

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C
SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 10-2016-442-03
ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA
DEMANDANTE: NELFFY ALCYD GUTIÉRREZ
DEMANDADO: ISS EN LIQUIDACIÓN Y OTRO

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá D.C., a los Treinta (30) días del mes de septiembre de dos mil veinte (2020), fecha señalada por auto anterior para llevar a cabo audiencia, la Magistrada Ponente la declaró abierta en asocio de los demás integrantes de la Sala de Decisión.

El Tribunal de conformidad con lo acordado, consignado en el acta de la fecha, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, revisa la Corporación el fallo de fecha 27 de marzo de 2019 proferido por el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá D.C.

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior a las partes para presentar alegaciones, no fueron allegadas.

ANTECEDENTES

La señora NELFY GUTIÉRREZ por intermedio de apoderado judicial, solicita se DECLARE que tuvo una relación laboral con el ISS, entre el 5 de marzo de 1991 al 31 de marzo de 2015, que el PAR ISS, - FIDUAGRARIA S.A., debe

reconocer que desempeñó las funciones de profesional universitario grado 32, en el Departamento Nacional de Compras, desde 1994 a 31 de marzo de 2015; como consecuencia de tal declaración, se ordene al PAR ISS, representado por FIDUAGRARIA S.A., a reconocer y pagar a su favor diferencia salarial y prestacional existente entre los cargos de técnico de servicios administrativos, clase IV grado 18, al de profesional universitario grado 32, desde 1994 a 31 de marzo de 2015; con fundamento en lo previsto en el Decreto 1042 de 1978, Ley 10 y 50 de 1990 y convención colectiva de trabajo; prestaciones que se traducen en nivelación salarial, reliquidación de cesantías con el salario de profesional universitario grado 32, por el tiempo que perduró la relación laboral, reliquidación de interés a la cesantía, primas legales de mitad y fin de año, primas convencionales, vacaciones, primas de vacaciones, reliquidación de aportes al sistema de seguridad social; solicita se reliquide la indemnización convencional por la terminación de la relación laboral, indemnización moratorio prevista en el Decreto 797 de 1949, desde el 1 de julio de 2015; en subsidio, solicita se indexen las sumas a reconocer. (fls. 83 a 85).

Fundamentó sus pretensiones afirmando que se vinculó al ISS, a través de nombramiento en propiedad, para desempeñar el cargo de técnico de servicios administrativos Clase IV, grado 18, que en su calidad de trabajadora oficial del ISS, era beneficiaria de la convención colectiva de trabajo suscrita con las organizaciones sindicales base y de gremio del ISS, que la convención colectiva 2001-2004, dispuso el congelamiento de la retroactividad de cesantías por espacio de 10 años, disponiendo su pago anual a partir del 2002; afirma que a pesar de haber sido nombrada en dicho cargo, desde 1994, desempeñó funciones propias del cargo de Profesional Universitario Grado 32, en el Departamento Nacional de Bienes y Servicios, teniendo a su cargo, el manejo de pólizas de seguros de los predios del ISS a nivel nacional, manejo del aseguramiento externo de dicha entidad, manejo de presupuesto de garantías y seguros, estaba a cargo de los sub-negocios de corretaje, compras y contratación de bienes inmuebles y realización de licitaciones sobre dichas materias.

Señala que a partir del 20 de noviembre de 1996, empezó a solicitar a sus superiores, ascenso oficial al cargo de Profesional Universitario Grado 32, solicitud que elevó nuevamente en el año de 1998, por cumplir el requisito

académico para desempeñar el mismo. Solicitando igualmente la evaluación de experiencia para ser reubicada en dicho cargo; nuevamente elevó dicha solicitud en los años 2000 y 2002, peticiones que siempre fueron negadas, con el argumento de que no existían vacantes para dicho ascenso, a pesar de que esta existía desde el año 1994, que sus superiores, siempre le certificaron el cumplimiento de funciones como Profesional Universitario; labores que desempeñó hasta junio de 2003, fecha de escisión del ISS, en su parte de salud, momento a partir del cual, empezó a ejecutar funciones de contratación de contratistas en el Departamento Nacional de Compras, que para el año 2008, se le asignó el examen de seguros de todos los activos del ISS, así como la contratación civil de dicha dependencia, contratos de archivos, supervisión de corretaje, contratación de servicios y cobro de siniestros, desempeñando estas funciones hasta la terminación de la relación laboral y en igualdad de condiciones que los empleados de planta del ISS, pertenecientes a la escala de Profesional universitario.

Afirma por último que con ocasión de la liquidación del ISS, este dispuso el ofrecimiento de una plan de retiro voluntario para sus trabajadores y Fiduprevisora S.A., en noviembre de 2012, presentó una oferta de retiro voluntario, que fue rechazado por ella y en noviembre de 2014, se le remite otra oferta, la que también desestimó, que a través de comunicado 7759 del 5 de febrero de 2015, el liquidador del ISS, le informa que su relación laboral culminaría el 31 de marzo de ese año y a través de resolución 8394 de 2015, se dispuso el pago a su favor de las prestaciones sociales definitivas e indemnización por terminación de la relación laboral, acto administrativo en el que no se le reconoció cesantías retroactivas; por lo que inconforme con esa decisión el 20 de marzo de 2015, recurrió la misma solicitando el pago de cesantías retroactivas y el 10 de mayo de 2016, elevó petición de nivelación salarial respecto del cargo de Profesional Universitario grado 32, desde 1994 a 31 de marzo de 2015, petición que le fue negada el 23 de mayo de 2016. (fl. 79 a 83).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Una vez notificada en legal forma Fiduagraria S.A., vocera y administradora del PAR ISS, contestó de forma extemporánea la demanda. (fl. 103)

Mediante providencia del 20 de abril de 2015, se ordenó poner en conocimiento de la Fiduagraria S.A., la existencia del proceso de la referencia. (fl. 153)

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento resolvió DECLARAR la existencia de un contrato de trabajo entre la demandante y el ISS hoy liquidado entre el 5 de marzo de 1991 al 31 de marzo de 2015, como trabajadora oficial en el cargo de técnica de Servicios Administrativos, clase, grado 18 y absolvió al ISS en liquidación administrado por Fiduagraria S.A., de las pretensiones invocadas en su contra por la demandante. (fl. 314)

