva las partes presentaron alegatos en la instancia.

CONSIDERACIONES

Esta Sala aborda el estudio del recurso de apelación en relación con los puntos expuestos por las partes, toda vez que ese es el alcance establecido por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, que adicionó el artículo 66A del C. P. T y S. S., así: “*La sentencia de segunda instancia*

deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación”. En ese orden, el problema jurídico en esta oportunidad, se contrae a determinar si le asiste derecho al demandante a que se le reconozca y pague la pensión de invalidez deprecada. Además, se abordará el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones.

En el proceso no es objeto de discusión que CASTILLO RAMOS cuenta con una primera calificación de pérdida de capacidad laboral del 50.1%, de origen común, y con fecha de estructuración del 01 de enero de 1974 (*fls 16 a 18 pdf 1*), este dictamen se realizó el día 31 de enero de 2014, y del mismo se advierte que el demandante labora como independiente, y los diagnósticos para la calificación consistieron en;

“(27 de marzo de 2000) paciente con antecedente de amputación de miembro inferior derecho hace 20 años, amputación de 3er dígito de la mano derecha y 1er 2do y 3er dedo de la mano izquierda

(09 septiembre de 2013) Paciente con diagnóstico de HTA en manejo medido

(01 de junio de 2018) Paciente con antecedente de amputación de MID

(10 diciembre de 2013) Paciente quien en 1974 sobre accidente vascular con amputación tras femoral corta no prótesis por la longitud del muñón con ayudas externas para la marcha”

Además, también se cuenta con el dictamen que de oficio decretó la juez en audiencia el 30 de marzo de 2017, para que fuese establecida la condición de invalidez del actor, origen, fecha de estructuración y porcentaje.

En ese orden, la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca – Sala 3, en Dictamen No 11333408 de fecha 20/04/2018, determinó que la PCL del actor ascendía al 59.67%, cuyo origen es común, con fecha de estructuración del 20 de mayo de 1976 (*fls 97 a 102*). Y en el último dictamen del 13 febrero de 2020, que milita a folios 370 a 375, proferido por la Sala 2 de la misma Junta de Calificación, se estableció que la fecha de estructuración de la pérdida de capacidad ocupacional era el 28 de marzo de 2000 (*fecha de pancreatitis aguda*), con un porcentaje de PCL del 61.42%.

En esa oportunidad se tuvo en cuenta según el acápite de antecedentes que;

“Según el paciente, a la edad de 3 años presenta exposición a onda explosiva generándole múltiples amputaciones en los dedos de las manos (se anexa foto), posteriormente presentan episodio cianótico en miembro inferior derecho a la edad de 22 años presentando amputación, posteriormente inicia vida laboral en el sector informal como vendedor ambulante, refiere antecedente de colecistectomía, laparotomía exploratoria por obstrucción intestinal hace dos años, actualmente hipertenso refiere lumbalgia”

Y en el acápite de análisis y conclusiones fueron expuestas las siguientes situaciones;

“con historia de múltiples amputaciones en la infancia y adolescencia tardía, quien posteriormente desarrolla cuadros abdominales con urgencias quirúrgicas asociadas, actualmente se conoce como hipertenso polimedicado.

Obra como antecedente en la historia clínica la existencia documentada de neumonía basal e isquemia mesentérica del intestino, discartrosis cérvico dorsal. Siendo que este paciente desde la infancia presenta en el accidente por onda explosiva la amputación de múltiples dedos de las manos, valores que deben combinarse e identificar el momento en el cual se pierde la capacidad de trabajo en un porcentaje mayor a 50%.

Llama la atención que el cuadro de múltiples amputaciones establecido a la edad de 22 años, estarla reflejando una deficiencia aproximada de 33%, situación muy cercana ya al estado de invalidez en tanto que a este porcentaje debe agregarse lo correspondiente a las pérdidas del rol laboral u ocupacional del paciente. Posteriormente la historia clínica reseña la presencia de pancreatitis por coledocolitiasis y previamente consultas varias por discartrosis cérvico dorsal año 2006. En conclusión, todos estos desenlaces son de naturaleza común, tanto los traumáticos como los relacionados con la amputación de miembro inferior derecho, la pancreatitis aguda de origen biliar, la colelitiasis, la isquemia mesenterica, la hipertensión arterial...”

Aunado a lo anterior, se evidencia del historial de las semanas (fls 64 71) que el actor hizo cotizaciones como trabajador independiente desde el 01 de octubre de 1997 hasta el 31 de octubre de 2012, para un total de 750.02 semanas cotizadas al sistema, ciclos que efectuó con la observación *pagó como régimen subsidiado*. Además, según certificación (fl 14) expedida por el Fondo de Solidaridad Pensional del 26 de septiembre de 2012, se tiene que Leonidas Castillo Ramos estuvo vinculado al Fondo de Solidaridad pensional Régimen Subsidiado de Pensiones como discapacitado desde octubre 01 de 1997 hasta septiembre 01 de 2012, momento en que fue retirado por temporalidad, al cumplir el tiempo máximo del subsidio (750 semanas – Dto 3771 de 2007).

Conforme lo anterior, lo primero que precisa La Sala es que el dictamen a tener en cuenta para estudiar la prestación perseguida, es último que está probado en el expediente, esto es, el del día 13 febrero de 2020, que milita a folios 370 a 375 del archivo 1, proferido por la Sala 2 de la misma Junta de Calificación, en el que se tuvo como fecha de estructuración de la pérdida de capacidad ocupacional del demandante el día **28 de marzo de 2000** y fijó como porcentaje de PCL el **61.42%**, pues edificar el estudio de la pensión de invalidez con el dictamen efectuado por Colpensiones en el año 2014, sería tanto como invisibilizar los esfuerzos que hizo el demandante como vendedor ambulante, durante toda su vida productiva, en la que desplegó actividades conforme se lo permitieron sus limitaciones para propiciarse una subsistencia digna, pues no es otra a la conclusión que se puede llegar al tenerse en cuenta que en el sub examine resulta evidente el esfuerzo que hizo el actor para hacer los aportes al sistema pensional, con el fin de garantizar su derecho a la seguridad social en esta etapa de su vida; situación que no puede ser inadvertida por La Sala. Sobre este punto, es oportuno acudir a las sentencias SL3275-2019, SL3992-2019 y SL409-2020, donde la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, varió la postura respecto del momento a partir del cual puede contabilizarse el número de cotizaciones y precisó:

“(…) En resumen, se deben analizar las condiciones del solicitante, así como la existencia de una **capacidad laboral residual**, para de esta manera establecer el punto de partida para realizar el conteo de aportes que imponga la ley.

Sobre el particular, la Corte Constitucional en la citada providencia explicó que tanto las administradoras de pensiones como las autoridades judiciales deben verificar:

(i) que la invalidez se estructuró como consecuencia de una enfermedad congénita, crónica y/o degenerativa y, (ii) que existen aportes realizados al sistema por parte del solicitante en ejercicio de una efectiva y probada capacidad laboral residual, debe determinar el momento desde el cual verificará el cumplimiento del supuesto establecido en la Ley 860 de 2003, es decir que **la persona cuenta con 50 semanas cotizadas dentro de los 3 años anteriores a la fecha de estructuración**. Por lo tanto, para determinar el momento real desde el cual se debe realizar el conteo, las distintas Salas de Revisión han tenido en cuenta **la fecha de calificación de la invalidez o la fecha de la última cotización efectuada**, porque se presume que fue allí cuando el padecimiento se manifestó de tal forma que le impidió continuar siendo laboralmente productivo y proveerse por sí mismo de sustento económico, inclusive, la fecha de solicitud del reconocimiento pensional.

(...) Se trata de reglas claras y pacíficas que son, entonces, reiteradas por esta sentencia de unificación. Al respecto, la Sala Plena recuerda que los requisitos exigidos por la Ley 860 de 2003 buscan **evitar el fraude al sistema y garantizar su sostenibilidad fiscal**. Sin embargo, **frente a la existencia de aportes importantes realizados con posterioridad a la fecha de estructuración de la invalidez, en ejercicio de una efectiva y probada capacidad laboral residual, la sostenibilidad del sistema no se ve amenazada**, en tanto ésta (sic) sea clara y así se determine en cada caso en concreto. **En estos casos, no existe la pretensión de defraudar, sino que el fin legítimo de la solicitud es el reconocimiento de un derecho prestacional**, que se encontraba asegurado y para lo cual se cotizó durante un tiempo, pues el propósito de la **pensión de invalidez no es otro diferente que garantizar un mínimo vital** y, en esa medida, **una vida en condiciones de dignidad de personas que, debido a una enfermedad o un accidente, se encuentran en situación de discapacidad**.

Por todo lo anterior, se trata de una interpretación inspirada en los principios constitucionales de dignidad humana y de igualdad, así como en el deber de garantizar el acceso al trabajo por parte de las personas en situación de discapacidad, el cual, se encuentra consignado en la Carta y fue desarrollado por la Ley 361 de 1997, ya que como se estableció en párrafos anteriores, no parece lógico que el Estado propenda por la inclusión laboral de estas personas, pero impida que accedan a las garantías propias de los trabajadores, desconociendo entonces, la capacidad laboral residual con la cual cuentan.

En síntesis, en dicha decisión **la Corte Constitucional, validó tener en cuenta la fecha de calificación de la invalidez, la fecha de solicitud del reconocimiento pensional o, incluso, la data de la última cotización efectuada**, porque **se presume que fue allí cuando el padecimiento se manifestó de tal forma que le impidió continuar siendo laboralmente productivo y proveerse por sí mismo del sustento económico**, decisión que, en todo caso, debe fundamentarse en criterios razonables, previo análisis de la situación en particular y en garantía de los derechos del peticionario.”

(negrita y subrayado fuera de texto).

Es importante recordar a la demandada que, en este tipo de prestaciones, no todas las pensiones de invalidez pueden ser tratadas bajo los mismos supuestos, pues claramente entre ellas también existen múltiples situaciones que marcan la diferencia entre cada una, ya que claramente no todas las patologías son iguales, ni en todas las oportunidades es necesario verificar la capacidad residual de los afiliados (CSJ SL3275-2019, reiterada, entre otras, en CSJ SL2504-2022). Igualmente es de tener presente que tanto la Corte Constitucional (SU 588-2016) como la Corte Suprema de Justicia (SL3275-2019), coinciden en la posibilidad de modificar el momento a partir del cual se cuentan las semanas de cotización para obtener la pensión de invalidez, en los casos que existe una capacidad residual laboral real y debidamente demostrada, tal como ocurre en este caso, la que se acredita con la revisión de los diferentes dictámenes del actor, sus patologías, limitaciones específicas y el número de aportes que el demandante hizo al sistema.

Entonces, volviendo al momento a partir del cual se contabiliza el número de cotizaciones cuando se está en presencia de afiliados que padecen de alguna situación de discapacidad y en la que se hace necesario verificar la capacidad residual, la fecha de estructuración de la invalidez, se establecerá con; i) La calificación de dicho estado, ii) La de solicitud de reconocimiento pensional o iii) La de la última cotización realizada -calenda en la que se presume que la enfermedad se reveló de tal forma que le impidió al asegurado seguir trabajando. Habiéndose tomado por parte de la juez, la que corresponde a la fecha de estructuración (*año 2000*) determinada en el último dictamen efectuado (*febrero de 2020*), pues claramente tomar como base el dictamen del año 2014 que estructura la PCL del demandante desde el año de 1974 de entrada anula sus derechos de igualdad y no discriminación. En consecuencia, la postura que asumió la juez en el asunto se ajusta a la perspectiva propia del enfoque diferencial que se debe tener en cuenta en estos casos y con el que se garantiza la contingencia de la invalidez, a la población que pese a una situación de salud determinada mantienen una fuerza de trabajo residual que les permite satisfacer sus necesidades básicas.

De otra parte al verificarse la densidad de semanas que cotizó el actor al sistema después de la fecha en la que se determinó la estructuración de la invalidez, es dable concluir que ellas no se hicieron con el ánimo de defraudar al sistema, ni tampoco se evidencia que con la decisión del A quo se afecte la sostenibilidad fiscal del sistema, en tanto, las semanas acreditadas corresponden al aporte hecho en ejercicio de una real y probada capacidad laboral residual del afiliado y además superan en un número importante, el mínimo de las semanas exigidas por la norma, las que además son producto de la actividad laboral efectivamente ejercida.

Dicho todo lo anterior se verifica que el demandante, conforme la fecha en que se estructuro la invalidez tendría derecho a que se aplique la Ley 100/93¹ en su redacción original, pues para el 28 de marzo de 2000 cuenta con 130 semanas cotizadas desde el 01 de octubre de 1997 en su historia laboral², por lo que el requisito de la densidad de las semanas lo cumple

¹ Que el afiliado se encuentre cotizando al régimen y hubiere cotizado por lo menos 26 semanas, al momento de producirse el estado de invalidez.

[1] Identificación Empleado	[2] Nombre ó Razón Social	[3] Desde	[4] Hasta	[5] Último Salario	[6] Semanas	[7] Lic.	[8] Sim.	[9] Total
11333408	LEONIDAS CASTILLO RAMOS	01/10/1997	31/12/1997	\$172.005	12,86	0	0	12,86
11333408	LEONIDAS CASTILLO RAMOS	01/01/1998	31/12/1998	\$203.825	51,43	0	0	51,43
11333408	LEONIDAS CASTILLO RAMOS	01/01/1999	31/12/1999	\$236.460	51,43	0	0	51,43
11333408	LEONIDAS CASTILLO RAMOS	01/01/2000	31/12/2000	\$260.100	51,43	0	0	51,43
11333408	LEONIDAS CASTILLO RAMOS	01/01/2001	31/12/2001	\$286.000	51,43	0	0	51,43
11333408	LEONIDAS CASTILLO RAMOS	01/01/2002	31/01/2003	\$309.000	55,71	0	0	55,71
11333408	LEONIDAS CASTILLO RAMOS	01/02/2003	31/01/2004	\$332.000	51,43	0	0	51,43
11333408	LEONIDAS CASTILLO RAMOS	01/02/2004	31/01/2005	\$358.000	47,14	0	0	47,14
11333408	LEONIDAS CASTILLO RAMOS	01/02/2005	31/01/2006	\$381.500	51,43	0	0	51,43
11333408	LEONIDAS CASTILLO RAMOS	01/02/2006	31/01/2007	\$408.000	51,43	0	0	51,43
11333408	LEONIDAS CASTILLO RAMOS	01/02/2007	31/01/2008	\$433.700	51,43	0	0	51,43
11333408	LEONIDAS CASTILLO RAMOS	01/02/2008	31/01/2009	\$461.500	51,43	0	0	51,43
11333408	LEONIDAS CASTILLO RAMOS	01/02/2009	31/01/2010	\$496.900	51,43	0	0	51,43
11333408	CASTILLO RAMOS LEONIDAS	01/02/2010	31/01/2011	\$515.000	51,43	0	0	51,43
11333408	CASTILLO RAMOS LEONIDAS	01/02/2011	31/01/2012	\$535.600	51,43	0	0	51,43
11333408		01/02/2012	29/02/2012	\$566.700	0,00	0	0	0,00
11333408	CASTILLO RAMOS LEONIDAS	01/04/2012	30/06/2012	\$566.700	12,86	0	0	12,86
11333408	CASTILLO RAMOS LEONIDAS	01/08/2012	31/10/2012	\$566.700	4,29	0	0	4,29
TOTAL SEMANAS COTIZADAS: 750,02								

a satisfacción, está dentro del periodo de la vinculación al sistema y en el margen de la fecha en que se dictaminó la estructuración de la invalidez. Por lo que el reconocimiento pensional se confirma.

En lo que respecta a la cuantía, se tiene que en efecto la misma se liquida con El 45 % del ingreso base de liquidación, más el 1.5 % de dicho ingreso por cada 50 semanas de cotización que el afiliado tuviese acreditadas con posterioridad a las primeras 500 semanas cotizadas, cuando la disminución en su capacidad laboral sea igual o superior al 50 % e inferior al 66 % (*art. 40 de la Ley 100/93*). Dicho esto, y al verificar los aportes del actor y hacer los cálculos correspondientes a lo que correspondería su mesada, la misma no supera el valor del salario mínimo, y como es bien sabido que ninguna prestación puede ser inferior al valor del salario mínimo legal mensual vigente, la cuantía ordenada por la juez se confirma.

Para definir los extremos del retroactivo pensional, es necesario estudiar la excepción de prescripción propuesta por Colpensiones, y para definirla basta con tener en cuenta que al demandante se le calificó por primera vez la PCL el día 31 de enero de 2014, el 03 de marzo de ese año reclamó ante la demandada el reconocimiento y pago de la prestación, la que fue negada en la Resolución GNR 61280 del 02 de marzo de 2015, y la demanda se radicó el 10 de noviembre de ese mismo año (*10 de noviembre de 2015*), por lo tanto le asiste razón a la juez, en concluir que las mesadas pensionales causadas con anterioridad al 03 de marzo de 2011 están prescritas. En ese orden el retroactivo a pagar a cargo de la Administradora Colombiana de Pensiones está comprendido entre el 03 de marzo de 2011 y hasta que haga la inclusión en nómina de Castillo Ramos. Es de precisar que las mesadas deben ser calculadas conforme los reajustes legales y además pagar 14 mesadas al año. Sobre el retroactivo a reconocer, la demandada deberá hacer los descuentos de los aportes en salud.

En cuanto a la condena del pago indexado de la prestación, La Sala la encuentra procedente, como quiera que en el asunto resulta evidente la necesidad de la actualización monetaria de las mesadas.

Suficientes resultan estos argumentos para **confirmar** la sentencia apelada y consultada.

COSTAS

Las de primera se confirman. Sin costas en la alzada.

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO. – CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado 27 Laboral del Circuito de Bogotá del 02 de mayo de 2022, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO. – COSTAS Las de primera se confirman. Sin costas en la alzada.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



RODRIGO AVALOS OSPINA

Magistrado



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA

Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Magistrado



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

Magistrado Ponente: **RODRIGO ÁVALOS OSPINA.**

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR MARTHA LUCIA LEÓN CAIPA contra CELAN FRESH INTEGRAL SAS Y LUZ LEYDA CAMACHO FONSECA.
Radicación No. 11001-31-05-038-**2017-00621-01.**

Bogotá D.C., treinta (30) de abril dos mil veinticuatro (2024), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente;

SENTENCIA

MARTHA LUCIA LEÓN CAIPA demanda a **CELAN FRESH INTEGRAL SAS Y LUZ LEYDA CAMACHO FONSECA** para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas en el expediente digital, así;

- Existencia de un contrato de trabajo a término indefinido con CELAN FRESH INTEGRAL SAS entre el 17 de septiembre de 2016 (*sic*) y el 30 de abril de 2017, para desempeñarse como operaria de aseo.
- Responsabilidad solidaria con LUZ LEYDA CAMACHO FONSECA.
- Pago de prestaciones sociales
- Indemnización por la no consignación de las cesantías a un fondo para los años 2016 y 2017.
- Indemnización del art. 65 del CST
- Indemnización de un día de salario desde el 28 de abril de 2017 hasta que se acredite el pago de los aportes parafiscales de los últimos 3 meses anteriores al finiquito contractual.

Como hechos expone que el día 17 de septiembre de 2015 se vinculó laboralmente con CELAN FRESH INTEGRAL SAS, mediante un contrato de trabajo por obra o labor, para desempeñarse como operaria de aseo, el salario ascendió a un mínimo legal mensual vigente. El día 30 de abril de 2017 presentó renuncia. LUZ LEYDA CAMACHO FONSECA es

solidariamente responsable de las obligaciones que emanan del contrato de trabajo, ella fue la administradora de la sociedad demandada y le causó perjuicios económicos al no ordenar el pago de la liquidación y consignación de las cesantías de los años 2016 y 2017. Se le adeudan cesantías, intereses a las cesantías parafiscales, la liquidación laboral y ello da paso a las indemnizaciones de que trata el numeral 3 del art 99 de la Ley 50/90 y el art. 65 del CST.

Actuación procesal

El Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito admitió la demanda en auto del 18 de octubre de 2017 contra las llamadas a juicio, quienes contestaron a través de curador tal como se verifica en la carpeta 07 del expediente digital.

Sentencia de primera instancia

El A quo en sentencia del 29 de abril de 2022 declaró la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre las partes, cuyos extremos van del **17 de septiembre de 2015 y el 30 de abril de 2017**, donde la actora se desempeñó como operaria de aseo y devengo un salario mínimo legal mensual vigente para cada anualidad. Condenó a CLEAN FRESH INTEGRAL S.A.S. en LIQUIDACIÓN a pagar a la actora \$1'248.296 por cesantías, \$9'478.816 por sanción por no consignación de las cesantías en un fondo y \$24.591 diarios a partir del 01 de mayo de 2017 y hasta cuando efectúe el pago de la acreencia prestacional por indemnización moratoria. De las demás pretensiones absolvió y condenó a la empresa al pago de agencias en derecho a la suma de \$2.000.000.

Llegó a esa determinación previa exposición de los requisitos del art. 23 del CST y el principio de la primacía de la realidad sobre las formas, luego advirtió que como el contrato de trabajo allegado no contaba con ninguna especificación propia de los contratos a término fijo o de obra o labor, concluyó que el mismo lo era a término indefinido, la fecha de inicio, salario, cargo y funciones las tomo del contrato. Para determinar el momento de la terminación, el Juez dijo que no había prueba de que la demandada hubiese terminado el contrato, se remitió a la planilla de aportes al sistema de seguridad social que tienen como última fecha 31 de marzo de 2017 y además indicó que en el proceso tampoco había carta de renuncia, por lo que estableció el finiquito con el extremo que afirmado por la actora en su escrito de demanda. Absolvió de la condena solidaria, la que se edificó en que Camacho Fonseca era la administradora de la empresa y no pagó en tiempo los emolumentos de la trabajadora, además el juez explicó que en el asunto tampoco se acreditaba la responsabilidad de que trata el art. 36 del CST porque del certificado de existencia y representación legal no se podía establecer que Camacho Fonseca fuese socia de la empresa demandada, además la empresa no era una sociedad de personas, sino una sociedad simplificada por acciones.

El A quo condenó a las cesantías por la vigencia del contrato, a los intereses a las cesantías, y a la indemnización de que trata el numeral 3 del art. 99 de la Ley 50/90, por lo que ordenó el pago de un día de salario por cada día de mora en el pago de la prestación, los que calculó para el año 2015, desde el 15 de febrero de 2016 hasta el 14 de febrero de 2017, y las del año 2016 desde el día 15 de febrero de 2017 hasta el 30 de abril de ese año. También accedió a la condena de la indemnización moratoria del art. 65 del CST al quedar demostrado que la demandada al momento del finiquito contractual no canceló las prestaciones del caso, ni tampoco se evidenció un actuar de buena fe que la exonerara de esta sanción. De la indemnización del pago de un día de salario por la no demostración del pago de los parafiscales en los últimos 3 meses del contrato dijo que ese postulado está previsto en el art. 65 del CST y que esa indemnización ya se condenó.

Recurso de apelación: la apoderada de las demandadas apela la sentencia porque no está de acuerdo con la modificación del a naturaleza del contrato, aduce que en el asunto se debe respetar la voluntad de las partes y que por esta razón no se puede concluir que el contrato es a término indefinido, afirma que si se dan los presupuestos para que el contrato se mantenga como de obra o labor tal como fue suscrito. De otro lado objeta la fecha de finalización del vínculo contractual si se tiene en cuenta que la demandante no probó cuando fue su desvinculación y no es posible que el juez tome la que se dice en la demanda sin soporte alguno. No comparte la liquidación que hace el juez en el ordinal segundo de la sentencia, porque en la cláusula segunda del contrato de trabajo se estableció que los pagos se efectuarían proporcionalmente al tiempo trabajado y en el plenario no hay prueba de esos extremos. Finalmente alega que en el asunto no es posible que se condene a la indemnización moratoria de que trata el art. 65 del CST porque no está probada la mala fe de CELAN FRESH INTEGRAL SAS.

Alegatos ante este Tribunal (Ley 2213 de 2022).

Dentro de la oportunidad respectiva no se evidencia que las partes hayan presentado alegatos en la instancia.

CONSIDERACIONES

Esta Sala aborda el estudio del recurso de apelación en relación con los puntos expuestos por las partes, toda vez que ese es el alcance establecido por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, que adicionó el artículo 66A del C. P. T y S. S., así: *“La sentencia de segunda instancia deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación”*. En ese orden, el problema jurídico en esta oportunidad, se contrae a determinar i) cual es la modalidad contractual que reguló la relación de trabajo entre las partes, ii) cuando finalizó el contrato, iii) si el A quo liquidó las condenas conforme los extremos del contrato de trabajo y si iv) la demandada actuó de buena fe para exonerarse de la indemnización moratoria.

En el proceso no se controvierte que entre las partes existió un vínculo laboral, que inició el 17 de septiembre de 2015, que el salario de la actora siempre correspondió a un mínimo legal mensual vigente, y que la actividad desempeñada era la de operaria de aseo. En consecuencia, procede La Sala a verificar en primer lugar cual es la verdadera naturaleza del contrato de trabajo que unió a las partes.

Modalidad Contractual

El juez para definir la modalidad contractual, tuvo en cuenta que el contrato aportado *-contrato de trabajo de obra o labor determinada-* no especificaba ante quien o ante cual usuario la actora iba a desempeñar el trabajo en misión, no se precisó cuál es la labor específica a la que se ató la vigencia de ese vínculo, o cuál era la obra determinada, por lo que al advertir que a la trabajadora no se le dijo a donde debía ir a laborar, cuál era el usuario beneficiario de su fuerza de trabajo, o el lugar específico de sus funciones, concluyó que en el asunto la vinculación entre las partes estaba regida por las reglas de los contratos de duración indefinida.

Para resolver se recuerda que el art. 45 del CST, dispone que los contratos de trabajo pueden celebrarse *“por tiempo determinado, por el tiempo que dure la realización de una obra o labor determinada, por tiempo indefinido o para ejecutar un trabajo ocasional, accidental o transitorio.”* En cuanto a los contratos de trabajo por duración de la obra o labor, se rememora igualmente lo señalado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL 4936-2021, en la que se indicó;

*“Cuando se pacta por duración de la obra, ha reiterado esta Corporación que **no basta con esa denominación, debe determinarse y delimitarse con claridad y especificidad la obra o labor contratada, o que indiscutiblemente se desprenda de la naturaleza de la labor tal temporalidad, de lo contrario, se entenderá de manera residual, que su duración es indefinida** (CSJ SL2176-2017, CSJ SL2600-2018); es decir, en oposición a lo discutido por la censura, la naturaleza de la labor es solo uno de los criterios que permiten establecer este tipo de contratación, por duración de la obra o labor, pero no es exclusivo ni excluyente, como lo pretende hacer ver en la sustentación de los cargos, ni las funciones a desempeñar tienen la virtualidad de restarle validez al acuerdo; empero, claro está que, si el contrato se pactó por tiempo determinado, con un plazo o fecha de finalización cierta e incondicionada, mas no simplemente posible o probable, según lo dispuesto en la norma en cita, y en concordancia con lo establecido en el art. 46 ídem, será en verdad uno a término fijo.”* (negrita fuera de texto).

Conforme lo anterior, concluye La Sala que en el asunto el Juez no se equivocó al declarar la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido, como quiera que de la revisión de la documental que milita a folio 16 del pdf 1, *(contrato de trabajo de obra o labor*

determinada), solo se evidencia que las partes firmaron un contrato de trabajo el día 17 de septiembre de 2015, para que Zuluaga Gutiérrez se desempeñara como trabajadora en misión, y en el ordinal tercero del contrato, únicamente se dijo que la duración lo “*será hasta la terminación del servicio como OPERARIO (A) DE ASEO en la empresa CLEAN FRESH INTEGRAL SAS*” sin que se hubiese determinado y delimitado con claridad cuál era la obra o labor a ejecutar, donde la debía realizar, quien sería el usuario beneficiario de la prestación del servicio, o alguna condición alusiva a la temporalidad de la labor, y es por ésta razón que no se puede en este momento dar prioridad a la voluntad de las partes como lo alega la apelante, sino a la primacía de la realidad sobre las formas, en consecuencia la modalidad contractual se **confirma**.

Extremo final del contrato

El juez al resolver este punto, se remitió al certificado expedido por la administradora de pensiones que da cuenta de la existencia de aportes al sistema hasta el día 31 de marzo del año 2017, a lo dicho por la actora en el escrito de demanda, quien asevera que el vínculo laboral feneció el 30 de abril de ese año, por renuncia de la que no hay prueba, y además dijo que como el contrato era a término indefinido era la llamada a juicio quien debía demostrar la terminación. Por lo que éste extremo lo definió con la manifestación de la demandante, decisión que objeta la apelante, al insistir en que la fecha en la que se apoya el juez no fue probada por la actora, pero tampoco propone otro extremo.

