



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

Ordinario Laboral 1100131050 08 2018 00266 01
Demandante: JACKELINE MENESES OLARTE
Demandado: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-
 COLPENSIONES Y OTRO
Magistrado Ponente: **DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., treinta (30) de julio de dos mil veinte (2020).

AUTO

Con ocasión del poder allegado, se le reconoce personería adjetiva para actuar en representación de *Porvenir S.A* a la Doctora *Jacqueline Rodríguez Rojas*, identificada con C.C No 52.230.797 y T.P No 305950.

SENTENCIA:

Procede la Sala a desatar el recurso de apelación interpuesto por *Porvenir S.A.*, así como el grado jurisdiccional de consulta en beneficio de *Colpensiones*, respecto de la sentencia proferida el 29 de mayo de 2019 por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá, toda vez que fue condenada y La Nación funge como su garante.

I-. ANTECEDENTES

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora *Jackeline Meneses Olarte* formuló demanda ordinaria laboral a fin que se declare la ineficacia del traslado efectuado al RAIS administrado por la *AFP Porvenir S.A.*, al no haberle proporcionado una información completa y comprensible de su traslado, incumpliendo con su deber de buen consejo al omitir la ventajas, desventajas y riesgos que se tiene en cada régimen pensional, y por tanto se declare que debe estar afilada al RPM; en consecuencia de lo anterior se condene a *Porvenir S.A.* a la ineficacia del tránsito al RAIS y al traslado de los aportes cotizados a *Colpensiones*, se condene a *Colpensiones* a aceptar dichos aportes y a registrarla como afiliada sin solución de continuidad desde el 7 de



noviembre de 1989, y se condene a las demandadas a las costas y agencias en derecho.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

En respaldo de sus pretensiones expuso que el 07 de noviembre de 1989 se afilió al Sistema General de Pensiones aportando previo al traslado al RAIS 280,14 semanas; que al 1° de abril de 1994 se encontraba afiliada al ISS hoy Colpensiones; que el 01 de enero de 2000 se afilió a la *AFP Porvenir S.A.* a la cual se encuentra hoy en día afiliada; que para tal efecto un asesor de la AFP la persuadió de efectuar el traslado, informándole que el ISS se iba acabar, que podía pensionarse en cualquier edad sin informarle la afectación que traería en su mesada y el bono pensional, que no le informó sobre las desventajas de su traslado, que valor de su mesada pensional iba ser inferior a la del ISS, y sin proyectarle un estudio de su situación particular frente a su mesada pensional teniendo en cuenta el valor del bono pensional.

Que 14 de junio de 2012 cumplió 47 de años de edad estando afiliada a la AFP accionada; que nunca se le informó acerca de la oportunidad de regresar al RPM dentro de los 10 años anteriores al cumplimiento de la edad para pensionarse; que cotizó al Sistema General de Pensiones 1.160 semanas; que el 08 de febrero de 2018 solicitó a *Colpensiones* el traslado del régimen, contestándole que no es procedente la solicitud al encontrarse dentro de la prohibición legal de traslado; finalmente, el 4 de febrero de 2018 solicitó a *Porvenir S.A.* la ineficacia de la afiliación, lo cual fue contestada negando su petición.

1.2 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

Colpensiones operó la *litis constestatio*, oponiéndose a las pretensiones de la demanda, argumentando que la accionante se trasladó válidamente a *Porvenir S.A.* al suscribir el formulario de afiliación y al no evidenciar vicio alguno o falta de información.

Propuso y sustentó como excepciones de mérito las que denominó prescripción, cobro de lo no debido, buena fe, y la declaratoria de otras excepciones.



Por su parte, *Porvenir S.A.* se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda, alegando que la afiliación efectuada por el accionante tiene plena validez al no configurarse ningún vicio del consentimiento, debido a que al suscribir el formulario de afiliación indicó que lo signó de forma libre y voluntaria, con conocimiento del acto jurídico y sin presión por parte de un asesor, pues su firma es auténtica y no ha sido cuestionada.

Igualmente, adujo que al momento de la afiliación se dio cumplimiento del periodo mínimo de permanencia que el afiliado debía tener para su traslado; que resulta extraño que el demandante aduzca que carece de información después de 18 años de haberse trasladado al RAIS; que no existe material probatorio que demuestre los requisitos que se omitieron por parte de la sociedad; y que es improcedente el traslado de los saldos y los aportes pensionales del actor al no existir un fundamento jurídico y al tratarse de una vinculación consolidada y validada por el transcurso del tiempo.

Propuso y sustentó como excepciones de mérito las que denominó prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones, buena fe, prescripción de las obligaciones de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa y la innominada o genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Octavo Laboral Del Circuito de Bogotá, en providencia del 29 de mayo de 2019, declaró la ineficacia de la afiliación de la demandante del RPM al RAIS ocurrido el 20 de junio de 2000, declaró que las afiliaciones efectuada al interior del RAIS son ineficaces; y en consecuencia condenó a *Colpensiones* a admitir el traslado y a recibir los aportes, saldos, rendimientos, gastos de administración y previsionales de invalidez, vejez y muerte que devuelva *Porvenir S.A.* y efectuar los reajustes en la historia laboral; condenó a *Porvenir S.A.* a devolver a *Colpensiones* los saldos, aportes, bonos y rendimientos que se hayan consignados en la cuenta de ahorro individual,, declaró no probada la excepción de prescripción propuestas por las demandadas y condenó en costas a *Porvenir S.A.*

Lo anterior por cuanto consideró que, a la demandante se le vulneró el deber de información conforme al literal B del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, por cuanto



a pasar de que las demandadas aleguen que no tenían para dicha época la obligación de obtener un soporte documental ni de realizar una proyección o un cálculo actuarial, el deber de información se suple indicándole de manera concreta la forma como se administran los recursos, el dinero que iba obtener en cada mesada pensional y los riesgos y las ventajas que hay en cada uno de los regímenes pensionales.

Refirió que desde el inicio se le debió indicar a la actora que el capital para financiar su mesada pensional en el RAIS se obtiene con el producto de lo que ahorre, los dineros que cotiza el empleador y si hace pensiones voluntarias; comparándolo así con el RPM el cual se financia es con el aporte del trabajador más el aporte que efectúa el Estado, siendo este el perjuicio que se le estaría causando, al manifestar en el interrogatorio de parte que su mesada pensional en el RAIS sería inferior a la que percibiría en el RPM.

Igualmente, mencionó que revisando el material probatorio, *Porvenir S.A* no cumplió con la carga probatoria que le exige la Ley y la Jurisprudencia, independiente de que la promotora de la Litis no sea beneficiaria del régimen de transición; que Colpensiones tiene la obligación de recibir los dineros que traslade la AFP hasta los gastos de administración y los seguros de previsión de invalidez, vejez y muerte por cuanto al declarar la ineficacia del acto de afiliación la única válida es la del RPM; y que no es procedente la excepción de prescripción por cuanto las acciones que van encaminadas a obtener la ineficacia no están sometidas al termino trienal por estar relacionadas con un derecho subjetivo.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

La apoderada de la demandada *AFP Porvenir S.A* interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia primigenia aduciendo que el traslado del RPM al RAIS realizado por la actora fue libre y voluntario y no incurrió en ninguna imprevisión legal; que no puede estimarse improcedente la afiliación inicial al no ser beneficiaria del régimen de transición, ni presentar una expectativa legítima o un derecho adquirido; que se ratificó su permanencia en el RAIS con el gran número de semanas cotizadas con posterioridad a la afiliación y con el traslado realizado dentro de RAIS a otra AFP; que frente a los vicios del consentimiento, la accionante tiene la carga de la prueba al suscribir el traslado de régimen al evidenciarse es



un error inducido o dolo y no el deber de información; y que la accionante tuvo la oportunidad de retractarse con la expedición del Decreto 3800 de 2003 de la cual se brindó amplia información en los medios de comunicación sobre los beneficios del régimen y las posibilidades del traslado.

Por otra parte, teniendo en cuenta que la decisión de primera instancia fue desfavorable a *Colpensiones*, se debe dirimir el grado jurisdiccional de consulta, toda vez que La Nación funge como su garante.

IV. ALEGATOS:

Por pasiva, la *Administradora Colombiana de Pensiones- Colpensiones* señaló que la afiliación efectuada al RAIS por la accionante tiene plena validez y legalidad al no evidenciar ningún vicio del consentimiento; que la simple suscripción del formulario de afiliación que los asesores de *Porvenir S.A* le brindaron a la accionante las condiciones, consecuencias, ventajas y desventajas del traslado de régimen pensional tal como lo preceptúa la sentencia SU 062 de 2010; y que la carga dinámica de la prueba no puede ser aplicada en forma genérica, sin ninguna ponderación, y en desigualdad de las partes involucradas en un proceso, pues violaría el principio de la sostenibilidad financiera del sistema pensional.

Por su parte, *Porvenir S.A.* refirió que frente al deber de información, la accionante no puede alegar el desconocimiento de la Ley como lo dispone el artículo 9° del Código Civil, debido a que la información de cada régimen pensional está consagrado en artículo 59 la Ley 100 de 1993; que no era necesario para el momento histórico de la suscripción de la afiliación proyección o estudio previo; que el monto de la mesada pensional depende del momento histórico y real de los rendimientos financieros; y que no son precedentes devolver los gastos de administración por cuanto no se evidencia ningún detrimento en la cuenta individual de la demandante.

Finalmente, la parte actora alegó que no le ofreció una información clara, veraz y oportuna de lo que implicaría la afiliación en el RAIS pues no existe dentro del expediente prueba que demuestre el deber de información brindada tales como una proyección comparativa de cada régimen pensional, la información sobre el



retracto y sobre la prohibición legal para retornar al RAIS, siendo la carga de la prueba recaer directamente en la AFP accionada.

V. CONSIDERACIONES:

5.1 PROBLEMA JURÍDICO:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si resulta ineficaz el traslado de régimen pensional.

5.2 DEL CASO EN CONCRETO:

Para desatar el problema jurídico planteado, debe rememorarse que tanto el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, como el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, establecen las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes allí previstos, 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, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

Asimismo, se tiene que, en protección a aquel derecho de libertad de elección de régimen, el legislador previó en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, como consecuencia de su violación, por parte del empleador o cualquier persona natural o jurídica, además de la imposición de multas por las autoridades del Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social, según el caso, el que dicha afiliación es ineficaz, acto de manifestación de voluntad que denuncia la accionante le fuera vulnerado al momento del traslado bajo estudio, al ser persuadida de trasladarse del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin informarle las consecuencias negativas de ello, por lo cual, de establecerse que en efecto no se verificó una debida asesoría que le permitiera ejercer la libre escogencia del régimen pensional, el traslado quedará sin efecto, según el precitado artículo 271 de la Ley 100 de 1993, tal y como lo estableció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL19447 de 2017.



Es menester acotar que las administradoras se ubican en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la seguridad social, lo que le impone el cumplimiento de las obligaciones a su cargo entre las que se encuentra, valga reiterar, la de la debida información, que debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, ofreciendo para ello una ilustración completa y comprensible para tomar la decisión de la elección del régimen pensional, pues de no obrar en tal sentido, puede llegar a afectar el derecho irrenunciable de la seguridad social a los afiliados, la que comprende no solo el derecho en sí mismo estimado como su legítima expectativa valorativa.

Por ello, valga recordar que las AFP, como entidades financieras vigiladas por la Superintendencia Financiera y conforme al numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen. Obligación que se mantuvo con la modificación introducida por el artículo 23 de Ley 795 de 2003 e igualmente, con la Ley 1328 de 2009, respecto del régimen de protección al consumidor financiero.

Ahora bien, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, frente a la obligación de brindar información, concluyó que *“Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido”*.

En la referida providencia, también se analiza el alcance de la jurisprudencia en torno a la ineficacia del traslado, señalando que *“ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa*



pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información. De hecho, la regla jurisprudencial [...] es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado. Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto”, criterio último que recientemente se estableció como vinculante, entre otras, en la sentencia de tutela STL3199-2020, Radicación No. 58288 del 18 de marzo de 2020, en la cual se concluyó que:

“[...] las reglas jurisprudenciales sobre ineficacia del traslado no estaban condicionadas a que el afiliado perteneciera al régimen de transición, tuviera un derecho consolidado o una expectativa legítima de pensionarse, pues la Corte ya había señalado que este hecho era irrelevante”.

De igual manera, en la referida providencia, se consignó frente a la carga de la prueba, que:

“Esta Corporación en ninguna sentencia ha insinuado o expresado que la carga de la prueba del deber de información, a cargo de los fondos privados de pensiones, pueda relativizarse en función de las particularidades de cada caso o dependiendo de si el demandante es o no beneficiario del régimen de transición. Por el contrario, ha insistido en que pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarse el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento”.

En ese orden de ideas, debe acotarse que cuando se alega la nulidad y/o ineficacia del traslado del régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al Fondo de Pensiones,



independientemente de las particularidades del caso o si se es o no beneficiario del régimen de transición, hechos estos últimos que resultarían irrelevantes para la aplicación del precedente antes referido.

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso se aportó el formulario de afiliación del 20 de agosto de 2000 (Fl.83), el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre y voluntariamente, no acredita que en efecto se haya suministrado la información oportuna y veraz, máxime que, tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *“Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado”*.

Por otra parte, en el interrogatorio de parte la accionante no confesó que se le haya suministrado la información, ni la restante prueba documental da cuenta de ello, siendo igual corroborado con el interrogatorio del parte rendido por el representante legal de *Protección S.A* al referir que para la época no era necesario dejar soporte documental sobre la información brindada al afiliado y que la única existente es el formulario de afiliación y el testimonio de la señora *Blanca Leonor Bernal Aponte*, quien manifestó que al momento del traslado a la demandante se le informó que el ISS se iba a acabar, que iba a tener una mesada pensional mayor siendo lo anterior un engaño. Por tanto, por pasiva no se acreditó de manera fehaciente el haber cumplido con el deber de información, lo cual implica declarar la ineficacia del traslado.

Lo anterior además aparece como consecuencia el deber de devolución de los emolumentos que se hayan percibido el Fondo Pensional, incluyendo las cotizaciones, cuotas de administración, primas de aseguradoras y rendimientos, dado que, ante la ineficacia de la afiliación o traslado de régimen, no ostentan de soporte legal. En lo atinente a la devolución de los gastos de administración, debe referirse que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló:



“La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

“Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora esta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.”

De igual manera, en sentencia SL638-2020, Radicación No. 70050 del 26 de febrero de 2020, refirió:

“Respecto a los efectos que produce la ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, encuentra la Sala que estos consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, lo que apareja que Colfondos S.A. deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales”.

Por lo anterior, al estimarse como nunca realizado el traslado, no existe razón para que no se verifique la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores, los cuales, deben retornar de manera íntegra a Colpensiones, pues dichos montos pertenecen al Sistema general de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión.

Ahora bien, en virtud de lo anterior y visto el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de *Porvenir S.A* respecto a que la accionante tuvo la oportunidad de retractarse con la expedición del Decreto 3800 de 2003, la Corte suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL4426-2019 radicación 79.167 del 16 de octubre de 2019, indicó:

“Como sustento de su decisión, el juez de apelaciones también adujo que no «existe evidencia en el proceso de que la demandante haya hecho uso del retracto (...) antes de cumplir los 47 años hubiese solicitado el traslado» del régimen de ahorro individual con solidaridad al de prima media con prestación definida.



*Dicha conclusión igualmente es desafortunada, en la medida en que **la actora no demandó que se le hubiera impedido retornar al régimen de prima media con prestación definida; el objeto del litigio se orientó a demostrar que por el incumplimiento del deber de información por parte de la administradora privada de pensiones al momento del traslado**, perdió los beneficios del régimen de transición y por esa vía la pensión.*

Luego, lo que le correspondía al Tribunal dilucidar es si a la demandante se le brindó oportunamente la información necesaria y transparente que requería, para sopesar ventajas y desventajas de uno y otro régimen al momento de adoptar su decisión de trasladarse, no si con posterioridad al mismo ejerció o no el derecho a retornar al sistema público de pensiones.

Con otras palabras, si el juez de apelaciones hubiere entendido que la materia del litigio se circunscribió al consentimiento no informado para el cambio de régimen pensional, de la documental de folios 36 y 192 a través de la cual Porvenir S.A. le comunicó a la actora que pese a tener 1.212,57 semanas cotizadas no tenía el capital suficiente para financiar la prestación y tampoco derecho a la garantía de pensión mínima, habría advertido, certeramente, el «perjuicio» que echó de menos, en cuanto el traslado del sistema público de pensiones al privado le implicó la pérdida de los beneficios del régimen de transición. (...)

(...) En conclusión, erró el Tribunal al exigirle a la actora, evidencia de su intención de retornar al régimen de prima media con prestación definida, dentro de los 10 años anteriores al cumplimiento de la edad pensional. (Negrilla y subrayado por parte de la Sala)

Por lo anterior, no es de recibo el argumento expuesto por la recurrente en la medida en que el objeto de presente litigio versó fue si a la señora *JACKELINE MENESES OLARTE* se le brindó oportunamente la información necesaria y transparente que requería, para sopesar ventajas y desventajas de uno y otro régimen al momento de adoptar su decisión de trasladarse de régimen pensional y no si con posterioridad al mismo ejerció o no el derecho a retornar al sistema público de pensiones, bajo los postulados del Decreto 3800 de 2003.

Finalmente, tal como lo estableció el máximo órgano de cierre, en la sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, “la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción”, motivo por el cual también se ajusta a derecho la decisión de declarar no probada la excepción de prescripción.



Como corolario de lo anterior se confirmará en su integridad la sentencia de primera instancia. **SIN COSTAS** en esta instancia.

VI. DECISIÓN

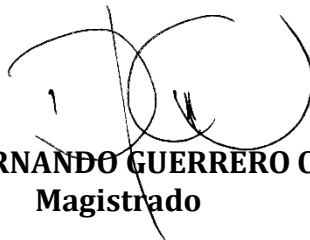
En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 06 de junio de 2019 por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá dentro del proceso de la referencia, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

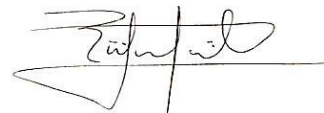
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
Sala de Decisión Laboral

Ordinario Laboral 1100131050 **10 2017 00083 01**
Demandantes: LUCY HELENA ALBARRACIN BELLO
Demandados: COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A., Y PORVENIR S.A
Magistrado Ponente: **DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá, D.C., treinta (30) de julio de dos mil veinte (2020).

AUTO:

Se reconoce personería adjetiva a la profesional del derecho *María Elena Fierro García*, identificada con cédula de ciudadanía número 1.024.463.217 y T.P. 291.785 del C.S.J., como apoderada judicial de *Colpensiones*.

SENTENCIA:

Procede la Sala a desatar los recursos de apelación interpuestos por *Protección S.A.* y *Porvenir S.A.*, así como el grado jurisdiccional de consulta en beneficio de *Colpensiones* respecto de la sentencia proferida el 22 de agosto de 2019, por el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá, toda vez que fue condenada y funge La Nación como su garante.

1.- ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora *Lucy Helena Albarracín Bello*, formuló demanda ordinaria laboral en contra de *Colpensiones* y *Porvenir S.A.*, para que se declare la nulidad de la afiliación del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, efectuado el 21 de septiembre de 1994, y en consecuencia se condene a *Porvenir S.A.* a trasladar la totalidad del dinero que se encuentre depositado en la cuenta de ahorro individual, y a *Colpensiones*, a recibirla y mantenerla como afiliada sin solución de continuidad desde la fecha del traslado, más las condenas *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:



Fundó sus pretensiones en que nació 15 de septiembre de 1962; se afilió al Instituto de Seguros Sociales desde el 17 de junio de 1983 hasta el 21 de septiembre de 1994, acumulando un total de 266 semanas; que el 21 de septiembre de 1994 encontrándose vinculada con el empleador *Legislación Ecn Ltda.*, se trasladó sin haber sido ilustrada por parte del Fondo que la recibió; que continuó realizando cotizaciones ininterrumpidas en el Régimen de Ahorro Individual hasta acumular el 30 de septiembre de 2016, 1.118 semanas para un total de 1.384 semanas; que el día 11 de octubre de 2016 *Porvenir S.A.*, le entregó una simulación pensional, la cual arrojó una mesada pensional de \$1.660.200 para el año 2019, fecha en la que arribó a los 57 años, y que resulta inferior a la que recibiría en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida; finalmente que radicó derecho de petición solicitando el traslado de régimen pensional, el cual fue negado por la accionada *Porvenir S.A.*

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

Colpensiones operó la *litis contestatio* señalando que entre el 17 de junio de 1983 y el 21 de septiembre de 1994 registraba un total de 266 semanas; que no le constan las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que efectuó el traslado de régimen pensional y que el mismo tiene plena validez.

Propuso y sustentó las excepciones de mérito de prescripción y caducidad, cobro de lo no debido, inexistencia de la obligación y del derecho por falta de causa y título para pedir y la declaratoria de otras excepciones.

Por su parte *Porvenir S.A.* señaló que la demandante se trasladó de régimen el 21 de septiembre de 1994 con la *AFP ING hoy Protección S.A.*, y se trasladó de AFP a *Porvenir S.A.*, el día 26 de noviembre de 2008, que teniendo en cuenta la información reportada por la oficina de bonos pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, más la reportada en la historia laboral no cuenta con 1384 semanas, oponiéndose a las pretensiones dado que el traslado de régimen fue celebrado con *Protección S.A.*, y el traslado de AFP que realizó la demandante a *Porvenir S.A.*, es válido y legal. También indica que a la demandante no le resultan aplicables las sentencias de la Corte Constitucional por no ser beneficiaria del régimen de transición y que se le dio una asesoría pensional suficiente de conformidad con lo establecido por la Superintendencia Financiera de Colombia



Propuso y sustentó las excepciones de mérito de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa, y la innominada o genérica.

1.4 LITIS CONSORCIO NECESARIO

El *a-quo* integró como litisconsorcio necesario a *Protección S.A.*, quien contestó la demanda señalando que la actora se trasladó de régimen con *Davivir hoy Protección S.A.*, recibiendo la totalidad de la información relativa a los dos regímenes pensionales en forma comparada, siendo ilustrada sobre sus características, ventajas y desventajas. Se opuso a las pretensiones indicando que la afiliación suscrita fue libre y espontánea, no existió causal de ineficacia dado que los asesores están en capacidad de dar a conocer la información correspondiente veraz y clara, a fin que el afiliado tome una decisión, máxime que el error de derecho no vicia el consentimiento, de conformidad con el artículo 1509 del código civil.

Propuso y sustentó las excepciones de mérito de validez de la afiliación a *Protección S.A.*, buena fe, inexistencia de vicio de consentimiento por error de derecho, prescripción, y la innominada o genérica.

II.- SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El 22 de agosto de 2019, el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá, declaró la nulidad de la vinculación a la *AFP Davivir hoy Protección S.A.*, condenó a *Protección S.A.*, y *Porvenir S.A.*, a realizar la devolución de todos los valores que hubiere recibido por motivo de la afiliación, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales correspondientes a cuotas y gastos de administración con los rendimientos frutos e intereses; y a *Colpensiones* a recibir y restablecer la afiliación al régimen de prima media con prestación definida sin solución de continuidad y revisar que *Protección S.A.*, y *Porvenir S.A.*, realicen las devoluciones ordenadas en el término de 15 días a la ejecutoría de la sentencia.



Para arribar a dicha conclusión, consideró que la accionante estuvo afiliada al Régimen de Prima Media, y se trasladó a *Davivir*, hoy *Protección S.A.*, el 21 de septiembre de 1994, sin que se acreditara que se haya informado en debida manera los beneficios y desventajas del régimen de traslado, pues de la prueba documental e interrogatorio de parte, no se demuestra una situación contraria.

Para tal efecto estimó que el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 consagra que la elección de los regímenes pensionales debe ser libre y voluntaria; que desde los Decretos 663 de 1993 y 656 de 1994 se indica como obligación de las aseguradoras de fondos de pensiones dar información completa, veraz y clara sin que la simple suscripción de los formularios de cuenta que se hubiera cumplido con el deber de información por parte de la accionada y la llamada a juicio, quienes a pesar de asegurarlo no lo probaron, en virtud de la inversión de la carga probatoria.

A su vez, que el traslado entre fondos ocurrido no implica la convalidación del consentimiento inicialmente otorgado y que a pesar que la actora señaló que recibió información adicional a la atinente a que el ISS sería liquidado y del manejo de las acciones de la bolsa, no se logra establecer mediante la prueba de confesión, que se obtuviera del interrogatorio de parte, que tenía conocimiento de las diferentes características de los dos regímenes o que hubiera recibido la asesoría necesaria y buen consejo; finalmente, no se configura error de derecho por desconocimiento de la Ley, si no la omisión al deber de información por parte de las aseguradoras.

III.- RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

El apoderado de la demandada *Protección S.A.*, interpuso recurso de apelación, frente a la condena de la devolución de gastos de administración, señalando que el artículo 104 de la Ley 100 de 1993 regula el cobro de las comisiones del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y que al permanecer la afiliada en dicho régimen le permitió tener rendimientos respecto de los dineros cotizados en su cuenta de ahorro individual, mismos que sería impertinente devolver, pues de no haber estado en el Régimen de AIS no los hubiera causado.

Por su parte, la AFP *Porvenir S.A.*, interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia primigenia aduciendo que, frente a la ineficacia de la afiliación, a la afiliada se le brindó la asesoría pertinente para la época del traslado; que no se



afectó el acto voluntario del traslado y al trasladarse de fondos y realizar aportes voluntarios, ratificó su consentimiento; asimismo indicó que al no tener un derecho adquirido no se le causó perjuicio; en cuanto a los gastos de administración no es coherente devolverlos porque esa rentabilidad se generó por estar afiliada en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y está regulada en los artículos 39 Decreto 656 de 1994, 7º de la Ley 797 de 2003 y 13 y 20 de la Ley 100 de 1993.

Por otra parte, teniendo en cuenta que la decisión de primera instancia fue desfavorable a *Colpensiones*, se debe dirimir el grado jurisdiccional de consulta, toda vez que La Nación funge como su garante.

IV.- ALEGATOS:

Por activa en el término conferido, se reitera que las accionadas con cumplieron con el deber de información, lo que deviene en la ineficacia del traslado de régimen, citando para el efecto diversos pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia.

Por su parte *Colpensiones*, señaló que no existe razón para que se declare la nulidad del traslado, en razón a que la afiliación tiene plena validez y legalidad, puesto que no se probó por parte de la accionante alguna de las causales, como lo es el error, fuera y dolo, si no que por el contrario la parte actora confesó haberse afiliado de forma libre y voluntaria.

V.- CONSIDERACIONES:

5.1 PROBLEMA JURÍDICO:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si resulta ineficaz el traslado de régimen pensional.

5.2 DEL CASO EN CONCRETO:

Para desatar el problema jurídico planteado, debe rememorarse que tanto el art. 11 del Decreto 692 de 1994, como el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, establecen las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones,



consagrando que la selección de los regímenes allí previstos, 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, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

Así mismo, se tiene que, en protección a aquel derecho de libertad de elección de régimen, el legislador previó en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, como consecuencia de su violación, por parte del empleador o cualquier persona natural o jurídica, además de la imposición de multas por las autoridades del Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social, según el caso, el que dicha afiliación es ineficaz, acto de manifestación de voluntad que denuncia la accionante le fuera vulnerado al momento del traslado bajo estudio, al ser persuadida de trasladarse del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin informarle las consecuencias negativas de ello, por lo cual, de establecerse que en efecto no se verificó una debida asesoría que le permitiera ejercer la libre escogencia del régimen pensional, el traslado quedará sin efecto, según el precitado artículo 271 de la Ley 100 de 1993, tal y como lo estableció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL19447 de 2017.

Es menester acotar que las administradoras se ubican en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la seguridad social, lo que le impone el cumplimiento de las obligaciones a su cargo entre las que se encuentra, valga reiterar, la de la debida información, que debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, ofreciendo para ello una ilustración completa y comprensible para tomar la decisión de la elección del régimen pensional, pues de no obrar en tal sentido, puede llegar a afectar el derecho irrenunciable de la seguridad social a los afiliados, la que comprende no solo el derecho en sí mismo estimado como su legítima expectativa valorativa.

Por ello, valga recordar que las AFP, como entidades financieras vigiladas por la Superintendencia Financiera y conforme al numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen. Obligación que se mantuvo con la modificación introducida por el



artículo 23 de Ley 795 de 2003 e igualmente, con la Ley 1328 de 2009, respecto del régimen de protección al consumidor financiero.

Ahora bien, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, frente a la obligación de brindar información, concluyó que *“Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido”*.

En la referida providencia, también se analiza el alcance de la jurisprudencia en torno a la ineficacia del traslado, señalando que *“ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información. De hecho, la regla jurisprudencial [...] es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado. Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto”*, criterio último que recientemente se estableció como vinculante, entre otras, en la sentencia de tutela STL3199-2020, Radicación No. 58288 del 18 de marzo de 2020, en la cual se concluyó que:

“[...] las reglas jurisprudenciales sobre ineficacia del traslado no estaban condicionadas a que el afiliado perteneciera al régimen de transición, tuviera un derecho consolidado o una expectativa legítima de pensionarse, pues la Corte ya había señalado que este hecho era irrelevante”.



De igual manera, en la referida providencia, se consignó frente a la carga de la prueba, que:

“Esta Corporación en ninguna sentencia ha insinuado o expresado que la carga de la prueba del deber de información, a cargo de los fondos privados de pensiones, pueda relativizarse en función de las particularidades de cada caso o dependiendo de si el demandante es o no beneficiario del régimen de transición. Por el contrario, ha insistido en que pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarse el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento”.

En ese orden de ideas, debe acotarse que cuando se alega la nulidad y/o ineficacia del traslado del régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al Fondo de Pensiones, independientemente de las particularidades del caso o si se es o no beneficiario del régimen de transición, hechos estos últimos que resultarían irrelevantes para la aplicación del precedente antes referido, motivo que impele a recoger cualquier criterio que la Sala mayoritaria haya expuesto sobre este particular.

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso se aportó el formulario de afiliación con *Davivir hoy Protección S.A.*, (fl.151), *Porvenir S.A.*, (fl.108) y publicaciones efectuadas en medios de comunicación por esta última (fl.124 y 125), los cuales no acreditan que en efecto se haya suministrado la información oportuna y veraz, máxime que, tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *“Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado”.*

Por otra parte, en el interrogatorio de parte la accionante no confesó que se le haya brindado la información necesaria al de asesoría y buen consejo a fin que la afiliada tomará una decisión consiente y realmente libre sobre su futuro pensional, tal como lo indicó el *a-quo*.



Manifiesta la apoderada de *Porvenir S.A.*, que la afiliada ratificó su consentimiento al trasladarse entre aseguradoras en el mismo régimen y realizar aportes voluntarios. No obstante, el traslado de AFP en el mismo régimen no convalida el acto inicial de traslado de régimen y como se observa el traslado efectuado el 21 de septiembre de 1994 con *Davivir* hoy *Protección S.A.*, (fl.151) no acredita que la AFP suministró información completa y comprensible en el ofrecimiento de sus productos, lo que permite concluir que la actora no recibió ilustración sobre aspectos como las características de cada régimen, la forma de cálculo de la mesada pensional, el monto aproximado de capital necesario para causar su derecho, rentabilidad del capital, incidencia en el monto pensional de la edad de los posibles beneficiarios, las diversas modalidades de pensión de vejez y sus características; y conforme el artículo 1604 del Código Civil la diligencia en el cumplimiento de dicha obligación corresponde a las AFP, así lo ha señalado la Sala Laboral de la Corte Suprema en sus sentencias, entre ellas la SL1689-2019.

“Como se ha expuesto, el deber de información al momento del traslado entre regímenes, es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones, y su ejercicio debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión.

“En torno al punto, el artículo 1604 del Código Civil establece que «la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo», de lo que se sigue que es al fondo de pensiones al que corresponde acreditar la realización de todas las actuaciones necesarias a fin de que el afiliado conociera las implicaciones del traslado de régimen pensional.

De igual manera de la historia laboral aportada (Fl.35) no se observa aportes voluntarios. Ahora bien, frente a la inconformidad de las AFP en su apelación respecto de los gastos de administración, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló:

“La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

“Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora esta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales



serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.”

De igual manera, en sentencia SL638-2020, Radicación No. 70050 del 26 de febrero de 2020, refirió:

“Respecto a los efectos que produce la ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, encuentra la Sala que estos consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, lo que aparece que Colfondos S.A. deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales”.

Por lo anterior, al estimarse como nunca realizado el traslado, no existe razón para que los fondos privados no verifiquen la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores ni las primas de seguros, los cuales, deben retornar de manera íntegra a *Colpensiones*, pues dichos montos pertenecen al Sistema general de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión.

Finalmente, en virtud del grado jurisdiccional de consulta, debe acotarse que no procede la excepción de prescripción, pues tal como lo estableció el máximo órgano de cierre, en la sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, *“la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción”.*

Como corolario de lo anterior se confirmará en su integridad la sentencia de primera instancia. **SIN COSTAS** en esta instancia.

VI.- DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:



TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 22 de agosto de 2019, por el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario de la referencia, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



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

Ordinario Laboral 1100131050 12 2018 00283 01
Demandante: MARIBEL VELASCO ABRIL
Demandado: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-
 COLPENSIONES Y OTRO
Magistrado Ponente: **DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., treinta (30) de julio de dos mil veinte (2020).

AUTO

En consideración a la sustitución del poder allegada por COLPENSIONES, se le reconoce personería adjetiva para actuar a la Doctora María Elena Fierro García identificada con C.C No 1.024.463.217 y T.P 291.785, en calidad de apoderada de la mentada entidad.

SENTENCIA:

Procede la Sala a desatar el recurso de apelación interpuesto por *Colpensiones*, así como el grado jurisdiccional de consulta en beneficio de la misma, respecto de la sentencia proferida el 6 de junio de 2019 por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá, toda vez que fue condenada y La Nación funge como su garante.

I-. ANTECEDENTES

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora *Maribel Velasco Abril* interpuso demanda ordinaria laboral a fin que se declare la nulidad del traslado efectuado el 24 de abril de 2001 con la *AFP Santander* hoy *Protección S.A*, al no brindar en la etapa precontractual la información veraz, completa y oportuna de cada régimen pensional basándose en su situación personal; en consecuencia de lo anterior se retrotraiga su situación a su estado anterior, se ordene a *Colpensiones* a reintegrarla dentro de sus afiliados en el RPM como si nunca se hubiera trasladado, se condene a la demandada a las costas y agencias en derecho más las condenas *ultra y extra petita*.



1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

En respaldo de sus pretensiones expuso que nació el 01 de enero de 1962 y en consecuencia cumplirá 57 años de edad el 01 de enero de 2019; que el 24 de abril de 2001 se trasladó a la *AFP Santander*; que para tal efecto un asesor de la AFP la persuadió de efectuar el traslado, prometiéndole condiciones y beneficios superiores en el RAIS que en el RPM, no brindándole información clara completa y oportuna acerca de la ventajas como las desventajas de cada régimen pensional, sin realizarle un estudio de su situación particular, y siendo la *AFP Protección* al asumir la *AFP Santander* quien tiene la carga de la prueba de demostrar el deber de información ofrecido de manera veraz, oportuno y suficiente acerca del traslado del régimen pensional.

Que la AFP accionada le generó una simulación pensional cotizando el 100% del tiempo proyectando, siendo su mesada pensional para el año 2019 de \$1'058.423, en cambio, al efectuar la simulación pensional en el RPM para la misma anualidad su mesada pensional equivaldría a \$3'193.358; que desde el 01 de abril de 1980 hasta el 30 de agosto de 2017 cotizó al S.G.P. un total de 1.565 semanas; finalmente, el 03 de abril de 2018 solicitó a *Colpensiones* la nulidad de la afiliación, sin recibir a la fecha pronunciamiento alguno.

1.2 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

Colpensiones operó la *litis contestatio*, oponiéndose a las pretensiones de la demanda, argumentando que para el análisis y aprobación del traslado de régimen pensional se requiere de la participación de la *AFP Protección S.A*, quien previa verificación del cumplimiento de los requisitos legales, debe informar a *Colpensiones* la procedencia de la solicitud; que la accionante no puede culpar de su propio error sobre la información incorrecta suministrada por la AFP pues es ella quien debió preguntar al momento de la asesoría las dudas e inconvenientes del traslado; y que la declaratoria de nulidad alegada generaría para la Entidad una descapitalización.

Propuso y sustentó como excepciones de mérito las que denominó prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, no



configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, buena fe, y la declaratoria de otras excepciones.

Por su parte, *Protección S.A.* se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda, alegando que la afiliación efectuada por la accionante tiene plena validez y produjo efectos jurídicos al converger su manifestación de voluntad, al no configurarse ningún vicio del consentimiento, ni al ocultarse información antes de suscribir el formulario de afiliación al signarlo de forma libre y voluntaria. Aunado a ello, señaló que la decisión de la actora estuvo exenta de cualquier engaño o error que pudiera ser provocado por sus asesores puesto que aquellos están debidamente capacitados para orientar a las personas en sus posibles inquietudes respecto al RAIS.

Propuso y sustentó como excepciones de mérito las que denominó validez de la afiliación a Santander y Protección, buena fe, inexistencia del vicio del consentimiento por error de derecho, prescripción y la innominada o genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Doce Laboral Del Circuito de Bogotá, en providencia del 06 de junio de 2019, declaró la ineficacia de la afiliación de la demandante al RAIS administrado por la *AFP Santander hoy Protección S.A* del 24 de abril de 2001; y en consecuencia condenó a *Protección S.A.* a realizar el traslado del RAIS al RPM tanto la relación jurídica de afiliación como los saldos, aportes, bonos y rendimientos que se hayan consignados en la cuenta de ahorro individual; condenó a *Colpensiones* a aceptar el traslado y a recibir los aportes, saldos y rendimientos, declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas y sin costas en esta instancia.

Lo anterior por cuanto consideró que, *Protección S.A* incumplió con el deber de información conforme al literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y el numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, al no preocuparse por informar a la actora clara y suficientemente todas las condiciones relativas al trasegar pensional, al no cumplir con la inversión de la carga de la prueba de acreditar la asesoría brindada al afiliado al momento de solicitar el traslado de régimen, pues la simple suscripción del formulario de afiliación es insuficiente y



no determina si hubo un consentimiento informado o si acaecieron los elementos suficientes para trascender la decisión del traslado del régimen pensional.

Igualmente, mencionó que frente a la línea jurisprudencial referida a los beneficiarios del régimen de transición o frente a un derecho consolidado, la CSJ en sus últimas providencias ha determinado que aquella no está supeditada a dicha condición particular, que no es procedente la excepción de prescripción al seguir el precedente de la SL CSJ en sentencia reciente SL 361 de 2019, y finalmente refirió que la suscripción del formulario de afiliación de aportes voluntarios no determina el ánimo de la accionante de perpetrar algún tipo de aporte voluntario.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

La apoderada de la demandada *Colpensiones*, interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia primigenia aduciendo que en el presente asunto no obra dentro del plenario prueba contundente que permita concluir la ineficacia del acto jurídico por falta de la debida información a promotora de la Litis; indicó que la carga de la prueba le asiste a la parte demandante siguiendo el precedente jurisprudencial del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, vulnerándose así el principio de sostenibilidad financiera pues consideró que es una carga que teniendo a asumir al no haber cotizado la actora en el RPM en comparación con los afiliados que si han venido cotizando.

Por otra parte, teniendo en cuenta que la decisión de primera instancia fue desfavorable a *Colpensiones*, se debe dirimir el grado jurisdiccional de consulta, toda vez que La Nación funge como su garante.

IV. ALEGATOS:

Por pasiva, la *Administradora Colombiana de Pensiones- Colpensiones* señaló que la afiliación efectuada al RAIS por la accionante tiene plena validez y legalidad al no evidenciar ningún vicio del consentimiento, por el contrario, confesó haberse afiliado a dicha entidad existiendo la voluntad de trasladarse de régimen pensional.



A su turno la demandante, reitera que tiene derecho a que se declare la ineficacia del traslado como quiera que no le fue brindada una información clara, veraz y oportuna de lo que implicaba realizar el traslado, por lo que solicita se tenga en cuenta el precedente jurisprudencial y puntualmente la sentencia con radicación 106180 del 2 de septiembre del 2019.

V. CONSIDERACIONES:

5.1 PROBLEMA JURÍDICO:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si resulta ineficaz el traslado de régimen pensional.

5.2 DEL CASO EN CONCRETO:

Para desatar el problema jurídico planteado, debe rememorarse que tanto el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, como el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, establecen las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes allí previstos, 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, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

Asimismo, se tiene que, en protección a aquel derecho de libertad de elección de régimen, el legislador previó en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, como consecuencia de su violación, por parte del empleador o cualquier persona natural o jurídica, además de la imposición de multas por las autoridades del Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social, según el caso, el que dicha afiliación es ineficaz, acto de manifestación de voluntad que denuncia la accionante le fuera vulnerado al momento del traslado bajo estudio, al ser persuadida de trasladarse del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin informarle las consecuencias negativas de ello, por lo cual, de establecerse que en efecto no se verificó una debida asesoría que le permitiera ejercer la libre escogencia del régimen pensional, el traslado quedará sin efecto, según el precitado artículo 271 de la Ley 100 de 1993, tal y como lo estableció la Sala de



Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL19447 de 2017.

Es menester acotar que las administradoras se ubican en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la seguridad social, lo que le impone el cumplimiento de las obligaciones a su cargo entre las que se encuentra, valga reiterar, la de la debida información, que debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, ofreciendo para ello una ilustración completa y comprensible para tomar la decisión de la elección del régimen pensional, pues de no obrar en tal sentido, puede llegar a afectar el derecho irrenunciable de la seguridad social a los afiliados, la que comprende no solo el derecho en sí mismo estimado como su legítima expectativa valorativa.

Por ello, valga recordar que las AFP, como entidades financieras vigiladas por la Superintendencia Financiera y conforme al numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen. Obligación que se mantuvo con la modificación introducida por el artículo 23 de Ley 795 de 2003 e igualmente, con la Ley 1328 de 2009, respecto del régimen de protección al consumidor financiero.

Ahora bien, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, frente a la obligación de brindar información, concluyó que *“Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido”*.



En la referida providencia, también se analiza el alcance de la jurisprudencia en torno a la ineficacia del traslado, señalando que *“ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información. De hecho, la regla jurisprudencial [...] es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado. Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto”*, criterio último que recientemente se estableció como vinculante, entre otras, en la sentencia de tutela STL3199-2020, Radicación No. 58288 del 18 de marzo de 2020, en la cual se concluyó que:

“[...] las reglas jurisprudenciales sobre ineficacia del traslado no estaban condicionadas a que el afiliado perteneciera al régimen de transición, tuviera un derecho consolidado o una expectativa legítima de pensionarse, pues la Corte ya había señalado que este hecho era irrelevante”.

De igual manera, en la referida providencia, se consignó frente a la carga de la prueba, que:

“Esta Corporación en ninguna sentencia ha insinuado o expresado que la carga de la prueba del deber de información, a cargo de los fondos privados de pensiones, pueda relativizarse en función de las particularidades de cada caso o dependiendo de si el demandante es o no beneficiario del régimen de transición. Por el contrario, ha insistido en que pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento”.



En ese orden de ideas, debe acotarse que cuando se alega la nulidad y/o ineficacia del traslado del régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al Fondo de Pensiones, independientemente de las particularidades del caso o si se es o no beneficiario del régimen de transición, hechos estos últimos que resultarían irrelevantes para la aplicación del precedente antes referido.

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso se aportó el formulario de afiliación del 24 de abril de 2001 (Fls.12, 74 y 90), el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre y voluntariamente, no acredita que en efecto se haya suministrado la información oportuna y veraz, máxime que, tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *“Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado”*.

Por otra parte, en el interrogatorio de parte la accionante no confesó que se le haya suministrado la información, ni la restante prueba documental da cuenta de ello, siendo igual corroborado con el interrogatorio del parte rendido por el representante legal de *Protección S.A* al referir que para la época no era necesario dejar soporte documental sobre la información brindada al afiliado y que la única existente es el formulario de afiliación. Por tanto, por pasiva no se acreditó de manera fehaciente el haber cumplido con el deber de información.

Ahora bien, en virtud de lo anterior y visto el recurso de apelación respecto de la vulneración del principio de sostenibilidad financiera de la Entidad al declarar la ineficacia del traslado, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, e sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019, señaló:

“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». (subrayado por parte del autor)

Por lo anterior, no le existe razón a la recurrente al considerar amenazado el principio de sostenibilidad financiera, por cuanto las AFP tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales asumen los cargos que tiene que asumir el accionante al no haber cotizado en el RPM, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

Finalmente, tal como lo estableció el máximo órgano de cierre, en la sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, “la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la



posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción”, motivo por el cual también se ajusta a derecho la decisión de declarar no probada la excepción de prescripción.

Como corolario de lo anterior se confirmará en su integridad la sentencia de primera instancia. **SIN COSTAS** en esta instancia.

VI. DECISIÓN

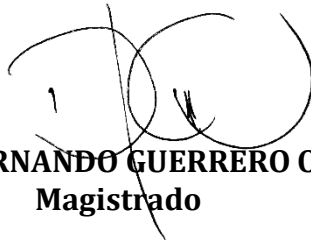
En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 06 de junio de 2019 por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá dentro del proceso de la referencia, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

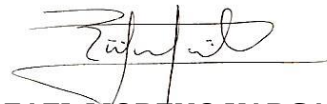
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
Sala de Decisión Laboral

Ordinario Laboral 1100131050 **15 2017 00131 02**
Demandantes: FERNANDO MIGUEL ANTONIO ZAMBRANO MOLINA
Demandados: COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A., Y PORVENIR S.A
Magistrado Ponente: **DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá, D.C., treinta (30) de julio de dos mil veinte (2020).

AUTO:

Se reconoce personería adjetiva a la profesional del derecho María Elena Fierro García, identificada con cédula de ciudadanía número 1.024.463.217 y T.P. No. 291.785 del C.S.J., como apoderada judicial de *Colpensiones*.

SENTENCIA:

Procede la Sala a desatar los recursos de apelación interpuestos por *Colpensiones*, y *Porvenir S.A.*, respecto de la sentencia proferida el 15 de mayo de 2019 por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá, y dirimir el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de *Colpensiones*, por haber sido condenada y fungir La Nación como garante.

1.- ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor *Fernando Miguel Antonio Zambrano Molina*, formuló demanda ordinaria laboral en contra de *Colpensiones*, *Protección S.A* y *Porvenir S.A.*, para que se declare la nulidad de la afiliación del régimen de prima media al régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado el 28 de junio de 2000, y en consecuencia se condene a *Porvenir S.A.* a trasladar los aportes junto con sus rendimientos, y a *Colpensiones* activar la afiliación del accionante desde el día 22 de agosto de 1988, fecha en la que se afilió al Régimen de Prima Media a través del Departamento Administrativo de Seguridad DAS, más las condenas *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:



Fundó sus pretensiones en que nació 28 de noviembre de 1955; se encontraba afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida desde el 22 de agosto de 1988 a través del DAS, hasta el 28 de junio de 2000, data en la que se trasladó de régimen sin haber recibido la información necesaria por parte del Fondo que lo afilió. Que acumula a la fecha de presentación de la demanda 1462 semanas de cotización; que radicó el 20 de febrero de 2017 derecho de petición a las accionadas solicitando el traslado de régimen pensional, la información suministrada al momento del traslado y la proyección pensional a *Protección S.A.*, solicitudes que fueron negadas a excepción de su petición de proyección pensional.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

Protección S.A., operó la *litis contestatio* (fl.138), oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones, indicando que el contrato de afiliación celebrado fue plenamente valido, no se le ocultó información y no existió vicio del consentimiento dado que los asesores están en capacidad de dar a conocer la información correspondiente, veraz y clara a fin que el afiliado tome una decisión.

Propuso y sustentó las excepciones de mérito de validez de la afiliación al RAIS con *Protección S.A.*, buena fe, prescripción de la acción para demandar la nulidad de la afiliación, inexistencia de vicio del consentimiento por error de derecho, y la innominada o genérica.

Colpensiones señaló que las pretensiones de la demanda están relacionadas con hechos ajenos a su representada, por lo que se atiene a lo que se pruebe en el proceso.

Propuso y sustentó como excepciones de mérito las que denominó prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación por falta de causa y título para pedir, cobro de lo no debido, buena fe, no configuración del derecho al pago del IPC, ni de indexación o reajuste alguno, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria y declaratoria de otras excepciones.

Por su parte, *Porvenir S.A.*, indicó que el demandante se trasladó de régimen el 28 de junio de 2000 con la *AFP Horizonte* hoy *Porvenir S.A.*, y se trasladó de AFP a *Protección S.A.*, el día 29 de enero de 2015; se opone a las pretensiones dado que el accionante no se encuentra en la actualidad activo como afiliado y que al momento de llevar a cabo la afiliación con su representada se le suministró la información precisa, clara y detallada, por lo que la afiliación se reputa como legal y válida.



Propuso y sustentó las excepciones de mérito de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa, inexistencia de algún vicio del consentimiento al haber tramitado el demandante formulario de vinculación al fondo de pensiones y la innominada o genérica.

Se dispuso la vinculación al proceso de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social UGPP en virtud de la nulidad decretada el 27 de febrero de 2019 por la Sala Segunda de decisión del Tribunal Superior de Bogotá en razón a la calidad de empleado que ostentaba el actor al interior del DAS y que se verifica a folio 160 del expediente.

La UGPP se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en la medida que desconoce los detalles del traslado y no le es dable pronunciarse sobre actuaciones administrativas ajenas a la entidad, por lo que se atiene a lo que se pruebe en el proceso; señaló que, en el evento de declararse la nulidad, la aseguradora que debe recibir los aporte es *Colpensiones*.

Interpuso las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de las obligaciones demandadas frente a la *UGPP*, prescripción, imposibilidad de condena en costas y la innominada o genérica.

II.- SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El 15 de mayo de 2019, el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá, declaró la nulidad de la vinculación de la *AFP Horizonte hoy Porvenir S.A.*, condenó a *Protección S.A.*, a trasladar los aportes o sumas que obran en la cuenta de ahorro individual del actor y a *Colpensiones* aceptar el traslado y activar la afiliación al régimen de prima media con prestación definida sin solución de continuidad; absolvió a la *UGPP*.

Para arribar a dicha conclusión, consideró que el accionante estuvo afiliado al Régimen de Prima Media, a través de la Caja Nacional de Previsión Social Cajanal, realizando aportes con el empleador Departamento Administrativo de Seguridad Nacional DAS desde el 22 de agosto de 1988 hasta el 28 de junio de 2000, fecha en la que se trasladó a *Horizonte hoy Porvenir S.A.*, sin que se acreditara que recibió la información necesaria respecto de los beneficios y desventajas del régimen de traslado, pues de la prueba documental e interrogatorio de parte, no se demuestra una situación contraria.



Para tal efecto estimó que las accionadas no cumplieron con la carga de la prueba pues no demostraron que efectuaron su deber de información al momento de afiliarlo, que el traslado entre aseguradoras dentro del mismo régimen no significa la convalidación del acto inicial del traslado y así el actor no fuera beneficiario del régimen de transición, es viable declararse la ineficacia del traslado; señaló que, en la medida que la persona no tiene el conocimiento de las consecuencias del acto que suscribe ocurre un error de hecho que vicia el consentimiento conforme lo establece el Código Civil y la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia. Asimismo, indicó que no se configura la excepción de prescripción en atención a que la declaratoria de nulidad está relacionada con el derecho a la pensión y en esa medida lo accesorio sigue la suerte de lo principal,

Finamente y como quiera que a 1 de julio de 2009 el accionante no tenía consolidado su derecho pensional conforme el artículo 4 del Decreto 2196 de 2009 y el artículo 156 de la Ley 1151 de 2007, la entidad llamada a recibir al actor es *Colpensiones*, toda vez que la *UGPP* solo responde por las obligaciones pensionales causadas al momento de la liquidación de *Cajanal*.

III.- RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

La apoderada de la demandada *Porvenir S.A.*, interpuso recurso de apelación, indicando que para la fecha del traslado *Horizonte* y *Porvenir S.A.* eran dos entidades diferentes, por lo que el único que podría dar cuenta de los hechos del demandante fue la entidad que lo afilió, y en consecuencia quien debía probar si se le suministró la información es el demandante, en atención a lo previsto en el artículo 167 del CGP; que para el año 2000, fecha en la que se efectuó su traslado, no estaba vigente la Ley 797 de 2003, por lo que la información dada en su momento fue veraz; señala que desde la fijación del litigio se habla de nulidad de traslado y no de ineficacia, situación que no es coherente con la jurisprudencia aplicada; finalmente que el actor se trasladó en el 2015 a otra AFP para buscar mejores rendimientos a pesar que en el 2013 tuvo conocimiento de las implicaciones pensionales de continuar en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

Por su parte, *Colpensiones*, interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia primigenia aduciendo que si bien es cierto que la Ley 1151 de 2007 y el Decreto 2196 de 2009 regularon que al liquidarse *Cajanal* los afiliados que no habían causado su derecho se trasladarían a *Colpensiones*, lo cierto es que para la fecha del traslado de régimen, 28 de junio de 2000, el actor ya se encontraba afiliado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad con *Horizonte* hoy *Porvenir S.A.*, razón por la cual



Colpensiones no puede aceptar la afiliación del accionante al nunca haber estado afiliado a la entidad.

Por otra parte, teniendo en cuenta que la decisión de primera instancia fue desfavorable a *Colpensiones*, se debe dirimir el grado jurisdiccional de consulta, toda vez que La Nación funge como su garante.

IV.- ALEGATOS:

El actor en el término conferido deprecia la confirmatoria de la sentencia de primera instancia, citando diversa jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, señalando que por pasiva no se acreditó el cumplimiento del deber de información.

Por su parte *Colpensiones*, señaló que no existe vicio del consentimiento, al no acreditarse el error, fuerza o dolo en el acto jurídico del traslado de régimen, por lo que solicita sea revocada la decisión de primer grado.

A su turno la UGPP, indica que el demandante no se encuentra en las hipótesis indicadas en el Decreto 2196 de 2001 que dispuso la liquidación de *CAJANAL*, indicó en su artículo 4 como regla general que se debía trasladar a los afiliados cotizantes al régimen de prima media administrado por *Colpensiones* ; por lo que en el caso que nos ocupa la entidad responsable de recibir las cotizaciones y bonos pensionales, con los rendimientos causados en caso de nulidad de traslado por parte de las AFP es *Colpensiones* y no la *UGPP* en el entendido que no es una afiliación nueva, ni las entidades en las que laboraba cesaron pues se liquidaron; puesto que debería retornar a la entidad en la que se encontraba cotizando para pensión en dicho momento que no era otra que *Cajanal*, como quedó establecido anteriormente.

V.- CONSIDERACIONES:

5.1 PROBLEMA JURÍDICO:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si resulta ineficaz el traslado de régimen pensional.

5.2 DEL CASO EN CONCRETO:



Para desatar el problema jurídico planteado, debe rememorarse que tanto el art. 11 del Decreto 692 de 1994, como el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, establecen las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes allí previstos, 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, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

Así mismo, se tiene que, en protección a aquel derecho de libertad de elección de régimen, el legislador previó en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, como consecuencia de su violación, por parte del empleador o cualquier persona natural o jurídica, además de la imposición de multas por las autoridades del Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social, según el caso, el que dicha afiliación es ineficaz, acto de manifestación de voluntad que denuncia la accionante le fuera vulnerado al momento del traslado bajo estudio, al ser persuadida de trasladarse del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin informarle las consecuencias negativas de ello, por lo cual, de establecerse que en efecto no se verificó una debida asesoría que le permitiera ejercer la libre escogencia del régimen pensional, el traslado quedará sin efecto, según el precitado artículo 271 de la Ley 100 de 1993, tal y como lo estableció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL19447 de 2017.

Es menester acotar que las administradoras se ubican en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la seguridad social, lo que le impone el cumplimiento de las obligaciones a su cargo entre las que se encuentra, valga reiterar, la de la debida información, que debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, ofreciendo para ello una ilustración completa y comprensible para tomar la decisión de la elección del régimen pensional, pues de no obrar en tal sentido, puede llegar a afectar el derecho irrenunciable de la seguridad social a los afiliados, la que comprende no solo el derecho en sí mismo estimado como su legítima expectativa valorativa.

Por ello, valga recordar que las AFP, como entidades financieras vigiladas por la Superintendencia Financiera y conforme al numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen. Obligación que se mantuvo con la modificación introducida por el artículo



23 de Ley 795 de 2003 e igualmente, con la Ley 1328 de 2009, respecto del régimen de protección al consumidor financiero.

Ahora bien, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, frente a la obligación de brindar información, concluyó que *“Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido”*.

En la referida providencia, también se analiza el alcance de la jurisprudencia en torno a la ineficacia del traslado, señalando que *“ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información. De hecho, la regla jurisprudencial [...] es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado. Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto”*, criterio último que recientemente se estableció como vinculante, entre otras, en la sentencia de tutela STL3199-2020, Radicación No. 58288 del 18 de marzo de 2020, en la cual se concluyó que:

“[...] las reglas jurisprudenciales sobre ineficacia del traslado no estaban condicionadas a que el afiliado perteneciera al régimen de transición, tuviera un derecho consolidado o una expectativa legítima de pensionarse, pues la Corte ya había señalado que este hecho era irrelevante”.

De igual manera, en la referida providencia, se consignó frente a la carga de la prueba, que:



“Esta Corporación en ninguna sentencia ha insinuado o expresado que la carga de la prueba del deber de información, a cargo de los fondos privados de pensiones, pueda relativizarse en función de las particularidades de cada caso o dependiendo de si el demandante es o no beneficiario del régimen de transición. Por el contrario, ha insistido en que pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarse el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento”.

En ese orden de ideas, debe acotarse que cuando se alega la nulidad y/o ineficacia del traslado del régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al Fondo de Pensiones, independientemente de las particularidades del caso o si se es o no beneficiario del régimen de transición, hechos estos últimos que resultarían irrelevantes para la aplicación del precedente antes referido, motivo que impele a recoger cualquier criterio que la Sala mayoritaria haya expuesto sobre este particular.

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso se aportó el formulario de afiliación con *Horizonte* del 28 de junio de 2000 (Fl. 116), formulario de afiliación con *Protección S.A.* del 29 de enero de 2015 (Fl.52), carta de validación de asesoría (fl.54), comunicados de prensa (fl.131 y 132), los cuales si bien refieren que la decisión se adoptó libre y voluntariamente, no acredita que en efecto se haya suministrado la información oportuna y veraz, máxime que, tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *“Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado”.*

Por otra parte, en el interrogatorio de parte el accionante no confesó que se le haya brindado la información necesaria al de asesoría y buen consejo a fin que tomará una decisión consiente y realmente libre sobre su futuro pensional.

Ahora bien, en cuanto al reproche de *Porvenir S.A.*, se tiene que no es dable radicar la carga de la prueba en el demandante, así el traslado primigenio se realizara por otra sociedad, máxime que conforme lo establece el artículo 178 del Código de Comercio,



la sociedad absorbente adquiere los derechos de las sociedades absorbidas y se hace cargo de sus pasivos.

En cuanto al reproche de la apoderada de *Colpensiones*, resulta relevante señalar que el numeral 1 del artículo 156 de la Ley 1151 de 2007 determinó que la *UGPP* responde de las obligaciones pensionales causadas al momento de la liquidación de Cajanal. Por su parte, el artículo 6 del Decreto 813 de 1994, señala que al liquidarse la Caja en la que se encontraba afiliado el servidor, correspondería al Instituto de Seguros Sociales hoy *Colpensiones* asumir dichas obligaciones. Es así que, ha sido pacífico y reiterado el precedente jurisprudencial que indica que *Colpensiones*, como sucesora del extinto ISS, es la Administradora competente para recibir a los afiliados del Régimen de Prima Media con Prestación Definida que estuvieran en Cajanal y que no hubieran causado su derecho pensional antes del 1 de julio de 2009, fecha en la que se suprimió la Caja mediante el Decreto 2196 de 2009, tal y como indicó la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado¹. En consecuencia, corresponde a *Colpensiones* asumir la afiliación del demandante, puesto que a 1 de julio de 2009 el actor no había consolidado su derecho pensional.

Finalmente, en virtud del grado jurisdiccional de consulta, se tiene que no resulta procedente la excepción de prescripción, tal como lo estableció el máximo órgano de cierre, en la sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, *“la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción”*.

Como corolario de lo anterior se confirmará en su integridad la sentencia de primera instancia. **SIN COSTAS** en esta instancia.

VI.- DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

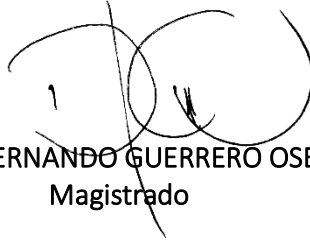
¹ 2014-00228-00, 2015-00121-00, 2016-00042-00, 2016-00048-00, 2016-00071-00, 2016-00076-00 y 2016-00206-00



PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 22 de agosto de 2019, por el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario de la referencia, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

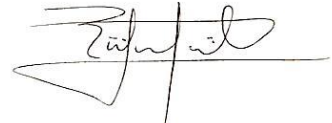
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



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

Ordinario Laboral 1100131050 23 2018 00240 01
Demandante: MARCO TULIO GUAJE GONZÁLEZ
Demandado: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-
 COLPENSIONES Y OTRO
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., treinta (30) de julio de dos mil veinte (2020).

AUTO

Atendiendo a la sustitución del poder allegada por *Colfondos S.A.*, se le reconoce personería adjetiva para actuar en calidad de apoderado de dicha entidad al Doctor *Francisco José Molano Achury* identificado con C.C No 1.023.929.755 y T.P No 313.751 y a la Doctora *Luz Marina Sánchez Achury* identificada con C.C No 1.032.464.765 y T.P No 312.347 del C.S.J.

SENTENCIA:

Procede la Sala a desatar el recurso de apelación interpuesto por *Colpensiones* y *Colfondos S.A.*, así como el grado jurisdiccional de consulta en beneficio de *Colpensiones*, respecto de la sentencia proferida el 08 de julio de 2019 por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá, toda vez que fue condenada y La Nación funge como su garante.

I-. ANTECEDENTES

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor *Marco Tulio Guaje González* formuló demanda ordinaria laboral a fin que se declare la nulidad de la afiliación efectuado en el 11 de mayo de 1994 a la *AFP Colfondos S.A.*, en consecuencia de lo anterior se le ordene a trasladar a *Colpensiones* los aportes que se encuentran en su cuenta de ahorro individual junto con los rendimientos y demás valores causados con motivo de la afiliación,



se ordene a *Colpensiones* a recibir, incluir e actualizar en su historia laboral las semanas que fueron cotizadas en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y a reconocer y pagar la pensión de vejez, se ordene a Colfondos a pagar la diferencia de las mesadas que se hayan pagado al demandante y las que resulten del reconocimiento por parte de Colpensiones, más las condena en costas y agencias en derecho y lo *ultra y extra petita*.

1.1 SUPUESTO FÁCTICO:

En respaldo de sus pretensiones expuso que efectuó cotizaciones al ISS desde abril 1976 hasta mayo de 1994; que el 11 de mayo de 1994 se afilió al RAIS administrado por *Colfondos S.A* donde efectuó aportes hasta agosto de 2014; que para tal efecto un asesor de *Colfondos S.A.* lo persuadió a realizar el traslado, indicándole que podría pensionarse anticipadamente con un monto superior al del RPM, que el Instituto de los Seguros Sociales sería liquidado, que podría perder todas sus cotizaciones y nunca pensionarse, sin informarle sobre las desventajas e implicaciones de su traslado; que para acceder a una pensión anticipada de vejez debía efectuar aportes voluntarios, reportar ingresos altos y tener en cuenta la rentabilidad de las AFP; que su mesada iba hacer inferior si seguía efectuando la mismas cotizaciones y al no generarle una proyección individualizada de cada régimen pensional.

Que en septiembre de 2014 solicitó a Colfondos la pensión anticipada de vejez, siendo reconocida formalmente el 15 de octubre de 2014; que la mesada pensional devengada es de menos de 2 SMLMV; finalmente, el 13 de abril de 2018 presentó reclamación administrativa a *Colpensiones*, lo cual fue contestada mediante oficio de 13 de abril de 2018.

1.2 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

Colpensiones operó la *litis contestatio*, oponiéndose a las pretensiones 3°, 4°, 5°, 7° y 8° de la demanda, argumentando que el actor se encuentra válidamente afiliado al RAIS administrado por *Colfondos S.A.* al suscribir el formulario de afiliación manifestando su voluntad de trasladarse, y al habersele reconocido pensión de vejez por la AFP accionada. Así mismo, frente a las pretensiones 1°, 2°



y 6° mencionó que no se opone ni se allana puesto que las mismas van dirigidas principalmente a *Colfondos S.A* sin tener injerencia.

Propuso y sustentó como excepciones de mérito las que denominó carencia de causa para demandar, prescripción, buena fe, inexistencia de derechos moratorios e indexación, validez del negocio jurídico, compensación y la innominada o genérica.

Por su parte, *Colfondos S.A.* se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda, alegando que no existe ilicitud en el objeto de la afiliación suscrita por el actor siendo plenamente eficaz al estar respaldada en la normatividad vigente, sin tener la obligación de información y buen consejo, ni la de efectuar una proyección del monto pensional.

Igualmente, refirió que el accionante no cumple con los requisitos establecidos en la sentencia SU 062 de 2010 y SU 130 de 2013 para trasladarse en cualquier tiempo, pues al 1° de abril de 1994 contaba con menos de 750 semanas; que es procedente la prohibición legal de traslado de régimen pensional al contar con 62 años de edad al momento de la contestación de la demanda; y que operó el fenómeno de la prescripción al no interponer la acción dentro de los 4 años siguientes a la suscripción del formulario de afiliación.

Propuso y sustentó como excepciones de mérito las que denominó inexistencia del derecho reclamado, inexistencia de vicios en el consentimiento que generen nulidad, prescripción, caducidad, buena fe y la innominada o genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Veintitrés Laboral Del Circuito de Bogotá, en providencia del 08 de julio de 2019, declaró la ineficacia de la afiliación o traslado del demandante al RAIS; y en consecuencia condenó a *Colfondos S.A.* a devolver a *Colpensiones* todos los valores que se hubieren recibido con motivo de la afiliación junto con los rendimientos que se hubieren causado sin la posibilidad de efectuar descuento alguno por administración ni por mesadas pensionales; declaró que el demandante se encuentra afiliado al RPM administrado por *Colpensiones*; condenó a reconocer al demandante la pensión de vejez a partir del 19 de agosto de 2018 en cuantía inicial de \$2'577.012, por 13 mesadas pensionales al año y



aplicando los reajustes anuales correspondientes; condenó a pagar al demandante las diferencias de la mesada pensional que venía cancelado *Colfondos S.A* que corresponde a los años 2018 y 2019 desde el 19 de agosto de 2018 hasta la ejecutoria de la presente sentencia y a partir de este momento cancelar de forma completa la mesada pensional. Declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas y condenó en costas a *Colfondos S.A*

Lo anterior por cuanto consideró que, al demandante se le vulneró el deber de información conforme al literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, el numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993 y el artículo 1604 del C.C., por cuanto es deber de las Administradoras de Pensiones brindar la información completa, suficiente y necesaria sobre las ventajas, desventajas, implicaciones y consecuencias que conllevaría el traslado de régimen pensional; al no cumplir la AFP accionada con la carga probatoria que le exige la ley y la jurisprudencia, pues la simple suscripción del formulario de afiliación es insuficiente; y que es procedente la ineficacia del traslado independientemente de que el promotor de la Litis no sea beneficiario del régimen de transición, ni tenga un derecho consolidado ni estar próximo a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica es frente a la validez del acto jurídico de traslado.

Igualmente, consideró el *A-quo* que el promotor de la Litis cumplió con los requisitos previstos para el reconocimiento y pago de la prestación de vejez conforme al artículo 9° de la Ley 797 de 2003, al cumplir el 18 de agosto de 2018 los 62 años de edad y contar con 1479 semanas; que la fecha de disfrute pensional corresponde al 19 de agosto de 2018, por cuanto fue la data del cumplimiento del requisito de la edad; que el IBL debía determinarse con los últimos 10 años como lo dispone el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, y que al realizar las operaciones aritméticas señaló como IBL la suma de \$3'823.460, que al aplicarle la tasa de remplazo de 67,40% arroja como primera mesada pensional para el año 2018 el valor de \$2'577.012, sobre 13 mesadas pensiones al año.

Finalmente, adujo que no operó el fenómeno de la prescripción frente a la ineficacia del traslado y sobre las mesadas pensionales dado que la misma tiene repercusiones con el reconocimiento pensional y el derecho fundamental a la seguridad social y al no superarse el término trienal a que alude el artículo 488



CST, debido a que la pensión se causó en el mes de agosto de 2018 y la demanda se presentó el 20 de abril de la misma anualidad.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

La apoderada de la demandada *Colpensiones*, interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia primigenia aduciendo que la afiliación del actor es válida puesto que suscribió el formulario de afiliación al RAIS de manera libre, voluntaria y espontánea brindándole la información necesaria para decidir el régimen pensional sin existir un error de derecho por cuanto la ignorancia de la Ley no es excusa; que al no obrar dentro del plenario prueba alguna que sustente lo expuesto por el actor frente un presunto engaño u omisión de la información se estaría vulnerando el principio de la sostenibilidad financiera, máxime cuando el accionante ya se encuentra pensionado desde el año 2014.

Por su parte *Colfondos S.A.* interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia primigenia alegando que al promotor del juicio se le brindó la información completa, suficiente y necesaria tal como se logró demostrar con el interrogatorio de parte, pues en él afirmó que se le explicaron las características de los regímenes pensionales; indicó que el demandante suscribió un contrato de reconocimiento de pensión anticipada de vejez con la AFP accionada en donde se demuestra su voluntad de pertenecer al RAIS y en la que consta que eligió una modalidad de pensión entendiendo lo que estaba signado; que el actor no era un afiliado lego, pues al momento del traslado ocupaba el cargo de revisor fiscal, demostrando conocimiento de la Ley como se evidenció en la declaración rendida, alegando que también se debería aplicar en el caso concreto el principio del desconocimiento de la Ley no es excusa al encontrarse los requisitos plasmado en la Ley 100 de 1993; que no le asiste ningún perjuicio al accionante en la medida que estuvo disfrutando desde hace 5 años de la prestación anticipada de vejez, como consta en la documental que se aporta en el expediente.

Finamente, refirió que específicamente la inconformidad del demandante radicó en la diferencia de la mesada pensional, y al declarar la ineficacia en el caso *Sub Litem* es premiarlo por cuanto se ha beneficiado de los dos regímenes pensionales no considerándose así un afiliado de buena fe, pues esperó para iniciar este proceso hasta el momento en que logró adquirir los requisitos de pensión en el



RPM, por lo anterior solicitó que debe obligársele al demandante a devolver las mesadas pensionales que ha percibido.

Por otra parte, teniendo en cuenta que la decisión de primera instancia fue desfavorable a *Colpensiones*, se debe dirimir el grado jurisdiccional de consulta, toda vez que La Nación funge como su garante.

IV. ALEGATOS:

Por pasiva, la *Administradora Colombiana de Pensiones- Colpensiones* señaló que dentro del trámite de proceso el actor no demostró la concurrencia de un vicio alguno; que no era procedente invertir la carga de la prueba en la medida que desconoce la jurisprudencia proferida, en especial la C-086 del 2016 y la T -422 de 2011 donde se concluyó la importancia de analizar la escolaridad y los conocimientos del afiliado, además que resultó el actor ser beneficiario una prestación anticipada de vejez demostrando su voluntad de permanecer afiliado a *Colfondos S.A*; que se debe declarar la existencia de un error de derecho pues la ignorancia de la Ley no sirve de excusa; y que condenarla a reconocer la prestación pensional del accionante violaría el principio de la sostenibilidad financiera del Sistema Pensional al ordenársele tener como afiliado a una persona que no ha cotizado al RPM por un periodo superior a 20 años.

Por su parte, la parte actora alegó que en el caso *Sub Judice*, no es suficiente para acreditar el deber de información por parte de *Colfondos S.A* la suscripción de formulario de afiliación, tal como lo ha decantado la jurisprudencia de la CSJ en sentencia SL 1452 de 2019, por lo que la vinculación del actor al RAIS carece de validez.

A su turno, *Colfondos S.A* en su escrito de alegaciones indica en resumen que la demandante no tiene derecho a que se declare la ineficacia del traslado, como quiera que su afiliación al RAIS fue realizada de forma voluntaria y además no es beneficiaria del régimen de transición acorde lo dispuesto en las sentencias SU - 062 de 2010 y SU - 130 de 2013.

.

V. CONSIDERACIONES:



5.1 PROBLEMA JURÍDICO:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si resulta ineficaz el traslado de régimen pensional.

5.2 DEL CASO EN CONCRETO:

Para desatar el problema jurídico planteado, debe rememorarse que tanto el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, como el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, establecen las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes allí previstos, 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, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

Asimismo, se tiene que, en protección a aquel derecho de libertad de elección de régimen, el legislador previó en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, como consecuencia de su violación, por parte del empleador o cualquier persona natural o jurídica, además de la imposición de multas por las autoridades del Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social, según el caso, el que dicha afiliación es ineficaz, acto de manifestación de voluntad que denuncia el accionante le fuera vulnerado al momento del traslado bajo estudio, al ser persuadido de trasladarse del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin informarle las consecuencias negativas de ello, por lo cual, de establecerse que en efecto no se verificó una debida asesoría que le permitiera ejercer la libre escogencia del régimen pensional, el traslado quedará sin efecto, según el precitado artículo 271 de la Ley 100 de 1993, tal y como lo estableció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL19447 de 2017.

Es menester acotar que las administradoras se ubican en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la seguridad social, lo que le impone el cumplimiento de las obligaciones a su cargo entre las que se encuentra, valga reiterar, la de la debida información, que debe comprender todas las etapas del



proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, ofreciendo para ello una ilustración completa y comprensible para tomar la decisión de la elección del régimen pensional, pues de no obrar en tal sentido, puede llegar a afectar el derecho irrenunciable de la seguridad social a los afiliados, la que comprende no solo el derecho en sí mismo estimado como su legítima expectativa valorativa.

Por ello, valga recordar que las AFP, como entidades financieras vigiladas por la Superintendencia Financiera y conforme al numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen. Obligación que se mantuvo con la modificación introducida por el artículo 23 de Ley 795 de 2003 e igualmente, con la Ley 1328 de 2009, respecto del régimen de protección al consumidor financiero.

Ahora bien, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, frente a la obligación de brindar información, concluyó que *“Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido”*.

En la referida providencia, también se analiza el alcance de la jurisprudencia en torno a la ineficacia del traslado, señalando que *“ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información. De hecho, la regla jurisprudencial [...] es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen*



pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado. Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto”, criterio último que recientemente se estableció como vinculante, entre otras, en la sentencia de tutela STL3199-2020, Radicación No. 58288 del 18 de marzo de 2020, en la cual se concluyó que:

“[...] las reglas jurisprudenciales sobre ineficacia del traslado no estaban condicionadas a que el afiliado perteneciera al régimen de transición, tuviera un derecho consolidado o una expectativa legítima de pensionarse, pues la Corte ya había señalado que este hecho era irrelevante”.

De igual manera, en la referida providencia, se consignó frente a la carga de la prueba, que:

“Esta Corporación en ninguna sentencia ha insinuado o expresado que la carga de la prueba del deber de información, a cargo de los fondos privados de pensiones, pueda relativizarse en función de las particularidades de cada caso o dependiendo de si el demandante es o no beneficiario del régimen de transición. Por el contrario, ha insistido en que pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarse el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento”.

En ese orden de ideas, debe acotarse que cuando se alega la nulidad y/o ineficacia del traslado del régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al Fondo de Pensiones, independientemente de las particularidades del caso o si se es o no beneficiario del régimen de transición, hechos estos últimos que resultarían irrelevantes para la aplicación del precedente antes referido.



Ahora bien, una vez determinado lo anterior, se debe señalar que en el presente evento se presentan como particulares que (i) el actor se encontraba cotizando a pensión desde abril de 1976, según reporte de días acreditados por Colfondos S.A. aportada al plenario (Fls.39 a 45 y 143 a 149) (ii) el actor se encontró afiliado al RPM desde el 19 de abril de 1976 al 31 de mayo de 1994, según la historia laboral aportada al plenario (Fls.97 a 100), (iii) por otra parte, el 11 de mayo de 1994, suscribió formulario de afiliación a *Colfondos S.A.* (Fls.38 y 131); (iv) el 25 de agosto de 2010 se le informó al actor que ya fue emitido el bono pensional a *Colfondos S.A.* (Fl.140), (v) el 29 de agosto de 2018 se expidió por *Colfondos S.A.* certificado donde consta que el accionante se encuentra pensionado por el Fondo de Pensiones obligatorias Colfondos retiro programado desde el 15 de octubre de 2014 (fl.141) el cual se corrobora mediante oficios del 9 de febrero de 2018 (fls. 48 a 49) y 9 de abril de 2018 (fls.51) emitidos por Colfondos donde se le informa al accionante que su pensión fue reconocida formalmente el 15 de octubre de 2014, que la misma fue calculada teniendo en cuenta el bono pensional: (vi) frente al reconocimiento de la pensión de vejez, el actor dejó de ostentar la calidad de afiliado, pues se consolidó el derecho pensional; y (vii) el 21 de agosto de 2018 se expidió por Colfondos Reporte de pagos de pensión por estado (Fls.150 a 151) donde consta que en el periodo de octubre de 2014 se le canceló al actor el retroactivo pensional por \$562.663 y mesada pensional de \$1'205.706 la cual se corrobora con liquidación de mes de noviembre de 2014 (fl.141) donde se señala que se canceló la mesada de octubre por \$ 1'205.706 y noviembre \$1'205.706 descontando el pago a la EPS.

Condición de afiliado y pensionado:

Inicialmente debe acotarse que la ineficacia del traslado, opera para quienes, ostentando la calidad de *afiliados*, hayan suscrito el respectivo formulario, sin que la AFP haya cumplido en debida forma la obligación de información y asesoría que les corresponde, relación de *afiliación* que es la que otorga el ingreso del trabajador dependiente o independiente en el sistema de seguridad social integral, y de la cual surgen derechos y obligaciones de seguridad social. La Corte Constitucional en sentencia T-235 de 2002, señaló que “*La precisión del concepto “afiliación” también se encuentra en la teoría de la seguridad social. Tratándose de pensión de jubilación, la afiliación es un acto que se produce una sola vez en la vida*



del interesado, al ingresar al trabajo, por consiguiente, la afiliación no es repetible, es vitalicia. Habrá, como es obvio, situaciones en las que se está trabajando (a esto se denomina “alta”, y aquéllas en que no lo está (se denomina “baja”).

Ahora bien, el accionante al haber aceptado la pensión que le fuera reconocida por Colfondos S.A., dejó de ostentar la calidad de afiliado, para consolidarse en su favor la condición de *pensionado* por vejez en los términos y modalidades seleccionadas en el RAIS. Se debe señalar que las calidades de *afiliado* y *pensionado* resultan relevantes en materia pensional, entre otros aspectos, por cuanto ha sido una consideración en materia de movilidad en el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones. En efecto, *verbi gratia*, el artículo 107 de la Ley 100 de 1993, permite la transferencia voluntaria del valor de la cuenta individual de ahorro pensional a otro plan de capitalización o trasladarse a otra entidad administradora, evento que opera bajo la condición que el afiliado *“no haya adquirido la calidad de pensionado”*, normativa que fue declarada exequible en la sentencia C-841 2003, señalando que *“Permitir el traslado de una entidad administradora de pensiones a otra, una vez se ha adquirido la calidad de pensionado puede poner en riesgo la sostenibilidad del sistema, aumentar los costos de los servicios administrativos y financieros, y desestimular la obtención de mayores niveles de rentabilidad a través de inversiones de mediano y largo plazo, dado que la posibilidad de traslado quedaría sujeta al capricho del pensionado”*.

En ese orden de ideas, estima la Sala en este evento que el hecho de haber solicitado y aceptado la pensión de vejez en el RAIS, hizo perder la calidad de afiliado, aunado a ello que dicho reconocimiento data del mes de octubre de 2014, disfrutando de la pensión que le fuera otorgada durante aproximadamente tres (3) años y seis (6) meses hasta la presentación de la demanda, tiempo durante el cual se benefició de la prestación económica, por lo que no se puede estimar que su derecho pensional se haya restringido o conculcado.

Por otra parte, debe referirse que los precedentes de la SL CSJ en materia de personas que habían adquirido el derecho pensional, contienen supuestos fácticos diferentes del presente evento. En efecto, la SL CSJ en sentencia con Radicación No. 31314, del 9 de septiembre de dos 2008, trató el caso de un pensionado quien se trasladó del RPM al RAIS cuando había cumplido 62 años de edad, y se encontraba, por ende, en la prohibición legal de trasladarse, situación fáctica



disímil del presente evento, en el cual, el accionante verificó el traslado cuando le faltaban más de 24 de años de edad para poder acceder a la prestación de vejez.

En el presente evento el accionante para la fecha del traslado no le existía prohibición legal de verificar el traslado, al faltar más de 24 años para llegar a la edad mínima para acceder al reconocimiento pensional en el RPM, pese a lo cual, la actora aceptó libre y voluntariamente la pensión ofrecida por Colfondos S.A. en la modalidad de retiro programado, de la cual incluso disfrutó por espacio aproximado de tres (3) años y seis (6) meses antes de la presentación de la demanda.

De igual manera, la SL CSJ en sentencia Radicación No. 31989, del 9 de septiembre de 2008, también se analizó el caso de una persona que había adquirido la pensión de vejez en el RAIS, señalando que *“es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; en asunto neurálgico, como era el cambio de régimen de pensiones, **de quien ya había alcanzado el derecho a una pensión en el sistema de prima media**, su obligación era la de anteponer a su interés propio de ganar un afiliado, la clara inconveniencia de postergar el derecho por más de cinco años, bajo la advertencia de que el provecho de la pensión a los sesenta años, era solo a costa de disminuir el valor del bono pensional, castigado por su venta anticipada a la fecha de redención”*, supuesto fáctico que también es disímil del presente evento, pues se reitera, el accionante no había consolidado su derecho a la pensión de vejez, al faltar 24 años de edad, para la fecha del traslado en 1994.

En ese orden de ideas, estima la Sala que, en el presente evento la acción no está encaminada por un afiliado, sino por quien ya alcanzó el derecho pensional, verificándose el traslado cuando le faltaban más de 24 años para la edad mínima, por lo cual no existía una prohibición legal como acontece en los antecedentes jurisprudenciales antes esbozados, por lo cual, al haber aceptado la pensión por Colfondos S.A. y haber incluso mediando su consentimiento al suscribir el contrato de administración de mesadas pensionales bajo la modalidad de retiro programado con Colfondos S.A. previo al cálculo de la oferta de retiro programado realizado por el Fondo de Pensiones, se tiene que adquirió el estatus de pensionado e incluso se benefició de la pensión durante aproximadamente tres (3) años y seis (6) meses antes de incoar la acción judicial.



Como corolario de lo anterior se revocará en su integridad la sentencia de primera instancia, para en su lugar absolver a las accionadas de las pretensiones demandatorias. **SIN COSTAS** en esta instancia.

VI. DECISIÓN

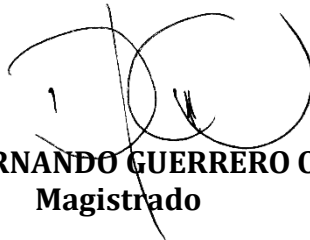
En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 8 de julio de 2019 por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá dentro del proceso de la referencia. y en su lugar **ABSOLVER** a las demandadas de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por parte del señor *Marco Tulio Guaje González*, conforme a lo expuesto en la parte motiva de la providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia. Las de primera a cargo de la parte demandante.

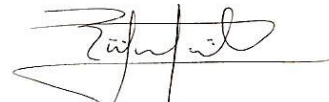
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



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

Ordinario Laboral 1100131050 27 2017 00628 01
Demandante: ANDRÉS ALBERTO CONDE ZAMORANO
Demandado: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-
 COLPENSIONES Y OTRO
Magistrado Ponente: **DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., treinta (30) de julio de dos mil veinte (2020).

AUTO

Teniendo en cuenta la sustitución del poder allegada por Colpensiones, se le reconoce personería adjetiva para actuar al Doctor Andrés Zahir Carrillo Trujillo, identificado con C.C 1.082.915.789 y T.P 267.746 del C.S.J.

SENTENCIA:

Procede la Sala a desatar el recurso de apelación interpuesto por *Colpensiones*, así como el grado jurisdiccional de consulta en beneficio de la misma, respecto de la sentencia proferida el 18 de junio de 2019 por el Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá, toda vez que fue condenada y La Nación funge como su garante.

I-. ANTECEDENTES

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor *Andrés Alberto Conde Zamorano* formuló demanda ordinaria laboral a fin que se declare la resolución del contrato de administración de aportes pensionales efectuado el 9 de mayo de 1995 con la *AFP Protección S.A* por incumplimiento del deber de información; en consecuencia de lo anterior se declare que debe retornar al *RPM*, se ordene trasladar a *Colpensiones* los aportes que se encuentran en su cuenta de ahorro individual junto con los rendimientos y demás sumas entregadas como aporte pensional, así como las diferencias económicas que surjan para asegurar la financiación de su pensión, y se declare cancelar las agencias en derecho más las condenas *ultra y extra petita*.



1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

En respaldo de sus pretensiones expuso que estuvo afiliado al *RPM* administrado por el ISS hoy *Colpensiones* hasta 1995; que el 9 de mayo de 1995 se afilió a *Protección S.A.*, previo a recibir por medio de los medios de comunicación y los agentes de las *AFP*, información generalizada acerca del RAIS y sin ninguna preparación profesional para entender las alternativas financieras, siendo engañado en que podría alcanzar un retiro pensional digno, que las finanzas del ISS eran débiles y no se conocía si las reservas sería suficientes, por lo que podría pensionarse anticipadamente cuando hubiese ahorrado un 110% del capital con un salario mínimo, sin informarle sobre las desventajas de su traslado, las condiciones que debía tener para alcanzar los beneficios en el RAIS, el capital que debería tener ahorrado, y sin una proyección individualizada de cada régimen pensional.

Que durante los 22 años en que estuvo afiliado a *Protección S.A.* cumplió con su deber de efectuar oportunamente sus aportes pensionales, mientras que la *AFP* accionada incumplió con su deber de información al no entregarle de manera exacta, completa, oportuna, clara y sencilla las expectativas de su pensión; que por motivación propia solicitó a *Protección S.A.* su realidad pensional, quien mediante respuesta del 22 de julio de 2017 y del 25 de julio de la misma anualidad, no atendió satisfactoriamente su requerimiento pues no reflejó la proyección del monto de su mesada pensional año tras año, en cambio informó que los factores a los cuales se debe las proyecciones, difieren de acuerdo a los movimientos del mercado y a la mayor y menor rentabilidad del capital, demostrando así la limitada información que se le ha brindado. Finalmente, alegó que recibió de la *AFP* accionada algunos extractos, no obstante, de su contenido es no es dable conocer las condiciones pensionales.

1.2 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

Colpensiones operó la *litis constestatio*, oponiéndose a las pretensiones de la demanda, argumentando que de acuerdo a las pruebas aportadas al proceso el actor se encuentra válidamente afiliado al RAIS, al no existir una expectativa



legítima al momento de su traslado, estando inmerso en la causal de prohibición de traslado consagrada en la Ley 797 de 2003 al contar con 59 años de edad.

Refirió que la afiliación del accionante tiene plena validez, siendo así evidente con la suscripción del formulario de afiliación sin que mediara vicio alguno o falta de información; que las consecuencias de su traslado se encuentran consignadas en el artículo 59 de la Ley 100 de 1993 sin que sea dable beneficiarse de su propia incuria, y que se encuentra saneada la afiliación suscrita por el actor al dejar fenecer el término para demandar la rescisión del contrato.

Propuso y sustentó como excepciones de mérito las que denominó inexistencia de la obligación, error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción, imposibilidad jurídica para cumplir con las pretensiones pretendidas y la innominada o genérica.

Por su parte, *Protección S.A.* se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda, alegando en primer lugar que la afiliación efectuada por el accionante al RAIS no consistió en un contrato bilateral, sino en un acto jurídico creado, determinado y caracterizado por la Ley 100 de 1993 sin que sea posible cambiar sus lineamientos, cumpliendo así con sus obligaciones legales con el afiliado.

Igualmente, adujo que el actor se afilió de manera libre y voluntaria al RAIS sin configurarse algún vicio del consentimiento por omisión de información, debido a que no manifestó inconformidad alguna, no solicitó asesoría sobre el particular, ni tampoco es beneficiario del régimen de transición conforme a los postulados establecidos en la sentencia SU-062 de 2010.

Propuso y sustentó como excepciones de mérito las que denominó cumplimiento por parte de Protección de sus obligaciones como Administradora de Fondo de Pensiones, validez de la relación jurídica establecida entre las partes, prescripción y la genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Veintisiete Laboral Del Circuito de Bogotá, en providencia del 18 de junio de 2019, declaró la ineficacia del traslado del demandante del RPM al RAIS;



y en consecuencia condenó a *Protección S.A.* a devolver todos los valores que se hubiere recibido del demandante como cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos, frutos e intereses generados en su cuenta de ahorro individual; ordenó a *Colpensiones* a afiliar nuevamente al demandante en el RPM y recibir los valores que devuelva *Protección S.A.* Declaró no probada la excepción de prescripción, error de derecho no vicia el consentimiento, inexistencia de la obligación, validez de la relación jurídica entre las partes y cumplimiento por parte de *Protección* de sus obligaciones propuestas por las demandadas.

Lo anterior por cuanto consideró que *Protección S.A.* incumplió con el deber de proporcionar una información clara y completa al actor conforme al literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en la medida que no cumplió con la carga de la prueba de acreditar la asesoría brindada al afiliado al momento de solicitar el traslado de régimen, pues la simple suscripción del formulario de afiliación no determina cuales fueron los términos de la asesoría que es su momento ofreció al accionante.

Refirió que frente a la línea jurisprudencial referida a los beneficiarios del régimen de transición o frente a un derecho consolidado, la Corte Suprema de Justicia, en sus últimas providencias ha determinado que aquella no está supeditada a dicha condición particular, sino que se debe analizar si se cumplió con el deber de información en el momento de la afiliación. Finalmente, concluyó que no es procedente la excepción de prescripción por cuanto las acciones que van encaminadas a obtener la ineficacia no están sometidas al término trienal por tratarse de un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Colpensiones interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia primigenia aduciendo que en el presente asunto no es posible afirmar la existencia de una falta de información de la AFP accionada en contra del actor, en la medida que al ser la Ley 100 de 1993 una norma de carácter público era obligación del afiliado conocerla; que tampoco es válido afirmar que el formulario de afiliación no es suficiente para demostrar la asesoría brindada, pues para la época era el documento que habían establecido la Ley para poder realizar cualquier tipo de trámite respecto del traslado del régimen pensional, y que al suscribirlo se daba



por parte de quien lo firmaba que el mismo había sido asesorado respecto de las características propias del RAIS.

Por otra parte, teniendo en cuenta que la decisión de primera instancia fue desfavorable a *Colpensiones*, se debe dirimir el grado jurisdiccional de consulta, toda vez que La Nación funge como su garante.

IV. ALEGATOS:

Por pasiva, la *Administradora Colombiana de Pensiones- Colpensiones* señaló que al momento de la afiliación al RAIS el accionante no hizo uso de la figura del retracto dejando para ese momento con plenos efectos su elección al régimen pensional; que a pesar de que se encontraba frente a una mera expectativa, aquel que no contaba con la edad para regresar al RPM en cualquier tiempo; que en el presente asunto no se evidencia error como vicio del consentimiento y el actor no alegó la nulidad de la afiliación dentro de los cuatro años siguientes para deprecar la rescisión.

Así mismo, alegó que frente a la carga de la prueba dentro de un proceso judicial la misma debe estar fundada en los pilares de la solidaridad, equidad y buena fe procesal, razón por la cual no es procedente obligar a que toda la carga de la prueba recaiga exclusivamente en el Fondo de Pensiones, sin que exista un esfuerzo procesal en cabeza del demandante. Finalmente, determinó que la declaración injustificada de ineficacia del traslado de un afiliado del RPM a RAIS afecta la sostenibilidad financiera del Sistema General de Pensiones, y pone en peligro el derecho fundamental a la seguridad social de los demás afiliados.

A su turno, la parte actora solicita que se confirme la decisión del A Quo teniendo en cuenta el precedente jurisprudencial y como quiera que dentro del proceso se acreditó (i) que la demandante nació el 22 de febrero de 1958 y se afilió al régimen de prima media con prestación definida en 1.977, (ii) Que para el 1° de abril de 1994 el demandante tenía 619 semanas. (iii) que a 2017 tenía cotizadas 1839 semanas. (iv) que en protección cotizó un total de 993 semanas. (v) que actualmente es cotizante activo.

V. CONSIDERACIONES:

5.1 PROBLEMA JURÍDICO:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si resulta ineficaz el traslado de régimen pensional.

5.2 DEL CASO EN CONCRETO:

Para desatar el problema jurídico planteado, debe rememorarse que tanto el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, como el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, establecen las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes allí previstos, 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, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

Asimismo, se tiene que, en protección a aquel derecho de libertad de elección de régimen, el legislador previó en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, como consecuencia de su violación, por parte del empleador o cualquier persona natural o jurídica, además de la imposición de multas por las autoridades del Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social, según el caso, el que dicha afiliación es ineficaz, acto de manifestación de voluntad que denuncia el accionante le fuera vulnerado al momento del traslado bajo estudio, al ser persuadido de trasladarse del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin informarle las consecuencias negativas de ello, por lo cual, de establecerse que en efecto no se verificó una debida asesoría que le permitiera ejercer la libre escogencia del régimen pensional, el traslado quedará sin efecto, según el precitado artículo 271 de la Ley 100 de 1993, tal y como lo estableció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL19447 de 2017.

Es menester acotar que las administradoras se ubican en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la seguridad social, lo que le impone el cumplimiento de las obligaciones a su cargo entre las que se encuentra, valga reiterar, la de la debida información, que debe comprender todas las etapas del



proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, ofreciendo para ello una ilustración completa y comprensible para tomar la decisión de la elección del régimen pensional, pues de no obrar en tal sentido, puede llegar a afectar el derecho irrenunciable de la seguridad social a los afiliados, la que comprende no solo el derecho en sí mismo estimado como su legítima expectativa valorativa.

Por ello, valga recordar que las AFP, como entidades financieras vigiladas por la Superintendencia Financiera y conforme al numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen. Obligación que se mantuvo con la modificación introducida por el artículo 23 de Ley 795 de 2003 e igualmente, con la Ley 1328 de 2009, respecto del régimen de protección al consumidor financiero.

Ahora bien, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, frente a la obligación de brindar información, concluyó que *“Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido”*.

En la referida providencia, también se analiza el alcance de la jurisprudencia en torno a la ineficacia del traslado, señalando que *“ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información. De hecho, la regla jurisprudencial [...] es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen*



pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado. Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto”, criterio último que recientemente se estableció como vinculante, entre otras, en la sentencia de tutela STL3199-2020, Radicación No. 58288 del 18 de marzo de 2020, en la cual se concluyó que:

“[...] las reglas jurisprudenciales sobre ineficacia del traslado no estaban condicionadas a que el afiliado perteneciera al régimen de transición, tuviera un derecho consolidado o una expectativa legítima de pensionarse, pues la Corte ya había señalado que este hecho era irrelevante”.

De igual manera, en la referida providencia, se consignó frente a la carga de la prueba, que:

“Esta Corporación en ninguna sentencia ha insinuado o expresado que la carga de la prueba del deber de información, a cargo de los fondos privados de pensiones, pueda relativizarse en función de las particularidades de cada caso o dependiendo de si el demandante es o no beneficiario del régimen de transición. Por el contrario, ha insistido en que pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento”.

En ese orden de ideas, debe acotarse que cuando se alega la nulidad y/o ineficacia del traslado del régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al Fondo de Pensiones, independientemente de las particularidades del caso o si se es o no beneficiario del régimen de transición, hechos estos últimos que resultarían irrelevantes para la aplicación del precedente antes referido.



Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso se aportó el formulario de afiliación del 09 de mayo de 1995 (Fls. 24), el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre y voluntariamente, no acredita que en efecto se haya suministrado la información oportuna y veraz, máxime que, tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *“Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado”*.

Por otra parte, en el interrogatorio de parte el accionante no confesó que se le haya suministrado la información, ni la restante prueba documental da cuenta de ello. Por tanto, por pasiva no se acreditó de manera fehaciente el haber cumplido con el deber de información.

Ahora bien, en virtud de lo anterior, respecto de la condena a la devolución de todos los saldos existentes en la cuenta individual de la actora, incluidos los gastos de administración y las primas de la aseguradora, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló:

“La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

“Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora esta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.”



De igual manera, en sentencia SL638-2020, Radicación No. 70050 del 26 de febrero de 2020, refirió:

“Respecto a los efectos que produce la ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, encuentra la Sala que estos consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, lo que aparece que Colfondos S.A. deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales”.

Por lo anterior, al estimarse como nunca realizado el traslado, no existe razón para que *Porvenir S.A.*, no verifique la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores ni las primas de seguros, los cuales, deben retornar de manera íntegra a *Colpensiones*, pues dichos montos pertenecen al Sistema general de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión.

Finalmente, tal como lo estableció el máximo órgano de cierre, en la sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, *“la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción”*, motivo por el cual también se ajusta a derecho la decisión de declarar no probada la excepción de prescripción.

Como corolario de lo anterior se confirmará en su integridad la sentencia de primera instancia. **SIN COSTAS** en esta instancia.

VI. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:



PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 18 de junio de 2019 por el Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá dentro del proceso de la referencia, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



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

Ordinario Laboral 1100131050 38 2017 00594 01
Demandante: HELIDA VIUCHE CARRILLO
Demandado: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-
 COLPENSIONES Y OTRO
Magistrado Ponente: **DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., treinta (30) de julio de dos mil veinte (2020).

SENTENCIA:

Procede la Sala a desatar el recurso de apelación interpuesto por *Colfondos S.A* y *Colpensiones*., así como el grado jurisdiccional de consulta en beneficio de Colpensiones, respecto de la sentencia proferida el 23 de julio de 2019 por el Juzgado Treinta y ocho Laboral del Circuito de Bogotá, toda vez que fue condenada y La Nación funge como su garante.

I-. ANTECEDENTES

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora *Helida Viuche Carrillo* interpuso demanda ordinaria laboral a fin que se declare el traslado a *Colpensiones* a partir del 4 de noviembre de 2003, data en que suscribió el formulario de vinculación al Sistema General de Pensiones; en consecuencia de lo anterior se traslade por parte de *Colfondos S.A* los aportes efectuados entre noviembre de 2003 a la fecha de presentación de la demanda y los que se realice con posterioridad, se condene a la demandada a las costas y agencias en derecho más las condenas ultra y extra petita.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

En respaldo de sus pretensiones expuso que nació el 08 de noviembre de 1959; que a partir del 01 de septiembre de 1979 se afilió al ISS hoy Colpensiones; que el 31 de marzo de 1995 ingresó a laborar en la Secretaría Distrital de Integración Social hasta la actualidad, donde efectuó aportes a la Caja de Previsión Social del Distrito desde el 31 de marzo al 31 de diciembre de 1995, y posteriormente cotizó



al ISS desde el 01 de enero de 1996 al 30 de septiembre de 1999; que el 13 de septiembre de 1999 se afilió a *Colfondos S.A* donde realizó aportes entre el 01 de octubre de 1999 a 30 de noviembre de 2003; que el 4 de noviembre de la misma anualidad radicó con su empleador ante el ISS Formulario de vinculación del Sistema General de Pensiones solicitando el traslado de régimen, en virtud de la amnistía establecida en el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, confirmándose su solicitud al mes siguiente de su radicación pues ninguna de la Administradoras de Pensiones le comunicaron ausencia o incumplimiento de algún requisito establecido en el artículo 12 del Decreto 692 de 1994.