Como fundamento de su decisión, señaló el Juez de primer grado:

A resolver las situaciones planteadas, tenemos que en relación a la existencia del contrato existe o se puede establecer que la demandante ingresó el 5 de marzo de 1991 hasta el 31 de marzo del 2015 con el instituto de seguros sociales que este ingreso se dio mediante el acta de posesión y resolución de nombramiento 0638 del 6 de febrero del año 1991 en propiedad para desempeñarse en el cargo de técnico de servicios administrativos clase 4 grado 18 que el contrato de trabajo de la demandante finalizó el 31 de marzo del 2015 conforme comunicación de fecha 5 de febrero del 2015 que obra al folio 22 del plenario que la demandante de manera alterna a sus funciones a cargo de técnico de servicios administrativo clase 4 grado 18 siempre solicitó al instituto de seguros sociales que se le promoviera al cargo profesional universitario grado 32 desde el año 1994 en el departamento internacional de compras; tenemos que el último salario devengado por la demandante fue \$ 1'806.211 más un incremento adicional por servicios prestados de \$ 198.683 y auxilio alimentación de \$ 448.735 que la demandada canceló a la terminación de contrato de trabajo las prestaciones sociales de conformidad a la resolución número 8394 del 2015 y la liquidación por un total de \$ 144'135.780 que el ISS fue liquidado definitivamente el 31 de marzo del 2015 por el término que otorgó el decreto 2714 del 2015, que se amplió hasta dicha calenda la liquidación del instituto seguros sociales que está demostrado dentro del proceso que patrimonio autónomo remanente P.A.R.I.S.S hoy liquidado es administrado por la fiducia mercantil con la sociedad fiduciaria desarrollo agropecuario figuraria S.A y según la escritura pública 2345 del 11 agosto del 2015 a folio 126 y en consecuencia tenemos que en relación a la solicitud de declaratoria de la existencia de un contrato en las pruebas permiten establecer que efectivamente la señora demandante prestó Servicios al instituto de seguros sociales entre 5 de marzo 1991 hasta el 31 de marzo del año 2015 que teniendo en cuenta que la regla general en relación a las empresas industriales y comerciales de estado como fue el instituto de seguros sociales es que todos los trabajadores son trabajadores oficiales y solamente corresponde o tenía la catalogación de empleados públicos aquellos que tenían las condiciones de ser presidente, vicepresidentes, gerentes de instituto de seguros sociales o profesionales asignados y hacia los despachos del presidente, vicepresidente y teniendo en cuenta que la señora demandante según se muestra fue vinculada mediante la resolución para que se desempeñará en el cargo de técnico de servicios administrativos clase 4 grado 18 existe el contrato de trabajo como trabajadora oficial del otrora ISS desde el 5 de marzo de 1991 hasta el 31 de marzo del año 2015 y así se declarara.

En relación a la solicitud principal de la parte demandante en cuanto a la nivelación salarial, indica en su demanda que si bien es cierto, fue vinculada como técnico de servicios administrativos clase 4 grado 18 y que efectivamente ella considera que desde 1994 viene desempeñando las funciones del cargo profesional universitario grado 32, por ello solicita la nivelación a dicho cargo y por ende la re liquidación de todas las prestaciones sociales como derivadas de esta pretensión principal pues de esta pretensión de nivelación al cargo de profesional universitario grado 32 para resolver, debe tener en cuenta el despacho lo que ha señalado la Corte Suprema de Justicia en relación a la nivelación o al principio de salario igual a trabajo igual para ello debe remitirse y tenerse en cuenta lo establecido en sentencia del 2 de noviembre del 2006 dentro del expediente 26437, que la honorable corte señaló que sólo es posible la nivelación de salario cuando el trabajador particular demuestra las condiciones establecidas en el primer inciso del artículo 143 del Código del trabajo o cuando en el caso del trabajador oficial se viola lo denunciado en el principio del artículo 5° de la ley 6 de 1945; la sala considera que la nivelación salarial puede darse circunstancias diferentes a las estrictamente señaladas al artículo 143 citado este artículo en efecto después de fijar los límites de principio a trabajo igual salario igual, prohíbe establecer diferencias en el salario por estos otros motivos: edad, sexo, nacionalidad, raza y religión, opinión política o actividades sindicales no es una relación exhaustiva de motivos por lo que la norma prohíbe la discriminación, la transgresión del principio de igualdad, el artículo 5 de la ley 6 de 1945 dice a su vez que la diferencia de salarios en ningún caso podrá fundarse en estos factores: nacionalidad, sexo, edad, religión, opinión política o actividades sindicales, entonces queda que al trabajo igual desempeñado en un puesto jornada y condiciones eficacia también igual debe corresponder salario igual y se complementa con una prohibición que sanciona la diferencia de salarios por motivos de edad, sexo, nacionalidad, raza, religión, opinión política o actividades sindicales y que significa la provisión del trato desigual e injusto y afrentoso el tema tiene incidencia en la carga de la prueba del trabajador que pretenda la nivelación salarial es claro que si la diferencia de salario surge del desconocimiento de la equivalencia de las condiciones de eficiencia a la cual incumple la prueba de ese supuesto mediante comparación con el servicio que prestó otro trabajador mejor remunerado pero esa carga probatoria sobre las condiciones de eficiencia por lo explicado no aplica a todos los casos porque si se alega como en este caso la existencia de un escalafón que fija salarios para determinado cargo bastara probar el desempeño del cargo en las condiciones exigidas en la tabla salarial pero no será indispensable la prueba de las condiciones de eficiencia laboral.

Asimismo se reitero por la Corte Suprema de Justicia en sentencia de SL 12814 del 2016 radicación 4897 y en el artículo 3 de la Constitución Política de 1991 y lo consagran los convenios 100 y 111 de la OIT ratificados por Colombia a través de los cuales también se regula la igualdad y no discriminación retributiva de las relaciones de trabajo subordinado.

