



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Quinta de Decisión Laboral

DAVID A. J CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **JAVIER GEOVANNI MOROS OTERO** en contra de **ECOPETROL S.A.**

EXP. 11001 31 05 028 2017 00737 01

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veinte (2020).

En la fecha arriba señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.º 806 de 2020, se reunió la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá DC, integrada por los Magistrados ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN, HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto por el demandante contra la sentencia proferida el 1.º de octubre de 2019, por el Juzgado 28 Laboral del Circuito de Bogotá DC, y dictar la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió el demandante, que se declare que la demandada omitió incluir la incidencia salarial de los viáticos pagados durante el último año de servicios en un 80%, dentro de la base salarial para el cómputo de la liquidación de su pensión de jubilación; en consecuencia, sea condenada a reliquidar dicha prestación a partir

del 29 de julio de 2010, incluyendo dentro de la base salarial no solo \$111.653.822, como promedio devengado dentro del último año de servicios, sino \$77.346.783, correspondiente al 80% de los viáticos recibidos durante ese período, con el fin de obtener como mesada pensional el valor inicial de \$12.403.164,70, que resulta de aplicar el 75% a la base salarial real a tener en cuenta, más el 5% por haber trabajado 2 años más a los primeros 20 años de servicio (f.º 8-10).

Como sustento relevante de sus pretensiones, manifestó que prestó servicios a la demandada desde el 16 de mayo de 1989 y el 29 de julio de 2010; mediante comunicación del 26 de julio de 2010 demandada le reconoció la pensión de jubilación en cuantía de \$7.327.282 a partir del día 29 de dicho mes y año, para lo cual se tuvieron en cuenta como factores, el certificado de ganancias, el promedio del último año, al que se le aplicó un 75% y se le adicionó un porcentaje por haber laborado más de 20 años.

Sostuvo, que de conformidad con su contrato de trabajo, los viáticos tienen una incidencia como factor salarial para efectos de liquidar la pensión de jubilación en un 80%; sin embargo, tal aspecto no fue incluido dentro de la base salarial para el cálculo de su pensión; reclamó administrativamente el 22 de noviembre de 2010 y el 8 de noviembre de 2016, pero obtuvo respuestas negativas el 4 de enero de 2011 y el 30 de noviembre de 2016, respectivamente; su último cargo fue el de Superintendente de Negocios Internacional de la Gerencia de Nuevos Negocios, y en el último año de servicios, acreditó 114 días de viáticos en los que cumplió funciones propias de su cargo, siendo autorizado por el Gerente de Nuevos Negocio, quien era su jefe inmediato, y por el Vicepresidente de Exploración y Producción, por tanto, se encuentran debidamente legalizados; en el memorando n.º 357 de 2007, la Unidad de Gestión Humana señaló los cargos aprobados con incidencia salarial en los viáticos (f.º 3-8).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 27 de octubre de 2017, ordenándose la notificación y traslado a la demandada (f.º 216), quien contestó con oposición con el argumento de que en virtud de la naturaleza del último cargo que ocupó el demandante (Superintendente de Negocios Internacionales de la Gerencia de Nuevos Negocios) no generó viáticos, y por tanto, no tienen incidencia salarial al tenor de lo dispuesto en el memorando VIP-235 de 1998, así que los factores salariales tenidos en cuenta al momento de liquidar la pensión correspondían a lo efectivamente devengado por él; propuso como excepciones de mérito las de inexistencia de la obligación, prescripción, buena fe y compensación (f.º 223-235).

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado guardó silencio (f.º 219, 221).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 28 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 1.º de octubre de 2019, declaró probada la excepción de inexistencia de la obligación, en consecuencia, absolvió a la demandada de las pretensiones incoadas en su contra e impuso costas a cargo del demandante, tras considerar para lo que interesa a la alzada, que no se acreditó que los viáticos causados hubieran tenido el carácter de permanente en la medida que conforme la documental que reposa de f.º 108 a 199 se registraron solo 91 días dentro del último año de prestación de servicios; en todo caso, aunque podrían decirse que eran habituales, la verdad es que las actividades desarrolladas por el demandante en dichos desplazamientos no guardan relación con las funciones del cargo desempeñado como Superintendente de Negocios Internacionales,

certificadas de f.º 584 a 587, porque se trataron de capacitaciones, seguimientos y adelantar cursos, por tanto, no reúne los requisitos jurisprudenciales trazados para así considerar los mencionados viáticos como permanentes con carácter salarial (f.º 632, 634).

IV. RECURSO DE APELACIÓN

Presentado el recurso por la parte demandante, sostuvo que los viáticos tuvieron el carácter de permanentes, en la medida en que se acreditaron 114 días, no 91, y fueron causados entre el 10 de junio de 2009 y el 13 de junio de 2010, además las comisiones que desarrolló como Superintendente Internacional de Negocios, se hicieron como operativas en el exterior por el seguimiento a la filial durante 20 días de junio de 2009, al igual que las causadas entre julio y noviembre de dicho año, marzo y junio de 2010, las cuales se acreditaron en el expediente con la correspondiente legalización frente a cada desplazamiento, así que el propósito que cumplía esos viajes estaba ligado a las funciones de su cargo, y no a fines académicos o de capacitación como lo indicó la *a quo*.

V. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala tendrá como problema jurídico, el establecer la viabilidad de incluir o no los viáticos aludidos por el demandante, dentro de la base salarial para liquidar su pensión de jubilación, a cargo de Ecopetrol.

Está al margen de la discusión, que el demandante prestó servicios a Ecopetrol, entre el 1.º de diciembre de 1987 y el 28 de julio de 2010, que el último cargo que desempeñó fue el de Superintendente de Negocios Internacionales de la Gerencia de

Nuevos negocios de E y P, y que a partir del 29 de julio de 2010, por solicitud suya, la empleadora le reconoció la pensión plena de jubilación en forma vitalicia establecida en el Plan 70 Convencional, en cuantía inicial de \$7.327.282, la cual fue calculada con el promedio de los salarios devengados en el último año de servicios, tal y como dan cuenta el contrato de trabajo, sus prórrogas, las certificaciones del Líder del Grupo Maestra de Datos de la Dirección del Centro de Servicios Compartidos y del Jefe de la Regional de Servicios al Personal Centro Sur de Ecopetrol, y las comunicaciones mediante las cuales le reconocieron la pensión y le informaron cómo fue liquidada (f.º 80, 81, 83, 84, 205, 245-252, 333-335, 342, 415-417, 462, 583-587, 592, 593, 594, 599, 600, 606-609 y CD f.º 292).

La jurisprudencia ordinaria laboral ha señalado que, aun cuando el artículo 130 del Código Sustantivo de Trabajo, reformado por el artículo 17 de la Ley 50 de 1990, no define expresamente lo que debe entenderse como viáticos, de la lectura detenida de dicha disposición puede entenderse que aquellos son unos estipendios que puede recibir el trabajador, como contraprestación al desempeño temporal de sus labores en un sitio diferente a aquel en que presta habitualmente sus servicios, sin que dejen de tener ese carácter porque tengan una denominación distinta (CSJ SL., 20 oct. 2005 rad. 25403, y 30 sep. 2008 rad. 31662, rememorada en la SL562-2013). Esta norma, aun cuando hace parte de las relaciones laborales de carácter privado, es aplicable al caso especial del demandante (CSJ SL., 30 sep. 2008 rad. 33156 enunciada en la SL, 14 jul. 2009 rad. 34625 y la SL14147-2015).

Así las cosas, a la luz del citado artículo 130 y de la jurisprudencia que ha señalado su alcance, para que los viáticos tengan carácter permanente, y por ende incidencia salarial, es indispensable que se

configuren las siguientes condiciones y criterios funcionales o cualitativos y cuantitativos:

- (i) Que tengan carácter habitual, esto es, que se otorguen de manera ordinaria o regular, por razón de que el trabajador deba trasladarse frecuentemente de su domicilio contractual hacia otros lugares;
- (ii) Que esos desplazamientos obedezcan a órdenes del empleador, quien con su poder subordinante está facultado para imponerle al trabajador el desarrollo temporal de sus funciones en sedes diferentes a la usual de sus servicios;
- (iii) Que las actividades encargadas al trabajador en la comisión de servicios, estén relacionadas con las funciones propias del cargo del cual es titular, o de otras actividades que le encomiende su empleador.
- (iv) Que los viáticos se otorguen con el fin de cubrir los gastos correspondientes a manutención y alojamiento, lo que obliga al empleador a detallar qué monto de lo otorgado cubre tales gastos y cuánto corresponde a otros ítems, tales como los de transporte.

En ese contexto, revisará esta Sala de decisión el material probatorio encontrando lo siguiente:

El último cargo que desempeñó el demandante como Directivo no acogido, se itera, fue el de Superintendente de Negocios Internacional Nivel y/o Grupo 10, que ejecutó entre el 16 de junio de 2008 y el 28 de julio de 2010; y como tal, estuvo acogido al Acuerdo 01 de 1977 hasta el 4 de julio de 2010, cuando renunció al mismo, con el fin de acogerse a la Convención Colectiva, y que le aplicaran el Plan 70 para pensionarse por jubilación (f.º 245, 324-327, 332-335, 342, 415-417, 583-587, 600, 601, 606 y CD f.º 292).

En las comunicaciones del 4 de enero y 27 de abril de 2011, y del 30 de noviembre de 2016, el Jefe de la Unidad de Selección, Compensación y Movilidad y los Gerentes de Compensación y Selección y Corporativo de Arquitectura organizacional de Ecopetrol, negaron la incidencia salarial pretendida por el demandante respecto de los viáticos causados por las comisiones realizadas al exterior, con sustento en que ello solo ocurre obedeciendo a un requerimiento propio de la función básica primordial asignada a quien desempeña un cargo calificado como generador de viáticos permanentes, lo cual no se predica del cargo que para la época desempeñó, en la medida en que *«no requería necesariamente el desplazamiento por fuera de la sede de trabajo para permitir el cumplimiento de las obligaciones, en razón a lo cual, de conformidad con las reglamentaciones vigentes y el listado de cargos con incidencia salarial en viáticos aprobado para esta época, no se cumplió con los criterios para reconocer la incidencia salarial pretendida»*, y que si bien existieron algunos desplazamientos al exterior, los mismos obedecieron a trabajos especiales o proyectos específicos de la compañía, así como a capacitaciones y no a actividades que respondieran a la función básica primordial del cargo que desempeñó, e hicieron alusión al memorando VIP-235 de 1998 mediante el cual se adoptó un criterio funcional de cuándo se generan los viáticos permanentes (f.º 87, 88, 94, 95, 254, 256, 257, 340, 341, 483, 484, 589, 590). El mencionado memorando, no fue aportado con el fin de conocer su contenido, ni los n.º VIA-0582 y VIA-0656 de 1995, aludidos en el mismo sentido dentro del reglamento de viáticos vigente en los años 1998-1999, para el personal directivo acogido al Acuerdo 01 de 1977 (f.º 624 vto).

Según la versión 6.^a del Reglamento de Viajes para Funcionarios, emitido el 11 de septiembre de 2008 por la Vicepresidencia de Servicios y Tecnología de la Dirección de Servicios y Beneficios al Personal, se establece en el numeral 11 que *«los viáticos permanentes constituyen salario en aquella parte destinada exclusivamente a*

*proporcionar al trabajador alimentación y alojamiento en las comisiones de trabajo permanentes **derivadas directamente de la naturaleza del cargo desempeñado**, por lo tanto están gravados en cabeza del comisionado y sometidos a retención en la fuente. Los cargos calificados como generadores de viáticos permanentes se relacionan en el Anexo 8» (f.º 258-276), pero tal anexo no fue incorporado con la contestación a la demanda.*

De f.º 96 a 98, obra el memorando UGH-00357 de 2007, en el que el Jefe de la Unidad de Gestión Humana, comunica cuáles son los cargos aprobados con incidencia salarial en los viáticos y la respectiva justificación; sin embargo, a pesar de que el cargo que ocupó el demandante para el último año de servicios no se encuentra registrado dentro del listado de los cargos aprobados, tampoco está relacionado en el detalle de los cargos que *«no fueron aprobados con incidencia salarial en viáticos dado que si bien deben desplazarse en cumplimiento de las funciones asignadas, las comisiones no son permanentes ni repetitivas».*

Mientras que de f.º 615 a 625, obra la actualización del reglamento de viáticos vigente en los años 1998-1999 para el personal directivo acogido al Acuerdo 01 de 1977, y puesto en conocimiento por la Vicepresidencia de Personal el 1.º de julio de 1998, con el memorando VIP-231, de la que se verifica como composición porcentual de los viáticos, entre otros porcentajes, el alojamiento con un 60% y la alimentación con un 20%, lo que no riñe en absoluto con lo pactado por las partes en la cláusula 10.ª de los contratos de trabajo a término fijo e indefinido, que dispuso *«si hubiera lugar a viáticos estos se estimarán como salario solo en un 80% o sea la parte destinada a proporcional manutención y alojamiento»* (f.º 80, 81, 246-250).

Adicional a ello, dentro del mencionado reglamento, en las categorías de cargos a quienes aplican las políticas generales de viajes o comisiones, se encuentran sin distinción alguna, los 'superintendentes' dentro de la categoría n.º 1, sin olvidar que el

demandante se encontraba acogido al citado Acuerdo 01 de 1977 hasta el 3 de julio de 2010, de ahí que, según el caudaloso material probatorio que reposa en el expediente, los viáticos sí constituían factor salarial en lo que corresponde a manutención y alojamiento, para el tipo de cargo que ocupó el demandante.

En gracia de la discusión, debe rememorar la Sala lo adoctrinado en sentencia SL562-2013, en el sentido de señalar en un caso similar que, los sujetos de la relación laboral no pueden de manera unilateral o consensuada, establecer políticas determinantes para señalar en qué casos y a cuáles cargos se les reconoce a los trabajadores viáticos con o sin incidencia salarial, porque independientemente de lo que se hubiese consagrado en determinado reglamento de viajes o memorando acerca de los gastos para comisiones por trabajo, y de que ello fuere o no de conocimiento del trabajador, si aquellos eran permanentes y estaban destinados a manutención y alojamiento, indefectiblemente tenían naturaleza salarial, siendo en todo caso ineficaz toda cláusula que fuere en contravía de ello, de conformidad con el artículo 43 del Código Sustantivo del Trabajo.

Lo anterior, muy al margen de que para la Sala no resulte viable valorar como medio probatorio idóneo la presunta impresión de un correo electrónico dirigido por el Call Center Primario – Soporte Administrativo Viajero, al demandante el 22 de enero de 2010, en el que aparentemente se le indica que para la época registra como generados de viáticos permanentes dentro de la herramienta Viajero (f.º 107), en la medida en que no se tiene la certeza de la trazabilidad de la información allí brindada, ni cuál es el vínculo que Cindy Arango, quien presuntamente suscribe el mensaje, tiene con Ecopetrol.

Así que lo que aquí se debate, depende de lo que al efecto consagre la ley para aquellos casos en los que el trabajador habitualmente debe desplazarse de su sede de trabajo hacia otras diferentes para cumplir funciones requeridas por su empleador; por lo que en cada caso en particular es necesario analizar al tenor de lo dispuesto en el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, las características propias de los desplazamientos del trabajador, y así concluir si los viáticos percibidos tienen o no el carácter de permanentes.

Por lo anterior, en materia de legalización de viajes, es pertinente tener en cuenta los que se hicieron en el último año de servicios, esto es, entre el 28 de julio de 2009 y el 28 de julio de 2010, de manera que la documental relacionada con legalizaciones de viajes realizados con anterioridad a ese período que obra de f.º 173 a 204, 491 a 509 no puede ser objeto de valoración, dado que lo que se predica en el presente proceso es la inclusión de los viáticos generados en el último año de servicios para efectos de incrementar la base salarial con la que se liquida la pensión de jubilación que hoy goza el demandante, solución que se acompasa con lo desarrollado por la Sala de Casación Laboral de nuestro Órgano Máximo de Cierre en sentencia SL, 4 jul. 2012 rad. 41028.

Así las cosas, las legalizaciones de viaje que reposan de f.º 108 a 172, dan cuenta de los viajes n.º 67 a 76 efectuados así:

Con sec.	N.º viaje	Fecha inicial	Fecha final	Total Días	Tipo de comisión	Objeto	f.º
1	67	27-jul.-2009	6-ago.-2009	11	Al ext. hasta 60 días	Seguimiento actividades de la filial Ecopetrol América Inc.	167-172
2	68	18-ago.-2009	28-ago.-2009	11	Operativa Exterior solo pesos	Seguimiento actividades de la filial	160-166

						Ecopetrol América Inc.	
3	69	7-sep.-2009	11-sep.-2009	5	Operativa Exterior solo pesos	Seguimiento actividades de la filial Ecopetrol América Inc.	108-112, 155-161
4	70	23-sep.-2009	2-oct.-2009	10	Operativa Exterior solo pesos	Seguimiento actividades de la filial Ecopetrol América Inc.	148-154
5	71	6-oct.-2009	9-oct.-2009	4	Al ext. hasta 60 días	Manejo filial Ecopetrol América Inc.	141-147
6	72	2-nov.-2009	12-nov.-2009	11	Al ext. hasta 60 días	Seguimiento actividades de la filial Ecopetrol América Inc.	136-140
7	73	14-nov.-2009	19-nov.-2009	6	Operativa Exterior solo pesos	AAPG International Conference & Exhibition (STAND ECOPETROL)	132-135
8	74	9-mar.-2010	18-mar.-2010	10	Al ext. hasta 60 días	Lease 213 Houston and New Orleans	125-131
9	75	8-jun.-2010	11-jun.-2010	4	Operativa	Foro I+D+I ICP Bucaramanga	122-124
10	76	13-jun.-2010	3-jul.-2010	21	Al ext. hasta 60 días	Curso managing major E&P projects & essential skills for O&G managers	113-121

De manera que, estos 10 viajes realizados dentro del último año de prestación de servicios suman 93 días en comisión, de los cuales 31 días fueron utilizados para efectos de recibir capacitaciones en 3 viajes; sin embargo, del caudal probatorio aportado no se observa alguna causal de exclusión en cuanto a la causación de viáticos para cuando los superintendentes son enviados por Ecopetrol, en comisión a capacitación, todo lo contrario, el reglamento de viajes para el personal directivo al que se hizo referencia, habla de los diversos tipos de comisiones en el país y en el exterior, dentro de los que se

encuentran las comisiones de trabajo o capacitación hasta 60 días y mayores a 60 días en el país y el exterior, teniendo el trabajador comisionado que presentar una cuenta de gastos que justifique el gasto en alojamiento y alimentación para su legalización, y ello es lo que dan cuenta los folios a los que se hizo alusión en el cuadro atrás diseñado.

Entonces, se tiene por acreditado que el demandante regularmente desempeñó sus labores fuera de su sede trabajo en los tiempos referidos, pues los objetos que tuvieron las comisiones por trabajo en el exterior, se encuentran relacionados con las responsabilidades y funciones generales y genéricas descritas en la certificación que reposa de f.º 587 a 586 y CD f.º 292, y en todo caso, se trató de actividades encomendadas por su empleador, generando entonces, viáticos permanentes durante el último año de prestación de servicios, con incidencia en la liquidación de la pensión de jubilación convencional, en lo que corresponde a manutención y alojamiento, por lo que se **revocará** la sentencia apelada, en la medida en que la entidad demandada no corrió con la carga probatoria impuesta por los artículos 164 y 167 del Código General del Proceso, para acreditar que los requerimientos suyos para las mencionadas comisiones, obedecieron a situaciones excepcionales, ocasionales o de coyuntura.

En ese orden de ideas y, teniendo en cuenta los mismos términos en los que se reconoció la pensión de origen convencional (f.º 83, 84), la Sala procede a reliquidarla, incorporando los valores recibidos por el demandante a título de viáticos permanentes, así:

Teniendo en cuenta que el demandante devengó viáticos en dólares americanos (USD) y en pesos colombianos (COP), es necesario convertir todo a pesos colombianos, pues todo el régimen pensional

se desestabilizaría si se admitieran los pagos de pensiones en moneda extranjera (CSJ SL, 12 dic. 2002 rad. 18838, y SL, 30 abr. 2014 rad. 34624) y para tal efecto, se hará uso de la tasa de cambio oficial representativa del mercado (TRM) oficial del Banco de la República¹, vigente en el momento en el cual se configuró la obligación, considerándose razonablemente la más apropiada para dicha conversión, la tabla de esa entidad financiera que contiene la serie histórica con periodicidad mensual promedio y fin de mes², la cual, por ser un hecho notorio no requiere de prueba según las voces del artículo 180 del Código General del Proceso, aplicable al procedimiento laboral por remisión expresa del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Así las cosas, como se ilustra para mayor comprensión en la liquidación que hace parte integral de esta sentencia, el demandante recibió por viáticos con incidencia salarial dentro del último año, un total de \$47.273.852,26 en moneda legal colombiana, que se sumarán a lo indicado en la certificación de ganancias para pensión (f.º 84, 592-595), con el fin de encontrar el promedio anual correspondiente y hallar el monto de la mesada inicial:

CONCEPTO	VALOR
Certificado de ganancias	COP 111.653.822
Viáticos último año	COP 47.273.852,26
Promedio último año	COP 13.243.972,86
75% del promedio	COP 9.932.979,64
2.5.% después de 20 años 5% (2)	COP 496.648,98
VALOR PENSIÓN DEFINITIVA EN 2010	COP 10.429.628,62

¹ <https://www.banrep.gov.co/es/estadisticas/trm>

² https://totoro.banrep.gov.co/analytics/saw.dll?Go&NQUser=publico&NQPassword=publico123&Action=prompt&path=%2Fshared%2FSeries%20Estad%3%ADstic%20Tasa%20de%20Cambio%20Peso%20Colombiano%2F1.1%20TRM%20-%20Disponible%20desde%20el%2027%20de%20noviembre%20de%201991%2F1.1.12.TCM_Serie%20hist%3%B3rica%20promedio%20mensual&Options=rdf

Por tanto, la pensión de jubilación será el equivalente a **\$10.429.628,62** mensuales con efectividad a partir del 29 de julio de 2010, que aplicados los respectivos ajustes anuales, asciende a \$11.655.767 para el año 2014 y a \$15.208.401 para el año 2020.

En virtud del artículo 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, se interrumpe el fenómeno extintivo de la prescripción por **una sola vez** y por un lapso trienal, de manera que al haberse reclamado a Ecopetrol la incidencia salarial de los viáticos, el 1.º de diciembre de 2010 (f. 85, 86), el demandante contaba hasta el 1.º de diciembre de 2013 para impetrar la demanda, pero no lo hizo, motivo por el que no se tienen en cuenta las reclamaciones del 18 de marzo de 2011 y del 8 de noviembre de 2016 (f.º 89-93, 206-213, 253-257, 589, 590).