Refirió que el 14 de octubre de 2010, *Colfondos S.A* le informó que el 8 de diciembre de 2003 se rechazó la solicitud de traslado por no cumplir el término de permanencia de 5 años, omitiéndose así considerar que el traslado de régimen pensional se efectuó acogiéndose a la admitía prevista en el artículo 2° de la Ley 797 de 2003; que desde el 01 de diciembre de 2003, la entidad donde laboraba realizó los aportes a pensión al ISS hoy *Colpensiones*; que el 16 de septiembre de 2014, la Secretaria de Integración Social le informó que se encuentra válidamente afiliada a *Colfondos S.A*, y solicitó autorización para confirmar su afiliación a la AFP accionada, respondiendo no autorizar el pago de los aportes a *Colfondos S.A*.

Mencionó que el 23 de octubre de 2014 solicitó a *Colpensiones* hacer efectivo el traslado de régimen desde el mes de noviembre de 2003 y que se le expidiera copia del formulario de afiliación de la misma anualidad, sin recibir respuesta alguna; que el 9 de enero de 2015 *Colpensiones* le hace entrega del formulario de afiliación radicado en el año 2003; que el 14 de marzo de 2016 radicó petición a *Colfondos S.A* solicitando se valide el traslado pensional, contestando de forma negativa a su requerimiento; y finalmente, el 9 de agosto de 2016 solicitó nuevamente a *Colpensiones* validar su traslado de régimen, rechazado su petición.

1.2 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

Colpensiones operó la *litis constestatio*, oponiéndose a las pretensiones de la demanda, argumentando que el traslado del RPM al RAIS se efectuó con la plena voluntad de la actora al suscribir el formulario de afiliación y al no demostrarse una expectativa legítima para pensionarse por cuanto no contaba con 15 años de servicio cotizados a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993.



Igualmente, adujo que frente al año de gracia preceptuado en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, la accionante no se enmarca en la citada norma pues la misma desconoció el tiempo mínimo de permanencia al encontrarse válidamente afiliada al RAIS eximiéndose de responsabilidad en el caso de demostrarse la veracidad de dicha solicitud.

Propuso y sustentó como excepciones de mérito las que denominó inexistencia de la obligación, buena fe, prescripción, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas y la innominada o genérica.

Por su parte, *Colfondos S.A.* se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda, alegando que no existe ilicitud en el objeto de la afiliación suscrita por la actora siendo plenamente eficaz al estar respaldada en la normatividad vigente, sin tener la obligación de información y buen consejo, ni la de efectuar una proyección del monto pensional; que no cumple con los requisitos establecidos en la sentencia SU 062 de 2010 y SU 130 de 2013 para trasladarse en cualquier tiempo, pues al 1° de abril de 1994 contaba con menos de 750 semanas; que es procedente la prohibición legal de traslado de régimen pensional al contar con 62 años de edad al momento de la contestación de la demanda; y que operó el fenómeno de la prescripción al no interponer la acción dentro de los 4 años siguientes a la suscripción del formulario de afiliación.

Igualmente adujo que frente al formulario de afiliación radicado el 4 de noviembre de 2003, la promotora de la Litis se encontraba incurso en la prohibición legal de trasladarse al no contar con los 5 años de permanencia en el RAIS y al faltarle más de 10 años para cumplir la edad para acceder al derecho pensional, conforme al artículo 1° del Decreto 3800 de 2003.

Propuso y sustentó como excepciones de mérito las que denominó inexistencia del derecho reclamado, inexistencia de vicios en el consentimiento que generen nulidad, prescripción, caducidad, buena fe y la innominada o genérica.



II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta y Ocho Laboral Del Circuito de Bogotá, en providencia del 23 de julio de 2019, declaró que la demandante en el periodo comprendido entre el 14 de septiembre de 2004 y el 7 de noviembre de 2006, se encontraba habilitada para tramitar su traslado del RAIS al RPM y que por culpa de las Administradoras de Pensiones no la enteraron del rechazo de la solicitud de traslado de 2003, impidiéndole a retornar al RPM; en consecuencia, ordenó a las demandadas a realizar las gestiones administrativas y presupuestales pertinentes para trasladarla del RAIS al RPM; ordenó a *Colpensiones* una vez efectivizado el traslado a proceder actualizar la historia laboral de la demandante. Declaró improcedentes las excepciones propuestas y condenó a las demandadas al pago de costas.

Lo anterior por cuanto consideró que el traslado de régimen efectuado por la actora a través del formulario de afiliación del 04 de noviembre de 2003, no se encuentra dentro del año de gracia establecido en el artículo 2° de la Ley 797 de 2003 ni del Decreto 3800 de la misma anualidad, en la medida que para el 28 de enero de 2004 la actora contaba con 44 años de edad, no estando así dentro de los 10 años anteriores al cumplimiento de la edad.

No obstante, refirió el *A-quo* que dentro del plenario brilló por su ausencia constancia del envío efectivo a la accionante o al empleador del rechazo la solicitud de traslado de régimen pensional efectuado en el año 2003, incumpliendo lo previsto en el artículo 12 del Decreto 692 del 1994, trayendo como consecuencia que la demandante no pudiera diligenciar nuevamente una solicitud en el lapso comprendido entre septiembre de 2004 y noviembre de 2006 previo a cumplir 47 años de edad.

Así mismo, señaló que no se encuentra dentro del expediente lo manifestado por *Colfondos* en comunicación del 14 de agosto de 2010 frente al comité de multiviculación, en cambio sí se evidencia dentro del paginario la historia laboral expedida por *Colpensiones* donde se encuentra que a partir del ciclo del diciembre de 2003 hasta el 2014 anotación de "no vinculado traslado al RAIS" y con anotación "aporte devuelto por estar vinculado a Colfondos S.A.", precisando en tal contexto que bajo el principio de la buena fe y teniendo la demandante los comprobantes de nómina donde le descontaba el empleador con destino al ISS. se



dejó efectivamente demostrado la falta de conocimiento de la promotora de la Litis de no haberse efectuado válidamente el traslado de régimen al RPM

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

La apoderada de la demandada *Colfondos S.A.*, interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia primigenia aduciendo que cumplió con lo previsto con la Ley 797 de 2003 y el Decreto 3800 de la misma anualidad, por cuanto a la demandante no le era aplicable el periodo de gracia al faltarle más de 10 años para cumplir la edad para pensionarse; y que es procedente el fenómeno prescriptivo al no estarse debatiendo la adquisición de una prestación pensional y al encontrarse probado que la accionante conocía desde el año 2010 que su afiliación fue rechazada teniendo 9 años para iniciar la acción.

Por su parte, la demandada *Colpensiones* formuló recurso de apelación frente a la sentencia de primera instancia alegando que no es válida la afiliación realizada por la actora en el 2003 como quiera que no se acreditaron los presupuestos necesarios para poder trasladarse según la Ley 797 de 2003, ni ser beneficiaria del año de gracia al no acreditar 10 años o menos para adquirir el derecho pensional, pues la legislación estableció lo anteriormente señalado para evitar la descapitalización del Fondo común del RPM.

Por otra parte, teniendo en cuenta que la decisión de primera instancia fue desfavorable a *Colpensiones*, se debe dirimir el grado jurisdiccional de consulta, toda vez que La Nación funge como su garante.

IV. ALEGATOS:

Por pasiva, la *Administradora Colombiana de Pensiones- Colpensiones* señaló que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición legal de traslado establecida en la Ley 797 de 2003 por cuanto a la fecha cuenta con 58 años de edad y es la *AFP Colfondos S.A* la que tiene la obligación de verificar si la accionante cumple o no con los requisitos establecidos en la sentencia SU 062 de 2010 para aprobar el traslado.

Por su parte, *Colfondos S.A* refirió que el formulario de afiliación radicado el 4 de noviembre de 2003, la promotora de la Litis se encontraba incurso en la



prohibición legal de trasladarse al no contar con los 5 años de permanencia en el RAIS y al faltarle más de 10 años para cumplir la edad de pensión, conforme al artículo 1° del Decreto 3800 de 2003. Así mismo, manifestó que la accionante no cumple con los requisitos establecidos en la sentencia SU 062 de 2010 y SU 130 de 2013 para trasladarse en cualquier tiempo, pues al 1° de abril de 1994 contaba con menos de 750 semanas, y que operó el fenómeno prescriptivo al no interponer la acción dentro de los 4 años siguientes a la suscripción del formulario de afiliación.

Finalmente, la parte actora mencionó que el traslado de régimen efectuado el 04 de noviembre de 2003 al RPM tiene plena validez tal como lo ordenó el Juez primigenio, en la medida que dentro del mes siguiente no se hizo ninguna observación como lo establece el artículo 12 del Decreto 692 de 1994.

V. CONSIDERACIONES:

5.1 PROBLEMA JURÍDICO:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si la accionante se encuentra dentro del año de gracia preceptuado en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003

5.2 DEL CASO EN CONCRETO:

Previo a descender sobre el problema jurídico, se encuentra por fuera de toda discusión los supuestos facticos relativos a que la demandante nació el 8 de noviembre de 1959 tal como consta en la cédula de ciudadanía (fl.7), que la actora realizó aportes al ISS hoy Colpensiones desde el 01 de enero de 1996 al 30 de septiembre de 1999 y que el 13 de septiembre de la misma anualidad se trasladó al RAIS administrado por *Colfondos S.A.*

Sin embargo, lo que solicita la accionante es tener como válido el traslado al RPM efectuado el 4 de noviembre de 2003 al radicar junto con su empleador ante el ISS el formulario de vinculación o actualización al Sistema General de Pensiones por haberse acogido a la amnistía preceptuada en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, máxime al no recibir durante el mes siguiente a la solicitud el rechazo del mismo como los dispone el artículo 12 del Decreto 692 de 1994.



Para desatar el problema jurídico planteado, debe rememorarse que el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, establece que los afiliados al Sistema General de Pensiones podrán escogerse el régimen de pensiones que prefieran, y que una vez efectuada la selección inicial, estos sólo podrán trasladarse de régimen por una sola vez cada cinco (5) años, contados a partir de la selección inicial. Adicionalmente, señala que después de un (1) año de la vigencia de la presente Ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la prestación de vejez.

En igual sentido, se debe memorar que el gobierno Nacional por medio del Decreto 3800 de 2003, reglamentó el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, el cual en su artículo 1° determinó que las personas a las que, al 28 de enero de 2004, les faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez, podrán trasladarse por una única vez, entre el Régimen de Prima Media con Prestación Definida y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, hasta dicha fecha. Como lo ha reconocido la Sala Laboral del a H. Corte Suprema de Justicia, entre otras en sentencia SL-16356 del 2016, en la cual indicó:

*“Finalmente, no sobra aclarar en relación con algunas normas mencionadas en los diferentes cargos que: i) el Decreto 3995 de 2008 regula los conflictos de multiafiliación existentes al 31 de diciembre de 2007, situación que no se da en el presente caso, teniendo en cuenta que el traslado válido al régimen de ahorro individual se dio el 1 de abril de 2008; ii) **El Decreto 3800 de 2003 regula en su artículo 1 los traslados que durante el año de gracia contemplado en la Ley 797 de 2003, es decir, entre enero de 2003 y enero de 2004, se dieron sobre personas que le faltaban 10 años o menos para alcanzar la edad mínima de pensión y, iii) el Decreto 1161 de 1994 regula el retracto, derecho que no fue planteado en la demanda inicial.**” (Negrillas fuera de texto)*

Siendo del caso precisar que si bien el Consejo de Estado declaró la nulidad parcial del mentado Decreto lo fue únicamente en lo tocante a los literales a) y b) del artículo 3 del mismo, así en sentencia radicado bajo el número 1095-07 del 6 de abril de 2011, y dispuso en la parte resolutive:

DECLÁRASE la nulidad de las expresiones ‘cumplan con los siguientes requisitos:’, ‘a)’, y b) Dicho saldo no sea inferior al monto total del aporte legal para el riesgo de vejez, correspondiente en caso que hubieren



permanecido en el Régimen de Prima Media, incluyendo los rendimientos que se hubieran obtenido en éste último", así como del inciso final que dispone que 'Para efectos de establecer el monto del ahorro de que trata el literal b) anterior no se tendrá en cuenta el valor del bono pensional' contenidas en el artículo 3º del Decreto 3800 de 2003 expedido por el Presidente de la República, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público y el Ministerio de la Protección Social que reglamentó el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993.

Ahora bien, el artículo 2º de la Ley 797 de 2003 y el artículo 1º Decreto 3800 de la misma anualidad, permite a las personas a quienes les falten 10 años o menos para cumplir la edad exigida para acceder a la pensión de vejez trasladarse por una única vez de régimen dentro del año siguiente a la entrada en vigencia del artículo 2º de la ley 797 de 2003, como lo precisa de forma taxativa la mentada norma al referir, en su literal e):

"Los afiliados al Sistema General de Pensiones podrán escoger el régimen de pensiones que prefieran. Una vez efectuada la selección inicial, estos sólo podrán trasladarse de régimen por una sola vez cada cinco (5) años, contados a partir de la selección inicial. Después de un (1) año de la vigencia de la presente ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez";

Ahora, el texto subrayado fuera de texto fue declarado exequible por Corte Constitucional mediante Sentencia C-1024 de 2004, bajo el entendido que las personas que reúnen las condiciones del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y que habiéndose trasladado al régimen de ahorro individual con solidaridad, no se hayan regresado al régimen de prima media con prestación definida, pueden regresar a éste -en cualquier tiempo-, conforme a los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002.

De otra parte, vale la pena recordar que la ley 797 de 2003, entró en vigencia el 29 de enero de 2003, por tanto, es patente que el año de gracia se extendió hasta el 29 de enero del 2004.

Siendo ello así y en consideración a que la parte actora no debate en el sub lite su calidad de beneficiaria del régimen de transición, justo resulta recabar en que el artículo 33 de la ley 100 de 1993, contempla que la edad para acceder a la pensión de vejez será de 50 años para las mujeres y 60 para los hombres. Requisito que es modificado a partir del año 2014, en 52 años para las mujeres y 62 para los hombres.



Teniendo en cuenta las anteriores premisas, al revisar el material probatorio aportado por las partes en contienda, se observa que la demandante nació el 8 de noviembre de 1959 tal como consta en la cédula de ciudadanía (fl.7), en consecuencia, para la data del 28 de enero de 2004 contaba con 44 años, 2 meses y 20 días, concluyendo así que la promotora de la Litis no se encuentra dentro de los presupuestos establecidos para acceder al año de gracia que estableció el artículo 2° de la Ley 797 de 2003 y el artículo 1° del Decreto 3800 de la misma anualidad, en la medida en que le faltaban más de 10 años para cumplir la edad exigida para acceder a la pensión de vejez, a pesar de haber diligenciado, suscrito y radicado junto con su empleador ante el ISS el formulario de vinculación o actualización al Sistema General de Pensiones del 4 de noviembre de 2003.

Igualmente, debe resaltar esta Corporación que para la data en que la demandante solicitó el traslado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, esto es, el 4 de noviembre del 2013, a más de no contar con los requisitos previstos en el artículo 2° de la Ley 797 del 2003 como se precisó en precedencia. Tampoco cumplía con los 5 años de permanencia en el RAIS, exigidos por el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, para poder realizar el traslado de régimen, en la medida en que inicialmente se trasladó al RAIS el 13 de septiembre de 1999.

Por otra parte, la Sala difiere del criterio argüido por el *A-quo* en el hecho de que las Administradoras de Pensiones no haya contestado la petición oportunamente le genera el derecho al traslado a la actora sin el cumplimiento de los requisitos antes enunciados, ello en tanto a que esa situación de manera alguna permite al afiliado suplir los presupuestos que se ha establecido para el efecto.

Desde luego, los requisitos para el traslado son los estipulados literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, como se manifestaron en precedencia, sin que sea de recibo señalar un derecho raíz de una petición no contestada, máxime que nada le impedía a la afiliada solicitar en la oportunidad legalmente proferida el traslado respectivo.

Por otra parte del Decreto 692 de 1994 en su artículo 12 estableció que las administradoras de Pensiones deberán comunicar al solicitante y al respectivo empleador cuando la vinculación no cumpla los requisitos mínimos establecidos,



dentro del mes siguiente a la fecha de solicitud de vinculación, entendiéndose que se ha producido dicha vinculación por haberse verificado el cumplimiento de todos los requisitos establecidos para el efecto, no obstante, dicha preceptiva no se refiere a un traslado de régimen que tiene su normativa propia la cual ya se estudió en precedencia, sino que se hace es referencia a la afiliación inicial a una Administradora de Pensiones lo cual no se avizora en el caso en estudio.

Como corolario de lo anterior se revocará en su integridad la sentencia de primera instancia.

SIN COSTAS en esta instancia. Las de primera correrán a cargo de la parte demandante.

VI. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 23 de julio de 2019 por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá dentro del proceso de la referencia, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: ABSOLVER a la demandada de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia. Las de primera correrán a cargo de la parte demandante.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

RAFAEL MORENO VARGAS



Magistrado

Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
Sala de Decisión Laboral

Ordinario Laboral 1100131050 16 2015 00970 02
Demandante: MARTHA MARÍA MALDONADO
Demandado: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-
COLPENSIONES y PORVENIR
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá, D.C., treinta (30) de julio de dos mil veinte (2020).

AUTO:

Teniendo en cuenta el poder de sustitución allegado vía electrónica por la parte demandante, se reconoce personería adjetiva para actuar a la Doctora María Camila Beltrán Clavo, identificada con C.C No 1.075.680.545 de Zipaquirá y T.P 344.704 del C.S.J.

En igual sentido, con ocasión del poder de sustitución aportado por *Colpensiones* se le reconoce personería adjetiva para actuar a María Helena Fierro García identificada con C.C No 1.024.463.217 de Bogotá y T.P No 291785 del C.S.J.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver, los recursos de apelación elevados por las demandadas en contra de la sentencia proferida el 15 de julio de 2019 por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá. Igualmente se estudiará en el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones por cuanto fue condenada y la nación funge como garante.

I. ANTECEDENTES:

1.1 DEMANDA:

La señora *Martha María Maldonado* demandó para que se declare que es beneficiaria del régimen de transición y que le es aplicable a la situación pensional lo dispuesto en el artículo 12 del Decreto 758 de 1990. Como consecuencia, se



condene a *Colpensiones* al reconocimiento de la pensión de vejez a partir de la fecha en que cumplió 55 años de edad, más las mesadas adeudadas y las adicionales de junio y diciembre, la corrección del IBL, los intereses moratorios y las condenas *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como sustento de lo pretendido manifestó que nació el 17 de marzo de 1959; que cotizó al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, desde el 15 de febrero de 1982 al 16 de abril de 2012, sumando un total 1.564 semanas; que a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 contaba con más de 35 años de edad; que el 26 de diciembre de 2013 solicitó a *Porvenir S.A.* que aclarara su situación como cotizante frente a *Colpensiones* o certificara que nunca se tramitó el traslado a esa AFP, pues el formulario de afiliación fue anulado por la gerente de salarios de la oficina principal del Banco Bogotá; que la entidad contestó que el estado de su cuenta está en \$0, siendo evidente que no se realizó ninguna cotización a esa AFP; que el 20 de enero de 2014 solicitó a *Colpensiones* le fuera aplicada la sentencia SU-062 de 2010, respondiéndole que la solicitud se enviaría a *Asofondos*.

Indicó que el 27 de enero de 2014 *Porvenir S.A.* le informó que había recibido el traslado de los aportes por parte de *Colpensiones*; que 12 de febrero de 2017 solicitó a *Colpensiones* el traslado de régimen, toda vez que la AFP lo realizó sin su consentimiento, a lo que la entidad contestó que la petición sería remitida a *Asofondos*. Que el 5 de marzo de 2014 *Colpensiones* le informó que no cumple con los presupuestos de la sentencia SU-062 de 2010, toda vez que no tiene 15 años o más de servicios al 1º de abril de 1994, frente a lo cual elevó recurso de reposición y en subsidio el de apelación, contestando la entidad que, para desatar los recursos se debía realizar un comité de múltiple vinculación.

Señaló que el 21 de octubre de 2014 el *Banco de Bogotá* expidió certificación laboral en la que consta que laboró desde el 15 de febrero de 1982 al 16 de abril de 2012, cotizando durante toda la vida laboral al ISS hoy *Colpensiones*; que nuevamente el 31 de octubre de 2014 el *Banco de Bogotá* expidió certificación ratificando que las cotizaciones de los meses de julio de 2000 a abril de 2012 fueron realizadas por su entidad y consignadas al ISS hoy *Colpensiones*; que el 13 de marzo de 2015 solicitó ante *Colpensiones* el reconocimiento de la pensión de vejez, la cual fue rechazada en esa misma data por cuanto no se encuentra afiliada a esa entidad.



1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

Colpensiones se opuso a la prosperidad de todas las pretensiones incoadas en su contra, toda vez que la actora se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, perdiendo con ello el régimen de transición. Además, adujo que se oponía al reconocimiento de los intereses moratorios por cuanto a la fecha no existe prestación alguna y en caso de que se reconozca la sustitución pensional no procedería dicho pago al no existir mora o retardo de alguna mesada pensional.

Propuso y sustentó las excepciones de inexistencia del derecho y de la obligación, buena fe, cobro de lo no debido, prescripción y la innominada o genérica.

Luego de nulitada por esta Colegiatura la sentencia primigenia, mediante auto del 6 de abril de 2018 el *a-quo* ordenó la vinculación a la litis de *Porvenir S.A.* (Fl. 133), quien al contestar la demanda se opuso a la prosperidad de todas las pretensiones incoadas, por cuanto no están dirigidas directamente a la entidad, al tratarse una decisión ajena e inoponible a *Porvenir S.A.*, además alegó que no se dan los presupuestos de hecho ni de derecho para fulminar en su contra las pretensiones.

Indicó que la actora tomó una decisión informada y consciente al momento de suscribir el formulario de vinculación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, manifestando pleno conocimiento y consentimiento en el proceso de vinculación, toda vez que con su firma dejó constancia expresa de su escogencia libre, espontánea y sin presiones. En cuanto a las facultades *ultra y extra petita* adujo que las partes deben en el juicio explicar las razones de sus pedimentos.

Formuló y sustento las excepciones de mérito de **p**rescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa y la innominada o genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá el 15 de julio de 2019, declaró que la afiliación válida para efectos de la administradora de pensiones es la efectuada por el ISS en el año de 1982, sucedido por *Colpensiones* en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida; condenó a *Porvenir S.A.* a devolver a *Colpensiones* la totalidad de las sumas con que cuenta actualmente en la cuenta de



ahorro individual de la demandante, más la totalidad de los rendimientos que haya podido surtir esos valores y sin lugar a deducción alguna por conceptos de gastos de administración, conforme a la parte motiva de la providencia; condenó a *Colpensiones* a activar la afiliación de la demandante a dicha administradora de pensiones y a recibir la totalidad de los recursos de la cuenta de ahorro individual de la demandante, por lo tanto deberá actualizar el histórico de semanas cotizadas efectuadas por el empleador Banco de Bogotá desde 1982 hasta el año 2012 para lo cual deberá validarse las cotizaciones que hizo el empleador entre el 1° de agosto de 2000 hasta el 16 de abril de 2012, según se precisó en la parte motiva de la providencia; condenó a *Colpensiones* a reconocer y pagar a la demandante pensión de vejez como beneficiaria del régimen de transición consagrado en la Ley 100 de 1993 y conforme al artículo 12 del Decreto 758 de 1990 a partir del 17 de marzo de 2014 sobre 13 mesadas pensionales anuales teniendo como valor de la primera mesada pensional el monto de \$1.576.032 al que deberá integrar los correspondientes reajustes anuales de ley de conformidad con las consideraciones de esta providencia; condenó a *Colpensiones* a reconocer y pagar a la demandante los intereses moratorios causados a partir del 13 de julio de 2015 sobre las mesadas causadas y no pagadas desde el 17 de febrero de 2014 y hasta que se verifique su pago a la tasa de interés; finalmente declaró no probadas las excepciones de mérito propuestas por las demandadas.

Para arribar a dicha determinación, el *a-quo* adujo que, frente a la validez de la afiliación realizada del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, se presentó el evento de multivinculación establecida en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, literal e), reglamentado por el Decreto 692 de 1994 y 3995 de 2008. Señaló que la norma aplicable para solucionar el caso en particular es el Decreto 3995 de 2008, por cuanto según el reporte de semanas aportado por *Colpensiones*, se observa que se siguieron realizando cotizaciones al ISS con posterioridad al traslado, esto es, del 1° de septiembre del 2000 al 14 de febrero de 2012, cumpliéndose así lo establecido en el artículo 1° del Decreto antes mencionado. Aunado a ello, indicó que la única afiliación válida y que debe tenerse en cuenta es la establecida en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, toda vez que según el reporte de semanas allegado por *Colpensiones* se tiene que entre el 1° de julio y el 31 de diciembre de 2007 todas las cotizaciones le fueron trasladadas, lo cual es corroborado con las certificaciones emitidas por la *AFP Porvenir* del 18 de diciembre de 2013 y 24 de enero de 2014 (Fls. 12 y 13), y la relación histórica de movimientos emitida por la AFP (Fl. 14) en donde se observa que no existen saldos en la cuenta individual de la actora, y la



comunicación emitida por la *AFP Porvenir* a la demandante del 27 de enero del 2014, que estableció que se encuentra vinculada a ese fondo pero que no se ha recibido traslado de aportes a *Colpensiones*. Además, señaló el Juez primigenio que el mero formalismo de firmar un formulario no demuestra de manera alguna que la afiliación haya tenido efecto.

En cuanto al reconocimiento y pago de la pensión de vejez determinó que le asiste el derecho a partir del 17 de marzo del 2014, fecha en la que se causó y sobre 13 mesadas al año, puesto que la actora era beneficiaria del régimen de transición. Indicó que a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, la demandante tenía 1.215,63 semanas según se observa en las historias laborales aportadas por *Colpensiones* (Fls. 79 al 81) y *Porvenir S.A.* (Fls.161 al 162), por ende, el régimen de transición se le extendió a la accionante hasta el 2014, en el que cumplió los requisitos establecidos en el artículo 12 del Decreto 758 de 1990, al cumplir 55 años de edad el 17 de marzo de 2014 y contar con 1561,83 semanas cotizadas correspondientes al periodo comprendido del 12 de febrero de 1982 al 16 de abril de 2012.

Determinó el *a-quo* como IBL la suma de \$1'751.146,78, aplicando una tasa de remplazo de 90% de acuerdo al parágrafo 2° del artículo 20 del Acuerdo 049 de 1990, aclarando que dentro del expediente no existió prueba del detalle de los salarios que sirvieran de base de cotización con antelación al 1° de abril de 1994. En relación a los intereses moratorios, los consideró procedentes toda vez que en el expediente no evidenció acto administrativo que haya resuelto la reclamación elevada por la demandante (Fl. 43), debiéndose pagar a partir del 13 de julio de 2015, fecha en la que *Colpensiones* debió responder a la demandante. Frente a la excepción de prescripción indicó que no operó el termino trienal consagrado en el artículo 488 CST y 151 del CPT y de la SS, por cuanto la actora solicitó la pensión el 13 de marzo de 2015, siendo la fecha de la presentación de la demanda el 15 de diciembre de 2015 (Fl. 62) y la pensión debió reconocerse desde el 17 de marzo del 2012.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Porvenir S.A. presentó recurso de apelación alegando que en el traslado realizado por la demandante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad no se incurrió en ninguna prohibición legal. Indicó que frente a los gastos de administración no deberían imponérsele la carga a



la AFP, por cuanto realizó la gestión fiduciaria de buena fe, soportando el detrimento patrimonial en el capital de los aportes de los afiliados al no ser proporcionales con las cotizaciones y los rendimientos financieros. Solicitó que se revise las condenas en costas, por cuanto la AFP actuó de buena fe al momento de la afiliación de la demandante, en la inversión de la carga de la prueba y en la valoración del interrogatorio realizada a la demandante.

Colpensiones interpuso recurso de apelación aduciendo que no es dable emitir una decisión en relación a una multivinculación, toda vez que la fijación del litigio como las reclamaciones emitidas por la actora estuvieron basadas en solicitar el reconocimiento pensional, máxime cuando entre la *AFP Porvenir* y *Colpensiones* ya se solucionó dicha situación. Además, solicitó que se estudiara nuevamente el reconocimiento pensional de la demandante al encontrarse efectivamente vinculada al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad desde el año 2000, ya que como se evidencia en la historia laboral aportada por la Entidad, las cotizaciones realizadas con posterioridad a dicha data ya están registradas a la *AFP Porvenir*.

En caso de no ser atendidas las solicitudes anteriores, indicó que no es precedente el reconocimiento de los intereses moratorios, puesto que fue solo hasta la decisión del Despacho que se resuelve efectivamente la afiliación de la parte actora a *Colpensiones*.

De igual manera debe surtir el grado jurisdiccional de consulta en beneficio de *Colpensiones*.

IV. ALEGATOS

Colpensiones indicó que a la fecha el estado de la accionante en el certificado de afiliación es el de trasladado a *Porvenir S.A.* desde el 25 de julio de 2000. Así, la eventual afiliación de la demandante al Régimen de Prima Media con Prestación Definida y el traslado de los aportes al régimen en mención, depende de la decisión favorable que previamente obtenga respecto una posible declaratoria de nulidad de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual Fondo de Pensiones *Porvenir S.A.*; de igual manera, que conforme al Artículo 2° de la Ley 797 de 2003, el cual modificó el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, “*Después de un (1) año de la vigencia de la presente ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez*”. Teniendo en cuenta que la demandante nació el 17 de marzo de 1959 y, por lo tanto,



cuenta con 57 años no es posible el traslado de régimen. Solicita en consecuencia se absuelva a la encartada de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra.

Por su parte *Porvenir S.A.* aduce que en lo que respecta a la falta de información que se le atribuye, lo cierto es que las condiciones, requisitos y modalidades se encuentran en el artículo 59 de ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios, por lo cual el actor no puede alegar el desconocimiento de la ley por prohibirlo expresamente el artículo 9° del Código Civil. Respecto del ofrecimiento de una mesada superior, téngase en cuenta que esa cuantificación del posible monto de la mesada, depende del comportamiento real e histórico de variables como el rendimiento financiero de los fondos, *“del mero hecho de no cumplirse las expectativas no puede predicarse engaños”*, así se dejó sentado en la sentencia 31989 del 9 de septiembre de 2008, y en ese entendido, no se evidencia ningún vicio de consentimiento que le reste validez al acto jurídico y con lleve su anulabilidad.

Igualmente, para el momento histórico en que se produce el cambio de régimen pensional; no era factible realizar estimación del monto pensional, además esa obligación surge a partir de la expedición del Decreto Ley 1748 de 2014.

A su turno la parte actora, manifestó que el fallo no debe ser revocado, por cuanto se logró acreditar que existió un error sobre la validez del traslado, toda vez que pese a que se suscribió un formulario de traslado, la materialización y efectividad del mismo nunca se realizó, debiendo primar el principio de primacía de la realidad sobre las formas. Por otra parte, que las administradoras omitieron el deber de trasladar los aportes del régimen de prima media con prestación definida, al correspondiente fondo privado, aceptando así tácitamente la afiliación de la demandante. De la misma manera según lo normado por el Decreto 3995 de 2008, en el artículo 3º, se establece que las personas que no suscribieron formulario de afiliación a la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100, pero que siguieron realizando el aporte al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, quedaran válidamente afiliados en dicho régimen, toda vez que lo que impera es la realización del aporte al respectivo régimen. De la misma manera, el artículo 5º del Decreto en mención, cuando haya un aporte sin la afiliación correspondiente, se resolverá atribuyéndole la validez de la afiliación aquella donde haya realizado la mayor parte de los aportes, por lo que solicita que se confirme la decisión objeto de análisis en esta instancia.



V. CONSIDERACIONES:

5.1 PROBLEMA JURÍDICO:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin advertir causal que invalide lo actuado, se auscultará si el demandante se encuentra válidamente afiliada al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad o al Régimen de Prima Media con Prestación Definida. Si es procedente o no el reconocimiento de la pensión de vejez y las demás declaraciones y condenas proferidas por el Juez de instancia.

5.2 DEL CASO EN CONCRETO:

a) Multiafiliación pensional:

Considera la Sala que de acuerdo a los argumentos expuestos por el Juez de instancia y las inconformidades de las partes, lo primero que se debe aclarar es que en efecto, de un análisis integral de la demanda y de las contestaciones, junto con los elementos probatorios allegados, no era dable definir la prestación pensional pretendida, sin antes establecer a quién le correspondía en caso de tener derecho el reconocimiento y pago de la misma.

Por tal razón no se acoge este argumento presentado en la alzada por parte de *Colpensiones*, ya que de la documental aportada en el expediente se evidencia que la actora se encuentra afiliada simultáneamente al Régimen de Prima Media con Prestación Definida y al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, como se desprende de la solicitud de afiliación de *Porvenir S.A.* (Fl. 11) y del reporte de semanas cotizadas aportada por *Colpensiones* (Fls. 80 a 82). Además, basta con analizar el líbello de la demanda para tener claro que la intención del demandante es que se estudie previamente a quién le corresponde el reconocimiento y pago de la pensión de vejez.

Esclarecido lo anterior, se debe determinar a qué entidad le correspondería reconocer eventualmente la pensión de vejez.

Como parámetro legal, se tiene que el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2º de la Ley 797 de 2003, reguló lo concerniente, no sólo a la libre afiliación de los asegurados al régimen pensional que deseen trasladarse, sino también la posibilidad de hacerlo entre regímenes, en principio y antes de la



reforma, por una sola vez cada 3 años, y a partir de diciembre de 2003, cada 5 años, contados a partir de la selección inicial, y consagró la prohibición de realizarlo para las personas a quienes les faltaren 10 años o menos para cumplir la edad para pensionarse por vejez.

En el presente caso se probó que la demandante desde 1982 y hasta la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, que entró a regir el nuevo sistema integral de seguridad social, es decir en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, se encontraba afiliada al ISS, según se desprende de las pruebas documentales allegadas al plenario. Igualmente, se verifica que la actora realizó aportes con posterioridad a la referida fecha hasta el abril de 2012 a través del ISS hoy *Colpensiones*.

Por otro lado, según formulario de vinculación a *Porvenir S.A.* que reposa a folio 11 del paginario, se tiene que la señora *Martha María Maldonado Junca*, se afilió el 25 de julio de 2000. Aunado a ello, se tiene que verificado el reporte de semanas cotizadas al Sistema General de Pensiones aportado por *Colpensiones* (Fls. 80 a 82), la actora no realizó cotizaciones en la AFP puesto que, de la información vertida en los detalles de semanas cotizadas, esta aparece afiliada y cotizando al Régimen de Prima Media con Prestación Definida a partir del 15 de febrero de 1982 sin interrupción alguna. Además, se verifica que desde el ciclo 2000-08, periodo posterior a la fecha de vinculación a la AFP *Porvenir*, la actora siguió cotizando y realizando el pago del mes correspondiente hasta el ciclo 2012-04 periodo que dejó de cotizar al Sistema General de Pensiones, y las semanas que se registran en la historia laboral de la AFP, fue con ocasión al traslado de dineros que hizo *Colpensiones*, pues se reitera que la demandante siempre mantuvo su pago de las cotizaciones ante esta última, como se desprende de las historias allegadas por ambas demandadas.

De igual manera, es de acotar que el Decreto 3995 de 2008 estableció en su artículo 2° las reglas que se deben aplicar para definir a que régimen pensional esta válidamente afiliado la persona que se encuentre en estado múltiple de vinculación al 31 de diciembre de 2007, que en su texto reza:

“(...) Cuando el afiliado en situación de múltiple vinculación haya efectuado cotizaciones efectivas, entre el 1o de julio y el 31 de diciembre de 2007, se entenderá vinculado a la administradora que haya recibido el mayor número de cotizaciones; en caso de no haber realizado cotizaciones en dicho término, se entenderá vinculado a la administradora que haya recibido la última



cotización efectiva. Para estos efectos, no serán admisibles los pagos de cotizaciones efectuados con posterioridad a la fecha de entrada en vigencia de este decreto.”

De lo anterior, se tiene que la señora *María Maldonado Junca* entre el 1° de julio y el 31 de diciembre de 2007 efectuó cotizaciones efectivas al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, como se desprende del reporte de semanas cotizadas (Fl. 81) donde se detalla que entre los ciclos correspondientes a 2007-07 y 2007-12, estuvo cotizando y pagando a *Colpensiones* por medio del empleador Banco de Bogotá S.A.

Tal situación se corrobora con la documental del 18 de diciembre de 2013 expedida por *Porvenir S.A.*, en donde informa que la demandante se encuentra afiliada a la AFP con saldo a la fecha en “0” (Fl. 12).

Además, la certificación emitida por *Porvenir S.A.* (Fl. 13) del 24 de enero de 2014, donde informa que la cuenta individual de la actora no se ha efectuado aportes por empleadores ni encuentran valores traslados de otra Administradora de Pensiones, además con la comunicación emitida por *Porvenir S.A.* del 27 enero de 2014 (Fl.18) en el cual informa que está afiliada a la AFP, sin embargo, no se registra detalle alguno en su cuenta individual de pensiones.

Igualmente, en la certificación del Banco de Bogotá (Fl. 30), se señaló que la señora *Martha María Maldonado* prestó sus servicios a esta entidad bancaria desde el 15 de febrero de 1982 al 16 de abril de 2012, cotizando al ISS hoy *Colpensiones*. Por otro lado, en la certificación del 31 de octubre de 2014 (Fl.31) el Banco de Bogotá indicó que la entidad realizó las cotizaciones correspondientes a los meses de julio de 2000 a abril del 2012 y que fueron consignadas al ISS hoy *Colpensiones*.

Por ende, aplicando la regla normativa antes mencionada y corroborado con las documentales citadas, se tiene que las cotizaciones pensionales de la demandante siempre fueron cotizadas y pagadas a *Colpensiones* y si bien aparecen registradas algunas cotizaciones con *Porvenir S.A.*, ello fue en virtud del traslado de dineros realizados por la administradora del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues incluso al 27 de enero de 2014 en esta AFP no aparecían cotizaciones (Fl. 18) y en consecuencia, se tiene que el régimen válido en que se encuentra afiliada la actora es el administrado por *Colpensiones*, debiéndose ello confirmar.



Teniendo en cuenta lo anteriormente estudiado, se tiene que al existir afiliaciones simultáneas y nunca haber efectuado una cotización en *Porvenir S.A.*, significa que, ha de entenderse que la demandante siempre ha permanecido válidamente vinculada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, administrado por *Colpensiones*.

Por lo anterior, no es precedente lo manifestado por la parte demandada *Porvenir S.A.* en su apelación, en cuanto alegó que el traslado realizado por la demandante de régimen pensional no incurrió en ninguna prohibición legal, puesto que al haberse encontrado la actora en el evento de afiliaciones simultáneas, como se desprende de lo anteriormente descrito, la demandante estaría incurriendo en la prohibición legal de incompatibilidad de regímenes consagrado en el artículo 16 de la Ley 100 de 1993 y en el inciso 1° del artículo 2° del Decreto 3995 del 2008, toda vez que se prohíbe la múltiple vinculación.

Por lo anterior, la AFP debe retornar todas las cotizaciones recibidas por *Colpensiones* en nombre de la promotora de la litis, incluyendo los gastos de administración, ya que resulta evidente que la voluntad de esta no fue en realidad trasladarse, pues se itera que, incluso, los pagos de las cotizaciones fueron sufragados ante el Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

Además, conforme con lo dispuesto en la sentencia SL1689-2019 del 8 de mayo de 2019, estos gastos los debe asumir la AFP “*con cargo a sus propios recursos*”, toda vez que su financiamiento proviene de la cotización del afiliado, en los términos del artículo 20 de la Ley 100 de 1993, razón por la cual, no le asiste razón a la apoderada de *Porvenir S.A.* en lo expuesto en la alzada.

b) De la Pensión de Vejez:

Aclarado lo anterior, se tiene que conforme a la copia de cédula de ciudadanía de folio 3 del paginario, la actora al 1° de abril de 1994 tenía años 35 de edad, por lo que era beneficiaria del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y por tanto, sujeto del Acuerdo 049 de 1990.

Sin embargo, dicho régimen no podía extenderse más allá del 31 de julio de 2010, por virtud del párrafo transitorio 4 del Acto Legislativo 01 de 2005, excepto para quienes estando en dicho régimen, hubieran cotizado al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigencia de dicho Acto Legislativo,



en cuyo caso dicho régimen se extiende hasta el año 2014, lo que sucedió en el presente caso, toda vez que la demandante incluso para julio de 2000, tenía cotizadas 958,94 semanas.

A su turno, el artículo 12 del referido Acuerdo aprobado por el Decreto 758 de 1990, prevé la pensión de vejez, para el caso de las mujeres, cuando estas cumplan 55 años de edad y acrediten 500 semanas cotizadas dentro de los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad mínima o 1000 en cualquier tiempo.

Así las cosas, teniendo en cuenta las semanas cotizadas a *Colpensiones*, incluyendo las que fueron trasladadas a *Porvenir S.A.*, suman en total 1561,82 al ciclo de abril de 2012, acreditando suficientemente el requisito de semanas y frente a la edad la cumplió el 17 de marzo de 2014 (Fl. 3), por lo que, en efecto hay lugar a la condena frente a la pensión.

Ahora, de conformidad con el artículo 20 del Ac. 049/90, se debe aplicar a la actora una tasa de remplazo del 90% pues acumuló más de 1250 semanas de cotización. Respecto al IBL este se debe liquidar en los términos del artículo 21 de la citada norma, es decir con fundamento en lo cotizado en los últimos 10 años.

Frente a la fecha de disfrute, se tiene que no reportó la demandante su novedad de retiro. Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL607-2017, reiteró lo expuesto en anterior oportunidad por esa Corporación, indicando que por regla general se requiere manifestación expresa acerca de la desafiliación del sistema y que le corresponde en principio al empleador informar la cesación de cotizaciones por renuncia del trabajador, por reunir los requisitos para acceder a la pensión de vejez; no obstante, la jurisprudencia ha consentido que excepcionalmente ante la falta de esa información, esta puede provenir de actos externos e inequívocos que demuestren que esa es la voluntad del afiliado, como por ejemplo dejar de cotizar, cumplir la totalidad de los requisitos y solicitar el reconocimiento de la prestación por parte de este (Sentencias del 7 de septiembre de 2004, radicación 22630, del 20 de octubre de 2009, radicación 35605 y del 1 de septiembre de 2009, radicación 34514, pronunciamientos que han sido reiterados en las sentencias SL5603-2016, SL11895-2017 y SL11895-2017, SL415-2018 y SL3608-2018), postura que esta Sala de Decisión ha aplicado reiteradamente.



De acuerdo con dicho criterio jurisprudencial, se deben atender las peculiaridades del caso en concreto, por esta razón este Despacho no discrepa de lo dispuesto por el *a-quo* al determinar como fecha de disfrute el 17 de marzo de 2014, por cuanto la actora concretó su derecho pensional en dicha data, habiendo dejado de cotizar al sistema pensional desde el año 2012, por lo que de acuerdo con la referida jurisprudencia, es factible entender la voluntad de retirarse del sistema desde esa época y en consecuencia, en este aspecto será confirmada la primera sentencia.

Realizadas las operaciones aritméticas se tiene como primera mesada pensional la suma de \$1.610.463,05, la cual resulta superior a la determinada en primera instancia, sin que ello fuera objeto de censura, por lo que, en punto del grado jurisdiccional de consulta, este aspecto se conformará, al igual que el número de mesadas al año reconocidas, esto es, 13 pues la pensión se causó con posterioridad al 31 de julio de 2011, como lo dispone el Acto Legislativo 01 de 2005.

c) De los Intereses Moratorios:

Respecto a los intereses moratorios se debe señalar que el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, refirió que *“En caso de mora en el pago de las mesadas pensionales de que trata esta Ley, la entidad correspondiente reconocerá y pagará al pensionado, además de la obligación a su cargo y sobre el importe de ella, la tasa máxima de interés moratorio vigente en el momento en que se efectuó el pago.”*.

Por lo anterior, debe recordarse que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL – 787 del 6 de noviembre de 2013, morigeró el criterio frente a su imposición, al considerar que existe justificación cuando la negativa de la entidad se funda en un *respaldo normativo, sin los alcances que en su momento pueda darse por las autoridades judiciales en su interpretación de las normas sociales*, pues su conducta estaría regida por el estricto cumplimiento de las normas que gobiernan la materia. Imposición que, en todo caso, debe respetar el término de gracia de 4 meses previsto en el artículo 9º de la Ley 797/2003 tratándose de la pensión de vejez.

En el caso bajo estudio, se tiene que la pensión hoy reconocida se concede previamente desatando la multivinculación, encontrándose justificado el actuar de *Colpensiones* en cuanto a negar la prestación, pues hasta este juicio se resolvió que válidamente se encontraba la actora afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida y por tanto, se revocará la condena bajo estudio.



d) De la condena en Costas:

Finalmente, frente a la solicitud de revocar la condena en costas en primera instancia, debe recordarse que conforme el numeral 1° del artículo 365 del CGP, estas proceden en contra de la parte que resultó vencida en el proceso, como lo fue la apelante, por lo cual no prospera este cargo de apelación.

Como corolario de lo anterior se revocará parcialmente la sentencia de primera instancia, en el sentido de absolver del pago de intereses moratorio, y se confirmará en lo restante. **SIN COSTAS** en esta instancia.

VI.- DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR el numeral quinto de la sentencia proferida el 15 de julio de 2019 por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario de la referencia, para en su lugar **ABSOLVER** a *Colpensiones* del reconocimiento y pago de los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, conforme a lo manifestado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia recurrida.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

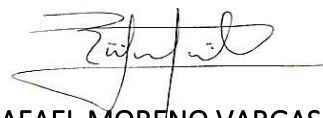
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
Sala de Decisión Laboral

Proceso Ordinario Laboral No. 1100131050 **03 2015 00601 01**
Demandante: RAÚL MEDINA BELTRÁN
Demandado: FRAY RAMIRO ARDILA PASOS y ROSA ELDA JARA MARTÍNEZ
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá, D.C., treinta (30) de julio de dos mil veinte (2020).

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, en contra de la sentencia proferida el 5 de junio de 2019 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá.

I.- ANTECEDENTES

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor Raúl Medina Beltrán, presentó demanda ordinaria laboral en contra de *Fray Ramiro Ardila Pasos y Rosa Elda Jara Martínez*, para que se declare la existencia de un contrato de trabajo, el cual tuvo como extremo inicial el día 11 de octubre de 2005.

Por consiguiente, se condene a los demandados al pago de los aportes al sistema de seguridad social en pensiones dejados de cancelar desde el 1º de noviembre de 2005 hasta el 30 de junio de 2008.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

En respaldo de sus pretensiones, manifestó que se vinculó a laborar con los demandados mediante un contrato de trabajo verbal a término indefinido, prestando sus servicios en el establecimiento de comercio "*Pastelería Panadería Marly*", y desempeñando el cargo de pastelero.



Que laboró de manera ininterrumpida por el periodo comprendido entre el 11 de octubre de 2005 y el 14 de noviembre de 2009, de lunes a domingo con un horario 7:00 a.m. hasta las 4:00 p.m., descansando un domingo cada 15 días. Adujo que en el año de 2008 empezó a tener problemas en su salud, diagnosticándosele la patología de *VIH – SIDA*, y los empleadores al tener conocimiento de su enfermedad, decidieron dar por concluido su contrato de trabajo de manera unilateral, conduciendo a que el despido le fuese notificado el 14 de noviembre de 2009.

Indicó que la *EPS Cafesalud* generó incapacidades de 330 días, las cuales no fueron pagadas en razón a que los empleadores no cancelaron los aportes al sistema de seguridad social; que también le fue negada la atención a sus servicios de salud en el año 2012, por lo que luego de interponer acción de tutela por esta anomalía, en fallo del 19 de diciembre de 2012 se les ordenó a los demandados cancelar estos conceptos.

Por último, aludió que los extremos demandados no sufragaron aportes a pensión desde el 1º de noviembre de 2005 hasta el 30 de junio de 2008.

1.3 CONTESTACIONES DE LA DEMANDA:

La demandada *Rosa Elda Jara Martínez* se opuso a la prosperidad de las pretensiones a excepción de la declaratoria del contrato de trabajo; indicó que la panadería donde el actor prestó sus servicios fue vendida el 9 de mayo de 2012, lo que conduce a que el extremo final del contrato no sea el alegado por el demandante, y consecuentemente, reclama acreencias laborales que no corresponden a la realidad.

Alegó que el contrato de trabajo culminó por el cierre de la panadería, actuar que se encuadra en una causal de terminación con justa causa a su favor.

Formuló las excepciones de inexistencia de la causa invocada, prescripción, buena fe, y la denominada genérica.

Por su parte, el demandado *Fray Ramiro Ardila Pasos*, fue representado mediante curador *ad-litem*, quien se opuso a la prosperidad de las



pretensiones, e indicó no constarle ninguno de los hechos del escrito demandatorio. Formuló la excepción de prescripción extintiva del derecho reclamado.

II.- SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el 5 de junio de 2019, condenó a los demandados al pago por concepto de aportes pensionales por el periodo comprendido entre el 1º de noviembre de 2005 y el 30 de junio de 2008, teniendo como IBC para cada periodo un salario mínimo legal mensual vigente, previo cálculo actuarial que realice Colpensiones, así como al pago de costas procesales.

Dejó sentado en su decisión que, durante la fijación del litigio, se determinó que los periodos pretendidos para el pago de aportes pensionales fueron los anteriormente referidos.

Tuvo como extremo inicial de la relación laboral el día 11 de octubre de 2005; no determinó la fecha exacta del finiquito, pero asentó que se logró demostrar de las declaraciones de parte de los demandados, el testimonio de la señora *María del Carmen Ordoñez León* y las pruebas documentales, que el demandante laboró por lo menos hasta el 2009, tiempo suficiente para estudiar la pretensión principal de la demanda, que gira en torno al pago de los aportes pensionales desde el 1º de noviembre de 2005 hasta el 30 de junio de 2008.

Seguidamente, concluyó en igual sentido, que del acervo probatorio se probó que los demandados no efectuaron aportes a pensión desde el 1º de noviembre de 2005 hasta el 30 de junio de 2008, razón por la que fulminó condena, máxime si los aportes pensionales son imprescriptibles.

III.- RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior decisión, la demandada *Rosa Elda Jara Martínez* la apeló por conducto de apoderado, a lo cual expuso que dentro de este asunto



operó el derecho prescriptivo, por lo que no es procedente el pago de los aportes pensionales ordenados por el fallador de instancia.

IV.- ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Las partes no presentaron alegatos, por lo que se continuará con la correspondiente decisión.

V.- CONSIDERACIONES

5.1 PROBLEMA JURÍDICO:

Sin avizorar causal que invalide lo actuado, y encontrándose reunidos los presupuestos procesales, se definirá si los aportes pensionales al sistema de seguridad social en pensiones condenados por el *a-quo* en contra de los demandados *Rosa Elda Jara Martínez* y *Fray Ramiro Ardila Pasos*, se encuentran cubiertos por el fenómeno prescriptivo conforme a las inconformidades del apelante.

5.2 DEL CASO EN CONCRETO:

Sea lo primero indicar, que no fue objeto de reproche los extremos de condena decididos por el fallador de instancia en lo que concierne al pago de los aportes pensionales, esto es, los determinados por el periodo comprendido entre el 1º de noviembre de 2005 y el 30 de junio de 2008, como el IBC a cancelar, que fue, el de un salario mínimo legal mensual vigente; circunstancia por la cual, la Sala no se adentrará al estudio de lo respectivo.

En lo que concierne a la prescriptibilidad de los aportes pensiones pensionales, se precisa que el artículo 48 de la Carta Política, resguarda como irrenunciable el derecho a la Seguridad Social.

Bajo este tópico, debe tenerse en cuenta que, al revestirse de irrenunciable el derecho pensional, debe ser de entera satisfacción, y para su adquisición, es necesario que cumpla con un mínimo de requisitos, siendo uno de ellos el de



los aportes al sistema, de ahí que se entienda la necesidad de validar dichos aportes en cualquier tiempo.

Por esto, resulta inoperante que los aportes pensionales se encuentren cubiertos de la figura de prescripción, como quiera que son la accesibilidad del derecho que constitucionalmente se cobija.

Con este talante, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL8544-2016, Radicación No. 45050 del 15 de junio de 2016, hizo un análisis profundo sobre este tópico y al respecto expuso:

“[...] la existencia de renovados y sólidos argumentos en contra del criterio vertido en la sentencia CSJ SL, 15 jul. 2003, rad. 19557, y en favor de la tesis de la imprescriptibilidad del derecho al reajuste pensional por inclusión de nuevos factores salariales, imponen hoy a la Sala la rectificación de la postura jurisprudencial atrás reseñada.

“Para ese propósito, es conveniente empezar por recordar que, de acuerdo con el art. 48 de la C.P., la seguridad social es un derecho subjetivo de carácter irrenunciable. Esto quiere decir que, en tanto derecho subjetivo, es exigible judicialmente ante las personas o entidades obligadas a su satisfacción y, en cuanto irrenunciable, es un derecho que no puede ser parcial o totalmente objeto de dimisión o disposición por su titular, como tampoco puede ser abolido por el paso del tiempo o por imposición de las autoridades.

“Ahora bien, la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción, es decir, a que el reconocimiento del derecho se haga de forma íntegra o completa.

“En efecto, el calificativo irrenunciable de la seguridad social no procura exclusivamente por el reconocimiento formal de las prestaciones fundamentales que ella comporta, sino que, desde un enfoque material, busca su satisfacción in toto, a fin de que los derechos y los intereses objeto de protección, sean reales, efectivos y practicables.

“En este sentido, el derecho a la pensión se ve sustancialmente afectado cuando la prestación económica no es reconocida en su monto real y con todos los elementos que la integran; si además se tiene en cuenta que una pensión deficitaria no cumple su propósito de garantizar una renta vitalicia digna y proporcional al salario que el trabajador devengó cuando tenía su capacidad laboral inalterada.

“Por esto, la seguridad social y los derechos subjetivos fundamentales que de ella emanan, habilita a sus titulares a requerir en cualquier momento a las entidades obligadas a su satisfacción, a fin de que liquiden



correctamente y reajusten las prestaciones a las cifras reales, de modo que cumplan los objetivos que legal y constitucionalmente deben tener en un Estado social de Derecho.

“Aunque podría sostenerse que al prescribir los derechos crediticios que emanan de las relaciones de trabajo, éstos desaparecen del mundo jurídico y, por ello, no pueden ser tenidos en cuenta para otros efectos legales, incluidos los pensionales; tal tesis presenta el serio inconveniente de no distinguir y ofrecer un tratamiento particular a dos cuestiones que son bien diferentes: (i) el salario como retribución directa del servicio en el marco de una relación de trabajo, y (ii) el salario como elemento o factor establecido por la ley para la liquidación de las pensiones.

“En la primera hipótesis, es claro que el salario constituye un derecho crediticio sujeto a las reglas generales de prescripción previstas en los arts. 151 del C.P.T., 488 del C.S.T. y 41 del D. 3135/1968; en la segunda, el salario se redimensiona y adquiere otra calidad, pues deja de ser un derecho patrimonial y se convierte en un elemento jurídico esencial de la pensión.

“Naturalmente, esta reconsideración del salario como elemento jurídico consustancial de la pensión, aparea su imprescriptibilidad, pues ya deja de ser un referente aislado para integrarse en la estructura de la prestación pensional y formar con ella un todo indisoluble.

“Por lo demás, esta visión del salario y su papel en la consolidación de la pensión, empalma perfectamente con el pensamiento de la Sala en el sentido que los elementos consustanciales a la prestación pensional no prescriben y, por este motivo, pueden ser revisados judicialmente en cualquier momento. Así, se ha dicho jurisprudencialmente que aspectos tales como el porcentaje de la pensión, los topes máximos pensionales, los linderos temporales para determinar el IBL y la actualización de la pensión, no se extinguen por el paso del tiempo, pues constituyen aspectos ínsitos al derecho pensional (CSJ SL, 19 may. 2005, rad. 23120; CSJ SL, 5 dic. 2006, rad. 28552; CSJ SL, 22 ene. 2013, rad. 40993; CSJ SL6154-2015).

Lo anterior postura, también se ha tratado por el Alto Tribunal en diferentes decisiones, siendo algunas las sentencias SL1087-2020, Radicación No. 72565 del 20 de abril de 2020, SL1128-2020, Radicación No. 72899 del 20 de abril de 2020, SL1313 de 2020, Radicación No. 77643 del 31 de marzo de 2020, entre otras.

Por estas razones, es palmario que cualquier persona pueda reclamar en cualquier momento lo atinentes a aportes pensionales, entendidos estos como la base piramidal para lograr la pensión, ya que es el núcleo esencial del amparo establecido en el artículo 48 de la Constitución, como así lo ha asentado la Alta Corporación.



Si bien no es el objeto de reproche en esta apelación, la Sala precisa que lo que prescribe en tratándose en temas pensionales, son las mesadas de las mismas que el afiliado deje de reclamar después de haber obtenido el estatus pensional.

En tal sentido y sin más consideraciones, los argumentos del apelante resultan imprósperos, por lo que la decisión de primer grado habrá de confirmarse.

SIN COSTAS en esta instancia, por cuanto no se causaron.

DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 5 de junio de 2019 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso de la referencia, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



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

Ordinario Laboral 1100131050 22 2016 00225 01
Demandantes: LUIS CARLOS ARIAS RUIZ
Demandado: PRODUCTOS RAMO S.A.
Magistrado Ponente: **DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá, D.C., treinta (30) de julio de dos mil veinte (2020).

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación formulado por la parte demandante en contra de la sentencia del 8 de julio de 2019, proferida por el Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Bogotá.

I. ANTECEDENTES

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor **Luis Carlos Arias Ruiz**, formuló demanda ordinaria laboral para que se declare que con **Productos Ramo S.A.** existió como medio vinculante, un contrato de trabajo a término indefinido durante 22 años, 5 meses y 23 días, el cual fue terminado sin justa causa; que el contrato de transacción suscrito con la empresa el 31 de marzo del 2015, se encuentra afectado de nulidad, por cuanto no fue suscrito con mutuo consentimiento de las partes y versó sobre derechos ciertos e indiscutibles.

Como consecuencia de lo anterior pretendió el reintegro sin solución de continuidad y de forma inmediata a un cargo igual o de mejor categoría, por cuanto fue despedido sin justa causa y sin autorización del Juez Laboral, estando amparado por la garantía de la estabilidad laboral reforzada. Así mismo solicitó que se condene a la empresa demandada al pago de \$30.020.000 por concepto de salarios, vacaciones, primas legales y extralegales y los subsidios causados desde su despido hasta que se haga efectivo el reintegro, al pago de los aportes al sistema Integral de Seguridad Social desde el 31 de marzo de 2015 hasta su reintegro, más la condena en costas y agencias en derecho.



1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Fundó sus pretensiones en que el 27 de marzo de 1996 suscribió un contrato de trabajo a término indefinido con **Productos Ramo S.A.**; que el 30 de marzo de 2015 fue notificado por su empleador que debía asistir a una reunión obligatoria al siguiente día en el Club Privado Serrezuela, sin embargo el 31 de marzo de 2015 se presentó a trabajar en la planta de la empresa siendo prohibido su ingreso por cuanto debía asistir de forma inmediata a la reunión que le había sido notificada, por lo que se desplazó al Club Privado Serrezuela donde fue abordado por los abogados de la empresa, quienes le indicaron que celebrarían un contrato de transacción en aras de dar por terminado su contrato de trabajo por mutuo acuerdo, a lo que él se opuso manifestando además que estaba afiliado al sindicato, y ese no era el procedimiento para despedirlo, pues no había sido llamado a descargos.

Que los abogados de la empresa le indicaron que estaban al borde de la quiebra y que el contrato de transacción lo indemnizaría por su despido sin justa causa, debiendo aceptarlo pues de lo contrario tendría que demandar para el pago de su liquidación, siendo despedido desde ese mismo día sin que fueran tenidos en cuenta sus requerimientos.

Señaló que para el momento de su despido se encontraba afiliado al Sindicato Nacional de Trabajadores de Bimbo de Colombia S.A. "SINALTRABIMBO"; que el 31 de marzo de 2015 le hicieron firmar una proforma del contrato de transacción, sin que se le permitiera revisarlo en el cual se le impusieron unas cláusulas arbitrarias; finalmente, que para la fecha de su despido se desempeñaba en el cargo de Supervisor y devengaba un salario promedio mensual de \$1'814.000.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La sociedad **PRODUCTOS RAMO S.A.**, operó la *litis contestatio*, oponiéndose a cada una de las pretensiones, señalando inicialmente que es cierto que existió entre las partes un contrato de trabajo, cuyo extremo inicial es el 8 de octubre de 1992; de igual manera que fue citado al referido Club Serrezuela, en la cual los abogados de la empresa explicaron el objeto de la reunión y la propuesta que se efectuaba, para su posterior aceptación o no por el trabajador. Que no les consta la afiliación al Sindicato. De igual manera, refiere que el plan de retiro tuvo como origen los deficientes resultados económicos que se había generado en el año 2014 y el



objetivo era reducir la planta de personal, para reducir los gastos de operación, sin que se haya entrado en proceso de insolvencia o disolución, reconociéndose una bonificación laboral, más no una indemnización. Que son ciertos el cargo y el salario devengado.

Relató que en el caso particular existió un plan de retiro compensado, suscrito por las partes el 31 de marzo de 2015 bajo un contrato de transacción y no una terminación del contrato de trabajo por despido sin justa causa; frente a la declaratoria de la nulidad del contrato de transacción indicó que no se puede predicar ningún vicio del consentimiento, dado que tanto su objeto como su causa son lícitas, debido a que su finalidad era dar por terminado el contrato de trabajo por mutuo acuerdo, el que fue firmado por personas en pleno uso de sus capacidades, quienes podían decidir si aceptaban o no la propuesta que les hizo la empresa, expresando su consentimiento, el cual estuvo libre de error, fuerza y dolo, previo diálogo entre el trabajador y los delegados del empleador.

Además, adujo que la transacción tiene como límite los derechos ciertos e indiscutibles siendo en el *sub-lite* respetados por el empleador y avalados por el trabajador al suscribir el acuerdo de transacción.

Propuso y sustentó, las excepciones de mérito de inexistencia de las obligaciones reclamadas, cobro de lo no debido, compensación, buena fe y la genérica. De igual manera propuso la previa de cosa juzgada, la cual se difirió para la sentencia.

II.- SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El 8 de julio de 2020, el **Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Bogotá** **ABSOLVIÓ** de todas las pretensiones y **CONDENÓ** en costas a la parte actora.

Como sustento de ello, adujo el *a-quo* que en materia laboral es viable pactar la transacción respecto de acreencias laborales que no ostenten la connotación de ser derechos ciertos e irrenunciables, por lo cual en el presente evento se acreditó que se pactó la terminación del contrato de trabajo, poniéndose de presente la liquidación definitiva de prestaciones sociales, consignándose en la documental que el trabajador aceptaba libre y voluntariamente el pacto, asimismo que no se desconocían sus derechos mínimos e irrenunciables.



De igual manera, que de la prueba testimonial no se establece que se haya ejercido una presión indebida o se haya viciado el consentimiento, pues la señora *Graciela Hernández Gómez*, compañera de trabajo del actor, afirmó no estar presente en la reunión específica que se sostuvo entre el actor y el empleador, y se trata de una testigo de oídas, pues relata lo que le fue manifestado por el demandante; por su parte la señora Isabel Cristina Pérez y Amparo Martín Pulido, aseveraron que hicieron presencia en la reunión, pero no al momento de la negociación de demandante, corroborando que se les informó con anticipación que serían convocados para lograr un acuerdo de la terminación del contrato; finalmente, la declaración de Gladys Triana Moreno, es abiertamente parcializada pues realiza apreciaciones subjetivas que tienden a favorecer al demandante, quien además presentó una demanda en los mismos términos del actor, por lo cual no amerita credibilidad.

De igual manera, estimó que el empleador si puede realizar ofertas para terminar de mutuo acuerdo el contrato y la redacción del acuerdo sí puede ser realizado por el empleador, tal como lo ha establecido la SL CSJ en reiterada jurisprudencia, lo cual no se constituyen en una presión indebida. Como corolario de lo anterior, refirió que la transacción goza de plena validez, y por lo tanto se encuentra configurada la excepción de cosa juzgada.

III.- RECURSO DE APELACIÓN:

Por activa se interpuso recurso de apelación, aduciendo como primera medida que no existe discusión en cuanto a la existencia del contrato de trabajo. De igual manera que en el plenario se acreditó la existencia de una coacción por parte de la empleadora para la suscripción del plan de retiro, lo cual se constituye en un vicio del consentimiento, el cual se deriva del hecho de haber dispuesto el transporte de los trabajadores, quienes fueron abordados por los abogados de la sociedad sin tener la posibilidad de leer el documento, encontrándose además uniformados de la Policía Nacional en la reunión, lo que evidencia que no se trató de una decisión libre y voluntaria.

IV.- ALEGATOS:

Se aduce por activa en el término conferido, que de las pruebas recabadas en el plenario se logró acreditar que la transacción se encuentra viciada de nulidad, toda vez que se restringió su consentimiento al haber sido coaccionado para



suscribirla, sin permitirle conocer su contenido, ello pese a que manifestó su desacuerdo y su pertenencia al Sindicato, siendo los derechos sociales irrenunciables.

La parte accionada argumentó que en el presente evento no operó un despido, sino una terminación bilateral del contrato, por lo cual no es procedente el reintegro; de igual manera que no se acreditó una coacción indebida en la suscripción de la transacción, sin que el actor se haya negado a recibir la suma de dinero cancelado, no haya procedido a su devolución, por lo cual dicho acto jurídico tiene efectos de cosa juzgada; finalmente, que en el evento de declarar prósperas las pretensiones, se debe disponer la respectiva compensación.

V.- CONSIDERACIONES:

3.1 PROBLEMA JURÍDICO:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si en el *sub-examine* se acreditó una coacción como vicio del consentimiento que permita declarar la nulidad de la transacción; de igual manera, si el plan de retiro y la manera en que se desarrolló implicó doblegar la voluntad del trabajador en la aceptación del mismo.

3.2 DEL CASO EN CONCRETO:

En el presente evento, se pretende por activa el reintegro al cargo que venía desempeñando o a otro de igual o mejor categoría, aduciendo para ello que la transacción suscrita 31 de marzo de 2015, es nula en consideración a que no emitió de manera libre, consensuada y voluntaria, su consentimiento, toda vez que fue coaccionado por el empleador en tanto, según lo aducido en el libelo genitor y en el recurso de alzada, fue obligado a asistir a una reunión en la cual no se le permitió leer el documento impuesto de manera arbitraria por los abogados de la sociedad accionada.

En ese orden de ideas, se debe señalar como primera medida, que de la revisión del acervo probatorio, se acredita que en efecto el 31 de marzo de 2015, se celebró entre el demandante y la sociedad Productos Ramo S.A., un “*contrato de transacción y terminación del contrato de trabajo*”, en el cual se establece en el



numeral tercero del supuesto de hecho, que *“convinieron la terminación del contrato de trabajo por mutuo acuerdo”* (Fl. 9), transigiendo además cualquier eventual litigio que se llegare a presentar con ocasión de la ejecución y terminación del vínculo contractual, para lo cual se soluciona el denominado *“bono de retiro”*.

Ahora bien, debe señalarse como primera medida, que el artículo 15 de C.S.T., consagra que *“Es válida la transacción en los asuntos del trabajo, salvo cuando se trate de derechos ciertos e indiscutibles”*; de igual manera, la SL CSJ, en sentencia SL 3337 de 2017, indicó:

“En materia laboral, el alcance legal de la transacción fue fijado en el artículo 15 del Código Sustantivo del Trabajo, que presupone su validez siempre que no se trate de derechos ciertos e indiscutibles.

“Bajo ese derrotero la jurisprudencia ha estructurado los límites de la transacción sobre la base de los principios de irrenunciabilidad e indisponibilidad de los derechos derivados del trabajo; el primer postulado se refiere a la imposibilidad de renunciar, sin recibir nada a cambio, a los derechos y prerrogativas que conceden las disposiciones legales que regulan el trabajo humano (art. 14 ibídem), regla que hoy es definida en la Constitución Política como mínima fundamental, pues contempla esa figura jurídica respecto de los «beneficios mínimos establecidos en normas laborales» (art. 53 C.P.); ello no significa, valga aclarar, que si se percibe una compensación no exista entonces renuncia, pues unida a esta se integra la indisponibilidad, que justamente hace referencia a la limitación de negociar los derechos laborales que consagra el orden público, salvo que el producto del acuerdo jurídico sea igual o más beneficioso para el trabajador, pero en uno y otro caso el modelo de acuerdo no sería el de la transacción, pues se itera, la ley laboral supedita la validez de esta a que los derechos en cuestión no sean ciertos e indiscutibles.

“Lo anterior por cuanto, el más sencillo análisis permite inferir que no se puede disponer ni renunciar a lo que no se tiene, o de lo que no se posee certeza de que ineludiblemente debe ingresar en el patrimonio, y es por ese simple, pero potísimo motivo, que solo cuando hay duda en la real y efectiva existencia de los derechos laborales, es viable la transacción.

“A partir de lo expuesto, la jurisprudencia ha señalado varios presupuestos para tener por válida ese pacto jurídico, a saber: i) la existencia de un litigio pendiente o eventual (art. 2469 C. Civil), ii) que no se trate de derechos ciertos e indiscutibles (art. 15 C.S.T.), iii) que exista la manifestación expresa de la voluntad exenta de vicios de los contratantes, y si se pacta mediante representante judicial, este debe estar expresamente facultado para transigir el litigio pendiente o eventual y, iv) que existan concesiones mutuas o recíprocas”.

De los anteriores presupuestos, se alega por activa que la transacción es nula, al no haberse expresado el consentimiento de manera libre y espontánea por parte



del trabajador, en tanto, señala existió una coacción por el empleador, la cual hace provenir de la conducta asumida en cuanto a la disposición de medios de transporte para ser dirigidos al Club en el cual se desarrollaría la reunión, y en no permitir leer el documento, lo cual, a juicio de la Sala, en manera alguna implica un vicio del consentimiento, pues no se evidencia que el hecho de suministrar el transporte tenga la magnitud de doblegar la voluntad del trabajador, quien además, no acreditó que se le haya imposibilitado leer el contrato suscrito, máxime que tenía la facultad no suscribirlo en esa eventualidad.

De tal manera, que ninguno de los hechos expuestos en la demanda ni en el recurso, tengan la magnitud de implicar un vicio del consentimiento. Debe señalarse que, en los hechos noveno y décimo de la demanda, narra que los abogados de la empresa le informaron que la terminación del contrato por mutuo acuerdo, obedecía a razones económicas de la empresa y le señalaron que de no suscribirlo debería demandar para el pago de su liquidación, lo cual no se traduce en una fuerza o coacción que implique cercenar la voluntad del trabajador.

Es menester acotar que, en cuanto a la fuerza como vicio del consentimiento, el artículo 1513 del C.C., establece que aquella no vicia el consentimiento sino cuando es capaz de producir una impresión fuerte en una persona de sano juicio, tomando en cuenta su edad, sexo y condición. Sobre el particular, la CSJ SCL, en sentencia SL 38706 del 16 de octubre de 2016, se estableció que:

“[...] no cualquier vicio es suficiente para declarar la nulidad de una transacción, sino que este debe ser de tal magnitud o característica que brille al ojo ante una mera y simple lectura del contenido del acta, incluso, por qué no decirlo, sin necesidad de acudir a otros medios probatorios.

“Aquí, rememórese que “para que la violencia llegue a viciar el consentimiento debe ser tan poderosa e irresistible que prive a la víctima de ella de su discernimiento y albedrío, hasta el punto de que sea el querer del violento el que se imponga en la relación del negocio jurídico de que se trate, y el sojuzgado apenas sea un mero portavoz de la persona que lo domina” (sentencia del 23 de abril de 1986, Sala Laboral) y estas características, como se ha anotado, precisamente son las que afloran por su ausencia del elenco probatorio denunciado”.

Por otra parte, no se endilga en la alzada inconformidad alguna frente al análisis probatorio de la prueba testimonial, de la cual se concluyó que no se logró acreditar un vicio del consentimiento, máxime que no se otorgó mérito probatorio a la deponente Gladys Triana Moreno, quien según estimó el *a-quo* es abiertamente parcializada, al incluso ubicarse en la misma situación del actor a la hora de



abordar las repuestas, y haber interpuesto una demanda por los mismo hechos, frente a lo cual, se reitera, no se endilgó reparto alguno en el recurso de apelación.

Ahora bien, frente a los planes de retiro, se ha adoctrinado que el empleador esta facultad para ofertarlos, sin que ello implique una coacción indebida, pues el empleador, en usos de su libre manifestación de la voluntad, tiene a su alcance aceptarlos o rechazarlos. En efecto, la SL CSJ, en sentencia SL9661-2017, señaló:

“No sobra recordar lo que de antaño y de manera pacífica ha enseñado la Corte en el sentido de que no existe prohibición alguna que impida a los empleadores promover planes de retiro compensados, ni ofrecer a sus trabajadores sumas de dinero a título bonificación, por ejemplo por reestructuración, sin que ello, por sí solo, constituya un mecanismo de coacción, pues tales propuestas son legítimas en la medida en que el trabajador está en libertad de aceptarlas o rechazarlas, e incluso formularle al patrono ofertas distintas, que de igual manera pueden ser aprobadas o desestimadas por éste, por lo que no es dable calificar ni unas ni otras de presiones indebidas por parte de quien las expresa, pues debe entenderse que dichas ofertas son un medio idóneo, legal y muchas veces conveniente de rescindir los contratos de trabajo y zanjar las diferencias que puedan presentarse en el desarrollo de las relaciones de trabajo”.

Ahora bien, respecto al plan de retiro compensado objeto de estudio, se concluye que el hecho de que la empresa Productos Ramo S.A. haya ofrecido al actor una compensación económica para incentivar su retiro voluntario de la empresa, no constituye una coacción o presión indebida que conduzca a considerar el retiro como un despido ilegal o injusto, pues como se ha manifestado, existió la terminación de la relación laboral por mutuo acuerdo, ya que el trabajador impuso su rúbrica aceptando libre y espontáneamente el acuerdo y la suma consignada en dicho documento, se dispuso para precaver eventuales conflictos.

De tal manera, que le asistió razón al *a-quo* al denegar las pretensiones de la demanda, por cuanto del material probatorio no se desprende que el contrato de transacción suscrito por las partes presente algún vicio en el consentimiento por la fuerza o coacción, motivo que impele a confirmar la sentencia de primera instancia.

SIN COSTAS en esta instancia por no haberse causado.

DECISIÓN:



TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL

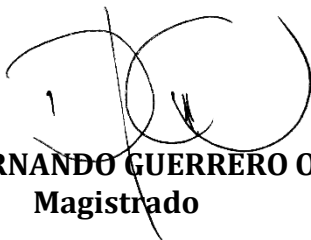
En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida 24 de julio de 2018, por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito dentro del proceso de la referencia, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
Sala de Decisión Laboral

Proceso Ordinario Laboral No. 1100131050 24 2016 00158 01
Demandante: LUIS CARLOS FORERO QUIINTERO
Demandado: GÉNESIS ARQUITECTURA Y DISEÑO S.A.S. EN
LIQUIDACIÓN POR ADJUDICACIÓN
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá, D.C., treinta (30) de julio de dos mil veinte (2020).

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto elevado por la parte demandante en contra de la sentencia proferida el 26 de julio de 2019 por el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá.

I.- ANTECEDENTES

1.1 DE LA DEMANDA

El señor *Luis Carlos Forero Quintero*, presentó demanda ordinaria laboral en contra de *Génesis Arquitectura y Diseño S.A.S*, hoy en *Liquidación judicial*, para que se declare la existencia de un contrato de trabajo, el cual terminó por causas imputables al empleador y en consecuencia, se condene al pago de salarios de los meses de agosto y septiembre de 2015, prima de servicios, cesantías, intereses a las cesantías, vacaciones, bonificaciones, sanción del artículo 64 del C.S.T., indemnización moratoria de que trata el artículo 65 la misma obra, y costas procesales.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

En respaldo de sus pretensiones, adujo que el 16 de agosto de 2013 se suscribió un contrato de trabajo a término fijo con la demandada, donde se estableció que desempeñaría el cargo de Diseñador Industrial, con una remuneración salarial mensual de \$2.300.000.

Que la labor desempeñada fue en forma personal, bajo la continuada subordinación y dependencia de la pasiva, contrato que finalizó el día 30 de



septiembre de 2015 cuando se vio obligado a presentar su carta de terminación por incumplimiento en el pago de la remuneración pactada, sin que a la fecha de presentación de la demanda se haya pagado lo respectivo.

1.3 CONTESTACION DE LA DEMANDA:

Luego de que el Juzgado en proveído del 23 de abril de 2016 dejara sin valor ni efecto la contestación de la demanda que efectuara la curadora *ad litem* en representación de la demandada, por constituirse la causal 8ª del artículo 133 del C.G.P. que propusiere el apoderado de la demandada (Fls. 88 y 89), esta última se opuso a la prosperidad de las pretensiones.

En su contestación a los hechos de la demanda, aceptó la existencia del contrato de trabajo con el actor y el cargo desempeñado, e indicó no constarle los demás supuestos fácticos planteados en la demanda.

II.- SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el 26 de julio de 2019, declaró la existencia del contrato de trabajo entre las partes desde el 16 de agosto de 2013 hasta el 30 de septiembre de 2015, condenando a la empresa al pago de salarios, cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, vacaciones y la sanción de que trata el artículo 65 del C.S.T.

Para arribar a la anterior conclusión, indicó qué no fue objeto de reproche los extremos temporales del contrato de trabajo alegado por el actor, ni el cargo desempeñado, el cual fue de diseñador industrial.

Frente al salario, lo determinó en la suma de \$1.600.000, mismo que se pactó en el contrato de trabajo, pues a pesar, de que los testigos enfatizaron que el demandante devengó la suma de \$2.300.000, no hay ninguna prueba adicional que así lo acredite. En cuanto a la bonificación de \$200.000 estipulada en el contrato, la *a-quo* no la constituyó como factor salarial, por cuanto no se acreditó que el valor que se le pagaba como bonificación fuese recibido como contraprestación directa del servicio atendiendo lo dispuesto en el artículo 127 y 128 del C.S.T.



Decidió acceder al pago de salarios por valor de \$3.040.000, cesantías \$1.200.000, intereses a las cesantías \$216.000, prima de servicios 400.000 y vacaciones \$600.000, con el argumento que de los testimonios recaudados se probó que la pasiva no canceló estas acreencias.

Condenó por la indemnización moratoria del artículo 65 del C.S.T., por considerar que era notoria la falta de cancelación de salarios y prestaciones sociales en tiempo.

A pesar de ello, dispuso que la indemnización debía pagarse desde el 30 de septiembre de 2015, fecha en que terminó la relación laboral, hasta el 26 de octubre de 2017, calenda en que la pasiva entró en liquidación; precisó que teniendo en cuenta que la demanda se presentó dentro de los veinticuatro (24) meses siguientes a la terminación laboral, decidió condenar por un valor diario de \$53.336 por el periodo comprendido entre el 30 de septiembre de 2015 y el 30 de septiembre de 2017, por valor de \$38.399.760, y a partir del 1º de octubre de 2017 hasta el 26 de octubre de esa misma anualidad, pagarse intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Bancaria.

Absolvió la pretensión del despido indirecto, bajo el entendido que el demandante no demostró haber renunciado por causas envueltas al incumplimiento de acreencias laborales, carga probatoria que le correspondía.

III.- RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión, la parte demandada la apeló; indicó su inconformidad en que según lo ha expuesto la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, la sanción por mora no procede en forma automática, sino que para su imposición debe analizarse si la tardanza en el pago de salarios y prestaciones sociales se encuentra revestida de buena fe, como sucedió en el presente asunto.

Esto en razón a que, la indemnización no opera desde el momento en que se produjo la liquidación, sino que existe una sucesión de hechos paulatinos en el transcurrir del tiempo que ocasionaron la entrada en liquidación, ya que existieron otras etapas procesales que denotaban las crisis económicas que se venía padeciendo, circunstancias todas que resultan justificables en la mora.



IV.- ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La demandada manifestó que, se demostró que la empresa afrontó una crisis económica que condujo a que fuera parte del proceso de reorganización en los términos de la Ley 1116 de 2006, por lo que, los aspectos que envuelven dicho actuar, se encuentran revestidos de buena fe, y en tal sentido, no es procedente el pago por esta indemnización.

V.- CONSIDERACIONES

5.1 PROBLEMA JURÍDICO:

Sin avizorar causal que invalide lo actuado, encontrándose reunidos los presupuestos procesales, se definirá si es dable condenar a la demandada *Génesis Arquitectura y Diseño S.A.S en Liquidación por Adjudicación*, a la indemnización por el pago no oportuno de salarios y prestaciones sociales establecida en el artículo 65 del C.S.T.

5.2 DEL CASO EN CONCRETO:

En primer lugar, se deja de presente que no fue objeto de reproche por ninguna de las partes la existencia del contrato de trabajo comprendido entre el 16 de agosto de 2013 y el 30 de septiembre de 2015, al igual que la falta de pago por concepto de salarios y prestaciones adeudadas, a tal punto, que la parte apelante no manifestó nada en el recurso de alzada sobre este aspecto.

Ahora bien, tratándose de la indemnización moratoria, debe indicarse que con la finalidad de proteger los derechos de los trabajadores que se han visto afectados por el incumplimiento de las obligaciones legales a cargo de su empleador, la ley laboral ha previsto algunas consecuencias económicas tendientes a resarcir el menoscabo que esta conducta pudiese causar al trabajador, incluyendo dentro de ellas, la indemnización por el no pago oportuno de las prestaciones causadas a la finalización del contrato consagrada en el art. 65 C.S.T.

Precisa la Sala que la citada indemnización no opera de manera automática, ya que a su imposición debe preceder el análisis de los elementos subjetivos que guiaron la conducta omisiva del empleador, que, a pesar de que no sean correctos jurídicamente, puedan considerarse razonables, tal y como lo ha dicho nuestro



máximo órgano de cierre, entre otras en sentencias, SL2958-2015, Radicación No. 4552 del 25 de febrero de 2015, SL8216-2016, Radicación No. 47048 del 18 de mayo de 2016, y más recientemente en la sentencia SL1682-2019, Radicación No. 40221 del 8 de mayo de 2019.

Es justamente este elemento el que solicita valorar el apelante, pues alega que existieron circunstancias que incidieron en el no pago de las acreencias laborales, y por ende, la suspensión de los pagos devino en su estado de insolvencia y los demás procedimientos que se dieron en este aspecto, al haber entrado en proceso de reorganización y posterior liquidación judicial, debiéndose someter con ello a las reglas de concurso, que prohíben realizar pagos a sus acreedores.

No obstante, debe señalarse desde ya, que no son de recibo los argumentos de la demandada, en la medida que en el presente evento no se acredita que la encartada actuara de buena fe a la terminación de la relación laboral que le exonere de dicha indemnización prevista por el no pago de las prestaciones sociales a la terminación del contrato.

Ello en tanto encuentra la Sala que si bien a través del auto del 28 de abril de 2016 se admitió la reorganización (Fl. 34 a 43 y Cd visto a Fl. 102), proceso que fue inscrito el día 17 de mayo de 2016 ante la Cámara de Comercio según se aprecia del Certificado de Existencia y Representación Legal (Fl. 84 vuelto), fue solo hasta dicha data que se verificó el cumplimiento de los presupuestos para tal efecto, debiéndose haber pagado la liquidación del demandante desde el día siguiente de la culminación de su vínculo laboral, sin que se tenga certeza del estado financiero de la demandada a esa fecha, como así se pretende hacer ver en el recurso de alzada.

Además, tal situación no demuestra la buena fe de la entidad, pues de vieja data tiene asentado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que la falta de liquidez no exime a la empresa del pago de la sanción moratoria, aunado al hecho que los trabajadores no tienen que sufrir el deterioro económico de las empresas. Así, en sentencia SL16884-2016, Radicación No. 40272 del 16 de noviembre de 2016, señaló:

“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.

“[...]

“La Sala también ha precisado que la conducta del empleador que debe ser evaluada es la observada en el momento en el que incurrió en mora en el pago de salarios o prestaciones sociales, vale decir, en el caso de la indemnización consagrada en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, en el momento de la terminación del contrato de trabajo, y, en el caso de la sanción prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, en el momento en el que legalmente se debe consignar la cesantía en un fondo. Por dicha razón, la Corte ha sido clara en definir que la mora no puede excusarse con fundamento en situaciones posteriores y diferentes de la conducta observada por el deudor en el momento en que tenía que pagar.

Por los argumentos expuestos, se logra concluir que la actuación de la encartada se encontraba en ausencia de buena fe por no proceder con las obligaciones legales al finiquito de la relación.

Se advierte que los extremos decididos por la *a-quo* para calcular la indemnización no fueron los correctos, ya que al haberse extinguido la relación laboral el día 30 de septiembre de 2015, esta condena empezaba a hacerse exigible a partir del día siguiente de la finalización, es decir, el 1º de octubre de 2015, y a su vez los veinticuatro (24) meses vencerían el día 30 de septiembre de 2017. También existe un mal cómputo del extremo final para el pago de la condena, como quiera que al admitirse el proceso de reorganización para la demandada el día 26 de octubre de 2017, el pago dinerario debió aplicarse hasta el día 25 del mismo mes y año.

A pesar de lo anterior, sobre este punto la Sala no entrará a su estudio, toda vez que no fue objeto de reproche para el análisis en esta instancia, por lo que la decisión de primer grado se confirmará.

SIN COSTAS en esta instancia, por cuanto no se causaron.

DECISIÓN:



TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL

En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 26 de julio de 2019 por el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso de la referencia, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
Sala de Decisión Laboral

Proceso Ordinario Laboral No. 1100131050 29 2016 00384 01
Demandante: DIANA MARCELA PEÑA RODRÍGUEZ
Demandado: ACTIVOS S.A., COLTEMPORA S.A. y
COLPENSIONES.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., treinta (30) de julio de dos mil veinte (2020)

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, en contra de la sentencia proferida el 7 de junio de 2018 por el Juzgado Veintinueve Labora del Circuito de Bogotá.

I.- ANTECEDENTES

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora *Diana Marcela Peña Rodríguez*, presentó demanda ordinaria laboral en contra de *Activos S.A., Colombiana de Temporales Sociedad Anónima Coltempora S.A.*, y la *Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones*, para que, con ocasión al vínculo contractual como trabajadora en misión bajo la figura de obra o labor contratada que tuvo con las dos primeras enunciadas, por el periodo comprendido entre el 13 de septiembre de 2013 y el 27 de mayo de 2016, se declare la existencia de un contrato de trabajo con la entidad pensional, el cual se terminó sin justa causa.

Solicitó además que se declare que no se le pagó el mismo salario recibido por el personal de planta de *Colpensiones*, quienes desempeñaban iguales funciones a las de ella, y que las empresas *Activos S.A. y Coltempora S.A.*, actuaron como simples intermediarios para con *Colpensiones* de conformidad con lo establecido en el artículo 37 del C.S.T.

Como pretensiones de carácter condenatorio, deprecia la sanción por despido sin justa causa, el pago de la diferencia salarial con los trabajadores de *Colpensiones* que desempeñaban las mismas funciones – Profesional Senior 3 –, y lo fijado como salario y prestaciones sociales en los distintos contratos de trabajo suscritos bajo la figura de



obra o labor – Profesional II -, reliquidación de prima de servicios, prima de vacaciones, vacaciones, cesantías e intereses a las cesantías.

Al pago de la prima de navidad con el cargo de Profesional Senior 3, la bonificación extralegal de recreación en el mismo cargo, indexación de los valores adeudados y perjuicios morales como consecuencia del despido injusto.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Que a través del Acuerdo 063 de 2013 del 1º de octubre de 2013, la Junta Directiva de *Colpensiones*, indicó en su artículo 6º las funciones de la Gerencia Nacional de Reconocimiento y demás obligaciones atinentes al tema pensional; que por auto 110 de 2013, la Corte Constitucional ordenó a *Colpensiones* que debía tomar las medidas necesarias para asegurar el personal y la infraestructura de la entidad a efectos de satisfacer el cumplimiento del plan de acción para corregir el atraso estructural del RPM y las metas fijadas para el 31 de diciembre de 2013 tendientes a la resolución de los asuntos pensionales. Que por Auto 320 de 2013, la Corte Constitucional declaró incumplida la obligación contenida en la parte resolutive del Auto 110 de 2013 ya referido.

Que en punto de ello *Colpensiones* ha venido implementando estrategias de intermediación legal de personal a través de empresas de servicios temporales para el suministro de trabajadores en misión, lo que ha conducido a que la entidad haya celebrado por más de 3 años contratos con diferentes empresas de servicios temporales, para suministrar trabajadores en misión con el fin de atender actividades propias de su órbita funcional.

Por esto, la administradora pensional el 14 de mayo de 2013 celebró contrato de prestación de servicios No. 60 con la empresa *Activos S.A*, el cual tuvo 3 prórrogas, y su objeto fue que la última enunciada suministrara personal en misión para con la primera hasta de 500 trabajadores, el 20 de enero de 2014 celebró un segundo contrato de prestación de servicios con consecutivo No. 007 y el 24 de junio de 2014, el contrato No. 053 de 2014 con *Coltempora S.A.*, último que tuvo dos prórrogas.

Que siguió celebrando contratos con estas temporales como lo fue el No. 119 del 9 de diciembre de 2014 con *Coltempora*, el No. 42 del 27 de marzo de 2015 con *Activos* de hasta 1.530 trabajadores, el No. 005 del 28 de enero de 2016 con *Activos S.A.* donde *Colpensiones* participó directamente en el reclutamiento de los trabajadores y el 30 de junio de 2016 se celebró el Otro sí de este vínculo contractual.



En el Acuerdo No. 064 de 2013 la Junta Directiva de Colpensiones amplió la planta de personal a 1.268 trabajadores oficiales, el 6 de julio de 2012 depositó el Pacto Colectivo ante el Ministerio del Trabajo cuya vigencia fue desde el 14 de junio de 2012 hasta el 13 de junio de 2017 en el que se incluyeron bonificaciones extralegales, en el año 2014 se establecieron beneficios unilaterales para todos los trabajadores, y el 24 de febrero de 2015 se estableció un acuerdo salarial para estos.

En su puntual situación, adujo que presentó entrevista ante los integrantes de la Gerencia de reconocimiento de la entidad, por lo que, desde el 13 de septiembre de 2013 empezó a prestar sus servicios en *Colpensiones* como trabajador en misión desempeñando el cargo de *Profesional II* de la siguiente manera: (i) a través de *Activos S.A.* hasta el 25 de junio de 2014, (ii) a partir del 26 de junio de 2014 y hasta el 31 de marzo de 2015 a través de *Coltempora S.A.*, (iii) desde el 1º de abril de 2015 hasta el 27 de mayo de 2016 a través de *Activos S.A.*, (iv), por lo que estas contrataciones advierten la prestación de sus servicios sin solución de continuidad en *Colpensiones*, cuyas funciones eran la sustanciación de las prestaciones económicas que se radicaran ante la entidad, idénticas funciones a las del personal de planta de la entidad.

En lo que concierne a las diferencias salariales, indicó que el *Profesional Senior 3* de *Colpensiones* adscrito a la Gerencia de Reconocimiento para el año 2013 devengaba mensualmente la suma de \$3.680.227, en el año 2014 \$3.929.734, en el año 2015 \$4.112.859, en el año 2016 \$4.429.549, pero ella en el año 2013 devengó \$3.500.000 como remuneración básica mensual, en el año 2014 \$3.567.900, en el año 2015 \$3.985.857, y en el año 2016, \$3.985.857.

Por último, arguyó que *Colpensiones* le solicitó a *Activos S.A.* la finalización de su contrato de trabajo, y el 27 de mayo de 2016, se le informó que su relación laboral había finalizado porque la obra o labor se extinguió, a pesar de que esta continuaba en *Colpensiones*.

1.3 CONTESTACIONES DE LA DEMANDA:

Colpensiones contestó oponiéndose a las pretensiones, por cuanto nunca ha existido relación laboral con la actora, toda vez que fue trabajadora en misión, a través de *Activos S.A.* y *Coltempora S.A.*, lo que se encuentra regulado en Ley 50 de 1990.

Formuló las excepciones de inexistencia del derecho y de la obligación y/o falta de legitimación en la causa por pasiva, legitimado en causa por pasiva, cumplimiento de



las órdenes de la Corte Constitucional y prevalencia del interés general sobre el particular, diferencias salariales, prescripción, buena fe, e innominada.

Activos S.A. manifestó que la demandante celebró cuatro contratos por obra o labor contratada de conformidad con lo establecido en el artículo 77 de la Ley 50 de 1990, los cuales finalizaron con ocasión a la terminación del plazo de ejecución de los contratos de prestación de servicios que como temporal suscribió con *Colpensiones*, por lo que no hay lugar a la declaratoria de un contrato realidad entre la actora y la administradora pensional.

Adujo igualmente que, la demandante devengó y disfrutó el salario pactado de común acuerdo que se acordó en los diferentes contratos de trabajo, lo que no da lugar a que pretenda comparar sus salarios con los del personal de planta de *Colpensiones*, adicional a que nunca existió una terminación de los contratos de trabajo con justa causa a favor de la actora, pues culminaron por expiración de la obra, sumado a que le fueron cancelados en su totalidad los derechos laborales.

Formuló las excepciones de prescripción, inexistencia de las obligaciones reclamadas, cobro de lo no debido, enriquecimiento sin justa causa, compensación y pago, buena fe, mala fe de la demandante, y la denominada genérica.

Seguidamente *Coltempora S.A.* se opuso a la prosperidad de las pretensiones, manifestando que la demandante estuvo vinculada mediante dos relaciones laborales, autónomas, independientes y ajenas de cualquier otra, sin que haya superado el término previsto en el artículo 77 de la Ley 50 de 1990. Que los contratos fueron terminados por causa objetiva según lo acordado en la relación laboral, por lo que el vínculo contractual finalizó con presupuestos ajustados a la Ley.

Mencionó que la demandante desconocía que existiera personal de planta en las instalaciones de *Colpensiones*, que realizara las mismas funciones o actividades que ella desempeñaba, o que contara con la misma experiencia que ella, formación académica o antigüedad. Por último, destacó que se actuó de buena fe, pues a la demandante se le cancelaron todas las acreencias laborales a las que tenía derecho, y esta a su vez conocía que *Coltempora S.A.* era su verdadero empleador.

Formuló las excepciones de inexistencia de las obligaciones reclamadas, inexistencia de despido-terminación del contrato conforme a los presupuestos objetivos y legales señalados en el artículo 61 del C.S.T., cobro de lo no debido y falta de causa para pedir,



buena fe, mala fe, temeridad y deslealtad procesal, prescripción de derechos, compensación e innominada.

II.- SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el 7 de junio de 2019, absolvió a las demandadas de todas y cada una de las pretensiones formuladas en su contra.

En primer lugar, adujo que no hay reproche de la vinculación laboral que tuvo la demandante con *Activos S.A* y con *Coltempora*, para que la primera fuese trabajadora en misión en *Colpensiones* como así lo certificó esta última, y según se demostró de los contratos de trabajo suscrito con las empresas temporales.

En lo que concierne a las pretensiones de reliquidación salarial y demás prestaciones sociales, las negó por considerar que no se logró demostrar por la actora de manera precisa las funciones del personal de planta, el grado, el funcionario con el que se quería comparar, su perfil, entre otros aspectos, más aún, si la misma demandante en el interrogatorio de parte rendido, no supo cuál eran las funciones de los empleados con los que pretendía la nivelación.

En cuanto a la sanción por despido sin justa causa, determinó que la misma resulta impróspera, como quiera que *Colpensiones* se encontraba en un caso especialísimo que era descongestionar las distintas problemáticas de solicitudes pensionales y temas similares que la Corte Constitucional le había ordenado, por lo que, al disminuir el número de solicitudes pendientes, era razonable que el personal contratado en misión a través de las empresas temporales tuviese que ir disminuyendo gradualmente.

Que a pesar de lo anterior, de conformidad con lo establecido en el artículo 77 de la Ley 50 de 1990 y demás normas conexas que regulan la materia, se encontró que se había excedido el término de un año en lo que respecta a las contrataciones de la demandante, por lo que podría declararse que el verdadero empleador era *Colpensiones*, pero a pesar de ello, la *a-quo* no constituyó el vínculo laboral con esta última, debido a que el tiempo legal permitido se había extra limitado por las distintas decisiones emanadas por la Corte Constitucional para el cumplimiento de metas de resoluciones de temas pensionales, circunstancias suficientes para no impartir condena.



En cuanto al despido injusto, estimó que se presentó la terminación de un vínculo laboral suscrito entre las distintas empresas, en virtud a que se extinguió la obra o labor contratada con las temporales, considerando que el finiquito era justo.

III.- RECURSO DE APELACIÓN:

Inconforme con la anterior decisión, la parte actora lo apeló, toda vez que no se interpretó de debida forma la *nivelación salarial*, dado que artículo 79 de la ley 50 de 1990 estableció que los trabajadores en misión tendrían derecho a un salario ordinario equivalente al de los trabajadores de la empresa usuaria, dado que desempeñaba la misma actividad de los trabajadores de planta, por lo tanto, *Colpensiones* es quien debe reconocer el pago de las diferencias salariales, pues prestaba sus funciones en las mismas instalaciones, con los mismos equipos, recursos, órdenes y bajo la misma estructura de la administradora pensional.

Que comparte lo decidido por la falladora de instancia en lo que corresponde a la obra o labor determinada, como así quedó demostrado en el material probatorio allegado al expediente, pero existe inconformidad con el hecho de que la falladora hubiese advertido que no era posible determinar en qué momento iba a culminar el mismo, ya que, si bien se le contrató por obra o labor, la Corte Constitucional decide que fueron superados los estados de cosas inconstitucionales, y en ese mismo instante el Alto Tribunal Constitucional le dio nuevas órdenes a *Colpensiones* para desarrollar estas actividades, por lo que se tenía conocimiento de cuándo iniciaba y culminaba la obra dispuesta, talante que no se observó para adoptarse la sentencia circunstancia por la cual debe prosperar la sanción por *despido sin justa causa*.

En cuanto a la existencia de la relación laboral, adujo que se presentaron varios contratos sistemáticos tanto comerciales como laborales que no se tacharon de falsos, entonces, lo que se evidenció fue una inobservancia en cuanto a la normatividad que regula la actividad de servicio temporal, porque si bien, se conoce la necesidad por la cual *Colpensiones* llevó a cabo estas relaciones comerciales, en ningún momento se pronunció la Corte sobre los lineamientos de derecho laboral para desarrollar dichos contratos, y en el atraso estructural de la entidad se celebraron más de 6 contratos de trabajo que fueron prorrogados, aspectos que soportan que la entidad pensional es la verdadera empleadora ya que no existe una razón justificada para que se haya ampliado el término de contratación regulado en el artículo 77 de la Ley 50 de 1990.