El despacho en consecuencia para resolver entonces la solicitud que se hace que se reconozca la señora demandante el salario correspondiente a profesional universitario 32 debemos acudir a las pruebas allegadas dentro de proceso y para ello el primer asunto es que debemos acudir a la resolución número 2800 de 1994 que obra en el expediente del folio 209 al folio 264 mediante la cual se estableció el manual de funciones y requisitos para el desempeño de los empleados del ISS y se dictan otras disposiciones que tenemos en dicha resolución en el artículo 10. En cuanto a los requisitos para ostentar el grado de profesional universitario establece a folio 242 la resolución 2800 de 1994 y en artículo 41 profesional universitario grado 32 título de formación Universitaria profesional interdisciplinaria afín con las funciones del cargo, 2 años 6 meses de experiencia profesional en el desempeño de funciones relacionadas con el cargo; acudiendo a las pruebas allegadas al expediente tenemos que dentro de este proceso se encuentra establecido que la señora demandante mediante

concurso de méritos ingreso y fue vinculada mediante la resolución del 6 de febrero de 1991 resolución 638 volante al folio 4 del plenario mediante la cual se señala en el artículo primero que se nombra en período de prueba Nelfy Alcid Gutiérrez en el cargo de técnico de servicios administrativos clase 4 grado 18, dedicación completa, sección de importaciones división de suministros subdirección de recursos físicos del nivel nacional con la asignación básica mensual equivalente a la señala para el nivel del respectivo grado que obra a folios 4 y 5, se encuentra que existe la solicitud elevada por la señora Nelfy al presidente del seguro social el 10 de junio de 1997 por medio de la presente me dirijo a usted muy respetuosamente para solicitarle estudiar la posibilidad de concederme un ascenso a cargo de un profesional especializado en el departamento nacional de compra de gerencia nacional actualmente y desde hace 6 años me desempeñó como técnico de servicios administrativos grado 18 y poseo grado universitario en comercio internacional y una especialización en gerencia de mercados; se encuentra dentro de este expediente que efectivamente la señora Nelfy, cómo lo indican en la demanda cuenta con estudios específicamente a folio 16 del plenario se encuentra copia del título de la señora Nelfy Gutiérrez de profesional en comercio internacional que obtuvo en el año de 1988 así mismo a folio 17, obra certificación de grado expedido por la fundación Universidad de Bogotá Jorge Tadeo Lozano en donde se señala que el día 12 de septiembre del año 1996 se le otorgó el título de especialista en gerencia de mercadeo y también obra el acta correspondiente a folio 18.

Se solicita que se le otorgue a la señora demandante las condiciones del profesional universitario grado 32 desde el año 1994 hasta la terminación, debe indicar esta operadora judicial, revisada las pruebas considera que no se puede acceder a la nivelación salarial al grado de profesional universitario 32 por las siguientes razones: obra a folio 10 a 11 del plenario un documento firmado por María Angelina Camacho jefe departamento Nacional de compras y el gerente Nacional de bienes y servicios en donde se indica evaluación del desempeño de tiempo de servicio 5 años, se evalúa tomando como parámetro básicos el desempeño de las funciones, la adaptación a las condiciones de trabajo de integración a la entidad y el cumplimiento de las normas de los servidores públicos de la siguiente manera tiene un rendimiento adecuado en las labores encomendadas siguiendo las instrucciones dadas y produciendo oportunamente el volumen de trabajo asignado, adaptación a las condiciones de trabajo y su integración a la entidad presenta buena disposición para ayudar en el trabajo y se relaciona adecuadamente con las personas del instituto y las compañías con quién este tiene vinculación contractual y tercero cumplimiento de las normas de los servidores públicos, asiste puntualmente al sitio de trabajo no tiene sanciones y eficiencia en el cumplimiento de trabajo tenemos que allí se señala que la señora demandante tiene el título de la universidad en comercio internacional de 1988 de la universidad Jorge Tadeo y que tiene un posgrado en gerencia de mercadeo en la universidad cuya duración fue de un año y que realmente y se indica las funciones del cargo son grado 24 que nos ocupa requieren el perfil de una persona que por su nivel de conocimiento y deseo de superación, llenen las expectativas previstas por el departamento nacional de compra, las cuales de acuerdo con la evaluación de desempeño cumple, qué ocurre con esta manifestación y evaluación del desempeño, el mismo instituto de seguros sociales en el año 1996 por la jefe de departamento Nacional de compras y gerente Nacional de bienes y servicios incluso están señalando que la señora demandante, según esto estaría cumpliendo requisitos para el grado 24 más no en ningún momento allí señalan que cumpla los requisitos para ser profesional Universitaria 32; ahora adicionalmente tenemos que dentro de este asunto existe una certificación expedida por el instituto de seguros sociales a folio 120 en donde se dice que la señora Nelfi Gutiérrez Rivero viene desempeñando funciones, cumplió y hablo en pasado cumplió con las funciones de profesional universitario que se detallan a continuación en el período comprendido entre el 2001 a agosto del 2002 se otorga el 26 de agosto del año 2002 en donde se señala que las funciones fueron pólizas de equipo eléctrico y electrónico, rotura de maquinaria, responsabilidad civil, infidelidad y riesgos

financieros, casco y Aviación en lo referente a operativa, manejo de proceso licitatorio, programas de seguros, proyección y elaboración de presupuesto de seguros, inclusión y modificaciones de la póliza, actualización de los valores asegurados, elaboración de informes de seguro, difusión a seccionales sobre pólizas amparos contratados y riesgos asegurados, inventario permanente de los bienes asegurados de acuerdo a los reportes de las seccionales, atención a la correspondencia del área de seguros con nivel nacional y las seccionales siniestros, recepción de siniestros enviados por la seccional, análisis para determinar si existe cobertura para la reclamación trámite y seguimiento de las reclamaciones ante los corredores de seguros y por ende la compañía de seguros, control y participación de comités de siniestralidad con los corredores de seguros en casos especiales con los ajustadores y compañía de seguros, atención a la capacitación y supervisión a los encargados de seguros de las diferentes seccionales, otros manejo del sistema de información en lo referente a la alimentación del módulo de la póliza de equipo eléctrico y electrónico los siniestros la inclusión y exclusión de valores y riesgos para facilitar los reportes a las seccionales y a la aseguradora seguimiento y atención a los corredores de seguros en cuanto reclamaciones y modificaciones se refiere, colaboración en lo referente a de licitaciones.