Por lo anterior, se declararán **prescritas** las diferencias pensionales causadas entre el 29 de julio de 2010 y el 19 de octubre de 2014, teniendo en cuenta el acta de reparto (f.º 215); con la advertencia de que no sucede lo mismo en relación con el derecho a reliquidar la pensión que percibe el demandante, por inclusión de los viáticos permanentes como factor prestacional, dado que dicho reajuste, debido a la naturaleza periódica y de tracto sucesivo de las prestaciones reclamadas, no están sujetas a las reglas de prescripción por constituir aspectos ínsitos al derecho pensional, razón por la cual las personas tienen el poder jurídico de demandar en cualquier tiempo la revisión de sus pensiones (CSJ SL8544-2016).

En consecuencia, el retroactivo en favor del demandante por diferencias no prescritas causado entre el 20 de octubre de 2014 y el 31 de agosto de 2020, asciende a **\$308.904.739** de conformidad con la liquidación anexa y sin perjuicio de las demás que se sigan

causando, por lo que en estos términos será **condenada** la demandada.

Sin costas en la alzada, ante su no causación, las de primera serán a cargo de Ecopetrol.

En mérito de lo expuesto, la Sala Quinta de Decisión 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: REVOCAR la sentencia apelada, para en su lugar, **CONDENAR a ECOPETROL S.A.**, a reliquidar la pensión jubilación incluyéndose para el efecto, los viáticos con incidencia salarial pagados durante el último año de servicios, fijando como primera mesada pensional la suma de \$10.429.628,62 mensuales con efectividad a partir del 29 de julio de 2010, que aplicados los respectivos ajustes anuales, asciende a \$11.655.767 para el año 2014, y a \$15.208.401 para el año 2020, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: CONDENAR a ECOPETROL S.A., a pagar a **JAVIER GEOVANNI MOROS OTERO**, la suma de **\$308.904.739** como retroactivo por diferencias pensionales calculado desde el 20 de octubre de 2014 hasta el 31 de agosto de 2020, de conformidad con la liquidación anexa y sin perjuicio de las demás que se sigan causando, conforme lo considerado.

TERCERO: Declarar parcialmente probada la excepción de prescripción respecto de las diferencias por mesadas pensionales

causadas entre el 29 de julio de 2010 y el 19 de octubre de 2014, conforme a las consideraciones expuestas.

CUARTO: Sin costas en esta instancia, ante su no causación. Las de primera serán a cargo de Ecopetrol.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



DAVID A. J. CORREA STEER



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN



HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA



República de Colombia
Unidad Social de Bogotá
Bogotá, D.C.

DR. DAVID A. J. CORREA OTERO
Magistrado Presente

Expediente n.º 11001 31 05 028 2017 00737 01
Demandante: JAVIER GIOVANNI BORGOS OTERO
Demandado: ECOPETROL SA

Cod. viaje	N.º	Fecha inicial	Fecha final	Días	Objeto	Alojamiento	Alimentación	Total a tomar en cuenta	TRM mensual promedio y día de mes oficial vigente	Conversión a pesos colombianos	C.º		
1	67	27-jul-2009	6-ago-2009	11	Seguimiento actividades de la filial Ecopetrol America Inc.	USD 1.819,00	USD 900,00	USD 2.719,00	COP 2.018,97	COP 5.489.579,43	167-172		
2	68	18-ago-2009	28-ago-2009	11	Operativa Exterior	USD 1.990,00	USD 990,00	USD 2.980,00	COP 2.035,00	COP 6.064.300,00	150-166 108-112		
3	69	7-sep-2009	11-sep-2009	5	Operativa Exterior	USD 791,00	USD 450,00	USD 1.241,00	COP 1.980,77	COP 2.458.135,57	155-161		
4	70	23-sep-2009	2-oct-2009	10	Operativa Exterior	USD 1.793,00	USD 900,00	USD 2.693,00	COP 1.904,86	COP 5.129.787,98	148-154		
5	71	6-oct-2009	9-oct-2009	4	Operativa ext.hasta	USD 643,00	USD 360,00	USD 1.003,00	COP 1.904,86	COP 1.910.574,58	141-147		
6	72	2-nov-2009	12-nov-2009	11	Operativa ext.hasta	USD 1.793,00	USD 990,00	USD 2.783,00	COP 1.973,57	COP 5.492.445,31	136-140		
7	73	14-nov-2009	19-nov-2009	6	Operativa Exterior	USD 1.513,00	USD 480,00	USD 1.993,00	COP 1.973,57	COP 3.341.254,01	132-135		
8	74	9-mar-2010	18-mar-2010	10	Operativa ext.hasta	USD 1.949,00	USD 900,00	USD 2.849,00	COP 1.909,10	COP 5.439.025,90	125-131		
9	75	8-jun-2010	11-jun-2010	4	Operativa	#####	COP -	COP 328.600,00	N.A.	COP 328.600,00	122-124		
10	76	13-jun-2010	3-jul-2010	21	Operativa ext.hasta	USD 4.309,00	USD 1.890,00	USD 6.199,00	COP 1.874,52	COP 11.620.149,48	113-121		
Total días en comisión						93						Total viáticos con incidencia salarial última año	COP 47.273.852,26
Días en representación						31							

CONCEPTO	VALOR
Certificado de generancia	COP 111.653.822
Viáticos último año	COP 47.273.852,26
Promedio último año	COP 13.243.973,86
75% del promedio	COP 9.932.979,94
2,5 % de cuota de 20 años	COP 496.648,98
VALOR FERROVIA DEFINITIVA EN 2010	COP 10.429.628,62

AÑO	INCREMENTO	MESSADA PAGADA	MESSADA AJUSTADA	DIFERENCIALES MENSUALES
2010	3,00%	\$7.327.282	\$10.429.629	\$3.102.347
2011	3,17%	\$7.559.837	\$10.760.248	\$3.200.411
2012	3,72%	\$7.841.528	\$11.161.805	\$3.320.277
2013	2,44%	\$8.032.862	\$11.433.948	\$3.401.087
2014	1,94%	\$8.188.699	\$11.655.767	\$3.467.068
2015	3,66%	\$8.488.499	\$12.082.368	\$3.593.869
2016	6,77%	\$9.053.071	\$12.900.344	\$3.847.274
2017	5,75%	\$9.584.197	\$13.642.114	\$4.057.917
2018	4,09%	\$9.976.191	\$14.200.076	\$4.223.886
2019	3,18%	\$10.293.434	\$14.651.639	\$4.358.205
2020	3,80%	\$10.684.584	\$15.208.401	\$4.523.817

AÑO	MONTO DIFERENCIA MENSUAL	Nº MENSUAL	Subtotal
2014	\$ 3.967.068	1,90	\$ 7.537.430
2015	\$ 3.973.962	13	\$ 51.661.513
2016	\$ 3.817.274	13	\$ 49.824.568
2017	\$ 4.057.917	12	\$ 48.695.004
2018	\$ 4.223.886	13	\$ 54.910.514
2019	\$ 4.358.205	13	\$ 56.656.668
2020	\$ 4.523.817	8,00	\$ 36.190.536
Total			\$ 304.904.938

//Nmo.***



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Quinta de Decisión Laboral

DAVID A. J CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **JENNYFER CASTRO ESPARZA** contra **VERTICAL DE AVIACIÓN S.A.S.**

EXP. 11001-31-05-028-2017-00828-01.

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veinte (2020).

En la fecha señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.º 806 de 2020, se reunió la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá DC, integrada por los Magistrados ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN, HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante y demandada, contra la sentencia proferida el 18 de septiembre de 2019, por el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá.

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

JENNYFER CASTRO ESPARZA, demandó a la sociedad **VERTICAL DE AVIACIÓN S.A.S.**, para que se declarara la existencia de un contrato de trabajo entre el 13 de julio de 2012 y el 21 de

febrero de 2017; que no realizó el pago de ningún valor por concepto de prestaciones sociales y vacaciones, y que el vínculo contractual terminó por decisión unilateral con justa causa de la demandante, el día 21 de febrero de 2017, configurándose así un despido indirecto. Consecuencialmente, para que fuera condenada al pago de los siguientes conceptos: **i)** Vacaciones, \$2.182.778.35 desde el 12 de julio de 2020 al 21 de febrero de 2017; **ii)** cesantías, \$2.256.000 por el año 2016; **iii)** cesantías, \$270.720 por el año 2016; **iv)** primas de servicio de junio y diciembre, \$2.256.000, por el año 2016; **v)** cesantías, \$139.183.33 por el año 2017; **vi)** intereses a las cesantías, \$16.702.00 por el año 2017; **vii)** primas de servicio de junio y diciembre, \$139.183.33 por el año 2017; **viii)** indemnización moratoria contenida en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, por \$27.072.000.000; **ix)** indemnización moratoria contenida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, por \$29.109.200.00; **x)** indemnización por el no pago oportuno de los intereses a las cesantías por \$270.720, e **xi)** indemnización por despido indirecto, por \$7.158.000.

Fundamentó sus pretensiones, en que mediante contrato de trabajo a término indefinido, laboró al servicio de la demandada entre el 13 de julio de 2012 y el 21 de febrero de 2017; que el día 17 de febrero de 2017, presentó carta de renuncia motivada, en donde se expuso que la demandada cancelaba el salario de la actora con varios meses de retardo; que jamás se le hizo requerimiento o llamado de atención alguno por el desempeño de sus laborales durante la vigencia de la relación laboral; que el salario percibido para los años 2016 y 2017, fue de \$2.256.000 y \$2.386.000 respectivamente, y que su jornada era de lunes a viernes en el horario de 7:30 a.m. a 7:30 p.m.

Sobre su liquidación, manifestó que la demandada no entregó si quiera copia de esta; que no canceló la liquidación por terminación del contrato, correspondiente a la indemnización por despido indirecto, ni el monto de la liquidación final de salarios y prestaciones, pese a que solicitó el pago de sus acreencias laborales, y que la demandada obró de mala fe por la no cancelación de estos conceptos. Finalmente, indicó que no le fueron canceladas las prestaciones sociales descritas en el acápite de las pretensiones, ni las indemnizaciones ya señaladas.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 18 de abril de 2018, ordenándose su notificación y traslado a la demandada (f.º 43).

VERTICAL DE AVIACIÓN S.A.S., se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda. En su defensa, manifestó que realizó el pago de la liquidación del contrato de trabajo, no obstante, la demandada no se presentó a reclamarla, por lo cual procedió a consignarla por depósito judicial al Juzgado Décimo Municipal de Pequeñas Causas. Indicó, que los hechos expresados por la demandante, como motivo de su renuncia eran imprecisos y alejados de la realidad fáctica de la relación laboral. Asimismo, aclaró que realizó el pago de todas las prestaciones sociales que se causaron durante la vigencia del contrato de trabajo. (f.º 64 - 66)

Propuso las excepciones de fondo de inexistencia de las obligaciones demandadas, enriquecimiento sin justa causa de la demandante, buena fe de la demandada, prescripción y compensación.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia de 18 de septiembre de 2019, condenó a la demandada a pagar la suma de \$29.112.006 por concepto de indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo; le impuso el pago de las costas por \$800.000; declaró probada parcialmente la excepción de prescripción y buena fe e inexistencia de la obligación, y absolvió de las demás pretensiones.

Manifestó que, dentro del plenario, no fue objeto de controversia que entre las partes existió una relación laboral desde el 13 de julio de 2012 hasta el 21 de febrero de 2017, mediante contrato a término indefinido, así como tampoco lo fue el cargo y el salario devengado por la actora. Consideró, que el problema jurídico a resolver era si a la demandada le asistía el reconocimiento y pago de la indemnización por despido indirecto; de la liquidación final de prestaciones sociales, y demás indemnizaciones pretendidas por la demandada.

Respecto de la terminación del vínculo laboral por despido indirecto, señaló que conforme a la jurisprudencia, cuando un trabajador termina unilateralmente el contrato de trabajo y aduce justa causa para ello, tiene la carga de demostrar los hechos sobre los cuales edificó su decisión. Se refirió a lo dispuesto por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia de 6 de abril de 2001, radicado 13648, en donde se establecieron los requisitos para la configuración de un despido indirecto: **i)** Que el trabajador en un acto de voluntad manifieste su intención de finalizar la relación laboral, **ii)** que dentro de ese acto exponga con claridad la motivación que ajustada a una o varias de las causales contempladas en el literal b) del artículo 7.º del Decreto 2351 de 1965, lo llevó a tomar la determinación, y **iii)** cumplir con la carga probatoria, para

demostrar que el empleador incurrió en las conductas señaladas.

El juzgado, estimó que en este caso se acreditó el primer requisito, con la carta de renuncia presentada por la actora el día 17 de febrero de 2017 (f.º 19), en donde se indicó como motivo de la terminación del vínculo laboral el incumplimiento de la obligación del empleador contemplada en el numeral 4.º del artículo 57 del Código Sustantivo del trabajo: *“Pagar la remuneración pactada en las condiciones, periodos y lugares convenidos”*. Aclaró, que conforme a lo establecido en el literal b), numeral 6.º del artículo 62 ibidem, es justa causa para que el trabajador termine el contrato, el incumplimiento sistemático sin razones validas de las obligaciones del empleador.

Así, el despacho consideró que, de las pruebas allegadas al proceso, se evidenció que la demandada incurrió en mora en el pago de los salarios devengados por la actora en septiembre, octubre y noviembre de 2016, y enero de 2017, (f.º 23 - 26) y (f.º 83 - 94). No obstante, dicho incumplimiento no fue de manera sistemática como lo exige la causal invocada por la actora, puesto que la prueba documental denominada permiso de reorganización expedido por la Superintendencia de Sociedades (f.º 60 - 69), demostró que el incumplimiento obedeció a una razón valedera, además de que la conducta de la demandada no fue reiterada o continuada, pues no se allegó prueba alguna de que los sueldos de otros periodos estuvieran atrasados o hayan sido pagados con retardo injustificado. Igualmente, la demandada realizó el pago de los salarios adeudados en el menor tiempo que le fue posible obrando de buena fe. El despacho concluyó entonces, que la causal expresada por la actora no constituía justa causa comprobada de despido indirecto, por lo cual no procedía el pago de la indemnización contemplada en el artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo.

Frente a la indemnización moratoria por pago tardío en las acreencias laborales, señaló que la sanción por la no consignación de las cesantías, consagrada en el numeral 3.º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, según la Corte Suprema de Justicia no es automática, y que solo procede cuando hay mala fe por parte del empleador, la cual no se comprobó en el presente caso toda vez que las pruebas documentales evidenciaron que la demandada canceló oportunamente a PORVENIR S.A., las cesantías de los años 2012, 2013 y 2014, mientras que las de 2015, las canceló con un día de retardo, esto es el 15 de febrero de 2016, y las de 2016, las canceló con 14 días de retardo. En este orden, no obraron elementos probatorios que demostraran la mala fe, debido a que el retardo fue de unos pocos días, y obedeció a la difícil situación económica que atravesaba la empresa.

Sobre la indemnización moratoria del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, manifestó que, conforme a lo dicho por la Sala de Laboral de la Corte Suprema de Justicia, debe determinarse si la falta de pago de salarios y prestaciones sociales estuvo asistida por mala fe del empleador. Ahora bien, en el presente caso la relación laboral finalizó el día 21 de febrero de 2017 y solo hasta el 18 de diciembre de 2018, se efectuó la cancelación de la liquidación mediante pago por consignación al Banco Agrario por constitución del título judicial n.º 400100008372683, que fue reclamado por la actora el día 27 de febrero de 2018, que fue el día que el despacho tuvo como fecha de liquidación final del contrato, por ser desconocida la fecha en la cual la demandada comunicó a la actora de la existencia del pago. Por consiguiente, el despacho estimó que la conducta pasiva de la demandada no estuvo asistida de buena fe, teniendo en cuenta que la mora fue de casi 10 meses, razón por la cual le correspondía reconocer la indemnización.

Finalmente, en referencia a las prestaciones sociales, manifestó que el pago correspondiente a las vacaciones fue cubierto en su totalidad por la empresa, por lo que fue absuelta.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

1.- PARTE DEMANDANTE.

Manifiesta su inconformidad, en lo atinente a que el juzgado consideró probada la mala fe de la demandada en el retardo del pago de la liquidación del contrato de trabajo, pero no en el incumplimiento del pago de los salarios ni de la consignación de las cesantías, pese a que ambas conductas estuvieron ligadas al mismo contrato de trabajo.

Señaló, que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha sostenido que si bien la sanción no opera de manera automática, debe presumirse la mala fe del empleador, por lo cual le correspondía a la demandada demostrar que existió buena fe en su actuar, máxime si se tiene en cuenta que en el momento en que terminó la relación laboral, la empresa no se encontraba en un proceso de reorganización, y que dicha situación tampoco fue puesta en conocimiento de los trabajadores, como lo manifestó el representante legal en el interrogatorio de parte.

Finalmente, enfatizó que la conducta de la empresa de no haber pagado los salarios a la actora por cuatro meses, contrario a lo que señaló el despacho, si configura una conducta sistemática y reiterativa, por lo cual debió condenarse a la demandada al pago de la indemnización por despido sin justa causa.

2.- PARTE DEMANDANDA

Expresó su inconformidad, sobre la procedencia de la indemnización establecida en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, toda vez que el incumplimiento del pago de la liquidación final de las acreencias laborales de la señora Jennifer Castro Esparza no fue producto de la mala fe, puesto que quedó demostrado que la empresa no pudo cumplir a tiempo con sus obligaciones por factores externos y fuerza mayor.

Sostuvo, que la empresa hizo todo lo que estuvo a su alcance para obtener los recursos necesarios, y dar cabal cumplimiento de sus obligaciones. Enfatizó, que la actora tuvo falta de diligencia puesto que jamás se acercó a la empresa a reclamar su liquidación laboral, pese a que fue contactada telefónicamente, razón por la cual procedió a realizar el depósito judicial para dar cumplimiento a sus obligaciones contractuales y legales. Se refirió a lo dispuesto por la Corte Suprema en Justicia en sentencia SL 4051 de 2017, en donde se estableció que la indemnización moratoria no opera de manera automática e inexorable, sino que debe probarse la mala fe del empleador, aspecto que no se dio en el presente caso, debido a que fueron claras las razones por las cuales no se había podido pagar la liquidación de acreencias laborales.

V. CONSIDERACIONES

Para decidir la apelación interpuesta por las partes, el tribunal tendrá en cuenta las previsiones del artículo 66 A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, según el cual, la sentencia de segunda instancia y la decisión sobre los autos apelados, deberán estar en consonancia con las materias objeto de la apelación, lo cual

le impone un límite a la competencia del tribunal, ya que no puede ir más allá de las inconformidades expuestas por las recurrentes.

1.- DE LA APELACIÓN DE LA PARTE DEMANDANTE.

1.1.- INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO INDIRECTO.

Esta claro en el presente caso, que la actora terminó unilateralmente el contrato de trabajo debido al incumplimiento de la empresa de sus obligaciones laborales, como lo fue la falta de pago de los salarios correspondientes a los meses de septiembre, octubre y noviembre de 2016, y enero de 2017. No obstante, no se comparte la apreciación del juez de que el hecho de que la empresa haya iniciado el trámite establecido en la ley 1116 de 2006, constituya una razón valedera para justificar la mora en el pago de los salarios, ni que dicho incumplimiento no haya sido sistemático o reiterativo.

Es necesario aclarar, que el juez tomo su decisión con base a lo expresado por la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL9660-2014: *“no se trata del simple incumplimiento de las obligaciones a cargo de la empresa para que el trabajador tenga un justo motivo atribuible al empleador para renunciar, como parece entenderlo el recurrente, sino que el precepto regulador de la causal precitado exige que este sea sistemático, entendiéndose con ello que debe ser regular, periódico o continuo, que apunte a demostrar que el empleador ha tomado la conducta o el propósito de incumplir.”*

Empero, en esa ocasión la Corte se pronunció sobre un caso de características disimiles del que hoy se estudia, toda vez que el empleador se encontraba en reestructuración económica en el momento en que el trabajador renunció, y presentaba retraso en el pago de un mes de salario y dos primas, que, si bien representaban un incumplimiento contractual, el mismo no era de carácter sistemático.

Ahora bien, en el presente caso se tiene que al momento de la terminación del contrato, esto es el 17 de febrero de 2017, fecha en la cual la actora presentó carta de renuncia (f.º 19), la empresa no se encontraba en proceso de reorganización, debido a que en el documento aportado al proceso titulado "AVISO REORGANIZACIÓN" (f.º 106), consta que el 14 de septiembre de 2018, se admitió en proceso de reorganización, es decir 1 año y 7 meses después de la finalización del contrato de trabajo.

De otro lado, en sentencia de 2 de julio de 2009, radicado 36298, de la Corte Suprema de Justicia, se expresó lo siguiente:

"Cualquier violación grave de las obligaciones o prohibiciones especiales que incumben tanto al empleador como al trabajador, faculta al uno o al otro para dar por terminado el contrato de trabajo por justa causa, de acuerdo con el artículo 7º, literales a) numeral 6 y literal b) numeral 8 del Decreto 2351 de 1965.

En cuanto tiene que ver con el empleador, el pago del salario de conformidad con lo convenido, es una de sus obligaciones especiales; y siendo especial esa obligación, ello significa que está revestida de una particular y superior condición, justificable en la medida en que con el salario, que es la contraprestación directa y necesaria de la fuerza de trabajo que el empleado pone a su vez a disposición de su empleador, con la que aquel trabajador puede satisfacer sus necesidades personales y familiares, es decir que puede realizarse como ser humano y proyectar su vida dentro del núcleo social en el cual se desenvuelve."

Así las cosas, se estima razonable la apreciación expuesta por la parte demandante en el entendido de que la empresa no estaba en proceso de reorganización, cuando incumplió la obligación de pagar el salario de la actora. Por ende, considera la sala que si hubo incumplimiento sistemático en cuanto que el no pago de salarios se dio por un periodo considerable de 4 meses, de forma continua y sistemática. Razón por la cual se revocará la sentencia de primera

instancia, en torno a este punto de controversia, y se condenará por la indemnización por despido injusto.

1.2.- DE LA SANCIÓN POR LA NO CONSIGNACIÓN DE LAS CESANTÍAS.