IV.- ALEGATOS DE CONCLUSIÓN:

Colpensiones adujo que la contratación de personal en misión fue ajustado a derecho, por cuanto ésta se hizo bajo parámetros legales y atendiendo la necesidad de descongestionar las solicitudes del RPM impuestas por la Corte Constitucional.

Que por tal motivo, los diversos contratos laborales suscritos entre la demandante y las empresas de servicios temporales fueron independientes entre sí, por lo que es evidente que la demandante nunca tuvo vínculo con la entidad, ya que los verdaderos empleadores fueron las Empresas de Servicios Temporales *Coltempora S.A.* y *Activos S.A.*

El extremo accionante no presentó escrito de alegaciones dentro del término legal.

Finalmente, la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado allega escrito mediante el cual coadyuva a *Colpensiones*.

V.- CONSIDERACIONES

5.1 PROBLEMA JURÍDICO:

Atendiendo el presente asunto y por cuestiones metodológicas con ocasión a los argumentos expuestos por el apoderado judicial de la demandante, el primer problema jurídico a dilucidar se circunscribirá a determinar si la celebración de los diferentes contratos de prestación de servicios suscritos entre *Colpensiones* y las empresas de servicios temporales *Activos S.A.* y *Coltempora S.A.* para efectos de la contratación del personal en misión, son legalmente permitidos atendiendo los preceptos de la Ley 50 de 1990, o si, en su defecto, dicha contratación no es ilícita y por ende, la demandante es una trabajadora de planta de *Colpensiones* conforme se arguyó en la demanda y en el recurso de alzada.

De prosperar el problema jurídico anterior, la Sala procederá a analizar si es procedente la reliquidación de acreencias laborales, la terminación del despido sin justa causa en su favor y la solidaridad entre la entidad y las Empresas de Servicios Temporales.

De igual manera en virtud del principio de la congruencia, y dada la competencia establecida en los puntos de apelación, no se abordarán las acreencias extralegales ni la prima legal de navidad, pues no fue objeto de reproche su absolución, ni se adujo la aplicación extralegal para liquidar lo pretendido en la alzada.



5.2 DEL CASO EN CONCRETO:

Sea lo primero indicar que, dentro del presente asunto, no es objeto de reproche que entre *Colpensiones* y las empresas de servicios temporales se suscribieron distintos contratos de trabajo para el suministro de personal (Fls. 104 a 127, 131 a 133, 134 a 157, 158 a 175, 185 a 204, 205 a 223, 228 a 251).

Los anteriores contratos celebrados por la entidad en distintas fechas para con *Activos S.A.* y *Coltempora S.A.*, fue con el fin de suministrar personal en misión, donde en términos generales el objeto de todos era el siguiente:

“Suministrar a la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES, trabajadores en misión en el número, con las calidades y los requerimientos específicos exigidos con la misma, para entender el alto volumen de la demanda del servicio y de operaciones en la Administración del Régimen de Prima Media y labores ocasionales, accidentales o transitorias, reemplazar personal en vacaciones, en licencia por solicitud propia, incapacidad por enfermedad o licencia de maternidad, en jornada de tiempo completo, por turnos de ser necesario y de manera exclusiva, en las dependencias de COLPENSIONES.”

Tampoco fue objeto de reproche, los contratos de trabajo que la demandante tuvo con las empresas de servicios temporales *Activos S.A.* y *Coltempora S.A.* de la siguiente manera:

- 1) Desde el 13 de septiembre de 2013 hasta el 20 de enero de 2014, al servicio de *Activos S.A.*
- 2) Desde el 21 de enero de 2014 hasta el 25 de junio de 2014, al servicio de *Activos S.A.*
- 3) Desde el 26 de junio de 2014 hasta el 10 de diciembre de 2014, al servicio de *Coltempora S.A.*
- 4) Desde el 11 de diciembre de 2014 hasta el 31 de marzo de 2015, al servicio de *Coltempora S.A.*
- 5) Desde el 1º de abril de 2015 hasta el 30 de enero de 2016, al servicio de *Activos S.A.*
- 6) Desde el 1º de febrero de 2016 hasta el 27 de mayo de 2016, al servicio de *Activos S.A.*

Con lo anterior, se establece que la actora fue trabajadora en misión para *Colpensiones* a través de 2 empresas de servicios temporales como lo fueron *Coltempora S.A.* y



Activos S.A., con diferentes contratos de trabajo bajo la modalidad de obra o labor contratada; por lo que procede la Sala a determinar si es procedente, tal como lo pide la recurrente, tener como verdadera empleadora a *Colpensiones*, quien fungió como empresa usuaria dentro de la relación jurídica subsistente con las mencionadas empresas de servicios temporales, entre el lapso y por los periodos que determinó el Juez de instancia.

Puestas así las cosas, en lo que tiene que ver con las empresas de servicios temporales, con la expedición de la Ley 50 de 1990 se estableció, de una parte, que las mismas pueden contratar con terceros para colaborar en forma temporal con el desarrollo de sus actividades, y de otra, que dicha colaboración debe estar sujeta a las siguientes situaciones generales: **1)** la tradicional del artículo 6º del C.S.T, esta es, para ejecutar con el trabajador en misión labores ocasionales, accidentales o transitorias distintas de las actividades del patrono; **2)** para reemplazar personal en vacaciones, en uso de licencia, en incapacidad por enfermedad o en licencia de maternidad, y **3)** para atender incrementos en la producción, el transporte, las ventas de productos o mercancías, los periodos estacionales de cosecha, y en la prestación de servicios por un término de 6 meses que puede prorrogarse por otros 6 meses más, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 77 de la mencionada Ley 50 de 1990.

A su vez, el artículo 2º del Decreto 4369 de 2006, define las Empresas de Servicios Temporales como aquellas que contratan servicios con terceros que son beneficiarios, de una labor prestada por personas naturales contratadas en forma directa. El artículo 2º del Decreto 4369 de 2006, define las Empresas de Servicios Temporales como aquellas empresas que contratan servicios con terceros, para ser beneficiarias de una labor prestada por personas naturales contratadas de manera directa por la Empresa de Servicios Temporales.

En relación con este aspecto, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencias con Radicación No. 25717 del 22 de febrero de 2006, SL5696-2014, Radicación No. 41777 del 7 de mayo de 2014, y recientemente en las sentencias SL960 de 2020, Radicación No. 77376 del 18 de marzo de 2020 y SL66-2020, Radicación No. 66300 del 10 de marzo de 2020, analizó que frente a los eventos de contratación fraudulenta, y en los casos en que se desconozca el plazo máximo permitido para la vinculación de los trabajadores en misión, de acuerdo a los artículos 77 de la Ley 50 de 1990, las empresas de servicios temporales deben ser catalogadas como un empleador aparente y un intermediario que oculta su calidad, y por tal



motivo, se debe tener como verdadero empleador a la empresa usuaria que se benefició de tal intermediación.

De manera que, si el juzgador de instancia encuentra demostrado un marco temporario que resulte contrario a las nociones precisas de colaboración transitoria en el desarrollo de las actividades de la empresa, o encuentra demostrado que se ha transgredido la finalidad que de manera particular inspira las tres situaciones que regula el mencionado artículo 77 de la Ley 50 de 1990, es imperioso que atienda a esa precisa realidad, incluso pasando por alto la presencia de actos, que vistos de manera individual y solo en su contenido meramente formal, se exhiben con la apariencia de licitud, como son por ejemplo los contratos individuales, la liquidación de prestaciones sociales, o las comunicaciones de terminación del contrato.

Así las cosas, en el presente caso la entidad demandada *Colpensiones*, expuso que la razón para justificar la contratación de la demandante a través de *Activos S.A.* y *Coltempora S.A.* como empresas de servicios temporales, fue para dar cumplimiento al plan de acción presentado por la entidad ante una Corporación Judicial – Corte Constitucional, con el fin de corregir el atraso estructural del régimen de prima media, que otrora administró el extinto Instituto de Seguros Sociales, disposiciones reguladas principalmente en Autos 110 y 320 de 2013; lo cual, se puede realmente verse justificado en todos y cada uno de los contratos de prestación de servicios suscritos con las temporales, previa aprobación y justificación de la Vicepresidencia de Talento Humano, en calidad de supervisora sobre lo pertinente.

A pesar de lo anterior, en atención de los parámetros legales y jurisprudenciales sostenidos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, si bien las contrataciones de la entidad por intermedio de temporales estaban sopesadas legalmente, tal aspecto no puede descontextualizar las reglas de contratación reguladas en el artículo 77 de la Ley 50 de 1990.

Así entonces, nótese que la actora prestó sus servicios como trabajadora en misión inicialmente con *Activos S.A.*, por medio de un contrato de trabajo desde el 13 de septiembre de 2013 hasta el 20 de enero de 2014 desempeñando el cargo de *Profesional II Analistas* (Fl. 737), y el contrato entre el 21 de enero de 2014 y el 25 de junio de 2014 con las mismas funciones al anterior (Fl. 801).

Seguidamente, suscribió dos contratos con *Coltempora S.A.*, el primero desde el 26 de junio de 2014 hasta el 10 de diciembre de 2014 (Fl. 1083), y el segundo desde el 11 de diciembre de 2014 hasta el 31 de marzo de 2015 (Fl. 1112).



Luego, suscribió dos contratos con *Activos S.A.*, desde el 1º de abril de 2015 hasta el 30 de enero de 2016 (Fl. 908), y entre el 1º de febrero de 2016 y el 27 de mayo de 2016 (Fl. 1002), fecha última en que la Empresa de Servicios Temporales le notificó el finiquito de la relación laboral.

Como se puede corroborar, la última contratación que se realizó a través de *Activos S.A.*, superó el término del año que exige la Ley 50 de 1990, lo que conduce a que esta figura se descontextualice, y en tal sentido, se presente una indebida contratación; significando así, que *Colpensiones* sea el verdadero empleador para con la demandante y *Activos S.A.* una simple intermediaria.

En este puntualísimo aspecto, no es de recibo para la Sala que el hecho de que *Colpensiones* haya necesitado en su momento personal contratado por intermedio de Empresas de Servicios Temporales, pretenda desacatar normativas previamente reguladas para cumplir sus propios fines, que como ya se dijo, era la evacuación de solicitudes pensionales y demás asuntos conexos, máxime, si los anteriores contratos celebrados entre la demandante y las temporales, no tuvieron extremos superiores a un año, de lo que se puede concluir que previamente ya se tenía conocimiento por las demandadas de que los últimos dos contratos suscritos carecían de validez.

Por ello, la decisión de primer grado será revocada y en su lugar, al haber existido una indebida contratación en los términos del artículo 77 de la Ley 50 de 1990, se declarará que el actor es trabajador de *Colpensiones*.

Del Trabajador oficial:

Para desatar la controversia planteada, debe rememorarse que es la ley y no la voluntad de las partes, la que define cuándo se es trabajador oficial o empleado público, por lo que, incluso el trato como trabajador oficial que eventualmente haya dado la entidad empleadora no es criterio válido para definir tal aspecto.

Es por ello que, en este proceso, la Sala debe dilucidar ese primer aspecto, para luego discernir, solo en caso positivo, si la demandante es beneficiaria de los derechos solicitados, tal como reiteradamente lo ha sostenido la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencias con radicaciones No. 19960 del 19 de marzo de 2004, Radicación 19960 del 11 de agosto de 2004, Radicación No. 21403 del 11 de agosto de 2004, Radicación N. 36741 del 24 de enero de 2012.



Sin embargo, como se ha referido, es la ley la que se encarga de indicar cuándo un servidor tiene la calidad de trabajador oficial y cuándo es empleado público, por lo que deben atenderse tales parámetros, y no la voluntad de las partes, más aún, cuando la entidad demandada es una Empresa Industrial y Comercial Del Estado, las cuales, de acuerdo con lo establecido en el Decreto 3135 de 1968 tienen una planta de personal mixta entre empleados públicos y trabajadores oficiales, que exige del Juez una verificación normativa.

En ese ejercicio, cita la Sala el Decreto 2148 de 1992, norma que establece que el Instituto De Seguros Sociales, era una Empresa Industrial y Comercial del Estado del Orden Nacional con personería jurídica, autonomía administrativa y capital independiente, vinculada al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, por lo que, de acuerdo con lo establecido en el artículo 5º del Decreto 3135 de 1968: *“Las personas que prestan sus servicios en las **Empresas Industriales y Comerciales del Estado** son trabajadores oficiales; sin embargo, los estatutos de dichas empresas precisarán qué actividades de dirección o confianza deban ser desempeñadas por personas que tengan la calidad de empleados públicos.”*, es decir, que salvo disposición expresa, la regla general, es que el personal de esas entidades funge como trabajadores oficiales.

Ahora, el Decreto 416 de 1997 mediante el cual se aprobó el Acuerdo 145 del 4 de febrero de 1997 emanado del Consejo Directivo del Instituto de Seguros Sociales, y que se encuentra vigente, dispone que los servidores del Instituto de Seguros Sociales se clasifican en empleados públicos y trabajadores oficiales y a continuación precisa qué cargos serían considerados *empleados públicos*, así:

“A. Son Empleados Públicos, las personas que ocupan los siguientes cargos en la planta de personal del ISS:

13. Los Servidores Profesionales y Secretarías Ejecutivas del Instituto de los despachos del Presidente, Secretario General o Seccional, Vicepresidente, Gerente y Director.

“B. Son Trabajadores Oficiales, las personas que desempeñen en el Instituto los demás cargos.”

Conforme a lo expuesto anteriormente se tiene que la demandante no ocupó ninguno de los cargos descritos, por lo tanto, no es una empleada pública, adicionalmente se evidenció que realizó funciones propias de los trabajadores oficiales, tal y como se puede evidenciar en las cartas de certificación que aportó *Colpensiones* a (Fls. 11 a

16), además, los empleados públicos se vinculan a través de una relación legal y reglamentaria y los trabajadores oficiales a través de un contrato de trabajo.

a. Nivelación salarial

Para desatar el objeto de la controversia, se tiene que el artículo 143 del C.S.T. establece que, al trabajo desempeñado en puesto, jornada y condiciones de eficiencia iguales, debe corresponder un salario igual.

Precepto que fuera subrogado por el artículo 7º de la Ley 1496 de 2011, precisando que:

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

Al respecto la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, determinó que la igualdad de trato y no discriminación en el trabajo, exige tratamiento igualitario en materias salariales y prestacionales para los trabajadores que se encuentren en igualdad de condiciones laborales, por lo que no son admisibles tratos diferenciados cuando se sustenten en motivos irrelevantes o subjetivos.

Caso contrario ocurre cuando las diferencias se presentan por motivos razonables, legítimos o relevantes, es decir, criterios objetivos que pueden ser fundados en la capacidad profesional o técnica, en la antigüedad, la experiencia en la labor; pues en estos eventos está justificada la diferencia salarial y no hay lugar a la nivelación, como se estudió recientemente en la sentencia SL1399-2019, Radicación 6939 del 6 de marzo de 2019. Por otro lado, se tiene que en la nivelación salarial por aplicación del principio *"a trabajo igual, salario igual"*, el trabajador debe demostrar el puesto desempeñado y la existencia de otro trabajador que desempeña o desempeñó el mismo cargo con similares funciones y eficiencia.

Del acervo probatorio allegado al plenario, no se advierte que la demandante haya logrado probar que las actividades que desarrollaba eran de similares o iguales condiciones a las de un trabajador de planta de Colpensiones, pues sus alegaciones por esta reliquidación de salarios y prestaciones sociales fueron elevadas de manera



general, de lo que no se evidencia que haya una prueba fehaciente de qué trabajador desempeñaba el puesto con las mismas funciones al de un trabajador plenamente nombrado en planta por la entidad, por lo que los dichos de la actora en su interrogatorio de parte rendido, se caen de su peso al no haber prueba que lo demuestre, lo que conlleva a absolver a la demandada por concepto de reliquidaciones.

De la indemnización por despido sin justa causa

Previo a analizar la referida indemnización, debe aclararse que quedó probada la existencia de un contrato de trabajo, que tuvo como extremo inicial el día 13 de septiembre de 2013 y finalizó el 27 de mayo de 2016, terminación que se evidencia de la comunicación del retiro que hizo *Activos S.A.* el 27 de mayo de 2016, adicional, a que en dicha terminación de contrato no se le informó a la parte demandante cuál era el motivo del despido, sino que por el contrario se le indicó que la labor encomendada por ella, finalizaba el 27 de mayo de 2016.

Conforme a lo anterior, se adentrará la Sala a analizar la procedencia de la indemnización por despido sin justa causa, teniendo de presente que la carga probatoria de demostrar el despido corresponde al trabajador, en tanto que estará a cargo del empleador desvirtuarla.

A folio 2 del expediente, *Activos S.A.* informó a la actora que la labor para la cual había sido contratada finalizaba el 27 de mayo de 2016, sin que se invocara ninguna de las causales establecidas en la norma para este fin, y verificadas las pruebas allegadas, se aprecia que *Colpensiones* envió comunicado el 27 de mayo de 2016 solicitando a *Activos S.A.* retirar a la trabajadora quien se desempeñaba en misión, pero sin justificar el motivo específico de la desvinculación, razones suficientes para que se pueda concluir que no existió moción alguna de justificación para con la demandada, pues el hecho de que la entidad pretenda justificar su actuar por las órdenes de la Corte Constitucional, esto no puede constituirse como una excusa de asidero, ya que como se enunció a lo largo de estas consideraciones, la contratación con las Empresas de Servicios Temporales fue ilegal.

Conforme a lo anterior es importante recordar que se presentó la figura del plazo presuntivo ya que no se expresó el término de vigencia del contrato, por lo cual, se entenderá que es por el término de 6 meses prorrogables por períodos iguales, entendiéndose que la empresa empleadora en este caso es *Colpensiones*.



Al respecto, la Corte en sentencia SL2717-2018, Radicación No. 55961 del 11 de julio del 2018 estableció:

“El plazo presuntivo se encuentra plenamente vigente para los trabajadores oficiales, por ello: i) Cuando no se determina el plazo del contrato de trabajo o se dice que es indefinido, debe entenderse celebrado por periodos de seis meses y ii) Puede ser excluido a través de la negociación individual o colectiva de las condiciones laborales, pero requiere de cláusulas claras y expresas y no de enunciaciones genéricas como la de existencia de un término indefinido”.

Así las cosas, y como se ha reiterado, la demandante al haber laborado desde el 13 de septiembre de 2013 hasta el 27 de mayo de 2016 sin solución de continuidad, tuvo prórrogas de 6 meses de la siguiente manera.

1. Desde el 13 de septiembre de 2013 hasta el 12 de marzo de 2014, primera prórroga.
2. Desde el 13 de marzo de 2014 hasta el 12 de septiembre de 2014, segunda prórroga.
3. Desde el 13 de septiembre de 2014 hasta el 12 de marzo de 2015, tercera prórroga.
4. Desde el 13 de marzo de 2015 hasta el 12 de septiembre de 2015, cuarta prórroga.
5. Desde el 13 de septiembre de 2015 hasta el 12 de marzo de 2016, quinta prórroga.
6. Desde el 13 de marzo de 2016 hasta el 12 de septiembre de 2016, sexta prórroga.

Así las cosas, en atención a que la última prórroga del contrato fue el periodo comprendido entre el 13 de marzo de 2016 y el 12 de septiembre del mismo año, al haberse despedido a la actora el día 27 de mayo de 2016, la sanción deberá cancelarse por el tiempo que faltare para cumplirse el plazo pactado o presuntivo de conformidad con lo establecido en el artículo 51 del Decreto 2127 de 1945.

En tal sentir, la condena versa desde el **28 de mayo hasta el 12 de septiembre de 2016**, y en atención a que el último salario devengado por la demandante fue por valor de \$3.698.485 como así lo acredita el último contrato de trabajo que suscribió con *Activos S.A.*, la sanción por este concepto asciende a la suma de **\$12.944.697.5**, suma que deberá pagarse debidamente indexada al momento del correspondiente pago.



De la solidaridad para el pago de las condenas.

De la condena que precede, hay que rememorar, que la solidaridad es una manera de proteger los derechos de los trabajadores, para cuyo efecto se le hacen extensivas al obligado solidario las deudas insolutas, prestacionales o indemnizatorias, en su calidad de dueño o beneficiario de la obra contratada, ante una insolvencia económica por parte del contratista.

La Corte Suprema de Justicia en sentencia SL2710-2019, Radicación No. 58141 del 17 de julio de 2019, en un caso de análisis en cuanto a la solidaridad de las Empresas de Servicios Temporales, estableció:

(...) cuando se utiliza indebidamente la contratación de trabajadores en misión, se da paso a una «...situación contractual diferente a la ficticiamente contratada...», con apego a la cual la empresa usuaria se convierte en verdadero empleador y la de servicios temporales «...como un empleador aparente y un verdadero intermediario que oculta su calidad en los términos del artículo 35-2 del C.S. del T.»

Aparte de lo anterior, la referida premisa jurídica resulta correcta, pues a pesar de que en estos eventos de contratación fraudulenta, por el uso indebido de la fórmula de vinculación temporal a través de trabajadores en misión, el usuario se convierte en el verdadero empleador y adquiere la responsabilidad principal en el pago de las acreencias e indemnizaciones debidas al trabajador, lo cierto es que la empresa de servicios temporales mantiene una responsabilidad compartida, por no haber ejercido su posición contractual de manera legal, así como por no haber promovido y cuidado el cumplimiento de los términos y condiciones legales para estas formas excepcionales de contratación (...)

Conforme a lo anterior, sin duda la Empresas de Servicios Temporales Activos S.A. al haber sido la protagonista de la indebida contratación en el último contrato suscrito visible a folio 1002, es quien deberá ser responsable solidariamente para el pago de la sanción impuesta, aspectos todos que conllevan a que la sentencia de primera instancia se revoque.

La Empresa de Servicios Temporales *Coltempora S.A.* no será condenada en solidaridad, debido a que no existió un exceso en la contratación con la demandante en los términos de que trata el artículo 77 de la Ley 50 de 1990, por lo que se absolverá. **SIN COSTAS** en esta instancia. Las de primea a cargo Las de primea a cargo a cargo de *Colpensiones y Activos S.A.*

DECISIÓN



En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 07 de junio de 2019, por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso de la referencia, para en su lugar, **DECLARAR** que entre la demandante y *Colpensiones* existió un contrato de trabajo por el periodo comprendido entre el 13 de septiembre de 2013 y el 27 de mayo de 2016, de conformidad con los argumentos expuestos.

SEGUNDO: CONDENAR a *Colpensiones* y solidariamente a *Activos S.A.* al pago de la indemnización por despido sin justa causa regulada en el artículo 51 del Decreto 2127 de 1945 en favor de la señora *Diana Marcela Peña Rodríguez*, en cuantía de **\$12.944.697.5**, misma que debe ser indexada.

TERCERO: ABSOLVER a *Colpensiones*, *Activos S.A.* y *Coltempora S.A.* de las restantes pretensiones formuladas en su contra.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia. Las de primea a cargo a cargo de *Colpensiones* y *Activos S.A.*

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado
SALVO VOTO

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
Sala de Decisión Laboral

Proceso Ordinario Laboral No. 1100131050 **19 2016 00424 01**
Demandante: JERÓNIMO CÁRDENAS LINARES
Demandado: LIGA DE BALONCESTO DE BOGOTÁ D.C.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., treinta (30) de julio de dos mil veinte (2020)

AUTO

Sería del caso proceder a aceptar la renuncia presentada por el apoderado de la parte demandada, si no fuese porque con la solicitud no se adjuntó constancia de que se le hubiese comunicado a su representada dicha situación en los términos establecidos en el inciso 5 del artículo 76 del C.G.P.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, en contra de la sentencia proferida el 12 de julio de 2019 por el Juzgado Veintinueve Labora del Circuito de Bogotá.

I.- ANTECEDENTES

1.1 DE LA DEMANDA

El señor *Jerónimo Cárdenas Linares*, presentó demanda ordinaria laboral en contra de la *Liga de Baloncesto de Bogotá D.C.*, con la finalidad de que se declare la existencia de un contrato de trabajo por el periodo comprendido entre enero de 1998 y el 16 de noviembre de 2015, en el que desempeñó el cargo de entrenador de baloncesto de la Liga de Baloncesto de Bogotá, el que terminó sin justa causa atribuible al empleador.

Como consecuencia de lo anterior, deprecia se condene a la pasiva al pago del auxilio de cesantías, intereses a las cesantías, compensación de vacaciones, indemnización por despido sin justa causa, sanción por la consignación de las cesantías y la indemnización moratoria.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:



Adujo que inició labores a mediados del mes de enero de 1998, y se le despidió de manera injustificada el día 16 de noviembre de 2015, desempeñándose como entrenador de las escuelas de formación deportiva en baloncesto en la Liga de Baloncesto en Bogotá, bajo una continuada subordinación de la demandada.

Que fue despedido sin justa causa, y que a la terminación del contrato de trabajo devengó un salario mensual de \$950.000.

1.3 CONTESTACIONES DE LA DEMANDA:

La accionada se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Resaltó que, si bien el demandante inició un vínculo contractual en el mes de enero de 1998, su actividad siempre fue desarrollada mediante contratos de prestación de servicios que se iban pactando por periodos mensuales de acuerdo a las necesidades que se requirieran.

Expuso que no existió ningún tipo de subordinación para con el demandante, pues incluso el actor en ocasiones nombraba reemplazos para desarrollar las actividades acordadas en los contratos de prestación de servicios.

Formuló las excepciones de prescripción, inexistencia del contrato de carácter laboral y la denominada genérica.

II.- SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el 12 de julio de 2019, declaró probada la excepción de inexistencia del contrato de carácter laboral, absolviendo a las demandadas de las pretensiones formuladas en su contra.

En lo atinente al contrato de trabajo, concluyó que el mismo no se logró demostrar, pues atendiendo las disposiciones consagradas en los artículos 23 y 24 del C.S.T. y lo referido por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, si bien el demandante demostró la prestación personal del servicio al haberse constatado que la desarrolló como entrenador y organizador de eventos en la escuela de formación deportiva de baloncesto desde el año de 1998, la demandada pudo desvirtuar el elemento de la subordinación, ya que de los testimonios rendidos a favor de la Liga de Baloncesto de Bogotá, se logró determinar que el señor *Jerónimo Cárdenas Linares* no recibió ningún



tipo de órdenes para la realización de actividad y que el servicio prestado fue independiente.

Puntualizó la *a-quo*, que el actor careció de evidencias para dar aplicabilidad de la presunción del contrato regulada en el artículo 24 del C.S.T y por consiguiente el principio de *indubio pro operario*, y por ende dio valor a la escasa prueba que la demandada allegó para desvirtuar el elemento subordinante.

III.- RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandante apeló la decisión, soportándola en que la vigencia del contrato de servicios es temporal o limitado, por lo que no es de asidero que esta modalidad contractual haya perdurado en el tiempo por un lapso de 19 años.

También puntualizó, que se advierte la existencia del contrato de trabajo, con la certificación que emitiera la funcionaria de planta de la demandada, señora *Xiomara Morales*, aunado a que, el hecho de que se hubiesen desarrollado labores en otros sitios no contraría la existencia del contrato de trabajo con la demandada.

IV.- ALEGATOS DE CONCLUSIÓN:

La parte demandante adujo que quedó demostrada la prestación del servicio durante 18 años continuos sin solución de continuidad, en el cargo de entrenador de baloncesto. Frente al elemento de subordinación manifestó que ejecutó su trabajo en la sede de la demandada, con horarios determinados por esta, y que existía un coordinador de entrenadores que supervisaba su trabajo.

La demandada indicó que el actor ejecutó los diferentes contratos de prestación de servicios de manera autónoma y sin subordinación alguna, máxime si en ocasiones el mismo actor era reemplazado por otros entrenadores que él mismo contrataba para la ejecución de sus actividades, aspectos por los que no se configuró un verdadero contrato de trabajo a la luz del artículo 23 del C.S.T.

V.- CONSIDERACIONES:

5.1 PROBLEMA JURÍDICO:

Se determinará si entre las partes existió un contrato de trabajo por periodo comprendido entre el 1º de enero de 1998 y el 16 de noviembre de 2015, y en caso



de probarse este vínculo, se abordarán las condenas de carácter condenatorio pretendidas por la demandante.

5.2 DEL CASO EN CONCRETO:

En primer orden, precisa la Sala que no fue objeto de reproche que en efecto el demandante estuvo vinculado con la *Liga de Baloncesto de Bogotá* a través de diferentes contratos de prestación de servicios desde el mes de enero de 1998 hasta el 16 de noviembre de 2015, cuya actividad fue la de entrenador, organizador de eventos y actividades de las escuelas en formación deportiva en baloncesto.

Para el efecto, es menester precisar que el artículo 22 del C.S.T. define el contrato de trabajo como aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración. A su vez, el artículo 23 *ejusdem* determina los elementos del contrato de trabajo, ellos son la actividad personal, la continuada subordinación o cumplimiento de órdenes, y un salario como retribución del servicio.

Reunidos los citados elementos, se entiende que existe contrato de trabajo y no deja de serlo por razón del nombre que se le dé ni de otras condiciones o modalidades que se le agreguen.

El artículo 24 del C.S.T. estipula la presunción legal de que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo. Por ello la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha determinado que, al promotor del proceso le incumbe acreditar la prestación del servicio, para que se active la presunción de la citada norma, evento en el cual le corresponde al eventual empleador desvirtuar la carga probatoria que le asiste, Sentencias SL1389-2020, Radicación 73353 del 5 de mayo de 2020, SL1390 de 2020, Radicación No. 75795 del 5 de mayo de 2020, entre otras.

Atendiendo los anteriores preceptos, como lo adujo la falladora de primer grado, la prestación del servicio en efecto fue acreditada por el demandante señor *Jerónimo Cárdenas Linares*, prueba de ello se advierte con las certificaciones que emitió la demandada 7 de octubre de 2002, 18 de enero de 2015, los diferentes contratos de prestación de servicios de calendas 11 de febrero y 12 de julio de 2010, 15 de enero y 1º de mayo de 2011, 17 de enero, 4 de abril, 1º de julio, 1º de agosto y 1º de octubre de 2015, así como la comunicación emitida por la liga con destino al actor del 18 de noviembre de 2015, en la que se le comunicó que no sería continuada la actividad



desempeñada (Fls. 7, 8, 9, 43 a 45, 46 a 48, 49 a 51, 52 a 57, 58 a 60, 61 a 62, 64 a 65, 66 a 67 y 68 a 69).

Ahora, en lo que atañe al elemento de subordinación que debía desvirtuar la demandada, de la totalidad del acervo probatorio allegado, incluido el de la misma parte demandante, puede concluir la Sala que en efecto dicha subordinación no se evidenció en el proceso.

Nótese que la prueba documental aportada, en nada advierte que el actor hubiese estado atado a subordinación alguna, por el contrario, de lo que se deduce es la simple contratación de contratos de carácter civil de prestación de servicios desde el mes de enero de 1998 hasta el 16 de noviembre de 2015.

A su turno, de las pruebas testimoniales que se evacuaron en el trámite de primera instancia, se recaudaron los pedidos por la parte demandada relacionados con la señora *Nancy Janette Beltrán Basabe* y el señor *Alfonso Yesid Rivero González*.

La primera fue enfática en exponer que estuvo vinculada con la demandada entre los años 2007 y 2010, inicialmente con el fin de solucionar situaciones legales de la liga, y después formó parte del comité ejecutivo.

En lo que respecta al demandante, manifestó que el comité ejecutivo era quien se encargaba de hacer las contrataciones de los entrenadores incluida la del actor, vinculaciones que se daban mediante contratos de prestación de servicios; que los mismos entrenadores establecían el programa de desarrollo de las actividades de baloncesto atendiendo las diferentes edades de los estudiantes, y que las actividades el actor las desempeñaba sábados y domingos en horarios de 7:00 a.m. hasta la 1:00 p.m., esporádicamente el programa se desarrollaba en horarios distintos a los ya enunciados, pero por iniciativa de los mismos entrenadores.

Seguidamente declaró que, tenía conocimiento que el señor *Cárdenas Linares* a parte de la actividad de entrenador que desarrollaba para la liga, laboraba en un colegio, y que cuando no podía prestar su servicio de entrenador, conseguía reemplazos para el desarrollo de las clases, los cuales eran sufragados de su propio peculio.

El señor *Alfonso Yesid Rivero González* por su parte, dijo que entre los años 2008 y 2012 fue parte del comité ejecutivo de la liga en el cargo de secretario; que conoce al demandante desde aproximadamente 12 o 14 años, por cuanto este tenía un club de



baloncesto y además era entrenador en la demandada, última actividad que desarrolló desde el año 2007 hasta el 2016 por contrato de prestación de servicios.

Por otra parte, el representante legal de la demandada señor *Dairo Danilo García Sánchez* rindió interrogatorio de parte desde el año de 2014, quien dijo que conoce al actor porque fue entrenador de la liga por muchos años, vinculándosele siempre mediante contratos de prestación de servicios de uno a tres meses, dependiendo la cantidad de alumnos que tuviera la escuela; que al actor no se le impartían órdenes de cómo ejecutar los entrenamientos ya que era autónomo para desarrollar sus programas.

En lo que concierne a los horarios, adujo que ya estaban pre establecidos por el comité de la liga de 7:00 a.m. a 1:00 p.m. los días sábados y domingos, así como que el actor prestaba sus servicios por periodos ya que en ocasiones no había estudiantes, sumado a que era entrenador en otros sitios a parte de la liga y en ocasiones llevaba reemplazos para que desempeñaran la actividad que le correspondía como empleador, y que su desvinculación fue por la expiración del contrato de servicios.

Puede colegirse entonces, que el señor *Dairo Danilo García Sánchez* no estuvo atado a ninguna subordinación, pues si bien la actividad que desempeñó fue de entrenador de baloncesto para la liga, los testimonios fueron congruentes en señalar que la prestación del servicio la desempeñó de forma autónoma, ya que él junto con los demás entrenadores, organizaban los parámetros de cómo se debían dictar las clases a los estudiantes y que el comité en nada incidía para estas situaciones.

Otro aspecto relevante a tener en cuenta, es que los testigos puntualizaron que el demandante además de ejercer el servicio para la demandada, tuvo su propia escuela de baloncesto, y estuvo vinculado laboralmente a un colegio, circunstancia de la que se advierte que su actividad no fue ejercida de lleno para con la pasiva.

Adicionalmente, debe resaltarse que la actividad de entrenador la realizó solamente los fines de semana en horarios de 7:00 a.m. a 1:00 p.m., y esporádicamente entre semana, siempre y cuando se acordara con los demás entrenadores como así lo relató la testigo *Nancy Janette Beltrán Basabe*, sumado a que en ocasiones el actor no prestaba de manera personal su servicio, pues incluso el mismo demandante llamaba a entrenadores externos pagados de su propio peculio con el fin de que dictaran sus clases cuando éste no podía asistir, actuar que se acompasa con las documentales de calendas 11 de septiembre y 29 de octubre de 2012 (Fls. 37 a 38), en las que se aprecia que el señor *Cárdenas Linares* a fin de ir a una salida al exterior le solicitó al presidente



de la demandada en ese momento, lo dejara conseguir un entrenador para asistir las clases que a él le correspondían por el periodo de ausentismo.

De igual manera, no se avizora una confesión del representante legal de la accionada en cuanto a que la actividad se prestó de manera subordinada.

Así las cosas, y como se ha inculcado en precedencia, la demandada logró desvirtuar el elemento subordinante, máxime si se tiene en cuenta que aparte de las pruebas allegadas por el demandante, no se enrostra algún tipo de órdenes o reglamentos que la demandada le hubiese impuesto al actor, adicional a que, en el trámite de primera instancia, no se logró hacer comparecer el testimonio de la señora *Xiomara Morales*, de lo que se evidencia una carencia probatoria a la luz del artículo 167 del C.G.P.

Se alega en el recurso de alzada que se le debió dar plena credibilidad a la certificación laboral expedida por la funcionaria de planta de la demandada, señora *Xiomara Morales*, como que el hecho de que se hubiesen desarrollado labores en otros sitios, no contraría la existencia del contrato de trabajo con la demandada.

Confrontada esta prueba obrante a folio 8, la cual ya fue analizada en anterioridad para determinar los extremos de la contratación de servicios, de su contenido no se puede asignar credibilidad para que se acredite la relación laboral, ya que a pesar de exponga que el actor “*labora*”, de las demás pruebas que conforman el cuerpo probatorio, no se advierte la relación pretendida teniendo en cuenta todos los argumentos expuestos en precedencia.

Por último, con ocasión a que, al haberse prestado servicios en otro lugar ajeno a la demandada no contraría la existencia del contrato de trabajo con la demandada, la Sala deja de presente que este tópico en nada incide con que la *Liga de Baloncesto de Bogotá D.C.* haya desvirtuado el elemento de la subordinación.

Por todo lo expuesto, la sentencia de primera instancia habrá de confirmarse. **SIN COSTAS** en esta instancia.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,



RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 12 de julio de 2019, por el Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con los argumentos expuestos.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL

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

Ordinario Laboral 1100131050 18 2016 00668 01
Demandantes: GONZALO MORA SALAS
Demandado: GIREM INGENIERIA LTDA.
Magistrado Ponente: **DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá, D.C., treinta (30) de julio de dos mil veinte (2020).

SENTENCIA:

Procede la Sala a desatar el recurso de apelación interpuesto por la parte actora en contra de la sentencia proferida el 4 de julio de 2019, proferida por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Bogotá.

I. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor *Gonzalo Mora Salas*, formuló demanda ordinaria laboral en contra de la empresa *Girem Ingeniería Ltda.*, para que se condene a la sociedad al reconocimiento y pago de los salarios dejados de percibir en cuantía de \$46.951.028, los intereses corrientes y de mora, las primas de servicio, vacaciones, cesantías, las mesadas pensionales dejadas de cotizar y lo que resulte *ultra y extra petita*.

1.2. SUPUESTO FÁCTICO:

Fundó sus pretensiones en que laboró para la encartada de noviembre del 2006 al 20 de mayo del 2015, mediante varios contratos de trabajo de duración por obra o labor; el objeto del contrato No 001-14 fue “*el desarrollo del contrato No AEC-K-SV-0154-0169 cuyo objeto es facilidades de producción para el Pozo Plataforma 9*”; que desempeñó el cargo de Tubero 1°; que los trabajadores pactaron para la obra total un precio por kilo de tubería de \$4000; además realizaron una serie de trabajos adicionales para un total de \$335.000.000; que al descontar de dicho monto el valor de la obra, se tiene que al demandante le correspondía la suma de \$117.451.028; que para el 27 de noviembre de 2014 la encartada le pagó \$110.000.00 a su compañero Juan Gabriel López, pero al actor solo le reconoció la suma de \$51.500.000 y en el mes de julio del 2015 como forma de pago le dio una camioneta por valor de \$18.000.000; en varias oportunidades ha



solicitado el pago del saldo a su favor, pero la empresa ya no atiende sus llamadas y comunicaciones, negándose al pago de los salarios adeudados.

1.3 CONTESTACIÓN DE AL DEMANDA:

La sociedad *Girem Ingeniería Ltda.* operó la *litis contestatio* oponiéndose a las pretensiones, aduciendo que a la fecha no existen derechos económicos por concepto de salarios derivados de la relación laboral que se encuentren pendientes de pago; precisando que el demandante no mantuvo una relación laboral con el actor dentro de los extremos temporales indicados por el demandante. Sin embargo, acepta la existencia del contrato por obra o labor del 12 de febrero de 2014 al 20 de mayo de 2015, pero refiere que el mismo terminó en debida forma, sin que a la fecha exista saldo alguno a su favor.

Formuló como excepciones previas las que denominó ineptitud de la demanda por falta de requisitos formales e indebida acumulación de pretensiones y como de fondo, las que denominó: cobro de lo no debido, buena fe e inexistencia de intereses corrientes o moratorios pendientes de pago, mala fe del demandante, falta de pruebas, prescripción y la genérica.

II.- SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El 4 de julio de 2019 el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Bogotá, declaró la existencia de un contrato de trabajo por obra o labor entre el señor *Gonzalo Moras Salas* y *Girem Ingeniería Ltda.* desde el 12 de febrero del 2014 hasta el 20 de mayo de 2015, el cual finalizó por la terminación de la obra o labor contratada; absolvió a la demandada de las demás pretensiones incoadas en su contra y condenó en costas a la parte demandante.

Como sustento de su decisión sostiene el *a-quo* que el demandante no acreditó los extremos temporales alegados, por el contrario, acorde a los documentos aportados se logró evidenciar que el vínculo laboral se extendió del 12 de febrero del 2014 hasta el 20 de mayo de 2015.

Sobre el punto concerniente a las acreencias laborales, indicó que la demandada mediante las documentales aportadas acreditó el pago del salario pactado por el demandante, adicionalmente el demandante en su interrogatorio de parte aceptó el salario pactado y que la demandada no le adeuda ninguna prestación social, precisando que lo adeudado es por un contrato de prestación de obra civil para la



elaboración de equipos como tanques, montajes y tuberías. A su turno la encartada en su interrogatorio de parte indicó que dichos trabajos fueron ejecutados en virtud de otros contratos que no fueron de índole laboral que se suscribieron con el demandante.

En tal medida dado que el demandante sostiene que los valores adeudados devienen de un contrato de prestación por obra civil, a juicio del togado tal asunto debe ser ventilado ante la jurisdicción ordinaria civil y no ante la jurisdicción ordinaria laboral. Pues si bien las partes pudieron suscribir además del contrato de trabajo, varios contratos de carácter comercial, conforme lo dispuesto en el artículo 25 del C.S.T, cualquier controversia respecto del particular se escapa de la competencia de la Jurisdicción Ordinaria Laboral.

III.- RECURSO DE APELACIÓN:

Inconforme con la decisión del *a-quo*, la parte actora presenta recurso de apelación en el que en síntesis indica que, si bien lo usual es que una relación civil se use para disfrazar una relación laboral, no por ello, eso ocurrió en este caso, pues una relación laboral sirvió para disfrazar otra relación laboral. Que el contrato al cual se alude, no es cierto y jamás ha sido real, pues el Juzgado no se detuvo a analizar la prueba consistente en el testimonio del señor German Soledad Molina, quien indicó que hubo otros contratos y otras relaciones, que si bien las encontró el *a-quo*, indicó que estas eran de carácter comercial, respecto de lo cual discrepa el recurrente, por cuanto son relaciones laborales, independientemente de que no se hayan probado los extremos temporales, por cuanto esto era imposible para el demandante, cuando es la empresa demandada quien cuenta con todos los documentos soportes.

Entonces, la relación comercial o civil, realmente fue de carácter laboral, porque es una empresa cuyo objeto comercial es la ingeniería civil y su giro comercial debe ser desempeñado por trabajadores.

IV.- ALEGATOS:

Dentro de la oportunidad legal correspondiente, ninguna de las partes presentó alegatos de conclusión.

V.- CONSIDERACIONES:

a. Problema Jurídico a Resolver:



Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si en el *sub-examine* existieron dos vínculos laborales y la encartada adeuda al actor por concepto de salarios \$46.951.028, junto con las prestaciones sociales correspondientes.

b. Del vínculo laboral

El artículo 22 del C.S.T. define el contrato de trabajo como aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración. A su vez, el artículo 23 *ejusdem* determina los elementos del contrato de trabajo, ellos son la actividad personal, la continuada subordinación o cumplimiento de órdenes, y un salario como retribución del servicio.

Reunidos los citados elementos, se entiende que existe contrato de trabajo y no deja de serlo por razón del nombre que se le dé ni de otras condiciones o modalidades que se le agreguen.

El artículo 24 del C.S.T. estipula la presunción legal de que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo. Por ello la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha determinado que, al promotor del proceso, le incumbe acreditar la prestación del servicio, para que se active la presunción de la citada norma, evento en el cual le corresponde al eventual empleador desvirtuar la carga probatoria que le asiste, Sentencias SL1389-2020, Radicación 73353 del 5 de mayo de 2020, SL1390 de 2020, Radicación No. 75795 del 5 de mayo de 2020, entre otras.

Descendiendo al *sub examine*, se tiene que el demandante alega que sostuvo una relación laboral con la encartada de noviembre de 2006 al 20 de mayo de 2015. No obstante, el fallador de primera instancia determinó que tan solo se acreditó la existencia de una relación laboral por el espacio comprendido del 12 de febrero del 2014 al 20 de mayo del 2015.

Analizado en conjunto las pruebas arrimadas al proceso, logra colegir la Sala que existe constancia de la celebración de un contrato por obra o labor que se extendió del 12 de febrero del año 2014 al 20 de mayo de 2015, en virtud del cual, el actor se desempeñó en el cargo de Tubero 1 en la Plataforma 9 de Puerto Asís, percibiendo una remuneración mensual de \$616.000. Conclusión a la cual arriba esta Colegiatura, con fundamento en la carta de terminación del contrato (Fl. 7), el certificado de afiliación a Compensar (Fl. 51), certificación laboral (Fl. 55), liquidación definitiva de



prestaciones sociales (Fl. 58) y el contrato de trabajo (Fls. 48 a 49). Siendo del caso precisar que aun cuando el demandante en el curso del interrogatorio de parte manifestó que la firma del contrato de trabajo no era la suya, lo cierto es que desistió de la prueba grafológica decretada a efectos de establecer la veracidad de la firma y aunado a ello, para la Corporación el contenido de lo pactado en el mentado contrato de trabajo concuerda con la información que reposa en las demás documentales, previamente enunciadas.

Ahora bien, alega el recurrente que el mentado contrato de trabajo fue ejecutado de forma concurrente con otro vínculo laboral acorde lo reglado en el artículo 25 del C.S.T. No obstante, esta Corporación da razón *al a-quo* al determinar que, si bien entre las partes existió otra relación de carácter contractual, esta no fue de naturaleza laboral, sino de carácter civil.

Conclusión a la cual se arriba con fundamento en lo confesado por el propio demandante en el interrogatorio de parte, al afirmar que celebró un contrato con la encartada para la conexión 77 toneladas de tubería por cuantía de \$4000 el KL para un total de \$317.000.000, de los cuales se descontaba el valor de manutención y alojamiento, quedando un saldo a favor de \$227.000.000 que debían ser divididos entre el promotor y su compañero Juan Gabriel López, pero que al demandante solo le cancelaron \$51.000.000 con los cuales le pagó a los trabajadores que contrató para la ejecución de dicha obra y le entregaron una camioneta por valor de \$18.000.000, quedando pendiente de pago el resto del dinero, que jamás recibió pese a que se lo cobró insistentemente a la demandada.

Aunado a ello, el testigo *German Soledad Molina*, precisó que las actividades desarrolladas por el demandante no estaban sujetas al cumplimiento de un horario y adicionalmente, reposa en el plenario diversas facturas emitidas por el demandante a la ejecutada por concepto de diversos objetos contractuales, como el contrato No C-002-14 para la construcción de líneas de tubería, la construcción de una caja de lodos y la fabricación de un tanque horizontal de almacenamiento, sin que se precise el lugar de ejecución (Fls. 78-89); un contrato de compraventa de un vehículo automotor (Fl. 90-91) y diversas cuentas de cobro remitidas por el demandante, junto con sus soportes, por la construcción de líneas de tubería y la fabricación de la base San Marín (Fls. 244 a 248).

Acervo probatorio que nos lleva a colegir que el demandante ejecutó varios contratos de prestación de servicios de orden civil o comercial con la encartada, en tanto gozaba de plena autonomía e independencia para su ejecución, al punto que el mismo acepta



haber contratado y cancelado la nómina del personal requerido para dicho fin, a más de no estar sujeto al cumplimiento de ningún tipo de horario y tener un objeto contractual distinto al del vínculo laboral, supuestos de facto que derruyen la presunción legal prevista en el artículo 24 del C.S.T, por la evidente carencia de subordinación al momento de ejecutar dichas actividades.

Por manera que si bien en autos existió una concurrencia de contratos conforme lo predica el artículo 25 del C.S.T, ello fue entre un contrato de trabajo y varios contratos de carácter civil o comercial, sin que en modo alguno se pueda entender que la mentada concurrencia de los contratos pueda devenir en la pérdida de la naturaleza jurídica de estos, por cuanto no existe dentro del material probatorio, probanza alguna que nos permita corroborar que las funciones ejecutadas en ambos contratos fueron las mismas, *contrario sensu*, se corroboró que el contrato de trabajo No 001-14 obligaba al actor a desarrollar las actividades de Tubero1 en el Pozo Plataforma 9 ubicado en Puerto Asís (Fls 48 a 49); mientras que conforme las facturas y cuentas de cobro arrimadas por el promotor (Fls. 80-89 y 244 a 245), los contratos civiles o comerciales se ejecutaron en el marco del contrato No C-002-14 cuyo objeto fue la construcción de líneas de tubería, la fabricación de un tanque horizontal de almacenamiento y la fabricación de la base San Marín, no siendo dable si quiera corroborar que todas las actividades se hayan efectuado en el mismo lugar. Criterio que se acompasa a lo expresado por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL 248 del 2020 con radicación No 60600, en la cual se explicó:

“Y es que, aun cuando el CST, permite esa figura, como de manera expresa se señala en el artículo 25 respectivo, en tanto permite la concurrencia de un contrato de trabajo con otro u otros de distinta naturaleza, sin que el primero pierda su calidad, ni los segundos lo adquieran (al efecto, se puede consultar la sentencia de casación CSJ SL, 3 jun 2004, rad. 2123), es una situación que no implica que en esos vínculos se encuentren presentes las mismas funciones, porque eso sería tanto como avalar una simulación, en desmedro de los derechos del trabajador, ya que la realidad procesal, advierte, la existencia de un solo vínculo, tratando de disfrazar en parte, con el arreglo verbal, que en últimas estaba dirigido a las mismas labores encomendadas en el de carácter laboral.”
(Subrayado fuera de texto)

De cara a lo indicado, habida consideración que existe suficiente evidencia probatoria del cumplimiento de las acreencias y obligaciones laborales, derivadas del vínculo laboral que existió entre las partes del 12 de febrero del 2014 al 20 de mayo del 2015, como los desprendibles de nómina (Fl. 59-69 y 127 a 142), la certificación de la revisora fiscal (Fl. 108) y los soportes bancarios (Fls. 93 a 106). Resulta incontestable que ninguno de los pedimentos del libelista goza de vocación de prosperidad, en tanto estos se encuentran encaminados al reconocimiento y pago de



TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL

los salarios, prestaciones sociales y vacaciones dejados de cancelar por la encartada, junto con los correspondientes intereses moratorios y aportes a seguridad social. Como de forma acertada lo concluyó el fallador de primera instancia.

Trazados estos lineamientos, resulta imperioso confirmar la decisión adoptada en primera instancia. **SIN COSTAS** en esta instancia por no haberse causado.

VI.- DECISIÓN:

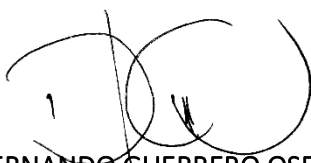
En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida 4 de julio de 2019, por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito, dentro del proceso de la referencia, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

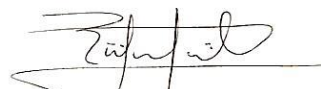
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
Sala de Decisión Laboral

Ordinario Laboral 1100131050 10 2016 00700 01
Demandante: JULIO CÉSAR ESTUPIÑÁN QUINTERO
Demandado: ECOPETROL S.A.
Magistrado Ponente: **DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá, D.C., treinta (30) de julio de dos mil veinte (2020).

SENTENCIA:

Resolver el recurso de apelación elevado por la parte *demandante* en contra de la sentencia proferida el 29 de mayo de 2019 por el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá.

I. ANTECEDENTES

1.1 DEMANDA:

El señor *Julio César Estupiñán Quintero* formuló demanda ordinaria laboral contra *Ecopetrol S.A.* a fin que se declare medió entre las partes un contrato de trabajo entre el 21 de febrero de 1988 y el 29 de julio de 2010, a quien se le aplicaba el régimen de cesantías de la Ley 50 de 1990; y en consecuencia se la condene al pago indexado del auxilio de cesantías bajo el régimen tradicional de retroactividad desde el 28 de junio de 1993 más la indemnización moratoria, la reliquidación de la pensión convencional y las condenas *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como sustento de sus pretensiones manifestó que trabajó en *Ecopetrol S.A.* desde el 21 de febrero de 1988 hasta el 29 de julio de 2010, inicialmente mediante contratos de trabajo a término fijo, y posteriormente, desde el 5 de julio de 1994, a término indefinido, el cual se reconoció retroactivamente desde el 28 de junio de 1993; que al momento de entrar en vigencia la Ley 50 de 1990, se encontraba vinculado a *Ecopetrol S.A.*, acogiéndose al nuevo régimen de cesantías; que a partir del 1º de enero de 1991 la accionada dejó de pagarle la retroactividad de las cesantías que se venían causando desde el 21 de febrero de 1988, señalando para el efecto que el último contrato fue suscrito el 28 de junio de 1993, por lo que automáticamente se debían liquidar con el nuevo régimen; que el 23 de septiembre de 2010 le fue



reconocida la pensión convencional, sin tener en cuenta la retroactividad de las cesantías; que mediante Laudo Arbitral del 3 de junio de 2010, le reconoció el pago retroactivo de las cesantías a la señora Gloria Bocanegra Guzmán, quien se encontraba en idénticas situaciones; finalmente, que agotó la reclamación administrativa.

1.3 CONTESTACIÓN:

Ecopetrol S.A. se opuso a la prosperidad de todas las pretensiones incoadas en su contra, aduciendo que la vinculación inicial operó entre el 27 de octubre de 1988 y el 26 de abril de 1988, mas no desde el 21 de febrero de 1988; por otra parte, que para el 1º de enero de 1991 se encontraba vinculado mediante contrato de trabajo a término fijo, por lo cual el régimen de cesantías solo fue aplicable hasta el fenecimiento del mismo, y por ello al suscribir un nuevo contrato de trabajo en vigencia de la Ley 50 de 1990, se debía dar plena aplicación a la nueva regulación del auxilio de cesantías; finalmente que no le constan los hechos atinentes al Comité de Reclamos ni al laudo arbitral.

Propuso y sustentó las excepciones de mérito de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido y buena fe.

II.- SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá, el 29 de mayo de 2019 absolvió a *Ecopetrol S.A.* de todas las pretensiones de la demanda, declarando probada la excepción de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido.

Para arribar a tal decisión la *a-quo* señaló que, si bien a folio 14 del plenario se aportó el certificado aboral, que da cuenta que el actor laboró desde el 21 de febrero de 1988, la misma se desvirtuó con las restantes pruebas aportadas al plenario, las que dan cuenta que prestó servicios desde el 27 de octubre de 1987, con una vinculación inicial como mensajero en reemplazo del señor Jaime Gómez, la cual perduró hasta el 26 de abril de 1988 (Fls. 225 a 226); refirió que se presentaron posteriormente, y hasta el 10 de junio de 1991, varios contratos de trabajo, en los cuales mediaron interrupciones, las cuales se encontraron justificadas, en tanto la vinculación se daba para reemplazar a otro trabajador o para desempeñar actividades diferentes o en otras dependencias, máxime que no se acreditó que para dichas fechas la prestación fuera ininterrumpida, motivo por el cual únicamente a



partir de la siguiente contratación, esto es, desde el 19 de junio de 1991, sería factible estimar una vinculación laboral regida por un único contrato de trabajo, en atención a que desempeñó la misma función, data para la cual ya se encontraba vigente la Ley 50 de 1990, por lo que no le asistiría el derecho al pago retroactivo del auxilio de cesantías.

Aunado a lo anterior, refirió que en gracia de discusión, la reliquidación pretendida se encontraría prescrita, toda vez que la reclamación administrativa data del 16 de septiembre de 2011, la que fue agotada por *Ecopetrol S.A.* el 7 de octubre de 2011, no obstante, se presentó la demanda en el año 2016.

Finalmente, que, al no prosperar el pago retroactivo de las cesantías, no hay lugar a la reliquidación de la pensión, máxime que el artículo 109 de la CCT, no consagra el auxilio de cesantías como factor para establecer el ingreso base de liquidación.

III. RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandante presentó recurso de apelación respecto de la no declaratoria de un contrato de trabajo entre el 21 de febrero de 1988 hasta el 29 de julio de 2010, señalando que laboró por espacio continuo e ininterrumpido entre los años 1988 a 1998; que prestó servicios inicialmente en el cargo de mensajero, posteriormente como auxiliar de servicios generales y finalmente como auxiliar grado 1, sin que sea de recibo que en el año 1991 haya iniciado una nueva vinculación laboral, máxime que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha referido que cuando se trata de lapsos cortos de interrupción, dicha situación no trunca la continuidad del contrato, aunado a ello que le fueron liquidadas las cesantías de manera retroactiva durante los años 1988 a 1991, inclusive.

Por lo tanto, al no existir documento alguno en el que haya renunciado al trámite tradicional de cesantías, *Ecopetrol S.A.* no podría aplicar el artículo 98 de la Ley 50 de 1990, y al desconocer este hecho incurrió en la violación de los artículos 13 y 53 de la Constitución Política.

En segundo lugar, que la CCT no incluye el pago retroactivo de las cesantías, lo cual obedece a que fue expedida para el año 2010, y se ajusta a los parámetros de la Ley 50 de 1990, no obstante, en el presente evento si se acredita el derecho al pago de dicho emolumento se causaría desde el 28 de julio de 1993, el cual además es parte



del salario y tiene implicaciones en la pensión según la sentencia SL 1319-2016 radicación No. 46071 del 3 de febrero de 2016.

Que algunos contratos de trabajo se suscribieron cuando estaba vigente la Ley 50 de 90, razón por la cual los directivos “*dejaban transcurrir el tiempo*” con el objeto de evitar que tuviera acceso al beneficio de la retroactividad de cesantías, lo cual denota un actuar de mala fe.

En lo atinente a la prescripción que el 20 de junio de 2013 presentó la reclamación administrativa, toda vez que en el año 2011 solo elevó unos reclamos sobre la retroactividad de cesantías para efectos que se reconociera la pensión, más no se estaba agotando la reclamación administrativa, lo que se hizo, reitera, el 20 de junio del 2013, cuya respuesta fue emitida el 2 de agosto del año 2013, presentando la acción sin sobrepasar el término trienal.

IV. ALEGATOS

La parte demandada en el término conferido adujo que el señor *Julio Cesar Estupiñán* estuvo vinculado a través de varios contratos a término fijo desde el 27 de octubre de 1987 hasta el 23 de junio de 1993, como puede apreciarse en la certificación que obra en el expediente suscrita por el señor Franklin Rosas Burbano, líder del grupo maestra de datos, los cuales se liquidaron en debida forma, existiendo entre los diferentes contratos de trabajo solución de continuidad; posteriormente, a partir del día 28 de junio de 1993 y hasta el día 29 de julio de 2010 estuvo vinculado con un contrato de trabajo a término indefinido, por lo cual se dio aplicación a la Ley 50 de 1990, motivo por el cual solicita se confirme la decisión de primer grado.

Finalmente refiere que, en gracia de discusión también formuló la excepción de prescripción, pues el contrato finiquitó el 29 de julio de 2010, se presentó la reclamación administrativa el 20 de junio de 2013 y la demanda el 14 de diciembre de 2016, cuando ya han transcurrido más de 3 años desde la fecha en que interrumpió la prescripción.

V. PROBLEMA JURÍDICO:

Sin avizorar causal de nulidad que invalide lo actuado, el problema jurídico se contrae a determina (i) si existió un solo contrato de trabajo entre el 21 de febrero de 1988 hasta el 29 de julio de 2010; (ii) en caso afirmativo, si tiene derecho al pago



retroactivo del auxilio de cesantías y a la reliquidación de la pensión de vejez; (iii) finalmente, si operó el fenómeno prescriptivo.

5.2 DEL CASO EN CONCRETO:

Se aduce en la demanda que el accionante laboró para *Ecopetrol S.A.* entre el 21 de febrero de 1988 y el 29 de julio de 2010, y que la vinculación se realizó mediante dos modalidades, (i) diversos contratos a término fijo y (ii) un contrato a término indefinido, suscrito el 15 de julio de 1994, al cual se le reconoció retroactividad al 28 de junio de 1993. Señala, que la prestación del servicio operó de manera continua e ininterrumpida, por lo cual se trató de un solo contrato de trabajo, por lo cual para la fecha de entrada en vigencia de la Ley 50 de 1990 se encontraba vinculado laboralmente, por lo cual tiene derecho al reconocimiento y pago retroactivo del auxilio de cesantías.

Por otra parte, la *a-quo* estimó que únicamente desde el 19 de junio de 1991, resulta factible estimar la existencia de un contrato de trabajo, pues con anterioridad se vinculó mediante contratos escritos de trabajo a término fijo, los cuales tenían un objeto diferente, y se presentaron interrupciones.

Ahora bien, como primera medida debe señalarse que le asistió razón a la *a-quo* al considerar que el extremo inicial de la relación laboral difiere del alegado por activa, toda vez que, en efecto, se aportó al plenario copia de los contratos de trabajo suscritos con *Ecopetrol S.A.*, correspondiendo el primero al pactado el 27 de octubre de 1987, con vigencia de seis (6) meses hasta el 26 de abril de 1988, para desempeñarse como “*mensajero en la vicepresidencia de operaciones asociadas. Reemplaza al Sr. Jaime Gómez*” (Fl. 171), el cual fue debidamente liquidado (Fl. 204); posteriormente y con una interrupción de doce (12) días, el 9 de mayo de 1988 fue nuevamente contratado en el mismo cargo y período, hasta el 8 de noviembre de 1988 (Fl. 174), el cual también fue liquidado (Fl. 205).

Ahora bien, una tercera vinculación operó el 27 de diciembre de 1988, esto es con una interrupción de 48 días, la que estuvo vigente hasta el 15 de enero de 1989 (Fl. 177), y además tuvo por objeto la prestación del servicio en el empleo de “*mensajero en SAD. Necesidades del servicio*”, por lo cual, ante la prolongación de la interrupción y el cambio de función en cuando a la dependencia, impide estimar que se trataba de la continuación de los contratos suscritos con anterioridad, lo que se verificaron, según su contenido, para reemplazar al señor Jaime Gómez como mensajero de la



vicepresidencia de operaciones asociadas. Debe señalarse además que este contrato fue prorrogado entre el 16 de enero de 1989 y el 15 de febrero de 1989 (Fl. 180) y en una segunda oportunidad entre el 16 de febrero de 1989 y el 15 de mayo de 1989 (Fl. 182), el cual fue finalmente liquidado (Fl. 206).

La cuarta vinculación operó en virtud del contrato suscrito con 7 días de interrupción el 23 de mayo de 1989, vigente por un año hasta el 22 de mayo de 1990, para desempeñarse como “*mensajero en la dirección de relaciones con la comunidad*” (Fl. 182), y posteriormente tras 18 días de interrupción, el 11 de junio de 1990 se suscribe contrato para ocupar el mismo cargo hasta el 10 de junio de 1991 (Fls. 186).

Ahora bien, frente a esta primera etapa de vinculación laboral, se acota que el actor ocupó el cargo de mensajero en diversas dependencias, esto es, (i) mensajero en la vicepresidencia de operaciones asociadas en reemplazo del señor Jaime Gómez; (ii) mensajero en SAD; y (iii) mensajero en la dirección de relaciones con la comunidad, en las cuales se presentaron interrupciones en la prestación del servicio y además se verifica variación en cuanto a la dependencia, no obstante lo anterior, se debe señalar que con posterioridad a las referidas contrataciones a partir del 19 de junio de 1991, el actor fue nuevamente contratado para desempeñar un empleado diferente, lo cual permitía el liquidar la anterior vinculación, lo cual acaeció, pues se desempeñó desde esa última data como “*auxiliar de servicios generales I*” (Fl. 188), sin que sea de recibo estimar que se trataba del mismo contrato de trabajo suscrito para prestar servicios como mensajero.

Sobre este aspecto, la Sala de Casación Laboral, de la Corte suprema de Justicia, en sentencia SL472-2020, Radicación No. 65785 del 3 de febrero de 2020, señaló:

“[...] es doctrina de la Sala, que las interrupciones contractuales de corto tiempo, menores a un mes, no implican necesariamente una verdadera interrupción de la unidad contractual, especialmente, cuando se advierte la intención real de las partes de dar continuidad al vínculo laboral. En tal sentido, se expuso en la sentencia CSJ SL981-2019, que reitera la sentencia CSJ SL4816-2015, así:

“[...] cuando entre la celebración de uno y otro contrato median interrupciones breves, como podrían ser aquellas inferiores a un mes, estas deben ser consideradas como aparentes o meramente formales, sobre todo cuando en el expediente se advierte la intención real de las partes de dar continuidad al vínculo laboral.

En el presente evento no es dable estimar una unidad contractual desde el 21 de febrero de 1988 como se pretende por el recurrente, en tanto se verificó la



existencia de una interrupción de 45 días cuando culminó la vinculación en reemplazo de otro trabajador como mensajero en la vicepresidencia de operaciones asociadas y como mensajero en SAD, y adicionalmente, en la posterior contratación existió un cambio de empleo entre el de mensajero en la dirección de relaciones con la comunidad y auxiliar de servicios generales a partir del 19 de junio de 1991.

En ese orden de ideas, las vinculaciones que operaron con anterioridad a esa data no pueden tomarse como una unidad contractual a efectos de establecer que la contratación operó de manera continua e ininterrumpida desde antes de la entrada en vigencia de la Ley 50 de 1990, motivo por el cual desde que se desempeñó como “auxiliar de servicios generales I”, esto es, desde el 19 de junio de 1991, le era aplicable el régimen anualizado de cesantías consagrado en el artículo 98 de la Ley 50 de 1990, lo cual de contera desvirtúa el supuesto fáctico que conduciría a acceder a la pretensión del pago retroactivo de las cesantías.

Es menester acotar además que no se aportó prueba alguna que acredite que el actor prestó el servicio en los términos señalados el recurso de alzada, pues la documental da cuenta de una realidad diferente. Por otra parte, el hecho que, como lo señala el censor, le fueron liquidadas las cesantías de manera retroactiva durante los años 1988 a 1991, no implica que con posterioridad a la vinculación del 19 de junio de 1991 deba mantenerse dicha regla, pues se reitera, se debía dar aplicación al artículo 98 de la Ley 50 de 1990.

Ahora bien, al no acreditarse que el auxilio de cesantías debía solucionarse de manera retroactiva, no es dable acceder a la pretensión consecuencial atinente a la reliquidación de la pensión de jubilación convencional, no obstante, es menester acotar que en efecto, tal como lo estimó la *a-quo* no existe normativa extralegal alguna que acredite que el auxilio de cesantías sea factor salarial para efectos del reconocimiento de la pensión, aunado a ello que el recurrente aduce que la prestación social hace parte del salario según lo considerado por la SL CSJ en la sentencia SL1319-2016, Radicación No. 46071 del 3 de febrero de 2016, no obstante, en dicha sentencia, se consideró:

“El primer tema puntual que plantea la censura se contrae a los efectos de la renuncia que hizo el demandante a los beneficios del Acuerdo 01 de 1977, en tanto sostiene que únicamente comprendió lo relativo a la pensión de jubilación y no a las demás prestaciones sociales legales y extralegales, mientras que el Tribunal afirmó que la renuncia era total y no parcial.

“[...]



“Como puede observarse a simple vista, la renuncia es pura y simple, pues no está sujeta a condición alguna. En ese orden, no puede afirmarse que el Tribunal la hubiera apreciado de manera indebida, pues la conclusión que de ella extrajo, es la que razonablemente puede desprenderse de su texto, lo que se corrobora con los artículos 2º y 6º del Acuerdo 01 de 1977, que excluye la aplicación simultánea o concomitante del régimen de dicho acuerdo con el establecido convencionalmente.

“De otro lado, dentro de los ingresos que la censura incluye como omitidos por la empresa, incluye el monto [...] por bonificación de jubilación, que no puede considerarse como retributiva de servicios,

“Ahora bien, en relación con la base salarial que tomó la empresa para efectos de liquidar las prestaciones sociales debe observarse que los documentos que contienen los pagos realizados en el último año de servicios [...] y son la base que utilizó la empresa para liquidar las prestaciones sociales finales, en especial, el auxilio de cesantías, en tanto coinciden plenamente sus valores, por lo que mal puede afirmarse por la censura que el Tribunal no apreció los primeros.

De lo anterior se evidencia en la referida providencia se consideró lo atinente al alcance de la renuncia de los beneficios del Acuerdo 01 de 1977, y la incidencia salarial de la bonificación por jubilación y de los factores salariales acogidos para la liquidación definitiva de prestaciones sociales, sin que en manera alguna haya estimado que el auxilio de cesantías se constituya en factor salarial para obtener el ingreso base de liquidación de la pensión de jubilación convencional.

Finalmente, es menester acotar que, al no acreditarse la existencia de las acreencias laborales pretendidas, no era dable verificar el estudio de la excepción de prescripción, no obstante, a ello procedió la *a-quo* en gracia de discusión, y frente a lo cual el demandante refirió que la reclamación administrativa solo se agotó con la reclamación del 20 de junio de 2013 (Fl. 129), sin embargo, de la revisión del plenario se evidencia que el actor sí elevó con anterioridad una reclamación, específicamente el 16 de septiembre de 2011 (Fl. 116), en la cual, mediante derecho de petición, refiere que reclamó *“el reconocimiento y pago de las acreencias laborales, entre ellas la retroactividad de cesantías”*, frente a lo cual se emitió respuesta el 7 de octubre de 2011 (Fl. 120), en el cual *Ecopetrol S.A.*, se pronuncia de manera negativa frente a lo peticionado, por lo cual no le era dable con posterioridad, elevar una nueva reclamación a efectos de interrumpir la prescripción.

Como corolario de lo anterior se confirmará la sentencia de primera instancia. **SIN COSTAS** en esta instancia.

DECISIÓN



**TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL**

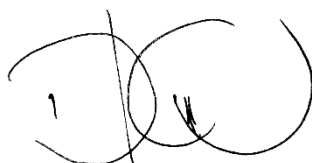
En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR de la sentencia proferida el 29 de mayo de 2019 por el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a lo manifestado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

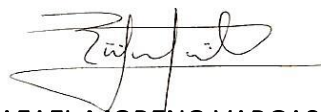
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
Sala de Decisión Laboral

Proceso Ordinario Laboral No. 1100131050 **102017 00249 01**
Demandante: GUSTAVO RODRIGUEZ CABALLERO
Demandado: OLEOTANQUES SAS
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá, D.C., treinta (30) de julio de dos mil veinte (2020).

SENTENCIA:

Procede la Sala a analizar el recurso de apelación interpuesto por la demandada contra la sentencia proferida el 19 de julio de 2019 por el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá.

I.- ANTECEDENTES

1.1 DE LA DEMANDA

El señor *Gustavo Rodríguez Caballero* presentó demanda ordinaria laboral en contra de la empresa *Oleotanques SAS*, para que se declare la existencia de un contrato de trabajo a término fijo del 7 de septiembre del 2012 al 13 de octubre del 2015, devengando un salario de \$1.210.000 y que el mismo terminó de forma unilateral e injusta.

En consecuencia, se condene a la demandada al reconocimiento y pago de la indemnización por despido injusto; al pago de las prestaciones sociales y vacaciones causadas del 7 de septiembre del 2012 al 13 de octubre de 2015; el pago de las dotaciones; la sanción moratoria prevista en el artículo 99 de la ley 50 de 1990, por la no consignación de las cesantías; la indemnización moratoria prevista en el artículo 65 del C.S.T. y las condenas *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:



En respaldo de sus pretensiones, manifestó que ingresó a laborar para la empresa demandada el 7 de septiembre del 2012, mediante contrato de trabajo a término fijo de 3 meses, el cual se prorrogó hasta el 6 de septiembre de 2016; que desempeñó el cargo de conductor de vehículo tracto camión de placas SZX 567; que se le entregaba una suma de dinero como anticipo para los gastos, la cual nunca alcanzaba y el libelista tenía que solucionar de sus recursos; que el 5 de octubre de 2015 la demandada citó a descargos al demandante por los hechos ocurridos el 15 de septiembre de 2015, por chocar un tracto camión; que la demandada no demostró la desatención y negligencia del demandante; que los descargos se le realizaron 21 días después del accidente, pese a que la empresa tuvo conocimiento del hecho de forma inmediata; que el 8 de octubre de 2015 fue citado a descargos por el accidente y por negarse a realizar un viaje; que la demandada dio por terminado el contrato de trabajo el 13 de octubre de 2015; que la empresa tan solo realizó las cotizaciones a seguridad social hasta el 2 de octubre del 2015; que la empresa no consignó el valor de las cesantías de los años 2012 a 2015; que durante el periodo comprendido del 7 de septiembre del 2012 al 13 de octubre de 2015, la demandada no le canceló las vacaciones ni las prestaciones sociales.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La demandada en el escrito de contestación aceptó la existencia de la relación laboral y los extremos, pero se opuso a las pretensiones aduciendo que el contrato finalizó por justa causa conforme lo dispuesto en el artículo 7° del Decreto 2351 de 1965, numerales 1, 3° y 8; de igual manera que las prestaciones sociales y vacaciones fueron debidamente liquidadas.

Formula como medios exceptivos los que denominó inexistencia de la obligación, pago, buena fe, prescripción y compensación.

II.- SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el 19 de julio de 2019, declaró que entre las partes existió un contrato de trabajo a término fijo inferior a un año, que se prorrogó en los términos previstos en el artículo 46 del C.S.T y cuya última prórroga fue del 7 de septiembre del 2015 al 6 de septiembre de 2016, que terminó por justa causa por parte del empleador y



que tuvo como último salario promedio con auxilio de transporte la suma de \$1.347.853; condenó a la demandada al pago de \$486.225,25 por concepto de cesantías de 2012, \$1.540.059,06 por concepto de cesantías del año 2013, \$702.613,98 por concepto de prima de servicios; \$326.106 por las diferencias en las vacaciones del año 2013 y \$32.348.477 por concepto de sanción moratoria acorde lo dispuesto en el artículo 65 del C.S.T y a partir del mes 25 hasta cuando el pago se verifique, los intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación; declaró parcialmente probada la excepción de prescripción frente a la prima de servicios, vacaciones, intereses a las cesantías y la sanción por no consignación de las cesantías con anterioridad al 28 de abril de 2014.

Como sustento de la decisión indicó la *a-quo* que se encuentra plenamente acreditado que las partes celebraron un contrato de trabajo a término fijo, el que se extendió del 7 de septiembre del 2015 al 6 de septiembre de 2016.

En lo que atañe a la terminación del contrato con justa causa, indica que la demandada logró acreditar la justa causa que se le imputa al demandante, pues se logró demostrar la existencia de causas externas o justificación alguna en la ocurrencia del accidente con el tracto camión ocurrido el 15 de septiembre del 2015, de igual manera al negarse de forma injustificada a realizar un viaje a Ibagué.

Ahora, en lo tocante a las acreencias laborales reclamadas y las prestaciones sociales, además del salario básico pactado, el demandante percibía comisiones y viáticos permanentes. Así, las cosas el Despacho procedió a revisar los soportes de pago allegados, el contrato de trabajo, los soportes de los anticipos entregados al demandante, las nóminas y los extractos bancarios, logrando constatar que en varias de estas aparece el soporte de pagos de prestaciones y comisiones, pero en el mismo se registra un descuento por el mismo monto.

De otra parte, destacó que los valores indicados en los desprendibles de nómina no concordaban con los montos de las transferencias realizadas al libelista y que, si bien el demandante aceptó que durante el viaje le realizaban consignaciones para los gastos generados en el mismo, no es dable dilucidar en las transferencias bancarias qué valores eran para el pago de proveedores y cuales correspondían al pago de la nómina.



Así las cosas, el Despacho teniendo en cuenta el monto de las comisiones y el salario básico, procedió a establecer el salario promedio devengado por el libelista para cada anualidad y a calcular el monto de las prestaciones sociales y vacaciones, constatando respecto de cada una de ellas que existía un saldo a favor del demandante, por tanto, procedió a condenar a la demandada al pago de las mentadas diferencias. Precizando que había operado el fenómeno jurídico de la prescripción frente a las acreencias causadas con anterioridad al 28 de abril del 2014.

En lo que respecta a la sanción moratoria prevista en el artículo 65 del C.S.T, adujo que en el proceso se encuentra acreditado que a la terminación del contrato se le quedaron adeudando al demandante prestaciones sociales y no se avizora buena fe de la demandada, además no se podía desconocer el carácter salarial de las comisiones, resultando el monto de la liquidación final de las prestaciones inferior a la establecida por el *a-quo*. Argumentos con fundamento en los cuales estimó procedente el reconocimiento y pago de la sanción moratoria.

III.- RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del *a-quo* la accionada interpuso alzada en lo tocante a la sanción moratoria prevista en el artículo 65 del C.S.T, por el no pago oportuno de prestaciones sociales que se causaron con la finalización del contrato, señalando que el señor *Gustavo Rodríguez Caballero* extendió una autorización de descuento a la empleadora con el fin de que esta última procediera a retener de cualquier acreencia laboral las sumas de dinero adeudadas por el actor, cuando este, en razón de sus funciones tuviera la necesidad de manejar dinero.

En efecto, el actor para la realización de sus desplazamientos como conductor a las operaciones comerciales, consistente en forma principal en el transporte de hidrocarburos, le eran suministradas sumas de dinero para sufragar los gastos asociados a dichos desplazamientos, en particular los peajes, el consumo de combustible y pago de imprevistos suscitados en carreteras, sumas entregadas a título de anticipos y que el actor en cumplimiento de sus obligaciones particulares debía justificar con los correspondientes soportes, facturas o documentos equivalentes principalmente que acreditaran el monto del consumo o gastos incurridos.



El departamento contable de la sociedad logró evidenciar que el demandante dejó de justificar una cantidad anticipos, la validez del anterior aspecto fáctico se encuentra expresado en el criterio jurisprudencial vigente de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la materia, al señalar, en sentencia del 2 de febrero de 1977, la eficacia de las autorizaciones de carácter general para el descuento de acreencias laborales cuando por el tipo de labor desarrollada se requiere que para garantizar su adecuada ejecución. En estas situaciones para la respectiva compensación o reembolso el empleador bastará una autorización escrita y de carácter general del empleado, que bien puede constar en una cláusula expresa del contrato de trabajo, o en un documento distinto.

De igual manera que ha sostenido en forma pacífica y reiterada la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que la protección reviste el salario conforme preceptuado en el artículo 149 del CST, opera durante la vigencia de la relación laboral y por lo tanto, el empleador se encuentra facultado para compensar las obligaciones que el trabajador ha contraído con aquel, ratificando que las limitaciones impuestas en la referida normativa en torno a deducciones y descuentos, solo operan durante la vigencia de la relación laboral, sin que se evidencie un actuar de mala fe al compensar las deudas contraídas y acreditadas en las certificaciones de la revisoría fiscal, máxime que en la cláusula 10ª se consignó la autorización.

IV.- ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Por activa en el término conferido se limitó a solicitar se confirme la decisión de primer grado.

La demandada, no presentó alegatos dentro del término legal establecido para el efecto.

V.- CONSIDERACIONES

5.1 PROBLEMA JURÍDICO:

Sin avizorar causal que invalide lo actuado, y encontrándose reunidos los presupuestos procesales, se definirá como problema jurídico principal, si la demandada debe ser eximida del pago de la sanción moratoria prevista en el



artículo 65 del C.S.T; por haber actuado de buena fe, al existir autorizaciones de descuento expresas por el demandante, frente a las sumas canceladas por concepto de anticipos para los gastos del viaje que no fueron debidamente soportadas.

5.2 DEL CASO EN CONCRETO:

No es objeto de debate que entre las partes existió una relación laboral, regida por un contrato a término fijo que se extendió del 7 de septiembre del 2015 al 6 de septiembre del 2016, data en la cual el contrato finalizó por justa causa imputable al demandante. En igual sentido, se tiene por sentado que en el curso del mismo la demandada quedó adeudando al libelista parcialmente el valor de las prestaciones sociales, en los montos establecidos en primera instancia.

Supuestos de facto que encontró acreditados la togada en primera instancia y no fueron objeto de debate en la alzada por ninguno de los extremos procesales.

Frente a la indemnización moratoria debe indicarse que con la finalidad de proteger los derechos de los trabajadores que se han visto afectados por el incumplimiento de las obligaciones legales a cargo de su empleador, la ley laboral ha previsto algunas consecuencias económicas tendientes a resarcir el menoscabo que dicha conducta pudiese causar al trabajador, incluyendo dentro de ellas, la indemnización por el no pago oportuno de las prestaciones causadas a la finalización del contrato consagrada en el artículo 65 CST.

No obstante lo anterior, precisa la Sala que la citada indemnización no opera de manera automática, ya que a su imposición debe preceder el análisis de los elementos subjetivos que guiaron la conducta omisiva del empleador, que, a pesar de que no sean correctos jurídicamente, puedan considerarse razonables, tal y como lo ha dicho nuestro máximo órgano de cierre, entre otras en sentencias SL 10632 de 2014, SL 2958 de 2015, SL 8216 de 2016 y más recientemente en la sentencia SL 1682 de 2019.

En el caso que hoy nos convoca en el presente juicio, es patente que la encartada adeuda al demandante parcialmente el monto de las prestaciones sociales; sin embargo sostiene en la alzada que tal circunstancia acaece por cuanto el



demandante autorizó expresamente el descuento de los gastos cancelados por anticipos de sus viajes que no fueran debidamente soportados.

Siendo ello así, vale la pena recordar que el artículo 149 del C.S.T establece que el empleador tiene prohibido hacer descuentos a sus trabajadores, sin que medie autorización expresa del trabajador, para cada caso. Prohibición, igualmente contemplada en el numeral 1° del artículo 59 del mismo estatuto laboral.

Así mismo, como lo indica el recurrente en la alzada, es sabido que vía jurisprudencial la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha precisado que tal prohibición desaparece a la finalización del vínculo laboral, momento en el cual, le es dable al empleador hacer efectivo el cobro de aquellas obligaciones dinerarias contraídas por el trabajador con el empleador, no obstante, también dejó adoctrinado que para ello es imperioso que las obligaciones sean plenamente exigibles, esto es que debieron ser satisfechas durante la vigencia del contrato o que las haya contraído bajo la condición de hacerlas exigibles a la culminación del vínculo laboral. Así, entre otras, en sentencia con Radicación No 31826 del 3 de marzo del 2009, indicó:

“[...] La jurisprudencia de esta Sala ha definido que las restricciones o limitaciones legales previstas por los artículos 59 y 149 del CST, solo tienen operatividad en vigencia de la relación laboral, por lo cual la errada interpretación se hace presente cuando el Tribunal entiende que producen efecto aun después de terminado el contrato.

“Sobre lo atrás señalado, es de recordar lo adoctrinado por la Corte. Así, en la sentencia 27282 de 2008, en la que se reiteraron otras anteriores, se expresó:

“De otro lado, cabe también razón a la contraparte, respecto a la facultad legal de la que disponía la demandada para efectuar las compensaciones de las deudas del actor, una vez finalizado el contrato de trabajo, ya que conforme lo ha expresado esta Corporación:

“Respecto del alcance del numeral 1 artículo 59 del CST esta Sala ha precisado: (...)

“Las restricciones al derecho de compensación del empleador mediante la prohibición de descuentos sin autorización tiene carácter protector plenamente justificado durante la vigencia del contrato de trabajo, es decir, cuando está en pleno vigor la dependencia y subordinación del trabajador en relación con el empleador”.



“Pero para el momento de terminación del contrato la subordinación desaparece, como también fenece el carácter de garantía que los salarios y prestaciones sociales ofrecían para los créditos dados por el empleador al trabajador y otorgados para el cabal desarrollo del objeto del contrato de trabajo por suministro de equipos, materiales o de las sumas entregadas para su adquisición, o para el bienestar del trabajador bajo la forma de anticipos de salario, o de préstamos para solucionar necesidades de seguridad social, ora por vivienda, salud, o calamidad doméstica”.

“La consecuencia razonable de que los créditos laborales consolidados o de los que se tuviere la expectativa de que se van a generar por la subsistencia del vínculo laboral futuro, se hubieren ofrecido como garantía de pago de dinero es que valgan como tales y por tanto obren sin restricciones en el momento límite de su eficacia, esto es para cuando se ha de liquidar el contrato de trabajo y se clausura la posibilidad de la causación de más salarios o prestaciones sociales”.

“(…)

“La compensación sólo procede con obligaciones plenamente exigibles, esto es, si el trabajador debió satisfacerlas durante la vigencia del contrato, o las contrajo bajo la condición de que se hacían exigibles en el momento de la terminación del contrato de trabajo”.

Por esta misma senda, en lo tocante a la sanción moratoria prevista en el artículo 65 del C.S.T, a cuyo debate se restringe la litis en esta instancia, rememoró la Corte Suprema de Justicia en la sentencia en cita que aquellos descuentos efectuados a la terminación del vínculo con cargo a deudas inexistentes o no exigibles darían lugar a la imposición de la sanción, fue así como precisó:

“En el orden sistemático que adopta el Código para la protección de la integridad de pago de la remuneración laboral primero actúa la prohibición de descuentos del salario o de las prestaciones sociales sin autorización expresa, mientras el contrato está vigente; y para cuando éste termina, aquella es relevada por la garantía prevista en el artículo 65 del C.S.T., por la cual los valores insolutos debidos a la mala fe patronal generan para el trabajador la sanción conocida como de brazos caídos. De esta manera, los descuentos que de la liquidación de créditos del trabajador hiciere el empleador por deudas inexistentes o no exigibles acarrea la sanción indicada. (Sent. 10/9/03, rad.21057, ratificada en la 25894 de 2006)”.



Descendiendo a la presente litis, lo primero que observa la Sala es que en el contrato de trabajo si bien se pacta que es obligación del trabajador legalizar los gastos de los viajes en el numeral 13 artículo 5° (Fl 243), no existe una autorización expresa de descuento de los montos no legalizados, como lo aduce el recurrente. Pues, la cláusula 10 del contrato lo único que alude, respecto de las autorizaciones de descuento es:

“EL TRABAJADOR autoriza desde ahora al EL EMPLEADOR para que de sus salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones, le descuente, durante la vigencia del contrato o al momento de la terminación del mismo, las sumas de dinero que por cualquier motivo le llegare a adeudar, y de una manera muy especial, aquellas sumas de dinero por razón del manejo de dinero o bienes que se confíen en razón de sus funciones y/o de los daños que ocasione a bienes de la empresa o de terceros, como a personas o al medio ambiente”

Se deduce entonces del articulado contractual previamente citado, que no existía una autorización expresa de descuento del demandante, frente a los gastos de anticipos de viaje que no fueran soportados, pues la contenida en el contrato de trabajo es evidentemente general y abstracta, por tanto, no reúne los requisitos aludidos en los artículos 59 y 149 del C.S.T.

Con todo, aun si en gracia de discusión, diéramos por sentado que la mentada clausula realmente, podría tenerse como una autorización expresa por parte del empleado a efectos de que la empresa descontara los dineros de los anticipos de viaje que no fueran soportados, lo cierto es que resultaba indispensable para la empresa acreditar no solo que le canceló al demandante los anticipos para viaje, sino los montos exactos que fueron girados por dicho concepto y cuáles de estos, no fueron soportados por el demandante.

Máxime, cuando el demandante en su interrogatorio de parte si bien acepta que para efectos de los viajes le eran cancelados unos anticipos, aduce que eran utilizados para el pago de peajes, hospedaje y manutención; así mismo aclaró que en ocasiones estos no alcanzaban y debía comunicarse con la empresa para que le consignaran más dinero, sin confesar la existencia de tales obligaciones a favor de la empleadora.



Siguiendo esta misma línea, debe indicarse que en autos no podría aplicarse tampoco el criterio jurisprudencial atrás señalado, acorde al cual a la terminación del contrato se pueden descontar aquellas obligaciones adeudadas por el trabajador al empleador, aun cuando no medie autorización expresa. Pues para dicho fin, se requiere de un medio probatorio claro y contundente que permita establecer con precisión, las obligaciones contraídas por el trabajador para con su empleador y su exigibilidad. Presupuestos que no se cumplen en el *sub-lite*, en tanto se itera que no existe prueba de la cual se pueda inferir con precisión los montos de los anticipos cancelados al trabajador que no fueron soportados.

Lo anterior, en la medida en que tal y como lo sostuvo la falladora en primera instancia, los soportes aportados adolecen de claridad, en la medida en que las documentales denominadas legalización de gastos de vehículos por un lado se incluyeron montos correspondientes a alojamiento, comisiones, bonificaciones y primas como la de localización (Fls 56 a 113 y 430 a 567) y de otra parte, no concuerdan con los valores registrados en las transferencias bancarias (Fls 568 a 616), ni guardan concordancia con los valores registrados en los desprendibles de nómina, en especial con los valores deducidos al trabajador (Fls. 301-322 y 247-300) o los registros contables (Fls. 138-140 y 617-620), por manera que no hay forma de diferenciar, claramente que montos fueron consignados al demandante por concepto de salarios y prestaciones, de aquellos que eran cancelados como anticipos de viajes, ni mucho menos, forma de establecer cuales fueron efectivamente descontados y cuáles no, pues en muchas nominas los descuentos registrados fueron por concepto de devolución de comisiones (Fls. 272, 283 y 285).

De cara a lo indicado, no encuentra esta Sala acreditada la buena fe argüida por la convocada a juicio, en razón que no demostró la existencia, ni mucho menos la exigibilidad de las obligaciones que hoy alega haber descontado de sus prestaciones sociales, acorde a derecho y de buena fe.

En tal medida, habida consideración que la pasiva no cumplió con la carga probatoria que le incumbe al tenor de lo dispuesto en el artículo 167 del C.G.P, dimana lógico que se confirme la condena respecto del pago de la sanción moratoria prevista en el artículo 65 del C.S.T.

SIN COSTAS en esta instancia, por cuanto no se causaron.



DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 19 de julio de 2020 por el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso de la referencia, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

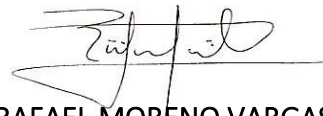
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



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

Proceso Ordinario Laboral 1100131050 18 2017 00494 01
Demandante: MARGORY RESTREPO VENEGAS
Demandado: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -
COLPENSIONES
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá, D.C., treinta (30) de julio de dos mil veinte (2020).

SENTENCIA:

Procede la Sala a desatar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante respecto de la sentencia proferida por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Bogotá el 27 de junio del 2019.

I.- ANTECEDENTES

La señora *Margory Restrepo Vanegas* demandó para que se declare y condene a *Colpensiones* al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes que dejó causada el señor *Hugo Henry Farigua Parra*; el pago del retroactivo pensional; los intereses moratorios; la indexación de las sumas adeudadas; y lo que resulte probado *ultra y extra petita*.

1.1 SUPUESTO FÁCTICO:

Como sustento de sus pretensiones indicó que el causante *Hugo Henry Farigua* nació el 10 de agosto de 1946; que la actora ostenta la calidad de cónyuge supérstite; que el Instituto de Seguros Sociales le reconoció al causante la pensión de vejez a partir del 22 de diciembre del 2014; que la pareja se conoció en el año de 1983, cuando ambos trabajaban en la empresa Critacryl; posteriormente, contrajeron matrimonio católico el 12 de noviembre de 1983, fruto del cual nació su hija *Yeimy Vanessa Farigua Restrepo*; que compartieron techo, lecho y mesa; que el matrimonio fue disuelto el 6 de septiembre del 2011, pero la demandante continuó viviendo con el causante hasta el día de su muerte; que hasta el año 2000 fue el causante quien sostuvo el hogar, pero luego de dicha anualidad le correspondió a la demandante iniciar a laborar, dedicándose al cuidado de



personas de la tercera edad, actividad que ejecutó en varias partes de Bogotá y en otras ciudades del país; que en el año 2006 debió viajar a Estados Unidos a cuidar de una persona de la tercera edad por tres meses; en 2007 viajó por otro periodo igual y desde el año 2010 vivió en Bogotá con el finado hasta su fallecimiento; que mediante Resolución GNR No 221688 del 18 de julio del año 2015 *Colpensiones* le negó el derecho pensional, acto administrativo que recurrió y fue confirmado por la encartada con la Resolución GNR 309210 del 26 de julio del 2015.

1.2 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

Colpensiones se opuso a todas las pretensiones, aduciendo que conforme al informe investigativo se evidenció que mediante Escritura Pública No. 2215 se decretó la cesación de los efectos civiles del matrimonio religioso celebrado entre el causante y la demandante, por lo que no se evidenció la convivencia entre las partes, y en ese orden de ideas no se da cumplimiento a lo dispuesto por el artículo 47 de la Ley 100 de 1993 modificado por la Ley 797 de 2003 artículo 13.

Propuso como medios exceptivos los que denominó: Inexistencia del derecho reclamado, cobro de lo no debido, buena fe de *Colpensiones*, no configuración del derecho al pago del I.P.C., ni de indexación o reajuste alguno, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, carencia de causa para demandar, compensación, prescripción, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden pública, innominada o genérica.

II.- SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Bogotá el 27 de junio de 2019 absolvió a la demandada de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra; declaró probada la excepción de inexistencia de la obligación y condenó a la demandante al pago de las costas.

Para arribar a tal determinación, señaló que teniendo en cuenta la fecha del fallecimiento del causante, esto es el 22 de diciembre de 2014, la norma aplicable sería el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003.

Analizadas las pruebas aportadas, determinó que aunque los testigos afirman que después de la cesación de efectos civiles del matrimonio en el 2011, la pareja



permaneció unida; existen otras pruebas en el plenario que permiten colegir lo contrario, pues obra el Registro Civil de Matrimonio donde la demandante y el causante por mutuo consentimiento firmaron una cesación de efectos civiles de matrimonio el 6 de septiembre de 2011, fecha en la cual cesó su vida en común; se acreditó que la demandante realizó actuaciones que generaron esa separación, pues no estaba inscrita como beneficiaria al régimen de salud del causante, desde 2008. Por manera que, con la cesación antes mencionada, se interrumpió la convivencia, y posterior a ello la demandante no acreditó haber convivido con el causante durante el tiempo exigido por Ley antes del fallecimiento.

III.- RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior decisión, la parte actora presentó recurso de apelación, en el que en síntesis manifestó que la demandante y el causante estuvieron casados como se logró probar con el Registro Civil de Matrimonio y si bien, efectuaron una cesación de efectos civiles para el año 2011, se pudo constatar con la prueba testimonial que esa cesación no tuvo efectos respecto a la convivencia de la demandante con el causante y no ser beneficiaria dentro del Sistema de Seguridad Social en Salud del causante, no da lugar a concluir que no hubo una real convivencia entre ellos; finalmente indicó que esa separación no causó afectación en la pareja pues ellos siguieron compartiendo mesa, techo y lecho hasta el día del fallecimiento del causante.

IV.- ALEGATOS:

La parte actora en su escrito de alegaciones sostuvo que entre la demandante y el causante existió matrimonio, según consta en las pruebas documentales allegadas y obrantes dentro del expediente; registro que tiene anotación de divorcio entre los cónyuges. No obstante lo anterior, la demandante cumple con las calidades de compañera permanente superviviente para acceder a la prestación de sobrevivencia, pues puede corroborarse dentro de las pruebas que se anexaron con la demanda, la actora sostuvo una serie de contratos de trabajo en los cuales fue necesario que la demandante dejara la ciudad de Bogotá, toda vez que se trataba del cuidado que una persona que residía en la ciudad de Santa Martha y posteriormente se trasladó a Estados Unidos; a pesar de dicha situación, la Corte Suprema de Justicia ha establecido que, aun cuando exista una separación de hecho entre cónyuges o compañeros permanentes, el vínculo se mantiene cuando existe vocación de mantener el hogar y ofrecerse apoyo mutuo; posición jurídica que ha sido



reiterada en la jurisprudencia de este Máximo Tribunal, específicamente, en Sentencia SL15575-2017 con Radicación No. 54029 del veintisiete (27) de septiembre de dos mil diecisiete (2017).

Supuesto de facto corroborado por los testimonios rendidos por *María Hermina Melo*, *Luz Marina Cruz* y *Ciro Meneses Ramírez*, quienes coincidieron en que aun cuando la demandante se tuvo que trasladar a otras ciudades por temas laborales, lo hizo con el firme propósito de mantener su hogar, pues su cónyuge había quedado sin trabajo. En segundo lugar, la pareja durante la vigencia de su matrimonio, adquirieron un inmueble, el cual tiene como propietarios a la demandante y al causante, situación que no cambió después del divorcio.

En consecuencia, y si bien legalmente existió un divorcio, se puede comprobar que nunca existió la disolución, ni liquidación de la sociedad conyugal; que los testigos que se tuvieron en cuenta por parte de la demandada en la investigación administrativa, hicieron aseveraciones contrarias a la realidad, pues ni siquiera fueron convocados al proceso de la referencia para corroborar las manifestaciones que tenía registradas, ni tampoco contrvirtieron de manera alguna ni tacharon de falsos los testimonios aportados por la actora, lo que conlleva a concluir que se corrobora la convivencia entre la demandante y el finado hasta el momento del fallecimiento de este último.

A su turno Colpensiones en su escrito de Alegaciones refiere que la sentencia proferida el 27 de junio de 2019, contemplando que la demandante, no acredita el requisito de permanencia necesario para reconocer una pensión de sobreviviente. Lo anterior, en consideración a lo siguiente: En primer lugar, frente al reconocimiento de una sustitución pensional de sobreviviente, la Corte Suprema de Justicia en varios pronunciamientos ha sostenido que tratándose de dicha prestación debe ser aplicada la Ley vigente al momento de la muerte de quien se reclama la prestación; de conformidad a lo anterior se evidencia que el causante falleció el 22 de diciembre de 2014, según Registro Civil de Defunción, siendo aplicable la ley 797 de 2003. Y según lo dispuesto por la ley 100 de 1993 en su artículo 47 de la citada Ley 100 de 1993, el cual fue modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003.

V. CONSIDERACIONES:

a) Problema Jurídico:

Sin que se advierta causal de nulidad que invalide lo actuado, reunidos a plenitud los presupuestos procesales y habiéndose agotado la reclamación administrativa, se determinará si la actora reúne los requisitos para obtener la sustitución de la pensión del causante *Hugo Henry Farigua*.

b) De la norma aplicable al caso en concreto

En aras de desatar la litis planteada, lo primero que debe precisar la Sala es que acorde el criterio jurisprudencial, la pensión de sobrevivientes debe ser analizada a la luz de la norma vigente para la fecha de fallecimiento del causante. En tal media, como quiera que el señor *Hugo Henry Farigua Parra* falleció el 22 de diciembre de 2014, acorde se verifica en el certificado de defunción obrante a folio 37, la norma aplicable es la Ley 797 de 2003, por medio del cual se modificó la ley 100 de 1993.

c) Del caso en concreto:

No es objeto de debate que el causante obtuvo el reconocimiento y pago de su pensión de vejez mediante la Resolución No 39901 del 1º de enero de 2006 a partir del 10 de agosto de 2006, en cuantía inicial de \$1.247.650 (Fl 48). Por manera que resta establecer si la demandante reúne los requisitos exigidos por el artículo 47 de la ley 100 de 1993, modificado por el artículo 12 de la ley 797 de 2003, el cual establece:

“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;**” (Negrillas fuera de texto)*

Así mismo, se tiene adoctrinado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia que le asiste el derecho al reconocimiento y pago de la pensión al cónyuge supérstite con unión marital vigente, que se encuentre o no, separados de hecho, siempre que acredite 5 años de convivencia en cualquier tiempo. Criterio,



recientemente reiterado por la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral, en sentencia SL 480 del 2020, con radicación No 67030, en la cual se indicó:

"(...) si el vínculo matrimonial se mantiene vigente –asunto que no fue desvirtuado en este caso- así se hubiera realizado la liquidación de la sociedad conyugal, la cónyuge separada de hecho tiene derecho a acceder a la referida prestación, siempre y cuando demuestre haber convivido con el causante durante cinco años, en cualquier tiempo.