Tenemos que en dicha certificación, sólo nos dice que ejerció labores de profesional en este periodo, 2001 a agosto de 2002 y ni siquiera nos indica a qué grado de profesional, porque hemos de señalar que conforme a la resolución 2800 de 1994 si acudimos a folio 242 allí establece que hizo profesional universitario grado 27, grado 28, grado 29, grados 30 y grado 32, en la certificación no nos dice de qué grado estaba o a cuál de ellos, correspondían dichas funciones y específicamente está señalando que fueron solamente de octubre 2001 a agosto del año 2002 que si bien es cierto obra a folio 21 un documento que detiene radicación o una identificación 09734 del 13 de agosto del 2008, en que se indica para doctor Jaime Anaya Blanquicet jefe departamento Nacional de compras de gerente Nacional de recursos humanos asunto oficio 15 2100/ 0258 del primero julio del 2008, atendiendo la solicitud de la referencia de manera atenta remito la calificación de la hoja de vida de Nelfi Gutiérrez Rivera profesional universitario o profesional en comercio internacional grado 32 nivel nacional folios 1 y se dice anexo a lo anunciado, por el documento no podemos definir que Verónica Tatiana Urrutia que según ello era gente Nacional de recursos humanos estuviese diciendo que la señora Nelfy Gutiérrez Rivera cumplía los requisitos para profesional universitario grado 32 está indicando que allega la calificación de la hoja de vida pero no se puede establecer o deducir que esté diciendo efectivamente se cumplen los requisitos no se hacen ese documento un análisis de requisitos y funciones cumplidas por la demandante.

En la demanda se dice por la parte demandante que venía cumpliendo las funciones como profesional universitario en el hecho séptimo en el departamento nacional de compras gerencia nacional de bienes y servicios, teniendo en cuenta que cumplió el requisito académico para desempeñar dicho cargo solicitado tenía el título de comercio internacional y tenía una especialización que le permitía en cuanto aspectos académicos cumplir el requisito de profesional universitario y también debe señalarse que en dichas funciones se dice en el décimo tercero, que las funciones antes dichas, dice que la señora demandante estuvo realizando labores relacionadas con las compras en el manejo de seguros del instituto de seguros sociales que a partir del año 2008 se le asignó el examen de los seguros de todos los activos del seguro social así como la contratación civil de esa dependencia contratos de archivo, supervisión de corretaje contratación de servicios y cobro de siniestros y funciones que ejecuto hasta la terminación de la relación laboral nosotros escuchamos a la señora testigo a la señora Melba que indicó que la demandante efectivamente trabajaba en el departamento de compras en la gerencia de bienes y servicios y que todo lo que tenía que ver con seguros, se identificaba era con la señora Nelfy, pero tenemos que aquí se habla en el hecho de que realizaba la contratación civil de esta

dependencia, aquí no obran pruebas de que realizara la contratación civil, que realizaba contratos de archivos tampoco una prueba de que realizará dicha función, de supervisión de corretaje que tendría que ver en la parte de seguros, contratación de servicios y cobros de siniestros funciones que ejecutó hasta la terminación de la relación laboral y entonces tendríamos que acudir a lo que dice la resolución 2800 de 1994 que básicamente indica que los empleos de profesional tienen como funciones entre ellos aplicar los conocimientos principios y técnicas académicas para generar nuevos productos y servicios, aquí no hay prueba de que la señora demandante haya generado o producido algún estudio para determinar nuevos productos o servicios para el ISS, analizar, proyectar y perfeccionar, recomendar las acciones que deban adoptarse para el logro de objetivos, no hay prueba de que hubiese participado en dicha situación podríamos decir que el aspecto de los seguros dado que la demandante señala que trabajó en la parte de seguro si la señora Melba decía que todo lo que tenía que ver con seguros con el aseguramiento de los bienes era realizado por la señora de demandante, se señala participar en el diseño, organización, ejecución y control de planes, programas, proyectos y actividades técnicas y administrativas de la dependencia aquí no obra prueba de ello, la señora Melba se limita a decir que trabajaba en el área de bienes y servicios y que siempre se hacía cargo y tenía que ver absolutamente con todo lo de seguros pero no señala que hubiese participado en organización, ejecución y control de planes y programas o proyectos y actividades técnicas y administrativas de la dependencia de compras y mucho menos de la gerencia de bienes y servicios, realizar investigaciones experimentos y análisis, aquí no hay prueba de que la señora demandante haya realizado este tipo de función, proponer diseño y formulación de procedimientos y sistemas atinentes a las áreas de desempeño con miras a optimizar el servicio, tampoco hay prueba de que realizará este tipo de diseños y formulación de procedimientos, se señala brindar asesoría en el área de desempeño de acuerdo con las políticas y disposiciones vigentes sobre la materia, solamente tenemos que la demandante era la encargada de la parte de seguros en el departamento de compras de bienes y servicios en todo el instituto y según lo dice la señora Melba porque no existe ninguna documental. La testigo la señora Melba dice ella era el referente porque indica y deja claro la señora Melba que ella trabajo de 1990 al año 2000 en una dependencia diferente a la señora demandante solamente estuvieron compartiendo en la misma dependencia año 2000 a 2010 ahora en cuanto a

- 1. Promover y tramitar asuntos de diferente índole en representación del instituto por delegación de autoridad competente, aquí no hay ninguna prueba que haya sido la representación del instituto de seguros sociales por delegación.*
- 2. Estudiar y evaluar y conceptuar acerca de asuntos de competencia de la entidad y la dependencia a la cual se encuentra vinculado tampoco tenemos esta situación lo más que se puede decir era que se encargaba del manejo de los contratos pero no sabemos exactamente cuál era el alcance de ese manejo de los contratos que tenía la demandante porque solamente existe la manifestación realizada por la señora Melba en términos generales y la certificación obrante en el expediente solamente corrobora esas funciones para el año 2001 al año 2002.*
- 3. Estudiar y evaluar y conceptuar acerca de asuntos de su competencia, analizar revisar controlar y evaluar los sistemas y procedimientos para garantizar su efectividad tampoco hay una prueba de que haya realizado este tipo de labores.*
- 4. Absolver consultas sobre las materias de competencia de la entidad de acuerdo a las disposiciones y políticas institucionales aquí no hay prueba de la señora demandante absolviera consultas de materias de competencia de la entidad a los usuarios, no hay ninguna prueba al respecto.*
- 5. Coordinar, supervisar y doblar las actividades y las labores del personal bajo su inmediata responsabilidad, no tenía personal bajo su responsabilidad porque la señora Melba en su testimonio fue clara en señalar que finalmente la única persona que había realizando dicha actividad en relación a los seguros era la señora demandante.*