En lo que respecta a los extremos temporales del contrato de trabajo se ha indicar que los mismos resultan de gran importancia en este tipo de juicios, pues sin su definición no sería posible proferir las correspondientes condenas, igualmente es de recordar que cuando las fechas de inicio y terminación de un contrato no resultan lo suficientemente claras, el juez puede hacer las aproximaciones del caso, tal como lo ha explicado la Corte Suprema de Justicia, en diferentes decisiones, como por ejemplo en la sentencia con radicado 42167 de 2012, en la que se dijo;

“Del mismo modo, **conviene recalcar, que los jueces deben procurar desentrañar de los medios probatorios los extremos temporales de la relación laboral, cuando se tenga seguridad sobre la prestación de un servicio** en un determinado período, para así poder calcular los derechos laborales o sociales que le correspondan al trabajador demandante. Al respecto en sentencia del 22 de marzo de 2006 radicado 25580, se adocrinó:

*“(....) Aunque no se encuentra precisada con exactitud la vigencia del contrato de trabajo, esta podría ser establecida en forma aproximada acudiendo a reiterada jurisprudencia sentada desde los tiempos del extinto Tribunal Supremo del Trabajo, según la cual **cuando no se puedan dar por probadas las fechas precisas de inicio y terminación de la relación laboral**, pero se tenga **seguridad** de acuerdo con los medios probatorios allegados **sobre la prestación del servicio** en un periodo de tiempo que a*

*pesar de no concordar exactamente con la realidad da certeza de que en ese lapso ella se dio, **habrá de tomarse como referente para el cálculo de los derechos laborales del trabajador.***” (negrita fuera de texto).

Dicho lo anterior, y al descender al material probatorio recaudado en la instancia, se cuenta con el extracto de la AFP Protección, en el que Clean Fresh Integral SAS hizo aportes al sistema pensional de la afiliada Zuluaga Gutiérrez por el año 2017, y el último periodo registrado corresponde al mes de febrero de ese año, documental que solo se puede valorar como indicio de la relación contractual, sin que la misma se pueda entender de otra manera, pues en los términos de la Sentencia SL2017-2019¹, ella no es prueba de la relación laboral. Por eso La Sala para establecer la fecha de la terminación del contrato de trabajo se remite a lo consignado en el art. 193² del CGP, el que prevé la confesión por apoderado judicial como medio probatorio, para colegir que la finalización del vínculo contractual lo fue el 30 de abril de 2017, pues le asiste razón al juez al remitirse a la fecha aseverada por la demandante en su libelo introductor como extremo final del contrato, declaración que se ajusta a la realidad del proceso, por lo que este punto de inconformidad también se **confirma**.

Liquidación de las prestaciones

La apelante afirma que en la sentencia se liquidó mal las condenas deprecadas como quiera que el juez no tuvo en cuenta la cláusula segunda del contrato de trabajo, en la que se estableció que los pagos se efectuarían proporcionalmente al tiempo trabajado. En este punto basta con indicar que las objeciones presentadas distan de la realidad del expediente como quiera que el juez condenó al pago de las cesantías y la sanción por no consignación de las cesantías en un fondo, en consonancia como los extremos del contrato, la cuantía y las prestaciones deprecadas. En consecuencia, al no haber expuesto consideraciones en este punto adicionales a las planteadas, la liquidación de las condenas por prestaciones sociales se **confirma**.

Indemnización moratoria

El juez de instancia condenó la indemnización moratoria al evidenciar que no hubo justificación alguna para que el empleador se desentendiera del pago de la prestación social

¹ “Lo que sucede es que para el Juzgador de alzada, **tal afiliación no es indicativo suficiente para declarar la presencia de un vínculo contractual de carácter laboral**, lo cual resulta acorde con lo adocinado por esta Corporación sobre esta precisa temática, en el sentido de que **dicha inscripción no implica per sé la celebración de un contrato de trabajo, ya que para ello se requiere de la voluntad de ambas partes y la concurrencia de los elementos esenciales previstos en el artículo 23 del Código Sustantivo de Trabajo**, valga decir, la actividad personal del trabajador, la continuada subordinación o dependencia de éste respecto del empleador, y un salario como retribución de la prestación del servicio.

²**ARTÍCULO 193. CONFESIÓN POR APODERADO JUDICIAL.** La confesión por apoderado judicial **valdrá cuando para hacerla haya recibido autorización de su poderdante**, la cual se entiende otorgada para la demanda y las excepciones, las correspondientes contestaciones, la audiencia inicial y la audiencia del proceso verbal sumario. Cualquier estipulación en contrario se tendrá por no escrita.

condena, respecto de la cual la apelante manifiesta que se le debe absolver porque no se acreditó el actuar de mala fe de la empresa.

Ahora bien, con relación a la indemnización de que trata el artículo 65 del CST, sea lo primero decir que en el mismo se consagra que si a la terminación del contrato de trabajo el empleador no paga al trabajador los salarios y prestaciones debidas, salvo los casos de retención autorizados por la ley o convenidos, debe pagar la sanción moratoria que allí se establece. Para tal efecto, debe recordarse que nuestro máximo Tribunal en sentencia del veinticinco (25) de febrero de dos mil nueve (2009) con radicado N° 33084 - Magistrado Ponente: Luis Javier Osorio López señaló respecto a ésta indemnización dijo que:

“...por tener su origen en el incumplimiento del empleador de ciertas obligaciones, gozan de una naturaleza eminentemente sancionatoria y como tal su imposición está condicionada al examen, análisis o apreciación de los elementos subjetivos relativos a la buena o mala fe que guiaron la conducta del empleador.”

Por esta razón, la naturaleza misma de la indemnización implica que el empleador hubiera querido vulnerar los derechos laborales del trabajador durante o a la terminación del vínculo laboral, situación que se encuentra acreditada en el presente asunto, pues no hay explicación para que a la terminación del contrato de trabajo (30 de abril de 2017) la demandada no hubiera procedido con el pago de la correspondiente liquidación de las acreencias laborales. Esto es así, pues, si bien a folios 12 a 15 del archivo 1 del expediente digital, obra certificado de existencia y representación legal de la demandada, en el que se evidencia que la misma fue declarada disuelta y en estado de liquidación mediante asamblea de accionistas del 23 de junio de 2017, actuación inscrita el día 27 de ese mes y año, lo cierto es que esta actuación resulta posterior a la época en la que se terminó el contrato de trabajo, lo cual hace que la indemnización moratoria de que trata el art. 65 del CST, corra desde el día siguiente al finiquito laboral (01 de mayo de 2017) hasta el 27 de junio de 2017, fecha de liquidación de la demandada, pues es claro que una vez se inicia dicho proceso, la sociedad tiene prohibido realizar pagos de acreencias laborales a los trabajadores, siendo esta una circunstancia ajena a la misma sociedad. Lo anterior en consonancia por lo decantado en la sentencia CSJ SL, rad. 37288, 24 ene. 2012, en la que sobre el tema, La Corte Suprema de Justicia sostuvo que;

*“Ha sido una constante para la Corte, como se aprecia en las sentencias de esta Sala citadas por el ad quem y por el censor, de cara a la condena por indemnización moratoria, que, **en los casos de insolvencia o crisis económica del empleador**, en principio, tal circunstancia no exonera de la indemnización moratoria; en dicho caso, se debe examinar la situación particular, para efectos de establecer si el empleador incumplido ha actuado de buena fe.*

En ese mismo sentido, nuestro máximo órgano de cierre en la sentencia CSJ SL 16884-2016, dijo:

*Esta sala de la Corte ha sostenido de manera reiterada y pacífica que **las indemnizaciones por mora que se encuentran establecidas en los artículos 65 del Código Sustantivo del Trabajo y 99 de la Ley 50 de 1990 no son de imposición automática**, en la medida en que, dado su carácter sancionatorio, es preciso **auscultar la conducta asumida por el deudor**, en aras de verificar si existen razones serias y atendibles que justifiquen su conducta omisiva y lo ubiquen en el terreno de la buena fe. En dicha medida, siempre ha sido clara en precisar que «...el recto entendimiento de las normas legales consagratorias de la indemnización moratoria enseña que su aplicación no es mecánica ni axiomática, sino que debe estar precedida de una indagación de la conducta del deudor.» (CSJ SL, 5 mar. 2009, rad. 32529; CSJ SL, 20 jun. 2012, rad. 41836; CSJ SL4933-2014; CSJ SL13187-2015 y CSJ SL15507-2015, entre muchas otras).*

En esa misma dirección, la Sala ha dicho que el juez laboral no puede asumir reglas absolutas ni esquemas preestablecidos en el momento de analizar la procedencia de dicha indemnización o de justificar la mora, pues es su deber examinar las condiciones particulares de cada caso y con arreglo a ellas definir lo pertinente. Esto es que, además de que la sanción por mora no puede imponerse de manera automática e inexorablemente, tampoco puede excluirse o excusarse de manera mecánica, ante la presencia de ciertos supuestos de hecho (CSJ SL360-2013).

Por virtud de ello, por ejemplo, la Sala ha clarificado que la indemnización moratoria no se puede eludir irreflexiva y automáticamente, por el hecho de que se discuta la naturaleza jurídica de la relación de trabajo (CSJ SL, SL, 2 ag. 2011, rad. 39695; CSJ SL, 27 nov. 2012, rad. 44218; CSJ SL8077-2015 y CSJ SL17195-2015, entre otras), o por el hecho de que la empresa se encuentre en dificultades económicas (CSJ SL, 1 jul. 2007, rad. 28024; CSJ SL, 20 abr. 2010, rad. 33275; CSJ SL, 1 jun. 2010, rad. 34778; CSJ SL, 24 abr. 2012, rad. 39319; CSJ SL884-2013 y CSJ SL10551-2015, entre otras), y ha llamado la atención en la necesidad de que siempre se indaguen y analicen suficientemente las condiciones particulares de cada caso.

Respecto de la condición económica de la empresa, la Sala ha adoctrinado que:

[...] no siempre que una empresa se halle en estado de iliquidez o crisis económica, esa sola circunstancia permite exonerarla de la condena por la sanción moratoria, porque aún de encontrarse en esa situación sus representantes pueden ejecutar actos ausentes de buena fe por no pagar los salarios y las prestaciones sociales debidas a la terminación del vínculo laboral y en razón de contar con medios para prevenir ese riesgo. (CSJ SL, 3 may. 2011, rad. 37493).

En consecuencia, La indemnización moratoria de que trata el art. 65 del CST debe ser **modificada** para condenarla a partir del 01 de mayo al 27 de junio de 2017, la cual asciende a la suma de \$1.401.662, como quiera que en A quo no reparó en la especial condición de la demandada.

COSTAS

Las de primera se confirman. Sin costas en la alzada ante la prosperidad parcial del recurso.

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO. – MODIFICAR EL LITERAL C DEL ORDINAL SEGUNDO de la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá del día 29 de abril de 2022, para en su lugar, ordenar a la demandada CLEAN FRESH INTEGRAL S.A.S. en LIQUIDACIÓN a pagar a la demandante la suma de \$24.591 diarios a partir del 01 de mayo y hasta el 27 de junio de 2017, como indemnización por el no pago oportuno de las prestaciones sociales, la cual asciende a la suma de \$1.401.662, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO. – En lo demás confirmar.

TERCERO. – COSTAS Las de primera se confirman. Sin costas en la alzada ante la prosperidad parcial del recurso.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



RODRIGO AVALOS OSPINA

Magistrado



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA

Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Magistrado



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

Magistrado Ponente: **RODRIGO ÁVALOS OSPINA.**

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR JAIRO BECERRA CÁRDENAS contra PRIMAX COLOMBIA S.A. Radicación No. 11001-31-05-029-**2021-00060-01.**

Bogotá D.C., treinta (30) de abril dos mil veinticuatro (2024), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente;

SENTENCIA

El demandante JAIRO BECERRA CÁRDENAS, por intermedio de apoderado judicial, instauró demanda ordinaria laboral en contra de PRIMAX COLOMBIA S.A. para que sea condenada a reconocer y pagar la pensión legal de jubilación del artículo 260 del CST a partir del 22 de marzo de 2006 en lugar de la pensión voluntaria que la demandada le reconoce desde su retiro de la empresa; que liquide la primera mesada pensional teniendo en cuenta el límite vigente para esa época (25 SMLMV), y también las mesadas subsiguientes, efectuándose además los ajustes anuales legalmente autorizados; al pago de la diferencia de los valores que canceló a título de pensión voluntaria y el monto de su pensión legal de jubilación desde el 22 de marzo de 2006 y hasta cuando le fue reconocida la pensión de vejez por el ISS (el 22 de marzo de 2011); al pago del mayor valor que resulte entre la pensión legal de jubilación y la pensión legal de vejez reconocida por el ISS desde el 22 de marzo de 2011; el pago de las costas y agencias en derecho.

En respaldo de sus pretensiones, el demandante afirma que prestó sus servicios para EXXONMOBIL DE COLOMBIA S.A. hoy PRIMAX COLOMBIA S.A. desde el 10 de abril de 1978 hasta el 31 de octubre de 2002, fecha en la cual el vínculo laboral finalizó por mutuo acuerdo entre las partes mediante un contrato de transacción y una conciliación celebrada ante el Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Bogotá; que para ese momento devengaba un salario mensual de \$14.866.000; que la demandada se comprometió a pagarle una pensión de jubilación de carácter voluntario pues aunque tenía más de 24 años de servicio

en la empresa solo contaba con 51 años de edad; que la pensión inicial fue pagada en cuantía de \$6.180.000 correspondiente a 20 SMLMV; que el 22 de marzo de 2006 cumplió 55 años de edad completando así los requisitos exigidos en el artículo 260 del CST para acceder a la pensión legal de jubilación, la cual tenía un tope legal de 25 SMLMV; que es beneficiario del régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, ya que tenía más de 40 años de edad al entrar en vigencia la mencionada ley; que el 16 de octubre de 2020 le solicitó a la demandada el reconocimiento y pago de la pensión legal de jubilación desde el 22 de marzo de 2006; por último, refiere que mediante resolución No.29996 del 14 de septiembre de 2012 proferida por el ISS se reconoció pensión de vejez de carácter compartida al demandante a partir del 22 de marzo de 2011.

Actuación procesal

El Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá admitió la demanda en auto del 20 de mayo de 2021, y ordenó la notificación de la demandada. Cumplido lo anterior, PRIMAX COLOMBIA S.A. contestó la demanda, respuesta que reposa en el archivo “07ContestacionPrimax”.

Sentencia de primera instancia

El juzgado de conocimiento en sentencia proferida el 25 de abril de 2022 declaró que el demandante tiene derecho a la reliquidación de la pensión de jubilación prevista en el artículo 260 del CST a partir del 22 de marzo de 2006 en cuantía de \$10.200.000, teniendo en cuenta el límite máximo de las pensiones de 25 SMLMV; como consecuencia de lo anterior, condenó a la demandada a reconocer y pagar al demandante el mayor valor de la pensión de vejez compartida reconocida; declaró parcialmente probada la excepción de prescripción y condenó a la demandada al pago de \$244.795.288 correspondientes a las diferencias obtenidas de la reliquidación del mayor valor de las mesadas pensiones causadas entre el 16 de octubre de 2017 y el 30 de abril de 2022, así como aquellas que se causen con posterioridad las cuales deberán ser indexadas desde cuando cada diferencia se hizo exigible conforme el IPC establecido por el DANE; por último, condenó en costas a la demandada, fijando las agencias en derecho en la suma de \$5.000.000.

En lo que interesa a la resolución del recurso, la a quo discurrió en los siguientes puntos: se refirió a lo dispuesto en el artículo 260 del CST para indicar que, en el caso concreto, el pago de la pensión de jubilación se encontraba a cargo del empleador; no obstante, con ocasión de la afiliación obligatoria al ISS de los trabajadores del sector petrolero que ocurrió el 1 de octubre de 1993, la pensión debía ser compartida. De esta forma, indicó que, si bien al demandante le fue reconocida una pensión de jubilación en el año 2002 de forma voluntaria por el empleador, la misma debía ser ajustada a los parámetros legales cuando el trabajador alcanzara la edad, específicamente señaló que, frente a este hecho, se debe ajustar el monto

de la pensión, como quiera que de no hacerlo se estarían violando los derechos mínimos del trabajador, pues los derechos pensionales no son transables, conciliables ni mucho menos renunciables.

Así las cosas, indicó que al dar aplicación a lo dispuesto en el artículo 260 del CST la pensión del demandante debió reconocerse a partir del 22 de marzo de 2006 en un 75% de su salario que al exceder el tope contemplado en el artículo 5 de la Ley 797 de 2003, se debe reconocer la pensión en cuantía de 25 SMLMV. Respecto de la excepción de compensación indicó que la suma de dinero que se le canceló al trabajador fue por dar por terminado el contrato de trabajo en esa fecha, pero dicho acuerdo no afectó los derechos pensionales, y nunca se indicó que la transacción cobijaría las diferencias por efectos de la pensión, por lo que consideró que no había lugar a la misma.

Recurso de Apelación

El apoderado de la **demandada** presentó recurso de apelación, en el que solicita que se revoque la decisión adoptada por la juez pues no se encuentra de acuerdo con los argumentos de derecho desarrollados por la a quo para proferir la condena. De esta forma, señala que la demandada reconoció de forma anticipada la pensión de vejez al demandante desde el 1 de noviembre de 2002, lo que, a su juicio, significa que al momento de liquidarse la prestación se debe tener en cuenta la normativa vigente en dicha fecha y no la normativa vigente para la fecha en que el demandante cumplió los 55 años de edad. Esto porque si bien es cierto que los derechos pensionales son irrenunciables, como lo afirmó el juez en su sentencia, en este caso no se está presentando una renuncia al derecho sino que se presentó un reconocimiento anticipado que es favorable para el demandante porque se aceleró su reconocimiento pensional por un periodo de casi 4 o 5 años; por lo que manifiesta que no se encuentra de acuerdo con la reliquidación que ordena el despacho con base en lo establecido en la Ley 797 de 2003, pues a su juicio, se debe tener en cuenta el tope de los 20 SMLMV establecidos en el artículo 18 de la Ley 100 de 1993 que se encontraba vigente para el año 2002. En segundo lugar, y en el evento en que se decida mantener la condena de primera instancia, solicita que se revoque parcialmente la sentencia y se dé aplicación a la compensación de la forma en que se solicitó desde el escrito de contestación de la demanda y teniendo en cuenta lo establecido tanto en el acta de terminación y transacción suscrita el 9 de octubre de 2002, en la que se estableció que la suma a pagar al demandante, cercana a los \$780.000.000, se imputará a cualquier reclamación o litigio que se pueda presentar entre las partes, y esta inclusión abarcaba cualquier reclamación posterior que se pudiera presentar en contra de la compañía, como lo es la reclamación que ahora se presenta por concepto del reconocimiento de la pensión del artículo 260 del CST.

Alegatos ante este Tribunal (Ley 2213 de 2022).

Dentro de la oportunidad respectiva concurrieron ambas partes y presentaron los alegatos de conclusión tal y como se observa en los archivos 06 y 08 del expediente digital de esta instancia.

CONSIDERACIONES

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

Así las cosas, se tiene que los problemas jurídicos por resolver consisten en i) dilucidar si se equivocó la a quo al ordenar la reliquidación de la pensión de jubilación del demandante en consideración a lo establecido en la Ley 797 de 2003, aplicando el tope máximo otorgado por el sistema general de pensiones; y en caso de mantener tal postura ii) determinar si es procedente aplicar la compensación de las sumas que resulten de la reliquidación con el dinero que el empleador reconoció en favor del trabajador al momento de dar por terminado el contrato de trabajo.

Sea preciso advertir, en lo que interesa a la resolución del recurso, que se encuentra probado dentro del expediente por haber sido expresamente reconocido por las partes en sus escritos de demanda y contestación de la misma, y por tanto no es materia de discusión que: i) el demandante estuvo vinculado mediante un contrato de trabajo con PRIMAX COLOMBIA S.A. desde el 10 de abril de 1978 hasta el 31 de octubre de 2002; ii) que la demandada, a la terminación del contrato de trabajo, reconoció voluntariamente al actor del juicio la pensión de jubilación en forma anticipada mediante la celebración de un acuerdo de transacción; iii) que la pensión inicial le fue liquidada y pagada en una cuantía de \$6.180.000 correspondiente a 20 SMLMV de la época; iv) que el accionante cumplió los 55 años el 22 de marzo de 2006 y; v) que mediante resolución No.29996 del 14 de septiembre de 2012 el ISS reconoció pensión de vejez de carácter compartida al demandante a partir del 22 de marzo de 2011.

De la reliquidación de la pensión de jubilación

Para abordar el estudio del primer problema jurídico, debe señalarse que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha señalado, entre otras, en la sentencia SL 4046 del 21 de octubre de 2020 que el hecho de que se hubiere anticipado voluntariamente por el empleador el otorgamiento de la pensión de jubilación no exonera ni impide que al momento en que se alcanza la edad pensional, se verifique si la misma se ajustaba a las normas legales vigentes.

Bajo ese precepto, al revisar el material probatorio obrante en el expediente, se advierte que entre las partes se celebró un contrato de transacción del 9 de octubre de 2002 a través del cual acordaron dar por terminado el contrato de trabajo a partir del 31 de octubre de 2002; que el empleador reconocería, además de los salarios y prestaciones sociales causados a esa fecha, una bonificación voluntaria en favor del trabajador por la suma de \$782.810.524; y que también se reconocería anticipadamente la pensión de jubilación legal. También se celebró una conciliación ante el juzgado 19 laboral del circuito el 31 de octubre de 2002 a través del cual se perfeccionó el contrato de transacción realizando las mismas estipulaciones y concesiones, como quiera que lo pactado en el contrato de transacción se encontraba sometido a la celebración de un acta de conciliación ante un juzgado o el Ministerio del Trabajo.

Ahora bien, es relevante considerar que para la fecha en que las partes celebraron los anteriores acuerdos, el demandante era beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 pues nació el 22 de marzo de 1951 de conformidad con la cédula de ciudadanía, lo que implica que para la entrada en vigencia de la norma antes referida (1 de abril de 1994) contaba con más de 40 años de edad, específicamente tenía 42 años, por lo que le era aplicable el artículo 260 del CST, que establecía como edad mínima para adquirir el derecho a la pensión 55 años. Esta circunstancia, permite señalar que, como el empleador estipuló reconocer una pensión voluntaria en favor del demandante sin el cumplimiento de los requisitos legales, por cuanto este tenía 51 años al momento en que se empezó a pagar la pensión, el carácter de la prestación reconocida corresponde a un derecho extralegal.

Sumado a lo anterior, en el acuerdo conciliatorio se indicó que *“EXXONMOBIL DE COLOMBIA S.A., reconoce al extrabajador anticipadamente la pensión de jubilación proporcional al tiempo de servicio en forma inmediata, **no obstante que en la actualidad tiene menos de cincuenta y cinco (55) años de edad** y más de cincuenta (50) años...”* y, a su vez, en el contrato de transacción se indicó que la compañía *“reconoce anticipadamente **la pensión de jubilación legal**, de manera proporcional al tiempo de servicio con la compañía en forma inmediata, **no obstante que EL EMPLEADO tiene en la actualidad menos de cincuenta y cinco (55) años de edad** y más de cincuenta (50) años...”* (resalta la Sala); referencias que permiten señalar que la voluntad de las partes fue precisamente la de reconocer la pensión de jubilación contemplada en la ley en cuanto al monto, ingreso base de liquidación y tope máximo, solo que de manera anticipada, esto es a los 51 años del demandante, pues ningún acuerdo o inferencia distinta para la liquidación de la pensión fue hecha por las partes.

La anterior conclusión encuentra respaldo también en el hecho de que al revisar el comprobante de pago de la primera mesada pensional del 30 de noviembre de 2002, la misma

fue reconocida en un monto de \$6.180.000, esto es el equivalente a 20 SMLMV de la época¹, lo que también corresponde al tope máximo establecido en el artículo 18 de la Ley 100 de 1993 vigente en ese momento; esto demuestra que la referencia hecha tanto en el acta de conciliación como en el contrato de transacción en cuanto que el empleador reconocería la pensión de jubilación legal, tenía una dimensión de prestación extralegal como quiera que se estaba reconociendo de forma previa al cumplimiento de los requisitos legales, específicamente la edad; pero además, es claro que tenía una dimensión voluntaria, en la que se advierte que las partes no pretendieron concebir una pensión en términos diferentes a los consagrados en el artículo 260 del CST, sino que las características allí plasmadas se refieren a ella, al punto que en materia de tope, las partes se sometieron al que legalmente se consagra para las pensiones de origen legal.

De esta forma, nótese que para el año 2002, fecha en la cual se suscribió la conciliación y el contrato de transacción, se encontraba vigente el artículo 2 del Decreto 314 de 1994, expedido en desarrollo de lo dispuesto en el parágrafo 3 del artículo 18 de la Ley 100 de 1993, que establecía como tope máximo de las pensiones del RPMPD, 20 SMLMV; límite con el que fue reconocida la pensión voluntaria al actor, como se indicó antes. El actor cumplió 55 años el 22 de marzo de 2006, reuniendo así los requisitos para adquirir la pensión legal de jubilación de conformidad con lo dispuesto en el artículo 260 del CST; para este momento el tope máximo para las pensiones del RPMPD era de 25 SMLMV en virtud de lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley 797 de 2003 que modificó el inciso 4° del artículo 18 de la Ley 100 de 1993.

Sobre este asunto, en un caso de similares contornos que se adelantó contra la misma demandada, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL 4046 del 21 de octubre de 2020 indicó que *“si el empleador reconoce una pensión de jubilación al trabajador, sin el cumplimiento de los requisitos exigidos por la ley, esta corresponde a una prestación de carácter de extralegal (CSJ SL14712-2017); no obstante, también se ha indicado, que el reconocimiento anticipado de una pensión legal, es decir, previo al cumplimiento de la edad, como ocurrió en el sub lite, constituye un acuerdo extralegal válido respecto del cual, una vez satisfechos los requisitos de ley, no puede dársele la misma connotación sino que será la ley la que regule los diferentes aspectos de la prestación (CSJ SL7102-2015)”* (resalta la Sala).

De lo que viene de decirse se puede afirmar que el hecho de que se hubiere anticipado voluntariamente por el empleador el otorgamiento de la pensión de jubilación no exonera ni impide que al momento en que se alcanza la edad pensional, se verifique si la misma se ajustaba a las normas legales vigentes, pues, como ya se indicó, el derecho legal del actor no se extinguió por el beneficio extralegal concedido en forma anticipada.

¹ Salario mínimo en Colombia año 2002: \$309.000 MCTE.

Así las cosas, en el particular del demandante, se tiene que la pensión voluntaria fue reconocida por la demandada a partir del mes de noviembre del 2002, fecha en la cual el tope máximo de las pensiones del RPMPD era de 20 SMLMV mientras que para la fecha en la cual el demandante consolidó los requisitos para adquirir la pensión de jubilación el tope era de 25 SMLMV, de ahí que procede la reliquidación reclamada. A esta misma conclusión llegó la Sala Laboral de la Corte suprema de Justicia en la sentencia anteriormente citada SL 4046 de 2020 en la que expresó que *“históricamente este tipo de pensiones han estado sometidas a los topes máximos legales y, de acuerdo a lo establecido en el parágrafo único del artículo 35 de la Ley 100 de 1993, esta Corte concluyó que dicho límite aplica para toda clase de pensiones legales, carácter que ostenta la de jubilación del artículo 260 del CST reconocida al demandante, siempre que hayan sido otorgadas después de la entrada en vigor de la Ley 4 de 1992”*; de allí que se deba confirmar la sentencia de primera instancia en este aspecto.

De la compensación

Pasa la Sala a abordar el segundo problema jurídico, relacionado con la compensación de las sumas condenadas con las sumas que se pagaron al demandante en la transacción celebrada. Sobre este aspecto, la Sala debe señalar que tampoco se modificará la decisión de primera instancia, pues al revisar los términos de la transacción celebrada, se puede constatar que, en efecto, la misma no contempló los derechos de carácter pensional del demandante; de allí que no es posible dar aplicación a lo solicitado.

Así queda resuelto el recurso interpuesto.

COSTAS

Costas en esta instancia a cargo de la demanda porque el recurso no prosperó, se fijan como agencias en derecho la suma de \$2.600.000.

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá el 25 de abril de 2022 dentro del proceso promovido por JAIRO BECERRA CÁRDENAS contra PRIMAX COLOMBIA S.A. de conformidad con lo dispuesto en la parte considerativa de esta providencia.

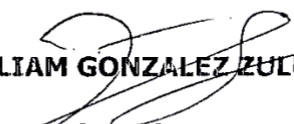
SEGUNDO: Costas en esta instancia a cargo de la demandada porque el recurso no prosperó, se fijan como agencias en derecho la suma de \$2.600.000.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



RODRIGO AVALOS OSPINA

Magistrado



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA

Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Magistrado



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

Magistrado Ponente: **RODRIGO ÁVALOS OSPINA.**

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR FAMISANAR EPS contra POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS SAS. Radicación No. 11001-31-05-0318-**2020-00273-02.**

Bogotá D.C., treinta (30) de abril dos mil veinticuatro (2024), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente;

SENTENCIA

EPS FAMINSAR SAS demanda a POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS SAS para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas en el expediente digital, así;

- Pago de prestaciones asistenciales por \$207.884.507 junto con sus intereses de mora y
- Agencias en derechos.