En Sentencia de 19 de octubre de 2016, radicado n.º46574, la Corte Suprema de Justicia expresó que la sanción por la no consignación de las cesantías es de *“naturaleza eminentemente sancionatoria, y como tal su imposición según quedó visto, está condicionada al examen, análisis o apreciación de los elementos subjetivos relativos a la buena fe o mala fe que guiaron la conducta del empleador.”*

En este orden, se procederá a analizar si en el presente caso, hubo o no mala fe por parte de la demandada en la no consignación oportuna del auxilio de cesantías de los años 2015 y 2016. Respecto del 2015, se tiene que la empresa realizó la consignación el 15 de febrero de 2016, esto es con un día de retraso, mientras que la consignación de 2016, se realizó el 28 de febrero, es decir con 14 días de retraso.

Ahora bien, pese a ser evidente el retraso en la consignación de las cesantías, es claro que el empleador no se sustrajo de su obligación como para afirmar que actuó de mala fe, máxime si se tiene en cuenta que la consignación de las cesantías de los años 2012, 2013 y 2014, se realizó dentro del término legal establecido para el efecto, y también, el hecho de que no quedaron saldos de cesantías pendientes a favor de la demandante cuando se finalizó el contrato laboral.

2.- APELACIÓN DE LA DEMANDADA.

2.1.- INDEMNIZACIÓN MORATORIA DEL ARTÍCULO 65 DEL CÓDIGO SUSTANTIVO DEL TRABAJO.

Sobre la indemnización moratoria establecida en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, es necesario recordar que para establecer su procedencia, la jurisprudencia ordinaria laboral ha definido de antaño, que se debe estudiar, en cada caso particular, la conducta remisa del empleador, para con ello determinar, si su obrar, al abstenerse de pagar en forma oportuna y completa los salarios y prestaciones sociales a la finalización del nexo contractual, está precedido o no de buena fe, por encontrarse justificado en motivos serios que, a pesar de no resultar jurídicamente acertados, sí pueden ser considerados como atendibles (CSJ SL1285-2016).

Y en tal sentido, se tiene que en el presente caso no se puede predicar la buena fe de **VERTICAL DE AVIACIÓN S.A.S.**, porque si bien es cierto que cumplió con lo dispuesto en el literal 2.º del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, esto es, consignar el valor de la liquidación ante el juez del trabajo, dicho procedimiento se surtió solo hasta el 18 de diciembre de 2017 (f.º 115), en aproximadamente 10 meses después de la terminación del vínculo laboral. Resaltándose, que durante el periodo en el cual la empresa omitió efectuar la liquidación de acreencias laborales, no se encontraba en proceso de reorganización, por lo que no es un motivo válido para justificar su incumplimiento. Igualmente, no son de recibo los argumentos esgrimidos por la demandada, sobre el hecho de que los honorarios de la empresa dependían del Ministerio de Defensa, pues jurisprudencialmente se ha establecido que la crisis económica o el estado de iliquidez de una empresa, no lo exime de la responsabilidad de pagar las obligaciones laborales que le corresponden. (CSJ

sentencias SL del 3 may. 2011 rad. 37493, y SL 24 ene. y 24 de abr. de 2012 rad. 37288 y 39319, respectivamente, entre muchas otras).

En mérito de lo expuesto, la Sala Quinta de Decisión 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: REVOCAR el numeral segundo de la sentencia proferida 18 de septiembre de 2019, por el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá, y en su lugar se dispone:

SEGUNDO: CONDENAR a la sociedad **VERTICAL DE AVIACIÓN S.A.S.**, a la suma de **Ocho Millones Ciento Veintidós mil pesos (\$8.122.000)** por concepto de indemnización por despido indirecto.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada.

CUARTO: COSTAS. Sin costas en esta instancia, al haber prosperado el recurso parcialmente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,



DAVID A. J. CORREA STEER



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN



HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Quinta de Decisión Laboral

DAVID A. J CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **JULIETH VIVIANA LAGUNA BERNAL** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES EICE**, de **COLFONDOS SA PENSIONES Y CESANTÍAS** y de **MEDIMÁS EPS SAS**

Litis consorte necesario: **CAFESALUD EPS SA** en liquidación.

EXP. 11001 31 05 031 2019 00066 01

Bogotá DC, treinta y uno (31) de agosto de dos mil veinte (2020)

En la fecha arriba señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.º 806 de 2020, se reunió la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá DC, integrada por los Magistrados **ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**, **HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA** y **DAVID A. J. CORREA STEER**, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver los recursos de apelación interpuestos por la demandante y Medimás EPS SAS, contra la sentencia proferida el 18 de febrero de 2020, por el Juzgado 31 Laboral del Circuito de Bogotá DC, y dictar la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió la demandante, que se condene a las demandadas al pago completo de las incapacidades otorgadas entre el 27 de

diciembre de 2016 y el 4 de septiembre de 2018, más las posteriores al día 540 acumulado, junto con la reparación integral de daños y perjuicios de orden patrimonial y extra patrimonial y los intereses moratorios (f.º 111, 112 Cdo n.º 1).

Como sustento relevante de sus pretensiones manifestó, que mientras fungió como conductora de bus zonal en el Consorcio Express SAS, fue diagnosticada con una gonartrosis no especificada, asociada a obesidad, soplo cardíaco y adenoma hipofisiario, motivo por el que inició incapacidades médicas desde el 3 de mayo de 2015 bajo el diagnóstico de condromalacia – M942; la EPS Cafesalud SA emitió concepto desfavorable de rehabilitación, el cual fue ordenado remitir a Colpensiones a través de fallo de tutela proferido en segunda instancia el 4 de julio de 2017 por la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá DC; Colpensiones emitió calificación de PCL en noviembre de 2016, otorgándole un 25.87%; desde el 27 de diciembre de 2016 y hasta la fecha de presentación de la demanda, ha presentado incapacidades, pero ninguna ha sido reconocida ni pagada por la EPS Cafesalud, ni por Colpensiones; fue calificada por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, el 27 de julio de 2018 con un 33.47% de PCL; solicitó el reconocimiento de las incapacidades el 10 y el 17 de octubre de 2018 ante las entidades demandadas (f.º 112-115).

II. CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

Previa subsanación, la demanda se admitió el 19 de febrero de 2019, ordenando la notificación y traslado a las demandadas (f.º 133), y en proveído del 25 de abril de 2019 se ordenó vincular a Cafesalud EPS SA (f.º 364), entidades que dieron respuesta así:

Colpensiones contestó con oposición con el argumento de que la demandante no acredita la totalidad de los requisitos exigidos por el artículo 142 del Decreto 019 de 2012, al no contar con un concepto favorable de rehabilitación emitido por la EPS; propuso como excepciones de mérito las de prescripción, caducidad, cobro de lo no debido, inexistencia del derecho y de la obligación y buena fe (f.º 146-150).

La **EPS Medimás** se opuso a lo pretendido porque es una entidad distinta a Cafesalud EPS SA, y su constitución se dio el 19 de julio de 2017, por tanto la responsabilidad en el pago de reembolsos hasta el 31 de julio de dicha anualidad, corre por cuenta de la mencionada entidad, máxime cuando esa persona jurídica aún subsiste. Excepcionó la inexistencia de la obligación, prescripción, buena fe, cobro de lo no debido, la demanda es una relación sustancial en la que no hizo parte Medimás EPS SA (f.º 163-174, 371, 372).

Colfondos SA, argumentó que la demandante no se encuentra afiliada a dicha entidad desde el 22 de junio de 2016, cuando de manera voluntaria se trasladó de régimen de pensiones a Colpensiones. En su defensa propuso como excepciones de fondo las de inexistencia de la afiliación de la demandante a Colfondos, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, inexistencia de intereses moratorios, prescripción y buena fe (f.º 399-402).

La **EPS Cafesalud**, señaló que es el fondo de pensiones quien debe pagar las incapacidades generadas con posterioridad a los primeros 540 días, máxime cuando en el presente caso existe un concepto desfavorable de rehabilitación de la demandante. Propuso como excepciones de mérito las que denominó inexistencia de la

obligación, prescripción y mala fe de la demandante (f.º 484-491, 493-500).

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, guardó silencio (f.º 135, 136).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 31 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 18 de febrero de 2019, condenó a Medimás EPS SAS, al pago de unas incapacidades causadas de manera interrumpida entre el 16 de enero de 2017 y el 4 de septiembre de 2018, junto con los intereses moratorios a la tasa más alta sobre cada una de las incapacidades que no fueron canceladas y las costas; absolvió a las demás demandadas de la totalidad de las pretensiones incoadas en su contra.

Para lo que interesa a la alzada, motivó la decisión por un lado en que tuvo por acreditadas las incapacidades que le fueron otorgadas a la demandante con la certificación que obra a f.º 175, sin que se haya acreditado las que presuntamente gozó del 27 de diciembre de 2016 al 15 de enero, desde el 9 de marzo hasta el 17 de abril y entre el 8 de mayo y el 6 de junio de 2017, y las del 14 de abril al 2 de mayo de 2018; por otro lado, que se demostró que las otorgadas lo fueron por una enfermedad origen común a partir del 26 de agosto de 2017 y para el 26 de agosto de 2017 la demandante ya tenía acumulados 850 días de incapacidad, porque la primera incapacidad llega hasta 1172 días y posteriormente, comienza un nuevo conteo de incapacidades a partir del 22 de octubre de 2018.

Señaló que por lo anterior es claro que las incapacidades reclamadas se dieron con posterioridad al día 540, así que aplicó el

criterio jurisprudencial vertido por la Corte Constitucional para concluir que las mencionadas prestaciones deben ser cubiertas por la EPS a la cual se encontraba afiliada la demandante, aclarando para el efecto, que: *i)* no se encontraba afiliada a Colfondos, *ii)* no son responsabilidad de Colpensiones justamente por el número de días que se reclaman por incapacidad superior al 540, y *iii)* son responsabilidad exclusiva de pago a cargo de Medimás, por virtud de lo dispuesto en los artículos 1.º y 2.º de la Resolución n.º 2426 de 2017, máxime cuando dicha entidad no demostró su pago (f.º 549-551).

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

Las partes apelaron así:

La **demandada Medimás EPS SAS** dijo que no el procedente el pago de las incapacidades anteriores al 1.º de agosto de 2017, en la medida en que dicha EPS es totalmente distinta a CAFESALUD EPS, por virtud de la Resolución n.º 2426 de 2017, que si bien transfirió todos los afiliados a Medimás, no se hizo claridad respecto de la totalidad de los pasivos que se transfirieron, motivo por el que Cafesalud emitió un comunicado en el que dice que solo los pasivos laborales son los transferidos a Medimás EPS, así que las incapacidades ni las prestaciones económicas que se causaron con anterioridad a la creación de Medimás EPS, le corresponden a esta.

Ahora, en relación con las incapacidades posteriores a la mencionada data, adujo que conforme el artículo 2.2.3.1. del Decreto 673 de 2018, las EPS solo responden por las superiores al día 540, cuando se tenga un concepto favorable de rehabilitación del afiliado, pero en el presente caso, la demandante tiene un concepto desfavorable y se encontraba calificada con una PCL por parte del

fondo de pensiones, sin que se hubiere notificado dicho dictamen a Medimás EPS, por tanto, al tenor de lo dispuesto en los artículos 2 y 41 del Decreto 1352 de 2013, la pericia no es oponible a la EPS pues no se ejerció el principio de publicidad y se vulneró su derecho al debido proceso, lo que no da lugar a la reactivación del pago de las mencionadas incapacidades.

La **demandante** sostuvo que se deben conceder las incapacidades no reconocidas de manera continua entre el 27 de diciembre de 2016 y el 6 de junio de 2017, porque sí fueron probadas con las historias clínicas del día 16 del último mes y año, la de marzo, la de abril y la de junio de 2017, ya que en el capítulo denominado 'motivo de consulta', se indica que es para prórroga de incapacidad.

V. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, por cuestiones de método la Sala verificará la viabilidad del reconocimiento de las incapacidades causadas del 27 de diciembre de 2016 al 15 de enero, desde el 9 de marzo hasta el 17 de abril y entre el 8 de mayo y el 6 de junio de 2017, para posteriormente establecer si la EPS Medimás resulta responsable en el pago de todas las incapacidades ordenadas, exista o no concepto favorable de rehabilitación respecto de las patologías que padece la demandante, y si en algo incide el que su capacidad laboral haya sido calificada por parte del fondo de pensiones.

El artículo 1.º del Decreto 2943 de 2013, que modificó el parágrafo 1.º del artículo 40 del Decreto 1406 de 1999, prevé que las incapacidades originadas por enfermedad general, durante los 2 primeros días, corren a cargo del empleador; a partir del tercer día

hasta el 180 están en cabeza de la entidad promotora de salud, y desde el día 181 en adelante le corresponde a la administradora de fondos de pensiones, de acuerdo con lo establecido en los artículos 206 de la Ley 100 de 1993 y 23 del Decreto 2463 de 2001.

Por su parte el artículo 41 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 142 del Decreto 019 de 2012, dispuso que en caso de que la incapacidad por enfermedad común, supere el citado término, dicho subsidio estaría en cabeza de la Administradora de Fondos de Pensiones, a la cual se encuentre afiliado el trabajador, la cual postergará el trámite de calificación de invalidez hasta por un término máximo de 360 días calendario adicionales a los primeros 180 días de incapacidad temporal reconocida por la EPS; lo anterior, siempre y cuando la EPS hubiese emitido el concepto favorable de rehabilitación antes de cumplirse el día 120 de incapacidad temporal, remitido antes de cumplirse el día 150.

En el evento que el mencionado concepto no sea emitido oportunamente, la entidad promotora de salud, será la encargada de cancelar las incapacidades causadas a partir del día 181 y hasta la fecha en que el concepto médico sea emitido (CSJ STL10651-2018).

A lo anterior se agrega, que artículo 67 de la Ley 1735 de 2015 (Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018) estableció que cuando las incapacidades superen los 540 días, la prestación debe ser pagada por la EPS, si se da alguno de los siguientes casos: «1. Cuando exista concepto favorable de rehabilitación expedido por el médico tratante, en virtud del cual se requiera continuar en tratamiento médico. 2. Cuando el paciente no haya tenido recuperación durante el curso de la enfermedad o lesión que originó la incapacidad por enfermedad general de origen común, habiéndose seguido con los protocolos y guías de atención y las recomendaciones del médico tratante. 3. Cuando por enfermedades concomitantes se hayan presentado nuevas situaciones que prolonguen el tiempo de recuperación del paciente».

Finalmente, en lo que tiene que ver con el pago de las incapacidades superiores a los 180 días, en los casos en los que existe un concepto desfavorable de rehabilitación tanto la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, como la Corte Constitucional, al realizar un análisis sistemático del artículo 142 del mencionado Decreto 19, han adoctrinado que la obligación está a cargo de la Administradora de Fondos de Pensiones a la que está afiliado el trabajador, sin sujeción al tipo de concepto de rehabilitación, es decir, sea favorable o desfavorable, por cuanto su responsabilidad en el pago va, hasta agotar las instancias de cada caso y la indeterminación legal frente a este aspecto, no es una carga que deba ser soportada por el afiliado, en virtud del derecho a la igualdad en relación con los trabajadores afectados por enfermedades de origen laboral (CSJ STL9950 y STL16245 de 2017, STL15409-2018, STL6093-2019, CC T-144-2016, T-446, T-401¹ y T-200 de 2017); decisiones que constituye criterio orientador razonable en torno al pago de las incapacidades.

En el presente caso, se acreditó que Julieth Laguna, fue afiliada por parte de su empleador de la época, para los riesgos de IVM inicialmente en el régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP Colfondos SA, desde el 2 de abril de 2003 con fecha de efectividad a 1.º de abril siguiente (f.º 408, 409), entidad a la que se hicieron aportes hasta octubre de 2016, cuando se trasladó al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, a la que según la historia laboral unificada que obra dentro del expediente administrativo allegado en medio óptico (CD f.º 151), se trasladaron todas las cotizaciones respectivas, para completar un total de 219,57 semanas a 31 de enero de 2019.

¹ Respecto de la cual se rechazó la solicitud de nulidad impetrada, en auto A-139-2018.

De igual forma se demostró con la documental que obra a f.º 46, 53, 55, 57, 58, 62, 65, 66, 69, 70, 72, 74, 76, 77, 79, 175, más el CD a f.º 151 (páginas n.º 10, 11, 12, 14, 17, 23, 25 del archivo en PDF n.º GJR-NOT-AF-2017_3992527-20170421030843), que la demandante gozó de incapacidades laborales por enfermedad de origen común prorrogadas por parte de las EPS Salud Coop y Cafesalud, bajo el mismo diagnóstico (M942) por lo menos desde el 2 de noviembre de 2016 hasta el 4 de septiembre de 2018, con interrupciones por tiempo inferior a 30 días, por lo que se tienen como continuas.

Así las cosas, a pesar de que no se allegó incapacidad alguna otorgada con anterioridad al 1.º de noviembre de 2016, no se puede pasar por alto que, conforme da cuenta la consulta de incapacidades por cotizante en línea generada el 11 de marzo de 2017 por la EPS Cafesalud, que reposa dentro del expediente administrativo digital (CD f.º 151), para el 21 de noviembre de 2016, la demandante ya tenía un acumulado de 553 días en incapacidad por el mencionado diagnóstico, y según el certificado de incapacidades expedido por Medimás EPS (f.º 175), para el 24 de septiembre 2017 cursaba el día 850 incapacitada en forma continua, completando a 4 de septiembre de 2018, 1082 días de incapacidad; sin que sea viable tener como medio probatorio idóneo de esta situación el CD aportado con la demanda a f.º 104, en la medida en que solo contiene un archivo en Excel con un listado simple de unas presuntas incapacidades, pero no tiene logo o firma del funcionario de la EPS que lo expidió.

De modo que con la documental reseñada, que de igual forma se detalla para mayor ilustración en la tabla que hace parte integral de esta providencia, le asiste parcialmente la razón a la demandante, porque sí se demostró que entre el 27 de diciembre de 2016 y el 15

de enero de 2017, y que desde el 9 de marzo al 7 de abril de 2017, se encontraba incapacitada cursando por los días 608 y 690, respectivamente, no así sucede con el período comprendido del 8 de mayo al 6 de junio de la misma anualidad, ya que ni de la historia clínica ni de otro medio probatorio se acredita este aspecto.

Ahora, a f.º 81 y 512 a 515, obra remisión a Colfondos, efectuada el 30 de agosto de 2016 por el Departamento de Medicina Laboral de la EPS Cafesalud, del concepto de rehabilitación con pronóstico laboral desfavorable para el diagnóstico denominado «condromalacia» de origen común con tratamiento curativo indefinido; pero ello en nada afecta lo decidido en primera instancia, porque según el inciso 6º del artículo 142 del Decreto 019 de 2012, el cubrimiento iría con cargo a los propios recursos de la EPS, hasta cuando se emitió el correspondiente concepto, y al tenor de lo dispuesto en el inciso 5.º ídem y el párrafo 4º del artículo 5.º de la citada Ley 1562, de acuerdo con lineamientos trazados por la jurisprudencia en cita, sería al fondo de pensiones al cual se encontraba afiliada la demandante, a quien correspondería pagar las incapacidades causadas desde el día siguiente a la obligación por cuenta de la EPS hasta el día 540, con cargo al seguro previsional de invalidez y sobrevivencia, dado que a partir de allí, nuevamente pagará la prestación económica, la EPS por disposición de los artículos 67 de la Ley 1735 de 2015, y 2.2.3.3.1. del Decreto 1333 de 2018, aun cuando haya concepto desfavorable de rehabilitación, por cuanto tal prestación económica deberá cubrirse hasta el reconocimiento de la pensión de invalidez, de ser el caso, en procura de la protección del derecho fundamental al mínimo vital.

Y como tanto las incapacidades que fueron pretendidas desde los albores de la demanda, como las que fueron concedidas por la *a quo* y las reclamadas en el recurso de apelación, fueron causadas con

posterioridad al día 540, la obligación evidentemente corre en cabeza exclusiva de la EPS, porque pese al vacío legal que en el pasado existía, con la Ley 1753 del 9 de junio de 2015 el legislador superó ese aspecto y dejó definido en el artículo 67, cuál es la entidad obligada al pago de dicho auxilio, cuando la persona no tiene derecho a pensión de invalidez, como en el presente caso, teniendo en cuenta el porcentaje de PCL que se le otorgó a la trabajadora, por parte de Colpensiones (25.87% de PCL de origen común con estructuración al 15 de febrero de 2016), modificado el 24 de noviembre de 2017 por la Junta Regional de Calificación de Invalidez (33.83% de PCL) y aumentado el 26 de julio de 2018 por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez (33.84% de PCL con fecha de estructuración de la enfermedad de origen común, al 28 de septiembre de 2017), según la instrumental aportada en medio óptico.

De ahí que, se reitera, se radica este deber en cabeza de la EPS a la cual se encuentre afiliada la demandante; a esta normativa se ha acudido en casos similares, al margen de que la incapacidad inicial que fue prorrogada en el tiempo, haya comenzado desde antes de la expedición de la mencionada ley (CC T-161-2019, T-200-2017, T-144-2016, CSJ STL19348-2017, reiterada entre muchas otras, en la STL2983-2018, caso en el que las incapacidades iniciaron antes de la Ley 1753, como en la STL16504-2016), pues es de aplicación inmediata e incluso retroactiva, en virtud del principio de igualdad, ya que la Ley no establece un régimen de transición para los casos ocurridos antes de su promulgación; además, en este asunto se puede deducir de la documental allegada, que el día 540 de incapacidad corrió en vigencia de esa normativa.

Aquí está claro que la trabajadora, no tiene un estado actual de invalidez, por virtud a la calificación realizada por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, sin derecho al reconocimiento de la

pensión de invalidez, ni al pago de prestaciones económicas por esa contingencia a cargo de Colpensiones, sino de la EPS, por cuanto está plenamente acreditado que la demandante presentó un padecimiento importante que le dificultaba o imposibilitaba el desempeño de sus actividades laborales, que le permitieran recibir una contraprestación y de esta manera solventar su manutención, pues a pesar de que no se probaron los gastos en los que ella incurrió para su sustento, se puede concluir que entre el 2 de noviembre de 2016 y el 4 de septiembre de 2018 no contó con ningún otro medio distinto a su fuerza laboral para dicho fin, prestada en su momento, en favor del Consorcio Express SAS.

Acorde con lo expuesto, se **adicionará** al numeral **primero** de la sentencia apelada, los períodos comprendidos entre el 27 de diciembre de 2016 y el 15 de enero de 2017 y desde el 9 de marzo hasta el 17 de abril de 2017 a las incapacidades otorgadas por la *a quo* debido a que no se encuentra acreditado su pago, pero **excluyendo** el lapso que va del 3 al 22 de mayo de 2018, porque de acuerdo con la certificación de f.º 175, fue cancelada a razón de \$468.738 por 18 días de incapacidad.