"Al respecto, esta Sala de Casación, en sentencia CSJ SL1399 -2018 explicó:

"Por otra parte, la Corte ha clarificado que el referente que le permite al cónyuge separado de hecho o de cuerpos acceder a la pensión de sobrevivientes es la vigencia o subsistencia del vínculo matrimonial. Por lo tanto, otras figuras del derecho de familia, tales como la separación de bienes o la disolución y liquidación de la sociedad conyugal no son relevantes en clave a la adquisición del derecho. (...)

"(...)La anterior interpretación la ratifica la Corte en esta oportunidad, habida cuenta que, a diferencia del contrato matrimonial, el cual incorpora derechos y obligaciones personales tales como los de socorro y ayuda mutua, tolerancia y respeto a la personalidad del cónyuge, los cuales subsisten mientras el vínculo no sea disuelto por muerte, divorcio o cesación de efectos civiles del matrimonio religioso, la sociedad conyugal hace referencia al régimen económico de la unión. Por lo tanto, el primero de los conceptos posee un significado subjetivo e intrínseco, del cual emanan unos deberes personales, mientras que el segundo alude a una sociedad patrimonial o de bienes.

"Al compás de lo anterior, no es adecuado atar el derecho a la pensión de sobrevivientes a la pervivencia de la sociedad conyugal o de la sociedad de bienes, figuras que responden a contenidos netamente económicos, sino más bien a la vigencia del contrato matrimonial, dado que es esta unión la que confiere derechos y asigna obligaciones personales y subjetivos a los consortes, y, por consiguiente, permite incluirlos como miembros de su grupo familiar.

"Pero tampoco resulta acertado enervar el derecho pensional ante figuras tales como la separación de hecho o de cuerpos, toda vez que en la primera de estas situaciones la obligación de convivir subsiste y en la segunda tan solo se excluye la de cohabitación, pero no la de socorro y ayuda mutua que, pese a esas circunstancias, subsiste.

"Para decirlo de otro modo, la separación de cuerpos, figura jurídica en virtud de la cual solo se extingue el deber de cohabitación, no es un obstáculo para que el consorte que haya convivido durante 5 años con el causante, acceda a la prestación. Así mismo, la separación de hecho, tampoco frustra este derecho, pues esta circunstancia fáctica no extingue de suyo los deberes recíprocos de los cónyuges de entrega mutua, apoyo incondicional y



solidaridad, los cuales perviven hasta tanto se disuelva el vínculo matrimonial.

“Ello explica por qué, para el legislador del 2003 a pesar de la separación de hecho de los cónyuges, es decir, de la cesación de la comunidad de vida, si alcanzan a convivir al menos 5 años, el supérstite puede adquirir la pensión de sobrevivientes mientras ese vínculo no se disuelva, ya que los deberes de la pareja subsisten, al margen de si se allanaron a ellos o no.

“Así las cosas, en resumen, el cónyuge con unión marital vigente, separado o no de hecho, que haya convivido en cualquier tiempo durante un lapso no inferior a 5 años con el afiliado o pensionado fallecido, tiene derecho a la pensión de sobrevivientes –la Sala resalta–”

Descendiendo al caso *sub examine*, se logra corroborar que la demandante y el causante contrajeron nupcias el 12 de noviembre de 1983, conforme se corrobora en el Registro Civil de Matrimonio obrante a folio 36. Se corrobora además en anotación marginal (Fl. 37) que mediante Escritura Pública No. 2215 del 6 de septiembre de 2011 de la Notaría Treinta y Tres de Bogotá, se autorizó la cesación de efectos civiles del matrimonio católico, y la disolución y la liquidación de la sociedad conyugal.

Al margen de lo anterior, se tiene que los testigos *María Herminia Melo Farigua, Luz Marina Cruz y Ciro Meneses*, manifestaron en el curso de su declaración que si bien es cierto que la pareja se divorció, continuaron conviviendo hasta la fecha del fallecimiento del causante, separándose únicamente durante los interregnos de tiempo que la demandante se vio conminada a ausentarse por razones de carácter laboral ya que se dedicaba al cuidado de personas de la tercera edad y por ello, vivió un tiempo en Santa Marta y otro en Estados Unidos.

Aunado a lo anterior, se tiene que la demandante en el curso de su interrogatorio de parte expreso que se divorció del demandante por discusiones que tenían debido a que este no la quería afiliar en salud; pero que después continuaron viviendo juntos, pese a que ella tuvo que vivir fuera de la ciudad por temas laborales y afiliarse a Seguridad Social en salud en Armenia, debido a que el causante no la pudo afiliar y necesitaba una intervención médica urgente.

Adicionalmente, al analizar la documental que reposa en el proceso se logró constatar que la pareja era propietaria del bien inmueble ubicado en la calle 73 Sur 14V-46 (Fl 43); que la demandante suscribió dos contratos de trabajo para desempeñarse como acompañante en Estados Unidos del 10 de junio del 2006 y del 20 de junio de 2007 (Fls 45-46) y que según el informe de investigación No



1040672015, realizado por Cyza para Colpensiones se evidenció que los señores *Nivardo Sánchez*, *Marta Lucia Ángel Ledesma* y *Heriberto Lara Porras* vecinos del causante, relataron al unisonó que la demandante sí estuvo casada con el causante pero se encontraban separados hace varios años y ella se fue a vivir a la ciudad de Armenia con su hija, quedándose solo en la ciudad de Bogotá, hasta algunos meses antes de su fallecimiento; a más que la demandante se encuentra afiliada en el régimen subsidiado en salud en Quindío Armenia (CD Fl. 93).

De esta forma, acorde el material probatorio recaudado, para esta Sala si bien la demandante estuvo casada con el causante desde el 19 de diciembre de 1983, lo cierto es que el mentado vínculo terminó el 6 de septiembre de 2011, mediante la cesación de efectos civiles del matrimonio; así como la disolución y liquidación de la sociedad conyugal, por manera que no le resultaría aplicable el criterio jurisprudencial enunciado en precedencia. Por manera que para poder acceder al derecho pensional se requería acreditar de forma diáfana los 5 años de convivencia exigidos por el legislador.

No obstante, para la Sala los testimonios vertidos no generan el suficiente convencimiento frente a la convivencia de la pareja, pues aunque los tres, sostuvieron que pese al divorcio la pareja mantuvo su relación hasta la fecha de fallecimiento del causante, su dicho quedó derruido con la investigación efectuada por *Colpensiones* en la que varios de los vecinos del causante afirmaron que la demandante luego del divorcio se fue a vivir a la ciudad de Armenia, declaración que concuerda con el hecho de que esta se encuentre afiliada a salud en dicha ciudad, donde ella misma, acepta en su interrogatorio de parte haber recibido varios servicios de salud.

Así las cosas, para esta Sala, la decisión adoptada por el fallador de primera instancia se encuentra ajustada a derecho, en razón a que del acebo probatorio no fluye con meridiana nitidez que luego de la disolución y liquidación de la sociedad conyugal, la pareja hubiere continuado conviviendo hasta el fallecimiento del causante, durante los 5 años exigidos por el legislador; *a contrario sensu*, esta decisión denota su intención de no continuar con la relación, ni el apoyo y ayuda mutua derivados propios de quienes deciden conformar una familia.

En efecto, al mediar la documental que da cuenta del finiquito del vínculo matrimonial y de la liquidación de la sociedad conyugal, la prueba que diera cuenta de la continuidad de la convivencia debía acreditar fehacientemente y sin



TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL

dubitación alguna dicha situación, lo cual no acontece en el plenario, pues la prueba testimonial se contradice con lo recabado en la investigación del fondo pensional, aunado a ello que existe prueba que da cuenta que la actora se radicó en otra ciudad y no se encontraba afiliada a salud por cuenta del causante, sin que el existir una propiedad a su nombre, implique *per se* acreditar una convivencia, motivo que impele a confirmar la decisión de primer grado.

Por las razones expuestas se confirmará la sentencia de primera instancia. **SIN COSTAS** en esta instancia.

VI.- DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 27 de junio de 2019 por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Bogotá, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
Sala de Decisión Laboral

Ordinario Laboral 1100131050 21 2017 00223 01
Demandantes: ROSA INÉS LEÓN SIERRA
Demandados: COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.
Magistrado Ponente: **DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., treinta (30) de julio de dos mil veinte (2020).

AUTO:

Reconocer personería adjetiva a la abogada *Claudia Liliana Vela*, de notas conocidas en autos, como apoderada judicial de Colpensiones, y a su vez a la abogada *Shasha Renata Saleh Mora*, de notas conocidas en autos, en los términos del memorial de sustitución de poder.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver la apelación interpuesta por *Porvenir S.A., Colpensiones y Colfondos S.A.* como también desatar el grado jurisdiccional de consulta en beneficio de *Colpensiones* respecto de la sentencia proferida por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá, el 9 de agosto de 2019, toda vez que fue condenada y funge La Nación como su garante.

1.- ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora *Rosa Inés León Sierra*, formuló demanda ordinaria laboral en contra de *Colpensiones, Porvenir S.A. y Colfondos S.A.*, para que se declare la nulidad del traslado inicial del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y como consecuencia de lo anterior se condene al fondo privado a devolver todos y cada uno de los valores asignados a la cuenta de ahorro individual por concepto de cotizaciones, bono pensional y cualquier suma adicional; finalmente solicitó que se condene a Colpensiones a reactivar la afiliación, más las condenas *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:



Fundó sus pretensiones en que nació el 31 de agosto de 1961, se afilió al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones el día 3 de diciembre 1984 cotizando en la Caja Distrital Social hasta diciembre de 1995. Que cotizó en el ISS desde el 1° de enero de 1996 hasta marzo del mismo año; que para el 11 de abril de 1996 se encontraba afiliada a *Colfondos S.A.*, el que no cumplió con el deber de información, pues no le informaron sobre las ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes, no le suministraron un cálculo actuarial como tampoco le informaron que el monto de la pensión dependía de los rendimientos de su ahorro. Que cuenta con 1663.94 semanas que le permiten pensionarse en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

Que el 1° de diciembre de 2016 radicó la solicitud de nulidad de traslado inicial ante *Porvenir S.A.*, y el 23 de diciembre de 2016 mediante comunicación con radicado 8696286, se negó la solicitud y el 6 de diciembre de 2016 solicitó la activación ante *Colpensiones*, lo que se negó el 6 de diciembre de 2016.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

Colpensiones operó la *litis contestatio* señalando que se opone a todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, debido a que la afiliación realizada por la demandante es válida, al contar con todos los presupuestos legales, sin que se encuentre viciado el consentimiento, máxime que no es dable el traslado en tanto le faltan menos de 10 años para adquirir el derecho pensional.

Propuso y sustentó las excepciones de mérito inexistencia del derecho y de la obligación, prescripción, buena fe, innominada o genérica.

Por su parte *Porvenir S.A.*, señaló que la afiliación cuenta con validez toda vez que no se acreditó dentro del plenaria prueba alguna que la AFP no cumplió con el deber de información. Propuso y sustentó las excepciones de mérito de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones innominadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa, innominada o genérica, inexistencia de algún vicio del consentimiento al haber tramitado el demandante formulario de vinculación al fondo de pensiones, debida asesoría del fondo.

Finalmente *Colfondos S.A.* señaló que se opone a la totalidad de las pretensiones toda vez que si se le brindó a la demandante una asesoría de manera integral y completa respecto de todas las aplicaciones del traslado, el formulario de afiliación se suscribió



de manera libre y voluntaria sin coacción alguna; indicó que no se puede dejar sin efectos un acto válido que nació a la vida jurídica y que ratifica los actos propios de la demandante, pues en el plazo que las disposiciones legales le concede para manifestar inconformidades o regresar al Régimen de Prima Media, no lo hizo.

Propuso y sustentó las excepciones de mérito falta de legitimación en la causa por pasiva, no existe prueba de causal de nulidad alguna, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, buena fe, compensación y pago, saneamiento de cualquier presunta nulidad de la afiliación, innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, obligación a cargo exclusivamente de un tercero, nadie puede ir en contra de sus propios actos.

II.- SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El 9 de agosto de 2019, el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá, declaró la ineficacia del traslado, condenó a *Colfondos S.A.* y a *Porvenir S.A.* a trasladar todos los valores y rendimientos recibidos, y *Colpensiones* a reactivar la afiliación sin solución de continuidad.

Para arribar a dicha conclusión, consideró que *Colfondos S.A.* no logro probar dentro del proceso el deber de información pues la a-quo afirmo que el formulario preimpreso y firmado por la demandante (Fl. 162) no es suficiente para demostrar que se cumplió con el deber de información; por otra parte que, del traslado de *Colfondos S.A. a Porvenir S.A.*, no se convalida la ineficacia del traslado.

De igual manera, no se confesó por activa que se conocían las ventajas y desventajas que implicaba el traslado y si bien se aportan comunicados de prensa, aquellos son posteriores al traslado y tampoco acreditan el cumplimiento del deber de información, sin que tenga relevancia que la actora sea beneficiaria o no del régimen de transición.

III.- APELACION:

Porvenir S.A. interpuso recurso de alzada señalando que las AFP genera gastos de administración, los cuales no deben ser reintegrados, pues se ocasionaron por la gestión adelantada; por otra parte que no se vició el consentimiento de la accionante, al no tener derechos adquiridos para la fecha del traslado, máxime que ratificó su consentimiento con el traslado entre fondos privados y el número de semanas cotizadas.



Colfondos S.A. de igual manera refirió que no es dable disponer la devolución de las cuotas de administración, máxime que la destinación de los aportes también se predica del Régimen de Prima Media de conformidad con el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 7º de la Ley 797 de 1993; en ese orden de ideas, sólo se deben trasladar aportes y rendimientos de la cuenta de ahorro individual.

Colpensiones sustenta la alzada en que la ineficacia se predica de personas que no fueron suficientemente informadas, lo que no acontece toda vez que la actora en el interrogatorio de parte evidencia conocimientos de las características de los regímenes pensionales, lo que se acompasa con el formulario suscrito en el año 1996, en el cual se consigna que lo suscribe de manera libre y voluntaria, aceptando las condiciones del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad; máxime que la accionante contaba con la formación académica para conocer el acto que estaba suscribiendo, sin que se sea dable alegar el desconocimiento del ordenamiento jurídico. Finalmente que admitir el traslado, implica vulnerar el interés general y el principio de solidaridad.

Teniendo en cuenta que la decisión de primera instancia fue desfavorable a *Colpensiones*, se debe dirimir el grado jurisdiccional de consulta, toda vez que La Nación funge como su garante.

IV.- ALEGATOS:

En el término conferido *Colpensiones* presentó alegatos señalando que por activa no se acreditó la existencia de un vicio del consentimiento que permita declarar la nulidad del traslado, existiendo además una ratificación tácita al ejecutar de manera voluntario lo acordado en el acto del traslado; por otra parte que la carga de la prueba recae en la parte demandante y de acceder a lo pretendido implica desfinanciar el sistema.

V.- CONSIDERACIONES:

5.1 PROBLEMA JURÍDICO:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si resulta ineficaz el traslado de régimen pensional.



5.2 DEL CASO EN CONCRETO:

Para desatar el problema jurídico planteado, debe rememorarse que tanto el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, como el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, establecen las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes allí previstos, 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, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

Asimismo, se tiene que, en protección a aquel derecho de libertad de elección de régimen, el legislador previó en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, como consecuencia de su violación, por parte del empleador o cualquier persona natural o jurídica, además de la imposición de multas por las autoridades del Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social, según el caso, el que dicha afiliación es ineficaz, acto de manifestación de voluntad que denuncia la accionante le fuera vulnerado al momento del traslado bajo estudio, al ser persuadida de trasladarse del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin informarle las consecuencias negativas de ello, por lo cual, de establecerse que en efecto no se verificó una debida asesoría que le permitiera ejercer la libre escogencia del régimen pensional, el traslado quedará sin efecto, según el precitado artículo 271 de la Ley 100 de 1993, tal y como lo estableció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL19447 de 2017.

Es menester acotar que las administradoras se ubican en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la seguridad social, lo que le impone el cumplimiento de las obligaciones a su cargo entre las que se encuentra, valga reiterar, la de la debida información, que debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, ofreciendo para ello una ilustración completa y comprensible para tomar la decisión de la elección del régimen pensional, pues de no obrar en tal sentido, puede llegar a afectar el derecho irrenunciable de la seguridad social a los afiliados, la que comprende no solo el derecho en sí mismo estimado como su legítima expectativa valorativa.

Por ello, valga recordar que las AFP, como entidades financieras vigiladas por la Superintendencia Financiera y conforme al numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que



realicen. Obligación que se mantuvo con la modificación introducida por el artículo 23 de Ley 795 de 2003 e igualmente, con la Ley 1328 de 2009, respecto del régimen de protección al consumidor financiero.

Ahora bien, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, frente a la obligación de brindar información, concluyó que *“Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido”*.

En la referida providencia, también se analiza el alcance de la jurisprudencia en torno a la ineficacia del traslado, señalando que *“ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información. De hecho, la regla jurisprudencial [...] es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado. Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto”*, criterio último que recientemente se estableció como vinculante, entre otras, en la sentencia de tutela STL3199-2020, Radicación No. 58288 del 18 de marzo de 2020, en la cual se concluyó que:

“[...] las reglas jurisprudenciales sobre ineficacia del traslado no estaban condicionadas a que el afiliado perteneciera al régimen de transición, tuviera un derecho consolidado o una expectativa legítima de pensionarse, pues la Corte ya había señalado que este hecho era irrelevante”.

De igual manera, en la referida providencia, se consignó frente a la carga de la prueba, que:



“Esta Corporación en ninguna sentencia ha insinuado o expresado que la carga de la prueba del deber de información, a cargo de los fondos privados de pensiones, pueda relativizarse en función de las particularidades de cada caso o dependiendo de si el demandante es o no beneficiario del régimen de transición. Por el contrario, ha insistido en que pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento”.

En ese orden de ideas, debe acotarse que cuando se alega la nulidad y/o ineficacia del traslado del régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al Fondo de Pensiones, independientemente de las particularidades del caso o si se es o no beneficiario del régimen de transición, hechos estos últimos que resultarían irrelevantes para la aplicación del precedente antes referido.

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso se aportó el formulario de traslado del 11 de abril de 1996 a *Colfondos S.A.* (Fls. 36 y 292), el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre y voluntariamente, no acredita que en efecto se haya suministrado la información oportuna y veraz, máxime que, tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *“Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado”.*

Por otra parte, en el interrogatorio de parte en manera alguna la accionante confesó que se le haya suministrado la información requerida, y a diferencia de lo señalado por Colpensiones en la alzada, el hecho que al rendirlo haya manifestado algunas connotaciones del régimen pensional, no implica aceptar que para la fecha del traslado el Fondo Pensional haya puesto de presente las ventajas y desventajas que implicaban para su caso en concreto la decisión que iba a adoptar. De igual manera, el hecho de ostentar la profesión de enfermería tampoco demuestra que se haya cumplido el deber de información por la accionada, lo cual implica el declarar la ineficacia del traslado.



Lo anterior además apareja como consecuencia el deber de devolución de los emolumentos que se hayan percibido el Fondo Pensional, incluyendo las cotizaciones, cuotas de administración, primas de aseguradoras y rendimientos, dado que, ante la ineficacia de la afiliación o traslado de régimen, no ostentan de soporte legal. En lo atinente a la devolución de los gastos de administración, debe referirse que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló:

“La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

“Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora esta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.”

De igual manera, en sentencia SL638-2020, Radicación No. 70050 del 26 de febrero de 2020, refirió:

“Respecto a los efectos que produce la ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, encuentra la Sala que estos consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, lo que apareja que Colfondos S.A. deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales”.

Por lo anterior, al estimarse como nunca realizado el traslado, no existe razón para que no se verifique la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores, los cuales, deben retornar de manera íntegra a *Colpensiones*, pues dichos montos pertenecen al Sistema general de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión.

Ahora bien, en virtud de lo anterior y visto el recurso de apelación respecto de la vulneración del principio de sostenibilidad financiera de la Entidad al declarar la ineficacia del traslado, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, e sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019, señaló:

“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». (subrayado por parte del autor)

Por lo anterior, no le existe razón a la recurrente al considerar amenazado el principio de sostenibilidad financiera, por cuanto las AFP tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales asumen los cargos que tiene que asumir el accionante al no haber cotizado en el RPM, pues dichos montos pertenecen es al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

Finalmente, en lo tocante a la excepción de prescripción propuesta por las convocadas a juicio, tal como lo estableció el máximo órgano de cierre, en la sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, “la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción”, motivo por el cual no es dable declarar probada la excepción de prescripción.

Como corolario de lo anterior se confirmará en su integridad la sentencia de primera instancia. **SIN COSTAS** en esta instancia.



VI.- DECISIÓN

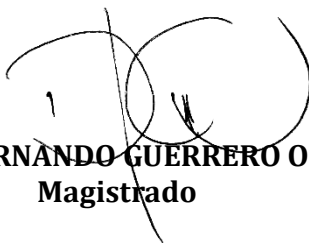
En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 9 de agosto de 2019, por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario de la referencia, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
Sala de Decisión Laboral

Proceso Ordinario Laboral No. 1100131050 **10 2017 00521 01**
Demandante: CLARA INÉS ESPEJO MOLANO
Demandado: ACTIVOS S.A. y COLPENSIONES.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá, D.C., treinta (30) de julio de dos mil veinte (2020).

AUTO:

Obra una sustitución de poder allegada por la apoderada de la entidad, con la finalidad de que se reconozca personería a la abogada *María Elena Fierro García*; circunstancia por la cual, se reconocerá personería a ésta en los términos y facultades del poder conferido.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el grado jurisdiccional de consulta, en contra de la sentencia proferida el 16 de julio de 2019 por el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá.

I.- ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora *Clara Inés Espejo Molano*, presentó demanda ordinaria laboral en contra de *Activos S.A.* y la *Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones*, para que, la primera como contratante y la segunda como responsable solidaria, la reintegre en el mismo cargo o uno superior, con las mismas funciones al momento de ser despedida.

Por consiguiente, se las condene al pago de salarios y prestaciones sociales desde el momento del despido y hasta la fecha que se le incluya en nómina de pensionados.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Adujo que, desde el 17 de diciembre de 2014 hasta el 31 de enero de 2017 prestó sus servicios en misión a Colpensiones a través de las empresas *Coltempora S.A.* y *Activos*



S.A., desempeñando el cargo de *Profesional I*, con las que suscribió contrato de trabajo de la siguiente manera:

(i) Con *Coltempora S.A.* desde el 17 de diciembre de 2014 hasta el 31 de marzo de 2015.

(ii) Con *Activos S.A.* desde el 1º de abril de 2015 hasta el 31 de diciembre de 2017.

Que la Gerencia de Nómina de pensionados de *Colpensiones* asignaba por reparto las novedades correspondientes al grupo de nómina día a día al cual pertenecía, por lo que las actividades desempeñadas eran inherentes a la entidad y dentro de sus instalaciones.

Aludió que tuvo como última remuneración salarial mensual la suma de \$3.890.196, y su actividad siempre la desempeñó en forma presencial, con las instrucciones dadas por la Gerencia de Colpensiones y cumpliendo el horario señalado por esta. Que el 31 de enero de 2017 se decidió culminar sin justa causa el contrato de trabajo, desconociendo su calidad de pre pensionada, con el argumento que la obra para la cual se le contrató había culminado.

Señaló que a la fecha de su despido contaba con 56 años de edad, es decir, que le faltaba un año para obtener su estatus pensional y que ya contaba con más de 1.800 semanas cotizadas, situaciones que eran de conocimiento de *Colpensiones*, aunado a que, por dicho aspecto era beneficiaria de la estabilidad laboral reforzada de las personas próximas a pensionarse.

Por último, expuso que elevó solicitudes ante las demandadas solicitando el amparo de su estabilidad, pero le fueron negadas, por lo que con posterioridad elevó acción de tutela, la cual fue fallada de manera desfavorable.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

Colpensiones contestó oponiéndose a las pretensiones, resaltando que la actora tuvo contrato de trabajo con la Empresa de Servicios Temporales *Activos S.A.*, sin que se haya presentado subordinación alguna, pues el servicio en misión efectuado por la actora a la entidad se desarrolló en los precisos términos de la Ley 50 de 1990.

Que tampoco es beneficiaria de la figura de la estabilidad laboral reforzada de pre pensionada, toda vez que está acreditado que la demandante a la terminación del



contrato de trabajo contaba con más de 1.850 semanas, faltándole únicamente la edad, de lo que es evidente que no existió ningún perjuicio.

Formuló las excepciones de inexistencia de solidaridad, inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, buena fe y la denominada del cumplimiento de las órdenes de la Corte Constitucional.

Por su parte, *Activos S.A.* al contestar la demanda se opuso igualmente a la prosperidad de las pretensiones, enfatizó que dentro del proceso no existe sustento fáctico ni jurídico para que se vea obligada a reintegrar a la demandante, ni mucho menos de pagar suma alguna de dinero.

Afirmó que con la demandante se suscribieron dos contratos de trabajo en misión para prestar sus servicios a *Colpensiones* por el término de la obra o labor contratada, los cuales fueron autónomos e independientes entre sí; precisó que la administradora pensional estaba facultada para asignarle funciones a la demandante en virtud del poder de subordinación que se le delegó.

Dejó de presente que la relación laboral con la demandante terminó por causas lícitas, y que esta última no es objeto de protección constitucional.

Propuso las excepciones de prescripción, pago, compensación, inexistencia de las obligaciones y derechos pretendidos y la genérica.

II.- SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el 16 de julio de 2019, absolvió a las demandadas de todas y cada una de las pretensiones formuladas en su contra.

Concluyó que, en atención al Auto No. 110 de 2013 emitido por la Corte Constitucional, y las decisiones que con posterioridad profirió la Alta Corporación relacionadas con el cumplimiento de metas para la resolución de asuntos del RPM con prestación definida, se demostró que en *Colpensiones* se presentó una situación que conllevó a un crecimiento en las labores que debía realizar, dentro de estas, las efectuadas por la demandante, como lo fue la inclusión en nómina y pago efectivo de prestaciones económicas, actividades que se acompañan con los contratos de servicios suscritos entre la entidad y *Activos S.A.*, y a su vez los celebrados entre esta última y la demandante.



Que por tal razón, en inicio se podría pensar que se superó el término de contratación de la actora por intermedio de la Empresas de Servicios Temporales *Activos S.A.* según los términos de la Ley 50 de 1990, ya que su vinculación tuvo como extremo inicial el 1º de abril de 2015 y finalizó el 31 de enero de 2017; pero a pesar de ello, no se logró probar en forma precisa, en qué dependencias o cuáles fueron específicamente las funciones que realizó, lo que conduce a que no se evidencie que la señora *Espejo Molano* hubiese estado en la misma actividad de su cargo, por lo que a su juicio no se presentó un despido sin justa causa, ni mucho menos una solidaridad entre *Activos S.A.* y *Colpensiones*.

Seguidamente, en lo que respecta a la condición de pre pensionada, consideró que teniendo en cuenta los requisitos pensionales regulados en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9º de la Ley 797 de 2003, para la fecha de la finalización del contrato de trabajo, esto es, 31 de enero de 2017, la actora ya contaba con más de 1.886 semanas cotizadas, de lo que se advierte que ostentaba el número mínimo de semanas regulados en la Ley para la adquisición de su derecho pensional, por lo que a la luz de la Sentencia SU003 de 2018, la edad no incide para que se le deba amparar el fuero de estabilidad laboral reforzada de pre pensionable pues el mismo se puede cumplir con o sin vinculación laboral vigente; circunstancia por la cual, el finiquito del contrato no puede entenderse favorable para la adquisición de esta figura.

III.- RECURSO DE APELACIÓN

No se presentó recurso de apelación por la parte demandante, por lo que el presente asunto se estudiará en el grado jurisdiccional de consulta de conformidad con lo establecido en el artículo 69 del C.P.T y de la S.S.

IV.- ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Activos S.A. expuso que el contrato de trabajo con la demandante culminó en legal forma, ya que este acontecimiento se dio con ocasión a la finalización de la obra o labor contratada que tenía como trabajadora en misión ante *Colpensiones*. En lo que concierne a la calidad de pre pensionada, dijo que esta figura no operaba para el especialísimo caso de la actora a la luz de la sentencia SU-003 de 2018, pues cuando su relación laboral finalizó, ya contaba con el número de semanas, adicional a que su pensión fue reconocida por *Colpensiones* el día 6 de marzo de 2018.



Colpensiones mencionó que, la demandante estuvo vinculada en misión a través de *Coltempora S.A.* y *Activos S.A.* desde el 17 de diciembre de 2014 hasta el 31 de enero de 2017, y que su contrato de trabajo se terminó en forma unilateral y sin justa causa, ya no que tenía la calidad de pre pensionada.

V.- CONSIDERACIONES:

5.1 PROBLEMA JURÍDICO

Para abordar el asunto de la referencia, es preciso indicar que la pretensión principal de la demanda, se encuentra encaminada a que se reintegre a la señora *Clara Inés Espejo Molano* al cargo que venía desempeñando o uno de similares condiciones al momento de la terminación del contrato de trabajo, con el respectivo pago de sus salarios y demás acreencias laborales a las que dice tener derecho, por encontrarse cobijada bajo la figura de la Estabilidad Laboral Reforzada de *pre pensionada*, así como que se declare responsable solidariamente a *Colpensiones* de todas sus solicitudes.

Por tal razón, la Sala abordará como primer problema jurídico si la terminación de la relación laboral de la demandante sucedió con ocasión a un despido injusto al encontrarse amparada bajo la figura de Estabilidad Laboral Reforzada *pre pensionada*. De prosperar dicho aspecto, este ente abordará lo concerniente a la solidaridad que pretende la actora frente a *Colpensiones*.

5.2 DEL CASO EN CONCRETO:

Sea lo primero indicar que, dentro del presente asunto, no es objeto de reproche que la demandante fue trabajadora en misión de *Colpensiones* a través de las Empresas de Servicios Temporales *Coltempora S.A.* y *Activos S.A.*, por medio de diferentes contratos de trabajo de la siguiente manera: (i) Con *Coltempora S.A.*, por el periodo comprendido entre el 17 de diciembre de 2014 y el 31 de marzo de 2015, en el cargo de *Profesional I*, y un salario de \$3.262.080, según da fe el contrato de trabajo y la certificación laboral obrantes a folios 2 a 5 y 357; (ii) Con *Activos S.A.*, por el periodo comprendido entre el 1º de abril de 2015 y el 30 de enero de 2016, en el cargo de *Profesional I*, con una asignación salarial mensual de \$3.644.212, como se aprecia del contrato de trabajo y la certificación laboral visibles a folios 6 a 8 y 359; y (iii) Con *Activos S.A.*, por el periodo comprendido entre el 1º de febrero de 2016 y el 31 de enero de 2017, como lo advierte el contrato de trabajo y la respectiva certificación visibles a folios 13 y 358.



Así las cosas, es palmario que su último empleador fue la Empresa de Servicios Temporales *Activos S.A.*, cuyos extremos fueron desde el 1º de abril de 2015 hasta el 31 de enero de 2017, con ocasión a la suscripción de dos contratos de trabajo para desempeñarse como trabajadora en misión de la administradora pensional.

También se aprecia que la terminación de este vínculo se sustentó por parte de *Activos S.A.*, en el hecho de que se había extinguido el contrato No. 5 de 2016, de suministro de personal que se suscribió con *Colpensiones*, prueba de ello es la carta de culminación del contrato de trabajo que la temporal le comunicó a la señora *Espejo Molano* visible a folio 15 del paginario, la cual no fue tachada de falsa por ninguna de las partes.

Tampoco fue objeto de reproche que entre *Colpensiones* y las Empresas de Servicios Temporales *Activos S.A.* y *Coltempora S.A.* se suscribieron distintos contratos de trabajo para el suministro de personal (Fls. 158 a 177, 335 a 356).

Los anteriores contratos celebrados por la entidad en distintas fechas para con *Activos S.A.* y *Coltempora S.A.*, en términos generales fueron con el fin de suministrar personal en misión como consecuencia de las órdenes que impartió la Corte Constitucional, principalmente en las disposiciones en los Autos 110 y 320 de 2013, y 130 y 259 de 2014 con el siguiente objeto:

“Suministrar a la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES, trabajadores en misión en el número, con las calidades y los requerimientos específicos exigidos con la misma, para entender el alto volumen de la demanda del servicio y de operaciones en la Administración del Régimen de Prima Media y labores ocasionales, accidentales o transitorias, reemplazar personal en vacaciones, en licencia por solicitud propia, incapacidad por enfermedad o licencia de maternidad, en jornada de tiempo completo, por turnos de ser necesario y de manera exclusiva, en las dependencias de COLPENSIONES.”

Estas contrataciones se hicieron atendiendo la facultad legal que reviste a la entidad en atención de lo establecido en el artículo 77 de la Ley 50 de 1990.

Así las cosas, al encontrarse justificada la contratación en misión del personal por intermedio de empresas temporales, como fue el caso de la demandante, en atención de las diferentes órdenes del Alto Tribunal Constitucional, a la entidad se le evaluó progresivamente el cumplimiento de metas a fin de descongestionar el represamiento de solicitudes y demás derechos que giraban en torno al Régimen de Prima Media con Prestación Definida; de ahí que, *Colpensiones* tuviese que efectuar distintos contratos de servicios para adquirir el personal en misión.



En este aspecto, a la demandante *Activos S.A.*, como ya se enunció, le finiquitó su relación laboral bajo el entendido que el Contrato No. 005 del 28 de enero de 2016 que suscribió con *Colpensiones* culminó el 31 de enero de 2017, prueba de ello es dicho contrato, junto con los demás otro sí de prórrogas hasta la calenda referida (Fls. 335 a 356). Este contrato comercial, en su cláusula *Segunda* determinó una contratación de 1.950 empleados en misión y a su vez estipuló la reducción de estos trabajadores en forma progresiva, cuando se fueran efectivizando las metas señalas por la Corte Constitucional (Fls. 335 vuelto y 336).

Partiendo de este supuesto, una vez revisado en forma minuciosa el contrato de servicios No. 005 de 2016, en especial su Otro sí No. 4 (Fls. 354 a 356), se aprecia que su última prórroga de ejecución fue hasta el día 31 de enero de 2017.

Nótese que sobre este punto, la demandante adujo en su interrogatorio de parte que después de finalizado el vínculo comercial entre *Activos S.A.* y *Colpensiones*, la entidad realizó uno nuevo con la Empresa de Servicios Temporales *Serdan*, y algunos compañeros con los que había laborado se les mantuvo su contratación, supuesto que no fue demostrado dentro del plenario, ya que no obra prueba que enrostre contrataciones comerciales entre *Colpensiones* y otras temporales; circunstancia por la cual, era evidente que al no existir más el contrato de suministro de personal, debía finalizarse el contrato de trabajo, máxime si el objeto del mismo estaba condicionado a esta situación.

Por estos aspectos, encuentra la Sala que la terminación de la relación laboral entre *Activos S.A.* y *Colpensiones* fue lícita, y sin ninguna anomalía diferente a la terminación del contrato comercial No. 005 de 2016.

De la Estabilidad Laboral Reforzada de pre pensionada:

El punto principal de la demanda interpuesta por la actora fue que no se le respetó su estabilidad de pre pensionada, por cuanto le faltaba un año para adquirir su edad de pensión.

De las pruebas arrimadas al expediente, en especial el reporte de semanas allegado por la misma demandante (Fls. 32 a 33), y la Resolución SUB 63039 del 6 de marzo de 2018, última que da fe que *Colpensiones* reconoció la pensión a la actora a partir del 1º de febrero de 2018 (Fls. 745 a 748), se constata que se presentaron dos aspectos relevantes al momento de la terminación del contrato de trabajo: (i) que al



haber nacido la actora el 1º de febrero de 1961, cuando culminó el contrato con *Activos S.A.* tenía 55 años de edad, y (ii) a la terminación del vínculo contaba con 1.866 semanas cotizadas.

Teniendo en cuenta lo anterior, la Corte Constitucional en Sentencia SU 003 de 2018, consagró las reglas a tener en cuenta para amparar el derecho a la Estabilidad Laboral de pre pensionados, indicando lo siguiente:

“La resolución del segundo problema jurídico sustancial, a que se hizo referencia en el numeral 2 supra, supone, como seguidamente se precisa, unificar la jurisprudencia constitucional en cuanto alcance del fuero de estabilidad laboral reforzada de prepensionable. Para tales efectos, debe la Sala Plena determinar si 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, puede considerarse que la persona en esta situación es beneficiaria de dicha garantía de estabilidad laboral reforzada.

*“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.*

“60. Conforme a los pronunciamientos de las distintas Salas de Revisión de esta Corte, la figura de la “prepensión” es diferente a la del denominado “retén social”, figura de origen legal, que opera en el contexto de la renovación, reestructuración o liquidación de entidades públicas. La “prepensión”, según la jurisprudencia de unificación de esta Corte, se ha entendido en los siguientes términos:

“[...] 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].

“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.

“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.

“Igualmente, tal como lo ha considerado esta Corte, en especial en relación con los cargos de libre nombramiento y remoción, en aquellos supuestos en los que solo resta el requisito de edad (dado que se acredita el número de semanas de cotización o el tiempo de servicio, en el caso del Régimen de Prima Media con Prestación Definida), no se ha considerado que la persona sea titular de la garantía de “prepensión”, en la medida en que la consolidación del derecho pensional no está sujeta a la realización de cotizaciones adicionales al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones^[57].

“En consecuencia, cuando el único requisito faltante para acceder a la pensión de vejez es el de la edad, dado que se acredita el cumplimiento del número mínimo de semanas de cotización, en caso de desvinculación, no se frustra el acceso a la pensión de vejez, de allí que no haya lugar a considerar que la persona sea beneficiaria del fuero de estabilidad laboral reforzada de prepensionable, dado que el requisito faltante, relativo a la edad, puede ser cumplido de manera posterior, con o sin vinculación laboral vigente.

Atendiendo los postulados jurisprudenciales transcritos, puede concluir esta Colegiatura que, a la demandante no le asiste el derecho para entender que su despido fue injusto como consecuencia de su condición de pre pensionada, ya que cuando su vínculo contractual feneció, contaba con un cúmulo de semanas de 1.866, tiempo suficiente para acceder a su prestación a la luz de la Ley 797 de 2003, y el hecho de que no haya tenido el requisito de la edad a la terminación del contrato, no frustra el acceso a la pensión toda vez que esta se puede adquirir con o sin vinculación laboral vigente, tanto así, que a la demandante durante el trámite procesal en primera instancia se le reconoció la pensión de vejez a partir del 1º de febrero de 2018.

Así las cosas, en razón a que no fue próspero el despido injusto alegado por la demandante, la Sala no abordará el tema de la solidaridad con *Colpensiones*, recalcando que esta última figura fue la única pretensión que se encaminó en contra de la administradora pensional. Por todo lo dicho, la decisión de primer grado se confirmará.

SIN COSTAS en esta instancia por considerar que no se causaron.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,



RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 16 de julio de 2019, por el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá dentro del proceso de la referencia, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
Sala de Decisión Laboral

Proceso Ordinario Laboral No. 1100131050 **38 2017 00645 01**
Demandante: UNIÓN NACIONAL DE EMPLEADOS BANCARIOS
UNEB
Demandado: BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA
COLOMBIA S.A.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., treinta (30) de julio de dos mil veinte (2020).

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación elevado por la parte actora en contra de la sentencia proferida el 21 de junio de 2019 por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá.

I.- ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La *Unión Nacional de Empleados Bancarios*, en adelante *UNEB*, presentó demanda ordinaria laboral en contra del *Banco Bilbao Vizcaya Argentaria Colombia S.A.*, al que se hará referencia como *BBVA*, para que se declare la vigencia del artículo 8° de la Convención Colectiva de Trabajo suscrita el 28 de abril de 2006 y en consecuencia se condene al reconocimiento de los permisos sindicales.

Igualmente, a modo de resarcir los perjuicios, se condene a la entidad bancaria demandada al reconocimiento de un permiso permanente adicional a los ya pactados, conmutable con 30 días hábiles mensuales, junto con el pago de las costas procesales y las condenas *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

En respaldo de sus pretensiones expuso que se suscribieron diversas Convenciones Colectivas de Trabajo con el Banco *Granahorrar*, siendo la última de estas el 27 de abril de 2006 y en punto de su fusión con el *BBVA*, se decidió prorrogar anticipadamente dicha Convención, entre ello lo atinente a los permisos sindicales.



Que el 28 de abril de 2006 el *Banco Granahorrar* y *BBVA* se fusionaron, adquiriendo esta última como absorbente de todos los derechos y obligaciones de la entidad disuelta.

Que el 5 de diciembre de 2007 se suscribió una nueva Convención Colectiva de Trabajo entre el *BBVA* y varias organizaciones sindicales, entre ellas la *UNEB*, sin que se renegara lo atinente a los permisos sindicales, pues incluso se pactó que lo que no haya sido superado o modificado, se entendería vigente. No obstante, desde el 2007 el banco demandado ha venido desconociendo a la *UNEB* los permisos sindicales pactados en el artículo 8º de la Convención Colectiva de Trabajo suscrita el 27 de abril de 2006, aunque se ha exigido el respeto de las obligaciones adquiridas con la referida fusión, viéndose así afectados, por cuanto con los permisos que se tienen no se logra cubrir la totalidad de oficinas, como tampoco la plantilla de personal, desatendiéndose a la base social, realizándose además de forma parcial las tareas programadas, pues para ello se hace necesario contar con más permisos de los que se están concediendo.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

BBVA se opuso a la prosperidad de las pretensiones, pues indicó que los permisos vigentes son aquellos pactados en la Convención Colectiva de Trabajo celebrada con el *BBVA*, esto es, la del 5 de diciembre de 2007, lo cual se le ha explicado en varias oportunidades a la *UNEB*, pues con dicha Convención se derogó tácitamente el beneficio sindical por acuerdo entre las partes establecido en el artículo 8º de la Convención Colectiva de Trabajo suscrita el 27 de abril de 2006 suscrita en su momento con *Granahorrar*.

Aclaró que, en las negociaciones posteriores a la fusión no se ha renegociado lo atinente a permisos sindicales, por lo que mediante sentencia judicial no se puede pretender la omisión de las etapas de la negociación colectiva. En todo caso, manifestó que en la convención no vigente se pactaron permisos para los trabajadores sindicalizados de *Granahorrar*, deviniéndose la imposibilidad de conceder aquello.

Formuló las excepciones de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido y prescripción.

II.- SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:



El Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el 21 de junio de 2019, absolvió al extremo demandado de las pretensiones formuladas en su contra.

Para arribar a la anterior conclusión, indicó qué conforme a la jurisprudencia de la Corte Constitucional y la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, si bien en una empresa pueden coexistir varias Convenciones Colectivas de Trabajo por cuanto puede haber pluralidad de sindicatos, el trabajador deberá elegir de cuál se beneficia, pues solo puede auxiliarse de una.

Dijo que, si bien en el presente caso, no se trata de varios sindicatos, por cuanto la misma organización sindical, es decir, la aquí demandante como sindicato de industria hizo una negociación con el *BBVA* y otra con el *Banco Granahorrar*, al fusionarse coexistieron dos Convenciones Colectivas de Trabajo, teniendo que respetarse los beneficios de la segunda entidad bancaria y por tanto, del artículo de que se reclama su vigencia, pues este está condicionado a los trabajadores del *Banco Granahorrar*.

Sin embargo, conforme con las pruebas recaudadas, en la actualidad no se hace discriminación alguna frente a los trabajadores que venían de vieja data trabajando para el *Banco BBVA* y los que en punto de la fusión estaban trabajando para el *Banco Granahorrar* en su entonces, pues incluso las negociaciones colectivas dadas con posterioridad han sido en nombre de la primera entidad bancaria.

Es así que, ante la pluralidad de Convenciones Colectivas de Trabajo, los otrora trabajadores del *Banco Granahorrar* tendrían que elegir de qué convención se quieren beneficiar, por los efectos de la fusión y, en consecuencia, no habría lugar a acceder a lo pretendido, pues solo en esta situación les es aplicable el artículo 8° de la CCT de 2006 celebrada entre *UNEB* y el *Banco Granahorrar*.

III.- RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior decisión, la parte demandante la apeló, pues consideró que se tuvo por probado que la *UNEB* con lo solicitado, está acudiendo a una figura conveniente de acceder a textos convencionales diferentes de dos convenciones, desconociéndose con ello que quedó demostrado, que a la fecha existe solo una Convención Colectiva de Trabajo, y en el 2007, que se suscribió la Convención que regía para los años 2008 y 2009, que integró dentro del punto llamado normas más favorables, los cuerpos normativos vigentes para esa fecha.



Por otro lado, indicó que resulta diáfano que no es viable acceder a dos cuerpos normativos diferentes, pero como se indicó en precedencia, a juicio del apelante, no existen dos cuerpos normativos vigentes, y en punto de ello, solicitó revocar la sentencia primigenia.

IV.- ALEGATOS DE CONCLUSIÓN:

La parte demandada presentó alegatos de conclusión, donde expuso que la Convención Colectiva de Trabajo suscrita en el mes de diciembre de 2007, con vigencia 2008 y 2009, tuvo la virtualidad de derogar cualquier acuerdo anterior entre la *UNEB* y el Banco Granahorrar. Que, si bien es legal la pluralidad de acuerdos colectivos, esto no implica que una misma organización sindical pueda ser parte de varios de estos.

Que al haber sido parte la *UNEB* de las Convenciones Colectivas celebradas con el Banco BBVA, con posterioridad a la fusión y habiéndose absorbido por el extinto Banco Granahorrar, se derogó la Convención entre *UNEB* y Granahorrar antes de la fusión, por lo que ésta última expiró el 31 de diciembre de 2007.

Resaltó que lo pretendido por la *UNEB* en el presente asunto, es desconocer sus propios actos y el principio de inescindibilidad, pretendiendo así revivir un extinto acuerdo colectivo.

Por su parte, el Banco *BBVA* al descorrer el traslado resaltó que antes de producirse la absorción entre *Granahorrar* y el *BBVA*, existían sendas Convenciones Colectivas de Trabajo suscritas con la *UNEB*, pero sin desconocer la jurisprudencia constitucional en virtud del paralelismo sindical para proteger los sindicatos minoritarios en el sentido que sea viable la existencia de más de un acuerdo colectivo, la pluralidad de convenciones no implica en modo alguno que una misma organización sindical pueda beneficiarse de varios acuerdos colectivos con el mismo empleador, por lo que, al haber sido parte la *UNEB* de las convenciones celebradas por el *BANCO BBVA COLOMBIA* con posterioridad a la fusión, y habiéndose absorbido por el Banco al extinto Banco *GRANAHORRAR*, es evidente que dichos acuerdos colectivos tuvieron la virtualidad de derogar la convención celebrada entre *UNEB* y *Granahorrar* antes de la fusión, que expiró el 31 de diciembre de 2007.

V.- CONSIDERACIONES:



5.1 PROBLEMA JURÍDICO

Sin avizorar causal que invalide lo actuado, previo agotamiento de la reclamación administrativa y encontrándose reunidos los presupuestos procesales, se definirá si es dable aplicar el artículo 8° de la Convención Colectiva de Trabajo del 27 de abril de 2006 a todos los empleados del *Banco BBVA* afiliados a la *UNEB*, en caso de existir una única Convención Colectiva de Trabajo que regule lo atinente a los permisos sindicales.

5.2 DEL CASO EN CONCRETO:

En el presente asunto, la organización sindical demandante solicita que se declare la vigencia del artículo 8° de la Convención Colectiva de Trabajo celebrada entre esta y el otrora *Banco Granahorrar* el 28 de abril de 2006, y en consecuencia, se ordene al *BBVA*, otorgar a la *UNEB* los permisos allí señalados.

Pues bien, a folios 191 a 218 del paginario se observa el certificado de existencia y representación legal del *BBVA*, en el que se aprecia a folio 193 anverso, que en efecto, el 28 de abril de 2006 este absorbió mediante fusión al Banco Granahorrar, el cual se disolvió sin liquidar.

Ello implicó que, conforme con el artículo 172 del Código de Comercio, el Banco absorbente adquiriera los derechos y obligaciones del Banco disuelto al formalizarse el acuerdo de fusión.

Por otro lado, el artículo del que se pretende la declaratoria de vigencia, se encuentra en la prórroga automática del 27 de abril de 2006 de la Convención Colectiva de Trabajo celebrada entre la *UNEB* y el *Banco Granahorrar*, la cual reposa a folios 20 a 34 del plenario, con el lleno de los requisitos instituidos en el artículo 469 del CST, Convención Colectiva de Trabajo en la que se pactó una vigencia hasta el 31 de diciembre de 2007, como se ve en su artículo quinto.

Sin embargo, el C.S.T. establece en su artículo 478 que, si la Convención Colectiva de Trabajo no es denunciada antes de que se cumpla el término de vencimiento, la misma se entenderá legalmente prorrogada por términos de 6 meses, es decir, la falta de denuncia de la convención extiende indefinidamente, por lapsos de 6 meses y hasta que se denuncie o se suscriba otra convención, los derechos, beneficios y garantías que en ella se consigna. Al respecto dice la norma:



“ARTÍCULO 478. Prórroga automática. A menos que se hayan pactado normas diferentes en la convención colectiva, si dentro de los sesenta (60) días inmediatamente anteriores a la expiración de su término las partes o una de ellas no hubiere hecho manifestación escrita de su expresa voluntad de darla por terminada, la convención se entiende prorrogada por períodos sucesivos de seis (6) en seis (6) meses, que se contarán desde la fecha señalada para su terminación.”

Sin que se aprecie que dicha Convención Colectiva de Trabajo fuera denunciada, ni como lo dijeron las partes, se haya negociado con posterioridad lo pertinente a los permisos sindicales, advirtiéndose en su artículo 8° que se dispuso:

“ARTÍCULO OCTAVO

Permisos sindicales:

- A. PERMISOS PERMANENTES: La EMPRESA reconocerá, durante la vigencia de la convención, dos (2) permisos permanentes a igual número de trabajadores sindicalizados en Granahorrar, que hagan parte de la Junta Directiva Nacional de la UNEB, de la Federación o Confederación a la que se encuentre afiliado al sindicato o del comité de empresa.*
- B. CAPACITACIÓN SINDICAL: La EMPRESA concederá permiso para la asistencia de tres (3) cursos sindicales al año, con una duración máximo de cinco (5) días por curso, y a los que podrá asistir un número máximo de tres (3) trabajadores sindicalizados en Granahorrar por curso.*
- C. CONGRESO NACIONAL: La EMPRESA concederá en el año, un (1) permiso a un trabajador sindicalizado en Granahorrar, para asistir al Congreso Nacional anual, ordinario o extraordinario de la UNEB, y a un permiso adicional para otro funcionario, también sindicalizado en Granahorrar, por cada cincuenta (50) trabajadores afiliados al Sindicato en Granahorrar”*

(.....)

No obstante, en punto de la ya referida fusión, se tiene que la *UNEB* al ser una organización sindical de primer grado, no solo intervino en la precitada Convención Colectiva de Trabajo, sino que lo hizo en diferentes entidades del sector financiero, como lo indicó en el hecho segundo del libelo inicial, entre ellos con el Banco BBVA, con quien pactó en la CCT de 1994-1995 lo pertinente a permisos sindicales, como se observa a folio 436 del expediente, en donde se estipularon 4 días de permisos sindicales permanentes para los miembros de la *UNEB* y 138 días hábiles al mes no acumulables, permitiéndose conmutar un permiso de los 4 referidos, por 30 días hábiles.

Es así que, contrario a lo indicado en la alzada, sí existen dos Convenciones Colectivas Trabajo que regulan la materia de lo que se pretende, esto es, respecto de los permisos sindicales, pues aunque ciertamente cada una de ellas fue celebrada con una entidad Bancaria diferente en su momento, desde el 28 de abril de 2006 estas se fusionaron, convirtiéndose así en una sola y en consecuencia, los 1979 trabajadores



del *Banco Granahorrar*, pasaron a formar parte de la planta de personal del Banco *BBVA*, como lo indicó el Representante Legal de este último en su interrogatorio de parte, y como lo dijo el señor *Manuel María Beltrán Fandiño*, dirigente sindical, y la señora *Inés Marcela González Ruíz* abogada del área de Talento y Cultura de la demandada, pero a pesar de esto, es palmario que la Convención Colectiva de Trabajo objeto de reproche, únicamente aplicaba para los empleados del antiguo *Granahorrar*.

En punto de lo anterior, si bien se ha admitido que al interior de una empresa es posible la pluralidad de organismos sindicales, la multifiliación sindical, y la existencia de varias Convenciones Colectivas de Trabajo, frente a esto último, el trabajador sólo puede beneficiarse de una de aquellas, por ende, es su deber escoger la que más le convenga a sus intereses, y esta se les aplicará íntegramente, como lo ha sostenido la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras en sentencias SL8693-2014, Radicación No. 269073 del 26 de febrero de 2014, SL4458-2018, Radicación No. 646238 del 3 de octubre de 2018, SL3430-2018, Radicación 641015 del 9 de agosto de 2018, SL1740-2019, Radicación 667839 del 8 de mayo de 2019 y SL3047-2019, Radicación 678799 del 6 de agosto de 2019, última en la que se dijo:

“Recuérdese, en este aspecto, que esta sala de la Corte ha enseñado en numerosas oportunidades que si bien es cierto en el interior de una misma empresa pueden existir múltiples convenciones colectivas, en función de las varias organizaciones sindicales que hagan presencia en ella, el trabajador solo puede hacerse beneficiario de una de ellas, en su integridad y sin acudir a maniobras de escisión de beneficios y reglas, de forma tal que no puede recrear una nueva convención colectiva, de acuerdo con sus particulares intereses y necesidades. (Ver CSJ SL8693-2014, CSJ SL4458-2018, CSJ SL3430-2018, CSJ SL1740-2019).”.

No obstante, advierte el Despacho que se presenta una situación *sui generis* en el presente asunto, pues las dos Convenciones Colectivas de Trabajo que regulan la temática de permisos sindicales discutidos, fueron celebradas con la misma organización sindical, por lo que es deber del trabajador escoger la que más le convenga a sus intereses, sin que el artículo 8° en referencia, pueda aplicarse indiscriminadamente a todos los trabajadores del *BBVA* que pertenezcan a la *UNEB*.

En este sentido, como ello era el único argumento de apelación presentado por el recurrente, al determinarse que en efecto existe una pluralidad de Convenciones Colectivas de Trabajo que regulan el tema de permisos sindicales, se confirmará la decisión objeto de censura. **SIN COSTAS** en esta instancia, por cuanto no se causaron.



TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL

DECISIÓN:

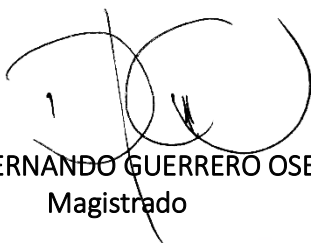
En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 21 de junio de 2019 por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso de la referencia, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
Sala de Decisión Laboral

Proceso Ordinario Laboral No. 1100131050 24 2017 00709 01
Demandante: PAOLA CAROLINA BOHÓRQUEZ MAHECHA
Demandado: ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES
Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., treinta (30) de julio de dos mil veinte (2020)

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación de la parte actora, en contra de la sentencia proferida el 15 de julio de 2019 por el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá.

I.- ANTECEDENTES

1.1 DE LA DEMANDA

La señora *Paola Carolina Bohórquez Mahecha*, presentó demanda ordinaria laboral en contra de la *Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A.*, a fin de declarar que el contrato de trabajo que los unió fue terminado por la demandada de manera unilateral y sin justa causa el 25 de abril de 2017, al habersele pretermitido la garantía del artículo 4º de la Convención Colectiva de Trabajo “*no represalias*” de la Convención Colectiva 2016-2018.

En virtud de ello, se ratifique el fallo transitorio de tutela emitido por el Juzgado Treinta y Tres Civil del Circuito de Bogotá, y se le reintegre al cargo que venía desempeñando al momento de ser desvinculada, junto con el pago de todas las acreencias laborales a las que dice tener derecho.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Adujo que el 17 de febrero de 2007 ingresó a trabajar al servicio de la demandada, a través de un contrato de trabajo a término indefinido, desempeñando el cargo de ejecutiva de ventas en esta ciudad, con un último salario de \$1.066.967.



Que desde el 21 de abril de 2008 se encontraba afiliada al *Sindicato Unión Nacional de Empleados Bancarios – UNEB*, y el 27 de noviembre de 2012 fue nombrada por la Junta Directiva en la Comisión de Reclamos ante la demandada, decisión que se le notificó a esta última en la misma calenda; luego, en el mes de octubre de 2016 fue designada como integrante de la Comisión Negociadora del pliego de peticiones, negociación que culminó el 1º de diciembre de 2016 con la firma de la Convención Colectiva 2016-2018.

En dicha Convención, en su cláusula No. 4 se dispuso no ejercer represalias contra los miembros de la comisión negociadora que hubiesen intervenido directa o indirectamente en la negociación, no obstante, el 25 de abril de 2017 fue despedida sin justa causa a pesar que su cargo siguió existiendo en planta, por lo que el 26 de mayo de 2017 interpuso acción de tutela y en fallo de segunda instancia se dispuso reintegrarla transitoriamente a su cargo junto con el pago de las acreencias laborales.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La *Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A.*, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, bajo el entendido que a la actora se le despidió con justa causa conforme lo dispone el C.S.T., por cuanto no cumplió con las metas que el cargo ejercía durante los últimos 4 años.

En lo que tiene que ver con el fallo de tutela, se le amparó un derecho colectivo del que la actora no gozaba, como quiera que no era merecedora de ningún fuero, por lo que la decisión judicial carece de sustento jurídico, a pesar de esto, la demandante se encuentra vinculada desempeñando el cargo de Asesor de Negocios institucionales.

Formuló las excepciones de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido y prescripción.

II.- SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Décimo Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el 15 de julio de 2019, absolvió a la demandada de las pretensiones formuladas en su contra.

Para arribar a dicha conclusión, en primer lugar destacó que se logró demostrar que entre las partes existió un contrato de trabajo por el periodo comprendido entre el 17 de septiembre de 2007 y el 25 de abril de 2017, en el que la demandante



desempeñó el cargo de Asesora de Negocios institucionales Pyme, con un último salario mensual equivalente a \$1.066.967, al igual que, con ocasión al fallo de tutela emitido por el Juzgado Treinta y Tres Civil del Circuito de Bogotá, la demandada reintegró a la actora a partir del 31 de julio de 2017, reconociéndole y pagándole los derechos dispuestos en la orden constitucional.

Adujo que en atención de la cláusula cuarta de la Convención Colectiva de Trabajo suscrita entre la *UNEB* y la demandada, el empleador no acató el compromiso allí adquirido, puesto que aún, a sabiendas que la actora era integrante de la comisión negociadora y quien asistió a las diferentes etapas de arreglo directo y suscripción de la misma, como así quedó acreditado dentro del proceso, pasados tres meses decidió terminarle el contrato de trabajo sin mediar justificación plausible alguna en su despido; máxime, si la demandada tuvo como argumento que el despido se dio con ocasión de la falta de rendimiento de la actora en su cargo, aspecto que no se justificó en la carta de terminación del contrato de trabajo, lo que va en contravía de lo regulado en los artículos 62 y 66 del C.S.T.

Que, aunque es un hecho reprochable de *Protección S.A.* haber terminado el contrato con la actora luego de la negociación colectiva a pesar de la existencia de la cláusula cuarta, la consecuencia de dicha cláusula no envuelve a las partes en un condicionamiento de reintegro, sino que lo que allí se estipuló fueron las sanciones previstas por la ley, por lo que esta última consecuencia fue la que debió aplicarse al momento del despido.

Por último, indicó que la actora no gozó del fuero circunstancial establecido en el Decreto 2351 de 1965, toda vez que para el momento del despido, ya se había acabado la etapa de arreglo directo de la Convención Colectiva de Trabajo, como tampoco del fuero sindical regulado en C.S.T. ni uno de similares condiciones desarrollado jurisprudencialmente, circunstancias todas que condujeron a la *a-quo*, absolver a la demandada.

III.- RECURSO DE APELACIÓN:

La parte demandante inconforme con la decisión la apeló, arguyendo que el criterio jurisprudencial emanado por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia contiene unos pronunciamientos retardatarios frente al contexto actual del derecho de asociación, pues si bien, la cláusula cuarta de la Convención Colectiva de Trabajo no establece como tal un fuero expresamente consagrado por estarse atada a aspectos legales, la jurisprudencia de la Corte Constitucional sí determina un bloque de



constitucionalidad para amparar el derecho solicitado por el actor y que por demás es de obligatorio cumplimiento, por lo que debió acogerse la postura de la última Corporación mencionada como así lo hizo el Juez de tutela cuando concedió el amparo transitorio.

Expuso que el fallo de primer grado es contradictorio, ya que, a pesar que adujo que la actora fue despedida desconociéndole la condición que había tenido como representante de los trabajadores en la negociación colectiva y sin que se haya argumentado los motivos del finiquito, lo lógico era que se hubiese resguardado su amparo atendiendo lo regulado en los artículos 39 y 93 de la Carta Política, los Convenios Internacionales 87, 98, y las cartas que ha firmado el Estado con la *OIT*, entre ellas la del 2 de junio de 1971 la cual se reitera en la sentencia T-285 de 2006.

IV.- ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La demandada manifestó que el contrato de trabajo con la demandante finalizó con justa causa de acuerdo a los parámetros establecidos en el artículo 64 del C.S.T., como consecuencia de la falta de cumplimiento de metas que debía cumplir en su cargo, pero a pesar de eso, a la actora se le integró a su cargo atendiendo la orden constitucional emanada por el Juzgado Treinta y Tres Civil del Circuito de Bogotá.

Que por tal razón, el despido efectuado en nada incidió con la condición de sindicalizada que tenía la actora, sumado al hecho que ésta última al momento del finiquito no gozaba de fuero sindical que regula el C.S.T.

Frente a la cláusula establecida en el artículo cuarto de la Convención Colectiva de Trabajo, aquella no establece en ninguno de sus escenarios un reintegro, por lo que resulta improcedente que a la demandante se le integre nuevamente a su cargo.

V.- CONSIDERACIONES:

5.1 PROBLEMA JURÍDICO:

Deberá establecerse si es procedente el reintegro de la demandante, en virtud a que al momento del despido por la demandada, no se tuvo en cuenta la cláusula cuarta convencional, que suscribió esta última con la *UNEB* para la vigencia 2016-2018.

5.2 DEL CASO EN CONCRETO:



Sea lo primero indicar, y como así quedó asentado por la falladora de instancia, que entre las partes se suscribió un contrato de trabajo por el periodo comprendido entre el 17 de septiembre de 2007 y el 25 de abril de 2017, en virtud del cual demandante desempeñó como último cargo el de Asesora de Negocios Institucionales PYME, prueba de ello se corrobora del contrato de trabajo, la carta de terminación del vínculo expedido por la pasiva, y la certificación laboral también expedida por esta última (Fls. 21 a 24, 53 y 54).

De otra parte, tampoco es objeto de discusión que luego que a la demandante, señora *Paola Calorina Bohórquez Mahecha*, se le finiquitara su contrato de trabajo, interpuso acción de tutela por la vulneración de sus derechos fundamentales al debido proceso, asociación y libertad sindical, trabajo, mínimo vital y móvil, la cual se decidió por parte del Juzgado Treinta y Tres Civil del Circuito de Bogotá, quien amparó de manera transitoria los derechos deprecados (Fls. 72 a 77), y en razón de ello, desde el 31 de julio de 2017 se encuentra vinculada laboralmente debido a la orden constitucional.

Ahora, el argumento central que ocupa a la Sala, gira en torno a determinar si la demandante fue despedida sin atender lo establecido en la cláusula cuarta pactada en la convención Colectiva de Trabajo Suscrita entre la organización sindical *Unión Nacional de Empleado – UNEB y Protección S.A.*, de la cual la actora es afiliada como da fe la certificación obrante a folio 25 del plenario.

Sea lo primero indicar que, el derecho de asociación sindical se encuentra resguardado en los artículos 38, 39, 53 y 93 de la Constitución Política, además que dichos preceptos están cobijados en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el artículo 16 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “*Protocolo de San Salvador*”, así como los Convenios 87 y 98 de la Organización Internacional del Trabajo, ratificados por Colombia a través de las leyes 26 y 27 de 1976.

A su vez el Capítulo II del C.S.T., en sus artículos 436 y subsiguientes regula la etapa del arreglo directo y demás disposiciones que regulan la materia, seguido a que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en diferentes decisiones ha regulado lo atinente al análisis e interpretación de las cláusulas convencionales, siendo una de ellas la sentencia SL1899-2018, Radicación No. 47146 del 30 de mayo de 2018 en la que se indicó:



“Sin embargo, recientemente la Sala ha resaltado el valor esencialmente normativo de las convenciones colectivas de trabajo (CSJ SL4934-2017, CSJ SL16811-2017 y CSJ SL351-2018) y ha avanzado en su jurisprudencia para encontrar entendimientos unívocos de determinadas cláusulas que, por su vocación general e impersonal, deben encontrar lecturas racionalmente armónicas, que resguarden el principio de igualdad ante la ley y eviten contradicciones injustificadas. De esta orientación son un ejemplo las sentencias CSJ SL2733-2015, CSJ SL609-2017, CSJ SL2478-2017, CSJ SL6107-2017, CSJ SL839-2018 y CSJ SL526-2018.

“En el marco de la anterior reflexión, la Corte considera preciso insistir en que la solución a los debates interpretativos en torno a dichas cláusulas convencionales depende de cada caso concreto y, por ello, no puede estar guiada bajo una regla general, automática e irreflexiva, sino que debe atender «...las mismas reglas y cánones de interpretación aplicables a cualquier otra norma de trabajo, como, entre otros, el principio de interpretación conforme con la Constitución Política, el indubio pro operario y, por su naturaleza de norma voluntaria, contractual y autoreguladora, el espíritu de las disposiciones y la intención y expectativas de los contratantes, entre otras...» (CSJ SL351-2018)”.

Del plenario se puede constatar respecto de la Convención Colectiva de Trabajo – 2016-2018, suscrita entre la demandada y la UNEB (Fls. 42 a 51), que fue aportada con su respectivo depósito (Fl. 41), de acuerdo a lo establecido en el artículo 469.

Así las cosas, el artículo cuarto de este acuerdo convencional dispone:

“ARTÍCULO 4º: CLÁUSULA DE NO REPRESALIAS: LA ADMISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., no ejercerá represalias de ninguna naturaleza en ningún tiempo, con ocasión de la negociación colectiva, contra los miembros de la comisión negociadora de las organizaciones sindicales o de cualquier trabajador que haya intervenido directa o indirectamente en la negociación. La contravención a esta disposición convencional acarreará como consecuencia las sanciones previstas en la Ley.”

Las disposiciones consagradas en esta cláusula son claras en precisar que el empleador no podrá ejercer represalias de ninguna índole en contra de los miembros de la comisión negociadora que componen las organizaciones sindicales, o de cualquier trabajador que se haya visto inmiscuido directa o indirectamente en la negociación, puntualizando que su incumplimiento atará a la demandada acarrear las sanciones previstas en la ley.

En esta órbita, resulta claro para la Colegiatura que esta cláusula no envuelve como consecuencia de su incumplimiento el reintegro de aquellos trabajadores que hayan sido despedidos, sino que por el contrario, lo que allí se estableció para la empresa, era que de no respetarse sus condiciones habría que adoptarse las medidas legalmente establecidas en la ley por la falta de cumplimiento de la misma.



De ahí que, no se encuentre ninguna congruencia entre el reintegro pretendido y lo allí estipulado, por lo que, atendiendo los parámetros jurisprudenciales que ha adocinado la Sala de Casación Laboral en lo que refiere a la interpretación de las cláusulas convencionales, en el entendido de resguardar el principio de igualdad ante la ley y evitar contradicciones injustificadas, la actora no puede pretender que se le reintegre a su cargo cuando al momento de suscribirse la Convención Colectiva de Trabajo nada se dijo frente a este tópico; circunstancia por la cual, el Juez ordinario no debe extralimitarse en su interpretación armónica, máxime si se tiene en cuenta que como ya se adujo, en lo pactado se determinó de forma clara que cualquier conducta omisiva del empleador debía atenderse bajo las disposiciones contenidas en la ley.

Otro aspecto que resalta la Sala y que comparte con la falladora de instancia, es que si bien la demandada pretendía denotar que a la actora se le había despedido por la falta de productividad en su cargo como así lo expuso el Representante Legal señor *Otto Alejandro Velándia Yepes* en el interrogatorio de parte rendido y los testimonios de *Paola Consuelo Garcés Arcila* – Directora de Relaciones Laborales, y *Jairo Rodríguez Cobo* – Gerente Comercial, su dicho no se acompasa con la realidad procesal, por cuanto de la carta de terminación del contrato de trabajo (Fl. 53), *Protección S.A.* en ningún momento le adujo esta situación, tanto así, que allí quedó consignado que su despido era sin justa causa, siendo cancelada la sanción como se desprende de la liquidación de prestaciones sociales.

Por tal razón, se podría inferir que eventualmente el empleador desatendió el clausulado enmarcado en el artículo 4º de la Convención Colectiva de Trabajo, pero a pesar de dicha falencia, se reitera, no hay lugar al reintegro pretendido ya que esto no fue lo que se acordó en el acuerdo convencional, y como sanción prevista en la Ley, la pasiva cumplió con el pago de la sanción por despido sin justa causa, lo que se acompasa con lo definido en el acuerdo convencional, de ahí que sea resuelto el primer punto de la apelante en forma desfavorable.

Tampoco se advierte que la demandante hubiese estado cobijada bajo un fuero legal conforme lo disponen los artículos 406 y 407 del C.S.T., pues dentro del plenario no hay ninguna prueba que lo acredite, puntualizando que lo único que se avista es que en el año 2012 fue tercera suplente de la Comisión de Reclamos, acontecimiento que no la enmarca bajo esta protección.

También se deja de presente que no es objeto de reproche que la demandante intervino en la negociación colectiva protagonista de este asunto, ello se desprende



del Acta de instalación de la etapa de arreglo directo del 18 de septiembre de 2016 (Fls. 29 a 32), el Acta No. 1 de la etapa de arreglo directo del 19 de octubre de 2016 (Fls. 33 a 36), el Acta de prórroga de la etapa de arreglo directo del 6 de noviembre de 2016 (Fls. 37 a 38), y el Acta de cierre de la etapa de arreglo directo del 11 de noviembre de 2016 (Fls. 39 a 40); pero a pesar de esto, se logra colegir que al momento del despido, no se encontraba cobijada por el fuero regulado en el artículo 25 del Decreto 2351 de 1965, pues su finiquito sucedió el 25 de abril de 2017, calenda posterior a la que se había pactado la Convención Colectiva de Trabajo, toda vez que su depositó ante el Ministerio del Trabajo fue el 21 de diciembre de 2016.

La apelante aduce en su alzada igualmente que a la actora no se le protegieron los derechos consagrados en los artículos 39 y 93 de la Carta Política, los Convenios Internacionales 87, 98, y las cartas que ha firmado el Estado con la *OIT*, entre ellas la del 2 de junio de 1971 la cual se reitera en la sentencia T-285 de 2006.

Su objeción no es de recibo para la Sala, pues atendiendo el criterio que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha mantenido con este tipo de asuntos, precisamente la Alta Corporación hace un análisis profundo en el que puntualiza que es deber del Juez Ordinario hacer una interpretación armónica ajustada a la Ley sobre las cláusulas que se acuerden dentro de una Convención Colectiva de Trabajo, pues de ello es que prima el resguardo al debido proceso y a la igualdad de las partes, y a su vez la protección de los derechos alegados por la apelante, como se analizó en este caso.

Aunado a lo anterior, la actora alude que a la luz de la sentencia T-285 de 2006 el reintegro debe prosperar. Analizada la decisión del Tribunal Constitucional, de una parte se advierte que por tratarse de un asunto *inter partes*, la decisión no es vinculante para este cuerpo Colegiado, y de otra, confrontada la misma se logra evidenciar que la Corte Constitucional insiste del análisis legal que se le debe dar a los tratamientos convencionales: *“De manera que la terminación del contrato de trabajo de un activista sindical, convencionalmente aforado, si no va acompañadas de una causa justa y un procedimiento previo, donde el aludido pueda contradecir alegar y probar a su favor, constituye, en sí misma, medida reprochable de discriminación antisindical”*.

Por lo que no resulta de asidero que se le daba dar una interpretación diferente a la Convención Colectiva de Trabajo, como a la aquí tratada y en tal sentido, la decisión de primer grado se confirmará.



SIN COSTAS en esta instancia por considerar que no se causaron.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 15 de julio de 2019, por el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá dentro del proceso de la referencia, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

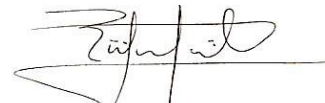
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



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

Ordinario Laboral 1100131050 36 2017 00917 01
Demandantes: EDWIN ALEXANDER ACOSTA NAVARRO
Demandado: AMERICAS BUSSINESS PROCESS SERVICES S.A.
Magistrado Ponente: **DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá, D.C., treinta (30) de julio de dos mil veinte (2020).

AUTO

Atendiendo a la sustitución de poder allegada, se reconoce personería adjetiva para actuar al Doctor Diego Alexander Guerrero Orbe, identificado con C.C. No 1.018.426.052 y T.P 222.814 del C.S.J, en calidad de apoderado de la entidad demandada.

OBJETO DE LA AUDIENCIA

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia proferida el 26 de junio de 2019, proferida por el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá.

I. ANTECEDENTES

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor *Edwin Alexander Acosta Navarro*, formuló demanda ordinaria laboral a fin que se declare que con la sociedad *Americas Business Process Services S.A.* existió un contrato de trabajo desde el 8 de marzo del 2010 hasta el 2 de febrero de 2015, el cual fue terminado unilateralmente por el empleador sin justa causa.

En consecuencia, se condene a la sociedad demandada al pago de la indemnización por terminación unilateral del contrato consagrada en el artículo 64 del CST; el pago de un día de salario por cada día de retraso, a partir del 2 de febrero de 2015 hasta que se efectúe el pago correspondiente, consagrado en el artículo 65 del CST; realizar un aviso en un diario de amplia circulación para solicitar excusas al demandante por la injusta terminación del contrato; la indexación de las sumas



correspondientes y las condenas *ultra y extra petita* que se llegaren a probar dentro del proceso.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Fundó sus pretensiones en que el 8 de marzo de 2010 suscribió un contrato de trabajo a término indefinido con *Americas Business Process Services S.A.*; que desempeñó los cargos de P-Analista I. 8h ETB Grandes Clientes, desde el 8 de marzo de 2010 al 30 de junio de 2011, ingeniero soporte HD Premium S/Martin desde el 1° de junio de 2011 al 31 de agosto de 2012, “*coordinador imple preventa tecnología*” desde el 1° de septiembre de 2012 al 31 de enero de 2014, y como último cargo el de Jefe de datacenter IT desde el 1° de febrero de 2014 al 2 de febrero de 2015, en el que debió desempeñar las funciones estipuladas como específicas en el vínculo laboral; que ejecutó su labor de manera personal bajo la continuada subordinación y dependencia de la demandada a razón de una remuneración, siendo su jefe inmediato al señor *Henry Ramírez* como Gerente de Tecnología.

Señaló que el 8 de enero de 2015, fue citado a diligencia de descargos en la oficina de relaciones laborales de la gerencia de gestión humana quedando como evidencia el acta de descargos; que el 30 de enero de 2015, le fue notificado personalmente la terminación de la relación laboral con justa causa, a partir del 2 de febrero de la misma anualidad, por cuanto se extralimitó de sus funciones asignadas, vulnerando la política de seguridad en la información de la compañía; que de la carta de terminación del contrato se desprenden como motivos que justifican su despido: (i) Que el señor *Heber Andersson Martínez Rodríguez* fue citado a descargos quien adujo que efectivamente estaba cumpliendo una orden de su superior jerárquico la cual consistía en la verificación de la sesión del usuario de la ex colaboradora Ramírez, con el fin de corroborar si la misma se encontraba no bloqueada, (ii) que lo anterior, los llevó afirmar que en el caso hubo una extralimitación de las funciones, por cuanto se observó la vulneración de la política de seguridad de la empresa, (iii) que en el caso concreto no hubo fuga alguna de información, (iv) que por ser el área de datacenter el que debe garantizar y ejecutar la política de seguridad de la compañía, siendo la orden librada por el actor una violación en la política y control de la seguridad de la información, y (iv) que las afirmaciones dadas por el accionante no justifican la conducta deprecada.

Además, indicó que durante la vigencia de la relación laboral no se le realizó llamado de atención o memorando a su hoja de vida por motivos de violar las obligaciones o



prohibiciones suscritas en el contrato de trabajo o reglamento interno de trabajo; que el 27 de abril de 2012 la sociedad demandada le hizo reconocimiento por los resultados satisfactorios de desempeño en la operación de grandes clientes; que el 1° de enero de 2012 se pactó adición al contrato de trabajo, en el que se estipularon los indicadores para la evaluación de desempeño en el cargo que ejecutaba, cumpliéndolos satisfactoriamente; que el 31 de mayo de 2015 a través de correo electrónico interno, la señora *Narda Ladino Martínez*, quien desempeñaba el cargo de analista financiera, le agradeció la colaboración y la pronta respuesta a la solución de los problemas internos de tecnología en la plataforma. Finalmente, que el 6 de febrero de 2015 la demandada le hace entrega de la liquidación del contrato de trabajo.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La sociedad *Americas Bussiness Process Services S.A.*, se opuso a la totalidad de las pretensiones, señalando que es cierta la existencia del contrato de trabajo, el extremo inicial y el último cargo desempeñado; de igual manera se estableció que el resto de los hechos no son ciertos como se narran en la demanda, lo anterior en tanto al demandante se le notificó la terminación del contrato el 2 de febrero de 2015, y del acervo probatorio recabado, se estableció que conocía sus funciones así como que era experto en las actividades que desarrollaba en la empresa.

Refirió que el 2 de enero se dio por terminada la vinculación laboral de la señora *Zoraida Ramírez*, quien mantenía una relación sentimental con el demandante, por lo que el Área de Seguridad de la Información y Control modificó la contraseña de manera preventiva, no obstante, en un informe entregado por AD AUDIT, se puede evidenciar que a las 9:17:20 y 9:17:21 AM, del 2 de enero de 2015, se intentaron dos accesos a la IP que se encontraba asignada, pero debido a que se cambió la contraseña previamente no se pudo acceder, posteriormente se intentó acceder en 23 ocasiones con el usuario de la ex trabajadora, de las 4:21 PM hasta las 6:04 PM con resultado fallido, frente a lo cual el demandante ordenó un acceso no autorizado violando las políticas de seguridad de la información de la empresa.

Que el accionante incurrió en la causal 6° del artículo 62 del CST atinente a *“Cualquier violación grave de las obligaciones o prohibiciones especiales que incumben al trabajador de acuerdo con los artículos 58 y 60 del Código Sustantivo del Trabajo, o cualquier falta grave calificada como tal en pactos o convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos”*; finalmente



refirió que tras la terminación del contrato, se solucionaron las acreencias laborales a las que tenía el derecho el demandante.

Propuso y sustentó las excepciones de mérito que denominó inexistencia de la obligación, inexistencia de derechos por parte de la demandante, prescripción de las acciones, cobro de lo no debido, buena fe, compensación, falta de título y causa, y la genérica.

II.- DECISIÓN:

El 26 de junio de 2019 el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá, absolvió a la sociedad demandada de todas las pretensiones incoadas en su contra. Para arribar a dicha conclusión, consideró la *a-quo* en primer lugar que no existe discusión dentro del proceso el contrato de trabajo a término indefinido, los extremos temporales desde el 8 de marzo de 2010 al 2 de febrero de 2015, el último cargo desempeñado por el actor y la comunicación de la terminación del contrato de trabajo del 30 de enero de 2015, en la que fundamentó la demandada los hechos endilgados y se encasilló la respectiva casual invocada como justa causa de finiquito.

Frente al despido, el Despacho adujo en primer lugar que se encontraban probados los hechos endilgados por la demandada, en tanto eran funciones del cargo desempeñado por el actor, el *“garantizar el cumplimiento de las políticas en seguridad informática de la compañía”* y *“garantizar el control de acceso, la seguridad y operación de los Data center”*, tal como se desprende del manual de funciones que obra a folio 9 y 10 del plenario. Asimismo, del testimonio rendido por el señor *Heber Anderson Martínez*, quien indicó que se le dio la orden de revisar la sesión de un equipo para verificar si estaba o no bloqueada; que la orden se emitió vía telefónica y por fuera del horario de trabajo, lo que no estaba dentro de sus funciones, pero la ejecutó en tanto provenía de su jefe inmediato; igualmente, el demandante en el interrogatorio afirmó que atendiendo el llamado de la trabajadora *Zoraida Martínez*, con la que dijo tenía una relación sentimental, había delegado al señor *Heber Martínez* la labor de verificar si efectivamente la sesión se encontraba bloqueada, que conocía que a la señora *Zoraida Martínez* le habían terminado el contrato de trabajo y que no era empleada, pero esa situación no se la manifestó a su subalterno cuando le dio la orden, corroborándose con el acta de la diligencia de descargos, por lo que donde el accionante aceptó la conducta.



Además, adujo el *a-quo* que no se acreditaron las motivaciones aducidas por el actor para tal proceder, esto es, la llamada de la señora *Zoraida Martínez* al demandante en la que le señaló que tenía problemas para entrar al sistema o equipo; que la mesa de ayuda no hubiera atendido el caso o que no contestaran; y que se le había manifestado que se habían comunicado con la mesa de ayuda o “*services*” pero que no se había obtenido respuesta.

Establecido lo anterior, el Juzgador primigenio consideró que la conducta desplegada por el promotor de la litis se configuró como justa para dar por terminado el contrato de trabajo la consagrada en el numeral 6° del artículo 62 del CST, y en el Reglamento Interno de Trabajo, el cual consagra en el artículo 48 literal j), y en el numeral 1° del artículo 43, como falta grave del trabajador la violación de las obligaciones contractuales y reglamentarias, motivo por el cual absolvió de las pretensiones.

III.- RECURSO DE APELACIÓN:

La parte demandante interpuso recurso de apelación, solicitando se revoque el fallo proferido y se acceda a las pretensiones de la demanda, por cuanto el actor tenía la responsabilidad de garantizar el correcto servicio al cliente interno y externo, y de conformidad con los testimonios rendidos por los señores *Diego Samacá* y *Heber Martínez* la verificación de fallas en la mesa de servicios, cuando no existe personal de mesa, estaba dentro de sus funciones y bajo esa potestad emitió la orden al subalterno de revisar y verificar la sesión del computador que se encontraba bloqueado.

No obstante, dicha solicitud no pudo realizarse directamente por el modo ordinario denominado “*services*” por cuanto su sesión estaba bloqueada, conforme lo manifestó en su interrogatorio, por lo que la señora *Zoraida Martínez* lo solicitó por vía telefónica, situación que es normal dentro de la empresa cuando se presentan fallas en el data center.

Aunado a ello, señaló que los testigos y en la contestación de la demanda, se mencionó que la mesa de ayuda existe para atender esas contingencias dentro de las 24 horas, lo cual está a cargo del accionante; refiere que la terminación del contrato fue una decisión apresurada y sin que mediara una justa causa, pues de conformidad con manifestado por la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL



15094 del año 2015, debe existir una conducta disciplinaria para estas eventualidades y realizar un llamado de atención, mas no iterminar la relación laboral, como lo hizo la entidad demandada.

IV.- ALEGATOS:

Por pasiva en el término conferido, se refirió que del acervo probatorio se logró acreditar la ocurrencia de la justa causa de terminación de contrato de trabajo, así como el pago total de las acreencias laborales, por lo cual solicitó se confirme la decisión de primer grado.

A su turno la parte actora manifestó que fue violentado en sus derechos a la estabilidad laboral reforzada, terminando la relación laboral con justa causa teniendo como prueba única el testimonio de Huber Andersson Martínez, cuando dicha decisión no resulta ajustada a derecho, solicitando se tenga en cuenta lo indicado por la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 25094 del 2015.

V.- CONSIDERACIONES:

5.1 PROBLEMA JURÍDICO A RESOLVER:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si en el *sub-examine* se configuró un despido sin justa causa del trabajador.

5.2 DEL CASO EN CONCRETO:

Inicialmente debe señalarse que el parágrafo único del artículo 7º del Decreto 2351 de 1965, que modificó el artículo 62 del CST, ha establecido que el empleador al momento de dar por terminado unilateralmente el contrato de trabajo, tiene la obligación de endilgar concretamente la causal y el motivo por el cual adopta dicha determinación, sin que con posterioridad pueda indicar causales o motivos diferentes a tal determinación; de igual manera, al trabajador le basta solo con acreditar el hecho del despido.

La anterior postura ha sido expuesta por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL 525 del 2020 Radicación No. 74.363, al señalar:



“Resulta relevante para desatar el recurso, recordar que el empleador, al momento de dar por finalizado el contrato de trabajo, tiene la obligación de aducir concretamente los hechos con fundamento en los cuales adopta su decisión, sin que con posterioridad pueda variar los supuestos fácticos que dieron lugar a tal determinación. Además, se ha puntualizado que le corresponde al Juez laboral, verificar la ocurrencia de las situaciones fácticas y determinar si los mismos constituyen justa causa para dar por rescindir el vínculo, de acuerdo a las causales previstas para el efecto en la ley, en el contrato de trabajo, en el reglamento interno de trabajo, en la convención colectiva o en cualquier otra disposición que regulen la relación laboral.”

“Se ha decantado por la Corporación, que lo principal en estos casos es que el trabajador tenga certeza acerca de los motivos por los cuales el demandado decide terminar el contrato de trabajo, de ahí que, inclusive, ha considerado viable que el fallador los enmarque en un numeral o causal diferente.”

Aunado a ello, esa misma Corporación en sentencia SL 578 de 2020, Radicación No. 72.255 del 19 de febrero de 2020, ha establecido:

“Se debe reiterar por esta Sala que la prueba del despido está a cargo del trabajador, y una vez este se acredite, incumbe al empleador probar la justeza del mismo, de manera que tal circunstancia no ocurre, se entenderá que dicha decisión fue sin justa causa y deberá asumir la indemnización que se contemple en la ley, la convención colectiva, el contrato de trabajo o en cualquier otro documento que regule la relación laboral entre las partes.”

Descendiendo al caso objeto de alzada, se observa que por activa se acreditó el hecho del despido, al aportarse la misiva de terminación del contrato de trabajo con justa causa (Fls. 28 a 34), en la cual se refirió:

“De manera concreta, nos referimos a la situación presentada el pasado viernes dos (2) de enero de 2015 en horas (sic), fecha en la cual fue sorprendido el señor Heber Anderson Martínez Rodríguez, Operador de Datacenter y colaborador bajo su cargo, “manipulando” el computador de la hoy extrabajadora Zoraida Ramírez, quien laboró hasta esa fecha en la empresa.

“Cuando se le preguntaron las razones por las cuales el colaborador Martínez Rodríguez se encontraba en el puesto de trabajo de la mencionada excolaboradora, este adujo que usted le impartió la orden de “verificar si la sesión de ese usuario se encontraba bloqueada [...]”

“[...] verificadas las funciones propias de su cargo, se evidencia que dentro de las mismas no se encuentra ninguna enfocada hacia lo sucedido, es decir, a la verificación de las sesiones de los equipos [...]”

“[...] lo anterior, nos lleva a afirmar que para el caso en concreto hubo una extralimitación en las funciones, que a la postre llevó a una vulneración de la política de seguridad de la información, en la medida en que se transgredió lo referente a la directriz sobre control de acceso inmersa en la mencionada política, la cual busca “impedir el acceso no autorizado a los sistemas de



información, bases de datos, servicios de información y áreas de procesamiento de información Americas BPS”.

De igual manera en la carta de despido se encasilló la causal en la consagrada en el numeral 6º del literal a) del artículo 7º del Decreto 2351 de 1965, citando además el artículo 58 del C.S.T. y los artículos 48 literal j) y 43 numeral 1º del Reglamento Interno del Trabajo.

Una vez establecido lo anterior, estima la Sala que, por pasiva se logró acreditar la ocurrencia de los hechos endilgados. En efecto, en el acta de descargos del 8 de enero de 2015, aceptó el actor que emitió la orden *“de hacer verificación si la sesión del ex colaborador antes mencionado [Zoraida Ramírez], se encontraba bloqueada” [...] “efectivamente se dio la orden al operador Heber Martínez”,* aceptando además conocer que la señora *Zoraida Ramírez* ya no prestaba servicios para la sociedad empleadora, refiriendo además que la orden hacía parte de sus funciones, *“debido a que después de las 5:30 p.m., los operadores cumplen funciones de mesa de servicios, por consiguiente solicité verificar si la sesión estaba bloqueada”.*

De igual manera el actor al absolver interrogatorio de parte, refirió que dentro de sus funciones se encontraba el velar, proteger y validar la información suministrada por el área de data center y dar reporte al destinatario final del servicio al cliente, confesando que emitió la orden de verificar y acceder a la sesión del computador de la señora *Zoraida Martínez*, ello en tanto la política de seguridad de la información de la empresa determinaba que, cuando la llamada de un usuario no era contestada por la mesa de ayuda ni por el equipo de data center, este podía redireccionarse al actor para solucionar el impase, refiriendo que dicha situación aconteció respecto de la señora antes mencionada.

Ahora bien, se refiere en la alzada que dicha conducta en manera alguna transgrede las políticas de seguridad de la sociedad, en tanto se desarrollaron los protocolos para atender el requerimiento. No obstante, el señor *Heber Anderson Martínez Rodríguez* en su testimonio aseveró que el señor *Edwin Acosta Navarro*, quien era su jefe inmediato, le ordenó por vía telefónica alrededor de las 6:00 p.m. validar la sesión de un equipo aparentemente bloqueado, el que se había asignado a la señora *Zoraida Martínez*; refirió que la orden dada por el superior no era *“normal”*, en tanto no estaba dentro de sus funciones, pues dichas circunstancias se resolvían por medio de un *Service*, máxime que la orden se emitió cuando le correspondía el evento a la mesa de ayuda; indicó además que las



responsabilidades del cargo de Operador de data center que desempeñó, eran las de monitoreo de plataformas, verificación de fallas y algunos casos de mesa de servicio, esta última se daba cuando no había personal y solicitaban soporte, siendo un requerimiento que se hacía por medio de la plataforma o herramienta denominada “*Service Dex*”, no obstante señaló que existía otro medio de comunicación que era un celular corporativo en el que los jefes reportaban las fallas y les pedían que gestionaran lo pertinente, lo cual solo se verificaba cuando no había personal en mesa de ayuda, la cual el día de los hechos funcionaba hasta las 10:00 p.m. pese a lo cual la orden se emite cerca de las 6:00 p.m.

En ese orden de ideas, se tiene que de lo manifestado por el deponente, quien amerita credibilidad al conocer por el cargo que ocupaba los protocolos de los servicios solicitados en la respectiva área, que en efecto el accionante emitió una orden para procurar el acceso a un computador por una persona que ya no se encontraba vinculada a la sociedad, y además la realizó sin mediar el requerimiento previo por la plataforma de “*Service Dex*”, y sin haberse establecido plenamente que era factible verificar la orden vía telefónica, en tanto esa era una medida excepcional cuando no se encontraba disponible la mesa de ayuda, la cual estaba disponible hasta las 10:00 p.m., siendo que la orden se emitió cerca de las 6:00 p.m.

Por otra parte, a *contrario sensu* de lo alegado en el recurso, no se acreditó que en efecto no se haya obtenido respuesta por la mesa de ayuda y el equipo data center que permitiera solucionar el servicio por medio del celular corporativo emitiendo la orden directamente a un operador, pues aquello solo fue referido por el accionante en el acta de descargos y en el interrogatorio de parte, sin que se haya soportado en otro medio de convicción.

En ese orden de ideas, estima la Sala que el accionante incurrió en la conducta que le fuera endilgada por la sociedad empleadora. Ahora bien, de conformidad con el análisis de la misiva de despido, se tiene que el empleador encasilló la conducta de la trabajadora, en la causal contemplada en el numeral 6º del literal a) del artículo 62 del C.S.T., el cual consagra “*Cualquier violación grave de las obligaciones o prohibiciones especiales que incumben al trabajador de acuerdo con los artículos 58 y 60 del Código Sustantivo del Trabajo, o cualquier falta grave calificada como tal en pactos o convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos*”.



Respecto de la intelección de dicha causal, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL 3883 de 2019, refirió:

“Es indudable que en el numeral 6° del aparte a) del artículo 7° del Decreto 2351 de 1965, se consagran dos situaciones diferentes que son causas de terminación unilateral del contrato de trabajo. Una es <cualquier violación grave de las obligaciones y prohibiciones que incumben al trabajador de acuerdo con los artículos 58 y 60 del Código Sustantivo del Trabajo> y otra es <... cualquier falta grave calificada como tal en pactos o en convenciones colectivas, fallos arbitrales, contractuales o reglamentos...>.

“En cuanto a la primera situación contemplada por el numeral señalado, es posible la calificación de la gravedad de la violación [...].

“En cuanto a la segunda situación contemplada por el numeral referido, es claro que la calificación de la gravedad de la falta corresponde a los pactos, convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentarios en que se consagran esas faltas con tal calificativo [...].”

“[...]

“La violación de las obligaciones y prohibiciones a que se refieren los artículos 58 y 60 del Código Sustantivo del Trabajo, constituye por sí misma una falta, pero esa violación ha de ser grave para que resulte justa causa de terminación del contrato. Por otra parte, cualquier falta que se establezca en pactos o convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos, implica una violación de lo dispuesto en tales actos, que si se califica en ellos de grave, constituye justa causa para dar por terminado el contrato.

“En el primer concepto la gravedad debe ser calificada por el que aplique la norma, en el segundo la calificación de grave ha de constar en los actos que consagran la falta [...].”

De conformidad con lo anteriormente expuesto, es menester analizar si en el presente evento la conducta endilgada se constituyó en una falta grave calificada así en el contrato de trabajo o en el otro sí, o si *a contrario sensu*, se debe determinar por esta Colegiatura la gravedad de la misma.

Sobre el particular se tiene que, en el Reglamento Interno de Trabajo, en el literal j) del artículo 48, se estableció de manera genérica como falta grave, *“la violación grave por parte del trabajador de las obligaciones contractuales o reglamentarias y la ejecución grave del trabajador de las prohibiciones contractuales y reglamentarias”*, por lo cual corresponde a la Sala calificar si la conducta del actor se tipifica en dicha causal.

Al respecto milita en el plenario el manual de políticas de seguridad de la información, dentro de las cuales se encuentra como objetivo, el *“impedir el acceso*



no autorizado a los sistemas de información, bases de datos, servicios de información y áreas de procesamiento de información” (Fl. 132), aunado a ello, como se refirió en el acta de descargos, el actor tenía a su cargo funciones de apoyo a la mesa de servicio, no obstante lo cual emitió una orden que implicaba eventualmente permitir el acceso a una persona que ya no laboraba en la empresa, sin acreditar en el plenario además el haber acudido a las herramientas tecnológicas diseñadas para el efecto, ni agotado los protocolos previos del área respectiva para solucionar el servicio solicitado, vulnerando así las políticas de seguridad, lo cual se constituye en un incumplimiento grave de sus funciones y prohibiciones.

Por lo anterior, le asistió razón a la *a-quo* al estimar acreditada la justa causa endilgada al trabajador. Finalmente, se debe señalar que no es de recibo lo alegado en la alzada, atinente a que la conducta debía ameritar un proceso disciplinario o un llamado de atención, en tanto la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, entre otras, en la sentencia SL1051-2020, Radicación No. 67426 del 20 de abril de 2020, ha adocinado:

“Finalmente, cabe destacar, que ha sido posición pacífica de la Sala, que la terminación del contrato por justa causa, esto es, el despido, no se considera una sanción disciplinaria, simplemente se trata de una ruptura contractual, y por ello, no se encuentra sujeto a un trámite previo, a menos que así se hubiera pactado en otro instrumento.

“En sentencia CSJ SL13691-2016, la Corte señaló:

“«[...] Pues bien, frente al tema sobre el cual la censura desplegó gran parte de su ataque, esto es, sí el despido es una sanción o no, la Sala reiterativamente ha señalado que en principio no lo es, a menos que extra legalmente así se haya pactado, como se indicó, entre otras, en las sentencias de radicación CSJ SL 11 feb. 2015 rad. 45166, en la CSJ SL, 15 feb. 2011 rad. 39394 y CSJ SL, 5 Nov. 2014. rad. 45148; pues el despido lleva implícita la finalización del vínculo, porque el empleador en ejercicio de la potestad discrecional que lo caracteriza, prescinde de los servicios del empleado debido a que no quiere seguir atado jurídica ni contractualmente a él, en tanto la sanción presupone la vigencia de la relación laboral y la continuidad de ésta; de allí que no puedan confundirse bajo el mismo concepto»”

Por tanto, se concluye que la conducta que desplegó el actor cumple con los supuestos de hecho o motivos señalados por la demandada y que dan razón de la comisión de la conducta por la cual la sociedad decidió dar por terminado el contrato de trabajo, sin que además se requiera previamente imponer una sanción disciplinaria, motivo que impele a confirmar la decisión de primer grado.



SIN COSTAS en esta instancia por no haberse causado.

DECISIÓN

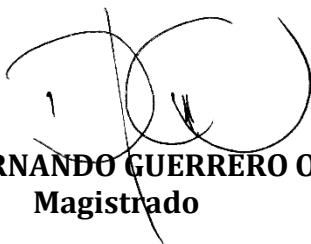
En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida 26 de junio de 2019, por el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito dentro del proceso de la referencia, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
Sala de Decisión Laboral

Ordinario Laboral No. 1100131050 21 2018 00545 01
Demandante: LUIS ANTONIO VALERO CARRETO
Demandado: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-
COLPENSIONES
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá, D.C., treinta (30) de julio de dos mil veinte (2020).

AUTO

Atendiendo a la sustitución del poder allegada al plenario, se le reconoce personería adjetiva para actuar en calidad de apoderada de COLPENSIONES a la Dra. Sasha Renata Saleh Mora, identifica con Cedula de Ciudadanía No. 53.106.477 y Tarjeta Profesional No. 192.270 del C. S. de la J.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el demandante en contra de la sentencia proferida el 1º de agosto de 2019 por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá D.C.

I. ANTECEDENTES

1.- DE LA DEMANDA:

El señor *Luis Antonio Valero Carreto*, formuló demanda ordinaria laboral, a efectos que se condene a *Colpensiones* a reliquidar su pensión de vejez, el consecuente pago de los intereses moratorios, el pago de las costas y agencias en derecho, junto con lo que resulte probado *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTOS FÁCTICOS:

Como supuesto fáctico refirió que cotizó para pensión un total de 1662 semanas, nació el 21 de abril de 1995; relata que le fue reconocida la pensión de vejez mediante la Resolución No. SUB 109126 del 28 de junio de 2017, confirmada



mediante la Resolución No DIR 293 del 9 de enero de 2018, habiéndose agotado la reclamación administrativa con los recursos interpuestos.