Como hechos expone en síntesis que Jesús Alberto Calderón Ascensión, está afiliado como cotizante en la EPS FAMISANAR SAS desde el año 2015, su empleador es la empresa de Mantenimiento y Remodelaciones SGL SAS, y la ARL a la que está afiliado es la demandada. El día 13 de mayo de 2017 Calderón Ascensión sufrió de una caída de aproximadamente 8 metros de altura, la que se calificó de origen laboral. Las prestaciones asistenciales derivadas del accidente que requirió el trabajador (*entre el 13 de mayo de 2017 y el 20 de marzo de 2018*) las asumió la EPS. Jesús Alberto interpuso una acción de tutela para su inclusión en el programa integral de rehabilitación, la que conoció el Juzgado 24 Penal del Circuito de Conocimiento de Bogotá, quien, en sentencia del 20 de marzo de 2018, ordenó a la ARL Positiva Compañía de Seguros SA la autorización inmediata para el acceso a dicho programa, decisión confirmada por el superior. La EPS desde el 27 de junio de 2018 solicita a la ARL el reembolso de las prestaciones médicas asistenciales brindadas a Calderón Ascensión en virtud del accidente de trabajo, en total son 35 facturas que glosó la ARL. De los cobros perseguidos informa que la demandada pagó el valor de la factura ARL 59415 por concepto de traslado accesible especializado redondo, de fecha 31 de julio de 2018, pero aún existen 6 facturas por prestaciones asistenciales que adeuda.

Actuación procesal

El Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito admitió la demanda en auto del 03 de febrero de 2021, y ordenó la notificación al demandado, quien contestó en los términos de las carpetas 08, 10, 13 y 17 del expediente digital.

Sentencia de primera instancia

El A quo en sentencia del 08 de febrero de 2022, declaro que el accidente que sufrió Jesús Alberto Calderón Ascencio el 13 de mayo de 2017 cuando laboraba para la empresa Mantenimientos y Remodelaciones SGL S.A.S., fue de origen laboral, y como para esa época el trabajador estaba afiliado a la ARL POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A., la condenó a pagar a FAMINSANAR la suma de \$242.972.242 por concepto del reembolso de los respectivos servicios de salud. También ordeno el pago de los intereses de mora de cada uno de los recobros liquidados a la tasa moratoria máxima legal vigente que rige para todas las obligaciones financieras aplicables en materia de seguridad social, declaró no probadas las excepciones propuestas y condenó a la demandada al pago de agencias en derecho por la suma de \$5.000.000.

El juez llego a esa determinación luego de hacer un recuento de las normas que regulan esta clase de aseguramientos y la finalidad del mismo, luego se refirió a los efectos de la mora en los aportes del sistema, la que de ninguna manera puede afectar los derechos asistenciales de los afiliados y después se remitió al acervo probatorio que es eminentemente documental. Así, después de verificar que no existía controversia en relación al accidente de trabajo, la fecha de ocurrencia, origen, fecha de afiliación a la ARL, la existencia de los servicios prestados y recobrados junto con su cuantía, procedió a imponer las condenas ya referidas. En cuanto a los argumentos de defensa de la ARL, esto es que la cobertura solo operaba desde el día 15 de mayo de 2017 (*dos días después del accidente*), el A quo para dirimir el asunto tuvo en cuenta la relación emitida por la gerente de recaudo y cartera de la demandada, en la que evidenció que el empleador reportó ingreso/afiliación de Calderón Ascencio en julio de 2015 con retiro en diciembre de 2016, y un nuevo reingreso y/o afiliación en enero de 2017 con corte en enero de 2021, sin que allí milite novedad de retiro, además, dijo que si bien para los meses de marzo, abril y mayo de esa anualidad el empleador sufrago de manera tardía los aportes (*porque pago esos tres meses en mayo de 2017*) tal como se constataba en las planillas de aportes en línea, esa situación no tenía la virtualidad de desconocer la cobertura para el momento del accidente, y recordó que la omisión o mora de aportes jamás puede ir en detrimento del asegurado.

Recursos de apelación

Parte demandada: pide se revoque la sentencia del Juez pues precisa que si bien la afiliación de Jesús Alberto Calderón, data del 04 de agosto de 2015, y existe una sentencia de tutela en la que se le ordena el reconocimiento de unas prestaciones económicas, también es cierto que la empresa

desvinculó al trabajador, quien además presenta aportes en mora. Aduce que, si bien no hay controversia con la ocurrencia del accidente, el origen y la fecha, insiste en que no está probado en el proceso que sea la ARL la obligada a sumir el pago de lo pretendido, pues considera que el soporte de ingreso, la sentencia de tutela y el hecho de que el empleador este en mora no son suficientes para condenarla. Reitera que la desafiliación del trabajador al sistema para la fecha del siniestro la desobliga de cualquier cobertura, y pide se tenga en cuenta que la responsabilidad para ella nació desde el 15 de mayo de 2017 (*fecha de afiliación*). En consecuencia, al existir una omisión en la afiliación el llamado a asumir las condenas del caso es el empleador.

Alegatos ante este Tribunal (Ley 2213 de 2022).

Dentro de la oportunidad respectiva las partes presentaron alegatos, los que reposan en el expediente digital.

CONSIDERACIONES

Esta Sala aborda el estudio del recurso de apelación en relación con los puntos expuestos por las partes, toda vez que ese es el alcance establecido por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, que adicionó el artículo 66A del C. P. T y S. S., así: *“La sentencia de segunda instancia deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación”*. En ese orden, el problema jurídico se limita a establecer si la ARL demandada es la llamada a responder por el pago de las prestaciones asistenciales que recobra la EPS FAMISANAR por los servicios prestados a Jesús Alberto Calderón Ascensión con ocasión del accidente de trabajo que sufrió el 13 de mayo de 2017.

Para abordar el respetivo estudio, La Sala precisa que el único argumento de defensa de POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS SAS consiste en que para la fecha del accidente de trabajo en estudio, el afiliado se encontraba sin cobertura al sistema de seguridad social en riesgos profesionales, sin que sea objeto de reparos que Jesús Alberto Calderón Ascensión en su condición de trabajador de la empresa Mantenimiento y Remodelaciones SGL SAS, el día 13 de mayo de 2017 sufrió un accidente de trabajo, el que fue calificado como de origen laboral; tampoco se discute ni la cuantía, ni los servicios médicos prestados que recobra la demandante, derivados del siniestro referido, comprendidos entre el 13 de mayo de 2017 y el 20 de marzo de 2018, los que asumió la EPS FAMISANAR. En consecuencia, se proceda a la verificación del material probatorio a efectos de determinar la responsabilidad objetada.

Dicho esto, en la carpeta 08ContestacionPositiva20210308 pdf titulado *C ALIFICACIÓN(1).PDF*, se ubica certificado de afiliación, de fecha 23 de febrero de 2021, expedido por la Gerente de Afiliaciones y Novedades de la demandada del que se lee;

Verificada la base de datos de afiliación en el ramo de Riesgos Laborales de **POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A.**, se identificó que **CALDERON ASCENCIO JESUS ALBERTO** con **CC No. 1083902698**, registra afiliación en nuestra ARL con los siguientes empleadores:

Datos del Empleador	Datos de la Relación Laboral
Empleador: NI900698459 - MANTENIMIENTOS Y REMODELACIONES SGL S.A.S.	Tipo Vinculación: TRABAJADOR DEPENDIENTE Ultima fecha de Cobertura desde: 15/05/2017 Fecha Retiro: SIN FECHA DE RETIRO Estado Afiliación: AFILIADO Clase de Riesgo: 5 Cargo: OBREROS DE LA CONSTRUCCION

De lo que se puede inferir que en principio le asiste razón a la defensa en aseverar tantas veces que la afiliación del trabajador data del 15 de mayo de 2017, si no fuera porque, en la carpeta 20DocumentosRequeridos20211014 en el pdf titulado *MEMORIAL-mereged.pdf* reposa otra certificación de afiliación a la ARL, de fecha 07 de octubre de 2021, en la que cambia el momento de la cobertura y certifica que ésta corresponde al 16 de mayo de ese año. Además, a folio 3 del mismo archivo, se allego certificado de permanencia, expedido por la Gerencia de Afiliaciones y novedades de la demandada, en el que expone,

*“Verificada la base de datos de afiliación en el ramo de Riesgos Laborales de **POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A.**, el señor(a) **JESÚS ALBERTO CALDERON ASCENCIO** con **CC No. 1083902698**, **SIN PERMANENCIA** para el siniestro ocurrido el **13/05/2017**, como trabajador **DEPENDIENTE** a través del empleador **MANTENIMIENTOS Y REMODELACIONES SGL S.A.S.** identificado con **NI. No. 900698459**.*

No registra afiliación para la fecha del Accidente de Trabajo.

El no pago de dos (2) períodos consecutivos de las cotizaciones dará lugar a la suspensión de la afiliación por parte de la administradora de riesgos laborales.

Y del certificado de afiliación (pdf MANTENIMIENTOS Y REMODELACIONES SGL S.A.S. identificado con NI No.900698459) es la misma gerencia de afiliaciones y novedades de la demandada la que certifica que al verificar su base de datos de afiliación, “el empleador MANTENIMIENTOS Y REMODELACIONES SGL S.A.S. identificado con NI No.900698459 se encuentra AFILIADO desde 21/03/2014, su actividad económica principal es OTROS TRABAJOS DE TERMINACIÓN Y ACABADO con el código 5455901 y está registrada con clase de riesgo 5”

De otro lado, se tiene del folio 22 y siguientes del escrito de contestación de demanda (de la carpeta 08ContestacionPositiva20210308) otro certificado de aportes, e historial de cotizaciones al sistema de Calderón Ascencio, en el que se evidencia que en efecto para la época del accidente (13 de mayo de 2017) la empresa MANTENIMIENTOS Y REMODELACIONES SGL S.A.S., hizo los aportes de su trabajador desde enero de 2017 hasta enero de 2021, los que se registran sin interrupción alguna y por meses de 30 días, excepto el mes de enero de 2017 que registra 14 días con novedad de ingreso, información que coincide con la documental “pagos por cotizante todos los tipos” que reposa en el folio 3 del archivo 1083902698.pdf de la carpeta 25RespuestaPositiva20211108 , planilla de la que se puede esclarecer que para la época del accidente (13 de mayo de 2017) el empleador estaba en mora, pues para esa data se evidencia que el pago de los meses de marzo, abril y mayo de 2017, la

empresa los canceló el día 15 de mayo de ese año¹, los que además recibió la ARL sin objeción alguna, registro que coincide con el informe de pagos en todos los orígenes de recaudo, que reposa en los folios 2 y 3 del documento 300698459.pdf de la misma carpeta.

Conforme lo anterior, queda claro que la demandada se limitó a allegar diferentes certificaciones con las que pretende demostrar que la afiliación del trabajador ocurrió dos días después del accidente de trabajo, sin embargo, La Sala se aparta del contenido de las mismas al advertir la incoherencia que existe en los días de afiliación, porque en unas se refiere al día 15 y otras al día 16, lo que lejos de convencer al juzgador de su afirmación, lo que hace es generar dudas respecto de la fecha real de la vinculación, la que para su demostración y en consonancia con el principio de la carga dinámica de la prueba, bastaba con que la ARL allegara el formulario de afiliación para contar con la certeza necesaria y dirimir la fecha en disputa.

En ese orden y para zanjar la controversia, conforme las reglas de la sana crítica y la libre formación del convencimiento, La Sala se apoya en las planillas de pagos por cotizante todos los tipos, y en el informe de pagos en todos los orígenes de recaudo que no fueron tachados de falsos, de los que se corrobora que Calderón Ascencio estuvo afiliado por su empleador Mantenimientos y Remodelaciones SGL S.A.S., para la época del siniestro (13 de mayo de 2017) en tanto los aportes demostrados en el expediente evidencian afiliación desde enero de 2017 a enero de 2021, con lo que se concluye que en efecto el trabajador estuvo bajo la cobertura del aseguramiento a cargo de la llamada a juicio.

En consecuencia, le asiste razón al A quo al imputar a Positiva Compañía de Seguros el pago de las prestaciones asistenciales que reclama la EPS Famisanar, pues es ella la llamada a pagar las contingencias derivadas del accidente de trabajo que sufrió Jesús Alberto Calderón el 13 de mayo de 2017, ya que no se logró desvirtuar que para esa época no hubiese afiliación al sistema general de riesgos laborales.

Ahora, del análisis de los argumentos expuestos por la ARL y el material probatorio recaudado, advierte La Sala que la demandada se equivoca al confundir la afiliación al sistema con la existencia de aportes en mora, como quiera que en el certificado de permanencia, expone que “El no pago de dos (2) períodos consecutivos de las cotizaciones dará lugar a la suspensión de la afiliación por parte

604	14/02/2017	2017	01	CALDERON ASCENCIO JESUS ALBERTO	1083902698	14	X			
266	16/03/2017	2017	02	CALDERON ASCENCIO JESUS ALBERTO	1083902698	30				
225	15/05/2017	2017	03	CALDERON ASCENCIO JESUS ALBERTO	1083902698	30				
286	15/05/2017	2017	04	CALDERON ASCENCIO JESUS ALBERTO	1083902698	30				
291	15/05/2017	2017	05	CALDERON ASCENCIO JESUS ALBERTO	1083902698	30				
058	07/07/2017	2017	06	CALDERON ASCENCIO JESUS ALBERTO	1083902698	30				
325	11/08/2017	2017	07	CALDERON ASCENCIO JESUS ALBERTO	1083902698	30				
596	11/09/2017	2017	08	CALDERON ASCENCIO JESUS ALBERTO	1083902698	30				
641	11/10/2017	2017	09	CALDERON ASCENCIO JESUS ALBERTO	1083902698	30				
183	10/11/2017	2017	10	CALDERON ASCENCIO JESUS ALBERTO	1083902698	30				
403	06/12/2017	2017	11	CALDERON ASCENCIO JESUS ALBERTO	1083902698	30				
1445	12/01/2018	2017	12	CALDERON ASCENCIO JESUS ALBERTO	1083902698	30				

de la administradora de riesgos laborales”, mora que en efecto si existió en los meses de marzo, abril y mayo de 2017 como ya se indicó, pues las cotizaciones de esos ciclos los hizo el empleador el día 15 de mayo de ese año, de ahí que la demandada asevere que la última fecha de cobertura corresponde a ese momento, afirmación que no corresponde a la realidad, además en el asunto se tiene que la ARL recibió los pagos sin objeción alguna, luego con su silencio aceptó el incumplimiento del empleador.

Recuérdese que todas las entidades que interactúan en el sistema general de seguridad social cuentan con la gestión de cobro que prevé el art. 24 de la Ley 100/93, en consecuencia, es claro que frente a las cotizaciones en mora de marzo, abril y mayo de 2017, era responsabilidad de la ARL efectuar su cobro, validarlos y demostrar en este juicio que así lo hizo para exonerarse de responsabilidad alguna, lo que tampoco ocurrió.

Así las cosas, y guardando las proporciones del caso, para La Sala resulta aplicable la jurisprudencia decantada por la H. Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, relacionada con el pago oportuno de las cotizaciones al sistema pensional, los aportes en mora y la validez de los mismos al momento de estudiar las prestaciones que emanan de la seguridad social en pensiones, la que mutatis mutandis resulta aplicable al sub examine, para habilitar los ciclos en mora, ante la no acreditación del cobro coactivo, lo que hace procedente dar validez a los aportes que efectuó el empleador Mantenimientos y Remodelaciones SGL S.A.S por los ciclos ya referidos, pago extemporáneo que se hizo el día 15 de mayo de 2017, situación que no los invalida, ya que es evidente que el trabajador venía afiliado desde enero de ese año, y cotizaba con esa misma empresa de forma ininterrumpida durante la relación laboral que aquí tampoco se discute.

Suficientes resultan estas consideraciones para **confirmar** la sentencia apelada.

COSTAS

Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de la recurrente. Fíjese el valor de un millón trescientos mil pesos (\$1.300.000) como agencias en derecho.

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO. - CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá el día 08 de febrero de 2022, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO. – COSTAS. Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de la demandada. Fíjese el valor de un millón trescientos mil pesos (\$1.300.000) como costas en derecho.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



RODRIGO AVALOS OSPINA

Magistrado



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

Magistrado Ponente: **RODRIGO ÁVALOS OSPINA.**

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR JHON OSCAR CHÁVEZ IMBAJOA, MARÍA SOCORRO IMBAJOA SCANAMBUY, BRAYAN ESTIBEN CHÁVEZ IMBAJOA y MANUEL AVELINO IMBAJOA SCANAMBUY contra TRANSENELEC S.A.S. EN LIQUIDACIÓN, GRUPO DE ENERGÍA DE BOGOTÁ – EMPRESA DE ENERGÍA DE BOGOTÁ S.A. – ESP y ARL SEGUROS DE VIDA SURAMERICANA S.A. Radicación No. 11001-31-05-031-**2020-00215-01.**

Bogotá D.C., treinta (30) de abril dos mil veinticuatro (2024), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente;

SENTENCIA

JHON OSCAR CHÁVEZ IMBAJOA, MARÍA SOCORRO IMBAJOA SCANAMBUY, BRAYAN ESTIBEN CHÁVEZ IMBAJOA y MANUEL AVELINO IMBAJOA SCANAMBUY demandan a TRANSENELEC S.A.S. EN LIQUIDACIÓN, GRUPO DE ENERGÍA DE BOGOTÁ – EMPRESA DE ENERGÍA DE BOGOTÁ S.A. – ESP y ARL SEGUROS DE VIDA SURAMERICANA S.A., para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas en el expediente digital, así;

Pretensiones principales declarativas;

1. Que EL GRUPO DE ENERGÍA DE BOGOTÁ – EMPRESA DE ENERGÍA DE BOGOTÁ S.A. E.S.P. tercerizó de manera ilegal los servicios contratados mediante el contrato No. 100608, suscrito el 28 de agosto de 2015 con TRANSENELEC, por ser actividades propias de su objeto social.

2. Que entre el señor Jhon Oscar Chávez Imbajoa y el Grupo de Energía de Bogotá – Empresa de Energía de Bogotá S.A. – E.S.P., existió un verdadero contrato de trabajo que inició el 2 de febrero de 2017.
3. Que al señor Chávez Imbajoa se le adeudan los salarios correspondientes a los meses de junio y julio de 2017.
4. Que las demandadas pagaron, las cesantías causadas en el año 2017 al demandante.
5. Que las demandadas no pagaron al señor Chávez Imbajoa los intereses de las cesantías a la terminación de la relación laboral.
6. Que las demandadas no pagaron al señor Chávez Imbajoa la proporción de las vacaciones causadas a la terminación del vínculo laboral.
7. Que la terminación del contrato de trabajo del 31 de julio de 2017, NO puede surtir efectos, por estar el trabajador cobijado por el fuero de salud y no haber solicitado autorización del Ministerio del Trabajo, y por no haber informado dentro del término legal el estado de pagos a la seguridad social, de conformidad con lo establecido en el parágrafo 1 del artículo 65 del CST.
8. Que las demandadas TRANSENELEC y el GRUPO DE ENERGÍA DE BOGOTÁ – EMPRESA DE ENERGÍA DE BOGOTÁ como dueños de la operación del 02 de marzo de 2017 en las torres 118 – 119 línea Guavio - Reforma, Ubicado en la vereda Caney del municipio de Cumaral (Meta), son responsables a título de CULPA, por el accidente de trabajo padecido por el señor Jhon Oscar Chávez Imbajoa, por no haber verificado ni suministrado los Elementos de Protección Personal adecuados y necesarios para el trabajo que se iba a desarrollar.
9. Que ARL SURA estaba obligada a calificar el grado de pérdida de la capacidad laboral del señor Jhon Oscar Chávez Imbajoa.

Condenatorias Principales:

1. Que se paguen los salarios adeudados al señor CHÁVEZ IMBAJOA correspondientes a los periodos junio y julio de 2017 a razón de \$2.030.000 mensuales, para un total de \$4.060.000.
2. Que se pague la sanción por mora en el pago de salarios y prestaciones sociales a favor del señor CHÁVEZ IMBAJOA, a razón de un día de salario por cada día de retardo desde el 1 de julio de 2017 hasta el 1 de agosto de 2019 y los intereses moratorios a partir del 1 de agosto de 2019, conforme lo establece el artículo 65 del CST.
3. Que se condene a pagar al señor Chávez Imbajoa, la indemnización consagrada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990.

4. Que se reintegre al cargo de LINIERO al señor JHON OSCAR CHÁVEZ IMBAJOA, o a un cargo acorde a su estado de salud.
5. Que se paguen los salarios dejados de percibir desde el 1 de agosto de 2017 hasta la fecha de su efectivo reintegro.
6. Que se paguen las primas de servicios que se adeudan al señor CHÁVEZ IMBAJOA.
7. Que se paguen las vacaciones que se adeudan al señor OSCAR CHÁVEZ IMBAJOA.
8. Que se consigne en el fondo de cesantías, las cesantías causadas desde el año 2017, hasta su efectivo reintegro.
9. Que se paguen los intereses a las cesantías causadas desde el año 2017 hasta la fecha de su efectivo reintegro.
10. Que se realice el pago de los aportes a la seguridad social dejados de realizar.
11. Que se pague al señor OSCAR CHÁVEZ IMBAJOA la indemnización del artículo 26 de la Ley 361 de 1997 por la terminación del contrato sin autorización del Ministerio de Trabajo.
12. Que se paguen los intereses moratorios sobre las sumas adeudadas.
13. Que se pague la diferencia salarial, la diferencia en la liquidación de prestaciones sociales y trabajo suplementario, la diferencia en la liquidación de aportes a la seguridad social e indemnizaciones por mora, respecto del salario pagado al señor JHON OSCAR CHÁVEZ IMBAJOA y el valor de los salarios que realmente devenga un LINIERO del GRUPO DE ENERGÍA DE BOGOTÁ – EMPRESA DE ENERGÍA DE BOGOTÁ S.A. ESP.
14. En concordancia con la solicitud anterior, se reconozca y pague la diferencia entre las prestaciones económicas que el subsistema de riesgos laborales otorgue al señor OSCAR CHÁVEZ IMBAJOA, en aplicación del artículo 91 del Decreto Ley 1295 de 1994.

Que se condene a las demandadas TRANSENELEC y al GRUPO DE ENERGÍA DE BOGOTÁ – EMPRESA DE ENERGÍA DE BOGOTÁ al pago de la indemnización total y ordinaria de perjuicios por el accidente ocurrido el 2 de marzo de 2017, en las siguientes sumas:

- i. Que se pague el valor equivalente a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes para cada uno de los peticionarios por concepto de daños morales por el accidente de trabajo, por la angustia que generó a los demandantes el accidente de trabajo.
- ii. Que se pague el valor equivalente a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes para cada uno de los peticionarios por concepto de daños a la vida en relación por el accidente de trabajo que generó a los demandantes el accidente de trabajo.

- iii. Que se pague el valor equivalente a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes para el trabajador por concepto de daño a la salud, por el accidente de trabajo.
- iv. Que se pague la indemnización por lucro cesante consolidado, a favor del demandante.
- v. Que se pague a favor del señor JHON OSCAR CHÁVEZ IMBAJOA la indemnización por lucro cesante futuro.
- vi. Que se condene a las demandadas al pago de las sumas debidamente indexadas.
- vii. Que se condene a ARL al pago de la indemnización por incapacidad permanente parcial, de conformidad con el grado de pérdida de la capacidad laboral que se determine dentro del proceso.
- viii. Que se condene a las demandadas en los demás derechos y mayores valores que resulten probados dentro del proceso conforme a las facultades ultra y extra petita establecidas en el artículo 50 del CPTSS.
- ix. Que, en caso de oposición, se condene a las demandadas al pago de costas y agencias en derecho.

Pretensiones subsidiarias,

De no prosperar la pretensión 1.2., declarar que entre el señor Jhon Oscar Chávez Imbajoa y TRANSENELEC se celebró un contrato de trabajo desde el 2 de febrero de 2017.

De no prosperar la pretensión 1.2., declarar que TRANSENELEC y el GRUPO DE ENERGÍA DE BOGOTÁ – EMPRESA DE ENERGÍA DE BOGOTÁ S.A. – E.S.P. son solidariamente responsables frente a los salarios y demás acreencias e indemnizaciones laborales en atención al artículo 34 del CST.

En subsidio de la pretensión 2.4. se condene solidariamente a las demandadas a pagar la indemnización por despido sin justa causa.

En subsidio de las pretensiones 2.5. y 2.11., que se condene a solidariamente a las demandadas Por la liquidación de prestaciones sociales adeudada al señor JHON OSCAR CHÁVEZ IMBAJOA.

Como hechos se expone que el 02 de febrero de 2017 Jhon Oscar Chávez Imbajoa suscribió contrato de trabajo con la empresa TRANSENELEC S.A.S. hoy en LIQUIDACIÓN, la empresa usuaria del servicio era el GRUPO DE ENERGÍA DE BOGOTÁ – EMPRESA DE ENERGÍA DE BOGOTÁ S.A. – E.S.P. Su afiliación al sistema de riesgos laborales se hizo un mes después de la vinculación laboral, el cargo a desempeñar era de linero en todo el territorio nacional y el salario era de \$2.030.000. en los meses de junio y julio de 2017 no se pagó salarios, y el día 31 de julio de ese año se dio por terminado el contrato de trabajo sin

previo aviso. A la terminación del finiquito no se dio cumplimiento al parágrafo del art. 65 del CST, no se le hizo examen de egreso, ni se cancelaron los salarios referidos ni las prestaciones sociales, para su desvinculación, como tampoco se pidió autorización al Ministerio de Trabajo.

Refiere que al momento de la vinculación no presentaba ninguna clase de patología a nivel de columna, ni alteración musculo esquelético, ni fracturas a nivel de la reja costal, o patologías de la esfera mental, siendo totalmente apto para trabajar. El 02 de marzo de 2017, se le ordenó que, junto con tres compañeros, se dirigieran a las instalaciones de los Cables de la Torre 118 - 119 línea Guavio - Reforma, Ubicado en la vereda Caney del municipio de Cumaral (Meta), en virtud de la orden de trabajo recibida del GRUPO DE ENERGÍA DE BOGOTÁ – EMPRESA DE ENERGÍA DE BOGOTÁ S.A. – E.S.P. en ejecución del contrato No. 100608 suscrito el 28 de agosto de 2015. Los linieros debían realizar el trabajo a 40 metros de altura aproximadamente, el tablero utilizado para la operación del día del accidente solo resalta como posibles riesgos el de tránsito (*respetar normas y señales de tránsito*), locativo (*inspección de terreno*), biomecánico (*calistenia – pausas activas – buenas posturas*), mecánico (*inspección y buen uso de herramientas*), biológico (*autocuidado de presencia de animales*), físico (*uso de monja, bloqueador, hidratación*), eléctrico (*respetar reglas de oro*) y natural (*suspender labores en caso de lluvia*), pero no se previó el riesgo de alturas, pues los trabajadores reitera estaban a 40 metros de altura aproximadamente.

En cuanto a las maquinas a usar, tampoco se hace referencia al manual de operación de la empalmadora de cables y su estado, el desgaste por uso y si ésta era apta para una posible sobretensión en el yugo de las fases 6 y 2 de la operación del 02 de marzo de 2017 en las torres 118 a 119. Se dijo que el compañero William Rivera Martínez estaría en la fase 2 junto con el demandante, mientras que Elisandro Rodríguez Urrego (*q.e.p.d.*), estaría en la fase 6 junto con su compañero Olivo Bermeo (*q.e.p.d.*). Al demandante solo se le suministró una línea de vida, y una vez desenergizadas las líneas 118 – 119, mientras desarrollaban las labores de mantenimiento a una altura de 40 metros aproximadamente con cableado de alta tensión, y a una distancia de unos 30 a 35 metros desde la torre más cercana al punto de transposición, se produce el desprendimiento de la línea de la red eléctrica en la fase 6, provocando la caída al piso de los cuatro trabajadores, entre ellos el actor.

El reporte del accidente de trabajo no se reportó en tiempo y se hizo una relación de la suerte que corrieron los compañeros de trabajo, habiendo fallecido algunos. Se alega que la demandada no brindo los elementos de protección para la prevención del accidente, no se les dio un arnés para prevenir accidentes en alturas. El accidente le produjo al actor un impacto emocional muy grande, al presenciar la forma en que fallecieron dos de sus compañeros, solo

porque el empleador se negó a suministrar la protección necesaria para la maniobra del 2 de marzo de 2017. Tal fue el impacto emocional que la noche del accidente salió corriendo por la carretera desnudo y gritando del desespero y no pudo volver a realizar trabajos como el que desarrollaba para la empresa TRANSENELEC.

De otro lado, refiere que el cargo de linero es riesgo tipo 4, que en el ejercicio de sus actividades tenía que alzar cargas pesadas y en general requería desplegar un gran esfuerzo físico, así como realizar trabajos en alturas, mecánico, biomecánico, psicosocial, físico por calor y frío, eléctrico, público, riesgo por accidentes de tránsito, locativo por superficies irregulares, deslizantes, con diferencia de nivel, locativo por caída de objetos, tecnológico, químico, por fenómenos naturales, por radiaciones no ionizantes y por riesgo biológico.

El trabajador fue atendido por el servicio de urgencias en la ESE DEPARTAMENTAL DEL META en el municipio de Restrepo, oportunidad en la que se le diagnosticó traumatismos superficiales que afectan múltiples regiones, como consecuencia del accidente, el demandante tuvo golpes en el torax y el hombro izquierdo, con laceraciones en ambas extremidades y solo le hicieron radiografías de la reja costal, sin hacer exámenes diagnósticos del hombro y miembros superiores. Asistió a varias citas por psicología, por su afectación emocional consecuencia del accidente de trabajo, desde la ocurrencia del siniestro le cuesta alzar pesos porque le duele mucho la espalda y las costillas. En cuanto a la responsabilidad directa y/o solidaridad de la Empresa de Energía de Bogotá, dijo que ella desarrolla el mismo objeto social que la demandada, además de que el actor en el curso de las labores recibió instrucciones por parte de ella, además ésta empresa no verificó el cumplimiento de las normas del Sistema de Gestión de Seguridad y Salud en el Trabajo (SGSST).