Lo anterior, con la precisión de que el deber legal de asumir las incapacidades originadas en enfermedad común que superen los 540 días no está condicionado a que se haya surtido la calificación de pérdida de capacidad laboral, toda vez que la falta de diligencia de las entidades no puede derivar en una carga más gravosa para quien afronta una incapacidad prolongada, y según lo dispuesto en el párrafo 3.º del artículo 5.º de la Ley 1562 de 2012, el responsable del pago de las prestaciones económicas derivadas de la pérdida temporal de la capacidad laboral es la EPS, cuando se determina que inicialmente la enfermedad o el accidente fueron de origen común, como aquí ocurre.

que únicamente lo que se transfería eran los pasivos laborales hacia Medimás.

Por lo que no se equivocó la *a quo*, en imponer la obligación en el pago de las incapacidades a favor de la demandante, a Medimás, pues conforme el artículo 87 del Decreto 2353 de 2015 *«[e]n los procesos de fusión, escisión, creación de nuevas entidades u otras formas de reorganización institucional, las EPS participantes podrán ceder sus afiliados a la Entidad Promotora de Salud resultante del proceso de reorganización institucional»*, de modo que la entidad que cede sus afiliados realiza simultáneamente la cesión de sus activos y pasivos, así como de los activos adquiridos y constituidos con los recursos de la UPC, y demás.

Lo anterior, sin pasar por alto que en sentencia T-673-2017 la Corte Constitucional, en un caso relacionado con la denegación de servicios médicos, que se originó por la reorganización de Cafesalud, de cuyos usuarios fueron transferidos a Medimás, estudió la figura de la cesión en materia de créditos o contratos y señaló que *«el cesionario toma el contrato y la relación jurídica en el estado en que se encuentra al instante de la cesión, por lo que se convierte en titular de los derechos y sujeto pasivo de las obligaciones en la misma situación existente para ese momento, sin que se produzca alteración, modificación o extinción, (...) la cesión del contrato envuelve la posición de parte, por lo que el cesionario puede ejercer frente al contratante cedido los derechos, las acciones y pretensiones correspondientes al cedente, quien a su vez podrá asumir la misma posición sustancial o procesal que tenía con el cedente»*, por lo que consideró la Alta Corporación, que en atención a la Resolución 2426 de 2017, Medimás asumió la posición de Cafesalud en el plano sustancial, esto es, en lo referente a la prestación del servicio público de salud y, que además, sus efectos se proyectan en los procesos judiciales adelantados en contra de la última.

Con base en la mencionada jurisprudencia, la Sección 1ª de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, sostuvo

en auto del 18 de mayo de 2018 proferido dentro del radicado 25000 23 41 000 2016 01314 02 (AP) A, que Medimás es la obligada al pago de las incapacidades reconocidas por Cafesalud, por ser la titular de todos los activos y pasivos de Cafesalud, así como de los activos adquiridos y constituidos con los recursos de la UPC pagados en favor de Cafesalud; de ahí que no le asiste la razón a Medimás frente a lo argumentado en su impugnación.

Así, se **confirma** en este aspecto la sentencia apelada por Medimás EPS SAS. Sin costas en la alzada, ante su no causación.

En mérito de lo expuesto, la Sala Quinta de Decisión 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: ADICIONAR al numeral **primero** de la sentencia apelada, los períodos comprendidos entre el 27 de diciembre de 2016 y el 15 de enero de 2017 y desde el 9 de marzo hasta el 17 de abril de 2017, a las incapacidades allí mencionadas, con el fin de que sean pagadas por **Medimás EPS SAS** a **Julieth Viviana Laguna Bernal**, pero **excluyendo** el lapso que va del 3 al 22 de mayo de 2018, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada.

TERCERO: Sin costas en esta instancia, ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



DAVID A. J. CORREA STEER



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
31-2019-66.



HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
31-2019-66



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Cuarta de Rendición de Cuentas

DAVID A. J. CORREA STEER
Magistrado Ponente

Expediente n.º 11001 31 05 031 2019 00066 01

Demandante: JULETH VIVIANA LAGUNA BERNAL

Demandados: COLPENSIONES EICE, CAFESALUD EPS SA, MEDIMÁS EPSA SAS y COLFONDOS SA

INCAPACIDAD n.º	FECHA INICIAL	FECHA FINAL	No. DÍAS DE INCAPACIDAD	INTERRUPCIÓN	FOLIOS	DIAGNÓSTICO	Días acumulados	¿Quién asume el pago de la incapacidad?	
4631087	2-nov.-2016	21-nov.-2016	20		Pág. 10 CD f.º 151	Sin info	553	Día 540 en adelante a cargo de la EPS - artículo 67 de la Ley 1733 de 2015 (Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018)	
4720265	22-nov.-2016	11-dic.-2016	20	0	Pág. 10 CD f.º 151	Sin info	573		
4805632	12-dic.-2016	26-dic.-2016	15	0	Pág. 10 CD f.º 151	Sin info	588		
4868009	27-dic.-2016	15-ene.-2017	20	0	Pág. 10, 11 CD f.º 151	M942	608		
4937234	16-ene.-2017	14-feb.-2017	30	0	Pág. 10, 11 CD f.º 151, f.º 46	M942	638		
5059171	15-feb.-2017	6-mar.-2017	20	0	Pág. 10, 11, 12, 14 CD f.º 151, f.º 53, 55	M942	658		
715205803	7-mar.-2017	8-mar.-2017	2	0	Pág. 11, 17, 23 CD f.º 151	M942	660		
715206003	9-mar.-2017	7-abr.-2017	30	0	Pág. 11 CD f.º 151	M942	690		
10401001 1827392	8-abr.-2017	7-may.-2017	30	0	Pág. 25 CD f.º 151	M942	720		
10401001 12020990	7-jun.-2017	6-jul.-2017	30		f.º 57, 58	M942			
350000 327050	7-jul.-2017	26-jul.-2017	29	0	f.º 66, 69	M942			
10401001 2184609	27-jul.-2017	25-ago.-2017	30	0	f.º 62, 65	M942			
10401001 2234244	26-ago.-2017	24-sep.-2017	30	0	f.º 175	M942	830		
10401001 2280100	25-sep.-2017	24-oct.-2017	30	0	f.º 72, 175	M942	880		
10401001 2328539	25-oct.-2017	23-nov.-2017	30	0	f.º 76, 175	M942	910		
10401001 2372781	24-nov.-2017	23-dic.-2017	30	0	f.º 77, 79, 175	M942	940		
10401001 2414558	28-dic.-2017	26-ene.-2018	30	4	f.º 175	M942	970		
10401000 0000071	30-ene.-2018	18-feb.-2018	20	3	f.º 175	M942	990		
661987	15-mar.-2018	13-abr.-2018	30	24	f.º 175	M942	1.020		
806167	3 may. 2018	22 may. 2018	20	19	f.º 175 (EPS paga 18 días por \$468.738)	M942	1.040		
10401000 0005801	23-may.-2018	11-jun.-2018	20	0	f.º 175	M942	1.060		
10401000 0008430	12-jun.-2018	1-jul.-2018	20	0	f.º 175	M942	1.080		
10401000 0011024	2-jul.-2018	21-jul.-2018	20	0	f.º 175	M942	1.100		
10401000 0013673	23-jul.-2018	11-ago.-2018	20	1	f.º 175	M942	1.120		
30401000 000556	13-ago.-2018	1-sep.-2018	20	1	f.º 175	M942	1.080		
10401000 0019011	3-sep.-2018	4-sep.-2018	2	1	f.º 175	M942	1.082		
Total días demostrados			589						



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Quinta de Decisión Laboral

DAVID A. J CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **HUGO LEÓN GONZÁLEZ NARANJO** contra **BAVARIA S.A.**

EXP. 11001-31-05-033-2016-00766-02

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veinte (2020).

En la fecha señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.º 806 de 2020, se reunió la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., integrada por los Magistrados ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN, HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto por el demandante contra la sentencia proferida el 3 de septiembre de 2019, por el Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá.

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

HUGO LEÓN GONZÁLEZ NARANJO demandó a **BAVARIA S.A.**, para que se declarara la existencia y vigencia de los contratos de mandato en los diferentes procesos ejecutivos en los que ha actuado como mandatario; que BAVARIA S.A. le adeuda los honorarios y gastos procesales profesionales por la gestión profesional adelantadas en dichos procesos y que el contrato de mandato terminó por incumplimiento contractual de su mandante. Consecuentemente, se condene a **BAVARIA S.A.** a pagarle suma de mil sesenta y tres millones ciento catorce mil novecientos ocho pesos (\$1.063.114.908) de acuerdo con el dictamen pericial que aportó con la demanda, o la suma que determine el juzgado en el curso del proceso, desde el 28 de agosto de 1995 hasta la fecha de terminación efectiva del mandato, así como al pago de los gastos procesales que ha asumido en el trámite de los procesos ejecutivos hasta la fecha de terminación efectiva del mandato y las costas por la presente acción.

Como hechos de sus pretensiones, afirmó que en el mes de agosto de 1995, la demandada contrató sus servicios de abogado para que la representara como demandante en procesos judiciales para el recaudo de cartera morosa, para lo cual el 28 de agosto de 1995, se celebró el contrato y se le otorgaron los poderes correspondientes, acuerdo contractual que se realizó con la Vicepresidencia Jurídica de la época; que desde el año 2002 y hasta la fecha de presentación de la demanda, Bavaria S.A. le interrumpió sin previo aviso el envío de casos para recaudo de cartera, causándole un desequilibrio contractual; que los procesos que le remitieron fueron llevados hasta sentencia debidamente ejecutoriada, con liquidación del crédito en

firme y la correspondiente liquidación de costas procesales con inclusión de las agencias en derecho, todo lo cual le informó a su mandante junto con los respectivos soportes; que desde 2003, ha solicitado reiteradamente tanto verbal como por escrito a la demandada, la terminación de los contratos de mandato y su vinculación como apoderado de la demandada, sin conseguir hasta la fecha un acuerdo en ese sentido, anomalía que también informó a las auditorías internas y externas de la empresa, a la que convocó al Centro de Conciliación de la Cámara de Comercio, siendo fracasada la conciliación; que ante la falta de una propuesta formal de modificación del contrato de mandato o su terminación, el 30 de octubre de 2014, comunicó a la empresa su decisión de dar por terminado el contrato de prestación de servicios profesionales por causas imputables a la mandante, las que le fueron determinadas en el escrito, ante lo cual guardó silencio que debe entenderse como aceptación total de la misma; que a pesar de que hizo su gestión profesional de manera persistente, la mayoría de los demandados se encuentran insolventes por haber terminado sus contratos de distribución con Bavaria S.A., que por políticas internas renunció a recibir los bienes que le otorgaron como garantía real, lo que venía siendo un procedimiento normal, pero que le afectó directamente la recuperación y recaudo de las obligaciones adeudadas, y de contera una afectación sustancial a sus ingresos por honorarios.

Relaciona los procesos ejecutivos que en número de 22 se tramitan en Bogotá, Soacha, Duitama y Tunja, y dice que con el objeto de adelantar y tramitar los procesos y evitar sanciones procesales como perención o desistimiento y millonarios perjuicios a la demandada, sustituyó los poderes en otro abogado; que el fracaso de los mecanismos alternativos de solución de conflictos con la empresa y el mutismo de esta, le han causado perjuicios millonarios, que están cuantificados en el dictamen pericial aportado con la

demanda conforme a las agencias en derecho decretadas en los diferentes despachos judiciales que han emitido sentencias favorables a su cliente, además de que ha venido asumiendo la totalidad de los gastos procesales que exige el impulso de los procesos, los que no han sido reintegrados por la mandante.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 15 de marzo de 2017, ordenándose su notificación y traslado a la demandada. (f.º 154)

BAVARIA S.A., se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda. Alegó en su favor, que no existió contrato o contratos de mandato con el demandante, y que no le adeuda honorarios algunos, que según él mismo consistían en un porcentaje sobre sumas efectivamente recaudadas de capital e intereses, que le pagaban tan pronto presentara la factura pertinente, y sin que igualmente le deba algo por lo que el demandante llama "*gastos procesales*", pues tan pronto presentaba la factura por los mismos, los cancelaba. (f.º 183 - 185)

Propuso las excepciones de prescripción, cobro de lo no debido, compensación, pago total y buena fe, inexistencia de las obligaciones demandadas y compensación. (f.º 197 - 198)

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado treinta y tres Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia de fecha de 3 de septiembre de 2019, absolvió a la demandada de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por el demandante.

Consideró, que el problema jurídico a resolver consistía en determinar si existió una serie de mandatos específicos o si lo que hubo fue un contrato de prestación de servicios entre las partes, teniendo en cuenta que no fue objeto de discusión que el actor prestó sus servicios profesionales de abogado a favor de la demandada, y que la demandada pagó a favor del demandante honorarios y reintegro de gastos por varios asuntos adelantados por este como apoderado de la demandada.

Como lo pretendido por el demandante, era la declaración de existencia de distintos mandatos, el juzgado se refirió a lo establecido en los artículos 2141, 2142, y 2149 del Código Civil, para esclarecer que el mandato es un contrato mediante el cual una persona (comitente) confía la gestión de uno o más negocios a otra que se hace cargo de ellos por cuenta y riesgo de la primera (mandatario).

Se refirió a lo dispuesto por la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SC – 5669 de 2018, radicado n.º2020-00150-01, en donde se establecieron las diferencias entre el mandato y el contrato de prestación de servicios por ser una decisión relevante para el estudio del presente caso. Lo anterior, para indicar que en el contrato de mandato es explícita la condición de que la gestión del mandatario se haga por cuenta y riesgo del mandante, mientras que en el contrato de arrendamiento de servicios inmateriales o de confección de obra se carece de esta facultad.

Igualmente, el juez acudió a la sentencia SL 11265 de 2017, en donde se indica que quien ejerce la profesión de abogado, u otra profesión liberal que genere honorarios, tiene derecho a reclamarlos cuando esté demostrada la actividad para la cual fue contratado, por lo que no puede perderse de vista que se privilegiará la voluntad

contractual de las partes y solo a falta de la esta, se acudirá a tarifas, colegios de abogados, pruebas testimoniales y dictámenes periciales.

Para fundamentar su decisión, tuvo en cuenta las pruebas allegadas al proceso consistentes en la relación de 22 trámites litigiosos de carácter ejecutivo (f.º 4 - 7); el contrato de prestación de servicios (f.º 11 - 12); las comunicaciones hechas por el demandante a la demandada (f.º 13 - 15); propuesta de reforma de un contrato de prestación de servicios elaborado por el demandante (f.º 16 - 18); comentarios a la propuesta hechos por la demandada (f.º 14); propuesta de contrato de outsourcing para procesos ejecutivos (f.º 20 - 30), solicitud de finalizar el contrato por parte del actor (f.º 31 - 32) y dictamen pericial allegado por el demandante en donde se cuantifica la cifra de los que considera le corresponde por los servicios prestados. (f.º 70 - 85), y las declaraciones del señor Néstor Ramírez y José Antonio Lara, los cuales expresaron que no existía exclusividad con el demandante, puesto que había otros abogados externos.

Así las cosas, el juzgado estimó que no existió exclusividad respecto del actor con la demandada, por lo que estaba plenamente demostrado dentro del proceso la existencia de un contrato de prestación de servicios profesionales y no de mandatos sucesivos, teniendo en cuenta que conforme a lo dispuesto por el artículo 1546 del Código Civil, el contrato de prestación de servicios es un acuerdo de voluntades entre las partes, razón por la que el juez se sujetó al contrato suscrito de prestación de servicios suscrito por las partes (f.º 11), y no a la solución tarifada propuesta por el demandante.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

La parte demandante, interpuso recurso de apelación para que fuera revocada la sentencia proferida por el juez de primera instancia en su integridad.

Afirmó, que no existía duda sobre la existencia del contrato de mandato y su ejecución, no solo derivado del contrato de prestación de servicios, sino que fue realizado de manera autónoma respecto del contrato de mandato, en virtud del abandono del mandante de sus obligaciones de asumir gastos que cada proceso exigía para su culminación exitosa.

Consideró, que no se tuvo en cuenta la manifestación del señor Néstor Rodríguez, quien como representante legal dijo que sí le constaba que la mayor parte de los procesos encargados al demandante habían terminado. Que revisado este tema, y si esto es así, por qué razón no fueron pagadas las sumas de dinero que el abogado reclamante insistentemente solicitó que se incluyeran como reconocimiento a su gestión profesional.

Señaló, que la diferenciación que hacen las sentencias que sirven de apoyo al fallo contiene una tesis diferente al problema planteado en el presente asunto en el sentido de que se está solicitando que se tengan en cuenta de manera privilegiada la gestión derivada de los mandatos por carencia o imposibilidad de aplicación del contrato de prestación de servicios, por abandono del mandante en su obligación al quedarse corto de cara a la gestión profesional del actor, por lo que no se buscaba anular los efectos del contrato de prestación de servicios, pues este es el que da origen a los mandatos, pero se queda corto el fallo atacado ante la gestión efectivamente

realizada por el actor, cuya efectividad fue efectuada o validada específicamente por todos los jueces de cada proceso ejecutivo presentados en el proceso. Por último, expresó que se reservaba el derecho de ampliar el recurso ante el tribunal.

V. CONSIDERACIONES

Cumplidos como se encuentran los trámites de la segunda instancia, sin que se observen vicios de nulidad que invaliden lo actuado, esta Colegiatura procede a desatar la alzada, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 66A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, donde como problema jurídico se tendrá el determinar si entre el demandante y la demandada se suscribieron o no varios contratos de mandato sucesivos, o si se celebró un contrato de prestación de servicios entre ellas.

Esta sala, estima que no hay duda de que entre el actor y la demandada se celebró un contrato de prestación de servicios profesionales, y así se desprende de la manifestación que en tal sentido hizo el Gerente de Contraloría de Bavaria S.A., en su calidad de Contador Público (f.º 201-203), como del contrato de prestación de servicios suscrito entre las partes el 28 de agosto de 1995 (f.º 11).

Igualmente, toda la documental aportada por las partes acredita que el demandante prestó servicios profesionales como abogado a Bavaria S.A., fungiendo como apoderado judicial de esta en diferentes procesos judiciales. Así las cosas, dentro del expediente obran los distintos pagos hechos al actor por la demandada por diferentes conceptos entre 2003 y 2012. Estos conceptos comprenden distintos rubros como el reembolso de gastos comisorios, reembolso de revisión procesos Boyacá, prima de éxito, incidente de regulación de perjuicios, segundo abono proceso ejecutivo Contreras, honorarios

profesionales por reintegro y honorarios proceso ejecutivo, reembolso gastos de emplazamiento y reembolso gastos procesales y otros conceptos más, correspondientes a diversas facturas que fueron presentadas por el actor y canceladas por la demandada, pero que se derivaban del ejercicio de su profesión de abogado al servicio de Bavaria S.A.

Distintas a esas facturas, no hay otras en el expediente que demuestren que el demandante hubiera incurrido en gastos procesales impagos o que la demandada le adeudara honorarios por algún proceso específico, y que hubiera presentado facturas distintas de las allí consignadas que no se las hubieran cancelado.

Así como tampoco, es posible extraer conclusión alguna de las declaraciones recibidas, las que simplemente ratifican que el demandante prestó sus servicios profesionales a la demandada como abogado, lo cual no admite discusión.

En relación con los honorarios o agencias en derecho que eventualmente cancelaran los deudores y que serían de propiedad del mandatario, también le asiste razón al juez cuando aseveró que no existía prueba de que el demandante no haya cobrado las costas procesales fijadas en los correspondientes procesos, o que las hubiera entregado a Bavaria S.A. para que esta se las reembolsara. Si dichas costas eran para el abogado, como lo afirmó el actor en su demanda, el sentido común indicaría que fijado su monto y se lograra el pago, dichas costas no tendrían que ser consignadas por el abogado a la entidad demandada para que esta se las reembolsara, pues si eran de propiedad del abogado, este podría quedarse directamente con ellas.

Por tanto, se confirmará la sentencia apelada sin que haya lugar a costas debido a que no hay constancia de su causación en esta instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 3 de septiembre de 2019, por el Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá, por lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: Sin costas en la presente instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DAVID A. J. CORREA STEER

Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada



HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Quinta de Decisión Laboral

DAVID A. J CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **ALFONSO PRIETO GARCÍA** en contra de **COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A.** y **PORVENIR S.A.**

EXP. 11001 31 05 033 2018 00059-01.

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veinte (2020).

En la fecha señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.º 806 de 2020, se reunió la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá DC, integrada por los Magistrados ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN, HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver los recursos de apelación interpuestos por Protección y Colpensiones, y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta última, respecto de la sentencia proferida el 30 de septiembre de 2019, por el Juzgado 33.º Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y dictar la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió el demandante, que se declare la nulidad de afiliación a Protección S.A. y Porvenir S.A., al no ser informado en forma

suficiente, veraz e idónea acerca de los regímenes pensionales y las eventuales condiciones pensionales; en consecuencia, se condene a las demandadas a trasladar los aportes obligatorios y rendimientos que posee en su cuenta de ahorro individual, y aceptar a satisfacción y sin deducciones los mismos por parte de Colpensiones, quedando su afiliación vigente desde el 16 de diciembre de 1976, con la correspondiente actualización de la historia laboral (f.º 4, 6).

Como fundamento fáctico relevante, sustentó sus pretensiones en que nació el 27 de febrero de 1957; se afilió al Instituto de Seguros Sociales el 16 de diciembre de 1976; Protección S.A., le hizo firma un formulario de afiliación, el 15 de febrero de 2001, sin ser informado en forma suficiente, veraz e idónea acerca de los regímenes pensionales y las eventuales condiciones pensionales, ni hacerle una proyección o comparación o informarle que tenía derecho a retractarse de su afiliación, ni indicarle las modalidades pensionales en el régimen de ahorro individual; durante el tiempo de afiliación, no se le dio asesorías periódicas; situación similar que ocurrió con Porvenir SA, quien le hizo firmar un formulario de vinculación el 27 de marzo de 2002 (f.º 2-4).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 17 de abril de 2018, ordenando su notificación y traslado a las demandadas (f.º 119).

Colpensiones, contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones y en su defensa propuso como excepciones las de inexistencia de la obligación, prescripción, y buena fe (f.º 131-147).

PORVENIR S.A., contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones y en su defensa propuso como excepciones de mérito

las de prescripción, falta de causa para pedir, inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, inexistencia de algún vicio del consentimiento al haber tramitado el demandante formulario de vinculación al fondo de pensiones, y debida asesoría del fondo (f.º 178-136).