1.2 CONTESTACIONES DE LA DEMANDA:

La *Administradora Colombiana de Pensiones -Colpensiones-*, operó la *litis contestatio*, oponiéndose a las pretensiones, señalando que al demandante no le asiste el derecho a la reliquidación pensional, por cuanto en el *sub-examine* la pensión se liquidó acorde lo dispuesto en el artículo 34 de la ley 100 de 1993, modificado por el artículo 10 de la ley 797 de 2003, acorde al cual al demandante se le debe aplicar una tasa de reemplazo del 74,02%, teniendo en cuenta un total de 1661 semanas.

Propuso y sustentó como excepciones de mérito las de inexistencia del derecho y la obligación, improcedencia de los intereses moratorios, buena fe, prescripción y la genérica.

II.- SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá D.C., mediante sentencia proferida el primero 1º de agosto de 2019, declaró probada la excepción de inexistencia de la obligación y absolvió a la encartada de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, por lo que condenó en costas a la parte demandante.

Como sustento de su decisión indicó que la pensión de vejez concedida al demandante fue concedida acorde lo dispuesto en la ley 100 de 1993, modificada por la ley 797 de 2003. Precisa que pese la claridad de la demanda, se entiende que lo pretendido es la modificación de la tasa de reemplazo en un porcentaje igual al 84%.

Aduce que no existe discusión en cuanto al IBL y que el demandante cuenta con 1662 semanas cotizadas, por tanto, procedió a realizar los cálculos aritméticos de rigor conforme los parámetros trazados por el artículo 42 de la ley 100 de 1993, modificado por la ley 797 de 2003, logrando constatar que no existió error por parte de *Colpensiones* al determinar el monto de la tasa de reemplazo.



De otra parte, atendiendo a lo expresado por la libelista en el recurso de apelación, indica que no fue objeto de debate dentro del proceso si el demandante era beneficiario del régimen de transición.

De igual manera estima que no le resulta aplicable el inciso primero de la Ley 100 de 1993, por cuanto el derecho se causó en el año 2005 y en casos como el presente, no es dable aplicar en principio de la condición más beneficiosa, conforme la sentencia STL-9394 de 2015, por cuanto solo se ha venido aplicando en tratándose de pensiones de sobrevivientes y de invalidez.

III.- RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del *a-quo* la parte demandante presenta recurso de apelación en el que en suma indica que la liquidación efectuada desconoce la normativa aplicable, pues la tasa de reemplazo equivale al 85% en consideración a la densidad de semanas cotizadas por el actor; asimismo manifiesta que la sentencia STL-9394 de 2015, debe ser tomada en cuenta, pues en la misma se explicó que el principio de la condición más beneficiosa ha creado una nueva cultura jurídica que busca propiciar una confianza legítima en quienes acuden a la jurisdicción ordinaria en aras de obtener el reconocimiento pensional, en tal sentido al entrar en vigencia la Ley 100 de 1993 había cotizado más de 750 semanas, por lo tanto, es procedente aplicar el principio de la condición más beneficiosa.

IV.- ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Colpensiones en su escrito de alegación es indicó que el despacho debe determinar si le asiste derecho a la reliquidación de la pensión de vejez, pretensión a todas luces carece de fundamento factico y probatorio para acceder a dicha prestación como lo estableció el operador de primera instancia.

La parte actora no presentó escrito de alegaciones dentro de la oportunidad legal correspondiente.

V.- CONSIDERACIONES:



5.1 OBJETO DE DEBATE

Sin que se advierta causal que invalide lo actuado y encontrándose reunidos los presupuestos procesales, se verificará si le asiste derecho al señor *Luis Antonio Valero Carreto* a la reliquidación de su pensión aplicando una tasa de reemplazo del 85%, en aplicación del principio de la condición más beneficiosa.

5.2 DEL CASO EN CONCRETO:

No es objeto de debate que el demandante obtuvo el reconocimiento y pago de su pensión de vejez mediante la Resolución No SUB 108126 del 28 de junio de 2017 (Fl. 22-26), prestación que le fue reconocida con fundamento en lo dispuesto en la ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003, en cuantía inicial de \$2.162.142 a partir del 1° de julio del 2017.

Ahora, sostiene el demandante que la mentada prestación fue indebidamente liquidada en tanto debió aplicarse una tasa de reemplazo del 85%. Con todo, vale la pena indicar que tal como lo adujo el *a-quo*, tal pedimento no fue expresado con suficiente claridad en el libelo introductorio, por cuanto no se precisó de forma clara la norma con fundamento en la cual el libelista pretendía acceder a dicha reliquidación. Con todo, efectuando un análisis pormenorizado de los fundamentos y razones de derecho esbozados, advierte la Sala que la norma invocada por el libelista no fue otra distinta al artículo 10° de la ley 797 de 2003, por medio de la cual se modificó el artículo 34 de la ley 100 de 1993. Igualmente, peticiona que se aplique el principio de la condición más beneficiosa con fundamento en la sentencia SLT 9394 de 2015, pero ni en la demanda, ni en el recurso de apelación en el que insiste en dicho aspecto, precisa cual es la norma que pretende se le aplique en virtud de dicho principio. Con todo; a continuación, serán abordados ambos temas, en aras de atender las suplicas del recurrente.

En tal medida, en primer lugar, se debe establecer si dando aplicación al artículo 10° de la ley 797 de 2003, mediante el cual se modifica el artículo 34 de la ley 100 de 1993, habría lugar a reliquidar la pensión de vejez del actor. Para tales efectos, huelga imperioso tener en cuenta lo dispuesto en el mentado articulado que reza:



“El monto mensual de la pensión de vejez, correspondiente a las primeras 1.000 semanas de cotización, será equivalente al 65% del ingreso base de liquidación. Por cada 50 semanas adicionales a las 1.000 hasta las 1.200 semanas, este porcentaje se incrementará en un 2%, llegando a este tiempo de cotización al 73% del ingreso base de liquidación. Por cada 50 semanas adicionales a las 1.200 hasta las 1.400, este porcentaje se incrementará en 3% en lugar del 2%, hasta completar un monto máximo del 85% del ingreso base de liquidación.

“El valor total de la pensión no podrá ser superior al 85% del ingreso base de liquidación, ni inferior a la pensión mínima de que trata el artículo siguiente.

“A partir del 1o. de enero del año 2004 se aplicarán las siguientes reglas:

“El monto mensual de la pensión correspondiente al número de semanas mínimas de cotización requeridas, será del equivalente al 65%, del ingreso base de liquidación de los afiliados. Dicho porcentaje se calculará de acuerdo con la fórmula siguiente:

$r = 65.50 - 0.50 s$, donde:

r = porcentaje del ingreso de liquidación.

s = número de salarios mínimos legales mensuales vigentes.

A partir del 2004, el monto mensual de la pensión de vejez será un porcentaje que oscilará entre el 65 y el 55% del ingreso base de liquidación de los afiliados, en forma decreciente en función de su nivel de ingresos calculado con base en la fórmula señalada. El 1o. de enero del año 2005 el número de semanas se incrementará en 50 semanas. Adicionalmente, el 1o. de enero de 2006 se incrementarán en 25 semanas cada año hasta llegar a 1.300 semanas en el año 2015.

A partir del 2005, por cada cincuenta (50) semanas adicionales a las mínimas requeridas, el porcentaje se incrementará en un 1.5% del ingreso base de liquidación, llegando a un monto máximo de pensión entre el 80 y el 70.5% de dicho ingreso, en forma decreciente en función del nivel de ingresos de cotización, calculado con base en la fórmula establecida en el presente artículo. El valor total de la pensión no podrá ser superior al ochenta (80%) del ingreso base de liquidación, ni inferior a la pensión mínima.”

En tal sentir, teniendo en cuenta que el demandante dejó causado su derecho pensional el 30 de junio de 2017, data en la cual realizó la última cotización, habiendo arribado a los 62 años de edad el 21 de abril de la misma anualidad. Conforme al articulado en cita, por cada 50 semanas adicionales a las 1300 exigidas por el artículo 33 de la ley 100 de 1993, el porcentaje de su pensión se incrementa en un 1.5%.



Luego, al aplicar la formula $r = 65.50 - 0.50 s$, teniendo en cuenta que no existe discusión en que el IBL del actor es de \$2.921.024 (Fl. 25) y que el número de semanas cotizadas asciende a 1660,57 (Fl. 50), se corrobora al efectuar los cálculos aritméticos¹ de rigor que la tasa de reemplazo a aplicar es de 74%, como en efecto lo determinó la pasiva y lo encontró probado la falladora de primera instancia.

De otra parte, en lo que respecta a la aplicación del principio de la condición más beneficiosa, basta indicar que el mismo si bien ha sido utilizado *in extenso* en reiterada jurisprudencia, permitiendo la aplicación de la norma inmediatamente anterior aplicable al caso particular, lo cierto es que tal como lo sostuvo la *a-quo*, ello solo ha acaecido en materia de Seguridad Social en tratándose de pensiones de invalidez o sobrevivientes, bajo estrictos postulados que han sido desarrollados por las líneas jurisprudenciales mediante las cuales se ha evacuado el tema, como en efecto se puede apreciar en la sentencia STL-9394 de 2015 citada por la libelista en la cual se analizó una pensión de invalidez.

Razones precedentes, que permiten entrever que en el *sub-lite* no se puede aplicar el criterio jurisprudencial citado por la recurrente, en tanto los supuestos facticos y jurídicos de ambos procesos son disímiles. Por manera que no hay forma de aplicar el principio de la condición más beneficiosa deprecado por el demandante.

Por las razones expuestas se confirmará la sentencia de primera instancia. **SIN COSTAS** en esta instancia.

VI.- DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

¹ $63,2 \% = 65,5 - (0,5 * (\$2.921.027/\$781.242)) + 10,08 = (360/50) * 1,5$
Total Tasa de reemplazo $63,2\% + 10,8 = 74\%$



PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 1° de agosto de 2019, por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá D.C. dentro del proceso de la referencia, conforme a lo dispuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
Sala de Decisión Laboral

Proceso Ordinario Laboral No. 1100131050 29 2018 00242 01
Demandante: DORIS ALMEYDA GUALDRON
Demandado: BEL STAR S.A
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C.; treinta (30) de julio de dos mil veinte (2020).

SENTENCIA:

Procede la Sala a analizar el recurso de apelación interpuesto por la demandante contra la sentencia proferida el 25 de junio de 2019 por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá.

I.- ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor *Gustavo Rodríguez Caballero* presentó demanda ordinaria laboral en contra de la empresa *BEL STAR SA*, para que se declare que entre las partes existió un contrato verbal de trabajo a término indefinido del 1° de diciembre del 2009 al 31 de abril del 2016, el cual terminó de forma unilateral y sin justa causa.

En consecuencia, se condene a la demandada al pago de salario, las prestaciones sociales, vacaciones, la indemnización por despido injusto, la sanción moratoria prevista en el artículo 65 del C.S.T, los aportes a seguridad social, la indexación de las sumas adeudadas, las costas y agencias en derecho, junto con lo que resulte probado *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

En respaldo de sus pretensiones, manifestó que ingresó a laborar para la demandada el 1° de diciembre del 2009 y laboró para la encartada hasta el 31 de marzo del 2016; que la labor desempeñada por la accionante fue la de Juez Sensorial de Fragancias, actividad que desarrolló en un horario de 8:00 a.m. a 3:00 p.m. durante 4 días a la semana, percibiendo un salario directo y en efectivo por valor de \$477.371; que la demandada le entregó a la demandante el kit de asepsia y los elementos de prueba; que era envidada a revisiones por dermatología y medicina general; que estaba bajo



la dirección de los ingenieros químicos; que la encartada le brindaba capacitaciones, era invitada a las celebraciones de fin de año; que a través de la página web la demandada hacía alusión al trabajo de los Jueces sensoriales y a la fecha le adeuda todas las acreencias laborales.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La demandada en el escrito de contestación se opuso a las pretensiones aduciendo en síntesis que la demandante no mantuvo un contrato de trabajo con la encartada y la relación que existió fue de carácter comercial.

Formula como medios exceptivos los que denominó prescripción, inexistencia de contrato de trabajo, inexistencia de subordinación laboral, falta de causa material, inexistencia de las obligaciones, cobro de lo no debido, compensación y pago.

II.- SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el 19 de julio de 2019, absolvió a la demandada de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, declaró probada la excepción de inexistencia de la obligación y condenó en costas a la parte demandante.

Como sustento de su decisión, refiere el *a-quo* que analizado el material probatorio, de las pruebas documentales no se corrobora la existencia del contrato de trabajo, pero si da cuenta de un contrato de prestación de servicios y de la voluntariedad de la demandante en la prestación del servicio, sin que sea vinculante el curso, pues es una campaña, toda vez que el Juez sensorial requiere de ciertas aptitudes que la empresa podía corroborar mediante el mismo.

Así mismo, de la prueba testimonial se corrobora que la actividad no era continua, sino que dependía de las campañas y las cuentas de cobro, toda vez que aunque muchas abarcan todo el mes, se corrobora por las sumas que para cada mes no laboraba la misma cantidad de días.

Tampoco se evidencia subordinación, pues si bien diligenciaba un formato el mismo atendía a pruebas estandarizadas de la industria, pero no comportan subordinación, como tampoco el que exista un líder, por el contrario, para el Despacho esta es una actividad susceptible de ser desarrollada mediante un contrato de prestación de servicios y no era una labor que se realizara de forma permanente, conforme se colige



del interrogatorio de parte, en el cual se corrobora que la demandante no tenía un horario ni días fijos para presentarse, sino que la empresa la llamaba cuando la requería.

Por manera que concluyó que quedó desvirtuada la presunción legal prevista en el artículo 24 del C.S.T.

III.- RECURSO DE APELACIÓN:

Inconforme con la decisión del *a-quo* la parte demandante presenta recurso de apelación, en el que en síntesis indica que en el presente caso no se logró derruir la presunción legal establecida en el artículo 24 del C.S.T, pues se acreditó que existía un salario y la prestación del servicio era *intuito personae*, destacando que aun cuando la actividad no se desarrollaba a partir de órdenes, si se puede vislumbrar que en las capacitaciones se enseñaba el hacer y deber hacer.

Por otra parte, aunque las pruebas sensoriales fuera de 50 o 60 minutos, se requería de la presencia de la demandante, en un horario de 8:00 a.m. a 3:00 p.m. como lo manifestaron los diferentes testigos, pues el tiempo que transcurría de prueba a prueba era de dos horas aproximadamente y ella debía estar pendiente de la siguiente prueba.

Resalta que no se puede indicar que no existió contrato de trabajo solo porque a la actora no se le realizaron descargos, ni llamados de atención, pues ello bien puede obedecer a que es una trabajadora ejemplar, luego si bien la demandante no recibía órdenes de los líderes de calidad, si se pudo observar que estas mutaron a instrucciones de los mismos, para lograr el éxito de la prueba, pues de no ser así era necesario repetirla.

Que acorde a las reglas de la sana crítica, se puede corroborar que fue por nervios que la demandante fue desatinada en su declaración y los testigos fueron reacios en sus declaraciones.

Por otro lado, que la relación de continuidad si se puede corroborar con los desprendibles de nómina obrantes en el plenario, conforme los cuales la relación laboral se extendió del 25 de abril del 2009 hasta el 30 de marzo del 2016.

IV.- ALEGATOS DE CONCLUSIÓN:



Dentro del término legal la parte demandante presentó los correspondientes alegatos en los que indicó que se encuentran probados los extremos correspondientes al caso que nos atañe del 25 de abril de 2009 al 30 de marzo de 2016, cumpliendo un horario de 8:00 a.m. a 3:00 p.m., desarrollando funciones como juez sensorial, cargo que requiere su presencia de carácter personal, lo cual es constatado en el deber de diligenciar una guía técnica proporcionada por la compañía demandada. Con el fin de cumplir las funciones asignadas, la compañía la capacitó dentro de sus instalaciones. De igual forma se puede evidenciar la relación laboral en la subordinación que tenía respecto de sus jefes inmediatos pertenecientes a la demandada compañía BEL-STAR. Otro de los aspectos a resaltar es el pago, e igualmente que se les brindaba la prestación de servicios médicos en áreas como la dermatología y la otorrinolaringología.

Que del interrogatorio de parte de la accionante, se extrae que fue clara en indicar todos y cada uno de los elementos del contrato de trabajo, como lo es el horario, salario, el cual era pagado a manera de consignación mensual, y la subordinación, dado que cumplía órdenes de sus jefes inmediatos. Asimismo, se observa que, según los testimonios llevados a cabo por la parte demandada, fueron tachados y se evidencia que cumplen con un libreto.

La demandada, no presento alegatos dentro del término legal establecido para el efecto.

V.- CONSIDERACIONES

a. Problema Jurídico:

Sin avizorar causal que invalide lo actuado, y encontrándose reunidos los presupuestos procesales, se definirá como problema jurídico principal, si entre las partes existió una relación laboral y en caso afirmativo, si la demandada debe responder por el pago de las prestaciones sociales, vacaciones, aportes a seguridad social y la sanción moratoria prevista en el artículo 65 del C.S.T.

a. Del Vínculo Laboral:

Para el efecto, es menester precisar que el artículo 22 del C.S.T. define el contrato de trabajo como aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración. A su vez, el artículo 23



ejusdem determina los elementos del contrato de trabajo, ellos son la actividad personal, la continuada subordinación o cumplimiento de órdenes, y un salario como retribución del servicio.

Reunidos los citados elementos, se entiende que existe contrato de trabajo y no deja de serlo por razón del nombre que se le dé ni de otras condiciones o modalidades que se le agreguen.

El artículo 24 del C.S.T. estipula la presunción legal de que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo. Por ello la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha determinado que, al promotor del proceso, le incumbe acreditar la prestación del servicio, para que se active la presunción de la citada norma, evento en el cual le corresponde al eventual empleador desvirtuar la carga probatoria que le asiste, Sentencias SL1389-2020, Radicación 73353 del 5 de mayo de 2020, SL1390 de 2020, Radicación No. 75795 del 5 de mayo de 2020, entre otras.

Con todo vale la pena indicar que de contera la Corte Suprema de Justicia – Sala Laboral, ha indicado en reiterados pronunciamientos que incluso en tratándose de contratos de prestación de servicios, el contratante tiene la potestad de coordinar con el contratista horarios, solicitar informes e incluso establecer medidas de supervisión y vigilancia, sin que medie la subordinación jurídica propia de un vínculo laboral. Sobre el particular, en sentencia SL 444 del 2019, con Radicación No 58413, precisó:

“De otra parte, la labor, se recaba, no se ejecutó bajo la tutela de las accionadas, aunque aquellas siguieran las directrices [...] pues la existencia de reglas, precisiones y exigencias de la manera como debe ejecutarse el servicio, por sí mismas, no están excluidas en los contratos de prestación de servicios, como lo señaló esta Sala recientemente en la sentencia SL 4143-2019, 25 sep.2019, rad.79216 en los siguientes términos:

“Ahora, el contrato de prestación de servicios, que puede revestir diferentes denominaciones, se caracteriza por la independencia o autonomía que tiene el contratista para ejecutar la labor convenida con el contratante, lo que lo exime de recibir órdenes para el desarrollo de sus actividades; no obstante, este tipo de vinculación no está vedado de una adecuada coordinación en la que se puedan fijar horarios, solicitar informes e incluso establecer medidas de supervisión o vigilancia sobre esas mismas obligaciones. Lo importante es que dichas acciones no desborden su finalidad a punto de convertir tal coordinación, en la subordinación propia del contrato de trabajo.

“Por otra parte, es preciso indicar que, en los contratos de prestación de servicios, por lo general el contratista desempeña sus actividades con sus propias herramientas, equipos o medios; sin embargo, bajo ciertas y



particulares circunstancias es posible que esa actividad autónoma e independiente se desarrolle en las instalaciones del contratante, con elementos de su propiedad, necesarios para la ejecución de la labor encomendada.

“Desde esa perspectiva, cuando se someta a juicio el principio de la realidad sobre las formas con el fin de establecer la existencia del contrato de trabajo, le corresponde al juez, en cada caso, sin desconocer los principios tuitivos del derecho laboral, analizar las particularidades fácticas propias del litigio a fin de establecer o desechar, según el caso, los elementos configurativos de la subordinación.

b. Del Caso en concreto:

Teniendo en cuenta los parámetros legales y jurisprudenciales previamente descritos, procede la Sala a abordar el objeto de la litis que hoy nos convoca, siendo del caso establecer si la labor desarrollada por la demandante como Juez Sensorial para la pasiva, estuvo sujeta a un contrato de trabajo como lo adujo la libelista.

De cara a lo aludido, se realizó un análisis detallado del acervo probatorio comenzando con las declaraciones rendidas por los testigos *Alba Lilia Naranjo Puentes*, quien también fungió como Juez Sensorial; *Edwin Miguel Chávez* y *Pedro Ávila Bustos*, trabajadores de la demandada. De cuyo dicho se colige que la demandante de forma voluntaria participó en un programa de formación para Jurados Sensoriales; concluido el cual, participó en varias pruebas realizadas por la encartada consistente en que se convocaban a las instalaciones de la empresa a 15 Jueces como panelistas que debían hacer varias pruebas olfativas, unas en las que se debía determinar la intensidad de la fragancia y otras denominadas triangulares, efectuando varias en un mismo día con ciertos intervalos de tiempo, que se les entregaba un formulario el cual debían diligenciarlo, identificando la fragancia o su intensidad.

Ahora bien, los testigos *Edwin Miguel Chávez* y *Pedro Ávila Bustos*, fueron contestes en afirmar que para la realización de las pruebas se llamaba por teléfono a la demandante o se le indicaba personalmente cuando asistir y se le consultaba si quería participar, pues podía no comparecer sin consecuencia alguna, pues se llamaba a otra panelista; que no existía programación, sino un cuadro en el cual se dejaba el registro de las participaciones, además que dentro de los intervalos de tiempo entre una prueba y otra podían salir a hacer diligencias personales; que la demandante jamás recibió llamados de atención o se le impuso el cumplimiento del RIT y la empresa a veces las remitía al dermatólogo u otorrinolaringólogo, para verificar que los productos no les generara inconvenientes médicos.



Precisa *Pedro Ávila Bustos*, que él llamó en varias ocasiones a la demandante y que en algunas ocasiones se negó por motivos personales, sin consecuencia alguna; también precisa que la demandante se retiró en varias oportunidades para hacer diligencias personales. Igualmente se destaca de la declaración de *Edwin Miguel Chávez* que, debido a los estándares internacionales, era indispensable que las participantes estuvieran relajadas durante la prueba y que por su participación se les reconocía un incentivo económico que se les consignaba a final de mes, luego de que ellas pasaran su cuenta de cobro.

Ahora aduce la testigo *Alba Lilia Naranjo Puentes*, que si había un cronograma en y que si les impartían órdenes, como no usar cremas y que no eran autónomas porque las evaluaciones debían realizarse conforme a los parámetros que les dieron en la capacitación para ser Jueces Sensoriales, capacitación que inició con 150 participantes y al final concluyó solo con 16 personas elegidas, que fueron las que iban pasando las pruebas.

De otra parte, se debe indicar que, si bien los testigos fueron tachados, la señora *Alba Lilia Naranjo* porque también tiene una demanda contra la encartada por las mismas razones y los señores *Edwin Miguel Chávez* y *Pedro Ávila Bustos*, por ser trabajadores de la empresa. Tal tacha en modo alguno comporta que no deban ser tenidas en cuenta sus declaraciones, sino que impone para el fallador un mayor rigorismo en su análisis, como de contera ha sido explicado por la H. Corte Suprema de Justicia – Sala Laboral, como en efecto se procederá a hacer en la presente decisión en la cual se analizarán los mismos, en concordancia con los demás medios probatorios. Así en sentencia de la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia SL 3721 del 2019, Radicado No 69418, recordó:

“Tiene dicho esta Corporación que «la sola tacha por sospecha no es suficiente para menguar la fuerza demostrativa de un testimonio, ya que de esa circunstancia no cabe inferir sin más, que el testigo faltó a la verdad. Como lo advirtió el fallador, cuando la persona que declara se encuentra en situación que haga desconfiar de su veracidad e imparcialidad, lo que se impone no es la descalificación de su exposición, sino un análisis más celoso de sus manifestaciones, a través del cual sea permisible establecer si intrínsecamente consideradas disipan o ratifican la prevención que en principio infunden, y en fin, si encuentran corroboración o no en otros elementos persuasivos, criterios que en definitiva son los que han de guiar la definición del mérito que se les debe otorgar” (Sent. Cas. Civ. de 28 de septiembre de 2004, Exp. No. 7147-01),”

En lo tocante a los interrogatorios de parte, admitió la convocada a juicio que la demandante se desempeñó como Juez Sensorial, pero aclaró que lo hizo de forma



voluntaria y que si se realizó una capacitación inicial, pero esta tenía por objeto establecer que las participantes de la convocatoria contaran con las capacidades olfativas y sensitivas requeridas para ser un Juez Sensorial; además que si eran remitidas al médico pero ello era con el objeto de establecer que las fragancias no les generara ningún deterioro en la salud.

A su turno, la demandante confesó que por la capacitación le dieron un diploma que la certifica como Juez Sensorial, inicialmente indica que diligenciaba el formulario acorde los parámetros dados por el jefe, pero luego refiere que lo hacía sola atendiendo los parámetros que le habían enseñado en la capacitación, que no pidió vacaciones, nunca le impusieron un RIT y nunca le hicieron llamados de atención, pues solo una vez le dijeron para un video que se guardara el cabello en el gorro.

De lo hasta aquí indicado corrobora la Sala que en efecto la demandante desarrolló una actividad de forma personal para la demandada, como Juez Sensorial. No obstante, le asiste la razón al fallador de primera instancia, al afirmar que la demandada derruyo la presunción legal contemplada en el artículo 24 del C.S.T, por cuanto no se evidencia que exista subordinación en el desarrollo de dicha labor, en la medida en que la demandante realmente de forma voluntaria aceptó participar en un programa para convertirse en Juez Sensorial y en las pruebas de olfato que ella deseaba; lo cual se corrobora con el dicho de los testigos y la carta de compromiso y consentimiento informado de Juez para participar en las pruebas de estudio de investigación de folios 87 a 90; sin que se pueda corroborar que la demandada estuviese sujeta a un horario como lo indica en el libelo genitor, en tanto los testigos *Edwin Miguel Chávez y Pedro Ávila Bustos*, fueron claros al afirmar que la demandante era llamada para participar y ella aceptaba si deseaba asistir o no, por tanto no es cierto que asistiera 4 días a la semana, lo que incluso se puede corroborar con las cuentas de cobro y transferencias bancarias (Fls 14 a 36) pues los montos indicados en estas fueron siempre variables, lo que denota que la actividad no era desarrollada con la misma continuidad cada mes; adicionalmente, corroboró la Sala del dicho de los mentados testigos, que durante el tiempo que la actora permanecía en las instalaciones de la empresa, no tenía una dedicación exclusiva para las pruebas sino que entre estas se presentaban intervalos de tiempo, de los que ella podía disponer libremente, a más que además podía negarse a asistir evento en el cual se convocaba a otra persona para poder reunir el panel de las 15 personas.

Destacando que la labor evaluativa de las pruebas era efectuada de forma autónoma, pues era la demandante conforme lo que le determinara su sentido olfativo la que calificaba las fragancias puestas a su disposición, sin que se corrobore inferencia



alguna de ninguna personal, *verbi gratia* de ello son los formatos de folios 13 y 47-48, destacando que la fijación de directrices tales como no usar cremas, tomar tinto o utilizar gorro o bata en la prueba, en modo alguno comportan órdenes, sino más bien parámetros de seguridad para la adecuada práctica de la prueba sensorial; para, por el contrario, verificar la imparcialidad de los Jueces Sensoriales en su desarrollo, sin la presencia de factores externos que la pudieren afectar. A más que se itera que directrices de tal índole son propias de cualquier contrato de prestación de servicios, en los que deben existir parámetros de coordinación que permitan un adecuado desarrollo de las actividades, como se enunció en la jurisprudencia atrás citada.

Finalmente, debe precisarse que, si bien la empresa le brindaba atención médica y le dio una capacitación, ninguna de dichas situaciones *per se*, comportan subordinación. La primera en la medida en que el hecho de que se verifique que los productos probados no afecten la salud de un participante en la prueba solo es indicador de la debida responsabilidad que se debe guardar dentro de los protocolos en los estudios frente a productos que se pretende sacar al mercado, sujeto a normas ICONTEC (Fls 95 a 112). Así mismo, en lo que respecta a la capacitación, para la Sala este programa de formación no puede tenerse como una capacitación a la que normalmente está sujeto un trabajador de forma obligatoria, en la medida en que la demandante participó en esta voluntariamente en virtud de una convocatoria, en la que de hecho participaron 150 personas, de las cuales solo unas pocas lograron obtener la certificación de Juez Sensorial (Fls 12 y 16), la cual no solo le sirve para desempeñarse como tal para la encartada, sino que comporta una acreditación que le sirve para desarrollar dicho rol en otras compañías.

Como corolario de lo anterior, se tiene que se desvirtuó la subordinación, por lo que deviene de lo hasta aquí expresado, la evidente confirmación de la decisión adoptada en primera instancia por la falladora de primera instancia. **SIN COSTAS** en esta instancia, por cuanto no se causaron.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

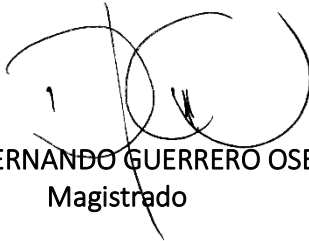
RESUELVE:



PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 25 de junio de 2019 por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso de la referencia, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
Sala de Decisión Laboral

Ordinario Laboral 1100131050 **12 2018 00289 01**
Demandantes: NANCY NOHEMI RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ
Demandados: COLPENSIONES Y OTROS.
Magistrado Ponente: **DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., treinta (30) de julio de dos mil veinte (2020).

AUTO:

Teniendo en cuenta el poder de sustitución allegado, se le reconocer personería adjetiva para actuar en calidad de apoderada de COLPENSIONES a la Dra. María Helena Fierro García identificada con CC No 1.024.463.217 de Bogotá y T.P No 291.785 del C. S.J

En igual sentido, se le reconoce personería adjetiva para actuar en calidad de apoderado de PORVENIR S.A al Dr. Fredy Quintero López, identificado con C.C No 79.581.111 y T.P No 278.643 del C.S.J.

SENTENCIA:

Procede la Sala a estudiar la apelación interpuesta por la parte demandante respecto de la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá, el 28 de mayo de 2019.

1.- ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora *Nancy Nohemi Rodríguez Rodríguez*, formuló demanda ordinaria laboral en contra de *Colpensiones, Porvenir S.A. y Old Mutual S.A.*, para que se declare la nulidad de la afiliación del Régimen de Prima Media al Régimen De Ahorro Individual con Solidaridad, y en consecuencia se condene a *Porvenir S.A. y Old Mutual S.A* a retornar los valores incluyendo cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con frutos e intereses, a *Colpensiones*, y a esta última entidad a recibirla y a contabilizar las semanas cotizadas en ambos regímenes para efectos de la pensión.



1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Fundó sus pretensiones en que nació el 2 de mayo de 1964; la primera afiliación al ISS se produjo el 4 de abril de 1983, con posterioridad a junio de 1995 realizó el traslado a Horizonte Pensiones y Cesantías, hoy *Porvenir S.A.*, con posterioridad a 2005 a *Old Mutual*. Que al momento de entrevistarse con los agentes que realizaron la afiliación la información que le brindaron sobre los beneficios, las ventajas y desventajas entre uno y otro régimen. De acuerdo con los valores existentes en el régimen de ahorro individual el valor de la pensión es inferior a lo que le correspondería en el régimen de prima media con prestación definida, adicionalmente indicó que desde el momento del traslado hasta la actualidad ha devengado un promedio de más de 8 SMLMV, a la fecha acredita 582 semanas en el ISS hoy Colpensiones, y 1156 semanas en el RAIS, para un total de 1738 semanas en ambos regímenes, y que el saldo existente en la cuenta del RAIS para enero de 2018 es de \$464.087.550.

Que el 9 de febrero de 2018 bajo la radicación 2018_1544613, se elevó ante Colpensiones, solicitud de nulidad de traslado, y se solicitó una proyección económica de cuál sería el valor de la mesada pensional en uno y otro régimen, el 9 de febrero de 2018 radico ante *Provenir S.A.*, la solicitud de nulidad de traslado. Adicionalmente el 12 de agosto de 2018 radicó ante *Old Mutual* la misma solicitud de nulidad. *Provenir S.A* dio respuesta a la petición donde manifestó su negativa en cuanto al traslado, adicionalmente la proyección entregada por esta entidad para la mesada pensional en 2021, cuando cumpla 57 años de edad asciende a \$2'020.100, para 2018 la suma sería de \$1'607.000, y para el RPM le correspondería una mesada pensional de \$4'833.600. Finalmente, que para el 5 de marzo de 2018 *Old Mutual*, dio respuesta a la solicitud donde indicó que la vinculación al fondo se efectuó de manera legal. Indicó que hasta a la fecha Colpensiones no ha dado respuesta a la solicitud presentada.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

Colpensiones operó la *litis contestatio* señalando que se opone a la aprobación del traslado puesto que requiere la participación de la última administradora de pensiones del régimen de ahorro individual esta es Old Mutual, para así verificar si la afiliación se dio cumpliendo los requisitos legales.

Propuso y sustentó las excepciones de mérito que denominó prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y la obligación, cobro de lo no debido, no



configuración del derecho al pago de los intereses moratorios ni indemnización moratoria, buena fe, declaratoria de otras excepciones.

Por su parte *Porvenir S.A.*, señaló que se opone a que se declare la nulidad de traslado por cuanto la información suministrada a la demandante se encuentra acorde a las disposiciones legales, por lo que se estableció que el formulario de vinculación de traslado se dio de forma libre y voluntaria lo que se demostró con la firma del formulario.

Propuso y sustentó las excepciones de mérito prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de las obligaciones legales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa, innominada o genérica.

Por su parte *Old Mutual*, señaló que se opone a las pretensiones por cuanto la afiliación a esta entidad no obedeció ningún cambio de régimen si no un traslado dentro del RAIS, anudado a ello la afiliación se dio de manera libre y voluntaria, adicionalmente indicó que la demandante se ha trasladado en varias oportunidades de AFP, por lo que las implicaciones de traslado entre uno u otro régimen no le es imputable; finalmente informó que realizó el traslado de rendimientos y aportes a *Provenir S.A.* el 9 de septiembre de 2013.

Propuso y sustentó las excepciones de mérito prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe, genérica, pago.

II.- SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El 28 de mayo de 2019, el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá, absolvió a las entidades demandadas de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra. Declaró probada la excepción de inexistencia de la causal de nulidad y/o ineficacia de la afiliación.

Para arribar a dicha conclusión, consideró que respecto del contrato de afiliación, se debe aplicar el artículo 898 del Código de Comercio, y por ende, los traslados de régimen se verificaron con pleno consentimiento informado, lo cual además se ratificó al haberse trasladado de igual manea a diversos Fondos Privados, por lo cual no se avizora un incumplimiento del deber de información.

III. APELACION:



El apoderado de la demandante interpuso recurso de apelación en el que en suma argumenta que el Fondo Privado tenía la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información, el cual no se cumple por el hecho de verificar traslados en el RAIS, por lo que se predica una falta de información, máxime que se proyectaron falsas expectativas, lo que se evidencia en el perjuicio causado en el valor de la mesada.

Adicional a ello que no se establece un solo comunicado, correo electrónico o carta remitida al domicilio de la demandante invitándola a que se acerque a recibir asesoría pensional o poniéndole de presente cuales son los beneficios, cuál es su programa de pensión que la beneficia y cuáles son los escenarios que puede llegar a ofrecerle.

IV.- ALEGATOS:

La parte actora en su escrito de alegatos sostuvo que acorde la normativa vigente y la jurisprudencia es dable concluir que la posición de la Corte Suprema de Justicia ha sido uniforme en el sentido de establecer que la presunción en estas situaciones corresponde a la falta de información, cuya prueba está a cargo de los fondos de pensiones privados, y que descendiendo al caso en estudio, la entidades demandadas no lograron demostrar al interior del proceso que hayan informado a la demandante de una forma clara, oportuna y veraz, sobre las ventajas y desventajas de uno u otro régimen.

Colpensiones en su escrito de alegaciones indicó que no hay razón a que se declare la nulidad de afiliación del régimen de ahorro individual con solidaridad de la demandante, en razón a que la afiliación tiene plena validez y legalidad, puesto que no se probó por parte del accionante alguna de las causales como lo es el error la fuerza o el dolo, si no que por el contrario la parte actora confeso haberse afiliado a dicha entidad por lo tanto existió voluntad de trasladarse de régimen pensional.

Finalmente, *Porvenir S.A* solicita se confirme la decisión de primer grado, al encontrarse ajustado a derecho.

V.- CONSIDERACIONES:

5.1 PROBLEMA JURÍDICO:



Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si resulta ineficaz el traslado de régimen pensional.

5.2 DEL CASO EN CONCRETO:

Para desatar el problema jurídico planteado, debe rememorarse que tanto el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, como el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, establecen las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes allí previstos, 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, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

Asimismo, se tiene que, en protección a aquel derecho de libertad de elección de régimen, el legislador previó en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, como consecuencia de su violación, por parte del empleador o cualquier persona natural o jurídica, además de la imposición de multas por las autoridades del Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social, según el caso, el que dicha afiliación es ineficaz, acto de manifestación de voluntad que denuncia el accionante le fuera vulnerado al momento del traslado bajo estudio, al ser persuadido de trasladarse del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin informarle las consecuencias negativas de ello, por lo cual, de establecerse que en efecto no se verificó una debida asesoría que le permitiera ejercer la libre escogencia del régimen pensional, el traslado quedará sin efecto, según el precitado artículo 271 de la Ley 100 de 1993, tal y como lo estableció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL19447 de 2017.

Es menester acotar que las administradoras se ubican en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la seguridad social, lo que le impone el cumplimiento de las obligaciones a su cargo entre las que se encuentra, valga reiterar, la de la debida información, que debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, ofreciendo para ello una ilustración completa y comprensible para tomar la decisión de la elección del régimen pensional, pues de no obrar en tal sentido, puede llegar a afectar el derecho irrenunciable de la seguridad social a los afiliados, la que comprende no solo el derecho en sí mismo estimado como su legítima expectativa valorativa.



Por ello, valga recordar que las AFP, como entidades financieras vigiladas por la Superintendencia Financiera y conforme al numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen. Obligación que se mantuvo con la modificación introducida por el artículo 23 de Ley 795 de 2003 e igualmente, con la Ley 1328 de 2009, respecto del régimen de protección al consumidor financiero.

Ahora bien, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, frente a la obligación de brindar información, concluyó que *“Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido”*.

En la referida providencia, también se analiza el alcance de la jurisprudencia en torno a la ineficacia del traslado, señalando que *“ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información. De hecho, la regla jurisprudencial [...] es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado. Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto”*, criterio último que recientemente se estableció como vinculante, entre otras, en la sentencia de tutela STL3199-2020, Radicación No. 58288 del 18 de marzo de 2020, en la cual se concluyó que:



“[...] las reglas jurisprudenciales sobre ineficacia del traslado no estaban condicionadas a que el afiliado perteneciera al régimen de transición, tuviera un derecho consolidado o una expectativa legítima de pensionarse, pues la Corte ya había señalado que este hecho era irrelevante”.

De igual manera, en la referida providencia, se consignó frente a la carga de la prueba, que:

“Esta Corporación en ninguna sentencia ha insinuado o expresado que la carga de la prueba del deber de información, a cargo de los fondos privados de pensiones, pueda relativizarse en función de las particularidades de cada caso o dependiendo de si el demandante es o no beneficiario del régimen de transición. Por el contrario, ha insistido en que pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento”.

En ese orden de ideas, debe acotarse que cuando se alega la nulidad y/o ineficacia del traslado del régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al Fondo de Pensiones, independientemente de las particularidades del caso o si se es o no beneficiario del régimen de transición, hechos estos últimos que resultarían irrelevantes para la aplicación del precedente antes referido.

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso se aportó el formulario de afiliación del 5 de mayo de 1995 (Fl. 97), como los otros formularios de afiliación (fls. 98-102) los cuales, si bien refiere que la decisión se adoptó libre y voluntariamente, no acredita que en efecto se haya suministrado la información oportuna y veraz, máxime que, tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *“Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado”.*

Por otra parte, en el interrogatorio de parte la accionante no confesó que se le haya suministrado la información, ni tampoco dio cuenta de ello la prueba testimonial, y en ese orden de ideas, al no haberse acreditado el cumplimiento de las obligaciones



del Fondo Privado, se debe revocar la decisión de primer grado a fin de declarar la ineficacia del traslado, lo cual conlleva, de manera consecucional, la ineficacia de los traslados posteriores que verificó en el Régimen de Ahorro Individual con solidaridad, y que se mantenga la afiliación inicial al Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

Lo anterior además apareja como consecuencia el deber de devolución de los emolumentos que se hayan percibido el Fondo Pensional, incluyendo las cotizaciones, cuotas de administración, primas de aseguradoras y rendimientos, dado que, ante la ineficacia de la afiliación o traslado de régimen, no ostentan de soporte legal. En lo atinente a la devolución de los gastos de administración, debe referirse que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló:

“La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

“Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora esta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.”

De igual manera, en sentencia SL638-2020, Radicación No. 70050 del 26 de febrero de 2020, refirió:

“Respecto a los efectos que produce la ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, encuentra la Sala que estos consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, lo que apareja que Colfondos S.A. deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales”.

Por lo anterior, al estimarse como nunca realizado el traslado, no existe razón para que no se verifique la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores, los cuales, deben retornar de manera íntegra a *Colpensiones*, pues dichos montos pertenecen al Sistema general de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión.

Finalmente, en lo tocante a la excepción de prescripción propuesta por las convocadas a juicio, tal como lo estableció el máximo órgano de cierre, en la sentencia



SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, *“la acción de ineffectividad del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción», motivo por el cual no es dable declarar probada la excepción de prescripción.*

Como corolario de lo anterior se revocará la decisión de primer grado. **SIN COSTAS** en esta instancia, las de primera instancia a cargo de la AFP *PORVENIR S.A.*

VI.- DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 28 de mayo de 2019, por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario de la referencia, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia, para en su lugar;

SEGUNDO: DECLARAR la ineffectividad de la afiliación y traslado realizado por la señora *NANCI NOHEMI RODRIGUEZ RODRIGUEZ*, del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad contenido en el formulario de fecha 25 de mayo de 1995, tramitado por *HORIZONTES PENSIONES Y CESANTIAS hoy AFP PORVENIR S.A* y los traslados efectuados con posterioridad en el RAIS.

TERCERO: CONDENAR a la AFP *PORVENIR S.A.*, a trasladar a *COLPENSIONES*, la totalidad de los valores depositados en la cuenta de ahorro individual de la demandante, dineros que deben incluir todos los rendimientos, gastos de administración y primas de aseguradoras que se generen hasta que se haga efectivo dicho traslado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, administrado por *COLPENSIONES*.

CUARTO: CONDENAR a *COLPENSIONES*, a reactivar sin solución de continuidad la vinculación como afiliada de la señora *NANCI NOHEMI RODRIGUEZ RODRIGUEZ*, desde la fecha de la afiliación inicial al Régimen de Prima Media.



QUINTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones de mérito elevadas por las demandadas.

SEXTO: SIN COSTAS en esta instancia. Las de primera a cargo de la AFP *PORVENIR S.A*

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOLYA MILLÁN
Magistrado

RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
Sala de Decisión Laboral

Ordinario Laboral 11001310 50 31 2018 00347 01
Demandante: BERNEIR MATJHON MELO RODRÍGUEZ
Demandado: AFP PORVENIR Y OTROS
Magistrado Ponente: **DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá, D.C., treinta (30) de julio de dos mil veinte (2020).

SENTENCIA:

Procede la sala a estudiar el recurso de apelación elevado por la parte actora, contra la sentencia proferida el 20 de junio de 2019 por el Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá.

I.- ANTECEDENTES:

1. DE LA DEMANDA:

El señor *Berner Matjhon Melo Rodríguez* instauró demanda ordinaria laboral para que se declare que tiene derecho a que se le reconozca la pensión de sobrevivientes, por el fallecimiento de su cónyuge a partir del 26 de febrero de 2016, debiéndose pagar el retroactivo desde dicha data, más los intereses moratorios establecidos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 y las condenas *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTOS FÁCTICOS:

Como sustento de sus pretensiones, indicó que inició una relación sentimental en abril de 2005 con la causante *Sandra Patricia Gómez Arévalo*, fijando su domicilio en Quito - Ecuador; que a la causante le fue diagnosticado cáncer de mama en febrero de 2013 y por recomendaciones médicas fijaron como nuevo domicilio la ciudad de Bogotá; que el 19 de diciembre de 2015 contrajeron matrimonio en la ciudad de Bogotá; que el 25 de febrero de 2016 la *Señora Sandra Patricia Gómez Arévalo* falleció; que la causante cotizó al Sistema General de Pensiones en



Porvenir S.A. desde el 1º de noviembre de 2002 hasta febrero de 2016; que el 18 de agosto de 2016 presentó reclamación de prestaciones económicas a la AFP *Porvenir S.A.*, no obstante no ha sido resuelta a la fecha; que el 1º de marzo de 2017 presentó derecho de petición solicitado información sobre la reclamación interpuesta, frente a lo cual le indicaron que los padres de la causante reclamaron el derecho pensional; finalmente, precisa que la AFP no realizó la investigación pertinente en aras de verificar la existencia de otros beneficiarios.

1.2 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La AFP *Porvenir* se opuso a la prosperidad de todas las pretensiones manifestando que según el artículo 74 de la ley 100 de 1993, no solo se exige que se cumpla la densidad de semanas para que se deje causado el derecho a una pensión de sobrevivientes, sino que se necesita que la parte demandante demuestre y pruebe la convivencia real y efectiva con la causante, por lo que el demandante no acreditó los requisitos de ley

Propuso como medios exceptivos los que denominó inexistencia de la obligación por ausencia de los presupuestos y requisitos legales para tener derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes, cobro de lo no debido, prescripción, buena fe, compensación y la innominada o genérica.

Mediante auto del 14 de septiembre de 2018, el Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá, ordenó vincular como parte demandada a los señores *Isabel Arévalo Romero* y *José Francisco Gómez Melo* en calidad de litisconsortes necesarios (Fl 98).

El 21 de marzo de 2019 en el Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá, declaró ante el fallecimiento de la vinculada, la sucesión procesal de *Isabel Arévalo Romero* a su hijo *Francisco Javier Gómez Arévalo* (Fl. 142).

Los vinculados se opusieron a la prosperidad de las pretensiones manifestando que la causante había arribado a Bogotá el 26 de febrero de 2013 y había permanecido en la casa de sus progenitores hasta el día de su fallecimiento, recibiendo solo visitas del señor *Berneir Matjhon Melo Rodríguez* cada 2 o 3 meses,



por lo cual no reúne los requisitos exigidos. Proponiendo como único medio exceptivo la genérica.

II.- SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá, en audiencia surtida el 20 de junio de 2019 absolvió a la demandada de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra.

Como sustento de su decisión el *a-quo* consideró que, si bien la causante dejó causado el derecho pensional, en tanto se logró acreditar que cotizó más de 50 semanas dentro de los 3 años anteriores a su fallecimiento, el demandante no logró acreditar los 5 años de convivencia anteriores al fallecimiento exigidos por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, conclusión a la cual arribó con fundamento en la prueba testimonial y el Registro Civil de Matrimonio. Igualmente, se constató con el interrogatorio de parte de *José Francisco Gómez Melo y Francisco Javier Gómez Arévalo*, que tampoco existió dependencia económica respecto de los padres.

III. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión de primera instancia, la parte actora presentó recurso de apelación, aduciendo en síntesis que conforme con el artículo 74 de la Ley 100 de 1993 la parte actora al momento del fallecimiento tenía 37 años de edad, cumpliendo de esta manera con el primer requisito. Respecto de los 5 años de convivencia con anterioridad a la muerte del causante, señaló que estos aplicaban cuando el causante ostentaba la calidad de pensionado y en este caso no era así.

Seguidamente solicitó que, por vía de excepción de inconstitucionalidad y aplicación del principio de progresividad, con el fin de materializar el artículo 48 de la Constitución Nacional y teniendo en cuenta la sentencia de la Corte Suprema de Justicia SL 36641, se procediera a revocar la sentencia de primera instancia.

Finalmente manifestó que, en caso de que el tiempo exigido fuera de 5 años de convivencia, se le diera aplicación al artículo 78 de la Ley 100 de 1993 y se ordenara la devolución de saldos.



IV. ALEGATOS

El demandante en su escrito de alegaciones insiste en que se revoque la sentencia de primera instancia, aduciendo que si bien convivió con la causante por espacio de 3 años y 8 meses, se debe tener en cuenta que el espíritu del legislador en la Ley 797 de 2003 al introducir el requisito de convivencia de cinco (5) años, lo hizo frente a la sustitución pensional, por lo que al haber convivido por espacio de más de 2 años le asiste el derecho a obtener la pensión conforme lo indicado en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia del 2 de marzo de 1999, Radicación 11245 y del 14 de junio de 2011, Radicación 31605.

Agrega que en la interpretación normativa debe prevalecer el mandato de progresividad del derecho a la seguridad social y que toda exclusión del Sistema de Seguridad Social, de un grupo poblacional previamente incluido en el mismo, implica un retroceso en el deber del Estado de asegurar coberturas universales de los contenidos mínimos de los derechos económicos sociales y culturales y por ende desconoce los artículos 1°, 2°, 13, 48 y 53 constitucionales. Por lo que solicita a la Sala considerar las particulares condiciones del caso, esto es la comunidad de vida de la causante y su cónyuge, el apoyo económico, la asistencia solidaria y el acompañamiento espiritual, a la par de una convivencia real efectiva y afectiva durante los años anteriores al fallecimiento, debiéndose reconocer a favor del demandante la pensión pretendida.

A su turno, los señores José Francisco Gómez Melo y Francisco Javier Gómez Arévalo a través de su apoderada, hacen un recuento sucinto de lo sucedido a lo largo del proceso y reiteran que se debe confirmar la sentencia emitida por la Juez 31 Laboral del Circuito de Bogotá, teniendo en cuenta los argumentos expuestos de su momento de forma verbal, pues el demandante no logró demostrar los requisitos que establece el artículo 13 de la ley 797 de 2013.

V. CONSIDERACIONES:

5.1 PROBLEMA JURÍDICO:

Sin que se advierta causal que invalide lo actuado, es del resorte de la Sala establecer si el demandante *Berneir Matjhon Melo Rodríguez* es beneficiario de la pensión de sobrevivientes de la causante *Sandra Patricia Gómez Arévalo*.

5.2 DE LA CAUSACIÓN DE LA PENSIÓN:

En aras de desatar la litis planteada, lo primero que debe precisar la Sala es que acorde el criterio jurisprudencial, la pensión de sobrevivientes debe ser analizada a la luz de la norma vigente para la fecha de fallecimiento del causante. En tal media, como quiera que la señora *Sandra Patricia Gómez Arévalo* falleció el 25 de febrero de 2016, acorde se verifica en el certificado de defunción obrante a folio 31, la norma aplicable es la Ley 797 de 2003, por medio del cual se modificó la ley 100 de 1993.

Ahora, en lo que respecta a los requisitos para causación de la pensión de sobreviviente se tiene que, en tratándose de afiliados al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, como en el caso de la causante los requisitos para acceder a la pensión de sobrevivientes, acorde lo prevé el artículo 74 de la ley 100 de 1993, serán los establecidos en el artículo 46 de la misma norma que a su turno, fue modificado por el artículo 12 de la ley 797 de 2003, estableciendo:

“Tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes: (...)

“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 (...).”

Ahora, al descender al *sub-examine*, se evidencia en el expediente administrativo (Fls.76 a 79) que la causante cotizó más de 50 semanas dentro de los tres últimos años inmediatamente anteriores al fallecimiento, por lo tanto, dejó causado el derecho a la pensión de sobrevivientes.

5.3 BENEFICIARIOS DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES:

En lo que a este tópico comporta, es menester de la Sala estarse a lo dispuesto en el artículo 74 de la ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la ley 797, en los siguientes términos:



“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).”

Luego a la luz de lo dispuesto en la norma en cita, resulta dable afirmar que el cónyuge o compañero permanente que pretenda acceder a la pensión de sobrevivientes de un afiliado de forma vitalicia, le corresponde acreditar que cuenta con 30 o más años de edad, o que ha procreado hijos con el causante.

Siendo del caso precisar que en lo tocante al requisito de los 5 años de convivencia la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral en reciente pronunciamiento efectuado en la sentencia SL1730-2020, Radicación No 77327, del 3 de junio del 2020, precisó que el mismo no resultaba exigible al cónyuge o compañero permanente *superstite* del afiliado, al explicar:

“En relación con el objeto de la controversia, la doctrina reiterada de la Corte, entre otras, en las sentencias CSJ SL 32393, 20 may. 2008, CSJ SL 45600, 22 ag. 2012, CSJ SL793-2013, CSJ SL1402-2015, CSJ SL14068- 2016, CSJ SL347-2019, ha sido enfática en señalar, que la convivencia mínima requerida para ostentar la calidad de beneficiario de la pensión de sobrevivientes, tanto para cónyuge como para compañero o compañera permanente, es de cinco (5) años, independientemente de si el causante de la prestación es un afiliado o un pensionado.

“Como consecuencia de la nueva integración de la Sala, se considera oportuno reevaluar la referida posición jurisprudencial, para sentar una nueva doctrina frente a la correcta interpretación de lo dispuesto en el literal a) del art. 13 de la Ley 797 de 2003, que se armonice con los fines del Sistema Integral de Seguridad Social en general, y de la pensión de sobrevivientes en particular, así como con las razones que llevaron a establecer el requisito mínimo de convivencia allí previsto, y conforme a ellas, bajo qué presupuesto debía operar. (...)



“Y es que, de la redacción del precepto legal, se itera, el literal a) del art. 13 de la Ley 797 de 2003, que modificó el art. 47 de la Ley 100 de 1993, se advierte con suma claridad y contundencia que la exigencia de un tiempo mínimo de convivencia de 5 años allí contenida, se encuentra relacionada únicamente al caso en que la pensión de sobrevivientes se causa por muerte del pensionado; una intelección distinta, comporta la variación de su sentido y alcance, toda vez que, no puede desconocerse tal distinción, que fue expresamente prevista por el legislador en la norma acusada, (...)”

*“(...)Desde la expedición de la Ley 100 de 1993, ha sido clara la intención del legislador al establecer una diferenciación entre beneficiarios de la pensión de sobrevivientes por la muerte de **afiliados** al sistema no pensionados, y la de **pensionados**, esto es, la conocida como sustitución pensional, previendo como requisito tan solo en este último caso, un tiempo mínimo de convivencia, procurando con ello evitar conductas fraudulentas, «convivencias de última hora con quien está a punto de fallecer y así acceder a la pensión de sobrevivientes», por la muerte de quien venía disfrutando de una pensión.*

“La evidente y contundente distinción efectuada por el legislador en el precepto que se analiza, comporta una legítima finalidad, que perfectamente se acompasa con la principal de la institución que regula, la protección del núcleo familiar del asegurado o asegurada que fallece, que puede verse afectado por la ausencia de la contribución económica que aquel o aquella proporcionaba, bajo el entendido de la ayuda y soporte mutuo que está presente en la familia, que ya sea constituida por vínculos naturales o jurídicos, que en todas sus modalidades se encuentra constitucionalmente protegida, como núcleo esencial de la sociedad (art. 42 CN).

*“En este punto resulta necesario precisar, que 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.***

“Lo anterior comporta también que, contrario a lo considerado por el Tribunal, para efectos de la aplicación de lo dispuesto en el literal a) del art. 13 de la Ley 797 de 2003, no hay lugar a efectuar ninguna distinción entre beneficiarios de un mismo tipo de causante, para el caso un afiliado, esto es, según la forma en la que se constituya el núcleo familiar, si lo es por vínculos jurídicos o naturales, en tanto éste, es decir, el núcleo familiar, es lo que protege el Sistema General de Seguridad Social. Así lo recordó la Corte Constitucional, en el análisis de constitucionalidad efectuado al art. 163 de la Ley 100 de 1993, antes de ser modificado por el art. 218 de la Ley 1753 de

2015, en la sentencia CC C-521-2007, que en torno al concepto de familia y su protección sin discriminación, (...)

“(...) En cuanto a lo dispuesto en el art. 10 del Decreto 1889 de 1994, que prevé que se considera compañera o compañero permanente para efectos de la pensión de sobrevivientes causada por la muerte de un afiliado, la última persona que haya hecho vida marital con aquel durante un lapso no inferior a dos (2) años, otrora se consideró por la Sala había perdido fuerza con la entrada en vigencia de la Ley 797 de 2003, por ser de mayor jerarquía y prevalecer sobre el aludido decreto (CSJ SL1402-2015), y posteriormente, que no resultaba aplicable por cuanto reglamentó parcialmente la Ley 100 de 1993, en su versión primigenia, no así la Ley 797 de 2003 (CSJ SL347-2019). En esta oportunidad, recoge esta última tesis la Sala, para precisar que el Decreto 1889 de 1994 reglamentó parcialmente las normas del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, por lo que cobijaba las modificaciones a las mismas, siempre que no resultara contrario a ellas.

“Empero, como el decreto reglamentario no puede ir más allá de lo dispuesto en la ley, imponiendo requisitos que superen lo legalmente establecido, como lo hizo en su artículo 10, que no está por demás indicar fue subrogado por el artículo 2.2.8.2.3 del Decreto Único Reglamentario 1833 de 2016, se considera que, para determinar quién ostenta la calidad de compañera o compañero permanente de un afiliado, a efectos de lo dispuesto en el literal a) del art. 13 de la Ley 797 de 2003, que modificó el art. 47 de la Ley 100 de 1993, debe acudirse a la noción constitucional de familia, en la forma en la que ha sido ampliamente analizada por la Corte Constitucional, entre otras, en la providencia citada.

“Con lo anterior, la Sala fija el verdadero alcance de la disposición acusada, a la luz del precepto constitucional de favorabilidad, in dubio pro operario, esto es, que la convivencia mínima de cinco (5) años, en el supuesto previsto en el literal a) del art. 13 de la Ley 797 de 2003, solo es exigible en caso de muerte del pensionado”. (Negrillas fuera de texto)

Corolario de lo hasta aquí indicado, diáfano resulta colegir que en tratándose del fallecimiento de un afiliado, al cónyuge o compañero permanente le basta con acreditar que cumple con la referida calidad, bajo la conformación de un núcleo familiar con vocación de permanencia, conforme la noción de familia establecida por la Corte Constitucional. Sin que sea dable para este tipo de casos exigir la acreditación de los 5 años de convivencia, como hasta la fecha se venía haciendo, *motivo por el cual se recoge cualquier criterio contrario que se haya expuesto con anterioridad.*

Bajo esta perspectiva, procedió la Sala a realizar un análisis del acervo probatorio, logrando corroborar que el aquí demandante *Berner Matjhon Melo Rodríguez*, contrajo nupcias con la causante el 19 de diciembre de 2015, según da cuenta el registro civil de matrimonio obrante a folio 30.

Así mismo, se tiene que el libelista en el curso de su interrogatorio de parte manifestó que fijó su domicilio en Ecuador y convivió con la causante desde el año 2012, hasta que la finada fue diagnosticada con un cáncer de mama en el año 2013, a razón del cual se trasladó a vivir a la ciudad de Bogotá, data desde la cual venía a visitarla a Colombia y ella viajaba a Ecuador, contrayendo nupcias el 19 de diciembre de 2015. Dicho que fue confirmado, con los testimonios rendidos por los señores *Verónica Isabel Tapias, Andrés Fernando Hernández, Karen Melo, Erika Marcela García y René Valenzuela Ramírez*.

De esta manera, no existe duda alguna en que el demandante ostenta la calidad de cónyuge de la causante y que dicho vínculo fue celebrado con el ánimo de conformar una familia con vocación de permanencia, sin que tal supuesto pueda ser permeado por el hecho de que la pareja no conviviera de forma permanente en razón al estado de salud de la libelista, en tanto incluso el señor *José Francisco Gómez Melo* padre de la causante, en su interrogatorio de parte, precisó que la causante vivía en Bogotá a razón de su tratamiento médico, pero que se hablaba diariamente por teléfono con el libelista y que este, siempre estuvo pendiente del tratamiento, a más que la visitaba cada mes o dos meses, lo cual evidencia la existencia de ayuda mutua y acompañamiento, propia de quienes tiene la intención de conformar una familia.

En claro lo enunciado, habrá de ser revocado el fallo de primera instancia para en su lugar condenar a la convocada a juicio a reconocer y pagar la pensión de sobrevivientes al señor *Berneir Matjhon Melo Rodríguez* en calidad de cónyuge de la causante a partir del 25 de febrero de 2016.

En lo concerniente a la cuantía, se tiene que conforme lo dispone el artículo 73 de la Ley 100 de 1993, su monto deberá ser tasado acorde lo reglado en el artículo 48 de la misma norma. No obstante, no le es dable a esta Corporación efectuar los cálculos de rigor en aras de establecer su cuantía, como quiera que para ello se requiere previamente que el demandante escoja la modalidad pensional que desee, según lo establece el artículo 79 de la ley 100 de 1993, el cual dispone:

“Las pensiones de vejez, de invalidez y de sobrevivientes, podrán adoptar una de las siguientes modalidades, a elección del afiliado o de los beneficiarios, según el caso:

- a) Renta vitalicia inmediata;*
- b) Retiro programado;*



- c) *Retiro programado con renta vitalicia diferida; o*
- d) *Las demás que autorice la Superintendencia Bancaria"*

Siendo ello así, se ordenará a la convocada a juicio a reconocer al actor la pensión de sobrevivientes a partir del 25 de febrero de 2016, bajo la modalidad que este escoja según lo dispuesto en la norma en precedencia, teniendo en cuenta para la fijación de su monto lo previsto en los artículos 73 y 48 de la ley 100 de 1993.

5.3 INTERESES MORATORIOS

Anhela el demandante el reconocimiento y pago de los intereses moratorios establecidos en el artículo 141 de la ley 100 de 1993, dada la negativa de la encartada respecto del reconocimiento pensional, los cuales se causan por la falta de reconocimiento y cancelación oportuna de la prestación.

No obstante, debe recordarse que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral en sentencia SL 787-2013, Radicación No 43602 del 6 de noviembre del 2013, morigeró el criterio frente a su imposición, al considerar que existe justificación cuando la negativa de la entidad se funda en un *respaldo normativo, sin los alcances que en su momento pueda darse por las autoridades judiciales en su interpretación de las normas sociales*, pues su conducta estaría regida por el estricto cumplimiento de las normas que gobiernan la materia.

En tal sentir, justo resulta recabar en que el derecho pensional hoy reclamado, fue concedido en razón al nuevo criterio jurisprudencial, plasmado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL1730-2020, Radicación No 77327, del 3 de junio del 2020; por manera que no puede endilgarse dislate alguno a la decisión adoptada por la AFP al momento de denegar la prestación. De suerte, que no se accederá al reconocimiento y pago de los intereses moratorios.

Por las razones expuestas se confirmará la sentencia de primera instancia. **SIN COSTAS** en esta instancia. Las de primera instancia correrán a cargo de COLPENSIONES.



VI.- DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 20 de junio de 2019, por el Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá D.C. dentro del proceso de la referencia, para en su lugar condenar a la AFP PORVENIR S.A a reconocer y pagar al señor BERNEIR MATJHON MELO RODRÍGUEZ la pensión de sobrevivientes de la causante SANDRA PATRICIA GÓMEZ AREVALO, a partir del 25 de febrero de 2016, bajo la modalidad que este escoja según lo dispuesto en el artículo 79 de la ley 100 de 1993, teniendo en cuenta para la fijación de su monto lo previsto en los artículos 73 y 48 de la ley 100 de 1993, acorde lo indicado en la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO: ABSOLVER a COLPENSIONES del pago de los intereses moratorios acorde lo indicado en la parte motiva de la presente decisión.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia. Las de primera instancia correrán a cargo de COLPENSIONES.

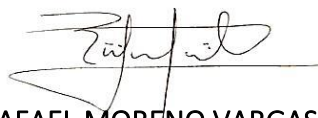
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
Sala de Decisión Laboral

Ordinario Laboral 1100131050 03 **2018 00635 01**
Demandante: LUIS HERNANDO PEDREROS RUÍZ
Demandado: COLPENSIONES
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá, D.C., treinta (30) de julio de dos mil veinte (2020).

AUTO:

Teniendo en cuenta la sustitución del poder allegada al proceso, se reconoce personería Adjetiva para actual al Dr. Michael Cortázar Camelo, identificado con C.C No 1.032.435.292 y T.P 289.256 del C.S.J, en calidad de apoderado de la ADMINISTRADORA COLOMBIA DE PENSIONES – COLPENSIONES.

SENTENCIA:

Procede la Sala a desatar el recurso de apelación presentando por la parte demandante en contra de la sentencia del 11 de junio de 2019, proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá.

I. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor *Luis Hernando Pedreros Ruíz* formuló demanda ordinaria laboral para que se declare que tiene derecho a la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez debidamente liquidada de acuerdo al artículo 37 de la Ley 100 de 1993 tomando la simultaneidad de tiempos cotizados, al pago de los intereses de mora de conformidad con lo establecido en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, y las condenas *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:



Como fundamento de sus pretensiones, manifestó que nació el 28 de diciembre de 1951; que a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 contaba con 42 años siendo beneficiario del régimen de transición; que acreditó un total de 905.71 semanas cotizadas por empleadores del sector privado; que prestó servicio militar con el Ministerio de Defensa Nacional por un espacio de 20 años, 5 meses y 3 días cumpliendo los requisitos para ser beneficiario de la pensión de jubilación por parte de la entidad; que solicitó a *Colpensiones* la pensión de vejez con tiempos privados y del sector público; que *Colpensiones* en Resoluciones GNR 183855 del 16 de julio de 2013 y GNR 207363 del 11 de julio de 2015 negó la pensión de vejez; que el 31 de julio de 2015 interpuso recurso de reposición y en subsidio de apelación, ante lo cual *Colpensiones* dio respuesta manifestando que si bien era beneficiario del régimen de transición, no contaba con las semanas de cotización, haciéndole saber que podía optar por seguir cotizando hasta completar los requisitos de pensión o en su defecto podía presentar solicitud de indemnización sustitutiva de la pensión de acuerdo con el artículo 37 de la Ley 100 de 1993; que el 12 de marzo de 2018 presentó solicitud de indemnización sustitutiva de pensión de vejez y *Colpensiones* a través de Resolución 113497 del 27 de abril de 2018 negó el reconocimiento de la indemnización sustitutiva; que elevó recurso de apelación en contra de la Resolución 113497 del 27 de abril de 2018 la cual fue nuevamente confirmada por *Colpensiones* el 22 de mayo de 2018; que radicó derecho de petición solicitando aclaración al Ministerio de defensa Nacional si en la jubilación reconocida se tuvieron en cuenta los tiempos cotizados en el sector privado, ante lo cual la entidad hizo claridad que la pensión de jubilación solo había sido reconocida con tiempos públicos.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

Colpensiones se opuso a la totalidad de las pretensiones manifestando que la pensión de jubilación reconocida a la parte demandante por el Ministerio de Defensa y la indemnización sustitutiva de pensión de vejez que pretendía que reconociera *Colpensiones* en cumplimiento del artículo 37 de la Ley 100 de 1993 eran incompatibles, habida consideración que conforme al artículo 128 de la Constitución Nacional nadie puede recibir más de una asignación que provenga del erario público.

Formuló como medios exceptivos los que denominó prescripción y caducidad, declaratoria de otras excepciones, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios, cobro de lo no debido e inexistencia de la obligación y del derecho por falta de causa y título para pedir.



II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 11 de junio de 2019, absolvió a *Colpensiones* de todas y cada una de las pretensiones. Para arribar a dicha conclusión consideró el *a-quo* que la pensión se venía disfrutando desde el 30 de julio de 2010, por haber laborado 20 años, 5 meses y 3 días, como auxiliar de servicio grado 7 del Ejército Nacional, pensión de jubilación que resulta ser incompatible con la indemnización sustitutiva dado que la indemnización sustitutiva y las devoluciones de saldo solo procedían como garantía subsidiaria, en caso de no haberse cumplido las exigencias legales para acceder a la pensión, bien sea en el RPM o en el de ahorro individual, por lo que el reconocimiento de dicha indemnización solo se da en los casos que el afiliado no tenga causada la pensión de jubilación o de vejez.

Finalmente, que no era posible hacer el cálculo de la liquidación sustitutiva de la pensión con todas las semanas que se cotizaron en forma simultanea tanto en el sector público como en el sector privado, pues el inciso 4° del artículo 17 de la Ley 549 de 1999, dispone que todos los tiempos laborados y cotizados en el sector público y los cotizados al ISS serán utilizados para financiar la pensión, por lo tanto los tiempos cotizados en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida sería destinados para financiar la prestación que le reconoció el Ministerio de Defensa.

III. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior decisión, la parte demandante indicó que cumplía con los requisitos del artículo 37 de la Ley 100 de 1993 para acceder a la indemnización sustitutiva toda vez que cumple con la edad y manifestó su imposibilidad de cotizar, cuando no cumplió con todas las semanas que se exige para la pensión de vejez.

En cuanto a la incompatibilidad, el Ministerio de Defensa aclaró que existía un fondo que financió la prestación en su totalidad y que no contempló ningún aporte del ISS hoy *Colpensiones*, por lo tanto, los aportes que realizó el actor con entidades privadas mes a mes no son incompatibles, dado esto, le corresponde a *Colpensiones* reconocer la indemnización sustitutiva.

Seguidamente, citó la sentencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia del 27 de enero de 1995, señalando que en la misma se aclaró lo relacionado con la



compatibilidad del origen o concepto distinto, pues una pensión obedece a servicios prestados por el Estado Colombiano y la otra, es por lo aportes que se realizaron con entidades privadas.

Finalmente, señaló que la Corte Constitucional en sentencia T-238 de 2009 manifestó que las normas favorables prevalecían a favor del trabajador, ya que la indemnización sustitutiva prevista en el artículo 37 de la Ley 100 de 1993 no dispuso un límite temporal para su aplicación, por lo tanto, son beneficiarios las personas que cotizaron o prestaron sus servicios con anterioridad.

IV. ALEGATOS

El demandante indicó que la asignación por retiro fue reconocida teniendo el tiempo reportado en su hoja de servicios enviada por la respectiva Fuerza Pública, en la cual, no se encuentran reportados los tiempos cotizados a *Colpensiones*, luego no se encuentran los aportes realizados o cotizados en el sector privado. Asimismo, reitera que cumple con los requisitos para acceder a la indemnización sustitutiva, acorde lo dispuesto en el artículo 37 de la Ley 100 de 1993. Agrega que se encuentra dentro de un grupo exceptuado de aplicación de la Ley 100 de 1993, como se prevé en su artículo 279 y el artículo 19 de la Ley 4ª de 1992. Finalmente, reitera que en la Jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia se ha definido que los pagos efectuados por el Instituto de Seguros Sociales a sus afiliados no constituyen asignación del tesoro público, en tanto los aportes que sirven para su financiación no tienen origen en fondos de naturaleza pública, por manera que no existe impedimento para que deje de percibir su pensión de jubilación y a la vez, pueda obtener la indemnización reclamada.

A su turno, *Colpensiones* manifestó que en el presente caso no es dable acceder a las pretensiones impetradas por el demandante; ello, por cuanto, al demandante le fue reconocida la pensión de jubilación por parte del Ministerio de Defensa Nacional por medio de la Resolución No. 20 del 14 de enero de 2011, a partir del 30 de julio de 2010, lo que conlleva aplicación de la Ley 549 de 1999, artículo 17 inciso 4, y del Decreto 2527 del año 2000 en su artículo 2º, habida cuenta que dichos marcos normativos señalan que la totalidad de las cotizaciones realizadas por los afiliados, ya sea en el sector público o privado, constituyen el patrimonio que será empleado para efectos de financiar las respectivas prestaciones requeridas, y bajo tales circunstancias se concluye que al ser las cotizaciones parte integrante del “*patrimonio*” del individuo,



no puede pretenderse que las cotizaciones se dividan o no sean tenidas en cuenta en su conjunto.

V. CONSIDERACIONES:

5.1 PROBLEMA JURÍDICO:

Sin que se advierta causal que invalide lo actuado y encontrándose reunidos los presupuestos procesales, corresponde en esta instancia determinar si el demandante tiene derecho al pago de la indemnización sustitutiva y si esta resulta compatible con la pensión de jubilación que le fue concedida por el Ministerio de Defensa Nacional.

5.2 DEL CASO EN CONCRETO:

a) Sobre la compatibilidad:

Sabido es que, por mandato Constitucional, ninguna persona tiene la facultad de percibir más de una asignación del erario público y así quedó consagrado en el artículo 128 de la nuestra Carta Política. Con todo, el artículo 19 de la Ley 4ª de 1992, al desarrollar dicho mandato de carácter constitucional, consagró 7 excepciones, así:

“Nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público, ni recibir más de una asignación que provenga del Tesoro Público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado. Exceptúense las siguientes asignaciones:

- a) Las que reciban los profesores universitarios que se desempeñen como asesores de la Rama Legislativa;*
- b) Las percibidas por el personal con asignación de retiro o pensión militar o policial de la Fuerza Pública;***
- c) Las percibidas por concepto de sustitución pensional;*
- d) Los honorarios percibidos por concepto de hora-cátedra;*
- e) Los honorarios percibidos por concepto de servicios profesionales de salud;*
- f) Los honorarios percibidos por los miembros de las Juntas Directivas, en razón de su asistencia a las mismas, siempre que no se trate de más de dos juntas;*
- g) Las que a la fecha de entrar en vigencia la presente Ley benefician a los servidores oficiales docentes pensionados.” (Negrillas fuera de texto)*

De otra parte, vale la pena recordar en lo tocante a la naturaleza jurídica de las semanas cotizadas al ISS hoy *Colpensiones*, que dicha entidad se encarga de administrar un fondo común que no hace parte del tesoro público, como lo explicó la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral en sentencia SL 5183 del 2019, en la que estableció:



“[...] esta Corporación ha dicho que las prestaciones que tienen su fuente en el sistema general de pensiones, no provienen del tesoro público, pues sus recursos ostentan la condición de parafiscales, ya que los mismos son un patrimonio de afectación, es decir, los bienes que lo conforman se destinan a la finalidad que indica la ley; en tal sentido, sobre esos patrimonios no puede ejercerse disposición alguna, razón por la cual, solo se otorga el carácter de administradoras a las entidades que conforman los diferentes regímenes (artículos 52 y 90 de la ley 100 de 1993), a quienes se confía su gestión.

“De tal manera, aun cuando el Instituto de Seguros Sociales, es el encargado de reconocer y pagar las pensiones de vejez, invalidez o sobrevivientes, esta es una situación que no apareja la propiedad del fondo económico con el que se financian esas prestaciones, pues se reitera, solo actúa como su administrador; además, aun cuando en la Constitución Política se hace una distinción de las entidades que contribuyen a conformar el tesoro público, entre ellas, las descentralizadas (de las que hace parte el ISS, por ostentar el carácter de empresa industrial y comercial del estado), solo integran dicho erario los bienes y valores que le sean propios, y como las reservas pensionales, no son de su propiedad, no hacen parte de ese concepto. Al efecto puede consultarse las sentencias CSJ SL, 27 Feb 2003, Rad. 37453, CSJ SL, 6 mayo 2010, Rad. 37453, y CSJ SL, 19 nov. 2013, Rad. 41306”.

En igual sentido, en la sentencia SL 5118 de 2019, precisó:

*“No implicaba alguna vulneración de la prohibición constitucional de recibir dos o más asignaciones del tesoro público, pues, como ha explicado la Sala, «...los dineros con que se sufragan las pensiones de vejez otorgadas por el ISS proceden de un fondo común, **que no ostenta naturaleza pública**, luego entonces no se configura la prohibición de que da cuenta el artículo 128 de la CN, siendo totalmente procedente la compatibilidad de ambas prestaciones”. (Negrilla fuera del texto original).*

En el *sub-examine*, se tiene por sentado que el Ministerio de Defensa le reconoció al demandante la pensión mensual de jubilación mediante la Resolución No. 20 del 14 de enero de 2011, reliquidada con la Resolución No 1519 del 1° de junio de 2011 (Fls 36 - 37). Misma, que acorde lo indicado en la misiva de folio 38, le fue concedida con base en el Régimen Prestacional Civil del Ministerio de Defensa y de Policía Nacional establecido en el Decreto 1214 de 1990, teniendo en cuenta el tiempo reportado en su hoja de servicios, en los cuales no se encuentran los tiempos cotizados al ISS hoy *Colpensiones*.

Conforme lo hasta aquí enunciado, diáfano resulta colegir que la pensión de jubilación percibida por el aquí accionante si resulta compatible con la indemnización sustitutiva reclamada por el promotor. En claro lo precedente, resulta imperioso para la Sala



proceder a establecer si el demandante reúne los requisitos necesarios para acceder a la indemnización sustitutiva reclamada.

b) De la indemnización sustitutiva:

El artículo 37 de la Ley 100 de 1993, establece que las personas que habiendo cumplido la edad para obtener la pensión de vejez, no hayan cotizado el mínimo de semanas exigidas y declaren su imposibilidad de continuar cotizando, tendrán derecho a una indemnización sustitutiva de pensión de vejez. Norma reglamentada por los Decretos 1730 de 2001 y Decreto 4640 de 2005.

El artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9º de la Ley 797 de 2003, exige para obtener la pensión de vejez en el caso de los hombres, cumplir 60 años de edad. Dicha regla existió hasta el 2013, pues la misma norma contempló que desde el 1º de enero de 2014 se necesitarían 62 años. En cuanto a las semanas exigidas se adoptó un sistema ascendente, empezando con 1000, y desde el 1º de enero de 2005 se dispuso un incremento progresivo hasta llegar a 1300 en el 2015. Con base en esta disposición se analizará la prosperidad de la indemnización sustitutiva de pensión de vejez, teniendo en cuenta los siguientes requisitos:

En cuanto a las semanas cotizadas, se tiene que el actor el 12 de marzo de 2018, solicitó el reconocimiento de la indemnización sustitutiva (Fl. 32), data para la cual contaba con un total de 905,71 entre el 21 de enero de 1970 al 31 de octubre de 2011, como se puede verificar en el resumen de semanas cotizadas (Fls. 12-13). Implica lo anterior, que no alcanzó a cotizar 1300 semanas exigidas por la ley para acceder a la pensión de vejez, cumpliendo así el primer requisito exigido en el artículo 37 de la Ley 100 de 1993.

De igual manera se demostró que el demandante nació el 28 de diciembre de 1951 (Fl. 9), lo que quiere decir que arribó a los 66 años, el mismo día y mes del año 2017, con lo que se colige que también cumplió este requisito; por otra parte la manifestación de la imposibilidad de continuar cotizando, se aportó la documental que lo acredita (Fl. 10), motivo por el cual se arriba a la conclusión de que cumplió con los requisitos exigidos por el artículo 37 de la Ley 100 de 1993 para obtener la indemnización sustitutiva.

En claro el derecho que le asiste al demandante al reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva, y una vez realizadas las operaciones aritméticas correspondientes, corresponde a la suma de \$9.129.809.



Cálculo Toda La Vida Laboral							
AÑO	Nº. Días	IPC inicial	IPC final	Factor de indexación	Sueldo promedio mensual	Salario actualizado	Salario anual
1970	68	0.162	138.854	856.077	\$ 775.15	\$ 663.586.00	\$ 1.504.128.00
1973	275	0.225	138.854	617.914	\$ 450.00	\$ 278.061.00	\$ 2.548.893.00
1974	365	0.279	138.854	497.983	\$ 863.42	\$ 429.970.00	\$ 5.231.302.00
1975	365	0.352	138.854	394.129	\$ 1.138.10	\$ 448.961.00	\$ 5.462.237.00
1976	366	0.415	138.854	334.655	\$ 930.00	\$ 311.229.00	\$ 3.796.994.00
1977	365	0.522	138.854	266.100	\$ 1.744.52	\$ 464.216.00	\$ 5.647.961.00
1978	335	0.672	138.854	206.741	\$ 3.769.79	\$ 779.370.00	\$ 8.702.965.00
1979	365	0.795	138.854	174.578	\$ 5.324.88	\$ 929.607.00	\$ 11.310.219.00
1980	366	1.024	138.854	135.542	\$ 9.856.89	\$ 1.336.023.00	\$ 16.299.481.00
1981	365	1.289	138.854	107.698	\$ 10.804.11	\$ 1.163.579.00	\$ 14.166.878.00
1982	365	1.630	138.854	85.164	\$ 7.470.00	\$ 636.177.00	\$ 7.740.154.00
1983	365	2.022	138.854	68.664	\$ 13.756.85	\$ 944.600.00	\$ 11.492.633.00
1984	365	2.359	138.854	58.870	\$ 26.006.30	\$ 1.530.984.00	\$ 18.626.972.00
1985	365	2.790	138.854	49.770	\$ 31.885.97	\$ 1.586.964.00	\$ 19.308.062.00
1986	365	3.416	138.854	40.645	\$ 35.134.93	\$ 1.428.058.00	\$ 17.374.706.00
1987	365	4.132	138.854	33.606	\$ 45.936.58	\$ 1.543.730.00	\$ 18.782.048.00
1988	366	5.124	138.854	27.097	\$ 31.217.38	\$ 845.886.00	\$ 10.319.809.00
1989	193	6.566	138.854	21.149	\$ 39.686.48	\$ 839.317.00	\$ 5.399.806.00
2011	1	105.237	138.854	1.319	\$ 16.200.000.00	\$ 21.375.039.00	\$ 712.501.00
Total días	5985				Total devengado actualizado a	2018	\$ 184.417.549.00
Semanas Cotizadas S.C.	855.00				Salario Base de La Liquidación Promedio Semanal - S.B.L.P.S.		\$ 215.693.04
					Promedio Ponderado De Los Porcentajes de Cotización P.P.C.		4.951%
					VALOR INDEMNIZACION SUSTITUTIVA a	2018	\$ 9.129.809.00

Tabla Liquidación	
Indemnización sustitutiva	\$ 9.129.809.00
Total	\$ 9.129.809.00

c) Intereses Moratorios

Frente al particular se tiene que los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la ley 100 de 1993, resultan aplicables cuando quiera que exista mora en el pago de las mesadas pensionales, por cuanto la norma expresamente indica:

*“A partir del 1° de enero de 1994, en caso de mora en el pago de las **mesadas pensionales** de que trata esta ley, la entidad correspondiente reconocerá y pagará al pensionado, además de la obligación a su cargo y sobre el importe de ella, la tasa máxima de interés moratorio vigente al momento en que se efectúe el pago.”*
(Negrillas fuera de texto)

Así las cosas, al tenor literal de la norma en cita los mentados intereses, no resultan aplicables en tratándose de mora en el pago de la indemnización sustitutiva o cualquier otro tipo de prestación, diferente a las mesadas pensionales. Por manera que no se encuentra llamado a prosperar el referido pedimento.

d) Prescripción:

En lo tocante a este tópico, es del resorte de esta Corporación precisar que ya la H. Corte Suprema de Justicia Sala Laboral, ha tenido la oportunidad de precisar que a la indemnización sustitutiva se le aplica la misma regla de imprescriptibilidad que a las pensiones, por manera que no podría verse afectada por este fenómeno jurídico. Sobre el particular en sentencia SL 5544 del 11 de diciembre del 2019, con Radicación No



63319, en la cual se reiteró el criterio jurisprudencial adoptado en la sentencia SL 4559 del 2019, en la cual se puntualizó:

“(…)En ese sentido, se tiene que si la pensión de vejez es imprescriptible, también debe serlo su sucedáneo -indemnización sustitutiva-, en tanto ambas prestaciones pertenecen al sistema de seguridad social y revisten tal importancia que su privación conlleva a la violación de derechos ciudadanos.

En el primer caso –la pensión- porque su negación afecta de manera directa la posibilidad de las personas de contar con un ingreso periódico, que garantice una vida digna, con acceso a bienes básicos tales como la alimentación, salud, vivienda, entre otros.

En el segundo –indemnización sustitutiva- porque ese ingreso le permite a las personas que se encuentran en riesgo, ante la falta de una pensión, contar con un dinero que les permita mitigar tal desprotección en la vejez.

Ahora bien, la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción, es decir, a que el reconocimiento de tal garantía se haga de forma íntegra o completa.

En efecto, el calificativo irrenunciable de la seguridad social no procura exclusivamente por el reconocimiento formal de las prestaciones fundamentales que ella comporta, sino que, desde un enfoque material, busca su satisfacción in toto, a fin de que los derechos y los intereses objeto de protección, sean reales, efectivos y practicables.

Por esto, la seguridad social y los derechos subjetivos fundamentales que de ella emanan habilita a sus titulares a requerir, en cualquier momento, a las entidades obligadas a su satisfacción, a fin de que liquiden correctamente y reajusten las prestaciones a las cifras reales, de modo que cumplan los objetivos que legal y constitucionalmente debe tener un Estado social de derecho (CSJSL8544-2016).

En este orden, debe entenderse que así como no son susceptibles de desaparecer por prescripción extintiva esas cuestiones innatas de la pensión, y frente a la cuales esta Corte adoptó la teoría de la imprescriptibilidad, tampoco debe serlo la indemnización sustitutiva, en tanto, es un derecho de carácter pensional, pues comparte la característica básica de ser una garantía que se constituye a través de un ahorro forzoso, destinada a cubrir el riesgo de vejez, invalidez o muerte, según sea el caso.

Desde tal perspectiva, la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez no es una simple suma de dinero o crédito laboral sujeto a las reglas del término trienal, pues, se reitera, a la luz del sistema de seguridad social es una prerrogativa que, al ser el reemplazo o subsidio de la prestación de vejez, tiene un contenido de amparo contra ese riesgo, en tanto le permite a quien por distintas dificultades de la vida no alcanza a pensionarse, reclamar el pago de los aportes realizados en su vida laboral, con el propósito de administrarlos y mitigar la desprotección a la que se enfrenta por no contar con una prestación periódica.

Es por ello, que tal concepto debe recibir el mismo tratamiento de las pensiones desde el punto de vista de su esencia no prescriptible y su conexión con la realización de otros principios y derechos fundamentales, máxime que resulta coherente afirmar que así como el pago de aportes a pensión puede reclamarse a cualquier empleador en todo tiempo, igual ocurre con la devolución de las cotizaciones, que valga la pena, señalar, aunque son del sistema, dejan de serlo una vez el afiliado no cumple con los requisitos pensionales y



manifiesta su imposibilidad de seguir cotizando. De manera, que se convierte en una cuestión de justicia, pues no solo ayudó a construir el capital con su trabajo, sino que también al desaparecer el fin para el cual se sufragaron esos aportes –alcanzar la pensión– es natural que pretenda su reintegro.

Por lo anterior, tales argumentos imponen a la Sala avalar la tesis de la imprescriptibilidad del derecho a la indemnización sustitutiva y, en consecuencia, recoge el criterio jurisprudencial expuesto en las sentencias CSJ SL 26330, 15 may. 2006 y CSJ SL 36526, 23 jul. 2009.” (Subraya la Sala).

Implica lo hasta aquí indicado que la excepción de prescripción alegada por la encartada, adolece de vocación de prosperidad.

Corolario de lo anterior, se revocará en su integridad la decisión adoptada en primera instancia, para en su lugar condenar a la convocada a juicio a reconocer y pagar la indemnización sustitutiva al libelista.

COSTAS: Las de primera instancia correrán a cargo de la demandada. **SIN COSTAS** en esta instancia, por no haberse causado.

VI.- DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 11 de junio de 2019, por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar **CONDENAR** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a reconocer y pagar al señor *Luis Hernando Pedreros Ruiz* la indemnización sustitutiva en cuantía igual a \$ 9.129.809, acorde lo indicado en la parte motiva de la presente decisión.

SEGUNDO: ABSOLVER a COLPENSIONES del pago de los intereses moratorios, conforme lo eludido en precedencia.

TERCERO: DECLARAR no probada la excepción de prescripción.



CUARTO: Las costas de primera instancia correrán a cargo de la demandada. **SIN COSTAS** en esta instancia, por no haberse causado.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



**TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL**

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

Ordinario Laboral 1100131050 09 2018 00036 01
Demandantes: XIMENA ORTEGA FERRO
Demandado: EDIFICIO CENTRO 93
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá, D.C., treinta (30) de julio de dos mil veinte (2020).

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación formulado por la parte demandante en contra de la sentencia del 2 de agosto de 2019, proferida por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá.

I. ANTECEDENTES

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora *Ximena Ortega Ferro*, formuló demanda ordinaria laboral en contra del Edificio *Centro 93 Propiedad Horizontal*, para que se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido desde el 7 de mayo del 2013 hasta el 23 de junio de 2015, cuyo último salario devengado fue \$7.724.710, el cual fue terminado unilateralmente por el empleador sin justa causa seis (6) meses después de haberse interpuesto la queja por acoso laboral.

En consecuencia, se condene al Edificio *Centro 93 Propiedad Horizontal* al reintegro a un cargo de igual o superior jerarquía al que desempeñaba, con el pago de los salarios, las cesantías, los intereses a las cesantías, las vacaciones y primas de servicios causados y no pagados desde el 23 de junio de 2015 hasta la fecha de su reintegro teniendo como



salario base el valor de \$7.724.710 debidamente indexado; el pago de la indemnización moratoria, la indemnización por no consignación de cesantías, la indemnización por no pago de los intereses a las cesantías, los aportes a seguridad social en pensiones y salud junto con sus intereses y las condenas *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Fundó sus pretensiones en que el 7 de mayo de 2013 suscribió contrato de trabajo a término indefinido con el *Edificio Centro 93 Propiedad Horizontal* por medio de la señora *Marta Pérez Ceballos*, quien figura como empleadora en el contrato de trabajo, cuyo último salario devengado fue \$7.724.710, desempeñándose en el cargo de *Administradora y Representante Legal*; que durante la ejecución del contrato de trabajo fue maltratada psicológicamente por miembros del Consejo de Administración de la Propiedad Horizontal, por lo que el 19 de junio de 2015 interpuso queja por acoso laboral ante el Ministerio del Trabajo, informando al Comité de Administración junto con las pruebas que la respaldaban; señalando que para esa fecha no existía el Comité de Administración, pues fue creado tan solo hasta el 30 de junio de 2015.

Aunado a lo anterior, indicó que el 23 de junio de 2015 fue despedida sin justa causa por parte del Consejo de Administración de Edificio; que en auto del 23 de diciembre de 2015 proferido por la inspectora de trabajo, se afirmó que no existió subordinación y que por lo tanto no existía acoso laboral, informándole además que podía acudir a la vía ordinaria.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

El *Edificio Centro 93 Propiedad Horizontal* operó la *litis contestatio* señalando que es cierta la existencia del contrato de trabajo, sus extremos laborales y el salario devengado; que en vigencia del mismo la accionante no fue víctima de maltrato por parte de los miembros del Consejo de Administración, ni de conducta alguna que pueda ser calificada como constitutiva de acoso laboral, *a contrario sensu* en el correspondiente trámite



administrativo se demostró que el Consejo de Administración se limitó a hacer uso de sus facultades como ente de dirección sin subordinación, y a realizar solicitudes respetuosas a manera de exigencias técnicas, a fin de mejorar la eficacia laboral, sin que haya incoado queja alguna por acoso laboral, sino hasta que se enteró de la decisión de dar por terminada la relación laboral, lo cual acaeció el 23 de junio de 2015, máxime que la sola queja no implica la existencia del fuero, pues se requiere la verificación de la ocurrencia de lo hechos; finalmente que el Ministerio del Trabajo estableció que no se había configurado acoso laboral respecto de la actora, ni así se determinó en la acción de tutela que le fuere negada.

Propuso y sustentó las excepciones previas de prescripción y caducidad e inepta demanda por indebida acumulación de pretensiones y las de mérito que denominó inexistencia de la obligación, falta de causa para pedir, genérica, carencia de norma jurídica, falta de causa y buena fe.

II.- SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Noveno Laboral del circuito de Bogotá, en sentencia del 2 de agosto de 2019, declaró la existencia del contrato de trabajo y probada la excepción de inexistencia de la obligación, absolviendo a la accionada de todas las pretensiones.

Para arribar a dicha conclusión, consideró la *a-quo* en primer lugar que no existe discusión dentro del proceso la existencia del contrato de trabajo a término indefinido que inició el 7 de mayo de 2013, siendo el último cargo desempeñado por la actora el de administradora y representante legal de la demandada, devengando como último salario el valor de \$7'724.710, tal como se corrobora del contrato de trabajo visto a folio 5 del plenario y de los hechos de la demanda aceptados por la parte demandada en su contestación. Además, adujo que frente al extremo final de la relación laboral se demostró por medio de la carta de despido vista a folio 7, donde se estableció como fecha de terminación del contrato laboral el 23 de junio de 2015.



TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL

En lo concerniente al despido ilegal y al reintegro, el Despacho señaló que no es objeto del presente proceso el ordenar prevenir, corregir o sancionar la comisión de las conductas constitutivas de acoso laboral, pues para ello se estableció el procedimiento especial contemplado en la Ley 1010 de 2006; no obstante, las consecuencias derivadas del acoso laboral siguen en la órbita del Juez Ordinario Laboral, tal como lo ha establecido la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL 17063 de 2017. Aunado a ello, indicó que para ser beneficiario de la estabilidad laboral reforzada consagrada en el artículo 11 de la Ley 1010 de 2006, debe concurrir: a) una conducta persistente y demostrable ejercida a un trabajador por parte del jefe, compañero de trabajo o subalterno, y b) que los hechos puestos en conocimiento hayan sido verificados por la autoridad administrativa, judicial o de control competente.

Es así, que en el *sub-lite* la *a-quo* indicó que no se encuentran acreditados los presupuestos necesarios para que opere la estabilidad laboral reforzada alegada y, por consiguiente, no hay lugar al reintegro, por cuanto frente a los hechos constitutivos de acoso laboral estipulados en la queja radicada el 19 de junio de 2015 (Fls. 13 a 15), el Ministerio del Trabajo mediante auto del 23 de diciembre de 2015 (Fls. 23 a 27) ordenó el archivo de la diligencia administrativa por no encontrarlos acreditados. Además, que la acción de tutela interpuesta por la actora pretendiendo que fuera amparado su derecho a la estabilidad laboral, fue declarada improcedente mediante sentencia del 18 de diciembre de 2015 y conformada el 29 de febrero de 2016. De igual manera, alegó que se aportó dentro del expediente acta del Comité de Convivencia de la demandada (Fls. 35 a 37), sin referirse sobre posibles conductas constitutivas de acoso laboral.

Adicionalmente, el Juzgador Primigenio adujo que dentro del Reglamento interno del Trabajo (Fls. 47 a 62), se estipuló en su artículo 52 y siguientes la constitución de un Comité de Convivencia Laboral con la finalidad de examinar de manera confidencial los cargos específicos o puntuales tipificados como acoso laboral, no obstante, la promotora de la litis en su interrogatorio de parte manifestó que era una de sus obligaciones constituirlo, pero justificó su omisión por el volumen de trabajo que debía realizar. Igualmente, el Despacho declaró que no obra prueba dentro del plenario que demuestre que la actora hubiere radicado queja o solicitud ante la Asamblea General de Copropietarios por las conductas



TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL

ejercidas por el señor *Jaime Afanador* y el Consejo de Administración constitutivas de acoso laboral, toda vez que según el artículo 39 del Reglamento Interno de Trabajo, es la Asamblea el superior jerárquico de los aquí implicados. También, relató la demandante que el señor *Jaime Afanador* en reiteradas ocasiones realizó comentarios desobligantes, sin embargo, dentro del expediente no se aportó prueba que acreditara esa situación.

Asimismo, señaló que los testigos *Luz Edith Carvajal*, quien laboró como contadora para la demandada desde junio de 2015 hasta febrero de 2016, y *Douglas Alfonso Torres*, quien estuvo vinculado desde octubre de 2014 hasta diciembre de 2015, en sus declaraciones, no presenciaron la comisión de conductas constitutivas de acoso laboral, pues si bien se afirmó que había una constante agresión discriminatoria hacia la accionante, se precisó que solo se presenció esta situación en dos oportunidades cuando lo llamaron a reuniones del Consejo de Administración; de igual, manera se afirmó que se presenció en múltiples ocasiones las situaciones de acoso sobre la demandante, no obstante, se incurrió por la testigo en varias inconsistencias que le restan credibilidad tales como, que ingresó a tres o cuatro reuniones del Consejo de Administración en las que presenció que se dirigían en forma brusca y fuerte frente a la actora, lo cierto es que el Consejo se reunía una vez por mes y que ella había sido contratada el mes de junio de 2015, por lo cual solo pudo estar en una reunión con la demandante.

Por otro lado, la *a-quo* consideró que los hechos constitutivos de acoso laboral relatados en la queja ninguno se enmarca en lo que la ley consagra taxativamente como maltrato, persecución, discriminación, entorpecimiento o desprotección laboral, pues por el contrario las conductas relatadas dan cuanta de la mejora y de la eficiencia de la administración, para lo cual debe tenerse en cuenta que el cargo que ostentaba la accionante correspondía al de administradora y representante legal, siendo aquellos de un alto compromiso de responsabilidad y conocimiento a favor de los copropietarios lo cual puede generar estrés, pero ninguna manera puede entenderse que las mismas constituyan acoso laboral. De igual forma, adujo que el supuesto necesario para que opere la garantía foral es que el empleador haya sido notificado o conozca de la queja interpuesta, lo cual no se pudo establecer puesto que, de las declaraciones de *Luz Edith Carvajal* y *Douglas Alfonso Torres*, determinaron que la carta radicada el día 19 de junio de 2015 fue recibida por la



TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL

secretaria de la actora y que la carta que fue redactada y firmada en la oficina del superior de la demandante, no les consta que haya sido recibida por él.

Ahora bien, por sustracción de materia el Despacho consideró absolver a la demandada del pago de las prestaciones sociales, vacaciones y el pago de la seguridad social. En relación a la indemnización moratoria por falta de pago de prestaciones sociales y de la sanción contenida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, estableció que según la honorable CSJ en sentencia SL 4691 de 2018, estas no proceden de manera automática, sino que se debe probar la mala fe del empleador, lo cual no se pudo desvirtuar por cuanto de la liquidación del contrato de trabajo del 23 de junio de 2015 (Fl.6), se acreditó el pago de la liquidación y prestaciones sociales a la finalización del contrato con su respectiva indemnización por despido sin justa causa, y que con el certificado de aportes a cesantías (Fls. 132 a 133), se acreditó la consignación de estas por los años 2013 y 2014 y además de acreditar el pago de la demandada.

III.- RECURSO DE APELACIÓN:

Por activa se interpuso recurso de apelación señalando que se violó el fuero laboral de la trabajadora teniendo en cuenta que, al momento de interponer la queja ante el Ministerio del Trabajo, la misma también fue radicada en la secretaría del Consejo de Administración, lo cual se acreditó con lo manifestado en el interrogatorio de parte de la accionante, y fue dicha situación por la cual se adoptó la decisión de dar por terminado el contrato los días posteriores.