Finalmente, en lo relacionado con la afectación del grupo familiar conformado por la progenitora, hermano y tío del demandante, se expone que éste ayudaba económicamente a su señora madre y sobrino, los integrantes de la familia sufrieron una gran preocupación y sintieron una gran aflicción y angustia cuando se enteraron del accidente de trabajo. A la terminación del contrato de trabajo el estado de salud del actor empeoró reviviendo día a día el accidente en el que fallecieron sus dos compañeros de trabajo. Por las secuelas del accidente no se ha podido vincular nuevamente y esto le ha causado una afectación grave en las relaciones familiares.

Actuación procesal

El Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito admitió la demanda en auto del 24 de agosto de 2020 contra TRANSENELEC S.A.S. EN LIQUIDACIÓN y ARL SEGUROS DE VIDA

SURAMERICANA S.A., y la rechazó en lo que respecta al GRUPO DE ENERGÍA DE BOGOTÁ – EMPRESA DE ENERGÍA DE BOGOTÁ S.A. – ESP. Las llamadas a juicio acreditaron la contestación de la demanda a en los archivos pdf 007 y 008 del expediente digital.

Sentencia de primera instancia

El A quo en sentencia del 16 de febrero de 2022, declaró la existencia de un contrato de trabajo entre JHON OSCAR CHÁVEZ IMBAJOA y la empresa TRANSENELEC S.A.S., por el periodo comprendido entre el 2 de febrero y el 30 de mayo del año 2017, y en virtud de ello, ordenó a la empresa a pagar al actor \$26.171 por concepto de intereses a las cesantías, \$332.694 por vacaciones y \$665.388 por prima de servicios, además accedió a la condena de intereses moratorios por los intereses a las cesantías y prima de servicios desde el 30 de mayo de 2017 y hasta que se verifique el pago de la obligación. Condenó a TRANSENELEC S.A.S. EN LIQUIDACIÓN al pago de costas y agencias en derecho en cuantía de medio salario mínimo legal mensual Vigente, absolvió a la EPS SURA de las pretensiones deprecadas en su contra, condenó a CHÁVEZ IMBAJOA, a pagar a la ARL SEGUROS DE VIDA SURA por costas y agencias en derecho la suma de \$100.000; y absolvió de las pretensiones deprecadas por los demás demandantes (*MARÍA SOCORRO IMBAJOA SACANAMBUY, BRAYAN ESTIBEN CHÁVEZ IMBAJOA, MANUEL AVELINO IMBAJOA SCANAMBUY*).

La juez llegó a esa determinación luego de hacer una exposición de los artículos 23 y 24 del CST, y la jurisprudencia aplicable a la aproximación de los extremos del vínculo laboral, por lo que coligió del material probatorio que entre las partes hubo un contrato de trabajo a término fijo por duración de la obra, entre el 2 de febrero y el 30 de mayo del año 2017, y tomó como soportes la fecha de inicio certificada por la demandada y la fecha de desafiliación del demandante al sistema de riesgos laborales. En cuanto al pago de los salarios deprecados, la Juez absolvió de ellos por no estar acreditada la prestación personal del servicio en esos meses; ordenó el pago de los intereses a las cesantías, vacaciones y prima de servicios por el tiempo laborado, como quiera que a la terminación del contrato de trabajo no se acreditó su cancelación, y como no se evidenció una justificación razonable para que la empresa no pagara esas prestaciones a la finalización del contrato accedió a la condena de que trata el art. 65 del CST, la que solo procede por los intereses de mora porque la demanda se radicó fuera del mes 24 de terminado el contrato de trabajo. La juez dijo que en el asunto no había prueba que indicara que fue la empresa la que dio por terminado el contrato de trabajo, además de la revisión del estado de discapacidad al momento del finiquito, tampoco advirtió que el trabajador estuviese inmerso en las condiciones del art. 26 de la Ley 361 de 1997, por lo que coligió que todas las pretensiones relacionadas la estabilidad laboral reforzada, reintegro y

pago de prestaciones sociales no estaban llamadas a prosperar. En cuanto a la culpa patronal en el accidente de trabajo la juez dijo que no había duda de la ocurrencia del accidente acaecido el 2 de marzo del año 2017, que le generó al demandante golpes y contusiones conforme la historia clínica, accidente que se informó en su oportunidad, y además se tiene certeza de que el mismo no le generó al trabajador pérdida de capacidad laboral alguna. También se evidenció que al momento del siniestro el actor estaba afiliado en riesgos laborales con la ARL SURA y que la administradora le brindó todos los servicios asistenciales que requirió. En cuanto a la incapacidad permanente parcial, la juez absolvió de ella porque no se probó una disminución definitiva de la capacidad laboral y su dictamen de PCL arroja un 0%. En relación a los perjuicios, recordó que los mismos deben ser probados, sin que en el plenario se allegara una sola prueba al respecto, los testigos informaron que el actor siguió laborando, por lo que concluyó que no se demostró un perjuicio por el accidente de trabajo, además de que la culpa patronal no fue probada.

Finalmente, en relación con las pretensiones esbozadas por MARÍA SOCORRO IMBAJOA SACANAMBUY, BRAYAN ESTIBEN CHÁVEZ IMBAJOA, MANUEL AVELINO IMBAJOA SCANAMBUY la juez absolvió a las demandadas de la totalidad de las pretensiones, al no prosperar ninguna de las condenas impuestas, y remitió el expediente al Tribunal para que se surtiera el grado jurisdiccional de consulta.

Alegatos ante este Tribunal (Ley 2213 de 2022).

Dentro de la oportunidad respectiva la parte actora presento alegatos de conclusión.

CONSIDERACIONES

En la oportunidad para resolver lo pertinente, advierte La Sala que el proceso fue remitido para que se surta el grado jurisdiccional de consulta que prevé el art. 69 del CPTSS, el cual dispone;

“ARTICULO 69. PROCEDENCIA DE LA CONSULTA. <Artículo modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007. Ver artículo 15 sobre Régimen de Transición. El nuevo texto es siguiente:> Además de estos recursos existirá un grado de jurisdicción denominado de “consulta”.

<Aparte subrayado CONDICIONALMENTE exequible> **Las sentencias de primera instancia, cuando fueren totalmente adversas a las pretensiones del trabajador, afiliado o beneficiario** serán necesariamente consultadas con el respectivo Tribunal si no fueren apeladas.

También serán consultadas las sentencias de primera instancia cuando fueren adversas a la Nación, al Departamento o al Municipio o a aquellas entidades

descentralizadas en las que la Nación sea garante. En este último caso se informará al Ministerio del ramo respectivo y al Ministerio de Hacienda y Crédito Público sobre la remisión del expediente al superior. (negrita fuera de texto)”

Ahora, conforme lo dicho por la Corte Constitucional en la Sentencia C-090/02, al estudiar la procedencia de la consulta en la jurisdicción ordinaria laboral, es de recordar que su finalidad no es otra que proteger los derechos ciertos **del trabajador**, por lo que su obligatoriedad solo surge cuando la sentencia es totalmente adversa a las pretensiones de la parte débil de la relación laboral. Esta posición se reiteró en la sentencia C-424/15, que abordó la procedencia de la consulta de las sentencias adversas a las pretensiones del trabajador, afiliado o beneficiario, allí se hizo remisión a la sentencia C-968 de 2013, que hizo una referencia expresa sobre el tipo de derechos que se buscan proteger mediante la institución de consulta, así:

*“Como puede apreciarse, la consulta se halla instituida para la protección de los derechos mínimos, ciertos e indiscutibles del trabajador que, a manera de principios básicos, contiene el artículo 53 de la Carta Política, pues este grado jurisdiccional opera cuando las sentencias de primera instancia **“fueren totalmente adversas a las pretensiones del trabajador”**, siempre y cuando dichas providencias no hayan sido apeladas. Así mismo, la consulta persigue la defensa de los bienes públicos ya que procede frente a esas mismas providencias cuando fueren adversas, total o parcialmente, a la Nación, al departamento y al municipio, evento en el cual no está condicionada a que se haya interpuesto el recurso de apelación”.*

Y más adelante se dijo;

“En síntesis, (i) la consulta es una figura que busca garantizar los derechos de la parte vencida en pleito, en este caso, la más débil de la relación contractual, razón por la cual, en el caso laboral se centra en la defensa de los derechos ciertos e indiscutibles del trabajador; (ii) así mismo es una expresión de la doble instancia sin que este atada a los principios que la rigen, ya que procura garantizar efectivamente los derechos de las partes en el proceso”.

En este sentido, como las pretensiones de la demanda no fueron totalmente adversas al trabajador, como quiera que en la instancia se impartieron condenas a favor Chávez Imbajoa, por concepto de intereses a las cesantías, vacaciones y prima de servicios, junto con los intereses moratorios por las prestaciones sociales hasta que se verifique el pago de la obligación en consonancia con lo previsto en el art. 65 del CST, el grado jurisdiccional de consulta en este caso no era procedente. Ahora, es de tener en cuenta que los demandantes MARÍA SOCORRO IMBAJOA SACANAMBUY (progenitora del demandante), BRAYAN ESTIBEN CHÁVEZ IMBAJOA (sobrino del demandante) y MANUEL AVELINO IMBAJOA SCANAMBUY (tío del demandante) no ostentan ni la calidad de trabajador, afiliado o beneficiario que exigen la norma para que se surta el presente grado jurisdiccional por lo que respecto de ellas no se puede adelantar la consulta remitida por el A quo.

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO. – NO CONOCER EL GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA a favor de MARÍA SOCORRO IMBAJOA SACANAMBUY, BRAYAN ESTIBEN CHÁVEZ IMBAJOA, y MANUEL AVELINO IMBAJOA SCANAMBUY, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO. – devuélvase las diligencias al juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



RODRIGO AVALOS OSPINA

Magistrado



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA

Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Magistrado



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

Magistrado Ponente: **RODRIGO ÁVALOS OSPINA.**

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR CLARA MILENA MESA HERNÁNDEZ en nombre propio y en representación de la menor KDGM en calidad de hija de MIGUEL DE JESÚS GUERRERO PÁEZ (Q.E.P.D.), ANGELITA PÁEZ BELLO en calidad de madre de MIGUEL DE JESÚS GUERRERO PÁEZ (Q.E.P.D.), YANIRA ROJAS PÁEZ, MARY LUZ ROJAS PÁEZ, y JOSÉ ÁNGEL RODRÍGUEZ PÁEZ en calidad de hermanos de MIGUEL DE JESÚS GUERRERO PÁEZ (Q.E.P.D.) contra ALFAGRES S.A. Radicación No. 11001-31-05-024-**2018-00420-02.**

Bogotá D.C., treinta (30) de abril dos mil veinticuatro (2024), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente;

SENTENCIA

Los demandantes atrás referidos, por intermedio de apoderado judicial, instauraron demanda ordinaria laboral en contra de ALFAGRES S.A. para que se declare que entre esta y el señor MIGUEL DE JESÚS GUERRERO PÁEZ (Q.E.P.D.) existió un contrato de trabajo a término indefinido que inició el 12 de mayo de 2007 y finalizó el 16 de agosto de 2017, fecha en la que falleció a causa de un accidente de trabajo; que se declare que el accidente de trabajo ocurrió por la culpa suficientemente comprobada del empleador y que se declare a la demandada como responsable de accidente de trabajo. Como consecuencia de lo anterior, solicita que se condene a la demandada a pagar a cada demandante los perjuicios materiales actuales y futuros, así como los perjuicios morales y daño en la vida de relación.

Los perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante debida o pasada los individualiza de la siguiente manera: para CLARA MILENA MESA HERNÁNDEZ la suma de \$6.876.332, para la menor KDGM la suma de \$6.876.332; los perjuicios materiales por lucro cesante futuro así: para CLARA MILENA MESA HERNÁNDEZ la suma de \$119.038.824, para la menor KDGM la suma de \$119.038.824; los perjuicios morales los liquida así: para CLARA MILENA MESA HERNÁNDEZ, la menor KDGM y ANGELITA PÁEZ BELLO

la suma de \$117.186.300 para cada una; para YANIRA ROJAS PÁEZ, MARY LUZ ROJAS PÁEZ, y JOSÉ ÁNGEL RODRÍGUEZ PÁEZ la suma de \$78.124.200 para cada uno. El daño a la vida de relación lo liquida para CLARA MILENA MESA HERNÁNDEZ, la menor KDGM y ANGELITA PÁEZ BELLO en \$31.249.680 para cada una. También solicita que se actualicen las anteriores sumas al momento de la sentencia; el pago de las demás acreencias e indemnizaciones en atención a las facultades ultra y extra petita; y las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, los demandantes afirman que la demandada ALFAGRES S.A. contrató al señor MIGUEL DE JESÚS GUERRERO PÁEZ (Q.E.P.D.) el 12 de mayo de 2007 a través de un contrato de trabajo a término indefinido para desempeñar el cargo de operario oficios varios; que el salario devengado por el trabajador fue de \$1.189.676; que la demandada le impartía diariamente órdenes e instrucciones sobre la forma como debía realizar su actividad; que el 16 de agosto de 2017 el señor MIGUEL DE JESÚS GUERRERO PÁEZ (Q.E.P.D.) se encontraba trabajando dentro de las instalaciones de la empresa al interior de un silo de arcilla, cuando cayó al vacío por la falta de elementos de protección, insuceso que le provocó la muerte.

Afirman que la demandada no tomó las medidas adecuadas de protección atendiendo las condiciones generales y especiales del trabajo tendientes a evitar que el trabajador sufriera menoscabo en su integridad a causa de los riesgos del trabajo en alturas y en un espacio confinado. Por último, refieren que la muerte del trabajador sobrevino por causa y con ocasión del trabajo durante la ejecución de órdenes e instrucciones impartidas por el empleador.

Actuación procesal

El Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá admitió la demanda en auto del 11 de febrero de 2019, y ordenó la notificación de la demandada. Cumplido lo anterior, la demandada ALFAGRES S.A. contestó la demanda, respuesta que reposa a folio 145 del archivo “01Demanda”.

Sentencia de primera instancia

El juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia proferida el 1 de febrero de 2022 declaró que entre el señor MIGUEL DE JESÚS GUERRERO PÁEZ y ALFAGRES S.A. existió una relación laboral que inició el 12 de mayo de 2007 y finalizó el 16 de agosto de 2017; condenó a la demandada al pago de \$276.211.203 por concepto de lucro cesante consolidado y futuro en favor de la menor KDGM; 50 SMLMV por concepto de perjuicios morales en favor de la menor KDGM; 30 SMLMV por concepto de perjuicios morales en favor de CLARA MILENA MESA HERNÁNDEZ, ANGELITA PÁEZ BELLO,

YANIRA ROJAS PÁEZ, MARY LUZ ROJAS PÁEZ, y JOSÉ ÁNGEL RODRÍGUEZ PÁEZ, declaró probadas parcialmente las excepciones de inexistencia del derecho y cobro de lo no debido, absolvió a la demandada de los demás pedimentos y la condenó en costas, fijando como agencias en derecho la suma de \$5.000.000.

En lo que interesa para resolver los puntos materia de apelación la jueza señaló que se encontraba acreditada la ocurrencia de un accidente de trabajo y el daño producido por este en la integridad del trabajador, como quiera que el insuceso terminó con la vida de este. Posteriormente, para analizar el elemento de causalidad entre estos dos hechos, se refirió a los documentos y los testimonios practicados concluyendo que la demandada incumplió con las medidas de seguridad necesarias para la ejecución de labores en espacios confinados, como lo es el Silo en donde perdió la vida el señor MIGUEL DE JESÚS GUERRERO (Q.E.P.D.).

Precisó que el cumplimiento de los deberes de protección y seguridad en el trabajo le exigen al empleador tomar las medidas adecuadas atendiendo las condiciones generales y especiales del trabajo tendientes a evitar que el trabajador sufra afectaciones a su integridad física por causa de los riesgos propios del trabajo; en el caso concreto resaltó que el empleador debió contar con un correcto control en el ingreso, permanencia y salida de los trabajadores que tenían dentro de sus funciones ingresar al silo, la identificación de peligros propios de las actividades desarrolladas por los trabajadores al interior del Silo de conformidad con el Decreto 1072 de 2015, los mecanismos idóneos que impidieran el ingreso del trabajador al silo o incluso mecanismos al alcance del trabajador para alertar al resto del personal al momento en que se encontraba atrapado al interior de dicho sitio.

Por lo anterior, señaló que al encontrarse acreditados los requisitos establecidos en el art 216 del CST era procedente la condena por concepto de indemnización plena de perjuicios determinándolos en la forma antes indicada. En este punto, refirió que los perjuicios materiales no fueron acreditados dentro del proceso, sin embargo, los mismos eran procedentes frente a la hija del causante KDGM, quien al ser menor de edad no requería demostrar la dependencia económica de su padre. Frente a los demás demandantes la juez condenó a la demandada al pago de los perjuicios morales, pues al haberse acreditado la calidad de compañera permanente, madre y hermanos, era normal que su psiquis se encontrara afectada por el hecho de acostumbrarse a vivir sin su familiar.

Recurso de Apelación

El apoderado de la **demandada** presentó recurso de apelación, en el que solicita que se revoque la decisión adoptada por la juez y sea absuelta de las condenas impuestas. Afirma que, como empleador, no incumplió con las medidas necesarias ni con los deberes de protección y seguridad de los empleados y que a esta conclusión llegó la juez basándose

únicamente en unos documentos y algunos supuestos de hecho que no están debidamente comprobados; por tanto, considera que no se cumple el requisito establecido en la norma, esto es que la culpa del empleador esté suficientemente comprobada. También refirió que el trabajador entró sin autorización al silo, pues de haber sido autorizado, habría ingresado con los elementos de protección personal, acompañado de otra persona y cumpliendo todos los protocolos de seguridad.

Por último, respecto de los perjuicios morales, indicó que no existe prueba en el expediente que acredite que los demandantes, a excepción de la hija KDGM, hubiesen tenido alguna relación de vivienda o dependencia económica con el trabajador; señala que no se acreditó que la señora CLARA MILENA MESA estuviera conviviendo con él, por lo tanto, considera que la condena en este aspecto está fundamentada en simples suposiciones.

Alegatos ante este Tribunal (Ley 2213 de 2022).

Dentro de la oportunidad respectiva concurrió únicamente el apoderado de los demandantes y presentó los alegatos de conclusión, la parte demandada guardó silencio.

CONSIDERACIONES

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

Así las cosas, se tiene que los problemas jurídicos por resolver consisten en i) dilucidar si el accidente de trabajo sufrido por el causante obedeció a la culpa suficientemente comprobada del empleador; y ii) determinar si es procedente el reconocimiento de los perjuicios morales en favor de los demandantes de la forma en que lo estableció la a quo.

Sea preciso advertir, en lo que interesa a la resolución de los recursos, que se encuentra probado dentro del expediente y por tanto no es materia de discusión entre las partes que el señor MIGUEL DE JESÚS GUERRERO PÁEZ (Q.E.P.D) trabajó para la demandada mediante un contrato de trabajo a término indefinido en el cargo de operario oficios varios desde el 12 de mayo de 2007 y hasta el 16 de agosto de 2017, fecha en la cual sufrió un accidente de trabajo que le ocasionó la muerte; hechos que, además de haber sido expresados de forma unánime por las partes en los escritos de demanda y contestación de esta, se desprenden también del contrato de trabajo aportado al expediente, el formato de investigación de accidentes mortales y graves realizado por la ARL Liberty y lo ratifica el testimonio practicado.

De la Culpa Patronal

Aclarado lo anterior, pasa la Sala a determinar si tal suceso resulta imputable a culpa del empleador. Reclaman los demandantes la indemnización plena de perjuicios establecida en el artículo 216 del Código Sustantivo del Trabajo, que requiere como uno de sus requisitos esenciales que el accidente de trabajo o la enfermedad profesional se deba a la *“culpa suficientemente comprobada del patrono”*.

Debe entonces considerarse que la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL 4665 del 2018, señaló que para que proceda la indemnización plena de perjuicios por culpa patronal, el accionante no solo debe demostrar que hubo culpa del empleador en el infortunio, sino que al tratarse de una responsabilidad de carácter subjetiva de naturaleza contractual se debe acreditar también el daño o perjuicio causado y el nexo de causalidad entre este y la culpa. Esto quiere decir que, en principio, en este tipo de asuntos la carga de la prueba sobre esos aspectos recae en quien reclama la indemnización.

Dentro de las características propias de esta figura, se debe considerar que la culpa patronal se configura, entre otras cosas, cuando hay incumplimiento de las normas de seguridad industrial o salud ocupacional, sin que se pierda de vista que la noción de culpa tiene que ver con la falta de *“aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios”*, como lo asentó la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en fallo SL 6497 del 29 de abril de 2015, en el cual retomó, sin duda, la definición consagrada en el artículo 63 del Código Civil, que se refiere a diversas clases de culpa como la grave y la leve, siendo del caso precisar desde ahora que como el artículo 216 del Código Sustantivo del Trabajo no hace ninguna calificación sobre el grado de culpa, se refiere a todas, incluso a la denominada culpa o descuido leve.

De igual manera hay que tener en cuenta que la responsabilidad en estos casos es esencialmente de orden contractual, por cuanto son obligaciones especiales del patrono *“Poner a disposición de los trabajadores, salvo estipulación en contrario, los instrumentos adecuados y las materias primas necesarias para la realización de las labores”*; *“Procurar a los trabajadores, locales apropiados y elementos adecuados, de protección contra los accidentes y enfermedades profesionales en forma que se garanticen razonablemente la seguridad y la salud”*, como lo establece el artículo 57 del Código Sustantivo del Trabajo. Del mismo modo, no hay que dejar de lado que una de las acepciones de la culpa tiene que ver con aquellas conductas en las que el agente no prevé el daño que puede causar un acto suyo, pero que hubiera podido preverlo dado su desarrollo mental y conocimiento de los hechos, en el que la culpa se aprecia teniendo en cuenta el modo de obrar de un hombre prudente y diligente considerado como arquetipo.

Otro de los elementos cruciales en este tipo de responsabilidad es la existencia de un nexo causal entre el daño y la omisión del empleador, que es tanto como decir que esta tuvo una incidencia directa y necesaria en la ocurrencia del accidente.

De forma excepcional, cuando el accionante invoca una actitud omisiva por parte del empleador como causante del accidente de trabajo o de la enfermedad laboral por incumplimiento de las obligaciones de cuidado y protección, la carga de la prueba se invierte, dando aplicación a lo dispuesto en el artículo 1604 del Código Civil, según el cual la carga de la diligencia incumbe al que ha debido emplearla. En este evento, señaló la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL 977 de 2023, que es el empleador quien debe asumir la obligación de demostrar que actuó con diligencia y precaución, a fin de resguardar la salud e integridad de sus colaboradores. De igual forma es menester establecer la conducta del empleador frente a determinadas situaciones de riesgo evidente y calificar si la misma fue deficiente o integral para evitar siniestros.

Aunado a lo anterior, debe recordarse que el artículo 84 de la Ley 9ª de 1979 dispone que todo empleador está obligado a: *“Proporcionar y mantener un ambiente de trabajo en adecuadas condiciones de higiene y seguridad, establecer métodos de trabajo con el mínimo de riesgos para la salud dentro del proceso de producción” “Cumplir y hacer cumplir las disposiciones de la presente Ley y sus reglamentaciones”; “adoptar medidas efectivas para proteger y promover la salud de los trabajadores, mediante la instalación, operación y mantenimiento, en forma eficiente, de los sistemas y equipos de control necesarios para prevenir enfermedades y accidentes en los lugares de trabajo. Y el artículo 82 de la misma norma estatuye que “las disposiciones del presente título son aplicables en todo lugar de trabajo y a toda clase de trabajo, cualquiera que sea la forma jurídica de su organización o prestación, regulan las acciones destinadas a promover y proteger la salud de las personas. Todos los empleadores, contratistas y trabajadores quedarán sujetos a las disposiciones del presente título y sus reglamentaciones”.*

Así mismo, el artículo 2 de la Resolución 2400 de 1979 consagra la obligación de los patronos de dar cumplimiento a lo establecido en ese compendio normativo y en las demás normas legales de Medicina, Higiene y Seguridad Industrial, elaborar su propia reglamentación y hacer cumplir a los trabajadores las obligaciones de salud ocupacional que les corresponda, así como proveer y mantener el medio ambiente ocupacional en adecuadas condiciones de higiene y seguridad, de acuerdo a las normas establecidas en tal resolución.

Según las normas citadas, los niveles y deberes de seguridad que deben garantizar los empleadores en los sitios de trabajo no son, en principio, absolutos ni generales ni predeterminados, sino que deben ser razonables, cuya calidad, intensidad y características deben estar en relación con el entorno y peculiaridades de la actividad contratada, del lugar

y las condiciones en que se desarrolla, entre otras cosas, así como la regulación normativa existente sobre el trabajo o actividad de que se trate.

En el presente caso, la declaración de culpa del empleador la apoya la parte demandante, según se desprende de la demanda, en que el empleador incumplió con las normas adecuadas de protección dada su condición de empleadora y atendiendo las condiciones generales y especiales del trabajo, tendientes a evitar que el trabajador sufriera menoscabo en su integridad a causa de los riesgos de trabajo en alturas y en un espacio confinado.

La empresa, a su turno, niega que haya actuado con culpa o con falta de diligencia. Sostiene que cumplió con todas las obligaciones laborales a su cargo; que instruyó al trabajador sobre los protocolos de seguridad y salud en el trabajo; que le hizo entrega oportuna de los elementos de protección personal para la ejecución de la labor contratada; que fue oportuna y debidamente capacitado para la realización de la labor contratada y que *“no debía ni tenía que realizar trabajos en alturas”*. Aunado a ello, manifestó que el trabajador en forma extremadamente negligente y descuidada no utilizó los elementos de protección personal en el momento en que ocurrió el accidente, incumpliendo así los protocolos establecidos e instruidos por la empresa.

Con esto, como quiera que el demandante imputó al empleador una actitud omisiva como causante del accidente de trabajo que sufrió en ejecución de sus labores, la Sala debe determinar si el empleador demostró que adoptó las medidas pertinentes con el fin de preservar la seguridad del trabajador, en virtud del principio de la carga de la prueba expuesto algunos párrafos atrás. Al abordar este punto, la Sala comparte lo resuelto por la a quo, porque efectivamente como lo manifiestan los demandantes, en lo concerniente al cuidado que debía tener la empresa para evitar el accidente del demandante, no fue diligente ni precavida en la adopción de las medidas suficientes tendientes a velar, resguardar y garantizar la vida del personal a su cargo, particularmente del señor MIGUEL DE JESÚS GUERRERO PÁEZ.

De esta forma, debe señalarse que atendiendo a las condiciones particulares en las que se ejecutaron la labores, y las obligaciones que se encontraban a cargo del empleador, este desconoció normas cuyo acatamiento hubiera podido evitar o prever el accidente que terminó con la vida del trabajador como se pasa a exponer a continuación.

En primer lugar, en cuanto a la defensa que desplegó la demandada para exonerarse de responsabilidad, relativa a que suministró elementos de protección personal, capacitó al trabajador, realizó diálogos diarios de seguridad (solo en algunas fechas determinadas) y lo instruyó sobre los protocolos de seguridad y salud en el trabajo; debe decirse que, aunque tales situaciones se encuentran plenamente acreditadas con las pruebas analizadas por la a quo y por las manifestaciones del testigo GABRIEL ALBERTO GÓMEZ como jefe de

seguridad y salud en el trabajo de la demandada, su cumplimiento no tiene la virtualidad de exculpar al empleador sobre la responsabilidad por culpa patronal de la que se le acusa.

Esto es así porque las medidas de protección y de seguridad adoptadas tienen que ser omnicomprensivas, totales e integrales, sin que el hecho de que cumpla solo algunas la inmunice o atenúe sus deberes o las consecuencias del siniestro, porque aun cuando haya cumplido la mayoría de las medidas de prevención, si un accidente ocurre por inobservar alguna de ellas, aunque sea una sola, y se demuestra un nexo de causalidad entre el daño y la omisión, debe responder igual por los efectos del insuceso, sin que el cumplimiento parcial lleve a extinguir o atenuar los rigores de las consecuencias de su actuación.

Para el caso concreto, atendiendo los reparos manifestados por los accionantes a lo largo del escrito de la demanda, es de vital importancia lo dispuesto en el artículo 188 de la Resolución 2400 de 1979 que establece la obligatoriedad del uso de cinturones de seguridad o arneses de seguridad con sus correspondientes cuerdas o cables de suspensión para aquellos trabajadores que realicen labores a ciertas alturas en las cuales el riesgo de caída libre no pueda ser efectivamente controlado por medios estructurales tales como barandas o guardas; esta norma también indica que las cuerdas o cables de suspensión deberán estar *“firmemente atados al cinturón o arnés de seguridad y también a la estructura del edificio, torre, poste u otra edificación donde se realice el trabajo. Los cinturones o arneses de seguridad y sus cuerdas o cables de suspensión tendrán una resistencia de rotura no menor de 1.150 kilogramos y el ancho de los cinturones no será menor de 12 centímetros, con un espesor de 6 mm (1/4 pulgada), de cuero fuerte curtido al cromo, de lino o algodón tejido u otro material apropiado”*.