PROTECCIÓN S.A., se opuso parcialmente a las pretensiones y propuso como excepciones de fondo o de mérito las denominadas: prescripción, cobro de lo no debido, ausencia de causa, inexistencia de la obligación, buena fe y compensación (f.º 211-226).

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, guardó silencio (f.º 130).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 33.º Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 30 de septiembre de 2019, declaró “nula o inválida” la afiliación efectuada ante Protección S.A., el 15 de febrero de 2001, y que el demandante se encuentra válidamente afiliado a Colpensiones; ordenó a Porvenir S.A., trasladar a Colpensiones, todos los aportes, rendimientos, bonos pensionales y sumas adicionales de la aseguradora que posee el demandante en su cuenta de ahorro individual, y a esta última a recibirlos; ordenó a Protección S.A., a pagar si es del caso, las diferencias que llegaren a resultar entre lo ahorrado en el régimen de ahorro individual y su equivalente en el régimen de prima media con prestación definida, las cuales deberán ser asumidas con su propio patrimonio, y conminar a Colpensiones, para realizar las gestiones necesarias para obtenerlas; declaró no probadas las excepciones propuestas y condenó a Protección S.A. en costas.

En lo que interesa a la alzada, consideró que no se acreditó por parte de las demandadas, teniendo la carga procesal de hacerlo, cuál fue la asesoría brindada al demandante para que tomara la decisión de trasladarse del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, por ende, no se tiene certeza de que la misma haya sido completa, ni que se cumplió con el deber legal de información, así que también existió un vicio en el consentimiento, por no contar con la suficiente documentación respecto de su afiliación; adujo que si el derecho a la pensión es imprescriptible, igual debe ocurrir con lo referente a la nulidad del traslado (f.º 291, 292).

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

Las demandadas apelaron así:

PROTECCIÓN S.A., sostuvo que se debe tener en cuenta lo dispuesto por el artículo 1746 del Código Civil, en relación con las consecuencias de la nulidad en el traslado de régimen pensional, por cuanto la entidad, no tiene por qué ser condena a pagar los gastos de administración, porque fueron aquellos gastos que se utilizaron durante la vinculación del demandante, durante el período en el que se le administró su cuenta de ahorro individual; agregó que no hay lugar al pago de diferencia alguna por cuando es el mismo porcentaje del salario que se paga por cotizaciones en ambos regímenes, aunado a que no se tiene certeza de que el demandante tenga derecho a la pensión de vejez a cargo de Colpensiones, quien administra un fondo común de afiliados y no hay rentabilidad individual.

COLPENSIONES, apeló con el argumento de que la jurisprudencia mencionada no puede ser aplicada al presente caso por tratarse de situaciones diferentes en el entendido de que el

demandante no fue beneficiario del régimen de transición, aunado a que las entidades no estaban obligadas a guardar documentalmente, las asesorías que realizaban, o los análisis sobre rendimientos y proyecciones pensionales que se hicieran a sus afiliados; agregó, que la presente acción se encuentra prescrita, por cuanto la afiliación que se declaró nula, data del año 2001, por lo tanto, debió solicitar la nulidad en el año 2005, así que cualquier vicio que se hubiere podido configurar, quedó totalmente subsanado por el paso del tiempo.

V. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en los artículos 66A y 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala tendrá como problema jurídico, el verificar si el traslado de régimen pensional del demandante, estuvo o no viciado de nulidad, por falta de información suficiente por parte de las aseguradoras del régimen de ahorro individual con solidaridad.

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: **i)** el demandante nació el 27 de febrero de 1957 (f.º 37); **ii)** cotizó al extinto Instituto de Seguros Sociales entre el 6 de junio de 1985 y el 28 de febrero de 2001, 742.43 semanas (f.º 148-152); **iii)** que el 15 de febrero de 2001, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la A.F.P. Protección S.A., con fecha de efectividad desde 1.º de abril de 2001 (f.º 38, 188, 227, 238), y que luego de varias transferencias entre administradoras del régimen de ahorro individual con solidaridad, actualmente se encuentra vinculado a Porvenir S.A., con un total de 1269 semanas cotizadas, según lo informado por dicha A.F.P. en la historia laboral que reposa de f.º 47 a 54, 78 a 88 y 192 a 201 y la certificación de f.º 187.

El traslado de régimen por vinculación a una A.F.P., es un acto jurídico que requiere para su eficacia y validez, del consentimiento exento de vicios, objeto y causa lícita, así como el cabal cumplimiento de la forma solemne en los actos o contratos que así lo exijan.

El artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en su literal b), estableció que la selección de uno cualquiera de los regímenes del sistema general de pensiones, será libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado.

Dispuso el artículo 271 de la Ley 100 ibidem, que, si cualquier persona natural o jurídica impide o atenta en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral, la afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador.

El inciso 1.º del artículo 114 de la Ley 100 de 1993, impuso como exigencia a los trabajadores y servidores públicos, que por primera vez se trasladaran del régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, que deberían entregar una comunicación escrita, donde constara que la selección había sido libre, espontánea y sin presiones, y el inciso 7.º del artículo 11 del Decreto 692 de 1994, permitió que la citada manifestación estuviera '*preimpresa*' en el formulario de vinculación, de que la decisión que está tomando el afiliado es libre, espontánea y sin presiones, norma esta, que se encuentra en plena vigencia y no ha sido materia de derogatoria alguna.

En el presente proceso, ello ocurrió, precisamente si se observa que en el recuadro denominado 'voluntad de selección y afiliación' de

la solicitud de vinculación a fondo de pensiones obligatorias n.º 5442342 diligenciado el 15 de febrero de 2001, se encuentra el siguiente texto 'preimpreso', encima de su firma como afiliado: «Hago constar que la selección del régimen de ahorro individual con solidaridad la he efectuado en forma libre, espontánea y sin presiones. Manifiesto que he elegido a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantía Protección SA, para que administre mis aportes pensionales y que los datos proporcionados en esta solicitud son verdaderos» (f.º 38 y 227).

De manera que, se podría entender que con este acto produjo los efectos de traslado válido al régimen de ahorro individual con solidaridad, sin que exista en el plenario ninguna prueba de que su consentimiento en el traslado a Protección S.A., fuera ineficaz o estuviera viciado de nulidad como lo afirmó la parte demandante, por haberse tratado de una decisión sin tener suficiente información, máxime cuando la suscripción del mencionado formulario no fue objeto de reproche de su parte; por el contrario, en su interrogatorio de parte, admitió que impuso su firma de manera libre y voluntaria, sin presiones, después de haber leído el formulario radicado ante Protección S.A., sin ser coaccionado.

Lo anterior, por cuanto dichas obligaciones generales y especiales que establecen los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, a cargo de los Fondos de Pensiones, relativas al deber de información para con los afiliados, se suple con aquellas previsiones que se reitera, fueron aceptadas por el demandante, al momento de suscribir los formularios, donde se expresa que con su suscripción se deja constancia de su voluntad libre, espontánea y sin presiones.

No se verifica ningún vicio del consentimiento, toda vez que, conforme a lo dispuesto en el artículo 1509 del Código Civil, el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, y no se acreditó que el demandante en el momento de celebrar el acto jurídico de

vinculación al régimen de ahorro individual, hubiese podido incurrir en error de hecho, al considerar que se encontraba celebrando un acto jurídico distinto, según lo previsto en el artículo 1510 *idem*.

Tampoco se estableció en este proceso, la existencia del dolo, consistente en artificios o engaños que indujeran o provocaran error en el demandante para su afiliación, por parte de la A.F.P., en consonancia con el artículo 1515 del Código Civil, pues de las afirmaciones efectuadas al absolver el interrogatorio de parte (f.º 290, 291), es factible inferir que conocía algunas de las posibilidades que ofrece el régimen de ahorro individual con solidaridad, porque admitió ser Economista y que recibió una asesoría individual por parte de la asesora María Elvira o Milena Toro de Protección S.A., esposa de un compañero en la Universidad, en donde trabajaba para esa época y actualmente labora; que la asesora le indicó los beneficios de pasarse al fondo, dentro de los cuales se encontraba obtener una pensión anticipada y la posibilidad de una buena rentabilidad ya que el I.S.S. sería liquidado; que tuvo la posibilidad de hacerle las preguntas que consideró para convencerse de trasladarse, como por ejemplo lo relacionado a la rentabilidad que ofrecía el fondo de acuerdo con lo que aportara, supo que podía disponer de un anticipo de sus bonos pensionales en la época que quisiera, lo que le pareció supremamente importante, dado que estaba como a 18 o 20 años de pensionarse, y que podía hacer aportes voluntarios para mejorar la pensión, lo cual no hizo, considerando que su salario es muy bueno y superior a un (1) smlmv; admitió que recibió extractos de sus aportes en donde verificaba que realmente lo que estuvieran descontando en nómina, apareciera reflejado allí, con valores acumulados por los aportes que hacía; y se trasladó entre fondos, teniendo en cuenta los rendimientos ofrecidos por cada uno. Manifestaciones que denotan su convicción sobre el traslado de

régimen, la asesoría recibida y el conocimiento de características propias del régimen pensional al que se trasladó.

Se considera entonces, que no existen elementos de juicio que permitan establecer coacción, error o inducción al mismo como vicios del consentimiento, la deficiencia de la asesoría que se aduce, menos aún el dolo consistente en artificios o engaños para obtener el consentimiento en el traslado, pues lo que está claro es que al demandante fue asesorado y conocía las condiciones del régimen al cual se vinculaba, por lo tanto, no había lugar a declarar ni la nulidad de la afiliación a la A.F.P. Protección S.A., ni la ineficacia prevista en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, ya que tampoco se acreditó que persona alguna hubiese atentado contra el derecho del trabajador a seleccionar el régimen pensional.

Y no se puede perder de vista, que conforme a los formularios que suscribió en marzo de 2002, agosto de 2003, y septiembre de 2008 (f.º 39, 189, 190, 228, 229, 238), el demandante recibió una amplia y más que suficiente asesoría para efectos de su vinculación a Santander, Protección y Porvenir, razón por la cual, si no consideraba conveniente a sus intereses su permanencia en el régimen de ahorro individual con solidaridad, pudo haber hecho uso de su derecho a retractarse, o de regresar al régimen de prima media.

De igual modo, frente a las decisiones de la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral, SL, 9 sep. 2008 rad. 31989 y 31314, reiteradas en la SL, 22 nov. 2011 rad. 33083 -que se adujeron como sustento de las pretensiones (f.º 8-21) y del fallo de primera instancia-, no son aplicables porque aquellos asuntos difieren sustancialmente de este, encontrándose los afiliados en cada caso, en circunstancias muy distintas respecto del sistema pensional, en la última citada, cuando el afiliado se trasladó del régimen de

prima media al de ahorro individual, contaba 58 años y 1286 semanas cotizadas, por lo que consideró la Alta Corporación que era *“claro que tenía una expectativa legítima de adquirir el derecho a la pensión de vejez a cargo del ISS, por estar próximo a cumplir los requisitos que disponen sus reglamentos”* y que era *“evidente que un afiliado de las características del demandante tiene mayores beneficios permaneciendo en el régimen de prima media con prestación definida, en cuanto conserva su transición”*; además en todos estos asuntos, se acreditó que la información dada por los fondos no fue veraz, pues se allegaron proyecciones que no se encontraban acordes con la realidad, acreditándose la inducción al error por parte del asesor del fondo, que determinó el traslado.

Empero en este caso, no se acreditó que hubiese sido una información engañosa la suministrada al demandante, ni era evidente que le convenía más estar en uno u otro régimen pensional, ni tenía una expectativa legítima, teniendo en cuenta las semanas que tenía cotizadas (742.43 – f.º 148-152), y la edad cumplida a la fecha de traslado (44 años – f.º 37), por lo que difiere este caso del analizado en las sentencias que se citan, dado que para esa data se encontraba en plena formación de su derecho a la pensión y la decisión de traslado no causó ningún efecto nocivo.

Ahora bien, respecto a la proyección del valor de la mesada pensional que aludió el demandante y el *a quo*, no se considera por la Sala posible, pues precisamente para el momento del traslado, como se dijo, le faltaban casi 18 años para arribar a la edad mínima pensional y más del 40% de las semanas de cotización necesarias para ello, que se incrementaron con la Ley 797 de 2003, así que, cualquier proyección o cálculo pensional en ese momento constituiría una simple especulación, ya que era imposible prever, si le resultaba más beneficioso permanecer en uno u otro régimen, al desconocerse totalmente las condiciones laborales del demandante con

posterioridad al traslado, indispensables para determinar sus posibilidades pensionales.

En este punto, resulta relevante advertir que, no podían los asesores de Santander, Porvenir, Protección, y Horizonte, informarle al demandante previo a la suscripción de las afiliaciones, que podría devolverse al régimen de prima media hasta antes del cumplimiento de los 62 años de edad, pues ello fue así con ocasión de la reforma pensional introducida por la Ley 797 de 2003, el traslado ocurrió 2 años antes de su expedición, por lo que tal restricción no existía para ese momento.

Además, en esas providencias, así como en la SL12136-2014, citada en la demanda y en la decisión de primera instancia, se analizaron casos en los que el traslado significó la pérdida del régimen de transición, como presupuesto especial para el traslado de la carga de la prueba en torno a la afectación de la voluntad, supuesto que aquí no se da, y, por tanto, debe seguirse la regla general respecto a que corresponde a quien alega un vicio del consentimiento acreditarlo.

De manera que, era menester demostrar que ese traslado de régimen le generó un perjuicio cierto y real frente al derecho pensional, situación esta última que no ocurrió en este caso, porque el demandante nunca fue beneficiario del régimen de transición, porque contaba con 37 años de edad y 363.33 semanas de cotización a 1.º de abril de 1994, y su selección de régimen pensional, por tanto, se verificó en igualdad de condiciones frente a los demás usuarios del sistema que no lo son, tuvo la posibilidad de trasladarse nuevamente de acuerdo con la Ley 797 de 2003, con las limitantes establecidas para todos los afiliados, hasta antes del 27 de febrero de 2009 y no lo hizo, al contrario, en septiembre de 2008, hizo su cuarto traslado de

administradora a Horizonte (f.º 188, 238), sin perder de vista que este aspecto de índole legal, que fue publicitado por varios fondos, entre ellos, Santander, Porvenir S.A. y Protección S.A., mediante publicación de comunicados de prensa en periódicos de amplia circulación nacional, como los que se acreditaron en este asunto (f.º 209, 210, 240-242).

Por ende, el afiliado no contaba con un derecho consolidado, que le generara una expectativa legítima de adquirir el derecho a la pensión bajo las previsiones del sistema de prima media con prestación definida.

Y con las 5 solicitudes de vinculación efectuadas a Porvenir S.A., Ing, Protección S.A. y Horizonte S.A., ya reseñadas, estima la Sala que las mismas son claramente indicativas de que el promotor del juicio tenía pleno y amplio conocimiento del régimen de ahorro individual con solidaridad, advirtiéndose como ratificaciones tácitas del acto jurídico de traslado, corroborando su conocimiento de las condiciones del régimen en el que se encontraba.

Sobre las consideraciones expuestas en las sentencias de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, SL1452 y SL1421 ambas de 2019, se debe advertir que no desconoce la obligación de los fondos de pensiones de suministrar a los afiliados la información completa y veraz respecto a las condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad, sin embargo, se considera que la omisión de esa obligación, *per se*, no afecta ni la validez ni la eficacia del acto jurídico de traslado, salvo que se constituya en un verdadero engaño, en maniobras o artificios tendientes a obtener el consentimiento en la celebración del acto jurídico de traslado, lo que necesariamente debe analizarse en cada caso concreto, de acuerdo a las circunstancias fáctico jurídicas particulares que lo rodean, como se dijo en la sentencia STL3186-

2020, con la advertencia de que el juez está facultado para formar libremente su convencimiento sin estar sujeto a tarifa legal alguna, en ejercicio de las facultades propias de las reglas de la sana crítica (artículos 51, 60 y 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social); sin embargo, con base en ello, en este caso en específico se reitera no se acreditó.

Lo anterior, sin pasar por alto que en la actualidad existe un criterio jurisprudencial mayoritario no unificado en nuestro Órgano de Cierre en relación con la temática que hoy absorbe el conocimiento de esta Sala, por lo que se considera que el afiliado no está exonerado de su deber de ilustrarse frente a la decisión del cambio de régimen pensional, toda vez que no se encuentra disminuido en su capacidad para celebrar actos y contratos, y teniendo en cuenta que de su elección dependerá su futuro pensional; aquí como se vio con lo manifestado en el interrogatorio de parte, el demandante fue negligente frente a este aspecto, que decidió voluntariamente cambiarse de régimen, contando con la oportunidad de trasladarse nuevamente de régimen en los términos dispuestos en la Ley 797 de 2003, antes de que le faltaran 10 años o menos para arribar a la edad mínima pensional.

Y si en gracia de discusión, se admitiese la existencia del vicio alegado en el traslado de régimen ocurrido en febrero del año 2001, el mismo tuvo que ser advertido en esa oportunidad, ante la información brindada, por lo que, indefectiblemente, partir de esa fecha, debía contarse el plazo de 4 años con el que contaba el afiliado para pedir la rescisión del acto jurídico de traslado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1750 del Código Civil, y como no lo hizo, ese hecho debe tenerse como una ratificación tácita del acto, con lo que se sana cualquier nulidad que hubiese podido existir.

Por lo dicho anteriormente, no es viable que el demandante pretenda ahora la nulidad de su traslado, después de que observó que la pensión no estaría acorde con sus aspiraciones económicas. Por ende, el afiliado debe someterse a las condiciones del sistema por el que optó, tal y como lo admitió al firmar el formulario de vinculación a Protección S.A.

En consecuencia, en ningún vicio del consentimiento, ni causa de nulidad o ineficacia se incurrió en el traslado de régimen pensional surtido por el demandante, quien ese encuentra válidamente afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad, por lo que se **REVOCARÁ** la sentencia impugnada y consultada, para en su lugar **ABSOLVER** a las demandadas de todas las pretensiones incoadas en su contra.

Sin costas en la alzada, ante su no causación. Las de primera serán a cargo del demandante.

En mérito de lo expuesto, la Sala Quinta de Decisión 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:

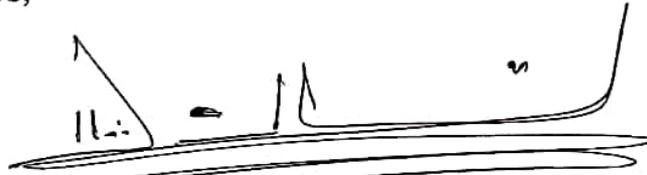
PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 30 de septiembre de 2019, por el Juzgado 33 Laboral del Circuito de Bogotá DC, para en su lugar **absolver** a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN SA**, y a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR SA**, de todas las pretensiones incoadas por

ALFONSO PRIETO GARCÍA, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia, ante su no causación. Las de primera serán a cargo del demandante.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



DAVID A. J. CORREA STEER



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN



HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
SALVO VOTO



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Quinta de Decisión Laboral

DAVID A. J CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **OLGA LUCÍA MATEUS GUTIÉRREZ** en contra de **COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A.**

Litis consorte necesario: **COLFONDOS S.A.**

EXP. 11001 31 05 035 2018 00072-01.

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veinte (2020).

En la fecha señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.º 806 de 2020, se reunió la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá DC, integrada por los Magistrados ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN, HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto por Colpensiones, y surtir el grado jurisdiccional de consulta en su favor, respecto de la sentencia proferida el 19 de septiembre de 2019, por el Juzgado 18.º Laboral del Circuito de Bogotá D.C.

Se reconoce a la abogada Leidy Carolina Fuentes Suárez, como apoderada sustituta de Colpensiones, en los términos y para los efectos legales conferidos en el poder de sustitución aportado a f.º 218. De igual forma, se acepta la renuncia al mandato sustituido en favor de Colfondos, presentada por la profesional Ángela Patricia Vargas Sandoval (f.º 180, 219), en consecuencia, se tiene por

reasumido el poder por la Dra. Jeimmy Carolina Buitrago Peralta, como apoderada general de dicho fondo (f.º 143-148, 219).

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió la demandante, que se declare la nulidad del traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, así como la afiliación efectuada a Protección S.A., el 1.º de abril de 2000, por existir inducción a error, debido a la falta de asesoría profesional, clara y precisa, y que actualmente se encuentra efectivamente afiliada a Colpensiones; en consecuencia, se ordene a Protección S.A. trasladar a esta última, todos los dineros existentes en su cuenta de ahorro individual, tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales, intereses, rendimientos, y comisiones de administración, así como pagar con cargo a su patrimonio las diferencias que llegaren a resultar entre lo ahorrado en el régimen de ahorro individual con solidaridad y su equivalencia en el régimen de prima media con prestación definida.

De igual forma, solicitó que se ordene a Colpensiones, garantizar el recaudo de tales diferencias, recibirlas sumas trasladadas, activar su afiliación sin solución de continuidad, actualizar su historia laboral, y reconocer la pensión de vejez, desde el momento en que acredite los requisitos legales para ello (f.º 2, 3, 65).

Como fundamento relevante de lo decidido, sustentó sus pretensiones en que nació el 2 de diciembre de 1965; se afilió al extinto Instituto de Seguros Sociales, el 26 de noviembre de 1991; se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad el 30 de marzo de 1995, sin que el asesor brindara información adecuada acerca de las consecuencias de su traslado de régimen pensional, ni

las ventajas y beneficios de mantenerse en Colpensiones, solo le indicó que esa entidad se liquidaría y que Protección la pensionaría al cumplir los 55 años de edad, con una mesada superior; ha estado afiliada a Colfondos y a Protección, sin que dichas entidades le informen las ventajas de regresar a Colpensiones, en cualquier momento, o las modalidades de pensión en el régimen de ahorro individual.

Agregó, que solicitó a Protección S.A., un cálculo de su pensión, el cual fue entregado el 14 de septiembre de 2010, el 20 de octubre de 2011, el 28 de septiembre de 2012, y el 1.º de marzo de 2017, última ocasión en donde le informó que la mesada al cumplir los 57 años de edad, sería de \$3.955.935, valor inferior al indicado en las anteriores oportunidades, no obstante, según su ingreso base de liquidación, recibiría una pensión de \$7.000.000 en Colpensiones; solicitó el 6 de septiembre de 2017, su traslado de régimen pensional antelas demandadas, petición que fue rechazada (f.º 3-6).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Previa subsanación, la demanda se admitió el 9 de julio de 2018, ordenando su notificación y traslado a las demandadas (f.º 67), y mediante auto del 16 de enero de 2019, se integró como litis consorte necesario a Colfondos SA (f.º 129).