6. *Aplicar y desarrollar métodos y procedimientos de control interno y velar por la calidad y eficacia del mismo tampoco hay pruebas de que realizarán labores que tuvieran que ver con control interno.*
7. *Desempeñar las demás funciones asignadas por el jefe inmediato aquí brilla por su ausencia cualquier certificación que nos permita establecer cuáles eran las otras funciones que cumplía la señora demandante.*

Ahora tenemos que se trae la señora Melba quien dice en su testimonio, que la señora demandante ya era profesional pero recordemos que también dijo profesional y en algún momento dijo profesional universitario 32 pero en gracia de discusión tenemos que la señora Melba dijo “de 1990 al año 2000 no trabajé en la misma dependencia con la señora demandante” entonces cómo le puede constar algo a la señora Melba de lo que dice la señora demandante entre 1990 al año 2000 cuando no compartieron el mismo lugar ni podía observar cuáles eran las funciones desarrolladas por la señora demandante, dice que estuvieron desarrollando en la misma área en el año 2000 a 2010 y profesional pero solamente se limita a decir que ella era el referente y era la que manejaba todo lo de los contratos de seguros no es más específica en cuanto las funciones que cumplía la señora demandante. El despacho se pregunta cómo le puede constar a la señora Melba que todo el tiempo estuvo como profesional Universitaria grado 32, si es que la señora Melba señaló que ella se retiró en el año 2010 y la señora demandante su contrato estuvo vigente hasta el 31 de marzo del año 2015, por tanto la testigo no puede dar relación o una verdadera percepción directa de los hechos desde 1994 hasta el año 2015 que es la solicitud que se hacen en la demanda, adicionalmente a ello en la demanda se dice que la señora demandante estuvo realizando las mismas labores que realizaban otros profesionales universitarios grado 32, pues es que la señora Melba incluso dice que cuando estuvo en esos 10 años que estuvo al lado de la señora Nelfi, indicó que la única persona que estaba cargo o que manejaba esa situación era la señora Nelfi entonces no había una persona que pudiera llamarse profesional universitario grado 32 que estuviera realizando las funciones de la señora demandante a eso sumémosle que en la demanda, la parte demandante solamente dice “yo cumplía los requisitos para ser profesional universitario 32” no señala que hubiesen otras personas o que personas del grado profesional universitario 32 existían realizando sus mismas labores, no se establece aquí específicamente qué otras funciones que realizaba una persona profesional grado 32 fueran las mismas que realizaba ella para poder determinar que efectivamente había una desigualdad salarial, aquí lo que tenemos probado es que el instituto de seguros sociales tenía establecido mediante la resolución 2800 de 1994 un escalafón de cargos, un escalafón que permitía establecer los salarios correspondientes a dichos escalafones y en consecuencia como lo dijo la Corte Suprema de Justicia cuando hablamos de escalafón salarial cuando hablamos escalafón de cargos tenemos que demostrar que se cumplen los requisitos del escalafón y si bien es cierto la señora demuestra que tenía las condiciones académicas para desarrollar el cargo porque el cargo pedía que se tuviera un título de formación Universitaria o profesional en disciplina afín con las funciones del cargo pero es que ese requisito era para profesional universitario grado 27, para el 28, para el 29, para el grado 30 y para el grado 32 pedía exactamente el mismo título de formación Universitaria profesional en disciplina afín con las funciones del cargo.

Otro aspecto a estudiar y es que en los requisitos de la resolución 2800 de 1994, se decía como otro requisito para ser profesional universitario grado 32 que debía demostrarse una experiencia de 2 años 6 meses, una experiencia profesional en el desempeño de funciones relacionadas con el cargo tenemos que en cuanto a experiencia, la experiencia que está dentro del expediente es la realizada por la demandante en su condición de técnica administrativa clase 4 grado 18 y entonces la pregunta es, aquí no existe una prueba que permita establecer efectivamente qué labores había realizado la señora demandante durante 2 años y medio que permitieran establecer que la demandante había realizado labores relacionadas con su cargo, tenemos la certificación que señala

que realizó labores durante 2001-2002 ello solamente nos estaría hablando de un año no nos está hablando de los dos años y medio de experiencia y esta resolución fue expedida en el año 2002, es decir para el año 1994 donde se está solicitando que se otorgue la nivelación profesional universitaria grado 32, no existe constancia de funciones que hubiese realizado la señora demandante que permitieran señalar que tenían una relación directa con las funciones asignadas al profesional universitario, por tanto no se logra demostrar ese segundo requisito que debería demostrarse para efectos de poder aplicar al grado 32, no es suficiente con que la demandante manifieste que estuvo realizando las funciones, aquí no se acredita una prueba que permita establecer fehacientemente que la señora demandante realizaban las funciones correspondientes al grado de profesional 32 y mucho menos que cumplía los requisitos básicos para poder llegar a desempeñarlo, nadie discute que tenía el título profesional y el título en especialización que le hacía cumplir el primer requisito, el segundo de la experiencia de 2 años y medio exigido no se logró demostrar que estuviese realizando su labor en las mismas condiciones de un profesional universitario grado 32 que estuviera realizando la misma funciones en las mismas condiciones que le permitirán acceder al mismo eso no se logra demostrar dentro de este proceso por tanto no se puede llegar a establecer que había un tratamiento injusto al estar la señora demandante clasificada en el grado de técnico-administrativa grado clase 4 grado 18 que fue al que ingreso mediante concurso de mérito la señora demandante, razones por las cuales considera esta operadora judicial que no hay lugar a declarar a favor de la señora demandante Nelfy Alcid Gutiérrez Rivera en la solicitud de la nivelación salarial a profesional universitario grado 32, por ende teniendo en cuenta que las demás pretensiones de la demanda hacen relación específicamente a que se realice una nivelación salarial en relación a ese grado 32 y que en relación a la re liquidación de salario del profesional universitario grado 32, se re liquiden cesantías, intereses, primas de servicios legales, primas adicionales convencionales, indemnización tanto legal como convencional, las primas de vacaciones y los aportes a seguridad social se adviene en consecuencia de la absolución de todas y cada una de las pretensiones incoadas en la demanda porque todas derivaban de la posibilidad de obtener esa nivelación invocada al cargo de profesional universitario 32, razones por las cuales al no proceder la correspondiente nivelación solicitada no hay lugar para establecer sí o no hay lugar a la re liquidaciones peticionadas, ni mucho menos entrar a establecer si tiene lugar a reliquidaciones de derechos convencionales por cuanto se solicitaba la reliquidación con fundamento en el grado profesional universitario 32 la cual no sale avante y lleva a la absolución de la demandada en cuanto excepciones no hay lugar a declarar excepciones probadas dado que se le dio por no contestada la demanda a el patrimonio autónomo de remanentes del ISS liquidado administrado por Fiduciaria; debe indicar esta operadora en relación a la decisión de prescripción planteada por el representante del Ministerio Público teniendo en cuenta que no se ha decretado, encontrado derecho alguno a favor de la demandante no hay lugar al estudio de la excepción de prescripción que conforme al senado por la Corte Suprema de Justicia corresponde hacerlo en el momento en que existe un derecho que pueda ser prescrito y por los resultados del proceso las costas estarán a cargo de la señora demandante.