De igual manera, el artículo 306 de la misma norma dispone que *“los trabajadores que penetren a los silos o tolvas donde exista el peligro de asfixia por falta de oxígeno, deberán usar máscara respiratoria con manguera conectada a soplador mecánico”*; y el artículo 321 ibidem señala que *“para evitar combustión espontánea de los productos orgánicos dentro de los silos, se deberá controlar el grado de humedad, y deberá disponerse de las instalaciones necesarias para medir su temperatura interior”*.

Teniendo en cuenta estas disposiciones normativas, la Sala encuentra que las conductas de la empresa no se ciñeron a estas. Basta entonces con remitirnos al acervo probatorio para concluir que en el mismo no reposa ninguna prueba tendiente a acreditar el cumplimiento de alguna de las normas anteriormente descritas y que resultan ser las aplicables en consideración a las circunstancias particulares que rodearon el accidente de trabajo sufrido por MIGUEL DE JESÚS GUERRERO (Q.E.P.D.).

En este punto, la Sala no desconoce que el testigo GABRIEL ALBERTO GÓMEZ indicó que los operarios de la empresa usaban casco de seguridad, gafas, protección respiratoria,

guantes y arnés para el desarrollo de sus funciones; no obstante, tales manifestaciones no tienen respaldo documental, y aunque se aportaron panillas de entrega de elementos de protección personal, en las mismas solo se relacionó la entrega al trabajador de protectores respiratorios, botas de seguridad y guantes de seguridad, sin que sea posible por lo menos verificar la calidad de los implementos de protección entregados y así poder determinar si cumplían con los parámetros descritos en las normas antes referidas; pues no basta con entregar unos elementos de protección personal si los mismos no resultan ser suficientes y adecuados para la labor desempeñada.

Así mismo, la demandada manifestó en el escrito de contestación de la demanda que el trabajador no *“debía ni tenía que realizar trabajos en alturas”*; hecho que quedó completamente desvirtuado con lo manifestado por el testigo GABRIEL ALBERTO GÓMEZ, quien refirió que el trabajador, como operario, debía bajar colgado en el silo para remover la arcilla que se secaba en los bordes del mismo, de tal forma que la arcilla cayera en el centro y así poder conocer la capacidad de silo en determinado momento. Llama la atención de la Sala que este testigo también refirió que con posterioridad al accidente del trabajador la empresa adoptó medidas para evitar la ocurrencia de otro accidente similar, como lo fue la instalación de unas rejillas que se implementaron como plan de mejora, igualmente indicó que la compañía dejó de realizar dicha labor con sus propios trabajadores y de esa función ahora se encarga un contratista; hechos que indican que el empleador no actuó con *“aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios”*; pues decidió adoptar medidas y prestar mayor atención a la labor que se realizaba en los silos solo con ocasión del accidente ocurrido al señor MIGUEL GUERRERO.

De lo que viene de decirse no queda camino diferente a declarar la responsabilidad por culpa patronal del accidente padecido por el trabajador el día 16 de agosto de 2017 y en ese sentido se confirmará la decisión de primera instancia en este aspecto.

De los Perjuicios Morales

Pasa la Sala a abordar el estudio del segundo problema jurídico, esto es determinar si es procedente el reconocimiento de los perjuicios morales en favor de los demandantes de la forma en que lo estableció la a quo. El apoderado de la demandada manifiesta que, a excepción de la menor KDGM, los demás demandantes no acreditaron ninguna circunstancia de dependencia económica o de convivencia con el trabajador, motivo por el cual, a su juicio, no hay lugar a la condena por este concepto. Para abordar este aspecto, debe señalarse que en tratándose del daño moral, se ha entendido que este tiene dos connotaciones: daño moral objetivado y subjetivado, el primero ha sido definido como el resultante de las repercusiones económicas de las angustias o trastornos psíquicos que se sufren como consecuencia del hecho dañoso, este en particular, no se encuentra acreditado en el presente caso; y el segundo

es aquel que afecta exclusivamente aspectos sentimentales, afectivos y emocionales que originan dolores internos, síquicos, depresiones, y tristezas que lógicamente no son fáciles de describir o de definir (SL Rad.39631 de 2012). Son estos últimos los que la juez de primera instancia, de acuerdo con sus consideraciones, concedió en favor de los demandantes, pues aclaró que la condena obedecía al dolor que tendrían que pasar para acostumbrarse a vivir sin la presencia del señor MIGUEL GUERRERO.

Bajo ese entendido, para la Sala no es errada la conclusión a la que llegó la juez, pues atendió los parámetros establecidos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia para otorgar el perjuicio moral, que, de otra parte, es entendible considerando que el accidente de trabajo produjo la muerte del trabajador; de allí que resulta lógico el pedimento de los demandantes. Ahora, el reproche del apoderado de la demandada se centra en que los demandantes no acreditaron una condición de dependencia económica o de convivencia con el causante, hechos que resultan irrelevantes para la cuantificación del perjuicio moral, pues este no está ligado o relacionado a la dependencia económica de los afectados, como sí ocurre con los perjuicios materiales; sino que el mismo depende, como ya se indicó, del dolor y la afección interna que ocasionó la muerte del familiar.

Finalmente, las pruebas aportadas al expediente acreditan el vínculo familiar de los demandantes con el causante, particularmente los registros civiles de ANGELITA PÁEZ BELLO, YANIRA ROJAS PÁEZ, MARY LUZ ROJAS PÁEZ, y JOSÉ ÁNGEL RODRÍGUEZ PÁEZ. Con relación a CLARA MILENA MESA HERNÁNDEZ, además de estar acreditado que es la madre de la menor KDGM, cuyo padre es el señor MIGUEL GUERRERO, se aportó una declaración extrajuicio de la señora MARÍA SOFÍA CABRERA RUIZ, de la que no se solicitó su ratificación ni se desconoció o tachó dicho documento; en esta declaración, la señora CABRERA manifestó que el señor MIGUEL GUERRERO convivió bajo el mismo techo y de forma permanente e ininterrumpida, compartiendo techo, lecho y mesa hasta el momento de su muerte con CLARA MILENA MESA HERNÁNDEZ, luego entonces está acreditada la cercanía familiar y afectiva entre los demandantes y el causante, quienes al ser los familiares se encuentran legitimados para solicitar el resarcimiento de los perjuicios ocasionados por la culpa del empleador. Siendo ello así se confirmar la sentencia también en este aspecto.

Así queda resuelto el recurso interpuesto.

COSTAS

Costas en esta instancia a cargo de la demanda porque el recurso no prosperó, se fijan como agencias en derecho la suma de \$2.000.000.

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá el 1 de febrero de 2022 dentro del proceso promovido por CLARA MILENA MESA HERNÁNDEZ en nombre propio y en representación de la menor KDGM en calidad de hija de MIGUEL DE JESÚS GUERRERO PÁEZ (Q.E.P.D.), ANGELITA PÁEZ BELLO en calidad de madre de MIGUEL DE JESÚS GUERRERO PÁEZ (Q.E.P.D.), YANIRA ROJAS PÁEZ, MARY LUZ ROJAS PÁEZ, y JOSÉ ÁNGEL RODRÍGUEZ PÁEZ en calidad de hermanos de MIGUEL DE JESÚS GUERRERO PÁEZ (Q.E.P.D.) de conformidad con lo dispuesto en la parte considerativa

SEGUNDO: Costas en esta instancia a cargo de la demanda porque el recurso no prosperó, se fijan como agencias en derecho la suma de \$2.000.000.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



RODRIGO AVALOS OSPINA

Magistrado



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA

Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Magistrado



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

Magistrado Ponente: **RODRIGO ÁVALOS OSPINA.**

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR HERNANDO GÓMEZ REYES
contra PARQUE DE LA AVENIDA P.H. Radicación No. 11001-31-05-036-**2019-00820-01.**

Bogotá D.C., treinta (30) de abril dos mil veinticuatro (2024), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente;

SENTENCIA

HERNANDO GÓMEZ REYES demanda a PARQUE DE LA AVENIDA P.H., para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas en el expediente digital, así;

- Contrato de trabajo a término fijo de 03 años, comprendido entre el 13 de enero de 2016 y el 19 de septiembre de 2019, el cual se prorrogó automáticamente.
- Pago de prestaciones sociales por los extremos del contrato.
- Indemnización por despido sin justa causa
- Trabajo suplementario
- Indemnización moratoria
- Uso de las facultades ultra y extra petita
- Costas y agencias en derecho.

Como hechos expone en síntesis que las partes suscribieron un contrato de trabajo a término fijo de 3 años, para desempeñar el cargo de portero y vigilante desde el 13 de enero de 2016. Su horario fue de 8 y 12 horas en turnos rotativos de lunes a domingo, el último salario ascendió a \$1.105.200. El 19 de septiembre de 2019 le fue terminado el contrato de trabajo sin justa causa. Alega que se le adeudan la totalidad de las prestaciones, el trabajo

suplementario y la indemnización por despido sin justa causa. Para la fecha de la interposición de la demanda tenía pendiente una intervención quirúrgica.

Actuación procesal

El Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito admitió la demanda en auto del 27 de agosto de 2020 y ordenó la notificación a la demandada. El 22 de febrero de 2021, el proceso laboral fue remitido con ocasión al traslado de expedientes decretado mediante los Acuerdos PCSJA20-11686 del 10 de diciembre y CSJBTA20-109 del 31 de diciembre de 2020, al Juzgado Cuarenta Laboral del Circuito de Bogotá, y la llamada a juicio acreditó la contestación de la demanda a folios 79 a 111 del archivo 001 del expediente digital.

Sentencia de primera instancia

El A quo en sentencia del 06 de abril de 2022, declaró la existencia de un contrato de trabajo entre las partes a término fijo inferior a un año, el que terminó sin justa causa el 19 de septiembre de 2019. Condenó al saldo de la indemnización por despido injusto a término fijo inferior a un año por la suma de \$221.040 y absolvió de las demás pretensiones. Declaró no probadas las excepciones de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido.

Llego a esa determinación al constatar la existencia del contrato de trabajo a término fijo por 79 días, y no por 3 años como se afirmó en la demanda. Para llegar a ese convencimiento adujo que las fechas como inicio de labores (*13 de enero de 2016 y 31 de marzo de 2016*) lo que en realidad indicaban eran el inicio y el final del contrato, contabilizó las prórrogas de que trata el art. 46 del CST, y procedió con el cálculo de la indemnización de que trata el art. 64 *ibídem*, la que ascendió a la suma de \$2.578.800, pero como encontró un pago por el mismo concepto en cuantía de \$2.357.760, solo impuso condena por el valor restante.

En cuanto al trabajo suplementario, el juez indicó que la parte actora no cumplió con su deber probatorio pues no acreditó haber laborado horas extras ordinarias, no individualizó los dominicales que alega en la demanda, como tampoco sus jornadas, además tuvo en cuenta que del dicho de los dos testigos que también desempeñaron el cargo del actor, se tenía certeza de que ellos laboraron solo las 8 horas diarias, por lo que absolvió de este pedimento. En cuanto al pago de las prestaciones sociales pretendidas, el juez tuvo en cuenta que la demanda cumplió con el deber de acreditar haber pagado la liquidación de las prestaciones sociales en tiempo por lo que no había lugar a entrar a estudiar la indemnización moratoria.

Recursos de apelación

Parte demandante; no está de acuerdo con la forma en la que el juez definió el tipo de contrato, la duración y los extremos (79 días), tampoco comparte la decisión de absolver las pretensiones relacionadas con el trabajo suplementario y los emolumentos que dependen de éste, pues considera que en el expediente lo están lo debidamente justificados, por lo que una vez establecidas éstas condenas y ante la mala fe de la demandada deberá procederse a la condena por indemnización moratoria. Finalmente resalta que el juez se equivocó al tasar la indemnización por despido injusto porque el mismo no corresponde a la realidad del contrato.

Alegatos ante este Tribunal (Ley 2213 de 2022).

Dentro de la oportunidad respectiva las partes presentaron alegatos, los que reposan en el expediente digital.

CONSIDERACIONES

Esta Sala aborda el estudio del recurso de apelación en relación con los puntos expuestos por las partes, toda vez que ese es el alcance establecido por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, que adicionó el artículo 66A del C. P. T y S. S., así: *“La sentencia de segunda instancia deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación”*.

En ese orden, el problema jurídico en esta oportunidad, se contrae a determinar i) los extremos del contrato a término fijo que unió a las partes, ii) si hay lugar a imponer condena por trabajo suplementario y si es procedente la indemnización moratoria, iii) finalmente, La Sala procederá a verificar el valor de la indemnización por despido sin justa causa.

Contrato de trabajo y extremos

No se controvierte que entre las partes existió un contrato de trabajo a término fijo, el cual inició el 13 de enero de 2016, y se prorrogó en diferentes oportunidades hasta el 19 de septiembre de 2019, data en la que el empleador lo dio por terminado sin justa causa. Tampoco es objeto de controversia que el actor desempeño el cargo de vigilante, sus funciones y salario. En consecuencia, procede La Sala a verificar cual fue el extremo de la contratación inicial.

Al respeto se ha de recordar que el art 46¹ del CST dispone que el contrato de trabajo a término fijo cuenta con puntuales características propias de ésta modalidad, como lo es; constar siempre por escrito, límite de temporalidad, y que su renovación es indefinida; además, cuando el contrato es inferior a un año, éste se podrá prorrogar sucesivamente hasta por 3 períodos iguales o inferiores, al cabo de los cuales el término de renovación no podrá ser inferior a 1 año, sucesivamente. Ahora, al descender al material probatorio recaudado, evidencia La Sala que las partes pactaron en el contrato de trabajo a término fijo, en el ítem fecha de iniciación de labores² los extremos “13/01/2016 – 31/03/2016”, de lo que es dable entender que en efecto la fecha inicial del contrato corresponde al 13 de enero de 2016 y la final al 31 de marzo de 2016, como quiera que no es dable bajo las reglas de la sana critica entender que un contrato tenga dos fechas de inicio diferentes, de ahí que el A quo haya concluido que el contrato de trabajo se suscribió por el término fijo inferior a un año, por el lapso de 79 días. Entonces atendiendo los postulados del art. 46 del CST, se tiene que los extremos del contrato están comprendidos entre el 13 de enero del 2016 al 31 de marzo de ese año, el que se prorrogó así;

ciclos	Periodo inicial	Periodo final
inicio	13/01/2016	31/03/2016

1 ARTICULO 46. CONTRATO A TERMINO FIJO. <Artículo subrogado por el artículo 3o. de la Ley 50 de 1990. El nuevo texto es el siguiente:> El contrato de trabajo a término fijo debe constar siempre por **escrito y su duración no puede ser superior a tres años, pero es renovable indefinidamente.**

1. Si antes de la fecha del vencimiento del término estipulado, ninguna de las partes avisare por escrito a la otra su determinación de no prorrogar el contrato, con una antelación no inferior a treinta (30) días, éste **se entenderá renovado por un período igual al inicialmente pactado**, y así sucesivamente.
2. No obstante, si el término fijo es inferior a un (1) año, únicamente podrá prorrogarse sucesivamente el **contrato hasta por tres (3) períodos iguales o inferiores**, al cabo de los cuales el término de renovación **no podrá ser inferior a un (1) año, y así sucesivamente.**

PARÁGRAFO. En los contratos a término fijo inferior a un año, los trabajadores tendrán derecho al pago de vacaciones y prima de servicios en proporción al tiempo laborado cualquiera que éste sea.

03770357

12

CONTRATO INDIVIDUAL DE TRABAJO
A TÉRMINO FIJO DE UNO A TRES AÑOS

NOMBRE EMPLEADOR Com. Residencial para de la Avda		DIRECCIÓN EMPLEADOR Trans 78K #41-35 SW	
NOMBRE TRABAJADOR Hernando Gomez Reyes		DIRECCIÓN TRABAJADOR Barrio Santa Teresita	
LUGAR, FECHA DE NACIMIENTO Y NACIONALIDAD Vegara, 12-01/2018 (1967)		CARGO U OFICIO QUE DESEMPEÑARÁ EL TRABAJADOR Auxiliar de Administración	
SALARIO ORDINARIO / INTEGRAL (X) () \$ 959.050	VALOR	VALOR EN LETRAS	Noventa y cinco mil quinientos pesos
PERIODOS DE PAGO Trimestral		FECHA DE INICIACIÓN DE LABORES 13/01/2016-31/03/2016	
LUGAR DONDE DESEMPEÑARÁ LAS LABORES Trans 78K #41-35 SW		CIUDAD DONDE HA SIDO CONTRATADO EL TRABAJADOR Bogotá D.C	

Prorroga 1	1/04/2016	18/06/2016
Prorroga 2	19/06/2016	5/09/2016
Prorroga 3	6/09/2016	26/11/2016
un año	27/11/2016	27/11/2017
un año	28/11/2017	28/11/2018
un año	29/11/2018	28/11/2019

Contrato que finalizó (19/09/2019) con anterioridad a la última fecha en la que debía expirar (28/11/2019), circunstancia respecto de la cual no hay controversia, ya que el momento del finiquito (19/09/2019) no lo discuten las partes. En este orden, La Sala **confirma** la duración y los extremos del contrato de trabajo a término fijo declarados por el A quo.

Indemnización por despido sin justa causa

Señala el art. 64 del CST que en todo contrato de trabajo va envuelta la condición resolutoria por el incumplimiento de lo pactado, y para los contratos a término fijo, establece como indemnización el pago de los *“salarios correspondientes al tiempo que faltare para cumplir el plazo pactado; o el del lapso determinado por la duración de la obra o la labor contratada, caso en el cual la indemnización no será inferior a quince (15) días”*. Dicho esto, en el asunto, tampoco fue objeto de discusión que el contrato se finalizó unilateralmente por parte del empleador y sin justa causa.

En ese orden, y como el vínculo debió fenecer el 28 de noviembre de 2019, pero la demandada decidió terminarlo el día 19 de septiembre de ese año, esto es, 70 días antes de la fecha correspondiente, se tiene que al trabajador le corresponde por esta indemnización la suma de \$2.578.800, como quiera que el último salario ascendió a la suma de \$1.105.200, no obstante, tal como lo advirtió el juez, en el asunto se tiene que al demandante se le canceló por indemnización por despido la suma de \$2.357.760, de ahí que haya procedido a hacer la compensación del caso. Por lo que esta condena y forma de calcularse también se **confirma** al encontrarse ajustada a derecho.

Trabajo suplementario

En lo que respecta a este pedimento, previo a definir el asunto es de recordar lo decantado por la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la que prevé que la carga de la prueba en la realización del trabajo los días domingos y festivos, así como las horas extras corresponde al trabajador, prueba que debe ser de tal precisión y exactitud que de la misma se pueda extraer cuales fueron los días de descanso obligatorio que laboro el

trabajador, o cuales son las horas extras trabajadas, pues al juez no le es dable hacer cálculos acomodaticios, deducciones o aproximaciones para liquidados. Así en la sentencia con radicado 31637 del 15 de julio de 2008, La Corte Suprema de Justicia puntualizó;

*“Se impone recordar, como de vetusta lo ha enseñado esta Corporación, 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”*

Criterio reiterado entre otras, en las sentencias CSJ SL7578-2015, SL6738-2016, SL15014-2017, SL5707-2018, SL1573-2019, SL1058-2020, SL1994-2020 y SL4930-2020, SL4054-2022, SL868-2023, SL983-2023, entre otras. En igual sentido, en sentencia CSJ SL6738-2016, reiterada en las sentencias CSJ SL1994-2020 y SL4930-2020, sostuvo dicha Corporación que;

*“Acerca de la **prueba del trabajo en días de descanso obligatorio**, la línea jurisprudencial decantada por esta Sala de la Corte ha sido reiterada y unívoca en el sentido de **exigir que cuando del reconocimiento de trabajo suplementario y labor en días de descanso obligatorio se trata**, el requisito de mérito de tal pretensión consiste **no sólo en demostrar que efectivamente así sucedió, sino además, y también con el carácter de preponderante, el número de horas adicionales a la jornada máxima legal en las que se prestó el servicio. Tal requerimiento es apenas lógico que gravite sobre el trabajador, pues es a él a quien le interesa probar esos supuestos fácticos**, para que, a su vez, pueda el juez fijar el monto de la condena”.*

Dicho esto, y en consonancia con el art. 167 del CGP, el cual dispone que “*incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen*”, La Sala de la verificación de las pruebas no puede llegar a conclusión diferente a la del A quo, quien absolvió de este pedimento como quiera que la parte demandante solo demostró con los testigos que realizaban turnos de ocho horas de lunes a viernes, y en cuanto a los dominicales, solo se acreditó con el dicho de los mismos testigos que ellos (*los vigilantes*) hacían turnos de doce horas para que el otro compañero descansara ese día, y que cada uno de ellos descansaba cada quince días, manifestación que no alcanza para que se produzca una condena por el concepto reclamado, téngase en cuenta que el trabajo suplementario, se debe demostrar con la especificación exacta que demuestre cuántos domingos laboró el trabajador y en qué jornada (*diurna o nocturna*).

En ese orden, y como el trabajador no probó que su labor excediendo la jornada ordinaria o la máxima legal, La Sala **confirma** este punto de controversia al estar ajustado a la realidad probatoria del expediente y a la jurisprudencia que regula el caso.

Indemnización moratoria

Esta indemnización impone al empleador como sanción el pago de un día de salario por cada día de mora en el pago al trabajador de sus salarios y prestaciones sociales. En el asunto, el demandante reclama esta indemnización, pero la soporta en la procedencia del trabajo suplementario, pues nada se dice sobre una mora en el pago de la liquidación final de las prestaciones al momento del finiquito contractual, como tampoco se objetó la existencia de salarios pendientes por cancelar.

De otra, se tiene que la demandada demostró que para la terminación del contrato, liquidó y pago al trabajador las prestaciones sociales, el salario y la indemnización por despido injusto, acreditando de esa manera que no adeuda suma alguna al demandante por concepto de prestaciones sociales, sin que en éste momento resulte relevante estudiar si el actuar del empleador fue de buena o mala fe, como se expone en el recurso y se desarrolla en los alegatos de conclusión radicados en esta instancia, ya que no hay lugar a imponer esta sanción ante la demostración debida de los pagos en tiempo, en el asunto no hubo una reliquidación de salarios por horas extras y dominicales, y la única condena a la que se accedió (*diferencia en la indemnización por despido injusto*) constituye un concepto que dista de los que prevé el art. 65 del CST.

En consonancia con todo lo anterior, La Sala **confirmar** la sentencia apelada.

COSTAS

Las de primera se confirman. Sin costas en la instancia.

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO. - CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Cuarenta Laboral del Circuito de Bogotá el día 06 de abril de 2022, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO. – COSTAS Las de primera se confirman. Sin costas en la instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



RODRIGO AVALOS OSPINA

Magistrado



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA

Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Magistrado



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

Magistrado Ponente: **RODRIGO ÁVALOS OSPINA.**

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR LUIS MIGUEL HOYOS OCHOA contra AEROVÍAS DEL CONTINENTE AMERICANO SA –AVIANCA SA.
Radicación No. 11001-31-05-018-**2020-00053-01.**

Bogotá D.C., treinta (30) de abril dos mil veinticuatro (2024), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente;

SENTENCIA

LUIS MIGUEL HOYOS OCHOA demanda a AEROVÍAS DEL CONTINENTE AMERICANO SA –AVIANCA SA, para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a folios 13 a 19 del expediente, así;

- Contrato de trabajo a término indefinido del 19 de noviembre de 2005 al 30 de abril de 2018.
- Se declare la ineficacia del despido y el consecuente reintegro con los respectivos salarios, prestaciones sociales legales y extralegales.
- Aportes al sistema general de seguridad social.
- Indexación.
- Revalidación de exámenes médicos necesarios para desempeñar las funciones de vuelo.
- Recapitación para retoma de vuelo.

En subsidio pretende;

- Contrato de trabajo a término indefinido entre el 19 de noviembre de 2005 y el 30 de abril de 2018
- Indemnización por despido injusto
- Indemnización del art. 26 de Ley 361 de 1997
- Costas
- Uso de las facultades ultra y extra petita

Como hechos se expone en síntesis que el 19 de noviembre de 2005 las partes suscribieron contrato de trabajo a término indefinido, modalidad que se modificó en el año 2008 a indefinido, el cargo desempeñado fue piloto A320, el último salario devengado ascendió a \$13.927.104. El 08 de agosto de 2017, la Asociación Colombiana de Aviadores Civiles – ACDAC presentó ante la demandada pliego de peticiones; el 20 de septiembre de ese año ACDAC inició el cese de actividades, el que se pensó que era legal.

El 9 de noviembre de 2017, fue citado a descargos por el incumplimiento de sus obligaciones laborales (*no presentarse a sus asignaciones de vuelo, del 20 de septiembre de 2017 al 08 de noviembre de 2017*), diligencia a la que no asistió por lo que el día 27 de ese mes y año fue sancionado por tres días. La huelga se levantó el 12 de noviembre de 2017, época en la que se firmó "*acta de acuerdo para el levantamiento del cese de actividades de los pilotos sindicalizados de ACDAC y la reanudación de las operaciones aéreas*" y el 29 de noviembre de esa anualidad, La Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral confirmó la decisión adoptada por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá en la que se declaró la ilegalidad del cese de actividades promovido por la organización sindical.

Posteriormente, mediante comunicación del 16 de febrero de 2018 se le notificó de un proceso disciplinario, donde la formulación de cargos consistió en la participación activa en el cese ilegal de actividades adelantado por Acdac y el incumplimiento de las obligaciones por la no asistencia a las asignaciones de vuelo de los días 20, 21, 22, 23, 25, 26, 29 y 30 de septiembre y el día 08 de noviembre de 2017, sin embargo no se tuvo en cuenta que para noviembre de 2017, el trabajador ya había sido objeto de sanciones. La audiencia de descargos del segundo disciplinario se hizo el 02 de marzo de 2018, en la citación no se hizo la calificación provisional de las faltas ni tampoco se contó con el acompañamiento de la organización sindical. Finalizada la audiencia se dio por terminado el contrato de trabajo, contra esa decisión interpuso

el recurso de apelación y Acdac pidió la nulidad de lo actuado, sin embargo, en audiencia del 27 de abril de 2018, la decisión no se modificó. Al finalizarse el contrato de trabajo la empresa no tuvo en cuenta lo protección especial que le asistía al estar en proceso de recuperación por ruptura de ligamentos de rodilla.

Las pruebas de Avianca consisten en fotografías tomadas de redes sociales de las que no se puede tener certeza del liderazgo del cese de actividades, en lo que respecta a los vuelos, alega que en el itinerario mensual publicado en los meses de octubre y noviembre la demandada no le programó ninguna asignación de vuelo, pues solo contaba con las siglas L y AVL que significan día libre y día disponible. Según lo previsto en el art. 100 de la CCT una vez conocida la falta, la empresa cuenta con el término de 8 días para iniciar la acción disciplinaria, en consecuencia, como la última inasistencia endilgada data del 12 de noviembre de 2017, la empresa tenía hasta el día 20 para llamarlo a descargos.

Avianca no tiene un procedimiento establecido para estos casos, pues en situaciones similares a otros trabajadores en las mismas condiciones solo les suspendió el contrato de trabajo. Se reintegró a sus labores el 13 de noviembre de 2017 (*antes de la declaratoria de ilegalidad de la huelga*). Considera que el actuar de la accionada vulnera su principio de *non bis in ídem* al ser disciplinado dos veces por los mismos hechos. En el numeral 5 del art. 84 del RIT se prohíbe que el trabajador este en las instalaciones de la compañía cuando se desarrolla un cese de actividades, disposición que justifica la inasistencia en el supuesto de que existiese la programación de vuelos. (fls 6 a 13).

Actuación procesal

El Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito admitió la demanda en auto del 27 de noviembre de 2020, y ordenó la notificación al demandado, quien contestó en los términos de los folios 56 a 50 del expediente.

Sentencia de primera instancia

El A quo en sentencia del 27 de enero de 2022, declaró ineficaz el despido del demandante de fecha 30 de abril de 2018 y ordenó su reintegro al mismo cargo que desempeño a la terminación del contrato, declaro que la finalización fue unilateral y

sin justa causa y ordeno el pago de los emolumentos legales y convencionales a partir del 01 de mayo de 2018 calculados hasta la fecha de la sentencia así; salarios \$641.835.126, cesantías e intereses \$64.184.924, prima de servicios \$53.657.870, prima extralegal de vacaciones \$32.194.723, remuneración extralegal por vacaciones \$460.428, bonificación por lustros \$3.341.123, prima de navidad \$32.194.723, prima de alimentación \$78.805.041, prima de antigüedad \$75.675.802, incentivo eficiencia operacional \$56.931.802. También ordeno el pago de los aportes a seguridad social, declaró no probada la excepción de prescripción, declaró parcialmente probada la excepción de pago, e impuso como agencias en derecho a cargo de la demandada la suma de \$12.000.000.

La juez llegó a esa determinación en síntesis al evidenciar que el actuar de Avianca no se ajustaba a lo ordenado en la norma convencional (*art. 100 CCT*), en la que se exige que una vez conocida la falta se debe llamar a descargos al trabajador en el término de 8 días, en consecuencia como en el asunto se endilgó al demandante la inasistencia a laborar los días 21, 22, 23, 25, 26, 29 y 30 de septiembre y 8 de noviembre de 2017 junto con la participación activa en el cese de actividades que le generó un perjuicio, era claro que el llamamiento a descargos lo debió realizar para esa época; además, resaltó que al proceso no se allegó prueba de la programación, modificación o variación de los vuelos del mes de septiembre de 2017, ni se probó que el demandante se hubiese enterado de tal asignación sin que el "*pantallazo*" del sistema operacional sea suficiente para entender que el trabajador conocía ese contenido.