IV.- ALEGATOS:

La demandante dentro de la oportunidad legal correspondiente, allegó escrito de alegaciones en el cual indicó que en el Edificio Centro 93 Propiedad Horizontal, no existían medios o mecanismos internos para solucionar el problema. De hecho, el comité de Convivencia del Edificio, al que la Juez ha hecho referencia en sus consideraciones, fue constituido poco después de haberse presentado la queja ante el Ministerio de Trabajo



con fecha del 30 de junio de 2015 (folios 31 a 34), e incluso exactamente 5 días después de haberse configurado el despido sin justa causa de mi representada y luego de 11 días de haber sido notificados de la queja instaurada ante el Ministerio del Trabajo.

Por lo que a pesar de haber acudido al consejo de administración solicitando que se dialogara en pro del mejoramiento de la relación laboral, la no existencia del ente u organismo interno en este caso Comité de Convivencia, configuraron una violación al debido proceso para conseguir la protección de sus derechos; tan evidente y claro fue el maltrato hacia la señora ORTEGA que muy a pesar de haber intentado de manera conciliatoria mejorar la situación, se vio obligada a acudir a las instancias del Ministerio De Trabajo mediante comunicación del 19 de Junio de 2015 a folios 13, 14 y 15; en donde manifiesta de manera detallada las diferentes ocasiones y formas en que fue sometida a dicho maltrato o acoso laboral, actuación que fue notificada de manera diligente a través de comunicación radicada ante el empleador por mi poderdante el mismo día a folio 28 y 29, con firma de recibido de la misma fecha y de quien aquí se identifica como PATRICIA siendo las 4:50 pm.

Cabe aclarar aquí, que contrario a lo que afirma la defensa, quien recibe dicho documento no es nadie más que la asistente del señor LUIS EDUARDO FANDIÑO el entonces Presidente del Consejo de Administración; en la declaración e interrogatorio de parte, mi representada explica cómo ella misma llama a la señora Patricia para que salga de las instalaciones de la oficina del señor FANDIÑO y se dirija a la oficina de administración para recibir dicha comunicación, lo anterior contradiciendo lo que la defensa pretende hacer creer, que mi representada se auto notificó de dicha queja y que por lo tanto no es válida en sí misma.

No solo esta inspectora incurre en un abierto desconocimiento de lo que la prueba documental demuestra, sino que la misma Juez Novena, cuya providencia aquí se disputa, del 2 de agosto de 2019, manifiesta que la decisión tomada por la arriba mencionada Inspectora de Trabajo.



TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL

Es notable cómo aquí las diferentes funcionarias que han conocido del caso en cuestión, no solo han hecho caso omiso de lo que las pruebas documentales demuestran, sino además han conferido a la dichas pruebas hechos absolutamente distintos de lo que ellas mismas señalan, como lo son, en primer lugar, que sí existió una relación laboral entre las partes en contienda y segundo haciendo parecer que la decisión de la Inspectora no encuentra presupuestos configurativos del acoso laboral.

Téngase en cuenta que lo que refiere la Juez que conoció del caso cuyo fallo aquí se impugna habla de cómo dentro del reglamento de trabajo de la empresa aquí demandada, aun cuando establece los “MECANISMOS DE PREVENCIÓN DE ABUSO LABORAL Y PROCEDIMIENTO INTERNO DE SOLUCIÓN” a partir del artículo 53, a folio 59 y siguientes, donde se determina la constitución de dicho comité de convivencia y sus funciones y condiciones, aun cuando era tarea de mi representante la creación del mencionado comité, no se puede someter a la víctima de este acoso, la culpa del desconocimiento de sus derechos por parte del consejo de administración, por el hecho de no haber constituido dicho comité, es función del estado y sus diferentes funcionarios velar por que los derechos de sus ciudadanos se encuentren garantizados a cabalidad, por lo que la sanción no puede recaer sobre la aquí demandante ya que constituiría una re victimización y desconocimiento de la protección que de sus derechos, ella en cambio, sin saber cómo proceder, acude al consejo de administración, quien hace caso omiso de sus actuaciones y ejecuta el despido sin tener ningún tipo de consideración hacia mi poderdante.

Que la demandante fue acosada laboralmente, que no tuvo a donde acudir dentro de la empresa para presentar su queja, porque no había comité de convivencia, que al acudir al Ministerio de trabajo, se le violaron todos sus derechos al decir esta entidad gubernamental que no tenía contrato de trabajo con el centro 93, podemos demostrar el estado de vulnerabilidad de mi representada que fue ahondado cuando en forma indebida como se manifiesta en la demanda la actora acude al Ministerio para presentar su queja y



a renglón seguido el empleador en un acto de retaliación y vulnerando el fuero de protección de seis meses la despide sin justa causa.

La parte demandada no presentó escrito de alegaciones dentro de la oportunidad legal correspondiente.

V.- CONSIDERACIONES:

5.1 PROBLEMA JURÍDICO:

En el plenario el problema jurídico se contrae a determinar si la accionante se encuentra amparada por el fuero consagrado en el artículo 11 de la Ley 1010 de 2006, al haber formulado queja de acoso laboral.

5.2 DEL CASO EN CONCRETO:

Debe referirse en primera medida, que no fue objeto de apelación que entre las partes existió como medio vinculante, un contrato de trabajo entre el 7 de mayo de 2013 y el 23 de junio de 2015.

Ahora bien, aduce la accionante ser beneficiaria del fuero de estabilidad laboral, consagrado en el artículo 11 de la Ley 1010 de 2006, toda vez que interpuso queja de acoso laboral el 30 de junio de 2015 ante el Ministerio del Trabajo, lo cual fue a su vez puesto en conocimiento del Consejo de Administración del *Edificio Centro 93 Propiedad Horizontal*, toda vez que no se había constituido el Comité de Convivencia, fundamentando la alzada en este último aspecto, esto es, que si existió una oportuna comunicación a la empleadora.

Sobre el particular debe referirse que el artículo 11 de la Ley 1010 de 2006, consagra:



TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL

“A fin de evitar actos de represalia contra quienes han formulado peticiones, quejas y denuncias de acoso laboral o sirvan de testigos en tales procedimientos, establézcanse las siguientes garantías:

“1. La terminación unilateral del contrato de trabajo o la destitución de la víctima del acoso laboral que haya ejercido los procedimientos preventivos, correctivos y sancionatorios consagrados en la presente Ley, carecerán de todo efecto cuando se profieran dentro de los seis (6) meses siguientes a la petición o queja, siempre y cuando la autoridad administrativa, judicial o de control competente verifique la ocurrencia de los hechos puestos en conocimiento”.

De conformidad con lo anterior, a efecto de activar el fuero no basta con la simple radicación de la queja de acoso laboral, pues resulta indefectible que además la respectiva autoridad administrativa o judicial, verifique la ocurrencia de los hechos endilgados al sujeto activo de la supuesta conducta de acoso laboral. Al respecto, resulta oportuno citar la intelección que de tal normativa ha realizado la Sala de Casación Laboral, de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL17063-2017, Radicación No. 45992 del 5 de julio de 2017:

“Debe esta Corte, en principio, indicar que la Ley 1010 de 2006 pretendió generar una protección multidimensional en el lugar de trabajo, con la consecuente posibilidad de adoptar correctivos inmediatos ante la demostración efectiva de conductas que constituyan acoso laboral, a las cuales se les dio trámite especial, pero las demás que de allí pueden derivar, sin duda, continuaron bajo la esfera decisoria ordinaria y es por ello que esta Sala las conoce, cuando, como en este caso se debate el incumplimiento del acuerdo conciliatorio, las consecuencias de ineficacia del despido, de que trata el artículo 11 ibidem, o incluso el establecimiento de otras conductas previstas en convenciones colectivas o reglamentos internos de trabajo.

“[...]

“De lo anterior surge patente que el procedimiento especial que determinó la ley lo fue para emitir decisión pronta sobre las sanciones del pluricitado artículo 10, pero no para extraer del conocimiento de los jueces ordinarios otras consecuencias que pueden derivar de la demostración del acoso o persecución laboral como los perjuicios morales, la reinstalación, los daños materiales y las demás anexidades jurídicas que la compleja construcción del concepto lleva implícita y que impone a la Corte, como máxima instancia en materia del trabajo y de la seguridad social su intervención.



[...]

“En efecto, como lo puso de presente la alzada, el numeral 1 del artículo 11 de la Ley 1010 de 2006, regula la protección especial de la víctima de acoso laboral, para que no pueda ser desvinculada, ello como una garantía frente a ciertas actitudes retaliatorias, con lo cual se busca evitar actos de represalia. Conforme a ese mandato legal, se establece una presunción legal a favor de la persona que haya ejercido los procedimientos preventivos, correctivos y sancionatorios que alude dicha normativa, en cuanto a que el despido que se lleve a cabo dentro de los seis (6) meses siguientes a la petición o queja, debe entenderse que tuvo lugar por motivo del acoso, correspondiéndole al empleador demostrar que la terminación del contrato de trabajo no fue producto de la denuncia instaurada por el trabajador, para que no proceda su ineficacia.

“Sin embargo, esas conductas objeto de la denuncia o queja instaurada por la supuesta víctima, deben necesariamente enmarcarse dentro de aquellas que constituyen acoso en los términos del artículo 7 de la Ley 1010 de 2006, y además como lo dispone la parte final del numeral 1 del artículo 11 ibidem, la autoridad administrativa, judicial o de control competente, ha de verificar «la ocurrencia de los hechos puestos en conocimiento», requisitos indispensables para poder dar aplicación a las prerrogativas por retaliación, entre ellas dejar sin efecto la ruptura del nexo contractual laboral.

“En lo que, si le asiste razón a la censura, es que para que opere la citada protección, no se necesita que se impongan sanciones a los autores del acoso laboral, dado que esa garantía de estabilidad como antes se explicó, también se le brinda a quien ejerza los procedimientos preventivos o correctivos. Pero ello no implica, que el Tribunal hubiera cometido un yerro jurídico, por cuanto la decisión de no declarar la ineficacia del despido de la demandante obedeció más a que en el plenario no encontraron acreditadas las conductas de acoso con la debida verificación o calificación [...]”.

Una vez determinado lo anterior, debe señalarse que al plenario se aportó la queja de acoso laboral presentada ante el Ministerio del Trabajo el 19 de junio de 2015, (Fl. 24), en la cual se refiere que en el año 2013 sufrió de estrés laboral generado por las exigencias del Consejo de Administración, en el año 2014 fue víctima de calumnias por el señor Jaime Afanador respecto del cumplimiento de sus funciones y al manejo del presupuesto, lo cual se ha visto reflejado en varias actas.

No obstante, no basta únicamente con acreditar la presentación de la queja, pues se debe demostrar de manera fehaciente, la ocurrencia de los hechos.



Frente a lo anterior, debe señalarse que la autoridad administrativa mediante auto del 23 de diciembre de 2015 (Fls. 26 a 27), estimó que el Consejo de Administración no ejerce subordinación respecto de la accionante, cuyo verdadero empleador resultaría ser la propiedad horizontal, ordenando en consecuencia el archivo de las diligencias, por lo cual no es dable afirmar que se haya verificado la ocurrencia de los hechos ante dicha autoridad.

Por otra parte, en el presente plenario la *a-quo* estimó que tampoco se acreditó la configuración de conductas de acoso laboral, aduciendo que no existen medios de convicción que corroboren que el señor *Jaime Afanador* haya realizado comentarios desobligantes, y los testigos *Luz Edith Carvajal* y *Douglas Alfonso Torres*, no lograron formar el convencimiento, pues no presenciaron la comisión de conductas constitutivas de acoso laboral y se incurrió en contradicciones, aspectos frente a los cuales no se mostró inconformidad alguna en la alzada, la cual se encauzó únicamente en que la queja si fue puesta en conocimiento del Comité de Administración, sin que se haya censurado la conclusión de la *a-quo* en el sentido de no encontrar verificados los hechos que se alegan constitutivos de acoso laboral.

De tal manera que, si bien la parte demandante aduce que se acreditó la presentación de la queja ante el Comité de Administración, no existe medio de convicción alguno que acredite que los hechos narrados en la queja hayan acaecido, y por ende no es dable concluir que el despido se constituyó en un acto de retaliación.

Finalmente, frente lo argumentado en el recurso en cuanto a la presentación de la queja ante el Consejo de Administración, basta con señalar que la recurrente esgrime su acreditación del interrogatorio de parte de la demandante, medio de convicción que únicamente tiene por objeto la confesión, más no acreditar hechos que le resulten beneficiosos en el plenario, pues no es dable construir su propia prueba.



TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL

Como corolario de lo anterior se confirmará la decisión de primer grado, en tanto, independientemente de la acreditación de la entrega de la queja ante el Consejo de Administración, era requisito indispensable acreditar la verificación de los hechos endilgados, lo cual no fue encontrado como acreditado, y no fue objeto de censura en dicho aspecto. **Sin costas** en esta instancia.

VI. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 2 de agosto de 2019 por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá dentro del proceso de la referencia, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

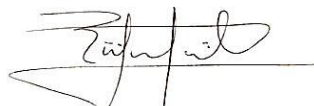
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



**TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL**

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
Sala de Decisión Laboral**

Proceso Ordinario Laboral No. 1100131050 21 2018 00087 01
Demandante: ROSA ELENA GONZÁLEZ HERNÁNDEZ
Demandado: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE
PENSIONES – COLPENSIONES
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., treinta (30) de julio de dos mil veinte (2020).

AUTO

Se aprecia que obra una sustitución de poder por parte de la apoderada de la parte demandada Doctora Claudia Liliana Vela, para con la abogada Shasha Renata Saleh Mora.

Así las cosas, se reconoce personería adjetiva para actuar en representación de la entidad, a la Doctora Shasha Renata Saleh Mora, identificada con C.C. 56.106.477 y T.P. 192.279 en los términos y facultades del poder conferido.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación elevado por la parte actora en contra de la sentencia proferida el 9 de julio de 2019 por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá.

I.- ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA

La señora *Rosa Elena González Hernández* presentó demanda ordinaria laboral con el fin de que se condene a *Colpensiones* a reliquidar su pensión de vejez teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados en el último año de servicios, además del pago de los intereses de mora.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:



En respaldo de sus pretensiones expuso que la demandada le reconoció su pensión mediante Resolución del 26 de junio de 2013, con una mesada inicial de \$1.519.306 al aplicar como tasa de remplazo el 75%, ello a partir del 28 de octubre de 2010.

Dijo que fue incluida en nómina de pensionados en el ciclo de agosto de 2013, por lo que el 15 de enero de 2014 solicitó la reliquidación de su prestación, junto con el pago de los intereses moratorios, lo cual le fue negado en el Acto Administrativo del 30 de agosto de 2014 y confirmado al desatar los recursos que presentó.

1.3 CONTESTACION DE LA DEMANDA:

Colpensiones se opuso a la prosperidad de las pretensiones, pues indicó que la pensión de la demandante se le concedió por ser beneficiaria del régimen de transición y cumplir con los requisitos de la Ley 71 de 1988, liquidándose en debida forma como lo dispone el artículo 21 de la Ley 100 de 1993. Además, adujo que no procedían los intereses pretendidos, por cuanto desde el reconocimiento pensional, la demandada no se ha sustraído de su obligación de pago frente a las mesadas.

Formuló las excepciones de inexistencia del derecho y la obligación, cobro de lo no debido, buena fe y la innominada o genérica.

II.- SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el 9 de julio de 2019, declaró probada la excepción de inexistencia del derecho y de la obligación, absolviendo a *Colpensiones* de las pretensiones formuladas en su contra.

Para arribar a la anterior conclusión, indicó que conforme con la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia y de la Corte Constitucional, al aplicarse el régimen de transición, solo se tiene en cuenta la edad, tiempo de servicios y monto de la pensión, de lo que se colige que el IBL tiene que ser el que dispone la norma vigente, esto es, la Ley 100 de 1993. Que al faltarle a la demandante a la entrada en vigencia de esta norma más de 10 años para alcanzar el derecho, se le debe aplicar el artículo 21 *ejusdem*, el cual luego de hacer las operaciones aritméticas, arrojó un valor inferior al reconocido, sin que se pueda dar aplicación a la Ley 33 de 1985 o al Decreto 758 de 1990, pues no se cumplen los requisitos allí indicados.



Además, dijo que los intereses que se pretenden no proceden, toda vez que la pensión se reconoció con fundamento en la Ley 71 de 1988, y no bajo los lineamientos de la Ley 100 de 1993.

III.- RECURSO DE APELACIÓN:

Inconforme con la anterior decisión, la parte *demandante* la apeló, pues consideró que la pensión debe liquidarse con el tiempo que le hacía falta para cumplir los 20 años de servicios, ya que a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, a la demandante le hacían falta menos de 10 años para adquirir el derecho, sin tener en cuenta la edad, por lo que aportó una liquidación para que esta sea tenida en cuenta.

Insistió en la procedencia de los intereses de mora, ya que la demandada no empezó a pagar la prestación dentro del término de 4 años, depreciándose con ello el valor del dinero.

IV.- ALEGATOS DE CONCLUSIÓN:

Colpensiones aludió que, a la demandante al momento de calcular el monto de la prestación reconocida, el IBL se efectuó atendiendo los requisitos del inciso 3º del artículo 36 y el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, por lo que al haberse liquidado la prestación conforme a derecho no hay lugar a que su pretensión sea avante.

En cuanto al pago de los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la disposición normativa ya referida, expuso que no hay lugar a que procedan ya que se reconocen cuando existe mora o retardo en el pago de mesadas pensionales ya reconocidas, actuar que no sucedió en este asunto, sumado a que, el reconocimiento de esta figura no opera para prestaciones vigentes con anterioridad a la Ley 100 de 1993.

V.- CONSIDERACIONES:

5.1 PROBLEMA JURÍDICO:

Sin avizorar causal que invalide lo actuado, previo agotamiento de la reclamación administrativa y encontrándose reunidos los presupuestos procesales, se definirá con fundamento en qué norma se debía liquidar el IBL de la pensión de la demandante, como beneficiaria del régimen de transición y por otro lado, si proceden los intereses de mora que se solicitan.



5.2 DEL CASO EN CONCRETO:

Con respecto al IBL, el máximo órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria en su especialidad laboral, con estricta sujeción a lo dispuesto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, ha considerado en forma reiterada, uniforme y pacífica, que el régimen de transición únicamente preservó 3 aspectos de la normatividad anterior, es decir, la edad, el tiempo de servicios o semanas cotizadas y el monto de la pensión, y por tanto, los demás aspectos de la prestación, tales como el ingreso base de liquidación, fueron expresamente regulados por la Ley 100 de 1993.

La anterior postura ha sido expuesta entre otras en las sentencias de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, Radicación No. 44238 del 15 de febrero de 2011, radicación No. 53037 del 17 abril 2012, SL570-2013, Radicación No. 56460 del 6 de agosto de 2013, SL4649-2014, Radicación No. 51460 del 9 de abril de 2014, SL2982-2015, Radicación No. 52404 del 25 de febrero de 2015, SL3270-2016, Radicación No. 66226 del 6 de agosto de 2019, y más recientemente la sentencia SL3330-2019, Radicación No. 58243 del 20 de agosto de 2019.

De esa manera, ha explicado la alta Corporación, que para las personas que al 1 de abril de 1994, les faltare menos de 10 años para adquirir la pensión, el IBL se calcularía con base en el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, tomando como referencia el 1º de abril de 1994 o el 30 de junio de 1995, según el caso, fecha en la que entró en vigencia la Ley 100 de 1993, o con base en el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior.

En tanto que al trabajador que a 1º de abril de 1994 le faltaren más de 10 años, el IBL se determinaría conforme al artículo 21 de la Ley 100 de 1993, es decir, con el promedio de los salarios o rentas sobre las cuales ha cotizado el afiliado durante los últimos 10 años anteriores al reconocimiento de la pensión de vejez.

A su vez, el inciso 2º de la citada regulación permite su cálculo con base en todo lo devengado durante toda la vida laboral, siempre que hubiere cotizado más de 1.250 semanas.

Dicha disposición, no viola el principio de inescindibilidad, puesto que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL8337-2016, Radicación No. 49078 del 22 de junio de 2016, señaló al respecto:



“La Corporación tiene establecido el criterio relativo a que el régimen de transición garantiza a sus beneficiarios de cara a la prestación por vejez o jubilación, y en relación con la normatividad que venía rigiendo en cada caso, lo atinente a la edad y el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas para acceder al derecho, y el monto de la prestación en lo que toca con la tasa de reemplazo; pero no en lo referente al ingreso base de liquidación pensional que se rige en estricto rigor por lo previsto por el legislador en el inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, para quienes estando en transición les faltare menos de 10 años para adquirir el derecho, y que sería el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si éste fuere superior.

*En relación con aquellos beneficiarios del régimen de transición, que a la entrada en vigencia del sistema general de pensiones les faltare 10 o más años para consolidar el derecho a la pensión de vejez, la forma de determinar el ingreso base de liquidación es la contemplada en el artículo 21 de la Ley 100, que se refiere «al promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión» , o el promedio de los ingresos de toda la vida laboral, cuando el afiliado haya cotizado 1.250 semanas como mínimo. Es decir, el ingreso base de liquidación pensional de los beneficiarios de la transición, en principio, se rige por las disposiciones de la Ley 100 de 1993 y no por el régimen anterior, **lo cual no vulnera el principio de inescindibilidad de la ley porque es en virtud de sus propios mandatos que el cálculo debe hacerse en esa forma (...)***

(...) y recientemente en la CSJ SL 16827-2015, ha estimado que el IBL de estas pensiones concedidas en virtud de transición de todas maneras deben seguir las mismas reglas de las demás prestaciones amparadas por ese beneficio, esto es, el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 o el 21 ibidem según el caso. (...)”.

Por lo anterior, como la actora a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 le faltaban más de 10 años para cumplir con los requisitos para acceder al derecho pensional, pues causó la prestación el 28 de octubre de 2010, conforme con la Resolución del 26 de junio de 2013 vista a folios 10 a 12 del paginario, aspecto que no fue objeto de reproche por las partes en esta instancia, ni fue discutido en el trámite procesal, , en consecuencia se le aplica el presupuesto referido en el artículo 21 de dicho compendio normativo, debiéndose emplear conforme a la jurisprudencia ya referida, tomando como fundamento los valores que se encuentran en la historia laboral y los tomados por la entidad como no cotizados al otrora ISS, pues debe resaltarse que pese a lo indicado por el recurrente, lo cierto es que no reprochó el IBC con el cual fue cotizado, ni se dolió que hicieran falta semanas de cotización en dicho documento, sin que pueda acogerse la liquidación aportada al impetrar su reproche, ya que de su confusa alzada se desprende que, aunque inicialmente solicitó la reliquidación teniendo en cuenta el último año de servicios, ahora pretende que lo sea con el tiempo que le hacía falta, como lo indica el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que como viene de verse, tampoco es procedente, además utilizó con tasa de reemplazo el 82%, cuando la púnica tasa permitida en la Ley 71 de 1988 es el 75%.



Atendiendo lo anterior, la sentencia objeto de impugnación será confirmada en este aspecto, pues luce conforme con lo previsto en las normas que regulan la materia y la jurisprudencia de nuestro máximo órgano de cierre.

Ahora, frente a los intereses de mora, se tienen que estos se encuentran contenidos en que el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, el cual refiere: *“En caso de mora en el pago de las mesadas pensionales de que trata esta Ley, la entidad correspondiente reconocerá y pagará al pensionado, además de la obligación a su cargo y sobre el importe de ella, la tasa máxima de interés moratorio vigente en el momento en que se efectuó el pago.”*.

En este punto, se destaca que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha venido tratando el criterio de que estos intereses no se reconocen para prestaciones otorgadas con fundamento en la Ley 71 de 1988 toda vez que no se trata de una pensión que haga parte del sistema general de pensiones regulado en la Ley 100 de 1993, como así se indicó en sentencia SL5623-2019, Radicación No. 65243 del 27 de noviembre de 2019, donde se dispuso:

“no son de aplicación en el caso en concreto, por cuanto la prestación pensional es reconocida en virtud de la Ley 71 de 1988 y “no se trata de una pensión que haga parte del nuevo sistema general de pensiones que trajo consigo la Ley 100 de 1993”.

A pesar de lo anterior, el Alto Tribunal en sentencia SL161-2020, Radicación 75127 del 3 de junio de 2020, cambió su criterio disponiendo la procedencia de estos intereses para pensiones reconocidas con anterioridad a la Ley 100 de 1993, así indicó:

“Al respecto, conviene recordar que esta Sala ha defendido la tesis de que los réditos moratorios del artículo 141 de 1993 únicamente proceden frente a pensiones reconocidas integralmente con base en las normas del sistema general de pensiones. Así, desde la sentencia CSJ SL, 28, nov. 2002, rad. 18273, reiterada en CSJ SL, 11 feb. 2003, rad. 19424, CSJ SL, 19 feb. 2004, rad. 20951, CSJ SL, 9 sep. 2005, rad. 24257, CSJ SL, 13 dic. 2007, rad. 30602, CSJ SL, 11 mar. 2008, rad. 32043, CSJ SL, 17 feb. 2009, rad. 36022, CSJ SL, 30 nov. 2010, rad. 41137, CSJ SL, 22 nov. 2011, rad. 50681, CSJ SL, 6 sep. 2012, rad. 40387, CSJ SL, 30 en. 2013, rad. 39662, SL1851-2014, SL13649-2015, SL4959-2016, SL12962-2017, SL4404-2018, entre otras, (...)

Seguidamente dispuso:

“Considera la Sala oportuno replantear ese criterio jurisprudencial, dada la existencia de razones poderosas y convincentes que obligan a su revisión. Para sustentar este cambio de pensamiento, la Corte, primero, sostendrá que el pago oportuno de las mesadas pensionales es un derecho universal de los pensionados, que tiene un claro referente constitucional y legal. En segundo término, discernirá sobre el propósito útil del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, a fin de



defender la tesis de que esa norma tenía la función de clarificar y sentar las pautas para la liquidación de todas las pensiones legales, incluidas las del régimen de transición. Y, por último, planteará que las pensiones adquiridas en virtud del régimen de transición, son pensiones que hacen parte del sistema general de pensiones y, en esa medida, los pensionados tienen derecho a obtener las prestaciones y beneficios derivados de este sistema.

En este cambio de criterio, además puntualizó que en atención del artículo 53 de la Carta Política, los intereses moratorios obligan al Estado y las entidades de previsión al cumplimiento oportuno de los derechos pensionales junto con los respectivos reajustes, sin distinguir las disposiciones anteriores a la Ley 100 de 1993, ya que su inaplicabilidad resulta inequitativa para los asegurados al sistema de seguridad social en pensiones, máxime si se tiene en cuenta que el artículo 11 de la citada Ley, entiende disposiciones normativas anteriores.

Así las cosas, se recoge el criterio en decisiones que hayan precedido la presente, y en adelante adoptará el nuevo criterio del Órgano de cierre.

A pesar de lo anterior, y en razón de que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha regulado que en tratándose de pago de intereses moratorios, es menester que en cada asunto se haga un análisis de aplicabilidad de esta figura. Por ello, debe recordarse que sentencia SL787, Radicación 46602 del 6 de noviembre de 2013, morigeró el criterio frente a su imposición, al considerar que existe justificación cuando la negativa de la entidad se funda en un respaldo normativo, sin los alcances que en su momento pueda darse por las autoridades judiciales en su interpretación de las normas sociales, pues su conducta estaría regida por el estricto cumplimiento de las normas que gobiernan la materia.

Atendiendo estos postulados, y en el caso en concreto, se considera que no hay lugar al pago de intereses moratorios, pues como se precisó en el argumento principal, no es procedente que la pensión otorgada a la Luz de la Ley 71 de 1988 sea reliquidada con el IBL del último año de servicios y en tal sentido, se puede concluir que la entidad siempre actuó dentro de las disposiciones legales en las resoluciones GNR30001 del 27 de agosto de 2014 (Fls. 48 a 50), GNR477741 del 28 de diciembre de 2014 (Fls. 51 a 55), y VPB46390 del 29 de mayo de 2015 (Fls. 56 a 60), por lo que se absolverá a la entidad sobre este acápite de inconformidad.

Por lo expuesto, se confirmará la decisión de primera instancia.

SIN COSTAS en esta instancia, por cuanto no se causaron.



DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 9 de julio de 2019 por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso de la referencia, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
Sala de Decisión Laboral

Ordinario Laboral 1100131050 05 2018 00100 01
Demandante: JAIRO ANTONIO GAITÁN MONTERO
Demandado: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -
COLPENSIONES
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá, D.C., treinta (30) de julio de dos mil veinte (2020).

SENTENCIA:

Procede la Sala a desatar el grado jurisdiccional de consulta en favor de la parte actora frente a la sentencia proferida el 4 de junio de 2019 por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá, por cuanto fue adversa totalmente a sus pretensiones y no interpuso recurso de apelación.

I. ANTECEDENTES

1.1 DEMANDA:

El señor *Jairo Antonio Gaitán Montero* promovió demanda ordinaria laboral con el fin que se reliquide la pensión reconocida mediante la Resolución No. VPB 8182 del 22 de mayo de 2014, en razón a que no se tuvieron en cuenta los factores salariales devengados como servidor público en el último año de servicios, según lo establecido en el artículo 1° de la Ley 33 de 1985.

En consecuencia, se condene a *Colpensiones* a reliquidar el valor de la primera mesada pensional, como también a pagar debidamente indexado el retroactivo pensional a partir del 1° de julio de 2014 en 13 mesadas pensionales al año, más los intereses moratorios.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones indicó que nació el 5 de junio de 1951; que mediante Resolución No. VPB 8182 del 22 de mayo de 2014 se le reconoció la



pensión conforme a lo establecido en la Ley 71 de 1988 a partir el 1° de julio de 2014, estableciéndose como mesada pensional la suma de \$1.512.678; que trabajó para el Hospital de Fontibón E.S.E. desde el 1° de febrero de 1999 hasta el 30 de junio de 2014, para un total de 15.42 años.

Refiere que para el momento de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 contaba con 44 años de edad, por lo que es beneficiario del régimen de transición, lo cual además se estableció en la resolución de reconocimiento de la pensión emitida por *Colpensiones*; que no se liquidó en debida forma la mesada pensional, toda vez que no se incluyeron todos los factores salariales y prestacionales que conforman el IBL, teniendo en cuenta los devengados en el último año de servicios en el Hospital de Fontibón E.S.E., de conformidad con la Ley 33 de 1985, norma aplicable por ser un servidor público.

Afirmó que mediante el derecho de petición del 27 de junio de 2016 solicitó la reliquidación pensional ante *Colpensiones*, la cual fue negada en Resolución No. GNR 252371 del 26 de agosto de 2016, contra la cual interpuso los recursos de Ley, los cuales fueron desatados desfavorablemente.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

Colpensiones se opuso a la prosperidad de las pretensiones, señalando que la pensión de vejez fue indebidamente reconocida, ya que el actor no acreditaba los requisitos para tal efecto, y en consecuencia, se solicitó su autorización para revocar la prestación, la cual no fue otorgada. Además, que no cumple con los presupuestos del régimen de transición y tampoco con los de la Ley 33 de 1985, por cuanto no acredita el tiempo allí exigido.

Propuso y formuló las excepciones de mérito que denominó cosa juzgada, inexistencia de la obligación pretendida, prescripción, compensación, carencia de causa para demandar, inexistencia del derecho y la obligación reclamado, cobro de lo no debido, acción de repetición, no configuración del derecho al pago del I.P.C., ni indexación o reajuste alguno, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, buena fe de *Colpensiones*, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, y la innominada o genérica.



II.- SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El 5 de abril de 2019, el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá absolvió a *Colpensiones* de todas las pretensiones incoadas en su contra, declaró probadas las excepciones propuestas de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, y de oficio la de enriquecimiento sin causa.

Para arribar a la anterior conclusión, consideró que el demandante no es beneficiario del régimen de transición, pues si bien a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 tenía la edad, aquella expectativa para pensionarse bajo ese régimen se frustró con la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, en tanto al entrar en vigencia no contaba con las semanas exigidas para conservarlo, al acreditar 681 semanas.

Adicionalmente consideró que *Colpensiones* incurrió en error al reconocerle la pensión al demandante mediante la Resolución No. VPB 8182 del 22 de mayo de 2014, aplicando el Acuerdo 049 de 1990, pues no tuvo en cuenta las semanas que exige el Acto Legislativo 01 de 2005 para que el mencionado régimen se extendiera, y en consecuencia se ha estado enriqueciendo de manera injusta desde el 2014.

Por otro lado, llamó la atención de la apoderada de la parte actora por haber impetrado el proceso con fundamento en hechos alejados de la realidad, por cuanto en primera medida al demandante no se le reconoció la pensión conforme con la Ley 71 de 1988. Por otro lado, tampoco conservó el régimen de transición y mucho menos cumplió con los requisitos de la Ley 33 de 1985, que exige 20 años de servicios públicos, manifestándose desde el libelo genitor que solo alcanzó 15.

III. CONSULTA:

Debe surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de la parte actora, por cuanto la sentencia fue totalmente adversa a sus pretensiones y el recurso no fue concedido por falta de sustentación.

IV. ALEGATOS



Colpensiones en el término conferido, refiere que de la historia laboral del actor, se aprecia que realizó la primera cotización como empleado público el 1° de febrero de 1999 para el Hospital San Pablo de Fontibón, por lo cual no existía una expectativa de pensionarse de acuerdo a la ley 33 de 1985, por otra parte, que revisada la nómina de pensionados y validando la documentación del expediente administrativo, se observa que mediante Resolución VPB 54902 del 31 de julio de 2015, se ordena el ingreso a nómina del reconocimiento pensional al señor *Jairo Antonio Gaitán Moreno* en el mes de agosto, por lo cual no se adeuda suma alguna de dinero.

V. CONSIDERACIONES

5.1 PROBLEMA JURÍDICO

Sin que se advierta causal que invalide lo actuado, reunidos los presupuestos procesales y habiéndose agotado el requisito previo de la reclamación administrativa, se verificará si el actor es beneficiario del régimen de transición y si hay lugar a la reliquidación que pretende con base en la Ley 33 de 1985.

5.2 DEL CASO EN CONCRETO.

Pretende el accionante se reliquide la pensión de vejez reconocida por *Colpensiones*, acogiendo el IBL estipulado en la Ley 33 de 1985, esto es, el promedio de lo devengado en el último año de servicios. Por lo tanto, como primera medida debe acreditarse el cumplimiento de los requisitos para ser beneficiario del régimen de transición, así como para acceder al beneficio pensional con fundamento en la normativa alegada, ello en tanto por pasiva se refiere que el actor no acredita el cumplimiento de los requisitos para los efectos antes referidos.

Ahora bien, conforme a la cédula de ciudadanía aportada al plenario (Fl. 156), el actor al 1° de abril de 1994 tenía 42 años de edad, por lo que en principio es beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993. Sin embargo, dicho régimen no podía extenderse más allá del 31 de julio de 2010, por virtud del párrafo transitorio 4° del Acto Legislativo 01 de 2005, excepto para quienes estando en dicho régimen hubieran cotizado al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigencia de dicha normativa, en cuyo caso se extiende hasta el 31 de diciembre de 2014.



En el *sub-examine* se extrae de la historia laboral aportada por pasiva (Fls. 173 a 182), que el actor tenía 680,42 semanas a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, por lo que el régimen de transición no se extendió hasta el 31 de diciembre de 2014, y en consecuencia, para que se le reconociera alguna pensión con fundamento en este, debía acreditar los requisitos de causación hasta el 31 de julio de 2010.

Ahora bien, el artículo 1° de la Ley 33 de 1985, norma con la que se pretende la reliquidación pensional, dispuso que *“El empleado oficial que sirva o haya servido 20 años continuos o discontinuos y llegue a la edad de 55 tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación”*.

La edad exigida en la precitada norma la cumplió el 5 de junio de 2006, sin embargo, tal y como lo indicó el juzgador primigenio, desde el libelo introductor la activa conocía que el demandante no alcanzaba los requisitos exigidos, pues en el hecho 7° se indica que presto servicios al Estado por 15,42 años.

Además, a folio 86 obra certificación expedida por la Directora Operativa del Talento Humano de la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur Occidente del 26 de octubre de 2017, en la que manifestó que el hoy demandante en calidad de trabajador oficial prestó sus servicios desde el 1° de febrero de 1999 hasta el 30 de junio de 2014, esto es, por 15 años y 5 meses, haciéndole falta más de 4 años para lograr el requisito del tiempo de servicio, máxime que, como se refirió en precedencia, los requisitos debían acreditarse al 31 de julio de 2010, siendo que el tiempo de servicios se extiende, según la documental, hasta el 30 de junio de 2014.

Así las cosas, palmario resulta que la decisión del *a-quo* luce acertada, en tanto (i) no se extendió el régimen de transición hasta el año 2014, toda vez que a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, no contaba con 750 semanas de cotización, y (ii) no acreditó para el 31 de julio de 2010 el cumplimiento de requisitos para acceder a la pensión de vejez con fundamento en la Ley 33 de 1985.



Como corolario de lo anterior, se confirmará la sentencia de primera instancia. **SIN COSTAS** en esta instancia, por cuanto el asunto se estudió en grado jurisdiccional de consulta.

VI. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 4 de junio de 2019 por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del presente proceso, por las razones antes estudiadas.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



**TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL**

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.
Sala Laboral**

Proceso Ordinario Laboral 1100131050 34 2018 00105 01
Demandante: ESTHER AMPARO PANTOJA BERNAL
Demandada: HALLIBURTON LATIN AMERICA SRL SUCURSAL
COLOMBIA
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., treinta (30) de julio de dos mil veinte (2020).

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación formulado por la parte demandante, en contra de la sentencia proferida el 19 de junio de 2019 por el Juzgado Treinta y Cuatro Laboral del Circuito de Bogotá.

I.- ANTECEDENTES

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora *Esther Amparo Pantoja Bernal*, presentó demanda ordinaria laboral en contra de *Halliburton Latin America SRL Sucursa Colombia*, para que se declare la existencia de un contrato de trabajo por el periodo comprendido entre el 27 de febrero de 1997 y el 25 de abril de 2016.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Adujo que, suscribió contrato de trabajo a término indefinido con la demandada el 27 de febrero de 1997, en el cual desempeñó el cargo de A407-ESG-Secretary, en el área de ESG MGT.



Expuso seguidamente, que la asignación básica mensual devengada para los años 2014, 2015 y 2016 fue la suma de \$3.084.323, y que el vínculo contractual finalizó el día 25 de abril de 2016.

Que nunca tuvo interrupciones en su contrato, y al finiquito del mismo, la demandada no liquidó ni pagó de sus acreencias laborales, por lo que se vio en la obligación de elevar reclamación el 18 de noviembre de 2016, y por tal razón, de manera tardía, más exactamente el día 19 de diciembre de la misma anualidad, fueron canceladas las cesantías de los años 2014 a 2016.

1.3 CONTESTACION DE LA DEMANDA:

Halliburton Latin America SRL Sucursal Colombia, contestó la demanda con oposición de las pretensiones formuladas. Resaltó que, en efecto entre las partes existió un contrato de trabajo en los extremos invocados por la actora.

Enfatizó que para los años 2015 y 2016 la actora se encontraba incapacitada, por lo que en dichas anualidades no devengó salario sino el pago de la prestación económica, sumado a que se encontraba disfrutando de la pensión de invalidez que le reconoció Colpensiones a partir del 21 de septiembre de 2013 con acto administrativo del 27 de agosto de 2014, pero de esta situación tan solo se tuvo conocimiento hasta el 2016; circunstancia por la cual, existió interrupción en la prestación del servicio de la demandante.

Por último, relató que de buena fe y ante la reclamación de la actora, le generó el 19 de diciembre de 2016 una reliquidación sobre la liquidación final de prestaciones sociales, en la que se hizo un pago de cesantías a pesar de no estar obligado a ello de conformidad con lo establecido en el artículo 53 del C.S.T.

Formuló las excepciones de prescripción, inexistencia de las obligaciones demandadas, falta de título y causa en la demandante, enriquecimiento sin justa causa, cobro de lo no debido, pago, compensación, buena fe y la denominada genérica.



II.- SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Cuatro Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el día 19 de junio de 2019, declaró la existencia de un contrato de trabajo entre las partes por el periodo comprendido entre el 27 de febrero de 1997 y el 25 de abril de 2016, el cual terminó por justa causa comprobada a favor de la empresa demandada, por lo que absolvió a esta última de las pretensiones de carácter condenatorio formuladas por la demandante.

Para arribar a dicha conclusión, en primer lugar, indicó que entre las partes existió un contrato de trabajo por los extremos anteriormente enunciados, el cual terminó debido a que a la actora se le reconoció una pensión de invalidez, al igual que con posterioridad al finiquito del contrato, la pasiva efectuó una reliquidación de prestaciones sociales el día 19 de diciembre de 2016 por valor de \$23.268.405.

Adujo que si bien la demandada alegó que el pago de las cesantías para los años 2014 y 2015, no le fueron reconocidas a la actora por cuanto se encontraba en estado de incapacidad, al confrontar las incapacidades por parte de Aliansalud EPS, en el año de 2014 únicamente fueron prescritas incapacidades por el periodo comprendido entre el 1º y el 18 de enero, como da fe la incapacidad que venía prescrita desde el 20 de diciembre de 2013, por lo que, al haberse reintegrado la demandante a su puesto de trabajo a partir del 19 de enero de 2014, generó el derecho de prestaciones sociales para dicha anualidad en forma proporcional al tiempo laborado.

A pesar de esto, y en atención de los parámetros jurisprudenciales que se rige en materia laboral en lo que respecta a la conducta del empleador para determinar si su actuar se encuentra revestido de buena o mala fe por el no pago oportuno de las prestaciones sociales, la *a-quo* concluyó que el extremo demandado debía absolverse, ya que se pudo determinar que no existió una mala intención de la empleadora para el pago tardío de las cesantías de la demandante.

Que si bien del testimonio de la Jefe de Recursos Humanos de la empresa señora *Sonia Quintero*, se pudo establecer que la pasiva una vez se percató de las inconsistencias



generadas por el cambio de sistema operativo del que se servía para emitir la nómina, procedió a la corrección inmediata de la liquidación de la demandante, generando el pago de los valores correctos el día 19 de diciembre de 2016, montos que fueron revisados en razón de la solicitud posterior que presentara la demandante a la empresa el 1º de noviembre de 2016, lo que en inicio evidencia una mora de 8 meses para el pago de las cesantías, razón por la que debería imputarse las indemnizaciones pretendidas.

A pesar de lo anterior, la falladora de primer grado concluyó que las pruebas demuestran que la empleadora justificó la mora, pues una vez enterada de las inconsistencias en el pago de las prestaciones sociales, procedió a enmendar su error pagando finalmente el 19 de diciembre de 2016 los valores causados durante la relación laboral como da fe la liquidación de prestaciones sociales aportada al plenario, y si bien el contrato de trabajo finalizó el 25 de abril de 2016, no se entiende el por qué la actora tan solo reclamó sus acreencias laborales hasta el 18 de noviembre de 2016, razón que impone entender que aunque la empleadora omitió el reconocimiento y pago correcto de las prestaciones sociales en su momento, estaba fuera de conocimiento entender su yerro hasta cuando la demandante se avino a reclamar, actuare todos que no consagró como de mala fe por la pasiva, máxime si fue pensionada por invalidez mediante Resolución No. 299036 de 2014.

III.- RECURSO DE APELACIÓN:

La parte demandante inconforme con la decisión interpuso recurso de apelación. Argumentó que, si bien el punto de la absolución de la demandada se debió a la mora en el sistema de liquidación que operaba al interior de la demandada, dicho actuar no puede entenderse como justificable para que no hubieran pagado oportunamente las cesantías de los años 2014, 2015 y 2016.

De seguida alegó que, el hecho de que se hubiese encontrado incapacitada no exonera de responsabilidad a la pasiva para que deje de pagar las obligaciones que por ley le asiste, como lo era la cancelación de las cesantías en su momento, y que fue tan notorio el incumplimiento de este pago, que se vio obligada a elevar ante la pasiva reclamación en el mes de noviembre de 2016 para lo de su cargo.



Por último, adujo que con relación a la indemnización moratoria por el no pago oportuno de prestaciones sociales, es evidente la mora entre la fecha del finiquito y el pago de las cesantías conducen a su imposición.

IV.- ALEGATOS DE CONCLUSIÓN:

La demandante expuso que debe proceder el pago de las indemnizaciones deprecadas, por cuanto la demandada no pagó oportunamente las cesantías de los años 2014, 2015 y 2016, en el entendido que existieron fallas en el sistema operacional de liquidación de cesantías, actuar que no puede entenderse de buena fe, más aún, si se tiene en cuenta que de no haber sido por la reclamación que se interpuso el 18 de noviembre de 2016, la pasiva no hubiera reliquidado los valores que por este concepto le asistían.

La demandada soporta sus alegaciones en el hecho que en todo momento ha actuado con buena fe para el pago de las acreencias laborales de la actora, como lo es el hecho de que a esta última se le pagó el 100% de su salario a pesar de haber estado incapacitada desde el 27 de agosto de 2014 hasta el 25 de abril de 2016.

Respecto a la falta de pago oportuno de las cesantías, arguyó que debido al error que presentó el sistema SAP para la liquidación de las acreencias laborales, no existió un actuar revestido de mala fe, toda vez que, como se desprende de las documentales obrantes en el plenario, a la actora se le entregó la carta de autorización del retiro de sus cesantías al momento de la finalización del contrato de trabajo, por lo que era evidente el convencimiento de la total rectitud y honestidad, partiendo de la base que había efectuado la consignación de las cesantías al fondo en que se encontraba afiliada.

Puntualizó que, desde la fecha de culminación del finiquito, la actora esperó más de seis meses para presentar la solicitud del reconocimiento y pago de sus cesantías mediante comunicación del 17 de noviembre de 2016, y de ahí se reconoció el error y tras realizar las



verificaciones correspondientes procedió a pagarlas, junto con los beneficios extralegales, por lo que es notoria la buena fe con la que actuó.

V.- CONSIDERACIONES

5.1 PROBLEMA JURÍDICO:

Se determinará si es procedente el pago de la sanción por la no consignación de las cesantías de la demandante en el correspondiente fondo pensional para los años 2014, 2015 y 2016 conforme lo dispone el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, así como la indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del C.S.T por el no pago oportuno de esta prestación.

5.2 DEL CASO EN CONCRETO:

Para abordar el problema jurídico que ocupa a la Sala, es preciso indicar que no es objeto de reproche que entre las partes existió un contrato de trabajo por el periodo comprendido entre el 27 de febrero de 1997 y el 25 de abril de 2016, mediante el cual la demandante desempeñó como último cargo el de A407-ESG-Secretary en el área de ESG MGT, prueba de lo dicho se ratifica con la copia del contrato de trabajo allegado por la demandada, y la certificación expedida por la empresa con calenda del de abril de 2016 (Fls. 75 a 76 y 20).

Ahora bien, como lo tiene establecido la doctrina de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, la imposición de la indemnización moratoria y de la sanción por la no consignación oportuna de las cesantías, no se aplica de manera automática, sino que depende de la conducta justificativa del empleador referente a la buena o mala fe con la que actuara, tal como se precisara entre otras en sentencias Rad. 23657 del 29 septiembre 2005; SL10632-2014, Radicación 43915 del 12 de agosto de 2014; SL2958-2015, Radicación No. 4552 del 25 de febrero de 2015, SL7145-2015, Radicación No. 43621 del 3 de junio de 2015, y SL-2148-2018, Radicación No. 61164 del 13 de junio de 2018.

En sentencia SL4566-2019, Radicación No. 68600 del 23 de octubre de 2019, señaló:



“Conviene no olvidar que la jurisprudencia laboral ha adoctrinado profusamente que la indemnización moratoria no surge de manera automática, sino que corresponde al juez dilucidar su procedencia; para ello, debe auscultar los medios de convicción adosados al expediente, en busca de verificar si el empleador demandado aportó prueba suficiente de la razonabilidad y probidad de su conducta omisiva o, en otros términos, de la buena fe que acompañó su comportamiento de cara al cumplimiento de las obligaciones laborales a su cargo”.

Aduce la recurrente que la relación laboral culminó el 25 de abril de 2016, y la demandada tan solo canceló las cesantías el día 19 de diciembre de 2016, luego de que la primera elevara una solicitud para este cobro el 18 de noviembre de la misma anualidad; prueba de ello, es la liquidación visible a folio 10 del plenario, que no fue tachada de falsa, donde se observa que a la demandante se le canceló un total de \$23.268.405.90, que incluía prima extra legal de vacaciones, prima extra legal de antigüedad, vacaciones en dinero, cesantías definitivas, intereses a las cesantías definitivas, cesantías definitivas año anterior, intereses a las cesantías definitivas año anterior y prima legal de servicios.

La demandada funda su defensa del no pago oportuno de las cesantías en un aspecto. Este gira en torno en el hecho que la actora presentó incapacidades desde el año de 2015, por lo que era evidente que no devengó salario alguno, sino la prestación económica de incapacidad con IBC de \$3.084.323, adicional a que, la señora *Pantoja Bernal* se encontraba disfrutando de la pensión de invalidez desde el 21 de septiembre de 2013, situación de la que solo se tuvo conocimiento hasta el año 2016; circunstancia por la cual, no había lugar a la liquidación de las cesantías.

Sobre el particular se tiene que sus dichos no pudieron demostrarse, toda vez que las incapacidades que obran en el plenario, en especial las presentadas por *Aliansalud EPS* y que se allegaron en medio magnético a folio 166, demuestran que la actora solo tuvo incapacidades hasta el 18 de enero de 2014, por lo que al no existir prueba fehaciente que advierta lo contrario, puede colegirse que a la actora se le debían seguir pagando en forma regular sus acreencias laborales, máxime si se tiene en cuenta que, como quedó demostrado en el expediente, a la señora *Esther Amparo* se le cancelaron en su totalidad sus salarios y prestaciones sociales.



Otro aspecto que resalta la Sala, es que a pesar de que a la actora *Colpensiones* la pensionó por invalidez mediante Resolución No. GNR 299036 del 27 de agosto de 2014, con fecha de estatuto el 21 de septiembre de 2013 (Fl. 86 a 91), como ya se enunció, la demandada dijo que esta situación no se le había puesto de presente, tópico que no se apega a la realidad procesal, como quiera que luego de que la Juez de instancia hubiese ordenado en la audiencia del artículo 77 del C.P.T. y de la S.S. la incorporación de la documental de folio 145, esta advierte que el 4 de septiembre la actora le comunicó a la empresa que se le habían reconocido la pensión, de lo que es evidente el pleno conocimiento del derecho pensional. Hasta este momento, es claro para la Sala que la actora gozaba de pleno derecho para que las cesantías fuesen pagadas al momento en que finiquitó el vínculo contractual, por lo que no se encuentra justificación del retardo de la empleadora para haber efectuado la liquidación en tiempo de las prestaciones sociales.

Como consecuencia de lo anterior, la Sala no encuentra justificación para que la pasiva hubiese liquidado las cesantías de la demandante tan solo hasta el 19 de diciembre de 2016, luego de que esta última elevara solicitud de pago el día 18 de noviembre de esa anualidad, ya que su obligación era haber pagado oportunamente las acreencias laborales adeudadas.

Nótese que de la declaración de parte de la señora Cristina Quintero Morales, Gerente de Recursos Humanos de la demandada y que por sus dichos se evidencia que hacía parte del área de nómina, fue enfática en exponer que la actora solicitó el pago de sus acreencias laborales, tras lo cual la compañía evidenció que el sistema o programa con el que se liquidaba la nómina presentó errores al momento de calcular los valores a pagar, y por tal motivo, fue que no se canceló en tiempo las acreencias laborales de la demandante, en especial las cesantías sobre las que aquí se discute las condenas indemnizatorias.

Para la Sala, a diferencia de lo argumentado por la falladora de instancia, esta justificación tampoco goza de asidero, ya que el trabajador no puede dejar de percibir sus derechos laborales e intrínsecos por el hecho de que el empleador no tenga una debida administración de sus dependencias en forma organizada, o con unos controles internos para prevenir este tipo de circunstancias, por lo que en atención de los parámetros



endilgados por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, esta Colegiatura concluye que la demandada no se revistió de buena fe para dejar de cancelar dentro de la oportunidad las cesantías de la trabajadora.

Por los anteriores motivos, habrá de condenarse a *Halliburton Latin America SRL Sucursal Colombia* al pago de las indemnizaciones pretendidas.

Al respecto, debe indicarse que dentro del proceso tampoco fue objeto de reproche que el salario devengado por la demandante para los años 2014, 2015 y 2016, fue el de \$3.084.322.80, como así dan fe las diferentes liquidaciones y el incremento salarial que se le efectuó a la actora desde el año de 2012 y en adelante (fls. 10, 16 a 18, 96 y 97), por lo que este valor será el tenido en cuenta para liquidar estas condenas.

De la sanción por la no consignación de las Cesantías regulada en la Ley 50 de 1990:

Regula el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, que el 31 de diciembre de cada año se deberá efectuar la liquidación de las cesantías, y el empleador tendrá como plazo máximo de su consignación en el correspondiente fondo hasta antes del 15 de febrero del año siguiente, pues de no hacerlo, incurrirá en una sanción de un día de salario por cada día de retardo.

En tal sentido, a folio 103 obra un comprobante que da fe que la empresa canceló de manera incompleta las cesantías del año 2014, más exactamente por valor de \$2.056.215. Si bien esta acreencia no fue cancelada en su totalidad, no puede endilgarse responsabilidad para el pago sancionatorio en esta anualidad, por cuanto es evidente que la demandada al haber consignado al fondo de pensiones esta acreencia, actuó con buena fe, máxime si se tiene en cuenta que como se adujo en precedencia, la actora registró incapacidades en esta anualidad, aspecto por el que las cesantías no podían ser consignadas sobre la totalidad del salario básico. Por tal razón, no hay lugar a la sanción de las cesantías del año 2014.

No sucede lo mismo con las cesantías de año 2015, pues de estas no existe constancia de consignación alguna en su momento, sino que su pago se efectuaron con la reliquidación del 19 de diciembre de 2016, por lo que hay lugar a la sanción por esta anualidad.



Este pago se enmarca por el periodo comprendido entre el 15 de febrero de 2016 y el 25 de abril de la misma anualidad, en tanto la terminación del contrato sucedió en esta última calenda, condena que asciende a la suma de \$7.196.753.32.

No habrá lugar al pago de sanción de las cesantías por el año 2016, ya que la relacional laboral finalizó el día 25 de abril de esa anualidad, por lo que debían ser pagadas en dinero como así lo hizo la pasiva.

De la indemnización por falta de pago de que trata el artículo 65 del C.S.T.:

Esta indemnización dispone, que 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, el primero deberá pagar 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 periodo es menor. También regula esta normativa que si transcurridos veinticuatro (24) meses, contados desde la fecha de terminación del contrato, el trabajador no ha iniciado su reclamación por la vía ordinaria, el empleador deberá pagar intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Financiera, a partir de la iniciación del mes veinticinco (25) y hasta cuando el pago se verifique.

De los postulados que regulan esta sanción, se colige que la relación laboral terminó el 25 de abril de 2016, y al haberse presentado la demanda el día 1º de marzo de 2018 (fl. 35), es notorio que la sanción debe tazarse con el último salario diario por cada día de retardo, hasta por veinticuatro (24) meses, o hasta cuando el pago se verifique si el periodo es menor.

Descendiendo al caso de marras, la condena deberá tasarse desde el día siguiente en que terminó la relación laboral, esto es, desde el 26 de abril de 2016, hasta el 18 de diciembre de 2016, ya que como se dijo, la pasiva canceló las prestaciones sociales el 19 de diciembre la mentada anualidad.



Debido a que el último salario diario de la demandante ascendió a la suma de \$102.810.76, y el pago de esta indemnización se tasa sobre 222 días, habré de condenarse por valor de \$22.823.988.7.

De la excepción de prescripción:

De conformidad con lo establecido en los artículos 488 y 489 del C.S.T., en concordancia con lo dispuesto en el artículo 151 del C.P.T y de la S.S., la prescripción opera en el término de tres años. El contrato finalizó el 25 de abril de 2016, y la actora elevó solicitud a la demandada para el pago de sus acreencias laborales el 18 de noviembre de 2016 (Fls. 21 a 22), por lo que se interrumpió la prescripción por un término igual al inicialmente regulado en la norma, y al haberse presentado la demanda el día 1º de marzo de 2018 (Fl. 35), es evidente que el término trienal para ejercitar el derecho se hizo adecuadamente.

De las consideraciones expuestas, la Sala habrá de revocar la decisión de primer grado, y en su lugar condenará a la demandada a las indemnizaciones pretendidas por la actora.

SIN COSTAS en esta instancia por considerar que no se causaron, las de primer grado correrán a cargo de la parte demandada.

DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR los ordinales SEGUNDO y TERCERO de la sentencia proferida el 19 de junio de 2018, por el Juzgado Treinta y Cuatro Laboral del Circuito de Bogotá, y en su lugar



TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL

condenar a la demandada *Halliburton Latin America SRL Sucursal Colombia* de las siguientes condenas:

- a) Por concepto de la sanción por la no consignación de las cesantías en el correspondiente fondo de conformidad con lo establecido en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, para el año 2015 en la suma de **\$7.196.753.32.**
- b) Por concepto de la indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del C.S.T., en la suma de **\$22.23.988.7.**

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

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia, las de primer grado correrán a cargo de la parte demandada.

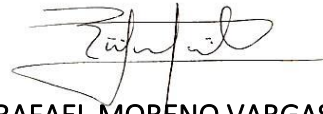
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



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

Ordinario Laboral 1100131050 14 2018 00242 01
Demandantes: GILMA PILAR ORTIZ SALCEDO
Demandado: FALABELLA DE COLOMBIA S.A.
Magistrado Ponente: **DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá, D.C., treinta (30) de julio de dos mil veinte (2020).

SENTENCIA:

Procede la Sala a desatar el grado jurisdiccional de consulta en favor de la parte demandante, respecto de la sentencia proferida el 24 de julio de 2019, proferida por el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Bogotá.

I. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora *Gilma del Pilar Ortiz Salcedo*, formuló demanda ordinaria laboral para que se declare que con *Falabella de Colombia S.A.* existió un contrato de trabajo a término indefinido desde el 9 de octubre del 2006 hasta el 1º de diciembre de 2017, el cual fue terminado sin justa causa; y en consecuencia se condene a la sociedad demandada al pago de la indemnización por terminación unilateral del contrato consagrada en el artículo 64 del C.S.T.

1.2. SUPUESTO FÁCTICO:

Fundó sus pretensiones en que el 9 de octubre de 2006 suscribió un contrato de trabajo a término indefinido con *Falabella de Colombia S.A.*; que desempeñó el cargo de Auxiliar S.A.C., y se pactó un salario mensual de \$1'145.030; que prestó servicios personales en la jornada laboral de 8:00 a.m. a 5:00 p.m., sin que se llegara a presentar queja o llamado de atención alguno.

Señaló que el 8 de noviembre de 2017, se llevaron a cabo siete compras en la tienda de Falabella Hayuelos, los cuales se realizaron con cupones o stickers que



obsequiaban un bono por \$100.000, más la tarjeta Falabella, y como consecuencia de ello la demandante realizó cinco transacciones a su cargo, y las otras dos las efectuaron sus compañeros; el día 15 de noviembre se realizó una acta de descargos dentro de la cual se manifestó el uso inadecuado de los stickers que otorgó Falabella entre el 2 de octubre de 2015 al 15 de noviembre de 2017, obteniendo provecho de diferentes descuentos para ella como para sus compañeros, lo cual se explicó en la acta antes mencionada; que el 1º de diciembre de 2017 *Falabella de Colombia S.A.* dio por terminado el contrato sin justa causa, como también se abstuvo de cancelarle la indemnización a la que tenía derecho.

1.2 CONTESTACIÓN:

La sociedad *Falabella de Colombia S.A.*, operó la *litis contestatio* oponiéndose a las pretensiones, señalando inicialmente que existió entre las partes un contrato de trabajo a término indefinido, cuyo extremo inicial es el 9 de octubre de 2006, para que la demandante se desempeñara en el cargo de vendedora, posteriormente ocupó el cargo de vendedora integral y el último cargo fue el de auxiliar S.A.C; de igual manera que el salario pactado para el 2017 era la suma de \$774.965, en razón a la jornada laboral pactada por solicitud de la demandante de 6 horas diarias y 36 semanales, resaltando que el contrato fue suspendido desde el 4 al 11 de septiembre de 2017 con ocasión a una sanción disciplinaria impuesta a la actora.

Que el 8 de noviembre de 2017 la demandante efectuó 7 compras independientes aplicando descuentos de \$100.000 más los descuentos y promociones de cada producto, utilizando cupones con stickers entregados por terceras personas y no por compras, engañando a la empresa y obteniendo un provecho indebido, representado en descuentos que ascendieron a la suma de \$700.000.

Que la demandante en la diligencia de descargos rendida el 15 de noviembre de 2017, confesó que parte de los stickers le fueron obsequiados por otros trabajadores; que por lo anterior fue terminado su contrato de trabajo el 1º de diciembre de 2017 con justa causa, pues la demandante incurrió en conductas calificadas como graves, realizándose la diligencia de descargos, respetando con ello el derecho de defensa y el debido proceso; que la actora confesó haber cometido las faltas endilgadas y que se califican como graves en el otro sí suscrito el 1º de enero de 2016.



Propuso y sustentó las excepciones de mérito de inexistencia de las obligaciones, cobro de lo no debido, falta de causa, prescripción y buena fe.

II.- SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El 24 de julio de 2019 el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Bogotá, absolvió a la sociedad *Falabella de Colombia S.A.* de todas las pretensiones incoadas en su contra por la demandante *Gilma Pilar Ortiz Salcedo*. Para arribar a dicha conclusión, consideró la *a-quo* en primer lugar que no existe discusión dentro del proceso sobre la existencia de la relación laboral existente entre las partes, los extremos temporales desde el 9 de octubre de 2006 al 1º de diciembre de 2017, el último cargo desempeñado por la actora, el último salario percibido y la decisión de terminación unilateral del contrato laboral por parte del empleador.

Frente al reconocimiento y pago de la indemnización por despido sin justa causa, indicó que la jurisprudencia pacífica de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha definido que al trabajador le basta con solo acreditar el hecho del despido, mientras que al empleador le incumbe demostrar si la decisión se ajustó con los parámetros legales, convencionales o contractuales consagrados y acordados por las partes para tal efecto, como lo ha recordado en sentencia con Radicación 42.607 del 9 de septiembre de 2015.

Descendiendo al *sub-lite* adujo que a folio 4 de plenario reposa la carta de terminación del contrato de trabajo emitida por *Falabella de Colombia S.A.*, en la que se expresa la determinación de dar por terminado el contrato de trabajo, por cuanto la conducta que desplegó la actora se ajusta al artículo 7º literal a) numeral 6º del Decreto 2351 de 1965, cumpliendo así la promotora de la litis con demostrar el hecho del despido.

En cuanto a la demandada, el Despacho señaló que demostró la comisión de la conducta de la demandante con la que decide dar por terminado el contrato de trabajo, puesto que a folios 8 y 9 del expediente se reconoció la existencia de la campaña promovida por *Falabella de Colombia S.A.* y del interrogatorio de parte de la actora se demostró que efectuó 7 transacciones o compras en la tienda de Falabella Hayuelos el día 8 de noviembre de 2017 con la tarjeta CMR de su propiedad, utilizando 7 cuponeras redimibles por \$100.000 cada una, obteniendo los stickers por medio de un obsequio realizado por sus compañeros, lo que admitió conocer que estaba prohibido, lo que además se corroboró con las



facturas de las compras realizadas por la demandante, los bonos redimidos y los extractos de la tarjeta de crédito CMR correspondientes a los periodos de septiembre a noviembre de 2017, en los que constató que antes del 8 de noviembre de 2017, la actora no realizó compras que superaran los \$2'800.000 que se necesitaba para obtener los 28 stickers necesarios para completar los 7 cupones para redimir los bonos.

Establecido lo anterior, el Juzgador Primigenio consideró que la conducta desplegada por la promotora de la Litis configuró una justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo, toda vez que en el contrato de trabajo a término indefinido del 9 de octubre de 2006, se dispuso en su cláusula 5º como justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo *“la violación por parte del empleador de cualquiera de sus obligaciones legales, contractuales, convencionales o reglamentarias que imparta la empresa”*, y las previstas en el artículo 7º de Decreto 2351 de 1965. Asimismo, que del otro sí suscrito por las partes el 24 de junio de 2017, mediante el cual se adiciona el Régimen de prohibiciones de políticas administrativas, se tiene que se vulneró el programa de *“campana antisocial anti sobornos”*.

Además, la Juez primigenia señaló que la conducta desplegada por la actora resulta gravosa porque vulneró el régimen de prohibiciones de la política corporativa contenida en el contrato laboral, configurándose la justa causa invocada para finiquitar el contrato de trabajo, inclusive de carácter legal al estar inmersa en las justas causas descritas en el artículo 62 literal a) del numeral 6º por violación grave de las prohibiciones que incumbe al trabajador.

De igual manera, el Despacho determinó que las alegaciones realizadas por la parte actora en el cual adujo que el despido a la demandante era ilegal por no habersele realizado los descargos que conlleva dicha conducta desplegada, no desvirtúan la terminación del contrato de trabajo por justa casusa alegada por la parte demandada, puesto que durante el proceso la actora tuvo la oportunidad de justificar su conducta y dentro del libelo introductorio no se hizo referencia a una eventual veneración del debido proceso o al derecho defensa en la diligencia de descargos. Igualmente, no es procedente reclamar la imposición de una sanción y no la terminación del contrato laboral en tanto que contractualmente estaba previsto que aquella conducta ocasionaba la terminación del contrato. Además, que no es de recibo la falta de demostración de un detrimento en perjuicio del patrimonio de la demandada en tanto que lo que se reprocha es la conducta



asumida por el trabajador y no las consecuencias de orden económico que las mismas hallan dado lugar.

III.- GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Teniendo en cuenta que no se interpuso recurso de apelación, contra la sentencia de primera instancia, se debe surtir el grado jurisdiccional de consulta a favor de la trabajadora.

IV.- ALEGATOS:

En el término conferido, la parte demandada adujo que la demandante confesó conocer la política anti soborno de la empresa y la prohibición de recibir dádivas, la cual se tipificó como falta grave en el otro sí del 1º de enero de 2016; que se acreditó que realizó compras utilizando stickers de descuentos de terceras personas, lo cual no fue informado a su superior inmediato, por lo que se configuró la justa causa de despido, solicitando en consecuencia confirmar la decisión de primer grado.

V.- CONSIDERACIONES:

5.1 PROBLEMA JURÍDICO A RESOLVER:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si en el *sub-examine* se configuró un despido sin justa causa de la trabajadora.

5.2 DEL CASO EN CONCRETO:

Inicialmente debe señalarse que el parágrafo único del artículo 7º del Decreto 2351 de 1965, que modificó el artículo 62 del CST, ha establecido que el empleador al momento de dar por terminado unilateralmente el contrato de trabajo, tiene la obligación de endilgar concretamente la causal y el motivo por el cual adopta dicha determinación, sin que con posterioridad pueda indicar causales o motivos diferentes a tal determinación; de igual manera, al trabajador le basta solo con acreditar el hecho del despido.



Lo anterior postura ha sido expuesta por la honorable CSJ en sentencia SL 525 del 2020 Radicación No. 74.363, al señalar:

“Resulta relevante para desatar el recurso, recordar que el empleador, al momento de dar por finalizado el contrato de trabajo, tiene la obligación de aducir concretamente los hechos con fundamento en los cuales adopta su decisión, sin que con posterioridad pueda variar los supuestos fácticos que dieron lugar a tal determinación. Además, se ha puntualizado que le corresponde al Juez laboral, verificar la ocurrencia de las situaciones fácticas y determinar si los mismos constituyen justa causa para dar por rescindir el vínculo, de acuerdo a las causales previstas para el efecto en la ley, en el contrato de trabajo, en el reglamento interno de trabajo, en la convención colectiva o en cualquier otra disposición que regulen la relación laboral.”

“Se ha decantado por la Corporación, que lo principal en estos casos es que el trabajador tenga certeza acerca de los motivos por los cuales el demandado decide terminar el contrato de trabajo, de ahí que, inclusive, ha considerado viable que el fallador los enmarque en un numeral o causal diferente.”

Aunado a ello, esa misma Corporación en sentencia SL 578 de 2020, Radicación 72.255 del 19 de febrero de 2020, ha establecido:

“Se debe reiterar por esta Sala que la prueba del despido está a cargo del trabajador, y una vez este se acredite, incumbe al empleador probar la justeza del mismo, de manera que tal circunstancia no ocurre, se entenderá que dicha decisión fue sin justa causa y deberá asumir la indemnización que se contemple en la ley, la convención colectiva, el contrato de trabajo o en cualquier otro documento que regule la relación laboral entre las partes.”

Descendiendo al caso objeto de consulta, se observa a folio 4 del expediente comunicación escrita del 27 de noviembre de 2017 emitida por la sociedad *Falabella de Colombia S.A.*, donde le notifican a la promotora de la litis la decisión de dar por terminado el contrato de trabajo suscrito por las partes de forma unilateral y con justa causa, con fundamento en el literal a) del numeral 6º del artículo 7º del Decreto 2351 de 1965.

Refiere la misiva mencionada como hechos endilgados a la actora que la decisión obedeció al *“uso inadecuado del material correspondiente a la campaña de Stickers que se viene realizando en la tienda y que cuenta con vigencia del 02 de octubre al 15 de noviembre, sacando provecho de los diferentes descuentos que este material general por sistema y haciendo entrega de los mismos a los demás trabajadores”*.

De lo anterior, se evidencia que la parte demandante cumplió con la carga probatoria al incorporar dentro del expediente la carta de despido emitida por la demandada el 27 de noviembre de 2017, acreditando así el hecho del despido, por



consiguiente, le corresponde a la parte accionada acreditar la justa causa alegada y los supuestos de hecho endilgados a la accionante, como lo ha reiterado de manera pacífica la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, como se manifestó con antelación.

Sobre el particular, estima la Sala que se acreditó por pasiva que la accionante utilizó la política de descuentos mediante bonos emitidos por la empresa, y que los stickers requeridos para acceder a los beneficios le fueron entregados por terceras personas, es decir que, en estricto sentido, no se obtuvieron por compras que realizara la accionante.

En efecto, frente al uso indebido del material de la campaña y el provecho que obtuvo de los descuentos generados por sistema, admitió en la diligencia de descargos (Fls. 8 y 9), que el 8 de noviembre de 2017 realizó 7 compras en la tienda de Falabella sucursal de Hayuelos con la tarjeta CMR utilizando 7 cupones redimibles por valor de \$100.000; que obtuvo dichos cupones producto de una compra que realizó a finales del mes de octubre por valor de \$200.000, de la donación que le realizó una compañera y los demás los obtuvo a medida que iba pagando por las compras que realizaban sus compañeros de trabajo al prestarles la tarjeta de crédito CMR. Manifestó conocer que estaba prohibido que los trabajadores recibieran obsequios de parte de clientes, proveedores o terceros.

Ahora bien, de conformidad con el análisis de la misiva de despido, se tiene que el empleador encasilló la conducta de la trabajadora, en la causal contemplada en el numeral 6º del literal a) del artículo 62 del C.S.T., el cual consagra *“Cualquier violación grave de las obligaciones o prohibiciones especiales que incumben al trabajador de acuerdo con los artículos 58 y 60 del Código Sustantivo del Trabajo, o cualquier falta grave calificada como tal en pactos o convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos”*.

Respecto de la intelección de dicha causal, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL 3883 de 2019, refirió:

“Es indudable que en el numeral 6º del aparte a) del artículo 7º del Decreto 2351 de 1965, se consagran dos situaciones diferentes que son causas de terminación unilateral del contrato de trabajo. Una es <cualquier violación grave de las obligaciones y prohibiciones que incumben al trabajador de acuerdo con los artículos 58 y 60 del Código Sustantivo del Trabajo> y otra es <... cualquier falta grave calificada como tal en pactos o en convenciones colectivas, fallos arbitrales, contractuales o reglamentos...>.



“En cuanto a la primera situación contemplada por el numeral señalado, es posible la calificación de la gravedad de la violación [...].

“En cuanto a la segunda situación contemplada por el numeral referido, es claro que la calificación de la gravedad de la falta corresponde a los pactos, convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentarios en que se consagran esas faltas con tal calificativo [...].”

“[...]

“La violación de las obligaciones y prohibiciones a que se refieren los artículos 58 y 60 del Código Sustantivo del Trabajo, constituye por sí misma una falta, pero esa violación ha de ser grave para que resulte justa causa de terminación del contrato. Por otra parte, cualquier falta que se establezca en pactos o convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos, implica una violación de lo dispuesto en tales actos, que si se califica en ellos de grave, constituye justa causa para dar por terminado el contrato.

“En el primer concepto la gravedad debe ser calificada por el que aplique la norma, en el segundo la calificación de grave ha de constar en los actos que consagran la falta [...].”

De conformidad con lo anteriormente expuesto, es menester analizar si en el presente evento la conducta endilgada se constituyó en una falta grave calificada así en el contrato de trabajo o en el otro sí, o si *a contrario sensu*, se debe determinar por esta Colegiatura la gravedad de la misma.

Ahora, en el contrato de trabajo de trabajo suscrito entre las partes el 9 de octubre de 2006, se estableció en la cláusula quinta como justa causa y se calificó como grave, la violación de sus obligaciones legales, contractuales o reglamentarias (Fl. 77), y en el otro sí del 1º de enero de 2016 (Fl. 91), las partes dejan establecido que cualquier contravención por parte del trabajador a las obligaciones y/o prohibiciones establecidas allí que ocurra en vigencia de la relación laboral, se considera como falta grave y justa causa para dar por terminado el contrato laboral, sin que se especifique en dichas documentales lo atinente al uso indebido de la política de descuentos mediante bonos emitidos por la empresa

Ahora bien, en el otro sí atinente a la adhesión a políticas corporativas (Fl. 96), se consagró que se califica como grave el *“Aceptar o solicitar préstamos especiales, ayuda económica o dádivas a clientes, usuarios, proveedores, empleados o terceros, a cambio de favores o tratamientos especiales en la prestación del servicio, como la exoneración de la obligación de diligenciar los formularios de vinculación de clientes, y transacciones en efectivo, sin tener las correspondientes atribuciones”*; de



la lectura de dicha cláusula, se evidencia que no se encasilla la conducta desplegada por la demandante, en tanto si bien aceptó una dádiva correspondiente a los stickers que le fueron obsequiados por una empleada, y se benefició además de prestar su tarjeta de crédito a otros trabajadores para acceder a stickers, lo cierto es que la normativa lo que pretende es que la trabajadora no verifique favores o tratamientos especiales en la prestación del servicio a quien realiza el obsequio, lo cual no acontece en el plenario, pues no se evidencia que haya desplegado dichas conductas a favor de las personas que le obsequian los stickers.

En ese orden de ideas, al no haberse calificado como grave la conducta, deberá la Colegiatura determinar la gravedad de la conducta. Sobre el particular, estima la Sala que la campaña de descuentos tiene por fin atraer a clientes que hayan adquirido productos, ofreciendo descuentos tras determinada cantidad y monto de transacciones, resultando evidente la gravedad de la conducta al utilizar indebidamente la campaña para obtener descuentos provenientes de la compra de productos adquiridos por terceros o mediante el préstamo de su tarjeta de crédito, pues dicha situación desnaturaliza el fin comercial de la campaña.

En efecto, el objeto social de la empleadora es, entre otros, *“la compra, venta y distribución de productos al detal”* y *“las ventas a plazo de productos, artículos y mercaderías”*, por ende, la campaña de descuentos tiende a impactar de manera favorable dichas actividades, lo cual se contraviene si la trabajadora accede de manera indebida a descuentos para adquirir productos a un menor valor, sin realizar las compras previas que ameriten el menor valor ofrecido, más aun cuando en el acta de descargos, aceptó conocer la prohibición de recibir dádivas.

Por tanto, se concluye que la conducta que desplegó la señora *Gilma Pilar Ortiz Salcedo* se constituye en un grave incumplimiento de las obligaciones, y por ende se constituye en justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo, motivo que impele a confirmar la decisión de primer grado. **SIN COSTAS** en esta instancia por no haberse causado.

VI.- DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República y por autoridad de la Ley;



RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida 24 de julio de 2019, por el Juzgado Catorce Laboral del Circuito, dentro del proceso de la referencia, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
Sala de Decisión Laboral

Proceso Ordinario Laboral No. 1100131050 **18 2018 00329 01**
Demandante: FEDERICO GUILLERMO AVILA CHACON
Demandado: E.P.S. FAMISANAR
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá, D.C., treinta (30) de julio de dos mil veinte (2020).

SENTENCIA:

Procede la Sala a analizar el recurso de apelación interpuesto por la demandada contra la sentencia proferida el 12 de julio de 2019 por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Bogotá.

I.- ANTECEDENTES

1.1 DE LA DEMANDA:

Los señores *Federico Guillermo Ávila* y *Luz Evelyn Calixto Gómez*, presentaron demanda ordinaria laboral en contra de la *E.P.S FAMISANAR*, para que se declare que el menor *Juan Camilo Ávila Calixto* está afiliado a la EPS en calidad de beneficiario; que se encuentra en estado de debilidad manifiesta y requirió atención urgente en centro intramural; que se declare que la fundación FUNDAR, por políticas de la EPS Famisanar negó el ingreso al menor para el tratamiento, por lo que los padres del menor tuvieron que incurrir en el costo del tratamiento con la fundación CRECER por un monto de \$16.566.568; consecuentemente se ordene a la EPS FAMISANAR a pagar el tratamiento del menor, los intereses moratorios y las costas procesales.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

En respaldo de sus pretensiones, relataron que son los padres del menor *Juan Camilo Ávila Calixto* y todo el grupo familiar se encuentra afiliado a la EPS FAMISANAR; debido al consumo habitual de Cannabis del menor el 17 de agosto de 2016 por Psiquiatría de la EPS FAMISANAR es remitido a toxicología; posteriormente, la EPS autoriza la atención del menor en la Fundación FUNDAR; el 27 de julio de 2016 donde es diagnosticado con trastornos múltiples y de comportamiento debido al uso de marihuana; el 25 de agosto de 2016 FUNDAR ante la EPS FAMISANAR gestiona



autorización para el inicio del tratamiento durante el periodo comprendido del 30 de agosto al 28 de septiembre de 2016, dándose continuidad al mismo hasta el 21 de noviembre de la misma anualidad; sin embargo, el menor reincide en el consumo por lo que el médico particular *Efrén Saúl Garzón Cárdenas* manifestó la urgencia de internar al paciente en una IPS especializada en adicciones; por lo que los padres acuden a la Fundación FUNDAR pero esta se niega a brindar el tratamiento aduciendo que para ello se requiere que el paciente de forma voluntaria haya decidido dejar el consumo y que no tenía cupo para recibir al menor.

Por lo anterior, deciden internar al menor en la Fundación CRECER, a cargo del especialista *Miguel Bettin*, director de la entidad, bajo la modalidad de internado por 50 días; la EPS FAMISANAR desestima los argumentos de FUNDAR para negar el tratamiento y en nota aclaratoria del 22 de junio de 2017 FUNDAR indica que el caso ya se había cerrado por parte de la institución. Así ante la urgencia del tratamiento se da inicio al mismo en la fundación CRECER bajo la modalidad de internado y el monto total del tratamiento asciende a la suma de \$16.566.568, por concepto de internación, medicamentos, pruebas toxicológicas y plan de soporte.

El 10 de mayo de 2017, la señora *Luz Evelyn Calixto Gómez* presenta solicitud de reembolso ante la EPS FAMISANAR. Sin embargo, mediante oficio del 14 de julio de 2017, la encartada niega el reembolso por considerar que en la base de datos de la entidad se registra que se acude de forma voluntaria a la Fundación Crecer sin seguir los procedimientos previstos por la EPS.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

Mediante auto del 15 de enero del 2019, se tuvo por no contestada la demanda.

II.- SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el 12 de junio del 2019, resolvió absolver a la demandada EPS FAMISANAR de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra.

Para arribar a dicha conclusión indicó que, ha sido reiterativa la jurisprudencia en cuanto a que las personas farmacodependientes son sujetos de especial protección, entre otras la sentencia T-153 de 2014, siendo deber de las EPS brindar la atención requerida para superar dichas adicciones, pues deben recibir atención por partes del SGSS en Salud.



Que no se debate en el *sub-lite* que el menor es farmacodependiente, por tanto, el punto de discusión concierne en establecer si hay lugar al reembolso de los gastos médicos en los cuales incurrieron sus padres.

Frente al reembolso refiere el A Quo que se encuentra en el proceso la factura correspondiente al monto del tratamiento médico en el cual tuvieron que incurrir los demandantes en la Fundación Crecer, pero que la encartada se negó a reconocer argumentando que son tratamientos de carácter particular y que la EPS nunca se ha negado a brindar el tratamiento y los padres no surtieron los trámites administrativos de rigor.

Al respecto, indica que el artículo 14 de la Resolución 5261 de 1994, consagra que hay lugar al reembolso de los tratamientos cuando quiera que: el paciente sea tratado por una IPS con la cual no tenga convenio la EPS, cuando haya sido autorizado expresamente por la IPS y en caso de negligencia o negativa por parte de la EPS.

Que al analizar el material probatorio allegado al proceso corrobora el Despacho que fue aportado al expediente la solicitud de reembolso y la factura del tratamiento recibido por el demandante; así mismo, procede analizar los interrogatorios de parte y los testimonios rendidos por los señores *Efrén Saúl Garzón Cárdenas* y *Dolly Clemencia Meléndez Gaitán*; logrando concluir que en el presente asunto la EPS brindó los servicios al menor a través de la Fundación FUNDAR con los programas que la misma cuenta, luego la EPS no ejerció ningún incumplimiento.

En lo tocante al reembolso, refiere que en el plenario no existe prueba de la urgencia en el tratamiento y aunque el profesional *Efrén Saúl Garzón Cárdenas* refiere que si estaba en trámite de urgencias, ello no era óbice para que no fuera valorado nuevamente el menor por parte de un profesional de la EPS, aunado a ello el profesional es psicólogo y no médico. Adicionalmente, acorde a lo manifestado por el demandante, el menor es un consumidor social y no se encuentra en la calle, sino que vive con sus padres y labora. Por tanto, no se corrobora la urgencia del tratamiento

Así las cosas, en el *sub-lite* no se demostró la urgencia para otorgar el tratamiento, punto indispensable acorde la Resolución 5261 de 1994, además no se acreditó que la EPS hubiera conferido la autorización correspondiente, pues no hay concepto médico por parte de un profesional de la EPS, tampoco se evidencia una negligencia injustificada por parte de la demandada.



III.- RECURSO DE APELACIÓN:

Inconforme con la decisión del *a-quo* la parte demandante presenta recurso de apelación en el que en suma indica que los artículos 177 y 178 de la ley 100 de 1993, establecen de forma clara las obligaciones a cargo de la EPS para la prestación de los servicios de salud; la Ley 1122 del 2007 que en su artículo 14 tiene unos elementos básicos de aseguramiento como son la gestión del riesgo en salud y la articulación de la red que permita el acceso a los servicios de salud y la representación del usuario ante las prestadoras de salud, además de la función indelegable del aseguramiento.

Así las cosas, vale la pena tener en cuenta que la EPS en su calidad de asegurador tiene una red prestadora representada por FUNDAR que inicialmente presta el servicio, pero luego lo niega por sus propias políticas. Así, se incurre en la negación del servicio de salud, en el caso preciso en que el menor requiere la atención de urgencias y no se le brindó.

Que la urgencia son todas aquellas actividades que se le brindan a una persona con el fin de estabilizarla y que son esas patologías las que presentan un riesgo inminente de muerte o incapacidad permanente, acorde lo dispuesto en el Decreto 412 de 1992. Así mismo el artículo 44 de la Constitución Política establece que los derechos de los niños prevalecen sobre los de los demás, entre ellos la protección a la salud. Así mismo, el artículo 47 establece la protección del Estado a las personas que padecen de una debilidad manifiesta. Se cumplen así los presupuestos de la Resolución 5261 de 1994 que mencionó el Despacho.

Frente a la autorización de la EPS, se debe recordar que acorde con la seguridad social y el Código Civil, la EPS también responde por las actuaciones de sus mandatarios, en este caso de la IPS que fue la que se negó a prestar el servicio, en ese sentido existe una negación por políticas de la entidad.

Con relación al profesional indica que la Corte Constitucional ha precisado que no solo es la de profesional adscrito sino también del externo, el hecho que en este caso el profesional que requirió el paciente que fue un psicólogo, tiene la misma calidad de profesional que un equipo interdisciplinario y tenía toda la idoneidad para tratar a pacientes como el demandante.

Luego la EPS si negó el servicio por parte de la IPS y que se acreditó la urgencia en virtud de la debilidad manifiesta por el consumo de psicotrópicos, conforme un profesional idóneo. Por otro lado, el desembolso está plenamente acreditado.



IV.- ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La parte demandante en su escrito de alegatos insistió en que se fulminara condena en contra de la demandada aduciendo que la encartada incumplió sus obligaciones constitucionales y reglamentarias, conforme lo dispuesto en los artículos 178 y 179 de la ley 100 de 1993 y los artículos 45 a 47 de la Constitución Política. Reitera en la importancia de tener en cuenta lo indicado en el artículo 14 de la ley 1122 de 2007 y los parámetros trazados por la Corte Constitucional frente a la debilidad manifiesta, entre otras en las sentencias T-345 del 2013 y solicita se tenga en cuenta lo indicado por la Corte Constitucional en lo tocante a los reembolsos médicos en la sentencia T-346 del 2010.

Señala que quedó debidamente probado en el proceso de primera instancia, que existió una atención en salud intramural ordenada por médico tratante en el paciente menor de edad, en estado de debilidad manifiesta, y quedó probado que no existió atención en establecimiento Fundación FUNDAR contratado por el EPS Famisanar ante la exigencia de políticas de cierre de atención por parte de la EPS, y que, ante la debilidad manifiesta del menor, y la orden de su médico tratante de requerir tratamiento internado, se obligó a la familia a acudir a médico tratante particular que ordenó internación para su tratamiento; para dar cumplimiento a su tratamiento, negado por la EPS Famisanar, la familia del menor realizó el pago del costo de la atención, el que debe ser reembolsado por la EPS por ser parte del aseguramiento en salud.

La parte demandada no presentó alegatos dentro de la oportunidad legal establecida para el efecto.

V.- CONSIDERACIONES:

a. Problema Jurídico:

Sin avizorar causal que invalide lo actuado, y encontrándose reunidos los presupuestos procesales, se definirá como problema jurídico principal, sí los demandantes tienen derecho al reembolso de los gastos médicos reclamados.

b. Recobro de servicios de Salud



Sabido es que por regla general y acorde los lineamientos trazados por la ley 100 de 1993, es competencia de las EPS asumir la prestación de los servicios de salud de sus afiliados; así mismo, por mandato del artículo 14 de la ley 1122 del 2007 la EPS es la responsable de cumplir las funciones del aseguramiento, lo que de suyo implica la gestión del riesgo de salud y la articulación de los servicios que garanticen su acceso efectivo.

Sin embargo, tal regla *per se*, en modo alguno comporta para la EPS la obligación de asumir todos los gastos médicos en los que incurran sus afiliados, por manera que se encuentran reglados los casos en los cuales el afiliado podrá recobrar a la EPS los gastos médicos en los cuales haya incurrido, así el artículo 14 de la Resolución No. 5261 de 1994, cuyo tenor literal es el siguiente:

“Las Entidades Promotoras de Salud, a las que esté afiliado el usuario deberán reconocerle los gastos que haya hecho por su cuenta por concepto de: atención de urgencias en caso de ser atendido en una I.P.S. que no tenga contrato con la respectiva E.P.S., cuando haya sido autorizado expresamente por la E.P.S. para una atención específica y en caso de incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia demostrada de la Entidad Promotora de Salud para cubrir las obligaciones para con sus usuarios. La solicitud de reembolso deberá hacerse en los quince (15) días siguientes al alta del paciente y será pagada por la Entidad Promotora de Salud en los treinta (30) días siguientes a su presentación, para lo cual el reclamante deberá adjuntar original de las facturas, certificación por un médico de la ocurrencia del hecho y de sus características y copia de la historia clínica del paciente”

Dimana de lo expuesto en la norma en cita que el recobro de servicios médicos de salud asumidos por el afiliado únicamente resulta procedente en tres circunstancias a saber: i) cuando se trate de atención de urgencias que haya recibido por parte de una IPS que no disponga de contrato de servicios con la respectiva EPS al cual se encuentre adscrito, ii) cuando goce de autorización expresa por parte de la EPS y iii) en caso de incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia demostrada de la EPS.

En el caso que hoy ocupa a esta Sala, al analizar el material probatorio arrojado al proceso, se logra corroborar que el menor *Juan Camilo Ávila Calixto* para el año 2017, era afiliado en salud de la EPS FAMISANAR y que fue diagnosticado en el año 2016 como fármaco dependiente, razón por la cual luego de ser valorado por la EPS, fue remitido a la IPS Fundar (Fl. 34), entidad donde recibió tratamiento del 8 de septiembre de 2016 al 21 de noviembre de 2016, data en la cual fue dado de alta, por el cumplimiento de objetivos. Lo anterior, conforme se puede corroborar en el resumen de historia clínica de folios 37 a 40. en concordancia con el testimonio rendido por la señora *Dolly*



Meléndez, quien fuera su médico tratante en dicha entidad, precisando esta última que el cumplimiento de los objetivos fue corroborado con un examen de toxicología que dio cuenta de que el paciente ya no estaba consumiendo drogas.

No obstante, se corrobora que *Juan Camilo Ávila Calixto*, volvió a reincidir en el consumo de drogas, razón por la cual, confiesa su padre en el interrogatorio de parte que, acudieron como particulares a la Fundación FUNDAR a efectos que recibiera tratamiento médico, aclarando que en dicha entidad no le suministraron atención aduciendo que para ello se requería que el paciente ingresara de forma voluntaria.

Con todo, la Dra. *Dolly Melendez* aclara en su testimonio que cuando los padres acudieron como particulares afirmando que el menor había recaído, se les aclaró que para el reingreso del paciente era necesario que fueran nuevamente a la EPS, por cuanto, ya se había dado cierre al caso y era indispensable que esta realizara una nueva valoración y remisión a FUNDAR. Declaración que concuerda con lo indicado en comunicación obrante a folio 28. Adicionalmente, precisa en su declaración que la comunicación con los padres del paciente fue vía telefónica y se requería valorar al paciente, además refiere que para poderlo tratar como particular requerían de un examen de toxicología, información que le brindó a los padres, precisando que el paciente quedaría en lista de espera, pero ellos jamás volvieron a la institución.

Sumado a lo anterior, fue evacuado el testimonio del psicólogo *Efrén Garzón*, quien refiere haber atendido como particular al menor; precisa que como médico no se encontraba adscrito a la EPS Famisanar, ni tampoco contaba con remisión por parte de la EPS para tratar a *Juan Camilo*. Relata que como resultado del tratamiento brindado, encontró que el paciente no aceptaba su problema, además que tenía un consumo alto y compulsivo, por lo que presentaba un alto riesgo para él y su familia, lo que llevó al profesional recomendarle a sus padres que fuera internado, lo cual se puede constatar con el informe obrante a folio 64, en el cual se lee:

“Se sugiere a la familia proceso terapéutico de carácter intramural, dada la progresión del paciente en la consolidación de la sintomatología adictiva y el cuadro de evolución de consumo de 36 meses de existencia”

Ante lo anterior, confiesa el señor *Federico Guillermo Ávila* que él y su esposa, decidieron internar al menor en la Fundación CRECER, donde persuadieron al menor a tomar el tratamiento y duró interno por espacio de 50 días, debiendo cancelar a la entidad por el tratamiento recibido la suma de \$16.566.568, lo cual puede ser corroborado con la factura de folio 20 y la historia clínica de folios 22 a 25.



Efectuadas las anteriores precisiones, logra corroborar la Sala que en el *sub-lite* no se dan ninguno de los 3 presupuestos jurídicos establecidos por el artículo 14 de la Resolución No. 5261 de 1994, para que proceda el reembolso de los gastos médicos anhelados, como en efecto lo adujo el *a-quo*. Tal y como se procede a exponer en detalle en líneas subsiguientes.

En primera medida, porque los servicios recibidos en el Fundación CRECER no fueron recibidos a razón de una urgencia, en tanto el Decreto 412 de 1992, claramente explica que una urgencia es aquella *“alteración de la integridad física y/o mental de una persona, causada por un trauma o por una enfermedad de cualquier etiología que genere una demanda de atención médica inmediata y efectiva tendiente a disminuir los riesgos de invalidez y muerte”*.

Supuestos de facto que no se daban en el presente caso, pues el profesional *Efrén Garzón*, jamás indicó que el menor requiriera una atención médica inmediata a efectos de disminuir un riesgo de invalidez o muerte, al punto que en el informe de folios 64 a 65, claramente se puede leer que *“sugiera a la familia un proceso terapéutico intramural”*, sugerencia que en modo alguno puede entenderse como una urgencia médica, en los términos aludidos en la norma en cita. Tan es así, que el padre del menor confiesa que luego del tratamiento recibido en la Fundación CRECER el menor volvió a recaer y a la fecha, siendo ya mayor de edad, sigue consumiendo, siendo diagnosticado como un consumidor funcional y actualmente vive con sus padres, lo que evidencia que su vida no se encontraba en peligro inminente a razón de su patología, como de forma acertada lo indicó el *a quo*.

Aunado a lo anterior, si la situación del menor, para dicha data fuera una urgencia, habría sido internado el mismo día en que el profesional médico lo indicó; no obstante, aunque el concepto fue emitido el 6 de marzo de 2017 (Fl 64), acudió por primera vez a la Fundación Crecer hasta el 10 de marzo (Fl 22). Sin que obre en el plenario, probanza alguna que dé cuenta, que el mismo 6 de marzo hubiera acudido por urgencias a la Fundación FUNDAR o cualquier otra IPS de la EPS Famisanar y que esta se hubiera negado a atenderlo por urgencias.

Tampoco, se observa que el menor *Juan Camilo Ávila*, contara con una autorización expresa por parte de la EPS para recibir tratamiento médico por parte de la Fundación CRECER o cualquier otra, para el mes de marzo de 2017. Así pues, la única remisión para psicología y toxicología, fueron las emitidas en agosto del 2016 (Fls 33-34), con fundamento en las cuales recibió el tratamiento recibido por parte de la Fundación FUNDAR, cuyo caso fue cerrado por el cumplimiento de objetivos el 21 de



noviembre del 2016. Precisando que, si bien el menor tuvo una nueva recaída en el 2017, tal como se indicó a los padres, por parte de la Fundación FUNDAR, era necesario que nuevamente fuera valorado por la EPS, para iniciar el proceso de atención (Fl28). De suerte que, al no existir evidencia del agotamiento de dicho trámite, ni mucho menos que este no se llevara a cabo por causas imputables a la EPS, dable resulta colegir que los padres de forma voluntaria decidieron que el menor no continuara con el tratamiento por la EPS y efectuarlo mediante atención médica particular, apoyándose inicialmente en el Psicólogo *Efrén Saúl Garzón* y posteriormente, con la *Fundación Crecer*.

Finalmente, basta indicar que tampoco se evidencia que la EPS hubiera actuado con negligencia o se hubiera negado a la prestación del servicio, en tanto se *itera* que una vez tuvo conocimiento de la patología del menor, le dio el trámite de rigor por Psicología y toxicología, procediendo a su remisión en la Fundación Fundar, donde se dio cierre al caso en noviembre de 2016. Sin embargo, luego de la recaída del mismo en el mes de marzo del 2017, no se observa prueba alguna que demuestre que los padres del menor hubieran acudido nuevamente a la EPS para una nueva valoración, pese a que existe evidencia de que en la *Fundación Fundar* se les indicó que era necesario que nuevamente fuera visto por la *EPS Famisanar*.

Decisión que no fue caprichosa, pues como lo explicó la Dra. *Dolly Meléndez*, al rendir testimonio, previo a iniciar cualquier tratamiento se requería una nueva valoración y los exámenes de toxicología, destacando que, aunque esta admite que recibió varias llamadas de los padres, requería valorar al paciente para poder suministrarle cualquier tratamiento médico. Supuestos de hecho suficientes para dar por sentado que, tras la reincidencia del menor en el año 2017, no existe prueba alguna que denote que la EPS se haya negado por negligencia a brindar atención al mismo.

Derroteros acorde a los cuales, habrá de ser confirmada en su integridad la decisión adoptada en primera instancia, en tanto no confluyen ninguno de los presupuestos legales requeridos para que resulte viable el reembolso de los gastos médicos anhelados por el extremo actor.

SIN COSTAS en esta instancia, por cuanto no se causaron.

DECISIÓN



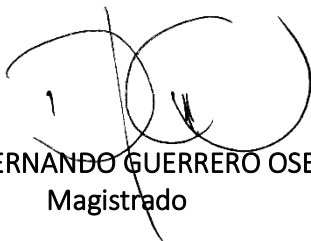
En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 12 de junio de 2019 por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



**TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL**

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
Sala de Decisión Laboral**

Proceso Ordinario Laboral No. 1100131050 **35 2018 00332 01**
Demandante: JHON MAURICIO VILLAREAL REY
Demandado: COOBUS S.A.S. EN LIQUIDACIÓN JUDICIAL
Y TRANSMILENIO S.A.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá, D.C., treinta (30) de julio de dos mil veinte (2020).

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación elevado por la parte actora en contra de la sentencia proferida el 18 de julio de 2019, dictada por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá.

I.- ANTECEDENTES

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor *Jhon Mauricio Villareal Rey* demandó para que se declare la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido con *Coobus S.A.S.*, desde el 12 de julio de 2013 hasta el 24 de julio de 2014, data en que fue terminado por causas imputables a dicha empresa. Que devengó un promedio salarial de \$1.448.452 y la empresa *Transmilenio S.A.* es solidariamente responsable del pago de sus acreencias laborales.

Como consecuencia de lo anterior, solicitó se eleve condena por la indemnización en punto de la terminación de la relación laboral, salarios no pagados, bonificación, auxilio de transporte, prestaciones sociales, vacaciones, indemnización moratoria, sanción por no consignación de las cesantías, aportes al sistema de pensión, y una sanción por daño moral.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Para la prosperidad de sus pretensiones, indicó que *Transmilenio S.A.* suscribió con *Coobus S.A.S.*, el contrato de concesión No. 005 de 2010, para la explotación preferencial y no exclusiva para la prestación del servicio público de transporte; que el 12 de julio de 2013 suscribió contrato de trabajo con *Coobus S.A.S.*, para



desempeñar el cargo de “operador de bus vía”, percibiendo además del salario, una bonificación periódica variable por cumplimiento de metas por valor de \$300.000, más el auxilio de transporte.

Que el 25 de julio de 2014 decidió dar por terminado el contrato de trabajo por causas imputables a la empleadora, toda vez que incumplió de manera sistemática el pago de salarios; que prestó el servicio en las instalaciones de *Transmilenio S.A.*, quien además ejercía subordinación; que las accionadas adeudan las acreencias laborales reclamadas de manera solidaria. Resaltó que el 19 de agosto de 2016 se presentó el proceso liquidatorio y el 7 de octubre de esa anualidad presentó reclamación por sus acreencias laborales, frente a la Superintendencia de Sociedades y el 26 de abril de 2018, lo hizo ante *Transmilenio S.A.*, quien negó lo reclamado.

1.3 CONTESTACIONES DE LA DEMANDA:

Transmilenio S.A. se opuso a la prosperidad de las pretensiones, pues alegó que el actor no ha tenido vínculo laboral con esta, siendo su único empleador *Coobus S.A.S. En Liquidación*, con quien celebró el contrato de trabajo, sin que en *Transmilenio S.A.* siquiera exista el cargo que alega el demandante desempeñó, siendo su función ajena a su objeto social.