RECURSOS DE APELACIÓN

La parte demandante indicó:

Se indica en la sentencia que se acaba de dictar que por parte de mi representada no se demuestra que dentro del término que se dio la vinculación de la señora Nelfi es decir 5 de marzo de 1991 a la liquidación del seguro 31 de marzo 2015 no se pudo demostrar que la demandante cumpliera las funciones específicas del profesional especializado grado 32, que se solicita en las pretensiones de la demanda para este aspecto principal debe indicarse que la prueba documental que se allegó para demostrar los requisitos

que no se encuentran completamente demostrados por el despacho en el sentir de mi parte si se encuentran demostrados porque en primer lugar no solamente porque se allegó en su oportunidad a la enjuiciada la prueba idónea que demuestra los estudios profesionales especializados requeridos para el cumplimiento del primer requisito sino que además se dice en este artículo decimo de la resolución 2800 que debe demostrar dos años y medio de experiencia relacionada en el cargo no se indica de manera taxativa que deba ser en un cargo profesional. Ahora sí vamos a revisar este requisito al tenor de las calificaciones que se hicieron en el año 1996 y en el 2008 donde se solicitó una recalificación de su cargo para confines de ser reubicada en el cargo en el cual realmente venía desempeñándose y que no era otro que en el de profesional universitario grado 32 se advierte que es la misma enjuiciada la que indica que efectivamente la señora Nelfi cumplía no solamente los requisitos por conocimientos y estudios profesionales especializados sino en razón al cumplimiento de las funciones que traía, funciones tales como: la contratación no solamente a nivel de seguros sino también en el manejo de los inmuebles tenía que dictar charlas, presentar informes que no eran solamente preparados o que como en el nivel técnico para que fue contratada tenía que recaudar y de pronto preparar información para estos informes sino que tenía que recaudar, elaborar, presentar, suscribir y proyectar toda clase de documentos para este tipo de procesos.

La señora Melba fue coincidente con los hechos manifestados en la demanda o con los supuestos facticos allí consignados al indicar que la única persona con la que se debía tratar cuando se trataba de estos temas de licitación, contratación, seguros en todo lo que tenía que ver con riesgos y todos estos temas que se indican en los hechos de la demanda era con la demandante y esto es un punto que si bien el despacho lo echa de menos y que no se demostró que hubiera otra persona que desarrollará esas funciones en el grado de 32 es precisamente porque el seguro dada la idoneidad, preparación experticia y la preparación y experiencia para el cargo que había demostrado no lo contrató por eso se delegó esa función a una persona que si bien tenía su grado técnico desarrollaba las funciones perfectamente como profesional y por eso no había otra persona por encima de la señora Nelfy que le pidiera ella los temas preparados o que le pidiera un informe para ella complementarlo para presentarlo, no habían tampoco empleados a cargo de ella porque de una manera ilógica se tenía todas estas funciones consignadas en una sola persona eso se decía y se tiene por un hecho que fue consignado en la demanda y que también lo dijo la señora Melba quería congelamiento en la nómina porque ya venía de tiempo atrás previéndose la liquidación del seguro social no había forma de contratar más, entonces el caso de la señora Nelfy y entre muchos otros había era una recarga de funciones para los cargos por eso a pesar de tener sus funciones de técnico debía desarrollar múltiples funciones en el cargo de profesional universitario especializado grado 32 en ese orden de ideas solicitó que se tenga en cuenta los argumentos o más bien los fundamentos de hecho consignados en las sentencias que fueron mencionadas por el despacho y que son decisión de nuestro tribunal de cierre en el año 2016 con radicados 26437 y 48297 donde efectivamente se dice que en los casos como en el de mi representada no solamente al tenor de la carga se debe demostrar que cumplía con suficiencia los requisitos para el cargo sino que además era idónea para el cargo que en el sentir de la parte que representó quedó así demostrado sino que además existía el escalafón que quedó demostrado su existencia con la resolución 2800 de 1994 y tanto así que en el artículo 10 se indican cuáles son las funciones de nivel profesional que debía cumplirse ahora en cuanto a la prueba documental que se echa de menos en el expediente por parte del despacho debe indicarse que es prácticamente imposible que mi representada cuente pues con las documentales de trabajos que ella presentaba porque no podía sustraerlos de su trabajo por ello se solicitó en la demanda y pues no corremos con la suerte que se pudiera tener por contestada para solicitar que así fuera con una serie de documentos que se hizo a través de solicitud simple petición especial y exhibición de documentos, pero qué adicional fue requerida la parte demandante para la que se allegará toda esta serie de documentos para que hicieran parte integral de las pruebas que efectivamente desde el inicio o desde que se interpuso la demanda pues no se contaba con ellos, no podíamos anexar copias de reuniones, de pruebas documentales que demostraban la parte de supervisión que ejercía sobre otras personas que tenían el grado técnico que eran las que alimentaban sus informes, sus trabajos y todo lo que hacía que cumpliera sus funciones de profesional, no había forma porque estos eran documentos que solamente reposa en poder de la enjuiciada en ese orden de ideas solicitó que se tenga en cuenta las dos calificaciones que se hicieron como se indicó al iniciar la intervención, la evaluación del año 2008 que se hizo por el gerente de recursos humanos donde se indicó que se cumplían los requisitos por parte de la actora para el cargo del que se solicita la nivelación y que se revise el oficio de evaluación que se radicó en el año 1996 en el que