En cuanto a la participación en el cese de actividades, la juez consideró que las pruebas allegadas (*dos fotos tomadas de una red social*) no eran suficientes para demostrar que el actor fue el promotor o líder de la interrupción de actividades, por lo que en este tipo de asuntos correspondía a la llamada a juicio desplegar una mayor actividad probatoria para la acreditación de las conductas endilgadas. En ese orden, se arribó a la conclusión de la existencia de serias falencias en el trámite del proceso disciplinario que desconocieron la garantía del debido proceso del actor, como lo fue; i) No adelantar la respectiva investigación en los términos del art. 100 de la CCT, ii) Realizar un primer proceso disciplinario por hechos posteriores (*inasistencia a laborar en octubre de ese año*) a los expuestos en la segunda investigación (*esto es, por hechos ocurridos los días 21, 22, 23, 25, 26, 29 y 30 de septiembre y 8 de noviembre de 2017*) lo que a la juzgadora generó la existencia de

un ánimo de engaño al momento de aplicar los procedimientos a cargo, iii) Inexistencia de las pruebas de notificación de las asignaciones de vuelo, y iv) No contar con las pruebas suficientes para endilgar al demandante una participación activa y dar por hecho esa situación, oportunidad en la que recordó a la demandada que todos los trabajadores cuentan con el derecho a la huelga.

En ese orden, la juez encontró que el despido fue unilateral y sin justa causa, lo que traía consigo la declaratoria de su ineficacia y el consecuente reintegro, último que conforme al acta contentiva en los folios 79 a 84 del expediente ya se había materializado el 25 de noviembre de 2021, según acuerdo suscrito entre Avianca SA y ACDAC. También declaro parcialmente probada la excepción de prescripción por lo que todos los emolumentos derivados de las ordenes de reintegro procedían desde el 1 de mayo de mayo de 2018 y además declaro parcialmente probada la excepción de pago.

Recursos de apelación

Parte demandada: pide se revoque la sentencia pues considera que todas sus actuaciones se ajustan a la garantía del debido proceso, en especial lo relacionado con el proceso disciplinario el que se adelantó una vez se tuvo conocimiento de la sentencia proferida por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia (14 febrero de 2018) que confirmó la declaratorio de ilegalidad de la huelga adelantada por ACDAC en el año 2017, pues fue solo hasta ese momento que tuvo certeza de las faltas endilgadas. Insiste en la tipificación de las faltas en las que incurrió el demandante, como lo es la insistencia a cumplir con las asignaciones de vuelos en los días 21, 22, 23, 25, 26, 29 y 30 de septiembre y 8 de noviembre de 2017, además de incurrir en actos coordinados con el propósito de generar un perjuicio al empleador con un cese de actividades que siempre fue ilegal.

De otra parte, alega que no procede el reintegro del actor porque no goza de ningún fuero o protección reforzada. Repite que el demandante no justificó sus ausencias para los meses de septiembre y noviembre de 2017 y afirma que éste si conocía el itinerario a cargo. Para el día 8 de noviembre de 2017 ya se había convocado al Tribunal de Arbitramiento, por lo que el trabajador en un acto de rebeldía no se presentó a laborar. Insiste en la configuración de todas las situaciones expuestas en la carta de despido, e indica que la Juez no se pronunció de esa rebeldía, los

perjuicios causados a la empresa y la ausencia de justificación del actor en el cumplimiento de las obligaciones a cargo.

Alegatos ante este Tribunal (Ley 2213 de 2022).

Dentro de la oportunidad respectiva las partes presentaron alegatos, los que reposan en el expediente digital.

CONSIDERACIONES

Esta Sala aborda el estudio del recurso de apelación en relación con los puntos expuestos por las partes, toda vez que ese es el alcance establecido por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, que adicionó el artículo 66A del C. P. T y S. S., así: *"La sentencia de segunda instancia deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación"*.

En ese orden, el problema jurídico se limita a establecer si la demandada cumplió con las condiciones que prevé el art. 100 de la CCT suscrita entre ACDAC y AVIANCA SA - 2009 – 2013, en lo que respecta al trámite que se debió surtir en el segundo proceso disciplinario que adelantó contra LUIS MIGUEL HOYOS OCHOA.

Previo a abordar el análisis respectivo debe precisar La Sala que en el asunto no se controvierte la relación laboral que unió a las partes, extremos, cargo, salarios, la existencia de la organización sindical Asociación Colombiana de Aviadores Civiles – ACDAC-, ni la afiliación del demandante a la misma. Igualmente se tiene certeza de que ACDAC presentó pliego de peticiones el día 8 de agosto de 2017, los extremos de la etapa de arreglo directo (*comprendidos entre el 23 de agosto de 2017 y 11 de septiembre de 2017*) y que el Tribunal Superior de Bogotá en sentencia del 4 de octubre de ese año, declaró la ilegalidad del cese de actividades promovido por ACDAC el 20 de septiembre de 2017, decisión que fue confirmada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 20094 del 29 de noviembre de 2017.

Adicionalmente, tampoco se controvierte que el Laudo Arbitral proferido por el Tribunal de Arbitramiento del 07 de diciembre de 2017 con ocasión del conflicto colectivo suscitado entre ASOCIACIÓN COLOMBIANA DE AVIADORES CIVILES -

ACDAC y AEROVÍAS DEL CONTINENTE AMERICANO S. A. – AVIANCA, finalizó con la sentencia SL 2615 del 22 de julio de 2020, en la que resolvió anular tal laudo.

Precisado lo anterior, La Sala se remite a la disposición convencional controvertida, la que prevé lo siguiente;

"CLAUSULA CIEN (100) SANCIONES EMPRESA

En el evento en que AVIANCA considere que debe realizar un proceso disciplinario a un Tripulante amparado por la presente Convención, se deberá aplicar el siguiente procedimiento:

- 1. En un máximo de ocho (8) días, contados después de conocida una falta por la Empresa o de concluida la respectiva investigación, deberá formular los cargos por escrito y con copia para la **ACDAC**, al Tripulante implicado, citándolo a presentar los descargos pertinentes a una audiencia, la cual no podrá realizarse antes de diez (10) días calendario ni después de veinte (20), contados a partir de la fecha de la notificación de los cargos.*

*El trabajador deberá presentarse a la Audiencia programada, asistido o asesorado, si lo desea, por dos Directivos de la **ACDAC**.*

*De la audiencia deberá elaborarse la correspondiente Acta, en la cual deben incluirse los cargos imputados, los descargos del trabajador, la intervención de los representantes de la **ACDAC** y la sanción impuesta por la Empresa, si fuere procedente.*

La copia de la carta de citación no constituirá antecedente alguno en la hoja de vida del trabajador, cuando no se produzca sanción y por tanto deberá ser retirado en estos casos.

En cuanto a los hechos por los cuales el trabajador demandante fue llamado a rendir descargos el día 16 de febrero de 2018, se encuentra la comunicación de apertura formal proceso disciplinario, donde la demandada al hacer un recuento de las actuaciones judiciales desplegadas con ocasión del cese de actividades promovido por Acdac y su declaratoria de ilegalidad, adoso al trabajador los siguientes;

CARGOS:

1. Una vez revisado diverso material probatorio, tales como documentos, archivos, fotografías y videos publicados en los medios de comunicación masiva redes sociales y cualquier otro medio, de los cuales se realiza el correspondiente traslado y se anexan a esta citación, se pudo evidenciar que Usted presuntamente participó de manera activa, toda vez que promovió, orientó y lideró el cese ilegal de actividades adelantado por la organización sindical ACDAC entre los días 20 de septiembre y 12 de noviembre de 2017, el cual fue declarado y confirmado COMO ILEGAL por la Corte Suprema de Justicia.
2. Adicionalmente, nos permitimos informarle que la Compañía ha tenido conocimiento de presuntos incumplimientos a sus obligaciones laborales, toda vez que Usted no se presentó a sus asignaciones los días **20, 21, 22, 23, 25, 26, 29, 30 de septiembre; 08 de Noviembre de 2017** Lo anterior, sin tener autorización por parte de la Empresa y sin tener una justificación válida, causando un perjuicio en la operación de la Compañía.

Y como pruebas de las conductas endilgadas, presento;

PRUEBAS:

Con el fin de garantizar su derecho al debido proceso y el derecho a la defensa, la Compañía da traslado formal en físico y/o en medio electrónico o magnético de los siguientes documentos que obran como prueba dentro del proceso disciplinario:

1. UNA (01) FOTO PUBLICADA EN RED SOCIAL PÚBLICA INSTAGRAM EL DÍA 03 DE OCTUBRE DE 2017.
2. UNA (01) FOTO PUBLICADA EN RED SOCIAL PÚBLICA INSTAGRAM.
3. Pantallazos SIO (SISTEMA INTEGRADO DE OPERACIONES)
4. Sentencia de fecha 29 de noviembre de 2017, emitida por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.
5. Auto de fecha 07 de febrero de 2018, emitido por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Por lo que Hoyos Ochoa fue citado a audiencia especial para el día 08 de marzo de 2018.

Ahora, en lo que respecta al debido proceso, y el derecho de defensa del trabajador en este tipo de situaciones, se tiene que la Corte Suprema de Justicia en Sentencia SL 2351 del 8 de julio de 2020, con radicado N°53676 con ponencia del Magistrado Omar Ángel Mejía Amador, preciso lo siguiente;

"Lo anterior quiere decir que el empleador debe garantizar el derecho del trabajador a ser oído, sin que tal circunstancia implique adelantar algún procedimiento específico. Se trata entonces del derecho a la defensa, entendido como la oportunidad reconocida a toda persona, en cualquier proceso o actuación judicial o administrativa, de ser oída, de hacer valer las propias razones y argumentos, de controvertir, contradecir y objetar las pruebas allegadas en su contra, así como de solicitar la práctica y evaluación de las que se estiman favorables, incluyendo el ejercicio de los recursos que la ley otorga. Así también lo explicó la doctrina del precedente vertical en sentencia SL 2351 del 8 de julio de 2020 dentro del radicado N°53676 con ponencia del Magistrado Omar Ángel Mejía Amador, en la cual precisó:

"En otros términos, el derecho del trabajador a ser oído consiste en que él pueda dar su propia versión de los hechos que van a ser invocados por el empleador como justa causa. La oportunidad para el trabajador de dar su versión de lo sucedido en su caso, como una garantía al «derecho de defensa» y con el fin propiciar un diálogo entre empleador y trabajador previo a la decisión de despedir, se concreta dependiendo de las circunstancias fácticas que configuran la causal.

La citación a descargos no es la única forma de garantizar el derecho de defensa del trabajador. La garantía de este derecho de defensa se cumple también cuando el trabajador, de cualquier forma, tiene la oportunidad de hacer la exposición de su caso al empleador con el fin de asegurar que la decisión de terminación del contrato vaya precedida de un diálogo, es decir, no es de su esencia cumplir con una forma específica."

En cambio, el respeto al debido proceso es exigible cuando existe un proceso disciplinario previamente pactado dentro de la empresa para que el empleador haga uso de las justas causas del art. 62 del CST, y se cumple siguiendo dicho procedimiento. Cuando dentro de la empresa existe un proceso disciplinario debidamente pactado previamente, entonces este se ha de surtir para garantizar el debido proceso y, con el mismo procedimiento, se está brindando la oportunidad al trabajador de ser oído para que ejerza el derecho de defensa”.

De lo anterior, y como Avianca cuenta con ese procedimiento establecido en su convención, es claro que debe seguirlo con el correspondiente apego a efectos de tomar las decisiones del caso, que afecta la vinculación de sus trabajadores. De otra parte, la demandada alega que en consonancia con el art. 450¹ del CST, el que la habilitan para despedir a los trabajadores que participaron en la huelga, que procedió con el llamamiento del trabajador a descargos, por los hechos que datan del año 2017, y que corresponde a las ausencias a laborar los días 21, 22, 23, 25, 26, 29 y 30 de septiembre y 8 de noviembre de 2017.

¹ ARTICULO 450. CASOS DE ILEGALIDAD Y SANCIONES. <Artículo modificado por el artículo 65 de la Ley 50 de 1990. El nuevo texto es el siguiente:>

1. La suspensión colectiva del trabajo es ilegal en cualquiera de los siguientes casos:
 - a) Cuando se trate de un servicio público;
 - b) <Literal CONDICIONALMENTE exequible> Cuando persiga fines distintos de los profesionales o económicos;
 - c) Cuando no se haya cumplido previamente el procedimiento del arreglo directo;
 - d) Cuando no se haya sido declarada por la asamblea general de los trabajadores en los términos previstos en la presente ley;
 - e) Cuando se efectúe antes de los dos (2) días o después de diez (10) días hábiles a la declaratoria de huelga;
 - f) Cuando no se limite a la suspensión pacífica del trabajo, y
 - g) Cuando se promueva con el propósito de exigir a las autoridades la ejecución de algún acto reservado a la determinación de ellas.

2. Declarada la ilegalidad de una suspensión o paro del trabajo, el empleador queda en libertad de despedir por tal motivo a quienes hubieren intervenido o participado en él, y respecto a los trabajadores amparados por el fuero el despido no requerirá calificación judicial.

3. El Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, el Ministerio Público o el empleador afectado, podrán solicitar a la justicia laboral la suspensión o cancelación de la personería jurídica del sindicato, conforme al procedimiento señalado en el artículo 52 de esta ley.

4. Las sanciones a que se refiere el inciso anterior no excluyen la acción del empleador contra los responsables para la indemnización de los perjuicios que se le hayan causado.

Determinado esto, lo primero que se advierte en consonancia con el término que prevé la norma convencional, es que Avianca en atención al límite máximo de la temporalidad de las conductas endilgadas, contó hasta el 11 de octubre y 9 de noviembre de 2017 respectivamente, para llamar al trabajador a descargos ante la no posible comparecencia a las asignaciones de vuelos programadas para esas fechas, lo que no hizo, pues prefirió guardar silencio y esperar hasta el 16 de febrero de 2018, para citar al demandante para que el 02 de marzo de ese año rindiera los descargos del caso, conducta que para La Sala resulta reprochable, pues al margen de que para esa época se estuviese adelantando un cese de actividades que posteriormente fue declarado ilegal, lo cierto es que el llamamiento a descargos que prevé la convención no tiene condicionamientos adicionales a los 10 días contados desde que la demandada conoció de la falta endosada, la que claramente en este asunto no ocurrió el 16 de febrero de 2018, por tanto el hecho de que en el *sub examine* la llamada a juicio hubiese esperado la definición judicial de la ilegalidad de la huelga, para proceder a aplicar el art 450 del CST, es una decisión que no la habilita para desconocer los términos convencionales aplicables, máxime cuando se advierte que al demandante se le adelantó un primer proceso disciplinario para la misma época en que se desarrolló el conflicto colectivo, por la no presentación a sus asignaciones de trabajo (*entre el 02 y el 19 de octubre de 2017*), tal como se evidencia del archivo pdf 4 del cd que milita a folio 52, oportunidad en la que el capitán Hoyos Ochoa le fue suspendido el contrato de trabajo por 3 días hábiles.

En consecuencia, así como Avianca pudo llamar a descargos al trabajador demandante oportunamente en el primer disciplinario, también debió haberlo hecho para los cargos que ahora se estudian, por lo que esa variación en su comportamiento, lejos de demostrar el apego y respeto de las normas convencionales y legales, lo que evidencia es un ánimo falaz ante el inoportuno ejercicio de su facultad disciplinaria.

Por esta razón, resulta claro para La Sala que la demandada no cumplió con su obligación de adelantar el trámite disciplinario tal como lo prevé la CCT, lo que de contera trae la violación del debido proceso alegado por la parte actora en el trámite para su desvinculación laboral, sin que en nada tenga que ver si el actor hubiese acreditado en este proceso la protección especial que deviene del fuero sindical o

de la estabilidad laboral reforzada, pues estos dos puntos ni siquiera fueron objeto de pronunciamiento en el proceso.

De otra parte, es de precisar que, si en gracia de discusión fuese procedente entrar a verificar la ocurrencia de la conducta endilgada, se tiene del material probatorio que la demandada para probar que el trabajador conocía la asignación de vuelos reprochada (*en septiembre y noviembre de 2017*), solo apporto imágenes de las impresiones del sistema integrado de operaciones, de las que en efecto no se puede extraer mayor información a lo que allí se registra, por lo que se colige que le asiste razón a la juez al colegir que en el asunto no obra prueba de la que se pueda inferir que el demandante estaba enterado de la información registrada en esas imágenes².

2

HOYOS OCHOA LUIS MIGUEL – 71774184

Tripulante: HOYOS OCHOA LUIS MIGUEL - 71774184

F.Inicial: 09/20/2017

Categoría:

Base:

Equipo:

F.Final: 10/20/2017

Consultar

TRIPULANTES						
CEDULA	NICKNAME	NOMBRE TRIPULANTE	FECHA DE INGRESO	FECHA DE NACIMIENTO	COD COMPANIA	COD CATE
71774184	LHOYOS	HOYOS OCHOA LUIS MIGUEL	11/19/2005	02/10/1977	AV	CAP

EneFebMarAbrMayJunJulAgoSepOctNovDicTotal

Horas Mes: 41:4921:5563:44

Rutas Voladas En 325

ULTIMA FECH	DESTINO
05/20/2013	EJA
05/27/2013	CCS
07/08/2013	NVA
07/20/2013	CUN
08/17/2013	SJO
09/15/2013	VLN
09/20/2013	AUA
09/27/2013	HAV
05/02/2014	RCH
12/11/2015	ADZ
01/01/2016	CUR
01/03/2016	PTY
01/09/2016	DRL
02/27/2016	LET
03/28/2016	MIA
08/10/2017	MTR

ASIGNACIONES

Fecha	Cod tipo vuelo	vuelo	origen	cedula	cod tipo servicio	cod estad
09/20/2017			MDE	71774184		
09/20/2017			MDE	71774184		NPRE
09/21/2017			MDE	71774184		NPRE
09/22/2017			MDE	71774184		NPRE
09/23/2017			MDE	71774184		NPRE
09/25/2017			MDE	71774184		NPRE
09/26/2017			MDE	71774184		NPRE
09/27/2017			MDE	71774184		L
09/28/2017			MDE	71774184		L
09/29/2017			MDE	71774184		NPRE
09/30/2017			MDE	71774184		NPRE
10/03/2017			MDE	71774184		NPRE
10/04/2017			MDE	71774184		L
10/05/2017			MDE	71774184		L
10/07/2017			MDE	71774184		NPRE
10/08/2017			MDE	71774184		NPRE

Tripulante: HOYOS OCHOA LUIS MIGUEL - 71774184

F.Inicial: 10/08/2017

Categoría:

Base:

Equipo:

F.Final: 11/08/2017

Consultar

TRIPULANTES						
CEDULA	NICKNAME	NOMBRE TRIPULANTE	FECHA DE INGRESO	FECHA DE NACIMIENTO	COD COMPANIA	COD CATE
71774184	LHOYOS	HOYOS OCHOA LUIS MIGUEL	11/19/2005	02/10/1977	AV	CAP

Finalmente, en cuanto al derecho a la participación en la huelga y los alcances del art. 450 del CST numeral 2, La Sala considera oportuno traer a colación la Sentencia SL 1947 de 2021, en la que la Corte Suprema de Justicia, preciso;

*En este caso, considera la Sala que es posible interpretar el **numeral 2.º del artículo 450 del Código Sustantivo del Trabajo** de una manera que **no riña con el derecho fundamental de huelga** y el principio de no ser discriminado o sufrir perjuicios por actividades sindicales (art. 1.º Convenio 98). Y con este fin conviene tener presente que lo que han cuestionado los órganos de control de la OIT es que la sola organización y/o participación en una huelga, así esta sea declarada ilegal, pueda ser causal de despido.*

*De manera consistente con lo observado por la Comisión de Expertos, el Comité de Libertad Sindical, **en casos en los que una huelga ha sido declarada ilegal**⁵, ha sostenido el criterio según el cual «**cuando se despide a sindicalistas o dirigentes sindicales por hechos de huelga**, el Comité no puede sino llegar a la conclusión de que se les está perjudicando por su acción sindical y de que están sufriendo discriminación sindical». De igual modo, en otros eventos, el citado órgano ha dicho que «El desarrollo armonioso de las relaciones laborales podría peligrar si se aplican con actitud inflexible sanciones excesivamente severas a los trabajadores por motivo de huelga o si son automáticas las consecuencias de estas sanciones para la carrera de los trabajadores interesados»⁶ y que «El recurso a medidas extremadamente graves como el despido de trabajadores por haber participado en una huelga y rehusar su reingreso, implican graves riesgos de abuso y constituyen una violación de la libertad sindical»⁷.*

En efecto, el derecho fundamental de huelga se lesiona no solo cuando se prohíbe de manera directa; también, cuando las consecuencias de la ejecución de una huelga son tan desproporcionadas para los trabajadores (despidos, sanciones penales) y sus organizaciones (cancelación de la personería, indemnización de perjuicios) que en la práctica ejercerla es un riesgo en sí mismo.

Así, debe entenderse que el solo hecho de que un trabajador participe en una huelga, en los términos expuestos por la Corte, ello no trae consigo consecuencias automáticas, pues se deberá analizar las circunstancias de cada caso, entendiéndose que las consecuencias de la participación en un cese de actividades, deben estar proporcionales a las cargas que pueden soportar las partes en conflicto.

En cuanto a la otra causal, pese a que ya quedo establecido que la demandada quebrantó el debido proceso que determina la CCT, es importante señalar que sobre tal punto tampoco se desplegó mayor actividad probatoria, de una parte la llamada

a juicio aporta informe final de Dirección de Gestión Pilotos Col, del 09 de febrero de 2018, en el que se indica que mediante material fotográfico, imágenes y videos publicados se evidenció que el capitán Hoyos Ochoa participo de manera activa en el cese ilegal de actividades, declarado así judicialmente, y como pruebas se habla de "1. UNA (01) FOTO PUBLICADA EN RED SOCIAL PÚBLICA INSTAGRAM EL DÍA 03 DE OCTUBRE DE 2017. 2. UNA (01) FOTO PUBLICADA EN RED SOCIAL PUBLICA INSTAGRAM. 3. Pantallazos SIO (SISTEMA INTEGRADO DE OPERACIONES)", adicionalmente, en éste documento se afirma que los ausentismos presentados por el demandante los días 21, 22, 23, 25, 26, 29 y 30 de septiembre y 8 de noviembre de 2017, le generaron perjuicios operativos a la empresa, como lo son reprogramaciones, retrasos y cancelaciones de vuelos, más perjuicios económicos y administrativos, ya que la empresa tuvo que reembolsar el valor de tiquetes y reasignación de vuelos.

En este punto, y de lo dicho por el demandante en la diligencia de descargos, se tiene que éste aceptó su participación en la huelga de forma pasiva aclarando que no tomo ningún liderazgo. Dijo que la no atención de las asignaciones y la participación activa en el cese de actividades fue una directriz de la junta directiva de Acdac, que supo que el cese generó afectaciones en la operación de la empresa, en cuanto a las asignaciones de los días de septiembre y noviembre de 2017 manifestó que conocía de la programación diaria, y que dejo de presentarse a las asignaciones por participar en el huelga porque no sabía que esta se declararía ilegal por parte de la Corte Suprema de Justicia.

Adicionalmente, a lo anterior La Sala no puede pasar por desapercibido que fáctica y jurídicamente en caso de huelga en principio considerada legal, hasta que la justicia declare su ilegalidad, esta se encuentra amparada por el sistema normativo, en el cual se establece como funciones de las autoridades en el numeral 2 del art. 448 del CST que deben garantizar el ejercicio de este derecho y no pueden autorizar ni patrocinar el ingreso al trabajo de grupos minoritarios de trabajadores, así estos manifiesten su deseo de hacerlo. De donde se deduce a renglón seguido en el art. 449 *ibídem* los efectos jurídicos de la huelga, al establecer que la huelga suspende los contratos de trabajo mientras dure, lo que conduce a su vez al contenido del art. 53 de la misma pieza jurídica, la que consagra como uno de los efectos de la suspensión del contrato de trabajo que el trabajador "no presta el servicio" mientras

de la suspensión del contrato de trabajo y el empleador no paga los salarios durante el tiempo de la suspensión.

En ese orden de ideas, para esos días de huelga (*aún no declarada ilegal*), el prestador del servicio, no estaba obligado a prestar el servicio. Tesis que acompasa con la doctrina del precedente vertical emanada del máximo órgano de la jurisdicción laboral (*SL 1947 – 2021*), quien en estos casos ha precisado;

"Desde este punto de vista, la circunstancia de que un órgano de control de la OIT, en este caso, la Comisión de Expertos, advierta una incompatibilidad entre un precepto legal y un convenio fundamental, lo que equivale a una tensión entre una norma de rango legal y la propia Constitución, debería tomarse en serio y como un argumento lo suficientemente persuasivo en el análisis jurisdiccional. Cuando esto ocurre, el juez está en el deber de dejar a un lado el precepto legal incompatible con la Constitución y aplicar esta directamente (art. 4 CP), o cuando la regla legal abra espacios para diversas interpretaciones, seleccionar aquella que mejor desarrolla los contenidos constitucionales.

*En este caso, considera la Sala que es posible interpretar el numeral 2.º del artículo 450 del Código Sustantivo del Trabajo de una manera que no riña con el derecho fundamental de huelga y el principio de no ser discriminado o sufrir perjuicios por actividades sindicales (art. 1.º Convenio 98). Y con este fin conviene tener presente que lo que han cuestionado los órganos de control de la OIT es que la sola organización y/o participación en una huelga, **así esta sea declarada ilegal, pueda ser causal de despido.***

(...)

En efecto, el derecho fundamental de huelga se lesiona no solo cuando se prohíbe de manera directa; también, cuando las consecuencias de la ejecución de una huelga son tan desproporcionadas para los trabajadores (despidos, sanciones penales) y sus organizaciones (cancelación de la personería, indemnización de perjuicios) que en la práctica ejercerla es un riesgo en sí mismo. En el contexto colombiano, en el que existe una regulación preconstitucional del derecho de huelga que entra, en no pocos casos, en tensión con los estándares internacionales de derechos humanos, sumado a una cultura arraigada que percibe el conflicto como una patología de las relaciones laborales, una excesiva litigiosidad de lo colectivo y unos complejos debates judiciales interpretativos producto de las dudas que deja el marco normativo, la práctica de este derecho puede derivar en resultados indeseados para los trabajadores y sus organizaciones, incluso en escenarios en los que se ejerce con la convicción de actuar conforme a derecho.

(...)

*De acuerdo con lo expuesto, **la Corte considera que el artículo 450, numeral 2.º del Código Sustantivo del Trabajo debe ser interpretado bajo el entendido que el solo hecho de haber organizado y/o participado en una huelga ilegal no es causa suficiente de despido. Por tanto, es necesario un examen de la conducta del trabajador **con el propósito de constatar si durante la misma incurrió en actos indebidos, extralimitaciones o desviaciones no protegidas por el orden jurídico, como podrían ser los actos delictivos, violencia física, sabotaje, destrucción de archivos y documentos, develación de información confidencial, acciones prohibidas que ponen en riesgo la vida o seguridad de las personas**, entre otras conductas que deberán sopesarse según su gravedad.***

Estas últimas conductas que describe la jurisprudencia no fueron adosadas probatoriamente al expediente quedando huérfano el informativo de la carga de la prueba de indudablemente correspondía a la parte demandada en los términos del art. 167 del CGP.

Conforme lo anterior La Sala no puede llegar a conclusión diferente a la que arribo el juzgado de instancia, por lo que se **confirma** la sentencia apelada.

COSTAS

Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de la recurrente. Fíjese el valor de dos millones de pesos M/te (\$2.000.000) como agencias en derecho.

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO. - CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Bogotá el día 27 de enero de 2022, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.

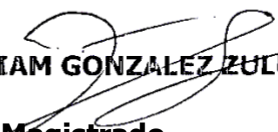
SEGUNDO. – COSTAS. Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de la demandada. Fíjese el valor de dos millones de pesos M/te (\$2.000.000) como agencias en derecho.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



RODRIGO AVALOS OSPINA

Magistrado



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA

Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Magistrado



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

Magistrado Ponente: **RODRIGO ÁVALOS OSPINA.**

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR MATILDE MARÍA DAZA DE OROZCO contra CIVILIA S.A. y ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES. Radicación No. 11001-31-05-025-**2019-00610**-01.

Bogotá D.C., treinta (30) de abril dos mil veinticuatro (2024), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente;

SENTENCIA

La demandante MATILDE MARÍA DAZA DE OROZCO, por intermedio de apoderado judicial, instauró demanda ordinaria laboral en contra de las demandadas antes referidas para que se declare la existencia de un contrato de trabajo con CIVILIA S.A. entre el 17 de enero de 1991 y el 3 de septiembre de 1993; que durante la ejecución de la relación laboral el empleador omitió realizar las cotizaciones al sistema general de seguridad social en pensión de los siguientes periodos: i) del 17 de enero de 1991 al 27 de febrero de 1991 y ii) del 1 de septiembre de 1991 al 3 de septiembre 1993. Como consecuencia de lo anterior solicita que se condene a la demandada CIVILIA S.A. a pagar a COLPENSIONES el cálculo actuarial por el periodo comprendido entre el 17 de enero de 1991 al 27 de febrero de 1991 y los aportes en mora por el periodo comprendido entre el 1 de septiembre de 1991 al 3 de septiembre 1993; y que, una vez cumplido con esto, se condene a COLPENSIONES a incluir la información correspondiente en la historia laboral.