Formuló las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de la relación laboral, inexistencia de solidaridad, inexistencia de las obligaciones pretendidas, indebida integración del contradictorio, prescripción, buena fe y genérica.

Por su parte, *COOBUS S.A.S. en Liquidación Judicial* se opuso a la totalidad de las pretensiones, señalando que es cierta la existencia del contrato con *Transmilenio S.A.* así como con el demandante; que *Transmilenio S.A.*, no fungió como empleadora; que sí adeuda algunas acreencias laborales, no obstante, dicha obligación se encuentra sometida a las reglas del concurso.

II.- SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el 18 de julio de 2019, condenó a la sociedad *Coobus S.A.S.* al pago en favor del demandante de salarios, bonificaciones, auxilio de transporte, cesantías y sus intereses, prima de servicios, vacaciones e indemnización por despido sin justa causa,



absolviéndola de las demás pretensiones. Absolvió a la demandada *Transmilenio S.A.* de las pretensiones formuladas en su contra.

Para ello, indicó que no se discutió la existencia de la relación laboral alegada, en los extremos informados por la parte actora, pues ello fue aceptado por la empresa *Coobus S.A.S.*, estando además ello acreditado.

Por otro lado, dicha empresa también aceptó la omisión en el pago de las acreencias laborales por las que se elevó condena, lo que probó que lo alegado por el demandante en su carta de renuncia estaba ajustado a la realidad, y como consecuencia, había lugar a la indemnización establecida en el artículo 64 del CST.

No obstante, en punto de la crisis económica de la precitada empresa a partir de junio de 2014, encontró justificado que no se sufragaran los pagos fulminados, por lo que absolvió de la indemnización moratoria y la sanción del artículo 99 de la Ley 50 de 1990.

Previo al estudio de la solidaridad alegada, indicó que cualquier obligación por parte de *Transmilenio S.A.*, se encontraba afectada por el fenómeno extintivo de la prescripción, pues las obligaciones se hicieron exigibles el 24 de julio de 2014 y la demanda fue radicada en el año 2018, habiéndose interrumpido ante dicha sociedad dicho término el 7 de mayo de ese mismo año, por lo que la absolvió de todas las pretensiones.

III.- RECURSO DE APELACIÓN:

Inconforme parcialmente con la anterior decisión, el apoderado de la parte actora la apeló, para que sea revocado lo atinente a la absolución de la indemnización moratoria y la sanción del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 y respecto a la prescripción declarada en favor de *Transmilenio S.A.* y en consecuencia, para que se declare la solidaridad de esta en el pago de las condenas fulminadas.

Frente a los primeros puntos, recordó que su empleador no ejecutó en debida forma el contrato celebrado con *Transmilenio S.A.* y en consecuencia, la Superintendencia de Puertos y Transporte decidió sancionarla, para posteriormente remover toda la junta directiva de dicha empresa, demostrándose su mala fe, traducida en el dolo, al actuar con la intención de perjudicar al trabajador. Además, dijo que conforme a la jurisprudencia, la iliquidez o crisis económica de la empresa no excluye la



indemnización, ni la sanción solicitada, máxime que la relación laboral feneció el 25 de julio de 2014 y el proceso de liquidación inició hasta el 19 de agosto de 2016.

Respecto de la prescripción, indicó que el artículo 72 de la Ley 1116 de 2006 expresa que en lo que respecta a la interrupción del término, este fenómeno e inoperancia de la caducidad, se da desde el inicio del proceso de reorganización o de liquidación judicial y, durante la ejecución del acuerdo de reorganización o adjudicación queda interrumpido el término y no opera la caducidad de las acciones respecto de los créditos causado contra el deudor antes del inicio del proceso, debiéndose aplicar dicha norma de manera preferencia por ser especial.

Finalmente, respecto de la solidaridad de *Transmilenio S.A.*, manifestó que aunque ciertamente esta no presta el servicio de transporte, es la encargada de administrar, organizar, estructurar, planear toda la operación del sistema de transporte, por lo que tienen una estrecha relación con dichos conceptos y es quien termina beneficiándose del servicio que presta *Coobus S.A.S.*

IV.- ALEGATOS DE CONCLUSIÓN:

El apoderado de la parte demandante presentó los respectivos alegatos de conclusión. En lo que respecta a las sanción moratoria, señala que es procedente de condena por cuanto las actuaciones de *Coobus S.A.S* fueron tendientes a demostrar un absoluto desinterés para el pago de las acreencias adeudadas, como fue el hecho que la Superintendencia de Transporte decidiera sancionarla y posteriormente remover la junta directiva de la empresa, máxime si la liquidez no es una excusa que exonere a la pasiva del pago, aspectos todos entendidos como de mala fe, mismos argumentos que deben ser tenidos en cuenta para la procedencia de la sanción por la no consignación de las cesantías.

Alegó con ocasión a la prescripción, aludiendo lo mismo que en el recurso de alzada, es decir, que no operó en este asunto de conformidad con lo establecido en el artículo 72 de la Ley 116 de 2006.

Recalcó que es próspera la solidaridad del artículo 34 del C.S.T, como quiera que atendiendo el objeto social de *Transmilenio S.A*, que es la prestación del servicio de transporte público en la Ciudad, tiene una afinidad con *Coobus S.A.S*, como lo es el transporte.



Transmilenio S.A recorrió el traslado de los alegatos, para lo cual expuso que en el presente asunto operó el término prescriptivo, aspecto que debe ser analizado en esta instancia.

V.- CONSIDERACIONES:

5.1 PROBLEMA JURÍDICO:

Sin advertir causar que invalide lo actuado y encontrándose reunidos los presupuestos procesales, se auscultará si procede fulminar condena por la indemnización moratoria y la sanción por la no consignación de las cesantías.

Además, verificar la responsabilidad solidaria de *Transmilenio S.A.* frente a las condenas elevadas en sede de primera instancia y, de ser así, si operó frente a esta la prescripción.

5.2 DEL CASO EN CONCRETO:

a) De la Indemnización moratoria y la Sanción del artículo 99 de la Ley 50 de 1990:

Frente a la indemnización moratoria y a la sanción por la no consignación oportuna de las cesantías, debe indicarse que con la finalidad de proteger los derechos de los trabajadores que se han visto afectados por el incumplimiento de las obligaciones legales a cargo de su empleador, la ley laboral ha previsto algunas consecuencias económicas tendientes a resarcir el menoscabo que dicha conducta pudiese causar al trabajador, incluyendo dentro de ellas, la indemnización por el no pago oportuno de las prestaciones causadas a la finalización del contrato consagrada en el artículo 65 del CST y la sanción del artículo 99 de la Ley 50 de 1990.

Precisa la Sala que la citada indemnización y sanción, no operan de manera automática, ya que a su imposición debe preceder el análisis de los elementos subjetivos que guiaron la conducta omisiva del empleador, que, a pesar de que no sean correctos jurídicamente, puedan considerarse razonables, tal y como lo ha dicho nuestro máximo órgano de cierre, entre otras en sentencias de la Sala de Casación Laboral SL10632-2014, Radicación No. 396134 del 12 de agosto de 2014, SL2958-2015, Radicación No. 4552 del 25 de febrero de 2015, SL8216-2016, Radicación 47048 del 18 de mayo de 2016, y más recientemente en la sentencia SL1682-2019, Radicación 40221 del 8 de mayo de 2019.



Es justamente este elemento el que solicita valorar el recurrente, pues alega que existieron circunstancias imputables a *Coobus S.A.* en liquidación judicial, las cuales incidieron en el no pago de las acreencias laborales.

En punto de ello, debe señalarse desde ya, que como lo indicó el apoderado del demandante, no se acredita que la encartada actuara de buena fe a la terminación de la relación laboral que le exonere de la indemnización y sanción bajo estudio, pues contrario a lo dicho por el *A-quo*, la posible iliquidez de la empresa no demuestra su buena fe, pues de vieja data tiene asentado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia que la falta de liquidez no exime a la empresa del pago de la sanción moratoria, aunado al hecho que los trabajadores no tienen que sufrir el deterioro económico de las empresas. Así en sentencia del 16 de noviembre de 2016, SL16884-2016, Radicación No. 40272 del 16 de noviembre de 2016, señaló:

“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.

“[...]”

“La Sala también ha precisado que la conducta del empleador que debe ser evaluada es la observada en el momento en el que incurrió en mora en el pago de salarios o prestaciones sociales, vale decir, en el caso de la indemnización consagrada en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, en el momento de la terminación del contrato de trabajo, y, en el caso de la sanción prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, en el momento en el que legalmente se debe consignar la cesantía en un fondo. Por dicha razón, la Corte ha sido clara en definir que la mora no puede excusarse con fundamento en situaciones posteriores y diferentes de la conducta observada por el deudor en el momento en que tenía que pagar.”

Así las cosas, habrá de revocarse en este aspecto la sentencia reprochada para en su lugar elevar condena por la indemnización moratoria y la sanción por la no consignación oportuna de las cesantías.

Frente a la sanción, debe memorarse que el vínculo laboral entre el señor *Jhon Mauricio Villareal Rey* y *Coobus S.A.S.* en liquidación judicial, inició el 12 de julio de 2013 y llegó a su fin el 25 de julio de 2014, por lo que las cesantías del año 2013 debía consignarse al fondo de cesantías antes del 15 de febrero de 2014, como lo establece



en el numeral 3° del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, sin que se acreditara que así lo hiciera, pues el certificado de PORVENIR S.A., visto a folio 124 registran consignaciones desde el 2015, por otro empleador.

Así las cosas, deberá pagar como sanción por este concepto, la suma de \$14.646.000, sin que ocurra lo mismo con las cesantías del 2014, pues estas debieron pagarse con la liquidación, por lo que el perjuicio causado lo sufraga la indemnización moratoria.

Frente de la indemnización moratoria, es preciso indicar que el contrato de trabajo culminó el día 25 de julio de 2014, y la demandante instauró la presente acción el día 14 de junio de 2018 como se advierte del acta individual de reparto visible a folio 62, esto es, con posterioridad a los veinticuatro (24) meses que determina el artículo 65 del C.S.T.; circunstancia por la cual, la demandada deberá pagar a partir del 26 de julio de 2014 y hasta cuando se efectúe el correspondiente pago, intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Financiera.

b) De la solidaridad de Transmilenio S.A.:

Frente al tema, hay que rememorar, que la solidaridad es una manera de proteger los derechos de los trabajadores, para cuyo efecto se le hacen extensivas al obligado solidario las deudas insolutas, prestacionales o indemnizatorias, en su calidad de dueño o beneficiario de la obra contratada, ante una insolvencia económica por parte del contratista.

El artículo 34 del CST, subrogado por el artículo 3° del Decreto 2351 de 1965, dispuso:

*“1o) Son contratistas independientes y, por tanto, verdaderos patronos y no representantes ni intermediarios, las personas naturales o jurídicas que contraten la ejecución de una o varias obras o la prestación de servicios en beneficios de terceros, por un precio determinado, asumiendo todos los riesgos, para realizarlos con sus propios medios y con libertad y autonomía técnica y directiva. **Pero el beneficiario del trabajo o dueño de la obra, a menos que se trate de labores extrañas a las actividades normales de su empresa o negocio, será solidariamente responsable con el contratista por el valor de los salarios y de las prestaciones e indemnizaciones a que tengan derecho los trabajadores, solidaridad que no obsta para que el beneficiario estipule con el contratista las garantías del caso o para que repita contra él lo pagado a esos trabajadores.***

2o) El beneficiario del trabajo o dueño de la obra, también será solidariamente responsable, en las condiciones fijadas en el inciso anterior, de las obligaciones de los subcontratistas frente a sus



trabajadores, aún en el caso de que los contratistas no estén autorizados para contratar los servicios de subcontratistas". (Subrayas fuera de texto)

Precepto legal, modulado e interpretado por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en el entendido que esta solidaridad no se predica únicamente, cuando se constata una identidad con el objeto social desarrollado por el beneficiario de la obra, sino que la misma se debe colegir de un estudio extenso de todas las actividades propias del objeto social de la empresa, aunado a que la labor encomendada al contratista no fuera de aquellos que hacen parte del giro normal de la empresa y respecto de las cuales se encontrara en capacidad de desarrollar, determinaciones fundadas entre otras, en la sentencia SL2262-2018, Radicación No. 55373 del 20 de junio de 2018, en la que hace alusión:

"En efecto, de tiempo atrás esta Corporación ha sostenido que no se trata en absoluto de que el verdadero empleador (contratista independiente) cumpla idénticas labores a las que desarrolla quien recibe el beneficio de la obra, pero tampoco que cualquier labor desarrollada por éste pueda generar el pago solidario de las obligaciones laborales. En los términos del artículo 34 del CST, es preciso que las tareas coincidan con las labores normales del dueño de la obra.

En sentencia del 5 de febrero de 2014, radicación 38651, se dijo sobre el particular:

*En las anteriores circunstancias, si el objeto social del Edificio Terminal de Transportes de Ibagué, no está relacionado con el giro o la actividad del contratista que ya se dejó descrita con precedencia, y tampoco emerge alguna afinidad entre ellas, la solidaridad que contempla el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo no puede deducirse en el sub judice, pues el hecho de que la propiedad horizontal deba hacer reparaciones y mantenimiento al edificio, así como cuidar la conservación del mismo, esa sola circunstancia no puede conducir a que se derive la supuesta afinidad que dedujo en forma equivocada el sentenciador de alzada entre las labores que desarrolla el contratante y las que ejecuta el contratista, pues para que esa solidaridad se configure, **no basta simplemente que con la actividad desarrollada por el contratista independiente se cubra una necesidad propia del beneficiario, como aquí sucede, sino que se requiere que ella constituya una función normalmente desarrollada por él, directamente vinculada con la ordinaria explotación de su objeto económico.**"*

De la norma se establece la solidaridad entre el contratista (empleador) y el beneficiario o el dueño de la obra con relación a las obligaciones laborales, y cuando hace referencia al dueño de la obra no efectúa distinción alguna acerca de la naturaleza jurídica de éste (dueño), por tanto, el artículo en mención se aplica tanto a las personas de derecho privado como a las personas de derecho público cuando



contratan la ejecución de una obra con una persona jurídica o natural del sector privado.

Al entrar a analizar los elementos de prueba arrimados al presente asunto, se tiene a folio 93, obra CD contentivo del Contrato 005 de 2010 suscrito por las demandadas, cuyo objeto pactado es:

CLÁUSULA 1. OBJETO DEL CONTRATO

- 1.1. Otorgar en concesión no exclusiva y conjunta con otros concesionarios la explotación del servicio público de transporte terrestre automotor urbano masivo de pasajeros del **Sistema Integrado de Transporte Público de Bogotá -SITP**, al **CONCESIONARIO**, en la **Zona 3) FONTIBÓN**, bajo los términos, condiciones y con las limitaciones previstas en el presente Contrato y en el pliego de condiciones de la licitación.

Dicha concesión otorgará el derecho a operar de forma preferencial y no exclusiva al **CONCESIONARIO** las siguientes Zonas en que se ha dividido la ciudad, para la prestación del Servicio de Transporte Público Masivo de Pasajeros bajo el esquema SITP: 1) USAQUÉN, 2) ENGATIVÁ, 3) FONTIBÓN, 4) SAN CRISTÓBAL,, que hacen parte de las trece (13) zonas en las que se ha dividido la ciudad de Bogotá.

El alcance del **Contrato de Concesión** incluye el aporte de lotes de vehículos para las **troncales** del **Sistema Integrado de Transporte Público de Bogotá- SITP** y su operación, conforme al **esquema** de gradualidad que se prevé en el **Contrato**.

- 1.2. Otorgar en concesión la dotación y administración de la infraestructura de los patios y talleres para la **Operación Troncal** que los **Concesionarios** deberán incorporar en la **Zona 3) FONTIBÓN** para la operación del **Sistema Integrado de Transporte Público de Bogotá - SITP**.

Ahora, en lo que al objeto social de las encartadas se refiere, según certificado de existencia y representación legal Transmilenio S.A. (Fls. 65 a 68), la misma tiene como objeto todo tipo de actividades relacionadas con la gestión organización, planeación del servicio integrado de transporte público urbano de pasajeros en el Distrito Capital y para ello puede organizar, operar, prestar, explotar, administrar, gestionar y soportar servicios de telecomunicaciones, teniendo la administración exclusiva del sistema.

Entre tanto, el objeto social *Coobus S.A.S.* en liquidación judicial (Fls. 75 a 79), es operar la concesión, cuyo propósito es la explotación preferencial exclusiva de la prestación del servicio público de transporte de pasajeros dentro del SITP, lo cual difiere del objeto social de *Transmilenio S.A.*, pues incluso esta última, tiene prohibición de operar el transporte y de hacer parte o asociado de empresas que se encarguen de dicho objeto social, como se dispuso en el numeral 6° del artículo 3° del Acuerdo 04 de 1999:

“TRANSMILENIO S.A. no podrá ser operador ni socio del transporte masivo terrestre urbano automotor por sí mismo o por interpuesta persona, ya que la operación del sistema estará contratada con empresas privadas.



TRANSMILENIO S.A. será responsable de la prestación del servicio cuando se declare desierto un proceso de selección o cuando se suspendan o terminen anticipadamente los contratos o se declare la caducidad de los contratos con los operadores privados por las causas previstas en la ley o los contratos”.

Es decir, *Transmilenio S.A.* no tiene como actividad normal o que sean del giro ordinario de su operación el de operar el transporte, por lo que el puro hecho de, eventualmente, beneficiarse del servicio o la labor no la hace solidariamente responsable, máxime cuando desde la demanda se dijo que el promotor de la Litis se desempeñó como operador de bus vía (conductor), y no basta simplemente, para que opere la solidaridad, que con la actividad desarrollada por el contratista independiente se cubra una necesidad propia del beneficiario, como aquí puede suceder, sino que se requiere que la labor constituya una función normalmente desarrollada por él, directamente vinculada con la ordinaria explotación de su objeto económico y al no haberse acreditado dichos presupuestos, considera esta Colegiatura que no hay lugar a la declaración de la solidaridad deprecada, deviniendo que no hay lugar al estudio de la prescripción, pues al no existir obligación en cabeza de *Transmilenio S.A.* el estudio del fenómeno extintivo se hace innecesario, no sin antes aclarar que la normatividad laboral trae expresamente consagradas las normas que regulan dicha materia, por lo que en todo caso, no habría lugar a acudir a otros ordenamientos jurídicos.

SIN COSTAS en esta instancia.

DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR parcialmente el numeral segundo de la sentencia calendada el 18 de julio de 2019, proferida por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso de la referencia, en el sentido de **CONDENAR** a la demandada COOBUS S.A.S. en liquidación judicial, a pagar como sanción por la no consignación oportuna de las cesantías regulada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, del año 2013, la suma de \$14.646.000, y como indemnización moratoria a partir del 26 de julio de 2014 y hasta cuando se efectúe el correspondiente pago, intereses



TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL

moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Financiera, como se dijo en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia en lo demás.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



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

Ordinario Laboral 1100131050 17 2018 00348 01
Demandantes: DANIELA MUÑOZ CARMONA
Demandado: PACIFIC SEA FOOD S.A.S.
Magistrado Ponente: **DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá, D.C., treinta (30) de julio de dos mil veinte (2020).

SENTENCIA:

Procede la Sala a desatar los recursos de apelación elevados por las partes, demandante y demandada, contra la sentencia proferida el 6 de noviembre de 2019, proferida por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá.

I. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora *Daniel Muñoz Carmona*, formuló demanda ordinaria laboral para que se declare la existencia de un contrato de trabajo con la sociedad *Pacific Sea Food S.A.S.*, la que lo dio por terminado de manera unilateral y sin justa causa; en consecuencia deprecia se la condene al pago de la indemnización consagrada en el artículo 64 del C.S.T., debidamente indexada, la indemnización moratoria, el faltante de dinero producto de las comisiones que se habían pactado y las condenas *ultra* y *extra* petita.

1.2. SUPUESTO FÁCTICO:

Se refiere por activa que ingresó a laborar a la sociedad accionada el 17 de febrero de 2014, mediante la suscripción de un contrato de trabajo a término fino de tres (3) meses, pactando el pago de comisiones; que el 17 de febrero de 2015 suscribió contrato de trabajo a término indefinido; que el salario promedio ascendió a \$400.000, más comisiones del 1.5% sobre las ventas que realizaba; que en el año 2015 fue ascendida a ejecutiva de cuenta senior, incrementándose las comisiones al 1.7%; que en el año 2016 le informaron que las comisiones se reducirían al 1.5% y se incrementaría el salario básico más un punto porcentual de comisión por cada



cliente nuevo, con lo cual no estuvo de acuerdo, pese a lo cual se aplicó de manera unilateral la reducción salarial, firmando posteriormente otro sí, siendo coaccionada para tal efecto; que el 1º de septiembre de 2017 realizando una visita comercial sufrió una lesión en su pie, sin ser autorizada a acudir el servicio médico y el 18 de septiembre de la misma anualidad, al retornar de la hora de almuerzo al sitio de trabajo, padeció una fractura de peroné, debiendo asumir los costos de las muletas, debiendo laborar desde su lugar de habitación hasta que se asignaron sus funciones a otra persona; que durante su incapacidad fue “*acosada*” por la señora *Natalia Pinilla*, sobre el modo en que había ocurrido el accidente ; que el 18 de octubre de 2017 retorna al trabajo con restricciones médicas y muletas, no obstante el 23 del mismo mes, le ordene trabajar desde su casa.

Que se presentaron inconsistencias en el pago de salario, pues se le solucionó en una ocasión un monto mayor, lo cual fue comunicado y suscribió un préstamo para su devolución, y, por otra parte, no le fueron solucionadas en debida forma las comisiones, pese a que se le incrementó el trabajo; que el 15 de diciembre de 2017 fue citada a descargos para que informara la manera en que ocurrió el accidente, siendo despedida el mismo día, aduciendo pérdida de confianza y deshonestidad con el dinero pagado por incapacidad.

1.2 CONTESTACIÓN:

La sociedad *Pacific Sea Food S.A.S.*, operó la *litis contestatio* oponiéndose a las pretensiones, señalando inicialmente que es cierta la existencia del contrato de trabajo , el cual se pactó inicialmente por el término de seis (6) meses; que el salario básico ascendió a \$400.000 y durante los primeros tres (3) meses le garantizó comisiones básica de \$800.000, para posteriormente cancelar el 1.5% por dicho concepto; que el 17 de febrero de 2015 no se suscribe contrato de trabajo, sino que se modificó la duración del inicialmente pactado; que los pactos sobre las modificaciones salariales se verificaron de mutuo acuerdo y no generaban desmejora salarial; que no es cierto que el 1º de septiembre de 2017 se haya realizado la visita comercial narrada y una vez se puso de conocimiento el accidente, se reportó a la ARL; que no es cierto que haya laborado los días en que estuvo incapacitada ni fue acosada en dicha época, pues la señora *Natalia Pinilla* se limitó a investigar lo acaecido, siendo canceladas en debida forma las prestaciones económicas causadas; finalmente, que el contrato de trabajo se dio por terminado por la grave violación de las obligaciones de la trabajadora, lo que generó un proceso disciplinario.



Propuso y sustentó las excepciones de mérito que denominó cobro de lo no debido, inexistencia de las obligaciones pretendidas, buena fe de la demandada, ausencia de título y de causa en las pretensiones de al demandante, ausencia de obligación en la demandada y prescripción.

II.- SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El 6 de noviembre de 2019 el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá, declaró la existencia de un contrato de trabajo y condenó a la accionada al pago indexado de la indemnización por despido sin justa causa y absolvió de las restantes pretensiones.

Para tal efecto estimó que se endilgó a la trabajadora como justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo, el haber suministrado información errada sobre la manera en que acaeció un supuesto accidente de trabajo con el fin de hacer incurrir en engaño a la empleadora y en desgastes administrativos, ello en tanto inicialmente manifestó que acaeció en las instalaciones de la empresa, reportándose ante la ARL, y posteriormente relató lo contrario; refirió que tanto en el acta de descargos como en el interrogatorio de parte, no confesó la actora dicha situación, y por otra parte, del análisis de los testimonios, se logró acreditar que la trabajadora emitió una primera versión verbal a la señora *Natalia Pinilla*, no obstante no se recibió su declaración, y las testigos *Ingrid Johanna Reyes Fonseca*, *Hortencia Aguilar Sierra* y *Paula Andrea Ospina Restrepo*, solo narran lo referido por la citada señora *Natalia Pinilla*, por lo cual no se logró acreditar que en efecto se haya emitido una información errada, por lo que no se acreditó la ocurrencia de la justa causa.

En lo atinente a las comisiones, refirió que en la demanda no se especificaron los períodos concretos en que se causaron, la demandante no aporta medios de prueba para soportar los negocios celebrados como tampoco la relación de clientes y montos, por lo que se absolvió a la demandada de dicha pretensión; finalmente, respecto a la indemnización moratoria establecida en el artículo 65 del C.S.T., señaló que la sociedad demandada pagó todas las acreencias labores, por lo tanto, no se le produjo un perjuicio a la trabajadora.

III.- APELACIÓN



Inconforme con la anterior decisión, la parte *demandante* interpuso recurso de apelación, en cuanto al pago de las comisiones, señalando que las pruebas echadas de menos por el *a-quo* fueron solicitadas mediante derecho de petición, en el que se solicitaba le fuese entregada la documentación y la última nómina, con lo cual se demuestra que se le adeudaban las comisiones, máxime que no es dable exigir pruebas que se encuentran en poder de la empleadora, corroborándose además lo adeudado con el testimonio de la señora *Paula Ospina* y por lo referido por la señora *Liz Yomara Gutiérrez*, quien corroboró la desmejora salarial.

La parte *demandada* formula recurso de apelación respecto de la indemnización por despido sin justa causa, señalando que se aportó la comunicación, en la cual la señora *Natalia Pinilla* da cuenta de la información rendida por la actora, acreditándose que la trabajadora narró inicialmente que el accidente acaeció en las instalaciones de la empresa, y posteriormente en la investigación se modificó la versión, solicitándole además a *Ingrid Reyes* cambiar la versión, lo cual se acreditó con la prueba testimonial, lo cual se configura en la causal endilgada en la misiva de despido.

IV. ALEGATOS:

Por pasiva en el término conferido, se aduce que la accionante informó la ocurrencia de un accidente como de origen laboral que no ocurrió de acuerdo con los supuestos fácticos por ella esbozados, lo que corresponde a un actuar deshonesto y desleal, que se evidenció el 18 de noviembre de 2017, cuando la testigo *Ingrid Reyes* y la señora *Natalia Pinilla* retrataron lo ocurrido en el mes de septiembre de 2017 frente al accidente, encontrándose que para aquella época, la señora *Liz Yomara Gutiérrez* por disposición de la demandante, le había solicitado a la señora *Ingrid Reyes* que diera una versión coincidente con la dada de manera inicial, a lo cual se negó, lo cual además se encuentra acompañado del silencio de la accionante ante el valor mayor pagado por concepto de la incapacidad médica producto del accidente, cumpliéndose además con el presupuesto de la inmediatez al adoptar la decisión de terminación del vínculo laboral. Finalmente, que se debe confirmar la absolución del pago de comisiones, por no haber cumplido la actora con la carga probatoria que le correspondía.

V.- CONSIDERACIONES:

5.1 PROBLEMA JURÍDICO:

Sin que se advierta causal de nulidad que invalide lo actuado y reunidos los presupuestos procesales para decidir de fondo, corresponde a esta Colegiatura determinar (i) si el



despido se realizó por justa causa o no; y (ii) si hay lugar al pago de las comisiones a favor de la demandante.

5.2 DEL CASO EN CONCRETO:

a) Indemnización por despido sin justa causa:

Inicialmente debe señalarse que el parágrafo único del artículo 7º del Decreto 2351 de 1965, que modificó el artículo 62 del CST, ha establecido que el empleador al momento de dar por terminado unilateralmente el contrato de trabajo, tiene la obligación de endilgar concretamente la causal y el motivo por el cual adopta dicha determinación, sin que con posterioridad pueda indicar causales o motivos diferentes a tal determinación; de igual manera, al trabajador le basta solo con acreditar el hecho del despido.

Lo anterior postura ha sido expuesta por la honorable CSJ en sentencia SL 525 del 2020 Radicación No. 74.363, al señalar:

“Resulta relevante para desatar el recurso, recordar que el empleador, al momento de dar por finalizado el contrato de trabajo, tiene la obligación de aducir concretamente los hechos con fundamento en los cuales adopta su decisión, sin que con posterioridad pueda variar los supuestos fácticos que dieron lugar a tal determinación. Además, se ha puntualizado que le corresponde al Juez laboral, verificar la ocurrencia de las situaciones fácticas y determinar si los mismos constituyen justa causa para dar por rescindir el vínculo, de acuerdo a las causales previstas para el efecto en la ley, en el contrato de trabajo, en el reglamento interno de trabajo, en la convención colectiva o en cualquier otra disposición que regulen la relación laboral.”

“Se ha decantado por la Corporación, que lo principal en estos casos es que el trabajador tenga certeza acerca de los motivos por los cuales el demandado decide terminar el contrato de trabajo, de ahí que, inclusive, ha considerado viable que el fallador los enmarque en un numeral o causal diferente.”

Aunado a ello, esa misma Corporación en sentencia SL 578 de 2020, Radicación 72.255 del 19 de febrero de 2020, ha establecido:

“Se debe reiterar por esta Sala que la prueba del despido está a cargo del trabajador, y una vez este se acredite, incumbe al empleador probar la justeza del mismo, de manera que tal circunstancia no ocurre, se entenderá que dicha decisión fue sin justa causa y deberá asumir la indemnización que se contemple en la ley, la convención colectiva, el contrato de trabajo o en cualquier otro documento que regule la relación laboral entre las partes.”



Descendiendo al *sub-examine* se tiene que se aportó la misiva de despido del 15 de diciembre de 2017, en la cual se endilgó que “*Dentro de las obligaciones propias de su cargo como ejecutiva comercial se encuentra la de reportar e informar a la Empresa cualquier observación (accidente de trabajo) que hubiese sufrido en el desarrollo de sus funciones [...] Pese a la obligación contractual antes referida, se logró evidenciar que las declaraciones realizadas por usted al momento de informar la ocurrencia de un accidente que sufrió, de las declaraciones recepcionadas y de las conclusiones a las cuales llegó la ARL, se logró determinar que lo manifestado por usted no corresponde a la realidad, situación que deja en evidencia la manera deshonesto y desleal como pretende engañar a la Compañía, con hechos que no son ciertos*” (Fl. 35).

Ahora bien, de lo alegado en el recurso de apelación, se tiene que la decisión se adopta tras establecerse que la actora rindió el supuesto reporte errado del accidente de trabajo a la señora *Natalia Pinilla*, de lo cual se señala da cuenta la testigo *Ingrid Reyes*, a quien le fuera solicitado dar una versión contraria a la verdad por parte de la señora *Liz Yomara Gutiérrez*, quien a su vez actuaba por disposición de la demandante, situación fáctica que no fuera encontrada acreditada el *a-quo*.

Para tal efecto, se tiene que en efecto no compareció la señora *Natalia Pinilla* a rendir el testimonio a efectos de corroborar la falsa información que se señalada le fuera suministrada por la actora, aportándose la documental del 15 de diciembre de 2017 (Fl. 94), la cual coincide con la fecha del despido, y en la cual se afirma que la accionante había informado que el 18 de septiembre de 2017, sobrevino un accidente en el primer piso del lugar de trabajo, y que tras indagar a la señora *Liz Gutiérrez*, quien presencié el hecho, la extrabajadora cambio la versión; de igual manera milita el documento sin fecha ni destinatario, suscrito por *Ingrid Reyes*, quien refiere que la señora *Liz Gutiérrez* le señaló que la extrabajadora le pedía el favor de informar que el accidente acaeció en las instalaciones de la empresa (Fl. 93). Ahora bien, el mérito probatorio de las anteriores documentales debe contrastarse con lo recabado en la prueba testimonial.

Para tal efecto, la señora *Liz Yomara Gutiérrez Poveda* indicó que el accidente ocurrió a mediados de septiembre por fuera de las instalaciones de la empresa, señalando que se le informó a *Natalia Pinilla* quien fue quien calificó la situación como accidente de trabajo y la dirigió a la ALR, refiriendo que la accionante narró los hechos tal como acontecieron, sin hacer manifestación diferente; a su vez la señora *Ingrid Yohanna Reyes Fonseca* indicó, que la señora *Liz Gutiérrez* le señaló que *Daniela Muñoz* le solicitaba declarar que el accidente ocurrió en las instalaciones de la empresa, a lo cual no accedió, y posteriormente la señora *Natalia Pinilla* le manifestó que la



accionante inicialmente le había referido que el accidente fue en las locaciones, refiriendo finalmente no constarle cuál fue el relato que la demandante dio sobre el accidente.

Por otra parte, la señora *Hortensia Aguilar*, indicó frente al accidente de la actora que se reportó a la ARL, y que le solicitó a *Natalia Pinilla* verificará cómo ocurrió el accidente, quien le manifestó que la trabajadora había señalado que fue al interior de la empresa, de igual manera que adelantó la investigación, concluyéndose que no se trató de un accidente de trabajo; finalmente señaló que no había presenciado los hechos.

Finalmente, la señora *Paula Andrea Ospina Restrepo* relató que la señora *Natalia Pinilla* le informó lo atinente al accidente, refiriendo que la extrabajadora señaló que fue en las instalaciones de la compañía.

De las anteriores testimoniales, se evidencia que en efecto la aseveración atinente a que la accionante reportó inicialmente un accidente de trabajo acaecido en la empresa, se sustenta en lo que había manifestado la señora *Natalia Pinilla*, quien no compareció a rendir su testimonio a fin de ratificar dicha situación, constituyéndose por ende sobre dicho particular las señoras *Hortensia Aguilar* y *Paula Andrea Ospina Restrepo* en testigos de oídas, que no logran formar el convencimiento de la Sala, máxime que en el reporte del accidente (Fl. 105), se narra lo reportado por la trabajadora, esto es, “*venía de almorzar ya iba llegando a la puerta de Pacific y se me tronchó el mismo pie de la vez pasada y me duele mucho*”.

En ese orden de ideas, si bien se manifestó que la accionante verbalmente rindió un informe espurio sobre el lugar del accidente y que la señora *Liz Gutiérrez* solicitó dar dicha versión errada, lo cierto es que las pruebas no dan plena cuenta de la ocurrencia de dichas conductas, motivo por el cual la empleadora no cumplió con la carga probatoria que le correspondía de demostrar fehacientemente la ocurrencia de la causal endilgada.

Como corolario de lo anterior, se confirmará la decisión de primer grado en este aspecto.

b) Comisiones:

Se adujo en el libelo genitor de manera genérica que en marzo de 2017 se redujo el valor porcentual de las comisiones, el cual según el otro sí aportado al plenario (Fl. 20), correspondía al “*cumplimiento de presupuesto de ventas 0,75% y cumplimiento de*



margen bruto de ventas 0.75% el margen será proporcionado trimestralmente por la Dirección de Compras. Comisión sobre el recaudo de clientes nuevos (ventas de \$1.000.000 en un mes) 1% adicional”; de igual manera en el supuesto fáctico se relata que se le asignó carga laboral de otros trabajadores, no se cobró la cartera de los clientes como antes y las comisiones de septiembre, octubre y noviembre no concuerdan con la realidad, pretendiendo se condene a la empleadora al “faltante de dineros producto de la comisiones que se habían pactado al comienzo del contrato”.

De lo anterior se tiene que no se especificó de manera concreta los montos adeudados por concepto de comisiones, ni el cumplimiento de las condiciones para su causación. No debe soslayarse que, para la prosperidad de dicha pretensión, se debía acreditar que se cumplieron los presupuestos para devengar comisiones, el monto de las mismas y los períodos causados insolutos.

Refiere el apelante que se acreditan dichos presupuesto con el derecho de petición elevado a la empleadora, no obstante dicha documental no logra formar el convencimiento de la Sala, pues no acredita ninguno de los presupuestos para establecer si se cumplieron las metas que dieran lugar al pago de comisiones, máxime que no resulta factible invertir la carga de la prueba en la sociedad empleadora, más aun cuando la demanda y la pretensión se verificó de manera genérica; por otra parte, la prueba testimonial tampoco acredita la causación de las comisiones adeudadas, ni la existencia y cuantía de los negocios llevados a efecto por la actora para una eventual tasación.

En ese orden de ideas, le asistió razón al *a-quo* al desatar desfavorablemente esta pretensión. Por lo anteriormente expuesto, se confirmará la sentencia de primera instancia. **SIN COSTAS** en esta instancia.

VI.- DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 06 de noviembre de 2019, por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.



SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
Sala de Decisión Laboral

Proceso Ordinario Laboral No. 1100131050 04 2018 00373 01
Demandante: ALFREDO RAMIREZ GALVIS
Demandado: IHN INGENIERIA HIDRAULICA Y NEUMATICA
LTDA
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá, D.C., treinta (30) de julio de dos mil veinte (2020).

SENTENCIA:

Procede la Sala a analizar el recurso de apelación interpuesto por la demandada contra la sentencia proferida el 20 de junio de 2019 por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá.

I.- ANTECEDENTES

1.1 DE LA DEMANDA

El señor *Alfredo Ramírez Galvis*, presentó demanda ordinaria laboral en contra de la empresa *IHN Ingeniería Hidráulica y Neumática Ltda. y Álvaro Rodríguez Velandia*, para que se declare la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido, vigente del 2 de enero del 2000 al 15 de junio del 2017 y que el contrato finalizó por despido injusto.

En consecuencia, solicita se condene a la demandada al reconocimiento y pago de las prestaciones sociales, la compensación en dinero de las vacaciones, la sanción moratoria prevista en el artículo 65 del C.S.T, la indexación de las sumas adeudadas y lo que resulte probado *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

En respaldo de sus pretensiones, manifestó que laboró al servicio de los demandados el 2 de enero del 2000 al 15 de junio del 2017, fecha en la que fue despedido sin justa causa; que percibía una comisión del 0.5% sobre el valor facturado a cierre fiscal de cada año, el cual le era cancelado el 30 de diciembre de cada año; que los demandados no tuvieron en cuenta para realizar los correspondientes reajustes todos los valores salariales y prestacionales; que le cancelaron la suma de \$5.000.000 por concepto de indemnización por despido injusto; y que desempeñó el cargo de comisionista,



devengando como último salario la suma de \$1.250.000, sin que a la fecha haya recibido el reajuste en el pago de sus prestaciones sociales y vacaciones.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La demandada se opuso a la prosperidad de las pretensiones, aduciendo que el demandante solo suscribió un contrato de trabajo con la sociedad *INH Ingeniería Hidráulica y Neumática Ltda.*, el cual se extendió del 1 de enero del 2000 al 13 de enero del 2017 y que, si bien el mismo finalizó sin justa causa, se le canceló al demandante la correspondiente indemnización por despido injusto e igualmente, se cancelaron de forma oportuna y completa todas las acreencias laborales adeudadas al libelista.

Formula como medios exceptivos los que denominó cobro de lo no debido, pago, inexistencia de las obligaciones y los derechos pretendidos, ausencia de título y de causa en las pretensiones del demandante, buena fe de la demandada, ausencia de obligación en la demandada y prescripción.

A su turno, el señor *Álvaro Ramírez Velandia*, en su escrito de contestación se opuso a las pretensiones expresando que el vínculo laboral del demandante, lo fue únicamente con la empresa *INH Ingeniería Hidráulica y Neumática Ltda.*

Propuso como excepciones de mérito, las que denominó cobro de lo no debido, inexistencia de contrato de trabajo, inexistencia de las obligaciones pretendidas, buena fe del demandado, ausencia de título y de causa en las pretensiones del demandante, ausencia de obligación en el demandado y prescripción.

II.- SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el 20 de junio de 2019, declaró que entre el actor y la sociedad *INH Ingeniería Hidráulica y Neumática Ltda.* existió un contrato de trabajo a término indefinido del 1° de enero del 2000 al 13 de enero del 2017, el cual terminó sin justa causa por parte del empleador; condenó a la demandada al pago de \$20.517.311 por concepto de cesantías; \$2.094.653 por concepto de intereses a las cesantías, \$20.517.311 por concepto de prima de servicios y \$7.477.613 a título de vacaciones; declaró parcialmente probada la excepción de prescripción, de las diferencias prestacionales causadas con anterioridad al 31 de mayo del 2015; absolvió al demandado *Álvaro*



Ramírez Velandia de todas las pretensiones incoadas en su contra y condenó en costas a la demandada.

Como sustento de su decisión, adujo que no es objeto de debate que existió una relación laboral entre el demandante y la empresa *INH Ingeniería Hidráulica y Neumática Ltda.* del 1° de enero del 2000 al 13 de enero del 2017, pues ello quedó acreditado con la documental allegada al proceso.

En lo correspondiente a la relación laboral entre el demandante y el señor *Álvaro Ramírez Velandia*, sostuvo que no existe evidencia probatoria alguna de la misma. Por tanto, absuelve al mismo de todas las pretensiones incoadas en su contra.

Frente a la reliquidación de las prestaciones sociales, teniendo en cuenta lo pactado en el contrato de trabajo y demás documentales, no se evidencia concepto alguno por concepto de comisiones, así mismo los testigos refieren que el demandante no percibía dicho emolumento, por manera que al no acreditar el actor que percibió comisiones, son despachadas desfavorablemente las pretensiones encaminadas a la reliquidación de las acreencias laborales con fundamento en las mismas.

No obstante, al analizar la documental del folio 123 se tiene que conforme certifica el revisor fiscal el salario del demandante fue para los años 2016 y 2017 de \$9.696.975, 2015 \$9.983.980 y 2014 fue de \$9.993.141. Es decir que no coincide el salario certificado por la demandada con el salario con el cual se liquidaron las pretensiones al libelista.

Así las cosas, consideró el juzgado que resultaba oportuno reliquidar las prestaciones sociales y vacaciones percibidos por el demandante, acorde el salario certificado por la propia demandada, destacando que se encuentran prescritas las acreencias laborales causadas con antelación al 31 de mayo del 2015.

III.- RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión la parte demandada presentó recurso de apelación en el que en suma indicó que la condena se efectuó teniendo en cuenta la prueba documental del folio 123, en la cual el Revisor Fiscal de la demandada certifica los valores cancelados al actor por prestaciones sociales de 2014 a 2017, certificación que tiene un acápite de salarios con fundamento en la cual el juez indica que existió una errada liquidación de las prestaciones, refiriendo que el valor del salario para el



año 2014 fue de \$9.993.141, año 2015 \$9.983.980 y siguientes de la misma manera, como se observa en la misiva de folio 123.

Sin embargo, dicho valor no correspondía al salario mensualmente cancelado al demandante y en ese sentido las prestaciones sociales y vacaciones no se pagaban sobre esa suma sino sobre un monto inferior, como se puede observar en las documentales de 110 a 121, donde se observa el salario efectivamente pagado y devengado por el demandante y las prestaciones debidamente liquidadas. Así pues, por un error del Revisor Fiscal fue que se fulminó la condena. Por tanto, solicita se tengan en cuenta los demás documentos que reposan en el proceso y que dan cuenta de que la demandada canceló todos los salarios y prestaciones sociales.

IV.- ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La demandada, aduce que el yerro consiste en tener como salario el indicado en la certificación de folio 123, pues en dicha documental se puede leer que el valor que recibió el señor *Alfredo Ramírez* por salario para el periodo del 1° de enero de 2016 al 13 de enero de 2017 fue \$9.696.975, sin que dicho valor correspondiera a lo que el demandante recibió de manera mensual en los años 2016 y 2017 como equivocadamente lo interpretó la juez. Lo mismo ocurre con los años 2015, donde por toda esa anualidad recibió \$9.983.980, y 2014 donde por toda esa anualidad recibió \$9.993.141 y no de manera mensualizada como erróneamente se tomó en la sentencia. Como puede verse en la casilla final denominada “TOTALES” resaltada en negrilla en la certificación original, la que corresponde a “SALARIO” indica la suma de \$29.674.096; de manera que, es claro que lo que el señor *Alfredo Ramírez* recibió en el periodo comprendido entre el 01 de enero de 2014 y el 13 de enero de 2017 por concepto de salario, fue esa suma (\$29.674.096). Entonces, si la juez tan sólo hubiera multiplicado el valor que ella interpretó correspondía al salario “mensual”, en cada año por los 12 meses del año o por la fracción correspondiente, evidentemente el total anotado en la casilla “TOTALES-SALARIO” hubiera sido muy superior al certificado de \$29.674.096. En este caso, resulta completamente claro que el salario certificado por la demandada a través de su Revisor Fiscal no coincide con el tomado por la Juez para liquidar las prestaciones sociales y vacaciones en la sentencia apelada.

Así las cosas, es evidente que en el fallo atacado existió una valoración errónea de las cifras indicadas en la certificación visible a folio 123. Además el *a-quo* desconoció que las condenas impuestas en la sentencia jamás fueron pedidas por el demandante en su escrito de demanda, ni se mencionaron en los hechos ni mucho menos fueron objeto del debate probatorio, por lo tanto la Juez desbordó su facultad *extra y ultra*



petita, violando abiertamente la regla de congruencia debida a la sentencia judicial, al ordenar el pago de las diferencias que equivocadamente encontró probadas, cuando lo que se solicitaba era un reajuste por concepto de “Comisiones” pero nunca porque la empresa demandada hubiera liquidado incorrectamente las prestaciones sociales y las vacaciones.

Por su parte, la parte demandante solicita confirmar la sentencia de primera instancia, y condenar en costas al apelante demandado. Igualmente, insiste en que conforme lo dispuesto en el artículo 127 del C.S.T y que las comisiones tienen calidad de salario, precisando que la certificación de folio 123 tiene plena validez documental tanto de su forma como de su contenido, pues fue emitida por funcionario competente y profesional en la materia, el documento nunca fue tachado de falso y goza de plena originalidad, entre las funciones que otorga la Ley a los Revisores Fiscales está la contenida en el artículo 207 del Código de Comercio numeral 3 “*Colaborar con las entidades gubernamentales que ejerzan la inspección y vigilancia de las compañías y rendirles los informes a que haya lugar o le sean solicitados*”.

V.- CONSIDERACIONES

a. Problema Jurídico

Sin avizorar causal que invalide lo actuado, y encontrándose reunidos los presupuestos procesales, se definirá como problema jurídico principal, si el fallador de primera instancia erró en la interpretación de la documental obrante a folio 127.

Siendo del caso precisar, en lo que respecta a los reparos presentados por la parte demandante en su escrito de alegaciones, consistentes en que las comisiones son constitutivas de salario, que dicho tópico no será objeto de análisis por esta Corporación en esta instancia, en tanto en primera instancia no se encontró probado en el proceso que el libelista percibiera dicha remuneración, punto del litigio que no fue controvertido mediante el recurso de apelación por el actor, en la oportunidad legal pertinente.

b. Del Vínculo Laboral

En el caso sub examine, encontró probado que entre el demandante y la empresa accionada existió un contrato de trabajo a término indefinido que se extendió del 1º de enero del año 2000 al 13 de enero del 2017. Declaración que no fue debatida por las partes y, por tanto, no será objeto de debate en esta instancia.



c. De la reliquidación de las prestaciones sociales.

Ahora bien, en el sub-lite, pese a que el *a-quo* encontró que no se acreditó que el demandante percibiera comisiones, estableció que conforme la certificación emitida por el revisor fiscal de folio 123 el monto de los salarios percibidos por el demandante, fueron superiores a los que tuvo en cuenta la encartada para la liquidación de prestaciones sociales y por ello, ordenó la reliquidación de las mismas.

Frente al particular, se duele la demandada en el recurso de alzada de la errada interpretación dada por la falladora de primera instancia a la certificación fiscal visible a folio 123. Afirmación que comparte esta Corporación, pues tras revisar la mentada documental, en conjunto con los demás medios probatorios, se puede apreciar que el monto establecido en la casilla salario corresponde al valor percibido por el demandante durante toda la anualidad. Es así, como en la certificación de folio 123 aparece el siguiente cuadro:

AÑO	SALARIO	CESANTIAS	INTERESES DE CESANTIAS	PRIMA 1ER SEMESTRE	PRIMA 2DO SEMESTRE	VACACIONES
01.ENE.2016 13.ENE.2017	9.696.975	1.139.158	136.579	546.525	546.525	1.353.800
2015	9.983.980	1.089.350	130.722	544.675	544.675	439.985
2014	9.993.141	1.087.350	130.482	543.675	543.675	846.125
OTALES	29.674.096	3.314.858	397.783	1.634.875	1.634.875	2.639.910

Nótese como en la casilla tomada por el juez como salario mensual, lo que aparece reflejado es el valor total de lo remunerado por el demandante durante el periodo indicado en la casilla año.

No siendo dable llegar a una inferencia distinta, no solo porque la casilla en modo alguno refiere que se esté indicando el monto del salario mensual, sino porque tal apreciación no concordaría con los valores establecidos por concepto de prestaciones sociales, para los mismos periodos.

A más que de haberse analizado tal misiva, a la par con la certificación de aportes a seguridad social en pensiones (Fls 15-17), las liquidaciones de prestaciones sociales de folios 110 a 116 y 118 a 122, así como la declaración de los testigos *Lina Jazbledy Castillo* y *Ulpinano Lozano Perdomo*, de cuyo dicho se desprende que el demandante



no percibía suma adicional a su salario y que este era aproximadamente de \$1.000.000, es patente que la conclusión a la que debió arribar el *a-quo* sería otra.

Lo anterior, por cuanto en el certificado de aportes a seguridad social en pensiones que los aportes realizados durante los años 2014 a 2017 fueron realizados por un valor de \$1.015.000, cuantía que coincide con el salario establecido en la liquidación final de prestaciones sociales (Fl 75) y el salario base tomado para la liquidación de las prestaciones sociales (Fls 110-122).

Por manera que para la Sala no podía tomarse como salario mensual los valores establecidos en la certificación de folio 123, dada su falta de congruencia con los demás medios probatorios y las diferencias tan abismales que se presentan entre dichas sumas, máxime cuando la propia Juez corroboró que el demandante no percibía comisiones y esta Corporación confirmó, que no existe medio probatorio alguno que permita inferir que el actor recibió un valor superior al salario establecido en las documentales aludidas en el párrafo anterior.

De cara a lo indicado, es patente que la falladora de primera instancia erró al ordenar la reliquidación de las prestaciones sociales y las vacaciones, como quiera que a folios 110 a 124 obra plena prueba de que dichas acreencias laborales fueron debidamente liquidadas por la encartada, acorde al salario devengado por el promotor.

Emerge de lo enunciado, la indubitable revocatoria del fallo de primera instancia, para en su lugar declarar probada la excepción de inexistencia de la obligación y en consecuencia, absolver a la empresa accionada de las pretensiones incoadas en su contra.

SIN COSTAS en esta instancia, por cuanto no se causaron. Las de primera instancia correrán a cargo del demandante.

DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

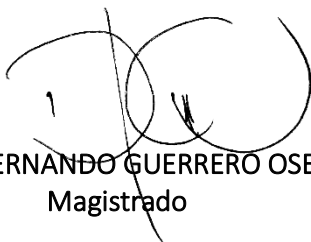


PRIMERO: REVOCAR los ordinales segundo y tercero de la sentencia proferida el 20 de junio de 2019 por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso de la referencia para en su lugar absolver a la empresa IHN INGENIERIA HIDRAULICA Y SANITARIA SAS de todas las pretensiones incoadas en su contra, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: DECLARAR probada la excepción de inexistencia de la obligación.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia, por cuanto no se causaron. Las de primera instancia correrán a cargo del demandante.

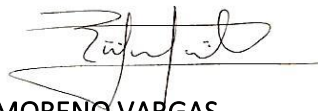
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
Sala de Decisión Laboral

Proceso Ordinario Laboral No. 1100131050 37 2018 00526 01
Demandante: ROSA INES RAMIREZ SANCHEZ
Demandado: PELIKAN COLOMBIA SAS
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., treinta (30) de julio de dos mil veinte (2020).

SENTENCIA:

Procede la Sala a analizar el recurso de apelación interpuesto por la demandada contra la sentencia proferida el 25 de julio del 2019 por el Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá.

I.- ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

Las señoras *Rosa Inés Ramírez Sánchez* y *Maribel Soriano Romero* presentaron demanda ordinaria laboral en contra de la empresa *Pelikan Colombia S.A*, para que se declare que entre la señora *Rosa Inés Ramírez Sánchez* y la demandada existió un contrato de trabajo el cual inició el 2 de junio de 1982, el cual feneció con justa causa en el momento en que le fue reconocida la pensión de vejez; que adquirió enfermedades profesionales, como consecuencia de las actividades desarrolladas dentro de la empresa.

Por tanto, se condene a la demandada al pago de los perjuicios materiales objetivados y subjetivados en lo correspondiente al daño emergente y al lucro cesante consolidado y futuro por las enfermedades profesionales sufridas por la demandante; al pago de 100 a 1000 salarios mínimos por concepto de daños morales; los perjuicios a la vida en relación; los intereses moratorios y las costas procesales.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

En respaldo de sus pretensiones, manifestó que la señora *Rosa Inés Ramírez Sánchez* suscribió un contrato con la demandada el 2 de julio de 1982; que ingresó



a laborar en condiciones óptimas de salud; que fue contratada para el cargo de Operaria de Planta, realizando actividades como operario de cinta para máquina de escribir, envasar, tapar, etiquetar, taponar, empacar, armar cajas, embalar productos y alimentar máquina de producción; según los distintos dictámenes las diferentes actividades desarrolladas por la demandante en la empresa le ocasionaron las patologías de *Otras Sinovitis y Tenosinovitis, Síndrome del Manguito Rotatorio, Epicondilitis Media Bilateral, Tendinitis Flexoextensores de Puño Bilateral*; que durante su relación laboral SURAMERICANA realizó varias visitas a su puesto de trabajo en las que se constató evidencia de sus patologías; así mismo se puede corroborar con su historia clínica de visitas sucesivas al médico con ocasión de las mentadas patologías, recibiendo en reiteradas oportunidades incapacidades por parte de su médico tratante y que el 28 de enero del 2017 radicó derecho de petición para interrumpir el fenómeno jurídico de la prescripción, sin que a la fecha el mismo haya sido resuelto.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La demandada en el escrito de contestación aceptó la existencia de la relación laboral regida por un contrato de trabajo a término indefinido que se extendió del 2 de junio de 1982 al 30 de mayo de 2014, data en la cual finalizó por que la demandante obtuvo su pensión de vejez. No obstante, se opuso a las pretensiones restantes aduciendo que durante la vigencia de la relación laboral cumplió con todas las condiciones de Seguridad y Salud en el Trabajo, necesarias y exigidas legalmente, la afilió a seguridad social y le suministro periódicamente la dotación y elementos de protección personal, realizaba capacitaciones en materia de Seguridad y Salud en el Trabajo y comunicó oportunamente a la ARL sobre las presuntas enfermedades que padecía la promotora.

Propuso como excepción previa la que denominó prescripción y como de mérito o de fondo las de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, prescripción y falta de legitimación por activa.

II.- SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el 25 de julio de 2019, declaró probada la culpa patronal de la demandada en la estructuración de las patologías sufridas por la demandante



como “*otras sinovitis y tenosinovitis – tendinitis flexoextensores*” de la demandante, en los términos previstos en el artículo 216 del C.S.T; condenó a la demandada a reconocer y pagar a la demandante \$14.783.423,29 por lucro cesante consolidado y \$6.160.000 por perjuicios morales; costas a cargo de la demandada.

Para tal efecto señaló que no hay discusión alguna frente a la existencia del vínculo laboral, el cual se rigió por un contrato de trabajo a término indefinido del 2 de junio de 1982 al 30 de mayo de 2014, el cual finalizó por el reconocimiento de la pensión de vejez de la demandante. En lo tocante al salario se tuvo como tal la cuantía de \$1.257.463, por cuanto este quedó debidamente acreditado con la liquidación de folio 397 del plenario y los desprendibles de nómina de folios 279 a 283.

Frente a la indemnización plena de perjuicios, advierte que el parámetro normativo será los artículos 56, 57 y 348 del C.S.T. Normas acorde a las cuales colige que el empleador debía propender por la seguridad y salud de sus trabajadores, so pena de incurrir en la culpa patronal prevista en el artículo 216 del C.S.T, la cual es de carácter subjetiva.

Que en el caso concreto, el daño y su causación lo acredita la parte actora por las patologías que sufre por *sinovitis y tenosinovitis* derivada de la *tendinitis* acreditada con el dictamen de 27 de marzo del 2018 (Fls 40 a 50) que le generó una pérdida de capacidad laboral del 12.11% de origen laboral, estructurada el 4 de diciembre del año 2007, objeto de una segunda calificación en dictamen del 29 de enero del 2015 (Fls. 74-80), oportunidad en la cual fue valorada junto con otras deficiencias que se confirmó con el Dictamen de la Junta Nacional de calificación de Invalidez del 17 de septiembre de 2015 (Fls 24-88). En cuanto al manguito rotador se acreditó su deficiencia, como de origen común acorde los dictámenes de la Junta Regional y Junta Nacional de Calificación de Invalidez del 23 de febrero del 2010. Con lo cual se acredita un daño o perjuicio en la humanidad de la demandante.

Frente a la culpa de la empresa en dichas patologías, indica que acorde al contrato de trabajo se tiene que la demandante fue contratada como Ayudante de Planta, pero no existe evidencia de las labores desempeñadas durante la vigencia de la relación laboral. Sin embargo, tuvo en cuenta la visita al puesto de trabajo



realizada el 27 de enero del 2006, por SURATEP en la cual se precisan los cargos desarrollados hasta el momento y la visita de SURATEP del año 2008.

Que la demandada aportó pruebas a efectos de acreditar las medidas de seguridad y salud adoptadas por la empresa, pero ninguna de estas da cuenta de que fueran adoptadas desde el inicio de la relación laboral, pese a que existe evidencia de que las patologías iniciaron en el año de 1998, pero solo se aprecian actividades positivas para la mitigación de los daños ergonómicos desde el año 2006, cuando fue reubicada.

Por manera que acorde lo indicado por los testigos e interrogatorios de parte, en concordancia con las pruebas documentales se tiene que la demandante fue inicialmente operadora de cinta de 1982 a 1996, cuando fueron reasignadas al área de empaque, desarrollando actividades repetitivas, sin que existieran pausas activas sino hasta el año 2005. Precisando que mediante los testimonios no se pudo corroborar la adopción de medidas de seguridad antes de dicha anualidad. Luego todas las medidas adoptadas por la empresa a efectos de proteger a la demandante en su salud fueron adoptadas con posterioridad a 2005.

Por tanto, encuentra que dichos actos no dan cuenta de la debida diligencia que debió adoptar la empresa como un buen padre de familia, pues este deber de seguridad debió darse desde el inicio, pues las enfermedades laborales de la demandante son de origen laboral y se dieron con ocasión a las actividades repetitivas realizada desde el inicio de la relación laboral, por lo que encuentra probado el nexo causal en la culpa leve de la encartada. Es así como las actividades de origen laboral de la demandante, teniendo en cuenta las actividades repetitivas que en el transcurso de las actividades fue por la falta de diligencia de la empresa entre 1982 y 2005, dando lugar al reconocimiento y pago de los perjuicios anhelados por la demandante.

En consecuencia, procede establecer los perjuicios, refiriendo que no se evidenció en que gastos incurrió la demandante en virtud de la enfermedad pues por el contrario se constata que todos los gastos desde el año 2005 fueron asumidos por la empresa.

En lo tocante a la prescripción indica que si bien existieron varios Dictámenes, conforme la jurisprudencia el término prescriptivo debe ser contado desde la



fecha de exigibilidad del derecho, esto es desde el momento en el cual se hace la calificación definitiva de la pérdida de capacidad laboral y acogiendo este criterio jurisprudencial, tiene en cuenta el último dictamen del 27 de septiembre de 2015 donde se realizó una calificación integral de las patologías, por tanto no habría operado la prescripción.

Hecha la anterior precisión, indica que solo condenará frene al lucro cesante consolidado, absteniéndose del futuro dada la actividad desarrollada por la empresa después del año 2005 tendiente a atenuar las medidas de salud de la demandante. Así para cuantificar el lucro cesante consolidado establece el monto de \$14.783.423,29. Frente a los daños morales, los fija en cuantía de \$6.160.000.

En cuanto al daño a la vida en relación, indica que no se encuentran acreditados y por ende, deniega los mismos y en todo caso estarían superados con la cifra dada por los perjuicios al daño en relación.

En lo atinente a los daños morales solicitados por la hija de la demandante, también alude que los mismos no se encuentran acreditados.

III.- RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del *a-quo* la parta actora interpuso alzada en el que en suma indicó que interpone recurso de apelación de forma parcial pues en primera medida el juez aduce frente a la condena de perjuicios que el Despacho indica que no liquidará el lucro cesante futuro porque la empresa a partir del año 2005, la demandada tomó medidas en restablecer o que no se continuara perjudicando la salud de la trabajadora, con lo cual no está de acuerdo pues el perjuicio ya se había causado, pues las medidas se debieron tomar desde que la trabajadora ingresó a laborar y estas son enfermedades progresivas que acorde a los manuales de calificación de pérdidas de capacidad laboral para la fecha, indican que estas enfermedades van a continuar en el tiempo y es muy difícil que mejoren las patologías, por tanto solicita que se tengan en cuenta las patologías desde el comienzo.

En cuanto a los perjuicios morales tampoco está de acuerdo porque se toman desde la terminación del contrato, pero la afectación a su vida lo fue desde antes, en razón de las patologías profesionales sufridas. En cuanto a los perjuicios a la



vida en relación, la actora manifestó que le dolían los brazos al moverlos, luego claro que quedó demostrada la afectación, pues una persona en dichas condiciones no tiene una vida plena y se debe tener en cuenta las actividades particulares de la vida diaria que se vieron afectadas, pues en su vida particular la trabajadora ya no sigue una vida normal. Y en cuanto al tema de los perjuicios de la hija, es clara que dada su condición de forma directa se ve afectada en los temas morales, pues ver a su madre así no le permite tener una vida tranquila y por ello se debe estudiar para esta los daños morales y a la vida en relación.

A su turno, la encartada presenta recurso de apelación en el que indica que se debe tener en cuenta que el a-quo basa su providencia en las obligaciones de seguridad y protección de los empleadores, esto fue el fundamento jurídico de la presunta negligencia de la empresa, pero el artículo 56 habla de forma general de la protección que debe brindar el empleador, el 57 en específico el numeral 2° habla del suministro de los elementos adecuados el numeral 3° del auxilio en las enfermedades. No obstante, el artículo 216 del C.S.T, indica que es cuando exista culpa suficientemente comprobada del empleador, carga probatoria que debe asumir la parte demandante, según el artículo 167 del C.G.P; luego debía hacer un análisis de cuál es la culpa de la demandada o la omisión específica en la que incurrió la empresa y la carga probatoria era de la parte activa quien debía acreditar cual fue el incumplimiento, pero en este caso no se dijo cuál fue el incumplimiento ni la norma jurídica que no cumplió la demandada, lo cual limita el derecho de defensa y contradicción de la empresa.

Lo que paso en este proceso, como el juez no evidenció prueba alguna antes de dicho tiempo asumió que no lo demostramos, pero es que era carga probatoria del demandante el demostrar cual fue el incumplimiento específico, para que la encartada pudiese aportar en específico la prueba que acreditara el cumplimiento.

Quedo plenamente acreditado con los testimonios que los locales son aptos y cuenta con certificaciones, luego las instalaciones son aptas para el desarrollo de las actividades y los elementos de trabajo suministrados son idóneos para la seguridad de los trabajadores. Luego, se acreditó que la demandante tenía una silla ergonómica idónea, que la empresa tenía un médico dentro de la compañía, al cual acudió la demandada a pesar de que ella falto a la verdad indicando que jamás asistió a exámenes médicos.



Luego en síntesis la demandada no probó cual fue el incumplimiento de la empresa, ni se puede indicar que las pruebas aportadas al proceso dieran cuenta de las únicas acciones adelantadas por la empresa.

Ahora dice el artículo 348 del C.S.T, citado por el juez, que el empleador debe tomar medidas de higiene y seguridad, contar con locales e implementos de trabajo adecuados, pero se acreditó que se realizaban exámenes médicos y se acreditó que los locales e instrumentos eran aptos, tan es así que se acreditó que la empresa dentro del sector es la que menos índices de accidentalidad tiene y los locales e instrumentos son aptos.

Igualmente solicita que con base en lo anterior no se declare probada la culpa, pues esta debía ser probada por la parte activa, ni mucho menos el nexo causal, pues no se demostró que la conducta de la encartada generara la enfermedad de la trabajadora así fuera de carácter profesional, pues se debió demostrar que esta fue consecuencia del actuar de la empresa y acá todos los testigos indicaron que la empresa siempre suministró elementos de protección personal. *Luis Alfonso Babativa* que lleva 40 años en la empresa indicó que no se podía laborar sin los elementos de protección personal y cita como sustento de sus argumentos la sentencia de 5 de mayo de 2005 Radicado 23865.

En cuanto a la prescripción solicita se tenga en cuenta que los diagnósticos incorporados de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, son enfermedades que venían de muchísimos años atrás, como el de sinovitis que era del 2008, es decir 10 años antes de instaurarse la demanda, luego está totalmente prescrita. Lo que hizo el demandante al solicitar una calificación integral fue revivir términos, el dictamen de tendinitis fue emitido en el año 2003, hace 15 años; así mismo sucedió con el dictamen de *epicondilitis*.

En cuanto al lucro cesante consolidado, es decir el que ya se materializó, desde la fecha de estructuración se debe tener en cuenta que se dijo que la fecha de estructuración de la enfermedad fue el 8 de septiembre del 2014, pero el contrato de trabajo finalizó el 30 de mayo del 2014, luego no puede ser posible que se declare un nexo de causalidad con una enfermedad estructurada con posterioridad a la terminación del contrato de trabajo.



Luego no existió culpa patronal pues la empresa actuó con total diligencia, contaba con un comité paritario de seguridad y salud en el trabajo, realizaba exámenes periódicos a sus trabajadores, capacitaciones continuas en materia de salud en el trabajo, entregaba elementos de protección personal adecuados, luego está probada la diligencia.

Que no existe lucro cesante, pues la empresa realizó todas las actividades para aminorar los perjuicios, luego si el juez dice que la empresa realizó las acciones desde 2005, no se entiende cómo puede hablar de un lucro cesante consolidado posterior al año 2005 y se demostró con los comprobantes de pago y el interrogatorio que se le pagó siempre el salario durante las incapacidades, luego no hubo suma alguna que dejara de percibir con ocasión de la enfermedad y desde la terminación del contrato de trabajo recibió su pensión de forma inmediata.

En cuanto los daños morales, no existe una presunción deben estar plenamente probado, si bien el juez puede tasarlos no se puede establecer que de una pérdida de capacidad laboral del 13% se tacen unos perjuicios en 10 salario mínimos, pues no existe prueba alguna de cuál fue el perjuicio moral que sufrió la demandante.

Así, dado que se impone la absolución de la empresa demandada no hay lugar a la imposición de las costas.

IV.- ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La demandada en su escrito de alegaciones aduce la inexistencia de los elementos constitutivos de la culpa patronal, reiterando que en los hechos de la demanda no se menciona de manera específica cuál fue el supuesto incumplimiento de PELIKAN COLOMBIA S.A.S. que considera ocasionó la enfermedad profesional, incumpliendo con la carga probatoria establecida en el artículo 167 del C.G.P.; Que durante el curso de la primera instancia no se estableció ni en el escrito de demanda ni por parte del Juez de Primera instancia cuál fue el comportamiento o cuál fue la norma jurídica específica o deber concreto que mi representada no cumplió. Además la empresa realizaba capacitaciones en materia de Seguridad y Salud en el Trabajo (antes Salud Ocupacional y Seguridad e Higiene Industrial y Medicina del Trabajo); campañas de prevención de riesgos laborales; exigía a todos sus trabajadores el cumplimiento de las normas Seguridad y Salud en el Trabajo (antes Salud Ocupacional y Seguridad e Higiene Industrial y Medicina del



Trabajo); informó oportunamente a la ARP (hoy ARL) de la actora las presuntas enfermedades laborales sufridas por ésta; contaba un médico al interior de la compañía para atender de manera inmediata a la trabajadora frente a cualquier dolencia; suministró oportunamente la información solicitada por las entidades del Sistema de Seguridad Social Integral para la valoración médica de la señora RAMÍREZ SÁNCHEZ; implementó en su totalidad el Sistema de Gestión de Seguridad y Salud en el Trabajo (antes Programa en Salud Ocupacional); contaba y cuenta con un Área de Seguridad y Salud en el Trabajo dedicada a velar por el cumplimiento del SG-SST -antes Programa de Salud Ocupacional; constituyó en los términos de ley el Comité Paritario de Seguridad y Salud en el Trabajo - COPASST- (antes COPASO); concedió a la demandante los permisos necesarios para asistir a citas, terapias y/o tratamientos médicos requeridos; expidió en aplicación de las normas vigentes el Reglamento de Seguridad y Salud en el Trabajo (antes Reglamento de Salud Ocupacional); promovía la realización de pausas activas en sus centros del trabajo; solicitó y sufragó los gastos de los análisis de puesto de trabajo de la demandante (cuando a ello hubo lugar); dio estricto cumplimiento a las recomendaciones y/o restricciones médicas emitidas a la actora que le fueron notificadas; y reubicó y cambió de cargo a la demandante en cumplimiento de dichas recomendaciones y/o restricciones, cuando así fue sugerido, de manera que es claro que no se configuran todos los elementos de la responsabilidad del empleador exigidos en el artículo 216 del C.S.T; lo cual se puede corroborar con la prueba testimonial y documental militante en el plenario.

Así mismo, insiste en que no se encuentra acreditados los perjuicios reconocidos por el juez de primera instancia, conforme lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL1187 del 10 de marzo de 2020 radicación No. 72415, pues en el caso particular de la demandante no existe un lucro cesante cierto entendido como una ganancia dejada de percibir por parte de la trabajadora, pues tal como se acreditó en el proceso, la misma laboró con la sociedad demandada hasta el momento en que obtuvo el reconocimiento y pago de su pensión de vejez. En efecto, durante el tiempo en que la demandante estuvo vinculada como trabajadora de la sociedad PELIKAN S.A.S. recibió el 100% de su salario, lo cual fue reconocido por la actora en el interrogatorio de parte. A partir de ese momento, empezó a devengar su pensión de vejez, razón por la cual no existe un ingreso dejado de percibir por la demandante, siendo improcedente la codena efectuada por el despacho. Por otra parte, en relación con el daño moral, si bien se ha establecido que este tipo perjuicio debe ser valorado al arbitrio judicial, no



es menos cierto que debe encontrarse una verdadera situación particular que permita inferir en forma razonable la causación de un perjuicio de esta naturaleza.

Alude en lo tocante al a prescripción que el despacho desconoció que los diagnósticos que se incorporaron en la calificación de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez de septiembre 19 del año 2015, calificación que el Juzgado consideró definitiva para fundamentar la existencia de un daño, corresponden a enfermedades que habían sido diagnosticadas desde muchos años atrás a la demandante. En particular, el diagnóstico sinovitis y tenosinovitis fue diagnosticado de manera definitiva por la Junta el 27 de mayo de 2008, es decir, 10 años antes de la interposición de la demanda, lo que permite fácilmente concluir que se trata de obligaciones prescritas.

Finalmente, sostiene que los argumentos expuestos en el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, son suficientes para modificar el numeral 4° de la sentencia de primera instancia.

La parte demandante, no presentó alegatos dentro del término legal establecido para el efecto.

V.- CONSIDERACIONES

a. Problema Jurídico

Sin avizorar causal que invalide lo actuado, y encontrándose reunidos los presupuestos procesales, se definirá como problema jurídico principal, si en el caso sub lite existió culpa patronal por parte de la empresa respecto de las patologías denominadas *“otras sinovitis y tenosinovitis – tendinitis flexoextensores”*, como lo adujo *el a-quo*. En caso afirmativo, entrar a dilucidar si le asiste el derecho a la demandante a percibir la indemnización plena de perjuicios reclamada, por lucro cesante emergente y lucro cesante futuro, daños morales y daños a la vida en relación; e igualmente, si su hija tiene derecho a percibir la indemnización por daños morales. Finalmente, dilucidar si operó el fenómeno jurídico de la prescripción.

b. Del Vínculo Laboral



No es objeto de debate que entre la señora *Rosa Inés Ramírez Sánchez* y la empresa *Pelikan Colombia S.A* existió una relación laboral, regida por un contrato de trabajo a término indefinido que se extendió del 2 de junio de 1982 al 30 de mayo de 2014, el cual finalizó por el reconocimiento de la pensión de vejez de la demandante. Devengando como último salario la suma de \$1.257.463. Lo anterior en la medida en que así lo encontró acreditado el fallador de primera instancia, acorde los hechos admitidos por la demandada y las pruebas documentales arribadas al proceso; sin que dicho punto del debate haya sido objeto de controversia en la alzada.

c. Culpa Patronal

De conformidad con el artículo 216 del C. S. del T., *“Cuando exista culpa suficiente comprobada del empleador en la ocurrencia del accidente de trabajo o de la enfermedad profesional, está obligado a la indemnización total y ordinaria por perjuicios”*, por lo tanto, le corresponde al accionante demostrar el advenimiento de un accidente de trabajo, así como el daño proveniente del mismo, la culpa del empleador en su ocurrencia y el nexo de causalidad.

Una vez establecido lo anterior, como primera medida se tiene por establecido en lo tocante al daño ocasionado a la salud de la trabajadora que la misma fue diagnosticada con *“tendinitis de flexoextensores de puños bilateral, epicondilitis media bilateral”*, patologías calificadas como de origen laboral, ocasionándole una pérdida de capacidad laboral del 13.78%. Conforme le determinó en última instancia la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, mediante dictamen del 17 de septiembre del 2015 (Fl 84)

En lo atinente a la culpa, el sentenciador de primera instancia coligió que, en el proceso se acreditó con suficiencia la misma, por cuanto no evidencia que el empleador adoptara las correspondientes medidas de seguridad y salud en el trabajo frente a las labores desarrolladas por la promotora con atención al año 2005, precisando que acorde a la documental arribada al proceso las actividades desarrolladas antes de dicha data en el área de producción, le comportaban la obligación de realizar movimientos repetitivos, sin que exista constancia del desarrollo de pausas activas, ni el despliegue de ninguna actividad que propendiera por la seguridad y salud en el trabajo de la demandante. Situación



que a su juicio demuestra la existencia de la culpa patronal respecto de las patologías padecidas por la hoy demandante.

Ahora bien, es preciso acotar que el máximo órgano de cierre sobre este punto, en sentencia del 6 de mayo de 2015, SL16792-2015, radicado 45750, precisó:

*“La Sala comienza por precisar que en materia de riesgos profesionales -hoy riesgos laborales-, **surgen dos clases de responsabilidad: (i) una objetiva -por el riesgo creado- que obliga a las administradoras de riesgos laborales «ARL» a reconocer al trabajador o a sus beneficiarios las prestaciones asistenciales y económicas que contempla el Sistema, que se generan a partir de la ocurrencia del siniestro y para cuya causación resulta indiferente la conducta del empleador y, (ii) otra subjetiva derivada de la «culpa suficientemente comprobada del empleador», por la que se le impone la obligación de resarcir de manera plena e integral los perjuicios ocasionados a consecuencia de los riesgos profesionales que sufra su trabajador, que es la consagrada en el art. 216 del C.S.T...***

“Así lo enseñado esta Sala entre otras, en la Sentencia CSJ SL, 14 ago. 2012, rad. 39446, en la que al efecto dijo:

“Tenemos también la responsabilidad civil y ordinaria de perjuicios prevista en el artículo 216 del C.S.T., [subjetiva] ésta sí derivada de la “culpa suficientemente probada del empleador en la ocurrencia del accidente de trabajo o de la enfermedad profesional”, que le impone al empleador la obligación de resarcir de manera plena e integral los perjuicios ocasionados al trabajador como consecuencia de los riesgos profesionales que sufra, siempre que en este último caso medie culpa suya debidamente probada en punto de su ocurrencia...”

“...En ese contexto, se equivoca la censura al sugerir que la indemnización plena de perjuicios consagrada en el art. 216 del C.S.T., emana de la responsabilidad objetiva -riesgo creado-, en tanto como se ha explicado, es la culpa suficientemente comprobada del empleador, en la ocurrencia del riesgo laboral, la que origina la responsabilidad subjetiva de aquél...” (Negrillas de la Sala).

De igual manera, esa Corporación en sentencia del 30 de junio de 2005, Rad: 22.656. ha referido:

“Ahora bien, la viabilidad de la pretensión indemnizatoria ordinaria y total de perjuicios, como atrás se dijo, exige el acreditarse no solo la ocurrencia del siniestro o daño por causa del accidente de trabajo o enfermedad profesional, sino también, la concurrencia en esta clase de infortunio de ‘culpa suficiente comprobada’ del empleador.

“Esa ‘culpa suficiente comprobada’ del empleador o, dicho, en otros términos, prueba suficiente de la culpa del empleador, corresponde asumirla al trabajador demandante, en acatamiento de la regla general de la carga de la prueba de que trata el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil. Es decir, a éste compete ‘probar el supuesto de hecho’ de la ‘culpa’, causa de la



responsabilidad ordinaria y plena de perjuicios laboral, la cual, por ser de naturaleza contractual conmutativa es llamada por la ley ‘culpa leve’ que se predica de quien, como buen padre de familia, debe emplear ‘diligencia o cuidado ordinario o mediano’ en la administración de sus negocios.

“De suerte que, la prueba del mero incumplimiento en la ‘diligencia o cuidado ordinario o mediano’ que debe desplegar el empleador en la administración de sus negocios, para estos casos, en la observancia de los deberes de protección y seguridad que debe a sus trabajadores, es prueba suficiente de su culpa en el infortunio laboral y, por ende, de la responsabilidad de que aquí se habla, en consecuencia, de la obligación de indemnizar total y ordinariamente los perjuicios irrogados al trabajador.

“La abstención en el cumplimiento de la ‘diligencia y cuidado’ debidos en la administración de los negocios propios, en este caso, las relaciones subordinadas de trabajo, constituye la conducta culposa que exige el artículo 216 del Código Sustantivo del Trabajo para infligir al empleador responsable la indemnización ordinaria y total de perjuicios.

“No puede olvidarse, además, que ‘la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo’, tal y como lo pregonan el artículo 1604 del Código Civil, por tanto, amén de los demás supuestos, probada en concreto la omisión del empleador en el cumplimiento de sus deberes de protección y seguridad, en otras palabras, de diligencia y cuidado, se prueba la obligación de indemnizar al trabajador los perjuicios causados y, por consiguiente, si el empleador pretende cesar en su responsabilidad debe asumir la carga de probar la causa de la extinción de aquélla, tal y como de manera genérica lo dice el artículo 1757 del Código Civil ”.

Ante lo aquí aludido, procedió la Sala a realizar un análisis del acervo probatorio allegado a la presente litis, logrando dilucidar en el mismo que en lo concerniente a la patología diagnosticada a la demandante de “sinovitis y tenosinovitis” fue calificada como de origen laboral, mediante dictamen de la Junta Regional de Calificación de Invalidez del 27 de marzo del 2008 (Fls 40-42) y la de “Epicondilitis media bilateral”, el 1° de octubre de 2014 por la ARL SURAMERICANA (Fl 70-71); 20 de octubre del 2011 emitido por la EPS SANITAS (Fl 68); el 29 de enero del 2015 por la Junta Regional de Calificación de Invalidez (Fl 74 a 76) y finalmente, por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez (Fls 84 a 85); mediante el cual se determinó que las patologías de “Otrasinovitis y tenosinovitis” “epicondilitis media” y “epicondilitis bilateral”, son de origen laboral y le ocasionaron a la demandante una pérdida de capacidad laboral del 13.78%, con fecha de estructuración del 8 de septiembre del 2014; precisándose dentro de los apartes considerativos de la calificación que el diagnóstico inicial de la *tendinitis* fue desde el año 2003.

Ahora, corrobora la Sala con la historia clínica aportada (Fls 96-166), el Acta de Reunión de SURATEP del 27 de octubre del 2006 (Fls. 31-35), la misiva de 24 de



enero de 2008 (Fls. 456 a 457) y el dictamen la Junta Regional de Calificación de Invalidez del 27 de marzo del 2008 (Fls 40-48), que en efecto el diagnóstico de la *tendinitis* fue emitido desde el año 2003, sin que exista evidencia alguna previa, de que la promotora hubiera sido tratada por dicha dolencia antes de dicha data.

De otra parte, es patente como lo indica la pasiva que la parte actora en modo alguno refirió en el libelo introductorio cual fue la conducta u omisión efectuada por la empresa que desencadenó en la enfermedad laboral padecida por la demandante. Con todo, atendiendo a que el fallador de primera instancia fundamentó su decisión en las obligaciones legales, establecidas en los artículos 56, 57, numerales 2 y 3; 348 del C.S.T; los cuales se contraen a establecer: i) la obligación general a cargo del empleador de protección y salud para con todos los trabajadores, ii) la obligación de procurar locales y elementos de protección personal adecuados para garantizar la seguridad y salud en el trabajo, iii) la obligación de brindar primeros auxilios y iv) la obligación de adoptar las medidas de higiene y seguridad en el trabajo. La Sala procederá a verificar si en autos efectivamente el patrono incurrió en alguno de dichos incumplimientos y ello ocasionó la enfermedad de la trabajadora, como se sostuvo en primera instancia.

A la postre, se verifica dentro de las diligencias que la demandante en su interrogatorio de parte confesó que durante toda la vinculación laboral recibió elementos de protección personal, fue afiliada a seguridad social y recibió servicios por parte de la ARL y la EPS, incluso recibió dos indemnizaciones por parte de la ARL SURA; que siempre le concedieron los permisos para las incapacidades y después del año 2005 recuerda que siempre hacía pausas activas, que atendiendo a las patologías que le fueron diagnosticadas la empresa la reubicó en varias ocasiones acorde lo indicado por la EPS, aunque afirma que continuaba haciendo labores repetitivas.

En igual sentido, fueron evacuados los testimonios de *Lilia Carvajal*, quien sostiene que entró a trabajar en 1982 con la demandante y laboró en la compañía hasta 2009; *José Urbano Medina*, quien labora para la encartada desde el año 2008; *Luz Nidia Velásquez*, quien trabaja en la empresa desde 2002 y *Luis Alfonso Babativa Méndez*, trabajador de la demandada desde el año 1978. Declaraciones acordes a las cuales, se colige que cuando la demandante ingresó a laborar en la empresa como operaria de producción manejando la máquina de encarrilar cinta, que posteriormente paso al área de empaque y luego por recomendaciones de la



ARL la trasladaron al área de mercadeo como “*mercadotecnista*”, pero que ella solicitó después que la regresaran al cago anterior y con el aval de la EPS regresó al área de operaciones. Ahora los testigos *José Urbano Medina*, *Luz Nidia Velásquez* y *Luis Alfonso Babativa Méndez*, son contestes en afirmar que la empresa siempre ha cumplido con las medidas de seguridad y salud en el trabajo, siempre brindó los elementos de protección personal, efectuaba exámenes periódicos, hacían capacitaciones de seguridad y salud en el trabajo, contaba con un COPASO, e incluso dentro de una época había un médico dentro de la misma compañía, que la empresa cumple con todos los estándares ISO 9001: 2008 e ISO 14001:2004y sus niveles de accidentalidad son de los más bajos dentro del sector.

Afirmaciones estas, que se encuentran soportadas con las documentales de folios 495 a 737, destacando dentro de estos: un examen post ocupacional de la demandante; los soportes de entrega de elementos de protección personal; los estudios de puesto de trabajo; constancias médicas de 1990 y 2002, en los que se evidencia que la actora recibió atención por parte del médico de la compañía, destacando que ninguna de estas tiene relación con la *tenosinovitis*; el Reglamento de Higiene y Seguridad en el Trabajo de 2002; el Reglamento de Higiene y Seguridad Industrial de 1997 y reportes de accidentalidad de la empresa.

En igual sentido, de la historia clínica de la demandante y las misivas aportadas se corrobora que el 26 de mayo de 2006 la empresa fue requerida por parte de la EPS para que remitiera los documentos para la calificación de pérdida de capacidad laboral de la actora (Fls 465-466), por lo que la empresa le realizó un análisis del puesto de trabajo el 30 de junio del 2006 (fls 468-477) y procedió a remitir los documentos requeridos por la entidad el 4 de julio de 2006 (Fl 479); por manera que al recibir el 24 de noviembre de 2006 recomendaciones médico laborales por parte de la ARL (Fls 480.481), por lo que fue reubicada el 14 de septiembre del 2007 en el área de mercadeo. Pese lo anterior, la demandante radica un derecho de petición el 7 de noviembre de 2007 para ser reinstalada en el puesto anterior (Fls 485-486), por lo que la empresa solicitó concepto a la ARL quien en comunicación del 22 de noviembre del 2007 (Fl 497) refiere que la empresa está cumpliendo en un 100% las recomendaciones médicas y la mantiene en el cargo, hasta que el 6 de noviembre de 2008 la empresa recibió recomendaciones medico laborales de la EPS (Fl 481), en virtud de las cuales fue reubicada en el cargo de Operaria del área de ensamble (Fl 462).



Por otra parte, se tiene que la testigo *Lilia Carvajal*, cuyo dicho fue relevante para el *a quo*, en efecto afirma que en la empresa se implementaron las pausas activas, ejercicios y capacitaciones hasta el año 2005, pues antes de eso no les ponían atención y que la demandante se quejaba de los dolores desde 1993. Con todo, llama la atención de la Sala algunas contradicciones en su dicho pues primero alude que tenían una jornada de 7:00 a 7:30 sin pausas, pero luego aclara que si paraban para almorzar y tomar medias nueves, aparte que en el estudio de puesto de trabajo de la demandante de folio 53 se indica que la jornada laboral era de 7:00 a.m. a 5:30 pm durante los primeros 20 años; igualmente indicó que jamás les hicieron exámenes, cuando se reitera obra constancia de que la promotora recibió atención por parte del médico de la empresa.

De cara al relato antes mencionado, encuentra la Colegiatura que en el *sub-lite* no se observa que se haya acreditado una culpa suficientemente comprobada respecto de la empresa, ni mucho menos, que exista un nexo causal entre las actuaciones desplegadas por la compañía en el curso de la relación laboral y la enfermedad laboral que aqueja a la empresa, conforme procedemos a ilustrar a profundidad.

En primera medida, por cuanto no se evidencia que la empresa haya dejado de adoptar las medidas tendientes a velar por la seguridad y salud de la demandante, durante la vigencia de la relación laboral, en tanto los medios probatorios atrás reseñados dan cuenta de que siempre suministró los EPP, brindaba capacitaciones sobre seguridad y salud en el trabajo, efectuaba estudios de los puestos de trabajo, contaba con un COPASO e incluso un médico interno en la compañía para atender a sus trabajadores, cumpliendo con los estándares más altos establecidos en las norma ISO. Aunado a ello, una vez tuvo conocimiento de las patologías que aquejaban a la demandante, con el apoyo de la EPS y la ARL realizó las reubicaciones tendientes a garantizar el cumplimiento de todas y cada una de las recomendaciones médicas, al punto que la propia ARL, indicó en comunicación del 22 de noviembre del 2007 que la empresa había acatado en un 100% las mismas. Comporta lo anterior que no existe vulneración alguna a las obligaciones legales establecidas en los artículos 56, 57 numerales 2 y 3 y 318 del C.S.T.

De otra parte, en lo que atañe al argumento aducido por el fallador de primera instancia, al enunciar que el cumplimiento de dichas obligaciones solo se dio del



2005 en adelante, el mismo no es de recibo para la Sala, en tanto la testigo *Luz Nidia Velásquez*, quien aduce laborar en la compañía desde el año 2002 fue clara al indicar que dichas medidas ya estaban incluso desde antes que ella llegara y de ello dan cuenta el Reglamento de Higiene y Seguridad en el Trabajo de 2002 y el Reglamento de Higiene y Seguridad Industrial de 1997, así como la declaración del señor *Luis Alfonso Babativa*, quien se itera labora en la empresa desde 1978.

Finalmente, si en gracia de discusión, se compartiera la postura del *a-quo* consistente en que no existe soporte probatorio de que la empresa cumpliera con dichas medidas de seguridad y salud en el trabajo desde el inicio de la relación laboral, lo cierto es que aun tal supuesto, en modo alguno daría pie a un nexo de causalidad entre la culpa endilgada a la empresa y las enfermedades laborales que aquejan a la demandante de *Otrasinovitis y tenosinovitis* “*epicondilitis media*” y “*epicondilitis bilateral*”; en la medida en que la fecha de estructuración de las mismas data del 8 de septiembre de 2014. De hecho, aun cuando la Sala se apartará del contenido de la calificación, en lo que este punto concierne, por no ser una prueba *ad substantiam actus*, al analizar las demás piezas procesales el diagnóstico más antiguó de dichas patologías fue para el año 2003; anualidad, para la cual obran bastantes pruebas de como la demandada cumplía con las obligaciones relacionadas con las seguridad y salud en el trabajo, acatando la debida diligencia o cuidado ordinario o mediano que debe desplegar el empleador en la administración de sus negocios, como *in extenso* se ha expuesto en esta providencia.

Corolario de lo hasta aquí aludido, claro resulta colegir que la empresa demandada no incurrió en la culpa patronal que se le endilga en los términos del artículo 216 del C.S.T y por lo tanto, habida consideración que las demás pretensiones dependen de la prosperidad de esta declaratoria la Sala se releva del estudio de las mismas, debiendo revocar todas y cada una de las condenas impuestas en su contra, para en su lugar declarar probada la excepción de inexistencia de la obligación y absolver a la pasiva de todas y cada una de las pretensiones invocadas en su contra.

SIN COSTAS en esta instancia, por cuanto no se causaron. Las de primera correrán a cargo de la demandante.

DECISIÓN



En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 25 de julio de 2019 por el Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso de la referencia, para en su lugar **ABSOLVER** a la demandada de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: DECLARAR probada la excepción de inexistencia de la obligación.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia. Las de primera a cargo de la parte demandante.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
Sala de Decisión Laboral

Proceso Ordinario Laboral No. 1100131050 37 2018 00565 01
Demandante: JHON ANDRUBAL VELANDIA POLANÍA
Demandado: JHON URIBE E HIJOS S.A.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá, D.C., treinta (30) de julio de dos mil veinte (2020).

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación elevado por la parte demandante en contra de la sentencia proferida el 12 de julio de 2019 por el Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá.

I.- ANTECEDENTES

1.1 DE LA DEMANDA

El señor *Jhon Andrubal Velandia Polanía*, presentó demanda ordinaria laboral en contra de la empresa *Jhon Uribe Hijos S.A*, para que se declare la existencia de un contrato de trabajo desde el 12 de enero de 1996 hasta el 20 de enero de 2016.

En consecuencia, se le condene a la demandada al pago de cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, vacaciones, sanción por despido sin justa causa, indemnización moratoria por la falta de pago de salarios y prestaciones sociales, sanción por la no consignación de las cesantías al correspondiente fondo y la pensión sanción.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

En respaldo de sus pretensiones, manifestó que el contrato fue terminado por la pasiva en forma unilateral y sin justa causa, devengando como último salario mensual la suma de \$3.500.000. Que nunca se le afilió al Sistema de Seguridad Social Integral, no le cancelaron ni consignaron sus cesantías, primas de servicios, vacaciones, intereses a las cesantías y aportes a seguridad social.



Adujo que se le descontaba ilícitamente retención en la fuente y al ser retirado tenía una discopatía lumbar sin habersele practicado el examen médico de egreso. Que a pesar de que el domicilio del extremo demandado es en la Ciudad de Medellín, prestó sus servicios en Bogotá.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La demandada se opuso a la prosperidad de las pretensiones, pues indicó que el demandante no se vinculó a la empresa en la fecha que argumentó, sino que inició labores el día 1º de julio de 2010 a través de un contrato escrito, el cual terminó por mutuo acuerdo a través de una transacción celebrada el 5 de febrero de 2016, donde se acordó un pago con el actor de \$30.000.000.

Que el salario del demandante era variable por las comisiones que percibía, siendo afiliado al fondo de pensiones, y al momento de la finalización del contrato se le canceló lo adeudado.

Señaló que al actor se le puso de presente el derecho a realizarse su examen médico de egreso y reclamar la orden médica correspondiente, y que la prestación del servicio la desempeñó el actor en la ciudad de Bogotá.

Formuló las excepciones de transacción - cosa juzgada, prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación y compensación.

II.- SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el 12 de julio de 2019, absolvió al extremo demandado de las pretensiones formuladas en su contra.

Para arribar a dicha conclusión indicó que, de la relación de pruebas allegadas al plenario, se logró demostrar que entre las partes se sostuvo una relación laboral por el periodo comprendido entre el 1º de julio de 2010 y el 20 de enero de 2016, donde el actor desempeñó el cargo de representante de ventas, y su remuneración se daba con las comisiones sobre las ventas netas efectuadas.

Dijo que, no se logró demostrar la relación laboral sobre el extremo inicial pretendido por el actor, por cuanto no existió prueba suficiente que demostrara lo dicho, sopesando su argumento en el hecho que entre las partes se celebró una transacción



en la que se acordaron discusiones laborales por la relación pactada desde el 1º de julio de 2010 hasta el 20 de enero de 2016, sin que se existiera un contrato previo a este, y sin que a dicho documento de transacción el actor se hubiese opuesto, por lo que declaró próspera la excepción de cosa juzgada.

Aludió que las pruebas allegadas por el actor referentes a los contratos de mandato de los años 1994 y 1999 para demostrar el vínculo contractual con anterioridad al año 2010, no advirtieron tal supuesto como quiera que no demuestran subordinación alguna, ya que no fueron celebrados por el actor en calidad de persona natural sino a través de una persona jurídica, donde este último actuó como Representante Legal, por lo que a la luz del artículo 2142 del Código Civil, el mandato es de características netamente civiles, sumado a que, según lo demuestran los certificados de existencia y representación legal allegados, el NIT de la aquí demandada no es el mismo de la empresa con la que se suscribió en su entonces los contratos de mandato ya enunciados.

Por último enfatizó que, si bien dentro del proceso no se pretendió la figura de la estabilidad laboral reforzada como consecuencia de una discopatía alegada por el actor, fue un punto que se generó en la discusión probatoria, sin que esto se haya logrado demostrar dentro del proceso, ya que el actor en el interrogatorio rendido manifestó que la patología sucedió tiempo atrás a la finalización del contrato. Dispuso que al actor se le afilió al sistema de seguridad social en pensiones como quedó acreditado en el proceso, y por ello, no hay lugar a que proceda la pensión sanción pretendida.

III.- RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior decisión, la parte demandante la apeló. Para lo de su cargo adujo que desde un principio fue engañado por la demandada ya que para la fecha en que se pretende el extremo inicial de la relación laboral, el actor constituyó la empresa *Jhon Andrubal Velandia P Y Cia. Ltda.* para que así lo pudieran contratar laboralmente, y al mismo tiempo suscribieron los contratos de mandato, pues de no hacerlo no se le vincularía, por lo que es evidente la existencia del contrato de trabajo desde ese entonces.

Adujo que si bien los contratos de mandato se suscribieron con la empresa *Comercializadora las Telas Ltda. Y Cia.*, la cual tiene un NIT diferente a la de la demandada *Jhon Uribe e Hijos S.A.*, siempre han sido una misma empresa, y bajo esta órbita lo único que se hizo fue perjudicársele al no cancelarle la totalidad de sus



acreencias laborales, existiendo un falso testimonio en la declaración del señor *Cadavid* y la declaración de parte de la Representante Legal de la pasiva.

Enfatizó que, con las pruebas allegadas al plenario, se puede advertir la relación laboral por los extremos pretendidos, y por consiguiente, las condenas solicitadas.

IV.- ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La parte demandada alegó de conclusión, manifestado que la parte demandante no logró acreditar la relación laboral desde el año de 1991 hasta antes del 31 de julio de 2010 como así quedó argumentado por el *A-quo*.

Adujo además que de los certificados de existencia y representación legal, incluido el aportado por la misma parte demandante, dan fe que por los extremos pretendidos para la existencia de un contrato de trabajo el actor no tuvo ningún vínculo con la pasiva, sino con una empresa ajena con la que se suscribieron los contratos de mandato, ya que la empresa *Las Telas Ltda y CIA S.C.A*, es una empresa totalmente ajena.

Por último, destacó que durante el contrato de trabajo suscrito con el demandante se le cancelaron todas las acreencias laborales, e incluso, se celebró un acuerdo de transacción, situaciones todas por las que debe ser absuelta de las pretensiones formuladas en su contra.

V.- CONSIDERACIONES

5.1 PROBLEMA JURÍDICO:

Sin avizorar causal que invalide lo actuado, y encontrándose reunidos los presupuestos procesales, se definirá como problema jurídico principal, si en efecto existió un contrato laboral entre las partes por los extremos alegados por el demandante, o si por el contrario, le asiste razón al *s-quo* en determinar que la relación labora suscrita por las partes se dio en el periodo comprendido entre el 1º de julio de 2010 y el 20 de enero de 2016.

En caso de prosperar el anterior problema jurídico, se procederá con el estudio de las pretensiones de carácter condenatorias.

5.2 DEL CASO EN CONCRETO:



Sea lo primero indicar que, en el escrito primigenio de la demanda, el apoderado de la parte demandante adujo que el extremo inicial del contrato de trabajo tuvo origen a partir del 12 de enero de 1996, pero con posterioridad, en el trámite procesal argumentó que el extremo inicial debía abordarse desde el 12 de enero de 1991. Así las cosas, deja de presente la Sala que con el análisis y decisión de fondo que se adopte en este asunto, se aclarará de manera precisa lo de su cargo.

Nótese que en primera instancia no fue objeto de reproche que entre las partes se celebró un contrato de trabajo con fecha de inicio el 1º de julio de 2010, donde el actor desempeñó el cargo de Representante de Ventas Textiles, con labores anexas y complementarias a las mismas, cuya remuneración eran las comisiones sobre las ventas netas del producto como así da fe el contrato de trabajo (Fls. 107 a 110).

La fecha de terminación de este vínculo contractual se puede apreciar a folio 30 del paginario, en el que la empresa con carta emitida el día 20 de enero de 2016 comunica al actor la terminación del contrato de trabajo por motivos de *“recorte de personal”*, junto con el reporte de afiliación al sistema de seguridad social integral con fecha de afiliación el 2 de julio de 2010.

Además, estos extremos temporales también fueron aceptados por el demandante en el interrogatorio de parte rendido.

Puestas así las cosas, procede la Sala a adentrarse al estudio de los tiempos en que arguye el demandante existió vinculación laboral.

Para el efecto, es menester precisar que el artículo 22 del C.S.T. define el contrato de trabajo como aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración. A su vez, el artículo 23 *ejusdem* determina los elementos del contrato de trabajo, ellos son la actividad personal, la continuada subordinación o cumplimiento de órdenes, y un salario como retribución del servicio.

Reunidos los citados elementos, se entiende que existe contrato de trabajo y no deja de serlo por razón del nombre que se le dé ni de otras condiciones o modalidades que se le agreguen.



El artículo 24 del C.S.T. estipula la presunción legal de que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo. Por ello la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha determinado que, al promotor del proceso, le incumbe acreditar la prestación del servicio, para que se active la presunción de la citada norma, evento en el cual le corresponde al eventual empleador desvirtuar la carga probatoria que le asiste, Sentencias SL1389-2020, Radicación 73353 del 5 de mayo de 2020, SL1390 de 2020, Radicación No. 75795 del 5 de mayo de 2020, entre otras.