COLPENSIONES, contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones y en su defensa propuso como excepciones las de inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, y no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público (f.º 74-84).

PROTECCIÓN S.A., se opuso parcialmente a las pretensiones y propuso como excepciones de fondo o de mérito las denominadas: declaración de manera libre y espontánea del demandante al momento de la afiliación a la A.F.P., buena fe y prescripción, (f.º 105-111).

COLFONDOS S.A., formuló como excepciones las de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación y prescripción (f.º 150-177).

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, guardó silencio (f.º 68).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 35.º Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 19 de septiembre de 2019, condenó a Protección a remitir a Colpensiones, todos los aportes de la demandante, junto con sus rendimientos financieros, última entidad a quien ordenó recibir a la actora en el régimen de prima media con prestación definida, ordenar su afiliación, y recibir los aportes trasladados por Protección; y condenó en costas a Colfondos S.A.

En lo que interesa a la alzada, consideró que a pesar de que en su sentir, la demandante sí tuvo pleno convencimiento del motivo por el cual se trasladó de régimen pensional y entre fondos del régimen de ahorro individual con solidaridad, debido a su condición profesional, señaló que debe acompañar los criterios jurisprudenciales y por tanto señaló, que en tal virtud, no se acreditó por parte de las demandadas, teniendo la carga jurisprudencial y procesal de hacerlo, cuál fue la asesoría brindada a la demandante

para que tomara la decisión de trasladarse del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, por ende, no se tiene certeza de que la misma haya sido completa, ni que se cumplió con el deber legal de información, así que también existió un vicio en el consentimiento, por no contar con la suficiente documentación respecto de su afiliación porque incluso debieron haber realizado una proyección pensional al momento de recibir a la demandante como su afiliada; adujo que si el derecho a la pensión es imprescriptible, igual debe ocurrir con lo referente a la nulidad del traslado (f.º 207, 208).

IV. RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES, apeló con el argumento de que la demandante se trasladó de régimen pensional por voluntad propia, suscribiendo los formularios respectivos; además, contaba con el derecho a la libre escogencia de que trata el artículo 2.º de la Ley 797 de 2003, sin que se hubiera trasladado a Colpensiones, en los términos dispuestos en el artículo 1.º del Decreto 3800 de 2003, por lo que no es posible predicar un error por vicios en el consentimiento, teniendo que aceptar las condiciones propias de la selección del régimen pensional que hizo, de acuerdo con el artículo 11 del Decreto 692 de 1994.

V. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en los artículos 66A y 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala tendrá como problema jurídico, el verificar si el traslado de régimen pensional de la demandante, estuvo viciado o no de nulidad, por falta de información suficiente por parte de las administradoras del régimen de ahorro individual con solidaridad.

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: **i)** la demandante nació el 2 de diciembre de 1965 (f.º 12); **ii)** cotizó al extinto Instituto de Seguros Sociales entre el 26 de noviembre de 1991 hasta el 30 de junio de 1995, 169.29 semanas (f.º 89); **iii)** que el 30 de marzo de 1995 se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la A.F.P. Colfondos S.A., con fecha de efectividad desde 1.º de mayo de 1995 (f.º 17, 128), y que actualmente se encuentra vinculada a Protección S.A., con un total de 1369.58 semanas cotizadas, según lo informado por dicha A.F.P. en la historia laboral que reposa de f.º 27 a 34 y 122 a 126 y la certificación de f.º 127.

El traslado de régimen por vinculación a una A.F.P., es un acto jurídico que requiere para su eficacia y validez, del consentimiento exento de vicios, objeto y causa lícita, así como el cabal cumplimiento de la forma solemne en los actos o contratos que así lo exijan.

El artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en su literal b), estableció que la selección de uno cualquiera de los regímenes del sistema general de pensiones, será libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado.

Dispuso el artículo 271 de la Ley 100 *ibidem*, que, si cualquier persona natural o jurídica impide o atenta en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral, la afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador.

El inciso 1.º del artículo 114 de la Ley 100 de 1993, impuso como exigencia a los trabajadores y servidores públicos, que por primera vez se trasladaran del régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, que deberían entregar una comunicación escrita, donde constara que la selección había sido libre, espontánea y sin presiones, y el inciso 7.º del artículo 11 del Decreto 692 de 1994, permitió que la citada manifestación estuviera '**preimpresa**' en el formulario de vinculación, de que la decisión que está tomando el afiliado es libre, espontánea y sin presiones, norma esta, que se encuentra en plena vigencia y no ha sido materia de derogatoria alguna.

En el presente proceso, ello ocurrió precisamente si se observa que en el recuadro denominado 'voluntad de selección y afiliación' de la solicitud de vinculación n.º 448867 diligenciado el 30 de marzo de 1993, se encuentra el siguiente texto 'preimpreso', encima de su firma como afiliada: *«Hago constar que la selección del régimen de ahorro individual con solidaridad **la he efectuado en forma libre, espontánea y sin presiones.** Manifiesto que he elegido a la Compañía Colombiana Administradora de Fondos de Pensiones y de Cesantías SA Colfondos, para administre mis aportes pensionales y que los datos proporcionados en esta solicitud son verdaderos»* (f.º 17).

De manera que, se podría entender que con este acto produjo los efectos de traslado válido al régimen de ahorro individual con solidaridad, sin que exista en el plenario ninguna prueba de que su consentimiento en el traslado a Colfondos S.A., fuera ineficaz o estuviera viciado de nulidad como lo afirmó la parte demandante, por haberse tratado de una decisión sin tener suficiente información, máxime cuando la suscripción del mencionado formulario no fue objeto de reproche de su parte; por el contrario, en su interrogatorio de parte, admitió que impuso su firma de manera libre y voluntaria, sin presiones, después de haber leído el formulario radicado ante

Colfondos S.A., y posteriormente ante Protección S.A., circunstancia indicativa del conocimiento de la demandante del régimen de ahorro individual con solidaridad, lo que considera la Sala como una ratificación tácita del acto jurídico de traslado, con cumplimiento de las solemnidades legales.

Lo anterior, por cuanto dichas obligaciones generales y especiales que establecen los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, a cargo de los Fondos de Pensiones, relativas al deber de información para con los afiliados, se suple con aquellas previsiones que se reitera, fueron aceptadas por la demandante, al momento de suscribir los formularios, donde se expresa que con su suscripción se deja constancia de su voluntad libre, espontánea y sin presiones.

No se verifica ningún vicio del consentimiento, toda vez que conforme a lo dispuesto en el artículo 1509 del Código Civil, el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, y no se acreditó que la demandante en el momento de celebrar el acto jurídico de vinculación al régimen de ahorro individual, hubiese podido incurrir en error de hecho, al considerar que se encontraba celebrando un acto jurídico distinto, según lo previsto en el artículo 1510 *idem*.

Tampoco, se estableció en este proceso la existencia del dolo, consistente en artificios o engaños que indujeran o provocaran error en la demandante para su afiliación, por parte de la A.F.P., en consonancia con el artículo 1515 del Código Civil, pues de las afirmaciones efectuadas al absolver el interrogatorio de parte (f.º 207, 208), es factible inferir que conocía algunas de las posibilidades que ofrece el régimen de ahorro individual con solidaridad, porque admitió haber sido analista de crédito y vicepresidente operativa financiera, y que como tal, recibió una asesoría grupal e individual por parte de Colfondos S.A., en Andileasing S.A., en donde trabajaba

para esa época; que los asesores le indicaron los beneficios de pasarse al fondo, dentro de los cuales se encontraba la solidez por haber sido comprada por una empresa chilena, le solicitó información acerca de su bono pensional para hacer el traslado, y le indicó que podía obtener una pensión anticipada a través de los aportes mensuales que hiciera en su cuenta de ahorro individual, que el I.S.S. sería liquidado, y que pudo hacerle preguntas a los asesores de Colfondos y Protección respecto de las inquietudes que tuvo en el momento.

La absolvente señaló que nunca se acercó a las oficinas de la entidad a averiguar por su situación pensional, que recibió extractos de sus aportes, los cuales entendía perfectamente; informó que lo que la motivó a pasarse a Protección S.A., fue la rentabilidad que le ofreció de manera individual el asesor de dicho fondo, lo que consideró viable dado que toda la vida ha sido cliente del grupo Bancolombia, y sabía que en ese momento, era el fondo más sólido del país; admitió que los asesores le indicaron qué pasaría con su dinero ahorrado, en caso de no cumplir los requisitos para pensionarse, siendo heredable a su hija, así como haber realizado aportes por pensiones voluntarias, antes de trasladarse a Protección S.A., lo que dicho sea de paso, se constata a f.º 112 y 119, e indicó que ello lo hacía porque quería hacer un ahorro para cuestiones específicas; que solo se acercó a pedir información de su situación pensional en el año 2012 ante Protección, al solicitar una reasesoría; y finalmente, sostuvo que no se siente engañada por los asesores de los fondos mencionados, sino que recibió muy poca información, y solo hasta hace 4 años, debido al desempleo del que fue objeto, se dio cuenta que su pensión en el I.S.S. era más favorable que en Protección S.A. Manifestaciones que denotan su convicción sobre el traslado de régimen, la asesoría recibida y el conocimiento de características propias del régimen pensional al que se trasladó.

Adicional a ello, la demandante fue informada por Colfondos S.A. y Protección S.A., en abril de 2000 y julio de 2001, de la existencia del bono pensional emitido por el Ministerio de Hacienda, con la forma de cómo está conformado, aspecto frente al cual, la demandante solicitó inicialmente la corrección del mismo y posteriormente, su emisión (f.º 19-21, 23-25)

Se considera entonces, que no existen elementos de juicio que permitan establecer coacción, error o inducción al mismo como vicios del consentimiento, la deficiencia de la asesoría que se aduce, menos aún el dolo consistente en artificios o engaños para obtener el consentimiento en el traslado, pues lo que está claro es que la demandante fue asesorada y conocía las condiciones del régimen al cual se vinculaba, por lo tanto, no había lugar a declarar ni la nulidad de las afiliaciones a las A.F.P. Colfondos S.A. y Protección S.A., ni la ineficacia prevista en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, ya que tampoco se acreditó que persona alguna hubiese atentado contra el derecho de la trabajadora a seleccionar el régimen pensional.

Y no se puede perder de vista, que conforme a los formularios que suscribió en septiembre de 1998, abril de 2000, y septiembre de 2012 (f.º 18, 112, 113, 116), la demandante recibió una amplia y más que suficiente asesoría y reaseoría para efectos de su vinculación a Protección, y Colfondos, razón por la cual, si no consideraba conveniente a sus intereses su permanencia en el régimen de ahorro individual con solidaridad, pudo haber hecho uso de su derecho a retractarse, o de regresar al régimen de prima media.

De igual modo, frente a las decisiones de la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral, SL, 9 sep. 2008 rad. 31989 y 31314, reiteradas en la SL, 22 nov. 2011 rad. 33083 -que se adujeron como sustento de las pretensiones (f.º 18) y del fallo de

primera instancia-, no son aplicables porque aquellos asuntos difieren sustancialmente de este, encontrándose los afiliados en cada caso, en circunstancias muy distintas respecto del sistema pensional, en la última citada, cuando el afiliado se trasladó del régimen de prima media al de ahorro individual, contaba 58 años y 1286 semanas cotizadas, por lo que consideró la Alta Corporación que era *“claro que tenía una expectativa legítima de adquirir el derecho a la pensión de vejez a cargo del ISS, por estar próximo a cumplir los requisitos que disponen sus reglamentos”* y que era *“evidente que un afiliado de las características del demandante tiene mayores beneficios permaneciendo en el régimen de prima media con prestación definida, en cuanto conserva su transición”*; además en todos estos asuntos, se acreditó que la información dada por los fondos no fue veraz, pues se allegaron proyecciones que no se encontraban acordes con la realidad, acreditándose la inducción al error por parte del asesor del fondo, que determinó el traslado.

Empero, en este caso, no se acreditó que hubiese sido una información engañosa la suministrada a la demandante, ni era evidente que le convenía más estar en uno u otro régimen pensional, ni tenía una expectativa legítima, teniendo en cuenta las semanas que tenía cotizadas (169.29 – f.º 35, 89), y la edad cumplida a la fecha de traslado (29 años – f.º 12), por lo que difiere este caso del analizado en las sentencias que se citan, dado que para esa data se encontraba en plena formación de su derecho a la pensión y la decisión de traslado no causó ningún efecto nocivo.

Ahora bien, respecto a la proyección del valor de la mesada pensional que aludió la demandante y el *a quo*, no se considera por la Sala posible, pues precisamente para el momento del traslado, como se dijo, le faltaban casi 27 años para arribar a la edad mínima pensional y más del 80% de las semanas de cotización necesarias para ello, que se incrementaron con la Ley 797 de 2003, así que, cualquier proyección o cálculo pensional en ese momento constituiría

una simple especulación, ya que era imposible prever, si le resultaba más beneficioso permanecer en uno u otro régimen, al desconocerse totalmente las condiciones laborales de la demandante con posterioridad al traslado, indispensables para determinar sus posibilidades pensionales.

En este punto, resulta relevante advertir que, no podían los asesores de Protección, y Colfondos, informarle a la demandante previo a la suscripción de las afiliaciones, que podría devolverse al régimen de prima media hasta antes del cumplimiento de los 47 años de edad, pues ello fue así con ocasión de la reforma pensional introducida por la Ley 797 de 2003, el traslado ocurrió 8 años antes de su expedición, por lo que tal restricción no existía para ese momento.

Además, en esas providencias, así como en la SL12136-2014, citada en la decisión de primera instancia, se analizaron casos en los que el traslado significó la pérdida del régimen de transición, como presupuesto especial para el traslado de la carga de la prueba en torno a la afectación de la voluntad, supuesto que aquí no se da, y, por tanto, debe seguirse la regla general respecto a que corresponde a quien alega un vicio del consentimiento acreditarlo.

De manera que, era menester demostrar que ese traslado de régimen le generó un perjuicio cierto y real frente al derecho pensional, situación esta última que no ocurrió en este caso, porque la demandante nunca fue beneficiaria del régimen de transición, porque contaba con 29 años de edad y 117.43 semanas de cotización a 1º de abril de 1994 y su selección de régimen pensional, por tanto, se verificó en igualdad de condiciones frente a los demás usuarios del sistema que no lo son, tuvo la posibilidad de trasladarse nuevamente de acuerdo con la Ley 797 de 2003, con las limitantes establecidas

para todos los afiliados, hasta antes del 2 de diciembre de 2012 y no lo hizo, al contrario, luego de la última reaseoría efectuada por Protección SA en septiembre de dicha anualidad (f.º 119), quiso permanecer en ese fondo, sin perder de vista que este aspecto de índole legal, que fue publicitado en comunicados de prensa en periódicos de amplia circulación nacional, como el que se acreditó en este asunto (f.º 178).

Por ende, la afiliada no contaba con un derecho consolidado, que le generara una expectativa legítima de adquirir el derecho a la pensión bajo las previsiones del sistema de prima media con prestación definida.

Y con las solicitudes de vinculación y permanencia efectuadas a Protección S.A., y Colfondos S.A., ya reseñadas, estima la Sala que las mismas son claramente indicativas de que la promotora del juicio tenía pleno y amplio conocimiento del régimen de ahorro individual con solidaridad, advirtiéndose como ratificaciones tácitas del acto jurídico de traslado, corroborando su conocimiento de las condiciones del régimen en el que se encontraba.

Sobre las consideraciones expuestas en las sentencias de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, SL1452 y SL1421 ambas de 2019, se debe advertir que no desconoce la obligación de los fondos de pensiones de suministrar a los afiliados la información completa y veraz respecto a las condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad, sin embargo, se considera que la omisión de esa obligación, *per se*, no afecta ni la validez ni la eficacia del acto jurídico de traslado, salvo que se constituya en un verdadero engaño, en maniobras o artificios tendientes a obtener el consentimiento en la celebración del acto jurídico de traslado, lo que necesariamente debe analizarse en cada caso concreto, de acuerdo a las circunstancias fáctico jurídicas

particulares que lo rodean, como se dijo en la sentencia STL3186-2020, con la advertencia de que el juez está facultado para formar libremente su convencimiento sin estar sujeto a tarifa legal alguna, en ejercicio de las facultades propias de las reglas de la sana crítica (artículos 51, 60 y 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social); sin embargo, con base en ello, en este caso en específico se reitera no se acreditó.

Lo anterior, sin pasar por alto que en la actualidad existe un criterio jurisprudencial mayoritario no unificado en nuestro Órgano de Cierre en relación con la temática que hoy absorbe el conocimiento de esta Sala, por lo que se considera que el afiliado no está exonerado de su deber de ilustrarse frente a la decisión del cambio de régimen pensional, toda vez que no se encuentra disminuido en su capacidad para celebrar actos y contratos, y teniendo en cuenta que de su elección dependerá su futuro pensional; aquí como se vio con lo manifestado en el interrogatorio de parte, la demandante fue negligente frente a este aspecto, que decidió voluntariamente cambiarse de régimen, contando con la oportunidad de trasladarse nuevamente de régimen en los términos dispuestos en la Ley 797 de 2003, antes de que le faltaran 10 años o menos para arribar a la edad mínima pensional.

Y si en gracia de discusión, se admitiese la existencia del vicio alegado en el traslado de régimen ocurrido en marzo del año 1995, el mismo tuvo que ser advertido en esa oportunidad, ante la información brindada, por lo que, indefectiblemente, partir de esa fecha, debía contarse el plazo de 4 años con el que contaba la afiliada para pedir la rescisión del acto jurídico de traslado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1750 del Código Civil, y como no lo hizo, ese hecho debe tenerse como una ratificación tácita del acto, con lo que se sana cualquier nulidad que hubiese podido existir.

Por lo dicho anteriormente, no es viable que la demandante pretenda ahora la nulidad de su traslado, después de que observó que la pensión no estaría acorde con sus aspiraciones económicas. Por ende, la afiliada debe someterse a las condiciones del sistema por el que optó, tal y como lo admitió al firmar el formulario de vinculación a Protección S.A.-Santander.

En consecuencia, en ningún vicio del consentimiento, ni causa de nulidad o ineficacia se incurrió en el traslado de régimen pensional surtido por la demandante, quien ese encuentra válidamente afiliada al régimen de ahorro individual con solidaridad, por lo que se **REVOCARÁ** la sentencia impugnada y consultada, para en su lugar **ABSOLVER** a las demandadas de todas las pretensiones incoadas en su contra.

Sin costas en la alzada, ante su no causación. Las de primera serán a cargo de la demandante.

En mérito de lo expuesto, la Sala Quinta de Decisión 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: REVOCAR la sentencia proferida el 19 de septiembre de 2019, por el Juzgado 35.º Laboral del Circuito de Bogotá D.C., para en su lugar **absolver** a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, y a **COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.**, de todas las

pretensiones incoadas por **OLGA LUCÍA MATEUS GUTIÉRREZ**, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia, ante su no causación. Las de primera serán a cargo de la demandante.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



DAVID A. J. CORREA STEER



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN



HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
ACLARO VOTO

ACLARACIÓN DE VOTO

Demandante: Olga Lucía Mateus
Demandado: Colpensiones y otros
Radicado: 110013105 035 2018 00072 01

Con el acostumbrado respeto, me permito aclarar el voto para señalar que el suscrito, a efectos de resolver lo concerniente a la ineficacia del traslado de régimen pensional, ha acogido en su integridad las reglas sentadas por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que se sintetizan en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008; CSJ SL 31314, 9 sep. 2008; CSJ SL 33083, 22 nov. 2011; CSJ SL12136-2014; CSJ SL19447-2017; CSJ SL4964-2018; CSJ SL4989-2018; SL1452-2019; SL1421-2019; STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020 y STL3200-2020.

No obstante lo anterior, coincido con los demás integrantes de la Sala que en el presente caso no es posible declarar la ineficacia del traslado, dado que la demandante si recibió suficiente, amplia, objetiva y oportuna información, lo cual es posible inferir a partir de los medios de prueba arrojados al plenario, por tanto, la selección del régimen pensional fue **libre y voluntaria**.

Considero que conforme a los lineamientos sentados por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia SL-413 de 2018, según la cual, bajo el principio de la realidad sobre las formas prevista en el artículo 53 de la Constitución Nacional, es dable identificar la voluntad de afiliación o permanencia en un régimen pensional a partir de conductas inequívocas del afiliado, tal como sucede en este caso, donde es evidente que pese a habersele dado una asesoría antes de la temporalidad impuesta legalmente que tenía el actor para retornar al régimen de prima media y no lo hace, eso es indicativo de su real voluntad de permanecer en el régimen de ahorro individual con solidaridad y presupone el conocimiento de las características del mismo.

Por ello, con base en tal precedente jurisprudencial y el artículo 12 del Decreto 720 de 1994, estimo que la asesoría antes del vencimiento de los 10 años que se tiene por ley para el traslado, resulta oportuna porque la obligación de información persiste a lo largo de toda la vinculación al régimen, aunado a la voluntad exteriorizada por el afiliado de permanecer en el sistema de ahorro

individual a pesar de la inconveniencia exhibida por el fondo privado. Por tal motivo, para el presente caso, no es aplicable como regla absoluta para la solución del mismo, una falta de información al momento del traslado, dadas las particularidades advertidas.

En estos términos aclaro el voto.



HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Quinta de Decisión Laboral

DAVID A. J CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **HECTOR JULIO MENDOZA RIZO** contra **ECOPETROL S.A.**

EXP. 11001-31-05-037-2018-00433-01.

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veinte (2020).

En la fecha señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.º 806 de 2020, se reunió la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá DC, integrada por los Magistrados ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN, HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia proferida el 26 de septiembre de 2019, por el Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá, y dictar la siguiente:

reconocimiento y pago de horas extras; que los recargos pretendidos le fueron reconocidos dentro de su remuneración; que la pensión de jubilación fue liquidada en debida forma conforme a las disposiciones legales vigentes, entre ellas en Acto Legislativo 01 de 2005; que no hay lugar al reajuste de la pensión de jubilación ni retroactivo pensional, pues no se le adeuda suma alguna al trabajador, ni al reconocimiento de la indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, pues siempre obró de buena fe, ni a la indexación de las pretensiones elevadas. (f.º 137 - 138)

Propuso las excepciones de mérito de inexistencia de la obligación, cobro de no lo debido, prescripción y compensación. (f.º 144 - 145)

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia de 26 de septiembre de 2019, absolvió a la demandada de todas las pretensiones incoadas en su contra, y condenó al actor al pago de las costas a favor de **ECOPETROL S.A.**, por la suma de \$300.000, como agencias en derecho.