En respaldo de sus pretensiones manifiesta que estuvo vinculada laboralmente con la demandada CIVILIA S.A. dentro de los extremos antes referidos; que el total de semanas trabajadas con dicha compañía asciende a la suma de 136,57, sin embargo, en el reporte de historia laboral emitido por COLPENSIONES el 27 de marzo de 2018 solo se reportan 26,29 semanas que corresponden al periodo comprendido entre el 28 de febrero de 1991 y el 30 de agosto del mismo año. Señaló que ante la inconsistencia presentada, le solicitó al empleador demandado que certificara el tiempo de duración de la relación laboral, los salarios devengaos y el número patronal de la empresa por el cual fue afiliada a pensiones; que mediante oficio del 23 de mayo de 2018, la demandada CIVILIA S.A. contestó la petición confirmando que la relación laboral existió entre el 17 de enero de 1991 y el 3 de septiembre de 1993, de igual manera, le informó el número patronal bajo el cual fue afiliada, el salario inicial y el salario final reportados.

Afirma también que en oficio del 17 de agosto de 2018 le manifestó al empleador el deber que le asiste de realizar el pago de aportes por todo el tiempo trabajado; que mediante respuesta del 17 de octubre de 2018, el empleador le reiteró que había cumplido con su obligación de afiliación y de pago de los aportes a seguridad social en pensión durante toda la relación laboral; indica que presentó un formulario para la corrección de la historia laboral ante COLPENSIONES y que en respuesta del 6 de febrero de 2019 esta entidad le manifestó que únicamente contaba con los aportes realizados por parte de CIVILIA S.A. en el periodo comprendido entre el 28 de febrero de 1991 y el 30 de agosto del mismo año. Por último, refiere que el periodo de cotización que el empleador no realizó representa un total de 110,28 semanas que resulta indispensable para alcanzar el derecho a la pensión de vejez.

Actuación procesal

El Juzgado Veinticinco Laboral del Circuito de Bogotá admitió la demanda en auto del 16 de septiembre de 2019, y ordenó la notificación de las demandadas, así como de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Cumplido lo anterior, la demandada CIVILIA S.A. contestó la demanda como se puede ver en el archivo “06ContestacionCivilia”; a su vez, la demandada COLPENSIONES contestó la demanda como se puede ver en el archivo “08ContestacionColpensiones”.

Sentencia de primera instancia

El juzgado Veinticinco Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia proferida el 7 de marzo de 2022 declaró la existencia de una relación laboral entre MATILDE MARÍA DAZA DE OROZCO y CIVILIA S.A. que inició el 17 de enero de 1991 y finalizó el 3 de septiembre de 1993; absolvió a CIVILIA de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra e instó a COLPENSIONES a actualizar la historia laboral de la demandante sin dilaciones por el periodo comprendido entre septiembre de 1991 y septiembre de 1993 de acuerdo al salario devengado; no condenó en costas de primera instancia.

En lo que interesa para resolver el punto materia de apelación el juez discurrió en los siguientes aspectos: en primer lugar, indicó que no existía discusión entre las partes sobre la existencia y los extremos de la relación laboral, pues así fue reconocido por CIVILIA S.A. al contestar la demanda. Superado lo anterior, se refirió a la omisión de los aportes a seguridad social en pensión; en este punto indicó que la demandada acreditó haber realizado el pago de los aportes a pensión durante la existencia de la relación laboral motivo por el cual concluyó que no debía ser condenada dentro de este proceso.

Sin perjuicio de lo anterior, afirmó que ha sido COLPENSIONES quien no ha procedido a actualizar la historial laboral de la demandante con la información completa, circunstancia que lo llevó a “*instar a COLPENSIONES a actualizar la historia laboral de la demandante sin dilaciones conforme al periodo 1991-09 a 1993-09 conforme al salario que devengaba en ese entonces la demandante*”.

Recurso de Apelación

La apoderada de la **demandante** presentó recurso de apelación señalando que, pese a que se ha solicitado la actualización de la historia laboral, COLPENSIONES no lo ha realizado. Afirma que en la historia laboral más reciente aún se advierte el faltante de los dos periodos solicitados en la demanda, esto es del 17 de enero de 1991 al 27 de febrero de 1991 y del 1 de septiembre de 1991 al 3 de septiembre de 1993; por este motivo solicita que se modifique la sentencia de primera instancia para que la empresa demandada proceda a realizar el pago de los periodos adeudados y para que COLPENSIONES actualice la historial laboral de la demandante.

Alegatos ante este Tribunal (Ley 2213 de 2022).

Dentro de la oportunidad respectiva concurrió únicamente la apoderada de la demandante y presentó los alegatos de conclusión, la parte demandada guardó silencio.

CONSIDERACIONES

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

Así las cosas, se tiene que los problemas jurídicos por resolver consisten en i) dilucidar si el empleador cumplió con la obligación de realizar los aportes al Sistema General de Seguridad Social en pensión por los periodos solicitados en la demanda, esto es del 17 de enero al 27 de febrero de 1991 y del 1 de septiembre de 1991 al 3 de septiembre de 1993; y ii) establecer si es procedente condenar a COLPENSIONES a la actualización de la historia laboral de la demandante en los términos solicitados en la demanda.

Sea preciso advertir, en lo que interesa a la resolución del recurso, que se encuentra probado dentro del expediente y por tanto no es materia de discusión que entre la demandante y CIVILIA S.A. existió un contrato de trabajo entre el 17 de enero de 1991 y el 3 de septiembre de 1993, así lo reconoció el empleador al contestar la demanda y lo ratifica la respuesta de fecha 23 de mayo de 2018 a través de la cual el director administrativo de CIVILIA S.A. reconoció esta circunstancia.

De la obligación de afiliación y de realizar aportes

Aclarado lo anterior, pasa la Sala a determinar si la demandada CIVILIA S.A. cumplió con la obligación de afiliar a la demandante al sistema general de seguridad social en pensiones, así como realizar los correspondientes aportes a su favor. Para tal efecto, debe tenerse en cuenta que de conformidad con lo dispuesto en el numeral 1º del artículo 15 de la Ley 100 de 1993 todas las personas vinculadas mediante contrato de trabajo o como servidores públicos serán afiliadas al sistema general de pensiones. A su vez el artículo 17 ibidem establece que durante la vigencia de la relación laboral y del contrato de prestación de servicios, deberán efectuarse cotizaciones obligatorias a los regímenes del sistema general de pensiones por parte de los afiliados, los empleadores y contratistas con base en el salario o ingresos por prestación de servicios que aquellos devenguen.

En ese sentido y atendiendo las particularidades que se ponen de presente en el escrito de la demanda, esto es que el empleador omitió realizar la afiliación de la trabajadora durante un periodo (17 de enero de 1991 al 27 de febrero de 1991) e incurrió en mora durante otro (1 septiembre 1991 al 3 de septiembre 1993), la Sala abordará la resolución de ese punto analizando las pruebas del proceso para establecer lo sucedido en cada periodo, pues se trata de una cuestión eminentemente probatoria y fáctica. Sobre este tópico, obra en el expediente el aviso de entrada de la trabajadora a la empresa CIVILIA LTDA presentado ante el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES el 28 de febrero 1991 de conformidad con el sello de recibido que se plasmó en dicho documento, y en el cual se indicó que la fecha de ingreso de la trabajadora fue el 17 de enero de 1991. Obra también una solicitud de fecha 22 de octubre de 2019 presentada por el empleador ante COLPENSIONES, y en la cual solicitó la corrección e inclusión de pagos de los ciclos “1991-09 al 1993-09” anexando como prueba a dicha solicitud, entre otros, la relación de pagos de trabajadores realizadas al ISS desde el mes de agosto de 1991 hasta el mes de octubre de 1993.

Además de lo anterior, obran varias respuestas de COLPENSIONES frente a las solicitudes de corrección de historia laboral presentadas por la demandante en las que indicó que los únicos periodos en los que se evidencian pagos por parte de CIVILIA LTDA son aquellos que se reportan en la historial laboral, esto es del 28 de febrero de 1991 al 30 de agosto de 1991; de igual manera aportó la historia laboral de la demandante en la que relaciona dicha información. Con base en las anteriores pruebas el a quo concluyó que la demandada CIVILIA LTDA había cumplido con su carga de afiliar y cotizar los aportes a pensión en favor de la demandante ante el ISS hoy COLPENSIONES; posición de la que se debe apartar esta Sala pues un análisis detallado de las pruebas aportadas al expediente conduce a adoptar una decisión diferente por las razones que se exponen a continuación.

En primer lugar, con relación al periodo comprendido entre el 17 de enero de 1991 y el 27 de febrero del mismo año, encuentra la Sala que el a quo pasó por alto la confesión que la demandada CIVILIA S.A. realizó a través de su apoderado en los términos del artículo 193 del CGP al contestar la demanda; de esta manera, frente al hecho tercero el empleador manifestó: *“aclaro que mi poderdante efectuó los aportes para pensión al ISS desde febrero 28 de 1991 hasta la finalización de la relación de trabajo en septiembre 3 de 1093 (sic)…”*; así mismo, frente al hecho décimo quinto indicó lo siguiente: *“en el formulario de afiliación incluimos como fecha de inicio de afiliación 17-01-1991, por lo cual quien registró mal la fecha de afiliación, para todos los efectos, fue el ISS, incluida la facturación respectiva; aunque es cierto que por el lapso comprendido entre 17-01-1991 y 28-02-1991 ni el ISS nos facturó los correspondientes aportes, ni nosotros loe (sic) efectuamos”*.

A través de estas manifestaciones, la demandada CIVILIA S.A. está reconociendo que, por el primer periodo reclamado por la demandante, esto es entre el 17 de enero de 1991 al 27 de febrero de 1991, la administradora de pensiones no registró la afiliación ni realizó facturación alguna, motivo por el cual los aportes se realizaron a partir del 28 de febrero de 1991, información que concuerda con lo reportado en las historias laborales de la demandante que se allegaron al expediente; luego entonces, se equivocó el a quo al considerar que este periodo había sido pagado por el empleador, quien además de haber manifestado expresamente que no realizó las cotizaciones por ese periodo, tampoco aportó prueba alguna que respaldara la conclusión a la que llegó el juzgador de primera instancia. En ese sentido, la Sala evidencia que, aunque el empleador reportó en el formulario de inscripción que la fecha de inicio de

labores correspondía al 17 de enero de 1991, COLPENSIONES perfeccionó la afiliación el 28 de febrero de 1991, situación de la que era consciente el empleador y aun así no desplegó ninguna acción para remediarla, tanto así que reconoce que por el primer periodo reclamado no se realizó ningún tipo de facturación ni pago por concepto de aportes a pensión.

Ahora bien, con relación al segundo periodo, esto es el que transcurrió entre el 1 de septiembre de 1991 y el 3 de septiembre de 1993 debe señalarse que si bien el empleador aportó diferentes cuentas de cobro realizadas por el ISS hoy COLPENSIONES sobre los aportes a pensión de los trabajadores de la empresa desde agosto de 1991 hasta noviembre de 1993, debe señalarse que, contrario a la conclusión adoptada por el a quo, estas documentales no permiten afirmar, más allá de toda duda razonable que el empleador pagó los aportes en favor de la trabajadora durante toda la relación laboral, pues dichas cuentas de cobro corresponden a los pagos de aportes de la totalidad de los trabajadores de la empresa durante cada mes, sin especificar cuáles son los trabajadores frente a los cuales se realizaba la factura por parte de COLPENSIONES y el posterior pago por parte del empleador.

Nótese incluso que el empleador aportó una tabla en la que relacionó cada una de las cuentas de cobro, la fecha de pago y el número de trabajadores a los que correspondía, evidenciándose que el número de trabajadores variaba cada mes, a modo de ejemplo durante los meses que la demandante reclama en el segundo periodo, se advierte que en septiembre de 1991 la factura aportada correspondía a 161 trabajadores, los cuales no están identificados; la factura de octubre de 1991 corresponde al aporte de 149 trabajadores; la factura de diciembre del mismo año corresponde al pago de aportes de 143 trabajadores, y así continúa la relación en cada uno de los comprobantes de pago aportados. De suerte que, aunque se encuentra acreditado en el expediente que el empleador sí realizó pagos por concepto de aportes a pensión de sus trabajadores, no es dable afirmar que dentro del grupo de trabajadores se encontraba incluida la demandante pues no existe prueba en tal sentido, y no puede afirmarse lo contrario pues precisamente COLPENSIONES y la demandante afirman que los pagos no se hicieron, luego entonces la carga de acreditar que sí fueron hechos era del empleador, y para ello se requiere prueba sólida y firme, lo que no ocurrió.

En ese sentido, debe recordarse que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha explicado que para convalidar los ciclos en los que no se efectuó pago de las cotizaciones, resulta esencial acreditar la existencia de un vínculo laboral, como se probó en este asunto, ello, por cuanto para los trabajadores dependientes afiliados, los aportes se generan a partir de la efectiva prestación del servicio, con independencia de que se presente mora del empleador en su pago (CSJ SL200 de 2021 y SL3060 de 2024). Aunado a lo anterior, debe tenerse en cuenta que en el presente asunto sí existió afiliación de la demandante por el empleador, pues el empleador presentó el formulario que radicó ante el ISS hoy COLPENSIONES en su momento, en el cual registró la fecha real en que inició el contrato de trabajo, por tanto, esta es una circunstancia relevante que se tendrá en cuenta para la condena. También se debe recordar que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha indicado que las semanas en mora, cuando el empleador incumple con su obligación de cotizar al sistema general de pensiones y la entidad de ejecutar las acciones de cobro, deben contabilizarse a favor del asegurado en concordancia con lo establecido en los artículos 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el 9º de la Ley 797 de 2003 y el Decreto 1887 de 1994 (CSJ SL300 de 2020 y SL3060 de 2024); criterio que se acompasa con lo previsto en el literal l) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en armonía con los artículos 17 y 22 de la misma disposición.

Por consiguiente, surge diáfano el error jurídico del juzgado, y ello conduce a que deba revocarse parcialmente la sentencia impugnada en el sentido de condenar a CIVILIA S.A. al pago de los aportes junto con los intereses moratorios por los periodos no cotizados por los siguientes periodos: del 17 de enero de 1991 al 27 de febrero de 1991 y del 1 septiembre de 1991 al 3 de septiembre de 1993. Para cumplir con esto, se tendrá como IBC los siguientes: para el periodo del 17 de enero de 1991 al 27 de febrero de 1991 la suma de \$150.000 por ser el valor reportado en el formulario de afiliación; con relación al periodo comprendido entre el 1 septiembre de 1991 al 3 de septiembre de 1993 debe señalarse que en la respuesta del empleador de fecha 23 de mayo de 2018 indicó que el salario inicial de la actora fue de \$150.000 y el salario final fue de \$260.000; y como quiera que no se indicó el momento exacto en el que se realizó la modificación del salario entre dicho periodo, se puede llegar a la conclusión de que por lo menos durante el último mes, la demandante devengó la suma de \$260.000, siendo ello así, el IBC para el periodo comprendido entre el 1 septiembre de 1991 y el 31 de julio de 1993 sería de \$150.000 y del 1 de agosto de 1993 al 3 de septiembre del mismo año el IBC será de \$260.000.

De esta manera, se concederá al demandado un término de 5 días contados desde la ejecutoria de la sentencia para que eleve la solicitud de liquidación de los aportes omitidos a COLPENSIONES y 30 días para pagar el monto que allí arroje, contados a partir de la notificación de la respectiva liquidación por parte de la administradora, y en el evento de que el accionado no cumpla con su obligación de solicitar la liquidación, tal diligencia deberá hacerla la demandante.

De la actualización de la historia laboral

Con relación al segundo problema jurídico, relacionado con la actualización de la historia laboral de la demandante por parte de COLPENSIONES, la Sala debe señalar que el sistema de seguridad social en pensión requiere para la causación de una pensión (vejez, invalidez o muerte) un tiempo prolongado de aportes; por ello, la historia laboral del afiliado y los documentos que soportan dichas cotizaciones son por excelencia las herramientas que determinan el reconocimiento y pago de la prestación.

En consecuencia, se ha resaltado la importancia y la responsabilidad que tienen las administradoras, de cualquiera de los regímenes pensionales, sobre el manejo de la información de reporte de semanas de cotización de sus afiliados; porque además de ser un instrumento para evaluar el otorgamiento de las prestaciones, involucra la afectación de derechos fundamentales cuando los datos que refleja son confusos, inexactos o incompletos. De allí que las entidades administradoras encargadas del reconocimiento de las prestaciones económicas del sistema general de pensiones tienen la responsabilidad de gestionar la información que consignan en las historias laborales, incluyendo datos que facilitan la identificación e individualización del trabajador y que permiten conocer el monto de sus ingresos y el tipo de actividad de la que estos se derivan.

En esa medida, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha señalado que en materia pensional *“no es posible trasladarle a los afiliados las consecuencias negativas a los defectos que puedan derivarse de la infracción de ese deber [organizar y sistematizar los datos de los afiliados]. En ese sentido, los efectos de los errores operacionales en la administración de las historias laborales deben ser, por el contrario, asumidos por la entidad administradora, que cuenta con los medios y la infraestructura para gestionar los datos de las cotizaciones y sus soportes, para evitar su pérdida o deterioro e impedir que el afiliado*

sufra los efectos negativos que puedan derivarse de cualquiera de esas circunstancias” (CC T-436 de 2017 reiterada en CSJ SL 3060 de 2023).

En el presente asunto, COLPENSIONES tenía pleno conocimiento de la fecha en que inició la relación laboral de las partes contendientes, porque así se registró correctamente en el formulario de afiliación de la demandante, y adicionalmente, contaba con las pruebas necesarias para saber que dicha relación se extendió hasta el 3 de septiembre de 1993, pues en la petición del 22 de octubre de 2019 el empleador puso de presente estas circunstancias y le solicitó actualizar la historia laboral, sin que se advierta que la administradora hubiera adelantado alguna gestión de cobro o comprobación de los periodos faltantes.

Por lo anterior, COLPENSIONES deberá actualizar la historia laboral de la demandante una vez que el empleador haya realizado el pago de los periodos no cotizados; sin perjuicio de que en el evento en que la demandante adelante alguna solicitud de reconocimiento pensional sin que el trabajador hubiere realizado el pago correspondiente, deberá tener en cuenta también las semanas de los periodos faltantes para el estudio de la prestación (del 17 de enero de 1991 al 27 de febrero de 1991 y del 1 de septiembre de 1991 al 3 de septiembre de 1993); así lo ha reconocido la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en este tipo de casos, entre otras en la sentencia SL 1913 de 2022 en la que indicó *“sobre este asunto la Corporación ha establecido en múltiples ocasiones que las semanas reportadas en mora, cuando un empleador incumple con su obligación de cotizar y la entidad de seguridad social de ejecutar las acciones de cobro, deben contabilizarse a favor del trabajador, toda vez que el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el 9 de la Ley 797 de 2003, disponen que ese tiempo de servicios debe convalidarse”* (CSJ SL300-2020, CSJ SL181-2018, CSJ SL553-2018 y CSJ SL18906-2017); en el mismo sentido en la sentencia SL 196 de 2024 la Corte precisó: *“las consecuencias del reconocimiento pensional las debe asumir la administradora de dichos recursos, en el evento en el que no demuestre las acciones de cobro”*.

Así quedan resueltos todos los puntos del recurso interpuesto.

COSTAS

Costas en esta instancia a cargo de la demanda CIVILIA S.A., se fija como agencias en derecho la suma de \$2.000.000.

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR PARCIALMENTE la sentencia proferida por el Juzgado Veinticinco Laboral del Circuito de Bogotá el 7 de marzo de 2022 dentro del proceso promovido por MATILDE MARÍA DAZA DE OROZCO contra CIVILIA S.A. Y LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES en cuanto absolvió al empleador de todas y cada una de las pretensiones y en su lugar condenarlo al pago de los aportes a pensión junto con los intereses

moratorios en favor de la demandante por los siguientes periodos: del 17 de enero de 1991 al 27 de febrero de 1991 y del 1 de septiembre de 1991 al 3 de septiembre de 1993 los cuales deberán ser consignados a COLPENSIONES de conformidad con lo dispuesto en la parte considerativa

SEGUNDO: CONDENAR a COLPENSIONES a actualizar la historia laboral de la demandante una vez se realice el pago por parte del empleador de conformidad con lo dispuesto en la parte considerativa.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada.

CUARTO: Costas en esta instancia a cargo de la demandada CIVILIA S.A., se fija como agencias en derecho la suma de \$2.000.000.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



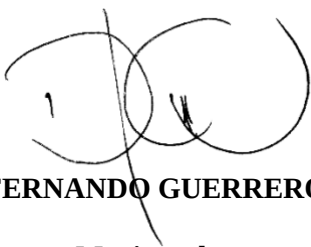
RODRIGO AVALOS OSPINA

Magistrado



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA

Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Magistrado



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

Magistrado Ponente: **RODRIGO ÁVALOS OSPINA.**

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR OMAR EDUARDO SUÁREZ GÓMEZ contra ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A., CO S.A.S. y PABLO TRUJILLO TEALDO. Radicación No. 11001-31-05-009-**2019-00255-01.**

Bogotá D.C., treinta (30) de abril dos mil veinticuatro (2024), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente;

SENTENCIA

El demandante OMAR EDUARDO SUÁREZ GÓMEZ, por intermedio de apoderado judicial, instauró demanda ordinaria laboral en contra de ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A., CO S.A.S. y PABLO TRUJILLO TEALDO para que se declare la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido desde el 26 de mayo de 2009 y el 22 de junio de 2017; que la terminación del contrato se dio por renuncia motivada presentada por el trabajador; que tuvo una asignación salarial mixta compuesta por un salario básico integral y un salario variable no integral el cual se calculaba con base en los denominados “*cuadros de compensación*”; que recibió comisiones por la facturación de negocios; que su asignación anual ascendía a la suma de \$350.000.000; que la liquidación final del contrato no incluyó las sumas que correspondían al salario variable no integral devengado por el demandante; que desde el 1 de enero de 2012 y hasta el 22 de junio de 2017 el empleador no pagó los aportes a seguridad social y caja de compensación con base en el salario realmente devengado; que las vacaciones y prestaciones sociales no se calcularon con base en el salario realmente devengado; que el empleador no pagó las comisiones causadas por los negocios cerrados; que tenía derecho a recibir un porcentaje de la “*cartera denominada en registro*” que para el 2016 ascendía a \$6.540.438.085 según los porcentajes establecidos en el cuadro de compensaciones; que la fórmula utilizada por el empleador para establecer el salario variable desmejoró sus condiciones laborales; que se declare que el salario variable constituía factor salarial.

Como consecuencia de las anteriores declaraciones, solicita que se condene a la demandada ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. y solidariamente a CO S.A.S. y PABLO TRUJILLO TEALDO al pago del componente del salario variable correspondiente al 22 de diciembre de 2016 y el 22 de junio de 2017; al componente variable que se facturó después de la renuncia del trabajador y que obedeció a negocios cerrados por el trabajador en su calidad de Gerente de la oficina de Calle 93; al componente variable de la cartera de comisiones en registro; la diferencia salarial que surge de lo pagado por concepto de vacaciones teniendo en consideración el salario realmente devengado; las primas semestrales, las cesantías y los intereses a las cesantías sobre el salario variable no integral; la sanción por el pago inoportuno de los intereses a las cesantías; la indemnización moratoria contemplada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 teniendo como base el salario devengado, incluyendo la porción fija y la variable; los aportes adicionales a pensión a la EPS y a la caja de compensación familiar; la indemnización moratoria contemplada en el artículo 65 del CST; la indexación de las condenas; el reembolso de los pagos realizados a la Universidad de la Sabana por concepto de estudios de maestría; las demás sumas *ultra y extra petita*; los intereses moratorios; las costas y agencias en derecho.

En respaldo de sus pretensiones el actor manifiesta que celebró un contrato de trabajo con la demandada ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. dentro de los extremos antes señalados; que desempeñó el cargo de Director comercial hasta el 31 de diciembre de 2011; que recibió como contraprestación por sus servicios un salario mínimo integral; que a partir del 1 de enero de 2012 fue nombrado como Gerente de la Oficina 93, cargo en el cual tendría el mismo salario básico integral y un salario variable que dependía de las ventas de la oficina a su cargo; refiere que las sumas que devengaba estaban relacionadas en un cuadro denominado “*control de compensaciones*”; que la forma de calcular las compensaciones fue modificada en diferentes oportunidades por el empleador desmejorando sus condiciones salariales; que para el año 2016 la cartera por recaudar de la oficina 93 era de \$6.540.438.085 lo que indica que la comisión que se debe al trabajador era de \$261.617.523 como quiera que obedece a negocios que ocurrieron antes de la desvinculación del demandante; que para el año 2017 la demandada le otorgó una adición salarial por \$100.000.000 que no ha sido pagada; que los pagos del componente variable se realizaba bajo la denominación de reembolso de gastos de representación; que en varias oportunidades las comisiones le fueron pagadas a través de un tercero denominado GESTION EN BPO S.A.S.

Continúa indicando que el empleador realizó el pago del segundo año de maestría en la Universidad de la Sabana por la suma de \$49.000.000, el cual no se cursó y los recursos fueron reintegrados al empleador pese a que dicho monto constituía factor salarial; que el empleador instauró una demanda ante la Superintendencia de Sociedades en contra del empleado (demandante) para que no realice actos de competencia; que durante los años de trabajo no disfrutó de la totalidad de días de vacaciones, quedando pendiente por disfrutar 45 días; que el empleador nunca liquidó las vacaciones con base en el salario realmente

devengado, tampoco los aportes al sistema de seguridad social, caja de compensación familiar y parafiscales considerando el componente variable del salario; que el 22 de junio de 2017 presentó renuncia al cargo que desempeñaba explicando los motivos que justificaban la misma; que el empleador depositó en el Banco Agrario las prestaciones liquidadas por la terminación del contrato indicando la imposibilidad de contactar al empleado; que el 25 de agosto de 2017 radicó derecho de petición ante el empleador con el fin de interrumpir la prescripción; que el 6 de septiembre de 2017, en atención al requerimiento y plazo límite del empleador, envió la camioneta Ford Edge a las oficinas de este con el objeto de hacer entrega del mismo; también refiere que el empleador ha ejercido una serie de actos tendientes a impedir que el demandante acceda nuevamente a un empleo en el sector fiduciario y financiero; por último indica que adelantó una diligencia de práctica de pruebas extraprocesales ante el Juzgado Segundo Civil Municipal en el que se practicaron varios testimonios.

Actuación procesal

El Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá admitió la demanda en auto del 15 de agosto de 2019, y ordenó la notificación de los demandados, Cumplido lo anterior, la demandada ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. contestó la demanda, respuesta que reposa a folio 319 del archivo “A6 folio 1001 a 1429 expediente digital”; de igual manera CO S.A.S. contestó a folio 20 del archivo “A7 folios 1430 a 1470 expediente digital”; y PABLO TRUJILLO TEALDO no contestó la demanda tal y como se indicó en auto del 18 de diciembre de 2020.

Sentencia de primera instancia

La juez de primera instancia, en sentencia proferida el 22 de noviembre de 2021 declaró probada parcialmente la excepción de prescripción propuesta por ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. y declaró probadas las excepciones de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido respecto de CO S.A.S. y Pablo Trujillo Tealdo; condenó a la demandada principal al pago de \$46.127.636 por concepto del 30% del factor prestacional; \$20.969.844 por reliquidación de vacaciones; \$13.333.333 por indemnización moratoria del artículo 65 del CST; la diferencia sobre los aportes a pensión; y la condenó en costas fijando como agencias en derecho la suma de \$5.000.000.

En lo que interesa para resolver los puntos materia de las apelaciones la jueza discurrió en los siguientes términos: señaló que se encontraba acreditado, no solo por lo manifestado por las partes en sus escritos de demanda y contestación de esta, sino con las pruebas allegadas al expediente que las partes pactaron como retribución del servicio prestado por el trabajador un salario integral. Con relación a los conceptos variables o comisiones que recibió el trabajador durante la relación laboral, luego de estudiar los mismos de acuerdo a lo estipulado

en el artículo 127 del CST, concluyó que debieron ser tenidas en cuenta como factor salarial. También analizó las denominadas comisiones en registro o cartera en registro solicitadas en la demanda, frente a las cuales indicó que no se aportó prueba alguna que permitiera establecer la forma de liquidación de este componente variable del salario, ni tampoco que existiera alguna fuente de obligaciones que le impusiera al empleador una manera determinada para la liquidación de dicho componente variable, por este motivo, indicó que el empleador era libre de fijar el valor y la forma de calcularlo siempre y cuando respetara el monto mínimo de salario integral pactado con el demandante, consideraciones que la llevaron a absolver a la demandada de este pedimento.