Analizado en conjunto las pruebas arrimadas al proceso, se advierte que no se logró demostrar un contrato de trabajo con la demandada con antelación al 1º de julio de 2010.

Se allegaron unos contratos de mandato fechados el 14 de febrero de 1994 y 2 de marzo de 1998, suscritos entre la empresa *Comercializadora las Telas LTDA y CIA S.A.*, quien aparece como mandante, y *Jhon A Velandia P. y CIA LTDA*, en calidad de mandataria, última respecto de la cual el demandante señor *Jhon Andrubal Velandia Polanía* fungió como Representante Legal (Fls. 10 a 27).

Frente a estos contratos, se evidencian dos situaciones relevantes, la primera es que quien los suscribió como mandante no es la misma empresa demandada, sino que se trata de una distinta, denominada *Comercializadora las Telas LTDA y CIA S.A.*, lo que en principio no da cabida a que exista vínculo jurídico de alguna índole con la demandada, más aún, si los NIT entre una y otra no coinciden.

En segundo lugar, obsérvese que como lo advierte el certificado de existencia y representación legal de la demandada *Jhon Uribe e Hijos S.A.*, en el año de 1995 esta se constituyó como *Textimoda S.A.*, y en el año 2004 realizó una absorción con la que se mantiene su nombre actual (Fls. 47 a 46), de lo que se advierte que la pasiva no tuvo vínculos legales ni comerciales con la *Comercializadora las Telas LTDA y CIA S.A.*

De otra parte, a folios 36 a 39 aparecen descuentos en retención en la fuente que le realizara la *Comercializadora las Telas LTDA y CIA S.A.* a *Jhon A Velandia P. y CIA LTDA*, pruebas que al igual que los contratos de mandato, no aseguran que exista un laboral entre las partes, similar análisis probatorio que se da a las facturas de ventas de los meses de enero y diciembre de 2009 vistas a folios 33 a 34.

Sobre este tópico, otra circunstancia que se debe tener en cuenta es que los contratos de mandato suscritos no advierten una subordinación, ya que ambos disponen en su Parágrafo Segundo que “*El Mandatario en cumplimiento de su cargo, carece de*



subordinación y para el mejor resultado de su gestión podrá emplear el personal que considere necesario dentro de su organización interna por cuanto que el mandato para su ejecución no requiere de la intervención de una persona en particular”.

En punto de lo dicho, vale la pena traer a colación el testimonio del señor *Juan Camilo Cadavid Monsalve*, jefe directo del demandante para la época ya que era el Gerente de Ventas de Bogotá, quien, a pesar de haber sido tachado de sospecha por el actor, a sus dichos se les asigna credibilidad toda vez que por su cargo tenía conocimiento directo de los sucesos, junto con la declaración de la Representante Legal señora *Carolina Castaño Guerrero*, quienes fueron enfáticos en indicar que nunca existió un vínculo laboral del demandante con la demandada *Jhon Uribe e Hijos S.A* con anterioridad a julio de 2010, así como que la demandada nunca tuvo relación alguna con la *Comercializadora las Telas LTDA y CIA S.A* a *Jhon A Velandia P. y CIA LTDA*, como lo pretende hacer notar el señor *Jhon Andrubal Velandia Polanía*.

Ahora, a pesar de que el demandante haya expuesto en su declaración de parte que la relación laboral fue desde el año de 1991, tanto así que tuvo que constituir la empresa *Jhon A Velandia P. y CIA LTDA*, o de lo contrario no sería vinculado laboralmente, y que la comercialización y distribución de las telas eran de propiedad de la pasiva, sus dichos no logran probar una prestación personal del servicio antes del 2010 con relación a las demás pruebas que obran en el proceso, conforme al argumento realizado con anterioridad.

Atendiendo las reglas jurisprudenciales, y al no haberse demostrado la prestación personal del servicio, no hay lugar a la prosperidad del contrato realidad con anterioridad al 1º de julio de 2010.

Por último, por los argumentos expuestos no se avista fraude alguno por la demandada como así lo expuso el apelante en su recurso de alzada, como tampoco que exista una falta de responsabilidad de la pasiva para cancelar los derechos laborales del señor *Jhon Andrubal Velandia Polanía*, ya que como lo resaltó el *a-quo*, al demandante al momento de la finalización del contrato de trabajo, le fue cancelada la sanción por despido sin justa causa y las acreencias laborales como se probó con la correspondiente liquidación (Fls. 31 a 32 y 111 a 112).

Igualmente, el contrato de transacción suscrito entre las partes acordó un pago a favor del actor por valor de \$35.000.000 (Fls. 107 a 110), a parte de la cancelación de su liquidación junto con el pago de la sanción como consecuencia de la finalización del contrato de trabajo de forma unilateral, actuaciones todas que logran apreciar la



cancelación en forma oportuna de lo adeudado por la pasiva; circunstancia por la cual, la decisión de primer grado se confirmará.

SIN COSTAS en esta instancia, por cuanto no se causaron.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ,**

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 12 de julio de 2019 por el Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso de la referencia, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

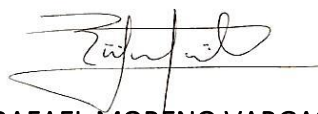
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



**TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL**

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
Sala de Decisión Laboral**

Proceso Ordinario Laboral No. 1100131050 32 2018 00610 01
Demandante: MARÍA ELSA TRIANA GARZÓN
Demandado: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE
PENSIONES – COLPENSIONES
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C.; treinta (30) de julio de dos mil veinte (2020)

AUTO

La apoderada de Colpensiones, Doctora *Dannia Vanessa Yusselly Navarro Rojas*, allega memorial donde solicita le sea reconocida personería para actuar en representación de la demandada. En tal sentido, debido a que la profesional del derecho previamente se le había reconocido personería desde la contestación de la demanda por ser la apoderada principal de la entidad, ésta resume el poder conferido.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación elevado por la parte actora en contra de la sentencia proferida el 10 de octubre de 2019 por el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá.

I.- ANTECEDENTES

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora *María Isabel Triana Garzón*, pretende el reconocimiento y pago de la pensión de vejez por parte de la encartada, junto con el pago de los intereses moratorios, indexación y costas procesales.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

En respaldo de sus pretensiones, indicó que nació el 10 de abril de 1958, y que sus empleadores *Tulia Inés Castillo de Rueda* y *Noremberg Rueda Marín* solamente le realizaron aportes desde el 1º de agosto de 1995 hasta el mes de noviembre de 2016, sin que efectuaran cotizaciones por el periodo comprendido entre el 3 de mayo de 1988 y el 30 de junio de 1995.



Que por tal razón tuvo que demandar a sus empleadores a fin de obtener las cotizaciones anteriormente referidas, acción que correspondió al Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Bogotá, quien en sentencia del 28 de enero de 2015 ordenó el pago de los aportes, la cual fue confirmada en segunda instancia por el Tribunal Superior de Bogotá.

Al haber quedado ejecutoriada la orden judicial, procedió a solicitarle a la entidad efectuara los trámites necesarios para que fuesen convalidados los respectivos tiempos, pero esta se ha negado a hacer lo de su cargo. Adujo que *Colpensiones* le negó su derecho pensional mediante Resolución SUB 103134 de 2018 con el argumento de que no cumple con la edad mínima para su adquisición, y que no cuenta con las semanas requeridas.

1.3 CONTESTACION DE LA DEMANDA:

Colpensiones contestó la demanda con oposición a las pretensiones. Argumentó que a la demandante le fue negado su derecho pensional al no acreditar con el número de semanas exigidas en la norma.

Frente a los aportes adeudados por los empleadores *Tulia Inés Castillo de Rueda* y *Noremburg Rueda Marín*, enfatizó que no es de su obligación solicitarlos, como quiera que la figura del cobro coactivo regulado en el artículo 24 de la Ley 100 de 1993 aplica cuando existe mora patronal, y en este caso, los periodos ordenados mediante orden judicial no presentan afiliación previa.

Formuló las excepciones de buena fe, falta de causa para pedir, prescripción, inexistencia de intereses moratorios, innominada o genérica, y compensación.

II.- SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 10 de octubre de 2019, absolvió a la demandada de las pretensiones formuladas, por lo que declaró probada la excepción de inexistencia del derecho reclamado.

Para arribar a tal conclusión, en primer lugar, expuso que si bien la demandante a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 contaba con más de 35 años de edad, lo que en principio la haría beneficiaria del régimen de transición regulado en el artículo 36 de dicha normativa, tal disposición no podía aplicársele ya que tan solo fue afiliada



al antiguo *ISS* el 25 de agosto de 1995, según da fe la historia labora, esto es, con posterioridad a la vigencia de la referida Ley.

Por ello, procedió con el estudio de la prestación a la luz del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, con la modificación de la Ley 797 de 2003, concluyendo que la demandante no ostentó el requisito mínimo de semanas que exige la normal al momento de cumplir los 55 años de edad, que fue en el 2013, ya que al mes de noviembre de 2016 tan solo acreditó un total de 1.026 semanas.

Respecto de los tiempos que reclama sean computados por el periodo comprendido entre el 3 de mayo de 1998 y el 30 de junio de 1995, y que fueron ordenados de pago a los empleadores *Tulia Inés Castillo de Rueda* y *Noremborg Rueda Marín* mediante sentencia judicial, el *a-quo* no accedió a los mismos, bajo el entendido que de la omisión en el pago la entidad no tuvo conocimiento, y por consiguiente no podía adelantar alguna acción de cobro en contra de los empleadores en los términos del artículo 24 de la Ley 100 de 1993, pues se trata de una decisión judicial que por demás *Colpensiones* no fue parte, y por ende, la demandante es quien debe adelantar ese proceso ejecutivo a continuación del ordinario, y una vez la entidad reciba ese pago por cálculo actuarial, podrá tener en cuenta los periodos emitidos por el empleador.

III.- RECURSO DE APELACIÓN:

Inconforme con la anterior decisión, la parte *demandante* la apeló. Manifestó que la Ley 100 de 1993, en sus artículos 24 y 57, impone a las administradoras pensionales adelantar los cobros de los aportes pensionales, por lo que es a *Colpensiones* a quien le corresponde realizar el cálculo actuarial y posteriormente iniciar las correspondientes acciones para el pago de estos aportes, sin que deba ser la demandante quien persiga este cobro. Que la entidad únicamente se limitó a realizar el cálculo actuarial, pero dejó de lado el cobro de los aportes pensionales, situación que afecta directamente a la demandante.

IV.- ALEGATOS DE CONCLUSIÓN:

La parte demandante insiste en que los periodos reconocidos por decisión judicial deben ser tenidos en cuenta para el estudio pensional que aquí se pretende. Que *Colpensiones* aparte de realizar el cálculo actuarial que le asiste, debe efectuar el cobro coactivo a los empleadores morosos *Tulia Inés Castillo Rodríguez* y *Noremborg Rueda Marín*, como quiera que no se puede pretender que el trabajador tenga que asumir el



cobro cuando la ley ha dispuesto todo lo contrario, en responsabilidad de las administradoras pensionales.

Colpensiones enfatizó que, no se cumplen con los presupuestos fácticos y jurídicos para acceder al reconocimiento y pago de la pensión de vejez, en atención a que la actora no cumple con la densidad de semanas para acceder a la prestación tal como se definió en primer grado.

V.- CONSIDERACIONES:

5.1 PROBLEMA JURÍDICO:

Deberá establecerse si la demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de vejez pretendida, incluyendo los aportes pensionales que fuesen reconocidos mediante sentencia judicial por el periodo comprendido entre el 3 de mayo de 1988 y el 30 de junio de 1995.

5.2 DEL CASO EN CONCRETO:

Sea lo primero indicar que no fue objeto de reproche que la demandante nació el 10 de abril de 1958 como da fe la fotocopia de la cédula de ciudadanía y la copia del registro civil de nacimiento (Fls. 17 y 18), y que en el periodo comprendido entre el 1º de agosto de 1995 y el 30 de noviembre de 2016, la actora cotizó un total de 1.026.29 semanas como dependiente de *Tulia Inés Castillo* y *María Triana Garzón* como se advierte de la historia laboral emitida el 27 de septiembre de 2019 (fls. 97 a 98).

Bajo este entendido, se aprecia que la demandante no es beneficiaria del régimen de transición regulado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, como quiera que a la entrada en vigencia de esta disposición, esto es, el 1º de abril de 1994, no contaba con 35 años de edad, pues al haber nacido el día 10 de abril de 1958, ostentaba 34 años, sumado a que, según se desprende del reporte de semanas emitido por *Colpensiones*, con anterioridad al 1º de abril de 1994, no se efectuaron aportes al sistema sino a partir del 1º de agosto de 1995.

Aclarado lo anterior, a la actora se le debió estudiar su derecho pensional a la luz del artículo 33 de la Ley 100 de 1993 como así lo efectuó el Juez de instancia, normativa que fue modificada por el artículo 9º de la Ley 797 de 2003, disposición que contempla haber cumplido 55 años de edad en el caso de las mujeres, y haber cotizado



un mínimo de 1.000 semanas en cualquier tiempo, incrementándose a partir del 1º de enero de 2005 el número de semanas en 50 y a partir del 1º de enero de 2006 en cada año hasta llegar a 1.300 semanas en el año 2015.

Significa lo anterior que, al haber cumplido la demandante 55 años el día 10 de abril de 2013, para dicha calenda debió haber ostentado 1.250 semanas, situación que no sucedió pues como ya se advirtió, al 30 de noviembre de 2016, última fecha de cotización, tan solo contaba con 1.026.29 semanas.

Por esta razón, resulta ser claro para la Sala que a la demandante no le asiste el derecho a la pensión de vejez.

Ahora bien, aduce la apelante que se deben computar las semanas que le fueron reconocidas mediante sentencia judicial, pues es obligación de *Colpensiones* adelantar los cobros de los aportes pensionales previo cálculo actuarial conforme lo dispone el artículo 24 de la Ley 100 de 1993.

Sobre este punto, se advierte que en efecto se logró probar que el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia del 28 de enero de 2015 ordenó el pago de portes pensionales por parte de los empleadores *Tulia Inés Castillo Rodríguez* y *Noremborg Rueda Marín* y a favor de la actora, por el periodo comprendido entre el 3 de mayo de 1988 y el 30 de junio de 1995, decisión que fue confirmada por este Tribunal el día 2 de junio de 2015 (Fls. 20 a 27 – incluidas las sentencias tanto de primera como de segunda instancia en medio magnético).

Al respecto, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en varios de sus pronunciamientos ha dicho que las administradoras de pensiones deben cumplir puntualmente sus obligaciones legales, dentro de las cuales está la de cobrar a los empleadores aquellas cotizaciones que no han sido satisfechas, pues aunque en principio dicha obligación es del empleador, antes de trasladar las consecuencias del incumplimiento de ese deber al afiliado o a sus beneficiarios, se debe examinar previamente, si las administradoras de pensiones han cumplido el deber que a ellas les concierne en cuanto a llevar a cabo las acciones de cobro, pues si no lo hacen, corren con la obligación de asumir las consecuencias de la omisión en el pago de los aportes.

Posición que fue reiterada en reciente sentencia SL984-2019. Radicación No. 72468 del 13 de marzo de 2019, en la que indicó:



“...Así entonces, tal y como acertadamente lo sostuvo el Tribunal, se impone a las administradoras de pensiones la ineludible obligación de iniciar las acciones de cobro pertinentes, cuando el empleador se sustraiga de su cancelación o de su pago oportuno. Para el cumplimiento de esa gestión, el sistema de seguridad social les otorgó a dichos entes herramientas jurídicas suficientes para desplegar control, requerir a los morosos e iniciar acciones de cobro, además de contemplar en su favor, intereses o multas.

“Es por lo anterior que esta Sala de la Corte ha reiterado que al concurrir las obligaciones antedichas en empleadores (pago de aportes) y administradoras (cobro de aportes en mora), su incumplimiento no puede afectar al afiliado quien cumplió con su trabajo y el aporte al sistema de pensiones previamente descontado del pago mensual de su salario”.

En esa medida, para poder imputar un número determinado de semanas y poderlo hacer por haber incurrido el empleador en mora, debe partirse de un supuesto fáctico que indique sin dubitación alguna, al menos los interregnos en mora y que estos estén comprendidos dentro de la relación laboral alegada, y así inferir que el empleador incurrió en mora.

Sin embargo, para que se active la obligación de la administradora pensional de cobrar los periodos en mora, debe existir una *afiliación* por parte del empleador, y de no ser así, este debe realizar el pago de un cálculo actuarial para subrogar su obligación en cabeza de Colpensiones.

Al respecto, ha dicho la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL4103-2017, Radicación No. 4963 del 22 de marzo de 2017:

“[...] sin convalidación de tiempos ni subrogación del riesgo, ante la comprobada falta de afiliación [...] al Instituto de Seguros Sociales, la sociedad demandada debe asumir el pago de la pensión de sobrevivientes, como se ha definido en sentencias como las CSJ SL, 9 sep. 2009, rad. 35211; CSJ SL, 6 dic. 2011, rad. 40575; y CSJ SL, 30 abr. 2013, rad. 38587.

Ahora bien, la Corte considera preciso advertir que es cierto que, en la evolución de su jurisprudencia, ha concluido que «...ante hipótesis de omisión en la afiliación del trabajador al sistema de pensiones, es deber de las entidades de seguridad social tener en cuenta el tiempo servido, como tiempo efectivamente cotizado, y obligación del empleador pagar un cálculo actuarial, por los tiempos omitidos, a satisfacción de la respectiva entidad de seguridad social.» (CSJ SL9856-2014, CSJ SL16715-2014, CSJSL17300-2014, CSJ SL2731 de 2015, CSJ SL14388-2015). Es decir que, en principio, bajo los nuevos criterios de la jurisprudencia, la comprobada falta de afiliación de la trabajadora daría lugar a la emisión de un cálculo actuarial por parte del empleador y no a que se le imponga el pago de las prestaciones derivadas del sistema general de pensiones.

“No obstante, para la Corte es necesario aclarar que la referida orientación ha estado dirigida a las pensiones de jubilación y de vejez, en aplicación de las normas y principios de la Ley 100 de 1993 y bajo la idea de que son derechos en formación, respecto de los cuales se puede predicar «...el carácter retrospectivo, que ya ha definido la jurisprudencia de la Sala, tienen las normas de seguridad



social, y que permite sean aplicables a situaciones en curso, en el momento que han entrado a regir, como es el caso del derecho a la pensión, que requiere de un término bastante largo para su consolidación, durante el cual el afiliado debe acumular un mínimo de aportes.» (CSJ SL2731-2015 y CSJ SL14388-2015). Con razón en estas decisiones se ha hecho uso, principalmente, de las normas relacionadas con el cómputo de las semanas necesarias para la causación de una pensión de vejez, como el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 y sus modificaciones”.

Así las cosas, de los periodos ordenados en la sentencia judicial, esto es, los comprendidos entre el 3 de mayo de 1988 y el 30 de junio de 1995, no existe afiliación, máxime si se tiene en cuenta que como ya se advirtió, fueron ordenados mediante sentencia judicial.

Por tal motivo, al no haberse efectuado pago alguno por parte de los empleadores *Tulia Inés Castillo Rodríguez* y *Noremborg Rueda Marín*, previo cálculo actuarial que ya realizó *Colpensiones* según se aprecia a folios 104 a 106, y al no existir afiliación por los periodos enunciados, a la entidad no le asiste la obligación de efectuar los cobros que le competen en los términos del artículo 24 de la Ley 100 de 1993, conforme lo ha adocinado el Alto Tribunal.

También debe atenderse el hecho que si bien existió un proceso judicial en el que se ordenaron los aportes pensionales aquí deprecados, a la entidad nunca se le vinculó al mismo, de lo que era evidente su desconocimiento, sumado al hecho que, la demandante para hacer exigibles dichos aportes puede iniciar el proceso ejecutivo consecuente del ordinario, por lo que habrá de confirmarse la absolución impuesta en primer grado.

Atendiendo lo anterior, deja claro la Sala que a pesar de que en esta oportunidad la actora no es merecedora de la prestación pretendida, una vez se efectúe el pago de los aportes adeudados por *Tulia Inés Castillo Rodríguez* y *Noremborg Rueda Marín*, podrá volver a hacer uso del aparato judicial a efectos de que nuevamente sea estudiada su prestación.

Como corolario de lo anteriormente expuesto, se confirmará la sentencia de primera instancia. **SIN COSTAS** en esta instancia por considerar que no se causaron.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,



RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera proferida el día 10 de octubre de 2019 por el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia por considerar que no se causaron.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
Sala de Decisión Laboral

Proceso Ordinario Laboral No. 1100131050 03 2018 00666 01
Demandante: DANIEL LEONARDO GOMEZ SARMIENTO
Demandado: BANCO CAJA SOCIAL BCSC
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá, D.C., treinta (30) de julio de dos mil veinte (2020).

SENTENCIA:

Procede la Sala a analizar el recurso de apelación interpuesto por la demandada contra la sentencia proferida el 2 de julio de 2019 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá.

I.- ANTECEDENTES

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor *Daniel Leonardo Gómez Sarmiento*, presentó demanda ordinaria laboral en contra de la empresa *Banco Caja Social BCSC S.A*, para que se declare la existencia de un contrato de trabajo y como consecuencia de lo anterior, se condene a la demandada al pago de una indemnización por despido injusto por valor \$46.093.430; al pago de las costas procesales y lo que resulte probado *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

En respaldo de sus pretensiones, manifestó que ingresó a laborar a través de la Temporal Acción al Banco Colmena hoy Caja Social, mediante contrato por obra o labor determinada en el cargo de Asesor o Ejecutivo de Ventas; el 2 de abril de 2007 suscribió contrato de trabajo con la empresa Banco Caja Social S.A; ocupó el cargo de Asesor durante 7 años; en el año 2013 fue nombrado en el cargo de Director, inicialmente encargado y luego en propiedad; en el mes de enero del año 2014 le informaron la exclusión de la señora Nidia Torres como Gerente del Canal Externo Hipotecario y le invitan a realizar las visitas a las construcciones, en el



curso de las cuales, generó una gestión comercial con la empresa CONSTRUCTORES SAS.

Relata que, en el curso de su vida laboral como asesor, siempre se le informó que siendo el BANCO CAJA SOCIAL el generador de los recursos o Banco Financiado no se cobraban los intereses de subrogación. Que la empresa CONSTRUCTORES SAS le solicitó un documento donde especificara los beneficios contemplados por el banco, por lo que procedió a enviar un correo electrónico con la información, entre ellos, el no cobro de intereses de subrogación hasta el momento de la entrega.

Posteriormente, en el mes de julio del 2015 su jefe inmediato le informa que existe una queja del constructor por un correo electrónico; en el mes de agosto del 2015 el Gerente de canales Andrés Castaño, cita al demandante para responder la comunicación y en ese momento inicia un asedio y acoso laboral; en octubre de 2015 se llevó a cabo una reunión a efectos de establecer quién asumiría el pago de los intereses de subrogación que cobraba la constructora y finalizada la misma se concluyó que el Banco lo asumiría; el día 5 de noviembre de 2015, fue llamado por el Gerente del Canal, y le fue entregada la carta de despido.

Que el 6 de noviembre de 2015, presentó una queja por el despido arbitrario y la violación del derecho de defensa, la cual fue atendida de forma desfavorable mediante misiva del 26 de noviembre del 2015; que el 30 de abril del 2018, el demandante presenta requerimiento de las acreencias laborales, sin que a la fecha haya obtenido respuesta.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La demandada en su escrito de contestación acepta que entre las partes existió un contrato de trabajo el cual se extendió del 2 de abril del 2007 al 5 de noviembre del 2015, oponiéndose a las pretensiones condenatorias, aduciendo que el vínculo laboral finalizó con justa causa debidamente comprobada por parte del Banco Caja Social, conforme lo indicado en el artículo 62 del C.S.T, en concordancia con el numeral 1° del artículo 58 del mismo estatuto.

Formula como medios exceptivos los que denominó terminación por decisión unilateral con justa causa, inexistencia de la obligación, falta de título y de causa



en las pretensiones de la demanda, cobro de lo no debido, prescripción, pago, buena fe y la genérica.

II.- SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el 2 de julio del 2019, resolvió declarar que entre las partes existió un contrato de trabajo a término fijo inicial por 180 días, que inició el 2 de abril de 2007 y finalizó el 5 de noviembre del 2015 por decisión unilateral de la demandada y sin justa causa; condenar al BANCO CAJA SOCIAL S.A a pagar al demandante la suma de \$46.093.430 por concepto de indemnización por despido injusto y condenar en costas a la encartada.

Para arribar a dicha conclusión indicó que, acorde la comunicación que dio lugar a la investigación, la empresa CONSTRUCTORES S.A.S. solicita información sobre quien asumirá los intereses de subrogación de los clientes; sin embargo, se evidencia que el demandante adujo eso lo determina la constructora y no el Banco.

Que la demandada determinó que el actor violó el Reglamento Interno de Trabajo artículo 59, numeral 16, el código de conducta y los artículos 58 y 60 del C.S.T. Pero el actor alegó que durante su vida laboral siempre se le indicó que era el Banco el encargado de esos intereses de subrogación.

Refiere que el único testimonio que dio claridad al tema, fue el de el señor Andrés Francisco Castaño, quien ilustró al Despacho sobre lo que son y cómo se pagan los intereses de subrogación, testimonio del cual se desprende que el banco no tiene injerencia en lo atinente a los intereses de subrogación.

Así, conforme lo indicado por el testigo y la prueba documental, se logró establecer que, si bien la constructora no tenía dentro de sus beneficios el reconocimiento de los intereses de subrogación y que en efecto el demandante no tenía la facultad de conceder el mentado beneficio, tampoco es claro, como es posible que el Banco tuviera injerencia en un negocio entre terceros, pues la única que puede definir quien hace el pago de los intereses de subrogación es la constructora. Por ende, no le era dable al Banco asumir obligaciones frente a un negocio de un tercero. Por lo anterior, no se evidencia que la comunicación remitida por el demandante, tuviera la potestad de comprometer financieramente



a la empleadora sin que exista prueba alguna con la cual se demuestre que el banco tuviera que incurrir en el pago de los gastos de subrogación.

Adicionalmente, expresa que de la comunicación remitida por el demandante a la constructora se puede corroborar que las afirmaciones realizadas por el libelista en la misma, en modo alguno comprometían al banco al pago de los intereses de subrogación.

Así las cosas, logra corroborar que no se encuentra acreditada la justa causa de despido invocada por la encartada por lo que debe asumir la misma el reconocimiento y pago de los intereses moratorios.

III.- RECURSO DE APELACIÓN:

Inconforme con la decisión del *a-quo* la parte demandada presenta recurso de apelación en el que en suma indica que el fallo tiene un yerro protuberante al indicar que no existió una justa causa, el cual deviene de una errada interpretación de la carta remitida por el promotor a SAM CONSTRUCCIONES, pues indica que en el mentado documento no se indica que los intereses de subrogación serán asumidos por el banco y que es claro que como es un negocio entre la constructora y sus clientes no hay responsabilidad del banco, existiendo contraste entre lo indicado por el banco y cuando rememora las faltas en las que incurrió el demandante, pues no podía acoger atribuciones que no le hubiere dado el banco.

No obstante, fue claro para el Banco y para la constructora que con la comunicación enviada por el demandante se estaba obligando al Banco a asumir el valor de los intereses de subrogación, tan es así que existe una comunicación de SAM CONSTRUCTORES y por ello, se dieron varias reuniones, pues esa información pudo generar problemas por publicidad engañosa, lo que devino en que el Banco tuviera que asumir obligaciones financieras.

Finalmente, que el actor se involucra en un negocio entre terceros indicando que no se generaran intereses de subrogación, generando obligaciones para el Banco, porque actuó fuera de su competencia e instrucciones, todo lo cual está prohibido en la entidad financiera.

IV.- ALEGATOS DE CONCLUSIÓN



El demandante solicita se confirme la decisión del *a-quo*, conforme lo indicado en el numeral 4 del artículo 57 del C.S.T, en concordancia con el artículo 64 del mismo estatuto.

A su turno la demandada, solicita que se absuelva a la encartada atendiendo a los argumentos establecidos en la contestación de la demanda y los alegatos de conclusión, aduciendo que el contrato finalizó con justa causa por la extralimitación del demandante en sus labores, conforme lo puso de presente la CONSTUCTORA SAM, como lo reconoció el demandante en la comunicación del 24 de septiembre del 2015, al aducir que la única entidad facultada para decidir si se cobran o no los intereses de subrogación es la constructora. Calificada como falta grave conforme lo dispuesto en el artículo 59 del R.I.T, numerales 16, 20 y 54, en concordancia con el artículo 7° del Decreto 2351 de 1965, literal a), numeral 6º.

V.- CONSIDERACIONES

a. Problema Jurídico:

Sin avizorar causal que invalide lo actuado, y encontrándose reunidos los presupuestos procesales, se definirá como problema jurídico principal, sí se encuentra acreditada la justa causa de despido alegada por la encartada en la carta de terminación del vínculo laboral existente entre las partes.

b. De la terminación del contrato sin justa causa.

Sabido es que, por regla general, cuando quiera que se pretenda dilucidar la justeza de un despido, corresponde al trabajador acreditar el despido y al empleador demostrar la justeza en su finalización. Como de contera ha sido expuesto por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras en sentencia SL-8825 del 7 de junio del 2017, con Radicación No 50154, al recordar:

“Desde el punto jurídico, sin lugar a duda y de manera acertada, el juez plural atendiendo las directrices jurisprudenciales, exigió de la parte actora la demostración de que el vínculo laboral finalizó por el querer exclusivo de su empleador, pues siguiendo las preceptivas contenidas en el artículo 177 del C.P.C., esa carga probatoria le correspondía a aquel, fundamento sobre el cual el Tribunal no incurrió en ningún desacierto al reclamar del libelista la



probanza de su dicho, para luego si poder verificar si las causas imputadas estaban respaldadas en el caudal probatorio.

“De manera reiterada la Sala ha señalado que al trabajador le incumbe allegar la prueba del despido y al empleador la de su justificación”

En el *sub-lite*, se tiene por sentado que entre las partes existió un contrato de trabajo a término fijo inicial por 180 días, que inició el 2 de abril del 2007 y finalizó el 5 de noviembre de 2015; pues así, lo encontró probado el fallador de primera instancia y no fue debatido por las partes en el recurso de alzada.

Así las cosas, al descender al caso *sub-examine* se corrobora que el demandante cumplió con la carga probatoria que se le exige, al aportar la carta de despido del 5 de noviembre del 2015 (Fl 23-24), la cual se procede a citar parcialmente:

“Luego de un juicioso, serio y detenido análisis se los hechos, circunstancias y antecedentes llevados a cabo, con el fin de evaluar de manera objetiva la conducta demostrada por usted, surtidas previamente las instancias pertinentes con el fin de garantizar el debido proceso y su derecho de defensa, hecha la revisión por parte del Comité Disciplinario, la entidad ha decidido terminar unilateralmente y con justa causa su contrato de trabajo, al establecer que usted incurrió en graves omisiones e incumplimientos de las normas, procedimientos y obligaciones y transgresión de las prohibiciones establecidas para el desempeño de su cargo, relacionadas con la comunicación de fecha 24 de agosto de 2015 del representante legal de la constructora SAM CONSTRUCTORES en la que solicita aclaración sobre quien asumirá los \$47.355.866 correspondientes a los intereses por subrogación de los créditos suscritos por sus clientes con fideicomiso, para la compra de apartamentos en el proyecto MASSALIA 126. (...)”

“Con base en lo anterior, me permito informarle que el BANCO CAJA SOCIAL ha decidido dar por terminado unilateralmente y con justas causas el contrato de trabajo celebrado con usted al finalizar la jornada laboral del 05 de noviembre del 2015 en aplicación del artículo 7° del Decreto Ley 2351/55, Aparte A, numeral 6 éste último en concordancia con el Artículo 58 numeral 1° del Código Sustantivo del Trabajo con el Artículo 59 (Faltas Graves) Numerales 16,20 y 54 del Reglamento Interno de Trabajo (...)”

Siendo ello así, a efectos de corroborar si la encartada logró demostrar las faltas imputadas al demandante, como justa causa de despido, se procedió a realizar un análisis pormenorizado de las probanzas arrimadas al plenario.

Acervo probatorio del cual se desprende que el demandante mediante comunicación del 24 de junio del 2014 le informó a la constructora y a los compradores de las viviendas del proyecto MASSALIA 126 que uno de los beneficios de financiar la compra del inmueble con el BANCO CAJA SOCIAL, sería:

“Al ser el Banco Caja Social la entidad que financia el proyecto, usted no tendrá que incurrir en pago de intereses de subrogación ya que el desembolso se efectúa en el momento que usted recibe el inmueble”



Comunicación que dio lugar a una reclamación por parte de la constructora SAM CONSTRUCTORES del 24 de agosto del 2015 (Fl 171), mediante la cual le pone de presente a la entidad financiera que conforme el aparte de la comunicación previamente transcrita, será responsable por la publicidad engañosa acorde lo dispone el artículo 30 de la ley 1480 del 2011; por cuanto, el Banco no desembolsó los créditos a la fecha de entrega de los inmuebles, lo que generó para los clientes intereses de subrogación.

Razón por la cual se le solicitó al demandante que rindiera las explicaciones del caso, lo que verificó inicialmente en la comunicación del 21 de septiembre del 2015, mediante la cual indica que atendiendo a que la constructora solicitó una carta de presentación del Banco a los clientes el demandante procedió a remitir un modelo que se venía utilizando en la entidad Bancaria con el cual no había tenido ningún inconveniente (Fl 167). Sin embargo, como quiera que el Banco le solicitó que precisara en que momento el Banco le había suministrado tal modelo, según relata el testigo *Andrés Francisco Castaño Muñoz*, el demandante brinda una nueva explicación en comunicación del 24 de septiembre de 2015, en la que indica que ante la ausencia de un documento oficial los directores comerciales redactaban uno a su estilo y reconoce que el área comercial no interviene en el proceso de desembolso.

Sumado a lo anterior, fueron escuchados los testimonios de los señores *Nidia Isabel Torres Becerra*, quien ocupó el mismo cargo que el demandante hasta el año 2013; *Luis Eduardo Saavedra Galvis*, quien también fue compañero del demandante; *Katherine Flórez Forero*, Jefe inmediata del promotor para el año 2015 y *Andrés Francisco Castaño Muñoz*, Gerente de Proyectos del Banco; de cuyas declaraciones logró establecer la Sala que en el Banco se manejaban unos créditos a corto plazo que eran los concedidos a las constructoras para construir y otros a largo plazo que son los que se otorgan a los compradores de los bienes inmuebles. Precizando los señores *Nidia Torres Becerra* y *Luis Eduardo Saavedra Galvis* que como parte del enganche la entidad Bancaria no cobraba a las constructoras los intereses de subrogación.

Sin embargo; es el testigo *Andrés Francisco Castaño Muñoz*, quien brinda una mayor claridad al tema al explicar que los intereses de subrogación realmente nacen del negocio jurídico existente entre la constructora y los compradores del inmueble, en virtud del cual la constructora cobra a los compradores de los inmuebles, parte de los intereses que le cobra el banco dentro del proceso de negociación. E igualmente, se extrae de la declaración de *Katherine Flórez Forero* que para los desembolsos de los



créditos a largo plazo se manejan varios tiempos, acorde a los cuales el desembolso del crédito no se puede hacer contra la entrega del bien inmueble.

Afirmaciones que, analizadas en conjunto con los demás documentales obrantes en el proceso, logran evidenciar que en efecto el Banco tenía como política no cobrar a las constructoras los intereses de subrogación, como en efecto se indica en correo electrónico del 20 de junio del 2019 (Fl 21). Sin embargo, una cosa son los intereses que cobra el banco a la constructora y otra muy distinta, los intereses de subrogación que cobra la constructora a sus clientes, cuando el desembolso del banco no se hace a la fecha de entrega del inmueble, los cuales hacen parte del negocio jurídico existente entre estos, y en el cual no podía interferir el banco; como se desprende del testimonio del *Andrés Francisco Castaño Muñoz* y reconoce el demandante en las explicaciones brindadas el 21 de septiembre de 2015, en la que de forma clara indica:

“Finalmente es claro que la única entidad que decide si se cobran o no los intereses de subrogación; y en qué condiciones se cobran es la misma Constructora. Nosotros como Banco no tenemos potestad ante esta situación”

Así mismo, precisan *Andrés Francisco Castaño Muñoz* y *Katherine Flórez Forero* en su testimonio que el banco en aras de no perder el cliente y generan inconvenientes de tipo jurídico tuvo que cancelar a la constructora una suma aproximada de \$40.000.000.

Dimana de lo antes expresado que el demandante si incurrió en las faltas que le endilga la encartada, pues con comunicación del 24 de junio del 2014 brindó a los compradores de la constructora una información errada, al indicar que uno de los beneficios que les ofrecía el banco es que no se generarían los intereses de subrogación porque el desembolso del crédito se haría contra la entrega del inmueble. Compromiso que no podía adquirir, por que implicaba la injerencia en un negocio jurídico entre la Constructora y el comprador del bien inmueble, hecho que era de pleno conocimiento del demandante, a más que no podía garantizar que el desembolso del crédito se hiciera contra la entrega del inmueble. Hecho que generó, no solo el descontento por parte de SAM CONSTRUCTORES, sino que devino en que la entidad financiera tuvo que asumir el pago de aproximadamente \$40.000.000.

Así pues, no comparte la Sala la conclusión a la cual arribó el *a-quo* al indicar que el demandante no había incurrido en falta alguna, por cuanto su afirmación no podía comprometer al banco por tratarse de un negocio entre terceros y en la medida en que no se acreditó que el Banco sufriera perjuicio alguno. Pues lo cierto es que el actuar del actor si terminó comprometiendo financieramente al banco, como se



explicó en precedencia a más que su afirmación denota que el actor se tomó facultades que no le correspondían.

Finalmente, basta indicar que las actuaciones desplegadas por el actor, en efecto configuran la justa causa de despido endilgada por la encartada; al tenor de lo dispuesto en el artículo 7° del Decreto Ley 2351/55, Aparte A, numeral 6, por cuanto el artículo 59 del RIT, en los numerales 16, 20 y 54, establece que se constituye como una falta grave: el ejecutar sin su competencia operaciones que afecten los intereses del empleador y ofrecer beneficios no contemplados en los planes o reglamentos del empleador; el incumplimiento de los procedimientos contemplados en el Código de Conducta y toda violación de obligaciones o prohibiciones y deberes legales, contractuales y reglamentarios.

Trazados estos lineamientos, diáfano resulta colegir que la encartada si logro acreditar la justa causa de despido imputada al demandante, en los términos descritos en la carta de despido, por manera que se revocará el fallo de primera instancia en lo concerniente a la condena al pago de la indemnización por despido injusto.

SIN COSTAS en esta instancia, por cuanto no se causaron. Las de primera instancia correrán a cargo del demandante.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR el ordinal segundo de la sentencia proferida el 2 de julio de 2019 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso de la referencia para en su lugar absolver a la entidad demandada del reconocimiento y pago de la indemnización por despido injusto, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia apelada.



TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia. Las de primera instancia correrán a cargo del demandante.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
Sala de Decisión Laboral

Proceso Ordinario Laboral No. 1100131050 **12 2018 00704 01**
Demandante: CLEMENCIA PARAMO ROCHA
Demandado: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE
PENSIONES – COLPENSIONES
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C.; treinta (30) de julio de dos mil veinte (2020)

AUTO

Se aprecia que la apoderada de la entidad Doctora Johanna Andrea Sandoval, sustituye el poder nuevamente a la abogada principal de la entidad, esto es, a la profesional del derecho María Elena Fierro García, por lo que se acepta que ésta última reasuma nuevamente la representación de la entidad.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación elevado por la parte actora en contra de la sentencia proferida el 28 de enero de 2020 por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá.

I.- ANTECEDENTES

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora *Clemencia Paramo Rocha*, pretende la reliquidación de su pensión de vejez a partir del 1º de octubre de 2011, aplicando como tasa de reemplazo el 90% de conformidad con lo establecido en el artículo 20 del Decreto 758 de 1990, pues aduce que acredita más de 1.338 semanas a la fecha de causación. De igual, se condene a reconocer y pagar la correspondiente indexación de mesadas, intereses moratorios causados y costas.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

En respaldo de sus pretensiones, expuso que *Colpensiones* mediante Resolución GNR 118260 de 2014 le reconoció pensión de vejez a partir del 2 de abril de 2014, con 1.338 semanas cotizadas, una tasa de reemplazo el 65.05% y un IBL de \$6.095.363. La mentada resolución fue modificada con posterioridad al haberse reliquidado, con



una tasa de reemplazo del 87%, lo que generó como retroactivo pensional la suma de \$8.241.310.

Que con posterioridad, promovió demanda ordinaria laboral contra la demandada, como quiera que le negó el reconocimiento del retroactivo pensional causado entre el 1º de octubre de 2011 y el 31 de marzo de 2014, junto con los respectivos intereses moratorios; y en razón de ello, se logró un acuerdo conciliatorio respecto al reconocimiento de la pensión en cuantía de \$4.895.534, a partir del 1º de octubre de 2011, generando un retroactivo de \$150.658.481 correspondiente a las mesadas generadas desde el 1º de octubre de 2011 y diciembre de 2015.

Sin embargo, en noviembre de 2016 solicitó nuevamente la reliquidación de la pensión, así como la respectiva indexación, al considerar que la tasa de reemplazo correspondiente a aplicar es del 90% al acreditarse más de 1338 semanas cotizadas, solicitud que fue negada mediante la Resolución GNR 379419 de 2015, por lo que interpuso los correspondientes recursos, no obstante, estos fueron resueltos confirmando en todas y cada una de sus partes el acto administrativo en mención.

1.3 CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

Colpensiones contestó la demanda con oposición a las pretensiones. Argumentó que la cuantía de la pensión de vejez reconocida a partir del 1º octubre de 2011 junto con el retroactivo, fueron reconocidos en cumplimiento de la decisión judicial, así como de la aprobación de un acuerdo conciliatorio, por lo que se considera improcedente realizar tanto la modificación de la fecha de causación, como la reliquidación de la prestación reconocida, ya que existe una cosa juzgada.

Formuló las excepciones de prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido; no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, buena fe y declaratoria de otras excepciones.

II.- SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 28 de enero de 2020, absolvió a *Colpensiones* de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, declarando probadas las excepciones de inexistencia del derecho a la reliquidación y cosa juzgada.

Para arribar a tal conclusión, expuso que luego verificarse el estatus pensional de la actora, si bien cotizó durante su vida laboral un total de 1.338 semanas, también lo es



que 100 de esas no fueron aportadas al *ISS*, sino al *FONCEP*, por lo que atendiendo lo establecido en el Decreto 758 de 1990, solo pueden ser tenidos en cuenta tiempos cotizados al *ISS*.

Que en tal sentido, al momento en que la entidad efectuó el cálculo de la respectiva reliquidación, no podía validar el tiempo laborado ante la *Alcaldía Mayor de Bogotá - Secretaría Distrital de Integración Social* equivalentes a 745 días, como quiera que por no tratarse de tiempos cotizados al *ISS*, el mentado Decreto 758 de 1990 no contemplaba la posibilidad de incluirlos, por lo que a la luz del Decreto 758 de 1990, correspondería una tasa de reemplazo del 87%, lo cual era concordante con lo que se suscribió en el acuerdo conciliatorio, señalando además, que discutir sobre los aspectos relevantes de la tasa de reemplazo, conllevaría la reconsideración de los elementos sobre los cuales versó la conciliación que las partes en su momento suscribieron, lo cual entraría dentro del ámbito de la cosa juzgada y si no fuera así, efectivamente los tiempos y la forma en la cual se liquidó la prestación no podían incluirse allí las 100 semanas o tiempos públicos.

Por tal motivo, se consideró que no había lugar a la reliquidación solicitada, pues en los otros casos, de aplicarse la ley 71 de 1988 y ley 100 de 1993, modificada por la ley 797 de 2003, tendría una tasa de reemplazo por debajo de la que se concedió.

III.- RECURSO DE APELACIÓN:

Inconforme con la anterior decisión, la parte *demandante* la apeló. Manifestó que *Colpensiones* en ningún momento ha excluido las 100 semanas correspondientes al tiempo público servido, como así lo dispuso el *A-quo*.

Que la parte demandada no discutió las 1.338 semanas cotizadas, y sí las tuvo en cuenta para efectos de la liquidación y de la reliquidación, pues si inicialmente había concedido la prestación con la normatividad vigente y no con la del régimen de transición, fue porque las cotizó realmente y se tuvieron en cuenta a la hora de aplicar ese régimen de transición.

De tal suerte que no se pueden excluir, en tanto cuando se dijo que el porcentaje es el 87%, *Colpensiones* en segunda instancia no excluyó las 100 semanas, de modo que es legal el IBL del 90%, debido a que no es posible escindir la aplicación del Decreto 758 de 1990. Que se puede apreciar que en el acta de la propuesta conciliatoria, simplemente se concilió el retroactivo, y no cobro de intereses moratorios ni de costas y a ello se debía atenerse, de tal forma que respecto de la reliquidación del 3%



faltante, no se predica cosa juzgada, por lo que traer el fallo oficiosamente por parte del *a-quo*, no tiene el soporte jurídico, máxime si se aparta de los hechos admitidos por la demandada, por lo que la sentencia habrá de revocarse.

IV.- ALEGATOS DE CONCLUSIÓN:

La demandante resaltó que a pesar de haberse probado que es beneficiaria del régimen de transición, por lo que le era aplicable el Decreto 758 de 1990 y que contaba con 1.338 semanas, el fallador de instancia negó las pretensiones de la demanda con fundamento en un hecho ajeno al litigio que no fue tratado. Que se atribuyó oficiosamente una competencia que no tenía al modificar las resoluciones en firme proferidas por la entidad, aspecto que conllevó a romper la estructura básica y esencial del debido proceso y por consiguiente los principios de legalidad y competencia.

Colpensiones expuso que la pretensión de la demandante ya fue reliquidada en cumplimiento al trámite conciliatorio aprobado por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá dentro del proceso ordinario 2015-00066, por lo que no hay lugar a acceder a las pretensiones de la demanda, ya que el acto administrativo que reconoció la reliquidación goza de plena validez.

V.- CONSIDERACIONES

5.1 PROBLEMA JURÍDICO:

Deberá establecerse si a la demandante le asiste derecho a que la parte demandada le reajuste la pensión de vejez, con fundamento en el Acuerdo 049 de 1990, determinando para tal efecto si hay lugar a declarar probada la excepción de cosa juzgada.

5.2 DEL CASO EN CONCRETO:

Para resolver el problema jurídico, debe advertirse que se encuentra acreditado que la demandante cotizó un total de 1.238 semanas en *Colpensiones*. A su vez se advierte que la actora prestó sus servicios a la *Secretaría Distrital de Integración Social de Bogotá* entre el 16 de enero de 1980 y el 10 de febrero de 1982, interregno que no fue cotizado al *ISS*, sino a la *Caja de Previsión Social Distrital de Bogotá*, hoy *FONCEP*, tal como se observa en el certificado de información laboral que reposa en el expediente administrativo visto a folio 85 y que se indica en la Resolución GNR



118260 del 02 de abril de 2014, donde se le reconoció la pensión de vejez a la actora a partir del 1º de abril de 2014 por cumplir con los requisitos del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9º de la Ley 797 de 2003 (Fls. 15 a 18).

Posteriormente, a través de la Resolución VPB 18641 del 22 de octubre de 2014 se modificó el anterior acto administrativo en el sentido de reconocer la prestación en cuantía de \$5.302.964 a partir del 1º de abril de 2014, para lo cual, se consideró que la demandante cumplía con los requisitos establecidos en el Acuerdo 049 de 1990, teniendo en cuenta su calidad de beneficiaria del régimen de transición artículo 36 de la Ley 100 de 1993; para tales efectos se tuvo como tasa de remplazo el 87% sobre el IBL calculado (Fls. 19 a 24).

De igual modo, se encuentra probado en el proceso, que la demandante presentó demanda ordinaria laboral contra *Colpensiones*, la cual se adelantó en el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del radicado al 2015 - 00066, solicitando el pago del retroactivo de las mesadas pensionales desde el 1º de octubre del 2011 hasta el 31 de marzo del 2014, junto al pago de intereses y costas procesales.

Con esto, *Colpensiones* a través de su comité de conciliación propuso fórmula conciliatoria en el entendido de reconocer el retroactivo pensional solicitado, esto es, a partir del 1º octubre de 2011, en cuantía inicial de \$4,895,534, fórmula que fue aceptada por la demandante y a la cual, se le impartió aprobación según providencia del 4 de diciembre de 2015.

A lo anterior, se le dio cumplimiento mediante Resolución GNR 411713 del 18 de diciembre de 2015, decisión que fue confirmada por las Resoluciones GNR 379419 de 2016, GNR 1360 de 2017 y VPB 6018 de 2017, conforme se acredita a folios 15 a 69 del plenario, y el expediente administrativo en CD de folio 85.

Así las cosas, por cuestión metodológica, la Sala abordará inicialmente el tema de la Cosa Juzgada planteada tanto en la decisión de primer grado como en la Alzada.

Al respecto, se resalta que la conciliación en materia laboral es un mecanismo a través del cual las partes llegan a un acuerdo de sus diferencias de manera amigable y voluntaria en la que interviene un funcionario competente, que para el presente asunto lo fue ante un Juez Laboral quien dirige, regula y avala la voluntad acordada entre las partes, y que además pone fin de manera parcial o total a las diferencias de ambos extremos. También el efecto de esta conciliación implica: **i)** hace tránsito a



cosa juzgada, y **ii)** presta mérito como título ejecutivo, siempre y cuando la misma no verse sobre derechos ciertos e indiscutibles.

Ahora bien, como en este caso la conciliación se llevó a cabo en desarrollo de proceso ordinario laboral, es bueno recordar igualmente que el artículo 303 del C.G.P., establece que, ejecutoriada una sentencia, produce efectos de cosa juzgada siempre que el nuevo proceso verse sobre el mismo objeto, se funde en la misma causa que el anterior y que entre ambos procesos exista identidad jurídica de partes.

Esta institución, en virtud del principio de la seguridad jurídica, impide que un asunto que ya fue definido por la jurisdicción ordinaria pueda volver a ser sometido a su estudio, pues toda sentencia judicial ejecutoriada goza de la presunción de legalidad y de justicia que impide un nuevo análisis de los supuestos fácticos y jurídicos allí debatidos.

Para que se configure este medio exceptivo, se deben acreditar los siguientes elementos: (i) la existencia de proceso anterior definido por sentencia debidamente ejecutoriada, (ii) que exista identidad de partes, (iii) que haya identidad de pretensiones, y finalmente, (iv) identidad de hechos; requisitos que se pasan a analizar.

Debe advertirse que no existe discusión frente a la existencia del proceso anterior, donde las partes decidieron darlo por finalizado a través del mecanismo de la conciliación, el cual desde luego hizo tránsito a cosa juzgada porque de entrada no se advierten, ni fueron puestos de presente, vicios en el consentimiento que conlleven a su anulación.

Empero también debe tenerse en cuenta que, aunque en tal acto, intervinieron las partes que ahora protagonizan el presente litigio, lo cierto es que el caso que ahora nos ocupa, difiere del primigenio, toda vez que ni los hechos ni las pretensiones guardan identidad con lo solicitado, puesto que como se señaló en los hechos debidamente probados, en aquella oportunidad la demandante únicamente solicitó el reconocimiento y pago del retroactivo pensional, conforme lo denotan las resoluciones que le reconocieron y reliquidaron el derecho pensional por vejez, que el disfrute comenzaba a partir del 1º de abril de 2004, no desde el 1º de octubre de 2011, como se demandaba allí, junto a los intereses de mora.

En tal sentido, resulta obvio que lo conciliado únicamente versó sobre ese punto, pues desde la Resolución VPB 18641 del 22 de octubre de 2014 (Fls. 19 a 24), se le



anunciaba a la demandante que el monto de la pensión, se calculaba teniendo en cuenta un 87% como tasa de remplazo sobre el IBL, sin que ello fuera objeto de demanda en ese proceso; *a contrario sensu* ese aspecto es el que constituye el motivo de discordia de la demandante en esta oportunidad, esto es, que la tasa de remplazo corresponde a un 90% teniendo en cuenta la totalidad de semanas, y no solo las que cotizó ante el ISS, sino también de las cotizadas al *FONCEP*. De esta manera para la Sala no hay lugar a declarar probada la excepción de cosa juzgada.

De la reliquidación de la pensión:

Es claro igualmente que la aquí demandante es beneficiaria de la transición normativa establecida en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y por ende, tiene derecho a que la definición de su situación pensional se estudie con fundamento o bajo la égida del régimen pensional que le resulte más favorable.

Debe acotarse, frente a la aplicación del Acuerdo 049 de 1990, con la sumatoria de tiempos públicos no cotizados al entonces ISS, hoy Colpensiones, que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, morigeró el criterio en la sentencia SL1947-2020, Radicación No. 70918 del 1º de julio de 2020.

En ella advirtió la necesidad de preservar las garantías de las sumatorias de los tiempos públicos y privados, por cuanto las pensiones reguladas en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, hacen parte del sistema de seguridad social, de ahí que el parágrafo de dicho articulado deba entenderse para esta sumatoria, como así se expuso:

“En virtud de ello, las pensiones del régimen de transición previstas en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 no pueden ser ajenas al anterior entendimiento, puesto que éstas pertenecen evidentemente al sistema de seguridad social integral y, como tal, pese a tener aplicación ultra activa de leyes anteriores en algunos aspectos como tiempo, edad y monto, en lo demás siguen gobernadas por dicha ley, que, finalmente, es la fuente que les permite su surgimiento a la vida jurídica y a la que se debe remitir el juez para su interpretación.

En tal dirección, así debe entenderse el parágrafo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que permite la sumatoria de tiempos públicos y privados, por cuanto es inusual que un parágrafo no haga relación a la temática abordada por una norma, como en este caso serían las pensiones derivadas del régimen de transición, de modo tal que el cómputo previsto en este parágrafo es predicable tanto para las prestaciones de Ley 100 de 1993 como las originadas por el beneficio de la transición de esta normatividad.

Es de resaltar que este cambio de criterio jurisprudencial de la Sala está acorde a mandatos superiores y a la defensa del derecho a la seguridad social en tanto garantía fundamental de los ciudadanos, así reconocida por diferentes instrumentos internacionales, tales como la Declaración Universal de Derechos



Humanos de 1948, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 y el Protocolo de San Salvador de 1988, que, además de estar ratificados por Colombia, hacen parte del denominado ius cogens.”

De conformidad con lo anterior, en el caso de autos, se considera que le asiste el derecho a la demandante para que sea reliquidada su pensión de vejez, aplicando para ello lo dispuesto por el Acuerdo 049 de 1990, pues esta es una norma jurídica que también le resulta aplicable por ser beneficiaria del régimen de transición, ya que con dicha regulación cumplió la edad de 55 años desde el 17 de agosto de 2009, pues nació el mismo día y mes del año 1954 (CD Fl. 85), sumado al hecho de que acredita más de 1.000 semanas cotizadas computando el tiempo público laborado, toda vez que acumula un total de 1.338 semanas, lo que da lugar a que sea aplicada una tasa de reemplazo del 90% en los términos del parágrafo del artículo 20 del Acuerdo 049 de 1990.

En ese orden de ideas, como no ha sido objeto de debate el IBL calculado por *Colpensiones*, a este debe aplicarse la tasa de reemplazo del 90% para determinar la mesada pensional a partir del 1º de octubre de 2011, fecha que tampoco está en discusión, desde la cual deberán pagarse las diferencias generadas.

No hay lugar a declarar probada la excepción de prescripción, puesto que el reconocimiento pensional se hizo el 18 de diciembre de 2015 (Fls. 43 a 46), la solicitud de reajuste se hizo el 25 de noviembre de 2016 (Fl. 47), la cual fue resuelta finalmente con la Resolución VPB de 2017 (Fls. 66 a 69), y la demanda se presentó el 3 de diciembre de 2018 (Fl. 70), esto es, dentro del término trienal contemplado en el artículo 488 del C.S.T.; razón por la cual, se puede concluir que no hay lugar a declararse probado el medio exceptivo objeto de estudio.

Se absolverá de la pretensión relacionada con el reconocimiento de los intereses moratorios contemplados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, ya que no hay lugar a su procedencia, en el sentido de que la entidad no se sustrajo del reconocimiento de las mesadas pensionales, sino que la suma objeto de estudio corresponde a la reliquidación de la mesada pensional, sin embargo, se ordenará el pago indexado de los valores objeto de condena. Conforme a lo expuesto habrá de revocarse la decisión objeto de primer grado.

SIN COSTAS en esta instancia por considerar que no se causaron. Las de primera instancia correrán a cargo de la parte demandada.

DECISIÓN:



TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL

En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia de primera proferida el día 28 de enero de 2020 por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar, **CONDENAR** a *Colpensiones* a reliquidar la pensión de vejez de la demandante *Clemencia Páramo Rocha* a partir del 1º de octubre de 2011, aplicando como tasa de remplazo el 90% sobre el IBL ya calculado. Advirtiéndole que el retroactivo generado por diferencias pensionales, deberá indexarse al momento de efectuarse el pago.

SEGUNDO: ABSOLVER a la demandada de las demás pretensiones formuladas en su contra.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia por considerar que no se causaron. Las de primer grado correrán a cargo de la parte demandada.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado
ACLARO VOTO

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
Sala de Decisión Laboral

Proceso Ordinario Laboral No. 1100131050 31 2019 00005 01
Demandante: LUZ MYRIAM FLECHAS HERNANDEZ
Demandado: ECOPETROL S.A
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá, D.C., treinta (30) de julio de dos mil veinte (2020).

SENTENCIA:

Procede la Sala a analizar en el grado jurisdiccional de consulta la sentencia proferida el 19 de julio de 2019 por el Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá.

I.- ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora *Luz Myriam Flechas Hernández*, presentó demanda ordinaria laboral en contra de *Ecopetrol S.A.*, para que se declare la existencia de un contrato de trabajo del 30 de noviembre de 2009 al 29 de octubre del 2015, devengado como último salario la suma de \$8.898.000 y que la terminación del contrato fue sin justa causa.

En consecuencia, se condene a la demandada al pago de las cesantías, intereses de cesantías, prima de servicios y compensación de vacaciones causados durante la vigencia de la relación laboral; al pago de los aportes a seguridad social, el pago de la sanción moratoria contemplada en el artículo 65 del C.S.T, y lo que resulte probado *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

En respaldo de sus pretensiones, manifestó que *Ecopetrol S.A.* tramitó el PS No. 517737 con el propósito de contratar los servicios de atención médica en los servicios de consulta externa a los beneficiarios mayores de catorce años que dispusiera la accionada; que la actora presentó la propuesta ante *Ecopetrol S.A.*; que el 27 de noviembre de 2009 la encartada aceptó la propuesta de la libelista; que el objeto de la prestación de servicios fue la atención médica en los servicios de consulta externa prioritaria; que el contrato se celebró el 30 de noviembre de 2009 y se extendió hasta



el 30 de noviembre de 2012 fecha en la que se liquidó el contrato; que celebró un nuevo contrato 1° de diciembre del 2012, el cual se extendió hasta el 29 de octubre del 2015; que las actividades fueron desarrolladas de forma personal, atendiendo las instrucciones de *Ecopetrol S.A.*, cumpliendo el horario señalado por esta, atendiendo los pacientes asignados por la encartada; que el 18 de julio del 2018 radicó la reclamación administrativa ante la entidad y esta fue desatada desfavorablemente el 27 de agosto de 2018.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La demandada se opuso a la prosperidad de las pretensiones, aduciendo que la demandante ejerce una profesión liberal consistente en la prestación de servicios médicos, en virtud del cual fue contratada por *Ecopetrol S.A.* para el desarrollo de un vínculo civil y/o comercial, como lo establece el acuerdo de voluntades, la cual no implica la existencia de un contrato laboral, por cuanto no se reúnen los elementos esenciales del mismo.

Formula como medios exceptivos los que denominó inexistencia de la obligación, falta de *causa petendi*, cobro de lo no debido, mala fe, prescripción y la genérica.

II.- SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el 19 de julio de 2019, absolvió al extremo demandado de las pretensiones formuladas en su contra.

Para arribar a dicha conclusión indicó que, acorde al dicho de los testigos y lo manifestado por la encartada se encuentra probada la prestación personal del servicio, sin embargo, la presunción que establece el artículo 24 del C.S.T fue desvirtuada mediante las pruebas arrimadas al proceso.

Precisa que los correos electrónicos aportados no cumplen con los presupuestos establecidos por la ley 527 de 1997, y si en gracia de discusión se tuvieran en cuenta, lo que se indica en los mismos son programaciones de reuniones que se realizaban una vez al mes, pero no se indica que existirán sanciones o que se le impusieran órdenes a la demandante.

Que la demandante en su interrogatorio de parte acepta que fue contratada con total autonomía médica y en el ejercicio de actividades liberales, no hay plena autonomía



por cuanto está sujeta a la normatividad vigente y los reglamentos que establece el Ministerio. Así, todos los testigos indican que la actora prestó los servicios, acorde los parámetros legales, siguiendo unos parámetros de la entidad, los cuales en modo alguno implican la existencia de subordinación, además es claro que no era *Ecopetrol S.A.* quien fijaba la agenda de la demandante, sino que era la actora quien lo hacía mediante su asistente.

Conforme lo descrito, logra establecer que entre las partes lo que existió fue un contrato de prestación de servicios de carácter civil ejecutado con plena autonomía e independencia por parte de la promotora.

III.- GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Teniendo en cuenta que no se interpuso recurso de apelación, contra la sentencia de primera instancia, se debe surtir el grado jurisdiccional de consulta a favor de la trabajadora.

IV.- ALEGATOS DE CONCLUSIÓN:

La accionada en los alegatos reiteró que la demandante ejerce una profesión liberal consistente en la prestación de servicios médicos, dentro de la cual fue contratada por *Ecopetrol S.A.* a través de un vínculo civil y/o comercial, tal como lo establece el correspondiente acuerdo de voluntades, con plena autonomía y ejerciendo la labor con sus propios recursos, dado que estos se efectuaban en su consultorio particular, por tanto, no se cumplen los presupuestos descritos en los artículos 22 y 23 del CST para la existencia y configuración de un contrato de trabajo.

Reitera que ninguna de las circunstancias alegadas por la demandante, implican la existencia del contrato laboral y que no se renovó la contratación debido a que presentó una anotación por parte del Tribunal de Ética Médica de Bogotá.

La parte demandante, no presentó escrito de alegaciones dentro del término legal.

V.- CONSIDERACIONES:

a. Problema Jurídico



Sin avizorar causal que invalide lo actuado, y encontrándose reunidos los presupuestos procesales, se definirá como problema jurídico principal, si en efecto existió un contrato laboral entre las partes por los extremos alegados por la demandante, si este terminó sin justa causa y si en virtud del mismo le asiste el derecho al reconocimiento y pago de las prestaciones sociales y vacaciones reclamadas por la libelista.

b. De la reclamación administrativa:

Atendiendo a la naturaleza jurídica de *Ecopetrol S.A.*, que conforme lo dispuesto en el artículo 1° de la ley 1118 de 2006, es una Sociedad de Economía Mixta que se ubica dentro de la Rama Ejecutiva del poder público en el sector descentralizado por servicios, por tanto, tiene la calidad de entidad pública; resultaba imperioso para la demandante agotar la obligación consistente en la reclamación administrativa, al tenor de lo dispuesto en el artículo 6 del CPT y de la SS.

Presupuesto jurídico satisfecho mediante misiva remitida a la encartada el 18 de julio del 2018, obrante a folios 242 a 248.

c. Del Vínculo Laboral:

Para el efecto, es menester precisar que el artículo 22 del C.S.T. define el contrato de trabajo como aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración. A su vez, el artículo 23 *ejusdem* determina los elementos del contrato de trabajo, ellos son la actividad personal, la continuada subordinación o cumplimiento de órdenes, y un salario como retribución del servicio.

Reunidos los citados elementos, se entiende que existe contrato de trabajo y no deja de serlo por razón del nombre que se le dé ni de otras condiciones o modalidades que se le agreguen.

El artículo 24 del C.S.T. estipula la presunción legal de que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo. Por ello la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha determinado que, al promotor del proceso, le incumbe acreditar la prestación del servicio, para que se active la presunción de la citada norma, evento en el cual le corresponde al eventual empleador desvirtuar la carga



probatoria que le asiste, Sentencias SL1389-2020, Radicación 73353 del 5 de mayo de 2020, SL1390 de 2020, Radicación No. 75795 del 5 de mayo de 2020, entre otras.

Con todo vale la pena indicar que de contera la Corte Suprema de Justicia – Sala Laboral, ha indicado en reiterados pronunciamientos que incluso en tratándose de contratos de prestación de servicios, el contratante tiene la potestad de coordinar con el contratista horarios, solicitar informes e incluso establecer medidas de supervisión y vigilancia, sin que medie la subordinación jurídica propia de un vínculo laboral. Sobre el particular, en sentencia SL 444 del 2019, con Radicación No 58413, precisó:

“De otra parte, la labor, se recaba, no se ejecutó bajo la tutela de las accionadas, aunque aquellas siguieran las directrices [...] pues la existencia de reglas, precisiones y exigencias de la manera como debe ejecutarse el servicio, por sí mismas, no están excluidas en los contratos de prestación de servicios, como lo señaló esta Sala recientemente en la sentencia SL 4143-2019, 25 sep.2019, rad.79216 en los siguientes términos:

“Ahora, el contrato de prestación de servicios, que puede revestir diferentes denominaciones, se caracteriza por la independencia o autonomía que tiene el contratista para ejecutar la labor convenida con el contratante, lo que lo exime de recibir órdenes para el desarrollo de sus actividades; no obstante, este tipo de vinculación no está vedado de una adecuada coordinación en la que se puedan fijar horarios, solicitar informes e incluso establecer medidas de supervisión o vigilancia sobre esas mismas obligaciones. Lo importante es que dichas acciones no desborden su finalidad a punto de convertir tal coordinación, en la subordinación propia del contrato de trabajo.

“Por otra parte, es preciso indicar que en los contratos de prestación de servicios, por lo general el contratista desempeña sus actividades con sus propias herramientas, equipos o medios; sin embargo, bajo ciertas y particulares circunstancias es posible que esa actividad autónoma e independiente se desarrolle en las instalaciones del contratante, con elementos de su propiedad, necesarios para la ejecución de la labor encomendada.

“Desde esa perspectiva, cuando se someta a juicio el principio de la realidad sobre las formas con el fin de establecer la existencia del contrato de trabajo, le corresponde al juez, en cada caso, sin desconocer los principios tuitivos del derecho laboral, analizar las particularidades fácticas propias del litigio a fin de establecer o desechar, según el caso, los elementos configurativos de la subordinación.

Criterio, igualmente expuesto por la Corte Suprema de Justicia – Sala Laboral, en tratándose de profesionales dedicados a la medicina, en sentencia con Radicación 24130 del 27 de septiembre del 2005, en la cual expuso:



“La certificación que obra folios 54 y 102, tampoco es concluyente, respecto a la subordinación jurídica propia del contrato de trabajo, toda vez que, si bien es cierto que allí se indica que la demandante tenía una intensidad horaria de 8 horas diarias y que cumplía la función de médico general y recibía una remuneración, allí también se dice que su vinculación era mediante contrato civil. El cumplimiento de una intensidad horaria, apenas constituye un indicio de subordinación, pues el cumplimiento de determinadas labores que, por estar dirigidas a la atención al público, o a pacientes, como en este caso, necesariamente exigen que sean realizadas dentro de una determinada jornada o lapso de tiempo, dentro de la cual se da la afluencia de los usuarios. De ahí que ésta no sea una característica exclusiva de una relación de dependencia, sino que en otro tipo de contrataciones puede ser necesaria y aun indispensable para el cumplimiento de su objeto.”

d. Del Caso en concreto:

Teniendo en cuenta los parámetros legales y jurisprudenciales previamente descritos, procede la Sala a abordar el objeto de la litis que hoy nos convoca, siendo del caso establecer si los servicios prestados por la señora *Luz Myriam Flechas Hernández* a la empresa *Ecopetrol S.A*, como médico de los pacientes establecidos por la encartada, fueron prestados bajo el marco de un contrato de trabajo como esta alega en la demanda o de varios contratos de prestación de servicios, como alude la demandada.

Para el efecto, se realizó un análisis del material probatorio aportado, dentro del cual se logró constatar que la demandante en su interrogatorio de parte aceptó que suscribió sendos contratos de prestación de servicios con la encartada, obligándose al cumplimiento del mismo según los parámetros establecidos en este, pero con plena autonomía médica, por tanto jamás fue cuestionada como médica; que dichos servicios los prestó en un consultorio de su propiedad, con sus propios elementos médicos y la colaboración de una asistente, directamente contratada por la demandante.

En igual sentido, los deponentes *Gloria Helena Duarte Sanabria*, Coordinadora Médica de Salud de *Ecopetrol*; *Javier Mauricio Gutiérrez Blanco*, empleado de *Ecopetrol*; *Fabio Enrique Lugo Jiménez*, quien prestó sus servicios de médico para la demandada y *Nadia Monroy*, persona que ostentó la calidad de asistente de la demandante, al unísono relatan que la labor realizada por la demandante consistía en prestar sus servicios como médico general a los pacientes asignados por *Ecopetrol S.A.*, actividad que desarrollaba en el consultorio de su propiedad, con sus propios instrumentos médicos y su asistente, quien era la persona encargada de programar las citas con los



pacientes dentro del horario que la demandante le ofreció a Ecopetrol para la prestación de los servicios médicos.

Igualmente, destacaron que dicha labor se realizaba con autonomía médica, pero que la demandante estaba obligada a cumplir los parámetros legales y directrices establecidas por *Ecopetrol S.A.*, las cuales se remitían vía correo electrónico o se socializaban en reuniones que efectuaba la entidad con los médicos, además tenían otras obligaciones como el diligenciamiento de las historias clínicas y otros reportes que debían brindar a la accionada; cumplimientos que se verificaban a través de auditorías periódicas.

Ahora, se destaca que el testigo *Javier Mauricio Gutiérrez Blanco*, precisó que no era obligación de los médicos asistir a las reuniones y que debido a la ocupación de estos, se hacía una reunión en la tarde y otra en la mañana para que ellos pudieran escoger en que horario acudir, recibiendo como contraprestación un monto por cada paciente atendido, acorde al número de horas prestadas.

De otra parte, el testigo *Fabio Enrique Lugo Jiménez*, refiere que la accionada les imponía obligaciones adicionales a la prestación de los servicios médicos de salud que debían desarrollar fuera del horario dispuesto por *Ecopetrol S.A.*, como hacer estadísticas relacionadas con salud pública y salud ocupacional, además que era obligatorio asistir a las citas médicas. Con todo, corrobora la Sala que dicho testimonio fue tachado por tener un proceso en contra de la entidad, similar al presente, en el que la demandante funge como testigo. Así las cosas, su dicho debe ser analizado con mayor rigurosidad por esta Sala, evidenciando en el mismo, afirmaciones que no concuerdan con la realidad, como el hecho de afirmar que conoció a la demandante desde el año 1995 en Ecopetrol, siendo que la promotora afirma que dicho vínculo inició en el año 2009.

Sumado a lo hasta aquí indicado, dentro de las documentales aportadas los contratos de prestación de servicios, sus anexos técnicos y Otro Sí (Fls 64-134); correos electrónicos en los que se evidencian invitaciones masivas a reuniones convocadas por Ecopetrol, así como una solicitud de remisión de indicadores (Fls.135-151) y facturas soportes de los pagos efectuados a la demandante y registros de los servicios prestados (Fls 152-241).

De cara a lo hasta aquí indicado, para esta Corporación aunque en efecto se acreditó la prestación personal del servicio del demandante, como médico general para Ecopetrol; lo cierto es que las probanzas arrimadas al proceso, lograron derruir la



presunción legal fijada en el artículo 24 del C.S.T, al quedar plenamente evidenciado que la labor desarrollada por la demandante en el ejercicio de su profesión, fue desarrollada con plena autonomía e independencia, con sus propios medios, dentro de las instalaciones de su propiedad y con apoyo de personal contratado por ella misma, como fuere confesado por la propia actora en el interrogatorio de parte; adicionalmente, los pacientes eran atendidos dentro de los horarios establecidos por la propia promotora y era su asistente quien le manejaba la agenda, sin que mediara injerencia alguna de la convocada a juicio sobre el particular.

No pasa por alto esta Corporación, que la encartada conminaba a la demandante a cumplir con los lineamientos legales e institucionales, establecidos para la prestación de los servicios médicos de salud, los cuales eran impartidos mediante correos electrónicos y reuniones periódicas establecidas por la entidad, cuyo cumplimiento se verificaba mediante auditorias periódicas. Sin embargo, para esta Sala, es patente que dichas actuaciones, hacen parte de las actividades de coordinación propias de un contrato de prestación de servicios, máxime cuando se encuentra de por medio la prestación de servicios de salud, los cuales se encuentran sujetos por disposición legal al cumplimiento de una serie de parámetros de imperioso cumplimiento por estar de por medio bienes jurídicos tan importantes como la vida, la salud e integridad personal de los ciudadanos.

Así pues, exigencias tales como llevar una historia clínica o cumplir con los estándares legales para la prestación de servicios de salud, en modo alguno pueden entrever la existencia de la subordinación propia de un contrato laboral, como mal parece entenderlo la parte actora. Como en efecto lo determinó la juez de primera instancia.

Derroteros, acorde a los cuales diáfano resulta colegir que en autos no se evidencia la concurrencia de los elementos esenciales del contrato de trabajo, por manera que la pretensión encaminada a la declaratoria del mismo carece de vocación de prosperidad.

Consecuencialmente, como quiera que el resto de las pretensiones consistentes en el reconocimiento y pago de prestaciones sociales, vacaciones, aportes a seguridad social y la sanción moratoria prevista en el artículo 65 del C.S.T, dependían de la prosperidad de la declaratoria del vínculo laboral, la Sala se releva del estudio de las mismas.

Dimana de lo expresado, la confirmación de la decisión adoptada en primera instancia objeto de análisis en esta instancia en el grado jurisdiccional de consulta.



SIN COSTAS en esta instancia, por cuanto no se causaron.

DECISIÓN

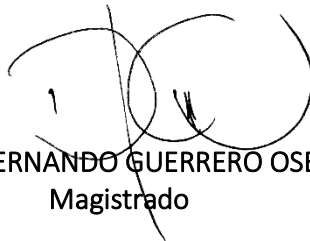
En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 16 de julio de 2020 por el Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso de la referencia, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
Sala de Decisión Laboral

Ordinario Laboral 1100131050 09 2019 00209 01
Demandante: HUMBERTO URBINA RODRÍGUEZ
Demandado: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -
 COLPENSIONES
Magistrado Ponente: **DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., treinta (30) de julio de dos mil veinte (2020).

SENTENCIA:

Procede la Sala a desatar la apelación presentado por la parte demandante. frente a la sentencia del 3 de marzo de 2020, proferida por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá.

I. ANTECEDENTES

1.1 DEMANDA:

Se tiene que el señor *Humberto Urbina Rodríguez* promovió demanda ordinaria laboral con el fin de que se condene a la demandada al reconocimiento y pago de la reliquidación pensional a partir del 1° de julio de 2008, día en que se le reconoció el derecho pensional en razón a que es beneficiario del régimen de transición y cuenta con más de 1.250 semanas cotizadas, como también solicitó el pago del retroactivo pensional desde el 28 de febrero de 2008. Así mismo, requirió el reconocimiento y pago del incremento pensional por cónyuge a cargo del 14% a partir de la fecha en que se le reconoció la pensión de vejez, esto debidamente indexado, como también el pago de intereses moratorios, las costas y gastos del proceso.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento a sus pretensiones refirió que adquirió el estatus de pensionado el 1° de julio de 2008 mediante Resolución No. 026517 de 2008, que la pensión le fue liquidada con el IBL conforme al promedio de los últimos 10 años laborados, que contaba con más de 1250 semanas cotizadas, y que convivió con su cónyuge la señora *María Dora Morales Trujillo* durante mas 20 años ininterrumpidamente,



SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL

quien depende económicamente de él. Presentó reclamación administrativa ante Colpensiones, de la cual no se obtuvo respuesta.

1.3 CONTESTACIÓN:

Colpensiones se opuso a la totalidad de las pretensiones toda vez que en la pensión de vejez que se le reconoció al demandante, se tuvo en cuenta las 1.086 semanas, cotizadas y aportadas en la historia laboral, aplicando una tasa de reemplazo del 81%, arrojando una mesada pensional en cuantía de \$564.929, debidamente indexada y tomando lo cotizado en los últimos 10 años de servicio.

En lo atinente al incremento del 14% por cónyuge a cargo pues indicó que los mencionados incrementos fueron objeto de derogatoria a partir de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, y teniendo en cuenta que el demandante causó el derecho con posterioridad al 1° de abril de 1994, no se causó el presente derecho lo anteriormente expuesto de conformidad con la Sentencia de la Corte Constitucional SU 140 de 2019. **EXCEPCIONES:** inexistencia de la obligación, prescripción, buena fe, improcedencia de intereses moratorios e indexación, compensación, y la innominada o genérica.

II.- SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El 27 de marzo del 2020 el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá ABSOLVIÓ a la entidad demandada de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra. **DECLARÓ** probada la excepción de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir.

Para arribar a la anterior conclusión determinó que respecto a la reliquidación de la mesada pensional se pudo establecer que dentro de la historia laboral aportada al proceso se pudo determinar que el demandante contaba con 1.086 semanas y que el IBL se obtuvo del promedio de los últimos 10 años laborados, sin embargo no acreditó las 1.250 semanas exigidas para que se le incremente la tasa de reemplazo a un 90%, por lo que el porcentaje del 81% es acorde a las semanas que cotizó, por lo tanto no es posible acceder a la pretensión de reliquidación pensional.

Respecto al incremento pensional del 14% por cónyuge a cargo, encontró probada la condición de cónyuge y la convivencia ininterrumpida con las documentales y testimoniales obrantes en el proceso, sin embargo, este incremento fue derogado a la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, esto es el 1° de abril de 1994, sin



SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL

perjuicio de los que cumplieron con los requisitos para acceder a la pensión antes de esa fecha, según lo estableció la Corte Constitucional en la sentencia SU 140 de 2019.

III. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión, el apoderado de la parte **actora** indicó que la derogatoria del incremento del 14%, tal como lo indica la sentencia de la Corte Constitucional SU 140 de 2019 viola el principio indubio pro operarium, como también estableció no estar de acuerdo respecto a la dicho por la corte en razón a que los incrementos del 14% afectan la sostenibilidad financiera del sistema, esto no sucede debido a que los incrementos solo se aplican al salario mínimo.

IV. ALEGATOS

Colpensiones en su escrito de alegaciones adujo que se debe confirmar la sentencia de primera instancia de fecha 03 de marzo de 2020, emitida por el juzgado 09 laboral del Circuito, teniendo en cuenta que el actor solicita el retroactivo y reliquidación de la pensión de vejez. En primer lugar, es importante que se tenga en cuenta lo manifestado por el juzgador de primera instancia y es que el actor nació el 28 de febrero de 1948 y actualmente cuenta con 71 años de edad y 1.100 semanas, por lo que Colpensiones mediante resolución 26517 del 26 de junio de 2008, reconoció pensión vejez al actor. Ahora bien, dicha prestación fue reconocida bajo el decreto 758 de 1990, norma aplicable exclusivamente para los tiempos cotizados en el ISS, y en el presente caso se evidencio que el asegurado cotizo 1.100 semanas, por ende se le aplica la tasa de reemplazo del 81%, siendo improcedente aplicar la tasa de 90%.

V. CONSIDERACIONES

5.1 PROBLEMA JURÍDICO

Sin que se advierta causal que invalide lo actuado, reunidos los presupuestos procesales y habiéndose agotado el requisito previo de la reclamación administrativa, se tiene que el problema jurídico a desatar gira en torno a determinar: (i) si hay lugar a conceder el incremento pensional por persona a cargo, de que trata el literal B del art. 21 del Acuerdo 049 de 1990; (ii) de ser así, determinar si en el caso en concreto, el incremento pensional se encuentra prescrito o no.



SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL

No es objeto de discusión en esta instancia, que el señor *Humberto Urbina Rodríguez* adquirió su derecho pensional el 26 de junio de 2008, fecha en la que cumplió con los requisitos para acceder a la pensión de vejez establecidos en el Art. 12 del acuerdo 049 de 1990, aprobado mediante el Decreto 758 de 1990, por lo que es beneficiario de los incrementos pensionales consagrados en el Art. 21 de dicha normatividad.

5.2 SOBRE LA VIGENCIA DE LOS INCREMENTOS PENSIONALES POR CÓNYUGE E HIJOS A CARGO, DE QUE TRATA EL D. 758/1990.

Para las personas que fueron pensionadas en virtud del régimen de transición que contempla la Ley 100 de 1993, ha sido ampliamente estudiado por la SL CSJ, concluyendo en múltiples pronunciamientos que los mismos se encuentran vigentes.

Así puede colegirse entre otras de las sentencias del 27 de julio de 2005 radicado 21517, del 5 de diciembre de 2007 radicados 29751, 29531, 29741, en las que se determina que los aludidos incrementos mantienen su vigencia, no obstante no haber sido incluidos de manera expresa en el régimen de prestaciones que contiene el actual sistema pensional, por el contrario, por no estar expresamente regulados debe entenderse que conservan su pleno vigor, al menos frente a quienes se reconoce el derecho al amparo del D. 758/1990, bien sea directamente o en aplicación al régimen de transición, como en el presente caso.

Con fundamento en la doctrina probable emanada por la SL CSJ respecto a la vigencia de los incrementos pensionales por personas a cargo, es que esta Sala de Decisión se aparta de manera respetuosa de la sentencia SU-140 de 2019, a través de la cual la Corte Constitucional dictó la sentencia de reemplazo a la Sentencia SU-310 de 2017 que fuera anulada mediante Auto 320 de 2018.

5.3 DEL INCREMENTO DEL 14% PREVISTO EN EL ART. 21 DEL D. 758/90.

El literal b) del artículo 21 del Decreto 758 de 1990, consagró los incrementos de las pensiones de invalidez por riesgo común y vejez, así:

“(...)b) En un catorce por ciento (14%) sobre la pensión mínima legal, por el cónyuge o compañero o compañera del beneficiario que dependa económicamente de éste y no disfrute de una pensión.”



SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL

En tal sentido se aprecia, que son tres los requisitos que se debe acreditar para efecto del reconocimiento del incremento por cónyuge a cargo: (i) la calidad de cónyuge, compañero o compañera permanente, (ii) la dependencia económica respecto del pensionado y, (iii) que el cónyuge, compañero o compañera permanente dependiente no disfrute de pensión, ello en la medida en que la filosofía de los referidos incrementos fue la de alivianar la carga que pesa sobre el pensionado que tiene bajo su responsabilidad la manutención, en este caso, de su cónyuge.

Respecto a la calidad de compañero permanente de la señora **María Dora Morales Trujillo**, logró ser demostrada con los testimonios de *Jose Daniel Perilla Arias, Laura Plazas Cortes, Julio Enríquez Luis González y Myriam Rubiano Orjuela* quienes manifestaron que conocen a la pareja hace más de 30 años por vínculos de amistad y vecindad, han vivido en casa propia de manera ininterrumpida, que tienen 2 hijos pero no ayudan económicamente, además de ello indicaron que la cónyuge nunca ha trabajado, ni ostenta de pensión ni renta alguna y que el demandante es quien sufragaba los gastos de su compañera permanente como logró acreditarse mediante las anteriores declaraciones.

De esta manera, de las declaraciones testimoniales y demás pruebas documentales, esta Corporación encuentra probada la dependencia económica de la cónyuge respecto del actor, al otorgarle plena credibilidad a las manifestaciones por tratarse de testigos directos de los hechos objeto de debate los cuales dan cuenta clara que la cónyuge del demandante no realiza ninguna actividad laboral que le garantice su sustento económico. Y concluye que el causante cumplía con los supuestos de hecho del art. 21 del Ac. 049/90, y por ende le asistía el derecho al reconocimiento del incremento pensional por cónyuge a cargo del 14% sobre la pensión mínima legal.

5.4 SOBRE LA PRESCRIPCIÓN DEL INCREMENTO PENSIONAL.

Respecto a la **prescripción**, propuesta como excepción en la contestación de la demanda, encuentra esta Sala, que conforme a lo manifestado por la *A quo*, esta se tiene como probada de manera total, dado que, a la luz de la jurisprudencia de la SL CSJ, se ha sentenciado que, es razonable afirmar la extinción del derecho a incrementar la pensión en los porcentajes señalados en los arts. 21 y 22 del Ac. 049 de 1990, por personas a cargo, en la medida en que entre la fecha del reconocimiento pensional y la reclamación administrativa transcurrió un término superior a los tres años previstos en los arts. 488 del CST o 151 del CPTSS, y ello por cuanto los incrementos a que aluden los artículos precedentes, no forman parte



SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL

integrante de la pensión por no gozar de los mismos atributos, por lo que pueden prescribir si no se reclaman en tiempo.

Tal postura ha sido sostenida invariablemente por dicha Corporación desde la sentencia del 12 de diciembre de 2007, radicado 27.923, ratificada el 18 septiembre de 2012, en los radicados 40919 y 42.300 y más recientemente en la sentencia del 23 de julio de 2014 radicado 57.367.

En ésta última, se rememoró lo dicho en la sentencia con radicación 27.923, en la que respecto a la prescripción del derecho a reclamar los incrementos por personas a cargo, puntualizando que:

*“(…) No puede negarse que **los incrementos nacen del reconocimiento de la pensión de vejez**, pero ello no quiere decir que formen parte integrante de la prestación, ni mucho menos del estado jurídico del pensionado, no sólo por la expresa disposición normativa, como ya se apuntó, sino porque se trata de una prerrogativa cuyo surgimiento no es automático frente a dicho estado, pues está condicionado al cumplimiento de unos requisitos, que pueden presentarse o no.*

La alusión normativa atinente a que el derecho a los incrementos ‘subsiste mientras perduren las causas que le dieron origen’, antes que favorecer la imprescriptibilidad, obran en su contra por cuanto implícitamente parte de la hipótesis de que se trata de un derecho que no es vitalicio en tanto su persistencia requiere que se sigan dando las causas que le dieron origen, de

modo que aunque, parezca redundante, la desaparición de estas provoca su extinción.

*De ahí que a juicio de esta Sala bien puede aplicarse para efectos de estos incrementos la tesis de que los mismos prescriben si no se reclaman dentro de los 3 años siguientes a su exigibilidad, **debiendo entenderse que son exigibles desde el momento en que se produjo el reconocimiento de la pensión de vejez o de invalidez.**” (Negrillas ajenas al texto).*

Aunado a lo anterior, en la sentencia con radicado 40.919 antes citada, la SL CSJ señaló, que por el acaecimiento de la prescripción se extingue el derecho a incrementar la pensión en los porcentajes señalados en los arts. 21 y 22 del Ac. 049 de 1990 aprobado por el D. 758 de igual año, por personas a cargo, al haberse cumplido el plazo trienal establecido por la ley, **al punto que no es posible considerar su existencia para ningún efecto, porque al desaparecer del ámbito jurídico entran al terreno de las obligaciones naturales que, como sabe, no tienen fuerza vinculante.**



SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL

Dicha posición ha sido acogida por ésta Sala de decisión, pues considera que lo expuesto por la SL CSJ constituye un precedente vinculante y de obligatoria aceptación.

Con fundamento en lo anterior, se acoge el precedente unificado y permanente que ha mantenido nuestro máximo órgano de cierre, que además constituye doctrina probable, por lo que, en el caso en concreto, se tiene que el incremento pretendido se encuentra prescrito de manera total, pues al actor le fue reconocida la pensión de vejez mediante la Resolución No. 026517 de 2008 (fl. 2), y presentó reclamación administrativa ante *Colpensiones* tan solo hasta el 29 de enero de 2019 (fl. 4), superando ampliamente el término trienal establecido en el art. 151 del CPTSS, por lo que dichos incrementos se encuentran prescritos, como se dijo de manera total.

Como corolario de lo anterior habrá de confirmarse la sentencia proferida en primera instancia.

SIN COSTAS en esta instancia.

VI. DECISIÓN

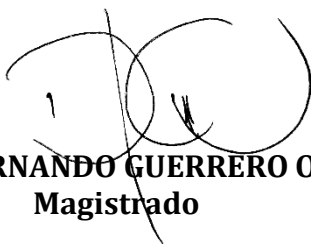
En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 3 de marzo de 2020 por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario de la referencia conforme a lo previsto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

Diego Roberto Montoya

DIEGO ROBERTO MONTOKA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
Sala de Decisión Laboral

Proceso Ordinario Laboral No. 1100131050 13 2019 00148 01
Demandante: FRANCISCO GABRIEL GONZÁLEZ AGUILERA
Demandado: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE
PENSIONES – COLPENSIONES
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá, D.C., treinta (30) de julio de dos mil veinte (2020).

AUTO:

Se aprecia que obra una sustitución de poder allegada por la apoderada de la entidad, con la finalidad de que se reconozca personería a la abogada *María Elena Fierro García*; circunstancia por la cual, se reconocerá personería a ésta en los términos y facultades del poder conferido.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación elevado por la parte demandante, en contra de la sentencia proferida el 1º de agosto de 2019 por el Juzgado Trece Laboral del Circuito de Bogotá.

I.- ANTECEDENTES

1.1 DE LA DEMANDA

El señor *Francisco Gabriel González Aguilera*, presentó demanda ordinaria laboral con el fin de que se condene a *Colpensiones* a liquidar y pagar la indexación del IBC, con el que se reconoció su pensión de vejez a partir del 1º de noviembre de 2002, en razón de la pérdida del poder adquisitivo de la moneda.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

En respaldo de sus pretensiones, expuso que le fue reconocida pensión de vejez en los términos del Decreto 758 de 1990 mediante Resolución No. 024897 del 18 de octubre de 2002, la cual se concedió a partir del 1º de noviembre de la referida anualidad y se liquidó con base en 1.335 semanas.



Resalta que el IBL actualizado por la demandada al mes de noviembre de 2002, no era el que debía tomarse, al igual que los valores no fueron indexados con el IPC correspondiente.

Por último, adujo que la entidad en Resolución SUB 306345 del 23 de noviembre de 2018 reliquidó su pensión, teniendo como monto de la mesada pensional para el año de 2015 la suma de \$981.548.

1.3 CONTESTACIONES DE LA DEMANDA:

Colpensiones se opuso a la prosperidad de las pretensiones, para ello indicó que la pensión del demandante fue reconocida, reliquidada y pagada en legal forma.

Explicó que en Resolución No. 024897 del 18 de octubre de 2002 se le reconoció pensión de vejez al actor de conformidad con lo establecido en el Acuerdo 049 de 1990 por ser beneficiario del Régimen de Transición contemplado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, teniendo en cuenta 1.335 semanas y un IBL de \$481.173.07.

Luego, en Resolución No. 9705 del 15 de marzo de 2006 se modificó el acto administrativo anterior con fecha de efectividad del 2 de febrero de 1999, y con posterioridad se emitió la Resolución SUB 306345 del 23 de noviembre de 2018, donde se reliquidó nuevamente su pensión, a partir del 17 de octubre de 2015 en cuantía de \$981.548.

Formuló las excepciones de prescripción y caducidad, cobro de lo no debido, buena fe, y declaratoria de otras excepciones.

II.- SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Trece Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el 1º de agosto de 2019, absolvió a la demandada de las pretensiones formuladas en su contra.

Para arribar a dicha conclusión, indicó que no fue objeto de discusión el estatus de pensionado del demandante al habersele reconocido pensión de vejez en el año



2002 por parte del entonces ISS, en los términos del Decreto 758 de 1990, como tampoco el hecho que en el año de 2006 la mesada pensional se reliquidó.

En lo que respecta a la pretensión de la reliquidación de la pensión, desestimó la misma, indicando que si bien es procedente la indexación de la primera mesada pensional a la luz de la jurisprudencia, en el presente asunto no existió ninguna anomalía en este aspecto, toda vez que, entre la fecha del reconocimiento de la prestación y la data del retiro efectivo del actor de su último empleo, no se presentó una demora para el reconocimiento pensional, ya que este se retiró del sistema en el mes de enero de 1999 y el derecho pensional le fue otorgado por la entidad a partir del 2 de febrero de la misma anualidad, situación por la que no existió una pérdida del poder adquisitivo de la moneda.

Seguidamente expuso que, el demandante pretendió la reliquidación de la mesada pensional con las últimas 100 semanas cotizadas, petición que también se negó por el *a-quo*, con el argumento que la pensión le fue reconocida de conformidad con lo establecido en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, es decir, sin Régimen de Transición, sentir por el que no era procedente dar aplicación al artículo 21 de la Ley 100 de 1993 ya que la forma de liquidar la pensión se encuentra contenida íntegramente en el citado Acuerdo 049 de 1990.

Sopesó el anterior argumento, recalcando que el Parágrafo del artículo 1º del artículo 20 del Acuerdo 049 de 1990 no dispone la actualización de los salarios que hacen parte del IBL, pero a pesar de ello, efectuó la respectiva liquidación y concluyó que, al 2 de febrero de 1999, el demandante tenía una mesada pensional inferior a la conferida por el antiguo ISS hoy *Colpensiones*, aspecto por el cual la entidad debe absolverse.

III.- RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior decisión, la parte *demandante* la apeló. Adujo que, nació en el mes de mayo de 1929, lo que conduce a que el cumplimiento de los 60 años sea en 1989, y al ser el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año de aplicación plena; su pensión debió ser reconocida con los últimos dos años.



Además, indicó que, si bien la entidad le reconoció pensión en el año de 1999, al momento de calcular la misma no se actualizó el IPC del año 1998, actuación que debe revisarse en esta instancia.

IV.- ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La parte demandante señaló que, atendiendo los parámetros legales y jurisprudenciales, es procedente el pago oportuno y el reajuste periódico de las pensiones legales, lo que significa que la indexación es una garantía del mínimo vital.

Colpensiones expuso que, la configuración del derecho constitucional de los pensionados al mantenimiento del poder adquisitivo de la mesada pensional nació con la entrada en vigor de la constitución de 1991, por lo que tendrían derecho a la indexación aquellas personas que hayan consolidado el derecho a partir de la entrada en vigencia de la Carta Política .

V.- CONSIDERACIONES:

5.1 PROBLEMA JURÍDICO:

Sin avizorar causal que invalide lo actuado, previo agotamiento de la reclamación administrativa y encontrándose reunidos los presupuestos procesales, se definirá si es procedente la aplicabilidad del IBL a la pensión reconocida al demandante.

En segundo lugar, habrá de determinarse si los cálculos que en su momento tuvo la pasiva para el año de 1998, con el fin de determinar el monto de la primera mesada pensional, se encuentran ajustados a derecho.

5.2 DEL CASO EN CONCRETO:

Sea lo primero indicar que al actor le fue reconocida pensión de vejez mediante la Resolución No. 02497 del 18 de octubre de 2002, bajo los preceptos del Decreto 758 de 1990, a partir de 1º de noviembre de 2002 en cuantía de \$433.056 (fl. 9). Así mismo, en Resolución No. 009705 del 15 de marzo de 2006, modificó el Acto Administrativo anterior, y reconoció la prestación a partir del 2 de febrero de 1999 (Fls. 45 a 46).



Posteriormente, le fue reliquidada nuevamente su pensión a través de la Resolución SUB 306345 del 23 de noviembre de 2018, a partir del 17 de octubre de 2015 (Fls. 11 a 14).

Así las cosas, con relación al IBL, el máximo órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria en su especialidad laboral, con estricta sujeción a lo dispuesto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, ha considerado en forma reiterada, uniforme y pacífica, que el régimen de transición únicamente preservó 3 aspectos de la normatividad anterior, es decir, la edad, el tiempo de servicios o semanas cotizadas y el monto de la pensión, y por tanto, los demás aspectos de la prestación, tales como el ingreso base de liquidación, fueron expresamente regulados por la Ley 100 de 1993.

La anterior postura ha sido expuesta entre otras en las sentencias de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, Radicación No. 44238 del 15 de febrero de 2011, radicación No. 53037 del 17 abril 2012, SL570-2013, Radicación No. 56460 del 6 de agosto de 2013, SL4649-2014, Radicación No. 51460 del 9 de abril de 2014, SL2982-2015, Radicación No. 52404 del 25 de febrero de 2015, SL3270-2016, Radicación No. 66226 del 6 de agosto de 2019, y más recientemente la sentencia SL3330-2019, Radicación No. 58243 del 20 de agosto de 2019.

De esa manera, ha explicado la alta Corporación, que para las personas que al 1º de abril de 1994, les faltare menos de 10 años para adquirir la pensión, el IBL se calcularía con base en el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, tomando como referencia el 1º de abril de 1994 o el 30 de junio de 1995, según el caso, fecha en la que entró en vigencia la Ley 100 de 1993, o con base en el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior.

Partiendo de esta premisa, es claro que en lo que respecta al IBL, este se encuentra regulado de manera íntegra en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, y dicha disposición, habla de su aplicabilidad para asegurados que obtienen su estatus pensional bajo disposición del Régimen de Transición establecido en el artículo 36 de la referida obra.

Por tal razón, las personas que obtienen derechos prestacionales bajo disposiciones legales anteriores a la Ley 100 de 1993, como en el caso del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, los requisitos para la adquisición del derecho son los consagrados en dicha normativa.



Descendiendo al caso del actor, es palmario que su derecho pensional lo adquirió con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, como así se acredita de su cédula de ciudadanía (Fl. 7), y del reporte de semanas emitido por *Colpensiones* (Fl. 17), motivos suficientes para que la demandada reconociera la pensión a la luz del Decreto 758 de 1990, y por consiguiente los cálculos realizados para determinar el monto de su mesada, fueron con base en lo regulado en el Parágrafo 1º del artículo 20 de esa disposición.

Por todo lo dicho, logra concluir la Sala que no le asiste el derecho al actor de que se reliquide su mesada pensional con aplicabilidad de un IBL que como ya se reiteró, no está contemplado en el Decreto 758 de 1990, por lo que este punto de apelación será denegado.

Ahora bien, como segundo punto de inconformidad, el apelante arguye que la demandada no calculó en debida forma su pensión, por cuanto no se actualizó el IPC de 1998, escenario que el Juez de instancia no analizó.

Al respecto, una vez confrontado el expediente administrativo allegado en digital por la entidad (Fl. 36), en su contenido obra la imagen *GEN-ANX-CI-20136800389020-20130621232837*, donde se aprecia que los salarios devengados por el actor en el año de 1998 – *IBC*, ascendieron a la suma de \$521.300, mismo valor que fue el calculado por el *a-quo* en la liquidación realizada (Fl. 44).

Por estas consideraciones, se logra concluir que la mentada liquidación se encuentra ajustada a derecho, por lo que no le asiste derecho al demandante a que se amplíe el monto de su mesada pensional y en tal sentido, la sentencia de primer grado se confirmará en su totalidad.

SIN COSTAS en esta instancia, por cuanto no se causaron.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

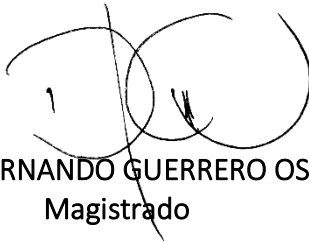
RESUELVE:



PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 1º de agosto de 2019 por el Juzgado Trece Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso de la referencia, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020