Consideró que los problemas jurídicos a resolver eran los siguientes: **i)** Analizar si el concepto denominado estímulo al ahorro constituye factor salarial, **ii)** determinar si hay lugar al reconocimiento del trabajo suplementario, dominical y festivo solicitado por la parte actora, y **iii)** establecer si hay lugar a que se incluya el porcentaje adicional por el periodo laborado con posterioridad a los 20 años de servicio.

Manifestó, que dentro del plenario no fue objeto de controversia que entre las partes se suscribió un contrato de trabajo a término

indefinido (f.º 150 - 151), desde el 21 de enero de 1985 hasta el 31 de julio de 2015, ni el periodo de antigüedad del actor de 30 años, y que en virtud de dicho contrato le fue reconocida la pensión de jubilación denominada Plan 70, a partir del primero de mayo de 2015 (f.º 162 - 163), liquidada con un 12.5% adicional al tiempo laborado con posterioridad a los 20 años de servicio, pero que se limitó al 31 de julio de 2010.

Señaló, que la jurisprudencia ha establecido que para efectos de determinar si un concepto tiene o no naturaleza salarial, deben analizarse los conceptos de habitualidad, permanencia y la retribución directa del servicio personal prestado, y que en sentencia SL-21210 de 2017 la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia manifestó que, si un concepto cumple con las condiciones mencionadas, tendrá efectos salariales.

Indicó, que en el caso concreto, obran copias de los documentos suscritos por **ECOPETROL S.A.**, desde el año 2007, en donde se le informa al demandante que con ocasión al proceso de capitalización se implementó un nuevo modelo organizacional, y que en tal sentido, se otorga un estímulo de ahorro económico mensual, a través de aportes voluntarios a la administradora de fondos de pensiones que eligiera el actor, cuyo monto sería variable, así como condicionado a la política de compensación, y que en los documentos se le solicitó al demandante manifestar si aceptaba o no (f.º 154 - 161). El juez estimó que dicha aceptación se acreditó en los documentos indicados, así como en el interrogatorio de parte, en el cual el actor admitió la suscripción de los documentos, y que el concepto de estímulo al ahorro no tenía incidencia salarial, por lo que era clara la existencia de un acuerdo entre las partes mediante el cual se rotuló que el concepto de estímulo al ahorro no tenía incidencia salarial.

Igualmente, expresó que en la respuesta dada a la reclamación administrativa hecha por el actor a la demandada, se explicó que el estímulo del ahorro correspondía a un factor de política de compensación de la compañía, que era cancelado por mera liberalidad al trabajador sin incidencia salarial.

Señaló, que en sentencia SL-1922 de 2019, la Corte Suprema de Justicia analizó un caso similar, y que el análisis realizado por la máxima corporación arrojó que dicho concepto atendía a factores objetivos para efectos de la fijación, para indicar que el efectivamente el estímulo al ahorro correspondía a un ahorro diferenciado en virtud de las calidades y el tiempo de antigüedad de cada trabajador, y que no tenía connotación salarial máxime si se tiene en cuenta que el dinero era entregado a la administradora de fondos de pensiones y no directamente al trabajador.

Respecto del trabajo suplementario, adujo que el demandante aceptó en el interrogatorio de parte que fue ascendido a un área en donde sus labores fueron calificadas como trabajador de dirección, confianza y manejo, situación que conforme a las normas laborales lo excluye de la jornada ordinaria, y por tanto del reconocimiento del trabajo suplementario. Sobre los dominicales y festivos, aclaró que de conformidad con los desprendibles allegados por la parte demandada dichos conceptos si le fueron pagados al actor, por lo que no accedió de manera favorable a la petición.

Finalmente, destacó la ausencia en el expediente de la convención colectiva de trabajo que permitiera inferir si algún beneficio convencional siguió rigiendo con posterioridad al 31 de julio de 2010, ya que solamente se aportó la del período 2014-2018, que no posibilita llegar a esa inferencia.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandante, interpuso recurso de apelación para que fuera revocada la sentencia proferida. Manifestó que la aplicación del Acto Legislativo 01 de 2005, vulnera los derechos de los trabajadores y va en contra de lo establecido en las decisiones de la O.I.T., que hacen parte del bloque de constitucionalidad, conforme a lo establecido en el artículo 93 de la Constitución Política.

V. CONSIDERACIONES

Para decidir la apelación interpuesta por el demandante, el Tribunal tendrá en cuenta las previsiones del artículo 66A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, según el cual, la sentencia de segunda instancia y la decisión sobre los autos apelados, deberán estar en consonancia con las materias objeto de la apelación, lo cual le impone un límite a la competencia del tribunal, ya que no puede ir más allá de las inconformidades expuestas por las recurrentes.

Por lo anterior, como problema jurídico le corresponde a esta sala determinar si el concepto denominado “estímulo al ahorro económico mensual”, recibido por el demandante durante la relación laboral con **ECOPETROL S.A.**, constituye factor salarial conforme a lo previsto en el artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo, y establecer si procede la reliquidación de la pensión de jubilación.

En este orden, comparte la sala la apreciación realizada por el juez de que el concepto denominado “*estímulo al ahorro*”, no tiene incidencia salarial como lo afirma el demandante, puesto que su finalidad no es retribuir el servicio prestado por el actor a **ECOPETROL S.A.**, sino que se trata de un beneficio económico

creado por mera liberalidad de la empresa, para permitir un incremento efectivo anual en el ingreso del trabajador, cuyo recibimiento se sujetó a la aceptación del actor.

El artículo 15 de la Ley 50 de 1990, estableció que las partes pueden pactar expresamente que beneficios o auxilios habituales u ocasionales pactados convencional o contractualmente, no constituyen salario. Al respecto, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia aclaró que dicha facultad no es discrecional, y que las cláusulas de exclusión salarial no *“deben ser admitidas inexorablemente, por el solo hecho de su existencia, pues esa facultad de las partes no es absoluta”* (SL – 5621 DE 2018), si no que se debe evaluar si responden a la condición establecida en el artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo, de tratarse de pagos que retribuyen la contraprestación directa del servicio.

Es claro entonces que la empresa, hizo uso de la facultad conferida en el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 15 de la Ley 50 de 1990, de poder pactar que beneficios habituales u ocasionales, no constituirían factor salarial. Así, en el presente caso obran dentro del expediente diversas comunicaciones hechas al actor (f.º 154-161), en donde **ECOPETROL S.A.** de forma clara y precisa, le informa al actor de la implementación de la política de compensación, y somete a su consideración la siguiente cláusula adicional a su contrato individual de trabajo: *“Sobre el monto al estímulo al ahorro efectuado por el empleador de conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 de la Ley 50 de 1990 que subrogó el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo, las partes acuerdan que no tiene carácter salarial para ningún efecto”.*

Frente a un caso similar, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL – 9827 de 2015 expresó lo siguiente: *De conformidad con lo expuesto, no todo pago que recibe el trabajador*

constituye salario, sino que para determinar su carácter, no basta con que se entregue de manera habitual o que sea una suma fija o variable, sino que se debe examinar si su finalidad es remunerar de manera directa la actividad que realiza el asalariado, característica que no se predica del estímulo al ahorro por cuanto como se indicó, se trató de una suma de dinero que percibió el actor a través de aportes voluntarios que le eran consignados al fondo de pensiones al que pertenecía, cuyo origen fue la política de compensación salarial que estableció ECOPETROL.”

Así las cosas, como la finalidad del estímulo al ahorro no consiste en remunerar de manera directa la actividad realizada por el demandante, no tiene incidencia salarial como lo afirmó el demandante, por lo que en este aspecto se confirmará la sentencia apelada, siendo irrelevante la discusión sobre los efectos jurídicos del Acto Legislativo 01 de 2005, pero resaltando que, tal como lo dijo el juzgado, al plenario no fue aportada la convención colectiva de trabajo que permitiera establecer si hubo alguna disposición contractual que siguió rigiendo después del 31 de julio de 2010.

En mérito de lo expuesto, la Sala Quinta de Decisión 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 26 de septiembre de 2019, por el Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá D.C., por lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: Sin costas en la presente instancia ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,



DAVID A. J. CORREA STEER



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN



HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Quinta de Decisión Laboral

DAVID A. J CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **BERNARDO GAMBA** en contra de la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP**.

EXP. 11001 31 05 038 2018 00280 01

Bogotá DC, treinta y uno (31) de agosto de dos mil veinte (2020)

En la fecha arriba señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.º 806 de 2020, se reunió la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá DC, integrada por los Magistrados ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN, HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto por el demandante, contra la sentencia proferida el 17 de septiembre de 2019, por el Juzgado 38 Laboral del Circuito de Bogotá DC, y dictar la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió el demandante, que se condene a la demandada a ajustar de manera correcta su mesada pensional, de conformidad con lo establecido en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, en la medida en que no puede ser en promedio inferior a 7.69 salarios mínimos

legales mensuales vigentes, en consecuencia, debe pagar las diferencias entre lo que ha venido cancelando y lo que legalmente debe pagar, causadas desde el 1.º de enero de 1976, junto con los intereses moratorios y legales a que haya lugar y los daños morales en 100 smlmv causados por la no liquidación correcta de su mesada pensional, dado que ha visto un detrimento en su calidad de vida, en su mínimo vital, en su fuero interno y en su órbita afectiva, sin que se aplique la prescripción trienal, en la medida en que la entidad debió realizar el ajuste en forma oficiosa en su oportunidad legal (f.º 45, 46).

Como sustento relevante de sus pretensiones manifestó, que teniendo en cuenta el tiempo laborado para la extinta Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, mediante resolución n.º J-076 de 1975 se le reconoció una pensión de jubilación en cuantía de \$9.238,88, de conformidad con la Convención Colectiva de Trabajadores y el Acta n.º 1782 del mismo año; el salario mínimo para aquella época era de \$1.200 de acuerdo con el Decreto n.º 2394 de 1974, por tanto su mesada pensional equivalía a 7.69 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Sostuvo que para el año 2016 su mesada ascendió a \$1.875.526,46, data para la cual, el salario mínimo legal mensual vigente era de \$689.454, de manera que su mesada equivalía en ese año a 2.72 salarios mínimos, por lo que la diferencia pensional es de 4.97 smlmv; la demandada mediante resolución RDP 27567 de 2016 negó la actualización de la mesada pensional de acuerdo con el IPC, decisión confirmada en las resoluciones RDP 035911 y RDP037130 del mismo año (f.º 44, 45).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda inicialmente correspondió al Juzgado 48 Administrativo del Circuito de Bogotá, quien el 8 de mayo de 2018 la remitió por competencia a los juzgados laborales del mismo circuito (f.º 36, 37), correspondiéndole al Juzgado 38 Laboral del Circuito de esta ciudad, y una vez adecuada y subsanada la demanda, la admitió el 31 de julio de 2018, ordenando la notificación y traslado a la demandada (f.º 56).

La entidad encartada, contestó con oposición con el argumento de que la entidad ha efectuado los reajustes a las mesadas pensionales de acuerdo con las normas vigentes al momento del reconocimiento pensional, prestación que fue liquidada con base en los parámetros establecidos en la Convención Colectiva de Trabajo de la extinta Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, mediante acta n.º 1782 del 19 de agosto de 1975; propuso como excepciones de mérito las de inexistencia de la obligación y prescripción (f.º 59-63).

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, guardó silencio (f.º 58).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 38 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 17 de septiembre de 2019, absolvió a la demandada de las pretensiones incoadas en su contra e impuso costas a cargo del demandante, tras considerar en lo que interesa a la alzada, que el rasero para determinar el importe del reajuste de las de las pensiones, como la del demandante, que fue reconocida en 1975 en cuantía de \$9.238,88 y que para el 2016 ascendía a \$1.875.526,46, está ligado necesariamente al IPC y no como lo pretende la parte actora ligarlo al monto del salario mínimo legal mensual vigente, lo que solamente aplica para las pensiones que en su cuantía equivalen a la pensión

mínima legal o aquellas que ascienden a una suma inferior en principio al salario mínimo legal y que con ocasión de la pérdida de poder adquisitivo pues evidentemente debe ser reajustada.

Adicionó, que si bien es cierto en la actualidad la prestación del actor no equivale al mismo número de salarios mínimos legales mensuales vigentes a los que equivalía al momento de su reconocimiento, ello no dimana de necesariamente la pérdida de poder adquisitivo de la moneda sino de factores adicionales que han implicado que en muchas ocasiones el salario mínimo legal mensual vigente ha sido incrementado por valores superiores a los índices de inflación (f.º 96, 99).

IV. RECURSO DE APELACIÓN

El **demandante** argumentó que el *a quo* no se pronunció respecto de la petición elevada al presentar los alegatos de conclusión, relacionada con dar aplicación a lo dispuesto en los numerales 2.º del artículo 96 del Código general del Proceso y 3.º del artículo 31 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, en la medida en que la contestación de la demanda no cumplió con dichos lineamientos, al no haber sido motivadas las respuestas respecto de los hechos que no le constaron a la demanda.

Agregó que tuvo una expectativa de recibir una mesada para el año 2016 de aproximadamente \$3.000.000, no obstante, la pagada para esa época fue de \$1.800.000, por tanto no se dio aplicación al artículo 14 de la Ley 100 de 1993, ya que no se ha mantenido su poder adquisitivo constante, sino al contrario, ha venido desmejorando año a año, lo que ha afectado su calidad de vida y la de su núcleo familiar.

V. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala verificará si es procedente revisar en esta etapa procesal si la contestación a la demanda reúne o no los requisitos legales, para luego establecer si la demandada ha reajustado anualmente la mesada pensional del demandante de manera correcta.

Para iniciar, debe indicar la Sala que resulta a todas luces extemporánea la petición elevada por el apelante, relacionada con la verificación de los requisitos que debe contener la contestación de la demanda, más exactamente el exigido en el numeral 3.º del artículo 31 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, que dicho sea de paso es la única norma aplicable en materia laboral frente a este aspecto, y no el artículo 96 del Código General del Proceso, en la medida en que el auto mediante el cual se tuvo por contestada la demanda se profirió el 25 de octubre de 2018 (f.º 91), luego de que el juzgado efectuara el control de legalidad establecido en el artículo 18 de la Ley 712 de 2001, y concluyera que el escrito visible de f.º 59 a 63, sí reunía los requisitos legales para tal efecto.

De manera que si el demandante consideraba que ello no era cierto, pudo haber acudido en dicha oportunidad a los mecanismos legales y procesales con que cuenta para controvertir tal providencia, pero no lo hizo dentro del término respectivo; así que no resulta jurídicamente viable a estas alturas, reparar tal decisión porque se encuentra debida y legalmente ejecutoriada, proceder de otra manera en esta instancia, sería tanto como vulnerar los derechos al debido proceso, defensa y contradicción de los cuales es titular la demandada, así que en estos términos no sale avante la petición del demandante.

Por otra parte, está al margen de la discusión, la calidad de pensionado del actor desde el 17 de noviembre de 1975, día siguiente al que terminó su vínculo contractual con la extinta Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, lo que se demuestra con la Resolución N° J-0076 del 26 de diciembre de dicha anualidad, proferida por dicha entidad, en la que se reconoció la pensión de jubilación convencional en cuantía inicial de \$9.230,88, y con la certificación laboral expedida por el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural (f.º 33, 34 y CD f.º 88).

En punto al desarrollo del problema jurídico planteado, debe precisar la Sala, que lo afirmado por el apelante no es lo correcto teniendo en cuenta que el reajuste periódico que por mandato constitucional y legal se hace tanto a los salarios como a las pensiones en forma anual (artículos 53 de la CP y 14 de la Ley 100 de 1993) busca que la pensión, no se rezague en su ingrediente económico, al punto que su capacidad de compra se reduzca dramáticamente (CSJ SL, 13 mar. y 4 jul. ambas de 2012 rad. 39628 y 38337, respectivamente).

Como se sabe el reajuste periódico de las pensiones es un mandato constitucional a la luz de lo dispuesto en el artículo 53 de la CP y que antes de que entrara en vigencia el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, las pensiones se reajustaban de oficio con una suma fija igual a la mitad de la diferencia entre el antiguo y el nuevo salario mínimo mensual legal más alto, más una suma equivalente a la mitad del porcentaje que represente el incremento entre el antiguo y el nuevo salario mínimo mensual legal más alto, esto último aplicado a la correspondiente pensión, como lo estatuyó el artículo 1º de la Ley 4ª de 1976, hasta el año 1988.

A través de los artículos 1.º de la Ley 71 de 1988, 1.º y 2.º del Decreto 1160 de 1989, se reestructuró sustancialmente el sistema de reajuste pensional contenido en artículo 1º de la Ley 4ª de 1976, pues a partir de la Ley 71, las pensiones serían *«reajustadas de oficio cada vez y con el mismo porcentaje en que sea incrementado por el Gobierno el salario mínimo legal mensual»*, aclarando también que dicho reajuste tendría vigencia simultánea a la que se fija para el salario mínimo, por ende, la citada Ley 4ª, fue derogada tácitamente por la Ley 71 de 1988, que a su vez fue modificada por los artículos 14, 142, y 143 de la Ley 100 de 1993, en lo relativo a la forma cómo se reajustan anualmente las pensiones.

Por tanto, *«a partir del 1º de enero de 1989 y hasta la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, todas las pensiones que fueron reconocidas en el país, tanto en el sector público como en el privado, se reajustaron anualmente conforme a la fórmula prevista en la Ley 71 de 1988 (...). Con la expedición de la Ley 100 de 1993 y su entrada en vigencia, las pensiones reconocidas antes y después de dicha ley, se vienen reajustando en la forma prevista por su artículo 14 y teniendo en cuenta lo dispuesto en los artículos 142 y 143 ibídem, lo que significa que el referido reajuste se produce anualmente según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor, certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior (...); es decir, que a partir del 1º de enero de 1995, los reajustes se hacen según la variación porcentual del IPC certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior, al tenor de lo dispuesto en el mencionado artículo 14, en concordancia con el artículo 41 del Decreto 692 de 1994 (CC C-110-2006, reseñada por la CSJ en la SL1509-2018, SL, 19 oct. 2011 rad. 41105, SL, 24 jun. 2009 rad. 35330, SL, 11 mar 2009 rad 35213), que es lo que ocurrió con la mesada pensional del demandante, como dan cuenta las documentales aportadas en físico y medio óptico.*

Lo anterior es así, porque de conformidad con los cuadros realizados por la entidad demandada dentro de los antecedentes administrativos de las resoluciones n.º RDP 035911 y RDP037130

ambas de 2016 (f.º 16-20), que tienen respaldo en las comunicaciones internas, actos administrativos expedidos por la entidad empleadora y controles de pensionados que obran dentro del CD de f.º 88, se verifica que sí se le aplicaron los reajustes de ley a la pensión del actor e incluso se indicó de manera detallada los valores reajustados desde el año 1977 hasta 1999; respecto de lo cual se precisa que la actitud tomada por la demandada para los reajustes de 1976-1980 tiene asidero en lo establecido en el parágrafo 2º del artículo 1.º de la Ley 4 de 1976 y el artículo 2.º del Decreto 732 de 1976, dado que al haber sido reconocido el derecho pensional al demandante a partir del 17 de noviembre de 1975, no alcanzaba para enero de 1976 a tener un año con el status de pensionado y según lo previsto en el citado parágrafo, los reajustes a que se refieren esas disposiciones se harán efectivos a quienes hayan tenido dicho status *“con un año de anticipación a cada reajuste”*, que para el caso que hoy nos ocupa, será a partir del 1º de enero de 1977, limitación que desapareció con el artículo 1.º de la Ley 71 de 1988.

Así lo consideró razonable la Corte Suprema de Justicia en sentencias SL15137-2014, SL, 28 ene. 2008 rad. 31936 y SL, 11 mar. 2004 rad. 21391; de ahí que no le asiste la razón a la parte actora, al indicar que las pensiones se deben reajustar anualmente en un número determinado de salarios mínimos legales mensuales, como equivocadamente parece entenderlo.

Resultan entonces, para esta Sala suficientes las razones expuestas para **confirmar** la sentencia de primer grado. Sin costas en la alzada, ante su no causación.

En mérito de lo expuesto, la Sala Quinta de Decisión 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,

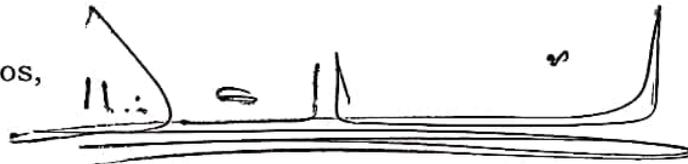
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada, de acuerdo con lo
expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia, ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



DAVID A. J. CORREA STEER



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN



HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

10/10/2023 10:10:10

10/10/2023 10:10:10

10/10/2023 10:10:10

10/10/2023 10:10:10

10/10/2023 10:10:10

10/10/2023 10:10:10

10/10/2023 10:10:10

10/10/2023 10:10:10



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Quinta de Decisión Laboral

DAVID A. J CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **PEDRO MISAEL ALMANZA HORTÚA** en contra de **COLPENSIONES S.A.**

EXP. 11001 31 05 039 2018 00003-01.

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veinte (2020).

En la fecha arriba señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, se reunió la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá DC, integrada por los Magistrados ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN, HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de la parte demandante respecto de la sentencia dictada el 19 de septiembre de 2019 por el Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y dictar la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió el demandante, que se condene a la **Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES**, a reconocer y pagar el incremento pensional del 14% por cónyuge a cargo, la señora María Edelmira Orjuela de Almanza, retroactivo al día 1.º de junio de 2006; a pagar todo derecho prestacional o pensional que llegara probarse en el curso del proceso, con base en la facultad de extra o ultrapetita que le asiste al juzgador de instancia; al pago de las costas y a la indexación de las condenas proferidas. (f.º 4 - 5).

Como fundamento de sus pretensiones, adujo que el extinto I.S.S., le reconoció la pensión de vejez mediante la Resolución n.º 021396 de 2006, con base en lo previsto en el régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y en concordancia con el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990.

Señaló, que contrajo matrimonio con la señora María Edelmira Orjuela de Almanza, el 16 de marzo de 1969, con quien actualmente convive y quien depende económicamente de él, pero que el extinto I.S.S., no le reconoció el incremento pensional por persona a cargo de que trata el artículo 21 del Decreto 758 de 1990.