En lo concerniente a las vacaciones, indicó que las mismas debieron ser calculadas teniendo en cuenta el componente variable por las comisiones causadas por el trabajador, y procedió a realizar el cálculo de las mismas aplicando el fenómeno de la prescripción frente a los periodos que se encontraban afectados, estimando las mismas en \$20.969.844. La juez también se apoyó en sentencias de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia para señalar que era procedente la condena por concepto de factor prestacional correspondiente al 30% sobre el salario variable en un total de \$46.127.636; siguiendo ese mismo análisis condenó al empleador al pago de la diferencia de los aportes al sistema de seguridad social en pensión y lo absolvió de la indemnización por no consignación de las cesantías a un fondo teniendo en consideración la modalidad salarial pactada, pues al tratarse de un salario integral el empleador no tenía la obligación de consignar las cesantías a un fondo.

Con relación a la indemnización moratoria contemplada en el artículo 65 del CST, la a quo señaló que el empleador actuó de buena fe al entender que las comisiones se encontraban comprendidas en el salario integral, tanto así que el actor, quien tenía una posición jerárquica relevante dentro de la compañía, nunca realizó reclamación alguna sobre el particular; sin embargo, encontró injustificada la mora en el pago de la liquidación final de prestaciones sociales, la cual solo se realizó hasta el 2 de agosto de 2017, condenó a la demandada por este valor en la suma de \$13.333.333. Frente al reembolso de la matrícula semestral por estudios que el actor adelantaba en la Universidad de la Sabana, la a quo encontró que el pago de \$49.000.000 realizado por el empleador a la universidad no cumple con las condiciones para ser considerado salario pues no retribuye el servicio prestado y no pretendía enriquecer el patrimonio del demandante sino capacitarlo para mejorar el desempeño de sus funciones, de igual manera señaló que no se advierte que las sumas hayan sido cubiertas directamente por el trabajador, razón por la cual se absolvió de este pedimento.

Recursos de apelación

El apoderado del **demandante** presentó recurso de apelación, el cual, si bien no es muy claro, abarca los siguientes puntos: en primer lugar, señala que la decisión de la juez en relación con el salario integral resulta violatoria de las disposiciones del Código Sustantivo del

Trabajo correspondientes a la irrenunciabilidad de derechos laborales; además refiere que el pacto de salario integral debe constar por escrito, cosa que no ocurrió en este proceso. De igual manera, reprocha la decisión adoptada por la juez frente a la prescripción de los derechos laborales, pues considera que esta debe contabilizarse desde la fecha en que termina el contrato de trabajo y no como se contabilizó, es decir desde la fecha de causación de cada derecho.

En cuanto a la indemnización moratoria, indica que se desconoció que la demandada ha actuado de mala fe, refiriendo que en el expediente se acreditaron diferentes situaciones que conducen a esa conclusión; específicamente califica como un actuar de mala fe que el empleador afirme que las bonificaciones se pagaban por mera liberalidad sin connotación salarial; también que el empleador desconoció el valor de las certificaciones aportadas al expediente, las cuales fueron expedidas por el superior jerárquico de la directora de recursos humanos; en el mismo sentido cuando negó el perfil y las funciones comerciales ejecutadas por el trabajador y cuando solicitó la entrega de la camioneta que se le había entregado indicando que no se había pagado.

Por otro lado, indica que con relación a los pagos realizados a la Universidad de la Sabana, al revisar los cuadros o controles de compensación, allí aparece el pago deducido de las comisiones efectuadas al demandante, por lo tanto, es procedente el pago de este emolumento. Por último, refiere que los pagos a seguridad social, específicamente los relacionados con el pago de las cesantías a un fondo privado, se realizaron con base en un salario de \$10.000.000 de pesos y no se tuvo en cuenta los \$230.000.000 correspondientes a las comisiones, siendo estos pagos incongruentes con los pagos que realmente debió depositar el empleador en el fondo de cesantías.

La apoderada de la **demandada** SOCIEDAD ACCIÓN FIDUCIARIA circunscribe su inconformidad a que dentro del proceso se logró acreditar que no existe una política de comisiones que se aplicara al caso particular del demandante; para tal efecto, indica que el testimonio de la directora de recursos humanos resulta demostrativo al señalar que solamente 2 cargos de la compañía contaban con una política de comisiones, y ninguno de esos cargos era ocupado por el demandante; así mismo refiere que la actividad comercial del demandante también era realizada por otros trabajadores de la compañía, luego entonces, considera que no es posible reconocer el carácter salarial de las comisiones percibidas por el trabajador en función del resultado de trabajo o actividades grupales.

En lo relativo a la condena correspondiente al factor prestacional equivalente al 30% del salario variable, refirió que lo acostumbrado anualmente para calcular el salario integral era multiplicar el salario mínimo por 13, por lo tanto, señala que siempre se respetó el factor prestacional del demandante y que la condena de \$46.127.636 que realizó la a quo no tiene respaldo legal. Con relación a la condena por reliquidación de las vacaciones, sostiene que el

cálculo de la compensación en dinero se debe realizar con el último salario que devengue el trabajador, e indica que el monto calculado por la juez excede el valor al que realmente asciende esta pretensión. Por último, cuestiona la condena de la indemnización moratoria contemplada en el artículo 65 del CST, pues afirma que en el contrato de trabajo las partes pactaron que una vez terminado el mismo, el empleador contaba con un término de 30 días para proceder a realizar el pago de la liquidación sin que dicha circunstancia implicara mora ni diera lugar a la indemnización solicitada; por tanto considera que no se debió condenar a esta indemnización.

Alegatos ante este Tribunal (Ley 2213 de 2022).

Dentro de la oportunidad respectiva las partes presentaron alegatos, los que reposan en el expediente digital.

CONSIDERACIONES

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

Así las cosas, se tiene que los problemas jurídicos por resolver consisten en 1) determinar si la a quo se equivocó al señalar que entre las partes se estipuló como contraprestación de los servicios del trabajador un salario integral; 2) establecer si en el presente caso se configuró la prescripción de los derechos reclamados, en los términos declarados por el juzgado; 3) analizar si las comisiones pagadas por el empleador constituían factor salarial; de manera accesoria se estudiará si es procedente la condena de \$46.127.636 por concepto de factor prestacional equivalente al 30% de esas comisiones; 4) decidir si hay lugar a la indemnización moratoria contemplada en el artículo 65 del CST en los términos señalados por la a quo; 5) determinar si es procedente la restitución al demandante de las sumas pagadas a la Universidad de la Sabana por concepto de maestría; 6) determinar si se debe condenar al pago de aportes a seguridad social, en particular, como lo indica el demandante, al pago de la diferencia de cesantías de conformidad con el salario realmente devengado y, por último 7) constatar si la condena de \$20.969.844 por concepto de reliquidación de vacaciones corresponde al monto que el empleador debió pagar al trabajador por esta acreencia laboral.

Sea preciso advertir, en lo que interesa a la resolución de los recursos, que se encuentra probado dentro del expediente y por tanto no es materia de discusión que entre el demandante y la Sociedad Acción Fiduciaria existió un contrato de trabajo a término indefinido desde el 26 de mayo de 2009 hasta el 22 de junio de 2017; adicionalmente, debe considerarse que

tampoco es materia de controversia que el contrato de trabajo finalizó por renuncia voluntaria del trabajador pues así lo concluyó la a quo y ambas partes guardaron silencio al respecto.

Del Salario Integral

Se empieza entonces por resolver lo atinente a la estipulación de la a quo relacionada con el salario, pues encontró que el salario correspondía a uno integral; para llegar a esta conclusión la juez indicó que entre las partes no se presentó discusión sobre este aspecto pues tanto en los hechos de la demanda como en las pretensiones declarativas y la contestación de la demanda por parte de la Sociedad Acción Fiduciaria se indicó que el salario del demandante correspondía a uno integral. Sobre este primer aspecto, la Sala encuentra que ningún error cometió la a quo al llegar a tal conclusión pues en efecto, el propio demandante señala en los hechos 3 y 4 de la demanda que su salario correspondía al salario integral y agrega que a partir del año 2012 el salario estuvo también integrado por un componente variable; y sobre estos hechos la demandada mencionada reconoció que el salario pactado correspondía al integral, así lo refirió al contestar la demanda y se desprende de la certificación del 7 de noviembre de 2014 aportada por el demandante.

En el mismo sentido, en la pretensión cuarta declarativa de la demanda el demandante solicita que se declare que su asignación salarial se encontraba conformada por *“un salario básico integral y un salario variable NO integral”*; de manera que para la Sala se encuentra acreditado que las partes coincidían en este aspecto, y no encuentra sustento válido para llegar a una conclusión distinta, máxime si se considera que así fue solicitado por el propio demandante desde el inicio de la presente acción. Y es que conceder en esta instancia algo distinto a lo pedido en la demanda inicial excede las facultades de este Tribunal. Por lo anterior, no se modificará la decisión en este punto.

De la Prescripción

Pasa la Sala a estudiar el segundo problema jurídico planteado que consiste en establecer si en el presente asunto se configuró la prescripción de los derechos reclamados en los términos declarados por el juzgado, pues el apoderado de la parte actora afirma puntualmente que el término prescriptivo se debe contabilizar desde la fecha en que finaliza el vínculo laboral y no conforme a su causación (como lo hizo la a quo), en ese sentido, al haberse presentado la demanda dentro de los 3 años siguientes a la fecha de terminación del contrato de trabajo, no habría lugar a declarar la prescripción de los derechos reclamados. Siendo ello así, es necesario recordar que de conformidad con lo dispuesto en los artículos 488 del CST y 151 del CPTSS las acciones correspondientes a los derechos regulados en dichos códigos prescriben en un término de 3 años que se cuenta a partir de la fecha en la que la respectiva obligación se haya hecho exigible (entre otras, SL 2325 de 2023 y SL 510 de 2024).

Lo anterior quiere decir que los derechos en materia laboral deben ser reclamados dentro de los tres años siguientes a su causación, momento que no necesariamente coincide con la fecha de terminación del vínculo laboral, sino que puede ser anterior; por este motivo, para la Sala, la a quo no incurrió en ningún error al contabilizar el término prescriptivo teniendo en cuenta la fecha de causación de las acreencias que encontró probadas en el expediente pues no es cierto, como lo indica tajantemente el apoderado del demandante, que el término para interrumpir la prescripción empieza a correr desde la fecha en que termina el vínculo laboral; siendo necesario analizar la fecha de causación de cada derecho y así poder aplicar el fenómeno de la prescripción, tal y como se hizo en la sentencia de primera instancia. Por tanto, se confirmará la decisión en este aspecto.

De las Comisiones como Factor Salarial

Con relación a las comisiones que la juez de primera instancia declaró como factor salarial, la apoderada de la parte demandada reprocha el hecho de que en el expediente se acreditó que no existía una política de comisiones para el cargo que ocupaba el demandante, y adicionalmente señala que no es posible reconocer el factor salarial de las comisiones pagadas como quiera que las mismas obedecían a un resultado de trabajo o actividades grupales, por lo tanto, no retribuían directamente la labor prestada por el demandante. Para tal efecto, la Sala debe abordar necesariamente el estudio de este punto a partir de lo dispuesto en el artículo 127 del CST en virtud del cual constituye salario no sólo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino *“todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte”* de lo que sigue que, independientemente de la forma, denominación o instrumento jurídico que se utilice, si un pago se dirige a retribuir el trabajo prestado, es salario. Así lo recalcó la Corte Suprema de Justicia en reciente providencia del 11 de julio de 2023, en la que asentó: *“...el criterio conclusivo o de cierre de si un pago es o no salario, **consiste en determinar si su entrega tiene como causa el trabajo prestado u ofrecido. De otra forma: si esa ventaja patrimonial se ha recibido como contraprestación a retribución del trabajo**”* (SL 1610 de 2023) (negrillas del original).

No importa, entonces, la figura jurídica o nominal utilizada en el contrato, ya que si lo percibido es consecuencia directa de la labor desempeñada o la mera disposición de la fuerza de trabajo, tendrá, en virtud del principio de la primacía de la realidad (artículo 53 CP), carácter salarial, a menos que: *i)* se trate de prestaciones sociales; *ii)* de sumas recibidas por el trabajador en dinero o en especie, no para su beneficio personal o enriquecer su patrimonio sino para desempeñar a cabalidad sus funciones; *iii)* se trate de sumas ocasionales y entregadas por mera liberalidad del empleador; *iv)* los pagos laborales que por disposición legal no son salario o que no poseen una propósito remunerativo, tales como el subsidio familiar, las indemnizaciones, los viáticos accidentales y permanentes, estos últimos en la parte destinada al transporte y representación; y *v)* *“los beneficios o auxilios habituales u*

ocasionales acordados convencional o contractualmente u otorgados en forma extralegal por el empleador, cuando las partes hayan dispuesto expresamente que no constituyen salario en dinero o en especie, tales como la alimentación, habitación o vestuario, las primas extralegales, de vacaciones, de servicios o de navidad” (artículo 128 CST).

Así las cosas, conforme la providencia citada, por regla general todo lo que recibe un trabajador por el desempeño de su actividad es salario, a menos que sea para el cabal desempeño de sus funciones, se trate de prestaciones sociales, de pagos ocasionales y por mera liberalidad del empleador, los que se realizan por disposición legal, y los que se pacten expresamente por las partes que no son salario. Sin embargo, para que dicho pacto o cláusula de exclusión salarial, sea tomado como tal, debe ser expreso, claro, preciso y detallado de los rubros o conceptos cobijados en él, ya que, de no ser así, pueden tener connotación salarial.

Al revisar los medios de prueba aportados al expediente, se advierte que, aunque las partes no estipularon en el contrato de trabajo el reconocimiento de comisiones o bonificaciones, el trabajador sí recibió el pago de las mismas durante la relación laboral, hecho que se desprende de las diferentes certificaciones expedidas por el representante legal de la demandada Sociedad Acción Fiduciaria en las que se indicó el promedio de las bonificaciones mensuales por cumplimiento de metas, y con los cuadros de compensación aportados en los que se evidencian las comisiones pagadas mes a mes al trabajador. Por lo tanto, las manifestaciones realizadas por la testigo Claudia Helena López Calvo, al referir que solo los trabajadores de las áreas de negocios fiduciarios y fondos de inversión colectiva recibían pagos por comisiones, resulta contradictorio en el presente caso, pues aunque el demandante no pertenecía a dichas áreas se encuentra acreditado con la documental aportada que sí recibía pagos por estos conceptos.

En el mismo sentido, el representante legal de esta demandada, al absolver el interrogatorio de parte, expresó que no existía ningún documento a través del cual las partes le hubieran restado valor salarial a los pagos adicionales que el empleador realizó al trabajador, señalando simplemente que esos pagos eran por mera liberalidad, y se causaban de acuerdo con los rendimientos o estados definidos en cada cierre, explicando que al finalizar el año se realizaba una reunión con un miembro de la junta directiva y con la dirección de la compañía y de forma libre se acordaba una suma para entregarla como bonificación. De igual manera, manifestó en su interrogatorio que los cuadros de control aportados al expediente reflejan los resultados de la oficina de la calle 93 que corresponde prácticamente a los anticipos que se le daban al trabajador y que se pagaban o descontaban una vez se reconocía la bonificación por parte de la compañía. De igual manera refirió que el pago de la bonificación obedecía a los resultados finales obtenidos por la compañía y que dicha bonificación no se reconocía a todos los trabajadores, sino solamente a aquellos que se consideraba que habían cumplido con sus funciones, no solo desde el punto de vista de su gestión sino también contribuyendo con todo lo que implicaba la parte administrativa. Estas afirmaciones, permiten evidenciar

que las erogaciones reconocidas al demandante de forma mensual si dependían de la prestación del servicio.

En un caso de similares contornos, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estudió la naturaleza de unos pagos cuya causación dependía de variables grupales e institucionales y de metas colectivas alcanzadas para concluir que dichos pagos sí constituían salario, pues se encontraban *“supeditados al producido adicional, sobre las metas mínimas de ingresos netos exigidas”*; por tanto, indicó que al depender de sobrepasar un tope fijado en el plan de gestión comercial y que el salario variable estaba relacionado de forma directa con el trabajo realizado por las demandantes, en la realidad correspondían a comisiones que reunían todas las características de salario (SL 687 de 2022).

En idéntico sentido, en sentencia SL Rad. 33790 de 2010, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia recordó que *“el hecho de que los premios estén condicionados al logro de unas metas de ventas de un grupo específico no tiene la virtud de desfigurar el sello salarial de un pago, toda vez que su sola correspondencia con una gestión de grupo y no individual, no es título válido para desconocer que, en últimas y en realidad, es retributivo del trabajo particular de cada uno de los miembros que integran el grupo”*. De suerte que, de la forma como lo explicó el representante legal de la demandada Sociedad Acción Fiduciaria, y en contraste con los demás medios de prueba como los cuadros de pagos de anticipos, se encuentra acreditado que el demandante percibía de forma habitual el pago de anticipos que posteriormente eran pagados con la bonificación que el empleador reconocía al finalizar el año, pagos que constituían salario pues es claro que estaban atados directa y proporcionalmente al trabajo que desplegara el trabajador por el cumplimiento de metas de ventas de un grupo específico de trabajo; así lo concluyó también la Corte Suprema de Justicia en la sentencia antes citada al afirmar que *“el hecho de que el pago responda a una gestión de grupo y no individual no impide considerar que, en últimas, en realidad se retribuya el trabajo particular de cada uno de los miembros que forman el grupo”* (subraya la Sala).

Tampoco puede pasarse por alto que el demandante cumplía con un rol de gerente dentro de la compañía, y de acuerdo a lo manifestado por el representante legal de la demandada, él tenía a su cargo la gestión comercial de los negocios de la oficina de la calle 93 para conseguir nuevos negocios y relaciones con clientes; de igual manera, el perfil ocupacional del cargo del demandante aportado al expediente indica que la finalidad del gerente de oficina era *“planear, organizar, controlar, analizar y dirigir el trabajo de la oficina a cargo, para garantizar el cumplimiento de presupuestos comerciales y de las metas establecidas por la dirección, a través de la satisfacción general del cliente (...)”*; de esta forma es claro que el servicio prestado por el demandante sí tenía una influencia en las metas grupales, ya que él debía asegurar el cumplimiento de los presupuestos comerciales, y cuando los resultados eran superiores, se generaba el bono del cual él se beneficiaba.

De forma accesorio, la determinación salarial de las comisiones pagadas por el empleador al trabajador, conlleva a que sobre dicho valor se reconozca el porcentaje prestacional correspondiente al 30% de dichas comisiones por tratarse de un salario integral tal y como lo concluyó la a quo, pues al no haberse tenido en cuenta el pago de las comisiones como factor salarial, tampoco se reconoció el valor prestacional sobre dichos conceptos. Lo anterior, conduce a que se confirme también en estos puntos la decisión apelada.

De la Indemnización Moratoria (Art. 65 CST)

Con relación al cuarto problema jurídico planteado, la Sala debe señalar que tanto la parte demandante como la parte demandada controvierten la decisión de la a quo respecto de la condena por concepto de indemnización moratoria contemplada en el artículo 65 del CST; mientras que el demandante señala que el empleador actuó de mala fe y que la indemnización moratoria es procedente por este motivo, la demandada refiere que esta indemnización no es procedente como quiera que realizó la consignación de la liquidación final del demandante atendiendo el término establecido en la cláusula décima del contrato de trabajo. Cabe resaltar que la a quo consideró que el empleador razonablemente entendió que las comisiones se encontraban comprendidas en el salario integral que pactaron, tanto así que el actor, quien tenía una posición jerárquica relevante dentro de la compañía nunca elevó reclamo sobre el particular, no obstante, señaló que hubo una mora en el pago de la liquidación final del contrato y condenó por este concepto hasta el día en que el empleador cumplió con la obligación (2 de agosto de 2017).

Pues bien, para resolver este punto, debe tenerse en cuenta que la indemnización moratoria por la falta de pago de salarios y prestaciones sociales a la terminación del contrato de trabajo no procede de forma automática, sino que es necesario considerar la conducta desplegada por el empleador para establecer si su actuar estuvo provisto de buena fe. Para la Sala, es claro que la forma en que se realizaba el pago de las comisiones, esto es mediante el pago de anticipos que, por demás, de acuerdo a lo manifestado por el representante legal y el propio demandante en los interrogatorios de parte, se pagaban cuando eran solicitados por el actor, permite entender que el empleador pudo entender que dichos montos efectivamente no constituían salario. Aunado a ello, nótese que el pago de estas comisiones se realizaba por montos que variaban, en diferentes días del mes, muchas veces pagados prácticamente de forma diaria, lo que se distanciaba mucho de la forma en que se pagaba el salario integral pactado por las partes de forma quincenal o mensual. Incluso, debe tenerse en cuenta, como lo manifestó el demandante en su interrogatorio de parte, que el pago del salario básico era realizado en su cuenta de ahorros del banco Bancolombia, mientras que el factor variable era pagado en su cuenta de ahorros del banco Itaú. Estas circunstancias relevantes, llevan a la Sala a señalar que el empleador pudo entender que las comisiones efectivamente no hacían parte de salario y, por tanto, no es posible afirmar, más allá de toda duda razonable, que este actuó de mala fe.

Ahora bien, el revisar la cláusula décima del contrato de trabajo celebrado entre las partes, allí se estableció que frente a cualquier causa por la cual se terminara el contrato de trabajo *“el empleador tendrá un plazo prudencial de treinta (30) días hábiles para pagar los salarios y derechos sociales a que haya lugar, sin que esto signifique mora y por consiguiente no habrá lugar a la sanción establecida por el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo”*. De igual manera, al revisar la consignación de la liquidación que se realizó a través de un depósito judicial el 2 de agosto de 2017, se puede establecer que entre la fecha de terminación del contrato de trabajo (22 de junio de 2017) y la fecha de consignación de la liquidación final del contrato de trabajo (2 de agosto de 2017) transcurrieron 25 días hábiles, encontrando que el pago se hizo dentro del término establecido por las partes para tal fin. Atendiendo lo anterior, sin que la estipulación realizada se muestre violatoria de los derechos del trabajador, la Sala modificará la decisión de la a quo sobre este punto, en el sentido de absolver a la demandada del pago de esta indemnización por las razones expuestas.

De Las Sumas Pagadas A La Universidad De La Sabana

Continuando con el análisis del quinto problema jurídico planteado relacionado con la restitución de las sumas pagadas a la Universidad de la Sabana para adelantar estudios de maestría. Sobre este concepto, la Sala señala desde ya que en ningún desacierto incurrió la a quo al negar el pago de la suma solicitada en el escrito de la demanda; pues al revisar las pruebas obrantes en el expediente, se logra acreditar que el empleador pagó la suma de \$49.000.000 para cursar estudios de maestría en administración, los cuales no fueron realizados por el demandante, según su propio dicho, motivo por el cual la universidad reintegró el dinero pagado directamente a Sociedad Acción Fiduciaria. En efecto, la anterior suma no puede ser catalogada como salario para el demandante, pues no se trata de un rubro que busque incrementar el patrimonio del actor, ni tampoco remunera directamente la prestación del servicio, sino que se trató de un rubro a través del cual el empleador pretendió la capacitación del trabajador. En todo caso, al expediente también se aportó un documento del 9 de agosto de 2017 en el que la demandada Acción Fiduciaria le solicitó al demandante el reembolso de la suma pagada por concepto de matrícula (\$49.000.000) en virtud de un préstamo otorgado por el empleador al trabajador, lo que indicaría que ese dinero correspondía a un préstamo que nunca ingresó al patrimonio del demandante; circunstancia que impide señalar que correspondía a un pago salarial o prestacional al que el demandante tenga derecho en esa instancia.

De los aportes a Seguridad Social y las Cesantías

Continuando con el siguiente problema jurídico, debe advertirse que el apoderado de la parte demandante, dentro de su recurso, en términos generales reprocha la decisión adoptada por la a quo con relación al pago de seguridad social, pero inmediatamente explica su

inconformidad señalando que la misma se circunscribe al pago incompleto de las cesantías consignadas a un fondo. Como el reproche del apoderado del demandante no resulta del todo claro, la Sala estudiará los dos temas mencionados en este punto como quiera que en los alegatos de conclusión presentados a esta corporación profundizó en estos dos aspectos.

En particular, el demandante considera que la juez se equivocó al condenar al pago de la diferencia de los aportes al sistema de seguridad social en pensión únicamente por el periodo comprendido entre febrero de 2012 y octubre de 2016, pues asegura que en el expediente reposan pruebas suficientes que permiten establecer las comisiones que casó durante la relación laboral y por lo tanto, ordenar la diferencia salarial por el periodo comprendido entre el 26 de mayo de 2009 y el 22 de junio de 2017. Sobre este punto particular, luego de revisar la amplia prueba documental obrante en el expediente digital, se encuentra que en efecto la a quo omitió valorar parte de las planillas aportadas por el empleador y en las cuales se acredita el pago de los anticipos (comisiones) realizados al trabajador durante los meses de noviembre y diciembre de 2016 y enero a junio de 2017 (folios 68 a 79 del archivo *A6 folio 1001 a 1429 expediente digital*). Con relación al periodo comprendido entre el 26 de mayo de 2009 y enero de 2012 no existe prueba alguna sobre el pago de comisiones o anticipos en favor del demandante, por lo que no habrá lugar a condena alguna por ese periodo.

Siendo ello así, la Sala modificará la sentencia apelada por cuanto condenó al empleador a pagar las diferencias sobre los aportes realizados por los periodos comprendidos entre febrero de 2012 y octubre de 2016 en el sentido de que la diferencia de los aportes deberá realizarse en los mismos términos indicados por la juez, desde febrero de 2012 y junio de 2017, sin que el aporte exceda los topes máximos dispuestos en la legislación para tal efecto. Así las cosas, entre febrero de 2012 y octubre de 2016 se tendrá en cuenta como IBC los promedios establecidos por la a quo en el anexo No.1 de la sentencia de primera instancia como quiera que dichos valores no fueron objeto de inconformidad, y para el periodo de noviembre de 2016 a junio de 2017 el IBC para el pago de la diferencia de los aportes será el siguiente:

MES	AÑO	IBC (comisión- anticipo)
Noviembre	2016	\$392.034
Diciembre	2016	\$1.744.659
Enero	2017	\$2.642.712
Febrero	2017	\$8.877.124
Marzo	2017	\$12.586.192
Abril	2017	\$30.645.393
Mayo	2017	\$9.192.671
Junio	2017	\$132.749

Ahora bien, con relación al pago de la diferencia de cesantías consignadas a un fondo, debe decirse que no hay lugar a proferir condena alguna por este concepto, pues dicho pedimento resulta incompatible con la modalidad salarial que rigió el vínculo laboral entre las partes, tal

y como lo señaló la a quo, ya que el salario variable incluye dentro de sus componente el factor prestacional que en ningún caso podrá ser inferior al 30% de la cuantía estipulada.

De la condena por Vacaciones

Por último, la apoderada de la parte demandada indica que de conformidad con lo dispuesto en el CST, tratándose de salarios variables, el cálculo de la compensación de las vacaciones debe realizarse de acuerdo con el salario que esté devengando el trabajador al momento en que sale a disfrutar el periodo de vacaciones, por lo que solicita la verificación de esta norma, como quiera que la condena por \$20.969.844 realizada por el juzgado excede el cálculo de la liquidación que se hizo en favor del demandante por parte de la compañía. Sobre este punto, debe señalarse que de conformidad con el numeral 3 del artículo 189 del CST, el cálculo de la compensación en dinero de las vacaciones se realizará con base en el último salario devengado por el trabajador; y cuando se trata de un salario variable, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, contrario a lo manifestado por la apoderada de la demandada, ha establecido que el cálculo de la compensación de la vacaciones se debe realizar con el promedio de los ingresos obtenidos en el último año de servicios (SL 2224 de 2020).

De allí que, la solicitud de la recurrente no esté llamada a prosperar, pues solicita una verificación de la suma condenada sin considerar lo dispuesto por la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en cuanto se trata de un salario variable, por tanto, el cálculo de la forma solicitada no se ajusta a los parámetros establecidos para este tipo de asuntos. Al margen de lo anterior, debe señalarse que la apoderada de la demandada tampoco manifestó en qué aspecto puntual recaía su inconformidad y el presunto error del valor calculado por el juzgado, pues no especificó si disentía, por ejemplo del IBL que se tomó para el cálculo de las vacaciones o si disentía del periodo liquidado.

En consecuencia, no queda otro camino que modificar la sentencia de primera instancia en los puntos antes mencionados. Así quedan resueltos los recursos interpuestos.

COSTAS

Sin costas en esta instancia porque ambos recursos prosperaron parcialmente.

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el ordinal SEGUNDO de la sentencia proferida por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá el día 22 de noviembre de 2021, en cuanto condenó a la demandada **ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.** al pago de \$13.333.333 por concepto de indemnización moratoria del artículo 65 del CST y en su lugar absolverla de esta pretensión por las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO: MODIFICAR el numeral TERCERO de la sentencia proferida por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá el día 22 de noviembre de 2021 en el sentido de CONDENAR a ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA, a cancelar a Skandia Pensiones y Cesantías S.A. o a la Administradora en la que el demandante se encuentre afiliado actualmente, y a su entera satisfacción, la diferencia sobre los aportes realizados por los periodos comprendidos entre febrero de 2012 y junio de 2017 de conformidad con lo dispuesto en la parte considerativa de esta providencia.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada por las razones expuestas en la parte considerativa.

TERCERO: Sin costas en esta instancia porque ambos recursos prosperaron parcialmente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



RODRIGO AVALOS OSPINA

Magistrado



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA

Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Magistrado