se indica o se solicita que para ese cargo de profesional que se estaba desempeñando por parte de la señora Nelfi debía existir esa reubicación porque había cumplimiento de los requisitos en los dos aspectos que fueron señalados por el despacho en ese orden de ideas solicitó al despacho que se tenga en cuenta lo consignado en el escrito de demanda en el acápite de fundamentos de derecho especialmente en lo que tiene que ver al tópico de la nivelación salarial que debe tenerse claro bajo el principio de igualdad trabajo igual salario, teniendo en cuenta que era igualdad salarial entre trabajadores que desempeñan funciones similares y afines en una misma empresa para ello más específicamente el artículo 6 de la ley 6 de 1945 donde se especifica la diferencia de los salarios para trabajadores dependientes de una misma empresa, en una misma región y por trabajos equivalentes.

Solicitó que se tenga en cuenta que hay dos puntos cruciales para moldear o estructurar esta solicitud de aplicación de este principio y es la desigualdad salarial que no debe existir desigualdad salarial y que no puede proceder de criterios subjetivos o particularizados cómo son los supuestos enumerados en el inciso segundo del artículo 143 del código sustantivo de trabajo pues eso quiere decir en otras palabras que los criterios que lo generan sean objetivos preestablecidos y que no se modifiquen dependiendo de las características propias de cada individuo nótese especialmente para este punto que la señora Nelfi no hizo esta solicitud ni verbal ni lo persiguió una sola vez, esto venía desde el año 1996 y esa nueva solicitud se hizo en el 2008 y no solamente se quedó con las solicitudes escrita y verbal sino que solicitud reclasificación, reubicación demostrando el cumplimiento de sus requisitos no y si no fuera así que ella cumplía con este requisito difícilmente sería la persona encargada no solamente de preparar documentos si no de firmarlos para adquirir bienes, adquirir servicios, para salir de ellos, dar bajas, asegurar provienes de la entidad, asegurar licitaciones, contrataciones y todo lo que se manifestó en la demanda y para lo que reiteró pues solicitó se tenga en cuenta no solamente lo manifestado en esta apelación sino las pruebas documentales la prueba testimonial de la señora Melba Ruiz y lo consignado en el acápite de pruebas.

CONSIDERACIONES

No fue objeto de reparo la existencia de la relación laboral alegada, en virtud de la cual, la demandante laboró a favor del entonces ISS, entre el 5 de agosto de 1991, como se verifica de acta de posesión visible a folio 2 del plenario en el cargo de Técnico de Servicios Administrativo, grado 18 y hasta el 31 de marzo de 2015 (fl. 22).

Señala la demandante, que tiene derecho a que los salarios y prestaciones devengados por ella, se reliquiden teniendo en cuenta que en la realidad, desempeñó el cargo de Profesional Universitario Grado 32, entre el año de 1994, hasta el final de la vigencia de la relación laboral.

Respecto de la nivelación salarial, dispone el artículo 143 del Código Sustantivo del Trabajo:

ARTICULO 143. A TRABAJO DE IGUAL VALOR, SALARIO IGUAL. <Artículo modificado por el artículo 7 de la Ley 1496 de 2011. El nuevo texto es el siguiente:>

1. A trabajo igual desempeñado en puesto, jornada y condiciones de eficiencia también iguales, debe corresponder salario igual, comprendiendo en este todos los elementos a que se refiere el artículo [127](#).

2. No pueden establecerse diferencias en el salario por razones de edad, género, sexo nacionalidad, raza, religión, opinión política o actividades sindicales.

3. Todo trato diferenciado en materia salarial o de remuneración, se presumirá injustificado hasta tanto el empleador demuestre factores objetivos de diferenciación.

Este precepto normativo, ha sido desarrollado por la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia que en pronunciamiento radicado No. 69663 del 25 de julio de 2018 M.P. Clara Cecilia Dueñas, indicó respecto de la carga de la prueba en asuntos como el estudiado lo siguiente:

*Al respecto, la Sala tiene adoctrinado que **quien pretenda una nivelación salarial por aplicación del principio a trabajo igual salario igual, debe demostrar el cargo que desempeña y la existencia de otro trabajador que ejecute el mismo puesto, con similares funciones y eficiencia** (sentencias CSJ SL, 5 feb. 2014. Rad. 39858 y SL 20 oct. 2006. Rad. 28441 que reiteró las providencias SL 10 jun. 2005 y 24 may. 2005. Rad. 24272, entre otras).*

Sin embargo, mediante sentencia CSJ SL, 17462-2014 la Corte precisó dicho criterio, para señalar que en tratándose de relaciones de trabajo causadas antes de la modificación introducida al artículo 143 del Código Sustantivo de Trabajo por el artículo 7.º de la Ley 1496 de 2011 -según la cual «todo trato diferenciado en materia salarial o de remuneración, se presumirá injustificado hasta tanto el empleador demuestre factores objetivos de diferenciación», la carga de la prueba, también se invierte. Por tanto, si el trabajador aporta los indicios generales que suministren un fundamento razonable sobre el trato discriminatorio en materia retributiva, le corresponde al empleador justificar la razonabilidad de ese trato, por cuanto es aquel quien está en mejores condiciones de producir la prueba respectiva. (Negrilla fuera del texto original)

Sobre el particular, se observa que la parte demandante, no funda sus pretensiones en la existencia de un trabajador que se haya desempeñado como Profesional Universitario Grado 32 y que ella ejecutó las mismas labores que este, lo que de entrada no permite efectuar comparación alguna

a efectos de establecer la existencia de trato diferencial alguno en materia salarial.