Indicó, que frente a la norma que consagra el incremento pensional no se ha producido ningún tipo de derogatoria; que la reclamación administrativa se encuentra agotada, debido a que el día 24 de noviembre de 2017 el actor presentó reclamación ante **COLPENSIONES**, y que en la misma la entidad negó la procedencia de dicho incremento.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 23 de mayo de 2018, ordenándose su notificación y traslado a la demandada, y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado conforme al artículo 612 del Código General del Proceso (f.º 24).

LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda. En su defensa, alegó que los incrementos pensionales reclamados fueron derogados con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993; que el régimen de transición no los contempló, y que el derecho prescribió puesto que no goza del beneficio de imprescriptibilidad que reviste a las pensiones conforme a lo establecido en el artículo 22 del Decreto 758 de 1990 (f.º 37).

Propuso como excepciones la de prescripción, inexistencia de cualquier derecho reclamado, y afectación al principio constitucional de sostenibilidad fiscal. (f.º 39).

LA AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO, presentó escrito de intervención en concordancia con lo previsto en el artículo 610 del Código General del Proceso. Manifestó, que los incrementos pensionales previstos en el artículo 21 del Decreto 758 de 1990, fueron derogados a partir de la vigencia de la Ley 100 de 1993, por lo que dicha norma no produce efecto alguno respecto de quienes hayan adquirido el derecho a la pensión, con posterioridad a la vigencia de esta ley, como ocurrió en el presente caso, además de tratarse de beneficios que no cuentan con respaldo financiero, y que se oponen al Acto Legislativo 01 de 2005 (f.º 45 - 46).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 39 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia proferida el 19 de septiembre de 2019, absolvió a la demandada de todas las pretensiones incoadas en su contra por el demandante; declaró probada la excepción de prescripción alegada por Colpensiones, y condenó en costas al actor por la suma de \$400.000.

Consideró que el problema jurídico a resolver, consistía en determinar si el actor tiene derecho al reconocimiento y pago del incremento pensional pretendido, y si operó el fenómeno de la prescripción. Señaló, que no fue objeto de debate dentro del proceso, que el actor, fue pensionado mediante la Resolución n.º02396 de 2006, bajo los postulados del Acuerdo 049 de 1990, por ser beneficiario del régimen de transición (f.º 17).

Se refirió a lo establecido en los artículos 21 y 22 del mencionado Acuerdo, que establecen que las pensiones mensuales de invalidez y vejez se incrementarán en un 14% sobre la pensión mínima legal, por el cónyuge o compañero del beneficiario que dependa económicamente de este; que dichos incrementos no forman parte integrante de la pensión de invalidez o de vejez que reconoce el I.S.S., y que el derecho a ello subsiste mientras perduren las causas que dieron origen.

Para fundamentar su decisión, acogió las posturas de la Corte Suprema de Justicia de las sentencias SL – 29531 de 2007 y SL – 2830 de 2018, en donde se dispuso que este incremento no es una parte integral de la pensión, y que el derecho a percibirlo prescribe en 3 años a partir de la fecha en que se hizo exigible.

Así las cosas, estimó que en el presente caso el incremento

pensional se hizo exigible con la Resolución 021396 de mayo 2006, y que la reclamación administrativa se realizó solo hasta el 24 de noviembre de 2017, esto es, transcurridos los 3 años que establece el artículo 488 del Código Sustantivo del Trabajo y el artículo 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, para concluir que se estructuró la prescripción del incremento solicitado.

IV. CONSIDERACIONES

De conformidad con el artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, se surte el grado jurisdiccional de consulta en favor del demandante, para verificar si los incrementos pensionales previstos en el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, conservan su vigencia en el nuevo sistema pensional; en caso afirmativo, si se reúnen los presupuestos de la norma para disponer su pago, y si los mismos se encuentran afectados del fenómeno prescriptivo en forma total o parcial.

Los incrementos pensionales del 14% por cónyuge a cargo no fueron derogados por el artículo 289 de la Ley 100 de 1993, por lo tanto, se deben entender como parte del régimen de prima media con prestación definida en virtud del artículo 31 *ibidem* (CSJ SL, 27 jul. 2005 rad. 21517, SL, 5 dic. 2007 rad. 29751 y SL, 18 ago. 2010 rad. 36345, SL13007-2017 y SL1975-2018), criterio que acoge esta Sala de Decisión, al tratarse de un pronunciamiento emitido por el máximo órgano de cierre de la Jurisdicción Ordinaria Laboral.

Revisados los requisitos para el reconocimiento y pago del incremento pensional por cónyuge a cargo, si bien habría lugar al reconocimiento de los incrementos pensionales regulados por el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, porque se encuentran vigentes para quienes como el demandante, son pensionados por vejez en

virtud del régimen de transición que remite al citado acuerdo, como consta en la resolución n.º 021396 de 2006 (f.º 17), aunado a que se acreditó la calidad de cónyuge del demandante de la señora María Edelmira Orjuela Clavijo, con quien contrajo matrimonio por el rito católico el 16 de marzo de 1969 (f.º 18), que convive bajo el mismo techo lecho y mesa desde hace 50 años, y la dependencia económica total de esta, respecto del señor Pedro Misael Almanza, con la declaración de los testigos María Marleny Laverde de Gamba y Luís Antonio Martínez (vecina y cuñado del actor, respectivamente), material probatorio con el que al tenor de lo dispuesto en el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, se concluye que se encuentran reunidos los requisitos legales para el reconocimiento de tales incrementos, máxime cuando la demandada no acreditó que la cónyuge del demandante reciba pensión alguna.

Sin embargo, conforme a la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia (SL, 12 dic. 2007 rad. 27923, SL, 13 jun. 2012 rad. 42568, SL, 18 sep. 2012 rad. 40919 y 42300, SL9638-2014, SL1585-2015, STL104-2016, SL1749-2018 y SL942-2019, que reiteraron la sentencia SL 12 dic. 2007 rad. 27923, entre otras), aunque los incrementos pensionales están vigentes, se encuentran sometidos a las reglas de la prescripción trienal que rige en materia laboral previstas en el artículo 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, en forma total y no parcial.

Y aunque no se desconocen por la Sala mayoritaria los pronunciamientos de la Corte Constitucional al respecto, en los que se adoctrinó sobre la imprescriptibilidad del derecho al incremento pensional, desde la sentencia T-456 del 27 de noviembre de 2018, al resolver de forma acumulada 11 expedientes que compartían unidad de materia, la alta Corporación concluyó que tal beneficio fue derogado con la Ley 100 de 1993, por lo que debió consolidarse en

vigencia del Decreto 758 de 1990, tesis ratificada en la sentencia SU-140-2019.

Así las cosas, ante tal escenario, la Sala mayoritaria acude en su integridad a la postura de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que contrario a lo argumentado por la Corte Constitucional, ha sostenido de manera pacífica e inveterada que los citados incrementos pensionales conservan su vigencia aún después de la promulgación de la Ley 100 de 1993, pero además, que están sujetos al fenómeno de la prescripción, puesto que no hacen parte del derecho a la pensión, en tanto constituyen un aspecto económico que sirve para aumentar el monto de la misma y que tal incremento debe entenderse exigible desde el momento en que se produjo el reconocimiento pensional, (artículos 22 del Acuerdo 049 de 1990, 31 Ley 100 de 1993, CSJ SL1975 y SL1749 ambas de 2018, SL13007-2017, SL, 10 ago. 2010 rad. 36345, SL, 27 jun. 2005 rad. 21517).

De manera que, al haber transcurrido más de 3 años desde la exigibilidad del derecho a incrementar la pensión, con la notificación de la resolución n.º 021396 de 2006, que reconoció la pensión de vejez al demandante (f.º 17), sin que se hubiese interrumpido el término prescriptivo dentro de los 3 años siguientes, pues los reclamó el 24 de noviembre de 2017 (f.º 19), es claro que los incrementos por cónyuge a cargo aquí reclamados, se encuentran afectados por el fenómeno prescriptivo.

En consecuencia, se **confirmará** la sentencia consultada, sin costas en el grado jurisdiccional.

En mérito de lo expuesto, la Sala Quinta de Decisión 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,

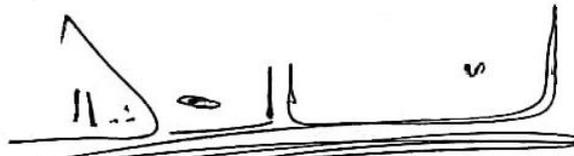
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 19 de septiembre
de 2019 por el Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá
D.C., de acuerdo con lo considerado.

SEGUNDO: Sin costas en el grado jurisdiccional de consulta.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



DAVID A. J. CORREA STEER

Ángela Lucía Muriello Varón
ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada de 1º



HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

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



ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: PEDRO MISAEL ALMANZA HORTUA
DEMANDADO: COLPENSIONES
RADICACIÓN: 11001 31 05 039 2018 00003 01

MAGISTRADO PONENTE: DAVID A. J. CORREA STEER.

Respecto de la decisión emitida en el proceso de la referencia, presento aclaración de voto en relación con la vigencia de los artículos 20 y 21 del Acuerdo 049 de 1990, respecto de las personas que adquirieren el derecho a la pensión en virtud del régimen de transición, por lo siguiente:

La Corte Constitucional señaló en la sentencia SU 140 de 2019 que los incrementos establecidos en el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el decreto 758 de la misma anualidad fueron derogados a la expedición de la Ley 100 de 1993, e, igualmente, indicó que reconocerlos violaría en forma directa el inciso 11 del artículo 48 de la carta política, relacionado con la sostenibilidad financiera del sistema, como quiera que su concesión se realiza sin que exista correspondencia entre los aportes efectuados por el cotizante y el monto de la pensión que debe recibir, máxime cuando dichos incrementos pensionales se tratan de una prestación económica accesoria a la pensión de vejez.

De otro lado, la Corte Constitucional, en ejercicio de sus competencias, fija el alcance de una norma a partir de los presupuestos constitucionales o la aplica de un determinado modo a un caso concreto, generando así una doctrina constitucional que tiene carácter vinculante para todos los jueces de la República y desde ese punto de vista se acoge el argumento estipulado en la sentencia SU 140 de 2019, conforme a los postulados de igualdad y seguridad jurídica.

Por esa razón, aun cuando se acompaña la decisión absolutoria es menester aclarar que se considera que las normas que sustentan el incremento pensional no se encuentran vigentes para las personas que adquieren el derecho a la pensión en virtud del régimen de transición contemplado en la Ley 100 de 1993, artículo 36, como lo es en el presente caso.

La anterior postura ha sido avalada por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, entre otras, en las siguientes sentencias de tutela STL16559-2019, radicación 57998; STL 16483-2019, radicación 58038, y STL 16702-2019, radicación 58070.


ANGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Quinta de Decisión Laboral

DAVID A. J CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **JAIME ALBERTO CASTRO CASTRO** contra **FIDUCIARIA DE DESARROLLO AGROPECUARIO - FIDUAGRARIA S.A.**

EXP. 11001-31-05-039-2018-00143-01.

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de julio de dos mil veinte (2020).

En la fecha señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.º 806 de 2020, se reunió la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá DC, integrada por los Magistrados ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN, HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia proferida el 5 de septiembre de 2019, por el Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá, y dictar la siguiente

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

JAIME ALBERTO CASTRO CASTRO, demandó a la **FIDUCIARIA DE DESARROLLO AGROPECUARIO FIDUAGRARIA S.A.** como vocera y administradora del **PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES -PAR- DEL INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES**, para que, en lo esencial, se declarara la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido de conformidad con la ley y la convención colectiva de trabajo, entre él y el extinto **INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES**, por el tiempo corrido desde el 30 de abril de 1992 hasta el 31 de marzo de 2015, como fundamento de haber trabajado durante ese lapso como trabajador oficial de acuerdo con la sentencia C-579 de 1996, que además de definir que la planta de trabajadores del I.S.S estaba compuesta por empleados públicos y trabajadores oficiales, clasificó el cargo de Profesional Especializado que desempeñó, dentro de esta última categoría. Consecuentemente, solicita la condena y el pago por todos los derechos laborales derivados de su condición de trabajador oficial, incluidos los beneficios convencionales (f.º 231-239).

Como hechos de sus pretensiones, afirmó que mediante contrato de trabajo verbal prestó servicios a la demandada entre el 11 de abril de 2013 y el 27 de noviembre de 2016, desempeñándose como jefe técnico de área, recibiendo como salario las sumas de \$3.000.000 en el 2014, \$3.906.261 en el año 2015 y \$4.060.545 en el año 2016; que desde el momento en que empezó a laborar recibió un carnet de empleado, que fue afiliado a Salud Total y Porvenir por cuenta de la empresa; que sus funciones fueron las de dirección de

personal y otras, y se le exigió cumplir horario diario, al cual se le hacía control diario.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 25 de julio de 2018, ordenándose su notificación y traslado a la demandada (f.º 241).

FIDUCIARIA DE DESARROLLO AGROPECUARIO FIDUAGRARIA S.A. se opuso a las pretensiones del demandante aduciendo que este fue empleado público. Propuso las excepciones de prescripción, inexistencia de la aplicación del principio de la primacía de la realidad, inexistencia del derecho y de la obligación, pago, cobro de lo no debido, buena fe del I.S.S, inexistencia de la convención colectiva y presunción de legalidad de los actos administrativos y contratos celebrados entre las partes (f.º 301-315).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

En audiencia del 5 de septiembre de 2019, el Juzgado dictó sentencia, mediante la cual declaró probada la excepción de inexistencia de la obligación, y absolvió a la demandada de todas las pretensiones incoadas en su contra por el actor, a quien condenó al pago de las costas, en cuya liquidación debía incluirse la suma de \$1.665.232 como agencias en derecho.

En audiencia del 14 de agosto de 2019 (f.º 328-330), el juzgado fijó el litigio, consistente en determinar si entre el demandante y el I.S.S. existió un contrato de trabajo realidad y si aquel tuvo la condición de trabajador oficial. Se refirió a los artículos 22, 23 y 24 del Código Sustantivo del Trabajo, y sobre el último artículo, señaló que dispone que la prestación personal del servicio se entiende regida

por un contrato de trabajo.

Analizó el interrogatorio del representante legal de la demandada, y los testimonios de Luis Enrique Salcedo y Agustín Vergara. Del primero, tuvo en cuenta que el actor había prestado servicios a la demandada, y de los testigos, lo que relataron sobre la forma en que el demandante prestó servicios. También, examinó el contrato de obra (f. °216 - 218), del cual extrajo que el demandante devengaba el salario mínimo, para concluir que entre las partes hubo un contrato de trabajo.

Sobre los extremos del contrato laboral, dijo que ni el representante legal, ni los testigos, coincidieron en sus declaraciones en este punto, pues uno y otros se refirieron a diferentes fechas. No obstante, expresó que de las planillas integradas de liquidación se veía que la empresa había realizado las cotizaciones desde febrero de 2014 a noviembre de 2016, y como no había día preciso, tomará el último de febrero como el del inicio de la relación laboral y el primero de noviembre como el extremo final, apoyándose en la sentencia SL - 1181 de 2018, de la Honorable Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral.

En relación con la modalidad del contrato, señaló que debía tenerse como indefinido. Y en cuanto al salario, indicó que de ninguna de las documentales aportadas se podía extraer el salario real, porque los pagos que en allí aparecen corresponden a varios conceptos como reembolsos por compra de materiales, viáticos o mano de obra, además de que el contrato de obra tampoco lo especifica, por lo cual debía presumirse que devengó el salario mínimo legal mensual.

Frente a las horas extras, estimó que no se habían especificado

los días ni la cantidad de trabajo, lo que debió acreditarse por el demandante, recordando que la Corte Suprema SL15014-2017, expresa que para que el juez produzca condena por horas extras la prueba debe ser clara y precisa, y no sobre suposiciones que no puede hacer el juzgado. Por esa razón, había que absolverse a la demandada.

De la pretensión de derechos laborales y prestacionales que solicitó el demandante, manifestó que la demandada se oponía a ellos con la excepción de prescripción, la que no se había configurado, por lo que debía condenarse al pago del auxilio de cesantías, sus intereses, primas de servicio y compensación de vacaciones, en los valores que atrás se señalaron, más la indexación.

De la bonificación, manifestó que no era un derecho legal y que no había ninguna prueba en el expediente que la acreditara, por lo había que absolver a la empleadora.

De las indemnizaciones moratorias por no consignación y pago del auxilio de cesantía, expresó que, de acuerdo con sentencia de la Corte Suprema de Justicia arriba enunciada, esas sanciones no podían imponerse de manera automática, sino que había que examinar la buena fe de la empleadora, la que estaba demostrada por haber considerado de buena fe la empresa, que estaba ligada con el demandante por un contrato de prestación de servicios.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

El apoderado del actor expresó que el actor ingresó al Seguro Social el 30 de abril de 1992 firmando un acta de posesión como funcionario de seguridad social de carrera, que no tenía la

característica de un empleado público. Que después, cuando presuntamente fue nombrado como jefe de departamento, el juzgado consideró que era empleado público porque ese cargo estaba catalogado así en el Decreto 416 de 1997. Sin embargo, para que el demandante ocupara el cargo de jefe de departamento, tenía que haberse posesionado como tal, lo que nunca hizo ni aparece ninguna acta de posesión en ese sentido, por lo que desde la sentencia C-579 de 1996 de la Corte Constitucional fue trabajador oficial, y en consecuencia tiene derecho a todos los conceptos laborales que reclama.

V. CONSIDERACIONES

Para decidir la apelación interpuesta por el demandante, el tribunal tendrá en cuenta las previsiones del artículo 66 A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, según el cual, la sentencia de segunda instancia y la decisión sobre los autos apelados, deberán estar en consonancia con las materias objeto de la apelación, lo cual le impone un límite a la competencia del tribunal, ya que no puede ir más allá de las inconformidades expuestas por las recurrentes.

PROBLEMA JURÍDICO: Le corresponde a esta sala determinar si el demandante tuvo la condición de trabajador oficial del extinto Instituto de Seguros Sociales, dado que de esta situación depende la prosperidad o no de las pretensiones de la demanda.

En ese orden, observa la Sala que el vínculo que une a los servidores con el Estado no corresponde definirlo a las partes, sino a la ley, que es la que precisa la naturaleza de la vinculación. En la propia sentencia C-579 de 1996, sobre la que el demandante apoya sus pretensiones, la Corte Constitucional expresó:

“Así pues, la calificación de la naturaleza del vínculo que une a una persona con la entidad oficial a la cual presta sus servicios, no puede ser determinada por la voluntad de las partes o por la clase de acto mediante el cual se hizo la vinculación, sino por la ley de manera general y excepcionalmente por los estatutos de la entidad -artículo 5º. del Decreto 3135 de 1968-.

Por lo tanto, en principio quienes prestan sus servicios a una empresa calificada como industrial y comercial del Estado tienen la calidad de trabajadores oficiales vinculados por una situación contractual de carácter laboral. Es la excepción la posibilidad de ostentar la calidad de empleado público, y para determinarla se ha adoptado el criterio de la actividad o función, pues sólo si se trata de tareas de dirección o confianza podrá darse ésta, regida por una relación legal y reglamentaria. Pero además, es necesario que en los estatutos de la respectiva empresa se indique qué actividades de dirección o confianza deben ser desempeñadas por empleados público.”.

Con lo anterior, queda desvirtuado el argumento del apelante de que por el hecho de que no hay prueba que indique que el demandante se posesionó en el cargo de jefe de departamento, debe considerársele como trabajador oficial, toda vez que en el expediente se encuentran varias certificaciones (f.º 45 - 50), en donde consta que el demandante prestó sus servicios al I.S.S. desde el 30 de abril de 1992 (f.º 45 - 50), en el cargo de **JEFE DE DEPARTAMENTO II**. Dichas certificaciones, fueron expedidas el 2 de febrero de 2000; el 15 de mayo de 2009; el 28 de julio de 2010; el 26 de abril de 2011; el 18 de junio de 2014, y el 28 de enero de 2015.

Igualmente, obra dentro del expediente comunicación de fecha de 21 de mayo de 2002, suscrita por el Asesor II – Coordinación de Selección y Administración de personal del Seguro social, dirigida al actor en su calidad de Jefe de Departamento II (f.º 54); la Resolución 2618 de 22 de diciembre de 2004, mediante la cual la Presidencia del I.S.S. autorizó comisión de servicios al demandante como como Jefe de Departamento II (f.º 55); Resolución 3074 del 18 de julio de 2002,

a través de la cual el Presidente del I.S.S. encarga al actor, Jefe de Departamento II, como Gerente VII de la gerencia Seccional; Resolución 1836 en la que se encargó al demandante como Gerente III de la Gerencia seccional de San Andrés, y Resolución n.º3546 de 22 de diciembre de 2010, en donde se autoriza comisión de servicios al actor como Jefe de Departamento II en el cargo de Gerente III.

De lo anterior, es claro que dentro del expediente obran varias pruebas que determinan que el demandante se desempeñó como Jefe de Departamento II en el extinguido Instituto de Seguros Sociales, no obstante, no obrar el acta de posesión en dicho cargo. Esta sala estima, que la ausencia de este documento es irrelevante frente a lo que acreditan las documentales referenciadas con antelación.

Es necesario aclarar, que en el Decreto 416 del 20 de febrero de 1997 (f.º 41 42), mediante el cual el Presidente de la República aprobó el Acuerdo 145 del 4 de febrero de 1997, expedido por el Consejo Directivo del I.S.S, se clasificaron los servidores del Instituto, y en su artículo primero, se señalaron como empleados públicos del I.S.S., entre otros, las personas que ocupaban los cargos de Jefe de Departamento, como es el caso del actor.

De otro lado, en el Decreto 604 del 7 de marzo de 1997, también dictado por el Presidente de la República, simplemente se estableció que los servidores del I. S.S. que por virtud del Decreto 416 de 1997 adquirieron la calidad de empleados públicos, pero que venían siendo Funcionarios de la Seguridad Social, conservarían el mismo régimen en materia de asignación básica, prestacional y de factores salariales, y que los demás empleados públicos se regirían por el régimen aplicable a los empleados públicos del orden nacional (f.º 43-44).

Finalmente, es de anotar que en su demanda, el actor afirmó que durante los años 1998 a 2015, recibió aumentos salariales como empleado público, aunque alegara que los aumentos a que tenía derecho eran los derivados de su condición de trabajador oficial. Por tanto, considera la Sala que el demandante fue empleado público del extinguido Instituto de Seguros Sociales, y no trabajador oficial.

En consecuencia, se confirmará la sentencia apelada sin que haya lugar a costas por no haberse causado.

En mérito de lo expuesto, la Sala Quinta de Decisión 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 el 5 de septiembre de 2019, por el Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia, ante su no causación.

Los Magistrados,



DAVID A. J. CORREA STEER



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN



HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