Indica la recurrente que la demandante, cumplía con todos los requisitos de experiencia y formación para ejercer dicho cargo, cuestión que también fue aceptada por la parte demandada, no siendo objeto de reparo que la señora Nelffy, a folios 16 y 17 acreditó ostentar los títulos de Profesional en Comercio Internacional y Especialista en Gerencia de Mercado; no siendo suficiente para el efecto pretendido, acreditar que ostentaba los requisitos del cargo cuya nivelación pretende; pues debe probar que ejerció las labores encomendadas a este, las que se encuentran descritas, de manera general para los cargos del nivel profesional a folio 213 del plenario.

En cuanto a la prueba respecto del ejercicio de dichas funciones, se itera que no se alegó que otro trabajador se desempeñara el cargo de Profesional Universitario Grado 32, con respecto a quien la demandante, desempeñara las mismas funciones; aunado a lo cual y si bien la demandada certificó que la demandante, se desempeñó como Profesional Universitario entre octubre de 2001 a agosto de 2002, como se observa a folio 19 del plenario, lo cierto es que como lo señalara la decisión de primer grado, tal certificación no da cuenta que se haya desempeñado en tal cargo por todo el tiempo alegado pues los extremos temporales allí señalados, son claros, además, en dicha documental, no se señala cuál fue el grado de profesional en que se desempeñó en dichos extremos temporales, no pudiéndose concluir que hubiera sido en el grado 32.

Lo propio ocurre respecto de la testimonial vertida por la señora Melva Ruiz, quien indica que la demandante se había desempeñado como profesional universitario, no señaló cuál fue el grado ejercido por la demandante y cuando se le preguntó por ello, tampoco lo indicó, aunado a que manifestó que laboró junto a la demandante sólo por el interregno temporal comprendido entre el año 2000 hasta el 2010; teniendo a su cargo todo lo relacionado con la contratación de seguros de la entidad, dando capacitaciones a nivel nacional de los trabajadores que se desempeñaban en dicho departamento.

Lo señalado en precedencia, permite concluir que en el presente, no se allegó prueba suficiente de que la demandante, haya ejecutado las labores señaladas en el manual de funciones, resolución 2800 del 1 de julio de 1994, que respecto al profesional Universitario Grado 32, se observan a folio 213 del plenario, quedando demostrado únicamente que entre los años 2000 a 2010, se desempeñó en todo lo relacionado con los seguros de la entidad, conforme al dicho de la única testimonial traída al proceso, no se demostró que dichas funciones correspondieran al cargo de Profesional Universitario Grado 32 y contrario a lo manifestado por la recurrente, si bien, no era posible que la actora extrajera documentos que probaran las funciones de supervisión propias del cargo cuya nivelación peticiona, las mismas se podían probar a través de otros medios de prueba y no sólo el documental, cuestión que no ocurrió en el presente, por todo lo señalado, no hay lugar a acceder a la nivelación solicitada, debiéndose **confirmar** la decisión de primer grado.

Sin costas en esta instancia.

En mérito a lo expuesto EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D. C., SALA LABORAL, Administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

R E S U E L V E:

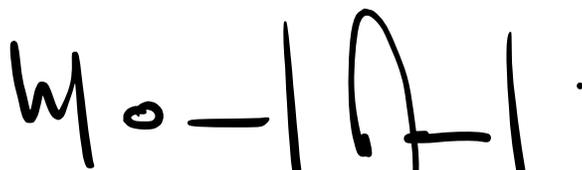
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia recurrida, conforme lo señalado en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

Las partes se notifican por edicto de conformidad con los artículos 40 y 41 del CPTSS.

Los Magistrados,


MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO



HUGO ALEXÁNDER RÍOS GARAY
MAGISTRADO

REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTA D.C
SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 12 2017 052 01

ASUNTO: APELACIÓN SENTENCIA

DEMANDANTE: MANUEL ALBERTO PINEDA GOMEZ

DEMANDADO: CAPRECOM

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

MAGISTRADA PONENTE DRA. MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá D.C., a los treinta (30) días del mes de septiembre de dos mil veinte (2020), día señalado por auto anterior para llevar a cabo audiencia, la Magistrada Ponente la declaró abierta en asocio de los demás integrantes de la Sala de Decisión.

El Tribunal de conformidad con lo acordado, consignado en el acta de la fecha procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

Al conocer de la sentencia de fecha 11 de octubre de 2019, proferida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá, dada la apelación de presentada por la parte actora.

ALEGACIONES

Dentro del término otorgado por esta Colegiatura, se recibieron los alegatos de conclusión de las partes.

El señor MANUEL ALBERTO PINEDA GÓMEZ actuando por intermedio de apoderado judicial demandó a CAPRECOM con el fin que, previos los trámites de un proceso ordinario laboral, se declare y Reconozca el derecho a la SUSTITUCION PENSIONAL O PENSION DE SOBREVIVIENTES EN FORMA VITALICIA, de conformidad a lo establecido en el Art. 47 literal b, de la ley 100 de 1.993, a favor de la Interdicta RUTH BENAVIDES CAMACHO, representada legalmente por su Guardador y demandante señor MANUEL ALBERTO PINEDA GOMEZ, en la misma cuantía que percibía su señora progenitora hasta el momento de su muerte. b) Como consecuencia del reconocimiento del derecho a la Sustitución Pensional o Pensión a sobrevivientes a favor de la Interdicta **RUTH BENVIDES CAMACHO**, representada legalmente por su Guardador y demandante señor **MANUEL ALBERTO PINEDA GOMEZ**, se le Ordene a la demandada **Caja de Previsión Social de Comunicaciones (CAPRECOM)**, al pago de las mesadas atrasadas y causadas desde el fallecimiento de la progenitora señora **LUCILA CAMACHO DE BENAVIDES** esto es desde el mes de junio de 2.016, las que se sigan causando en el curso del proceso y en forma vitalicia. c) Que se Declare y Condene a la demandada **Caja de Previsión Social de Comunicaciones (CAPRECOM)**, al reconocimiento y pago de ajustes periódicos de conformidad con los establecido en el Art. 14 de la ley 100 de 1.993, a favor de la demandante. d) Que se Declare y Condene a la demandada **Caja de Previsión Social de Comunicaciones (CAPRECOM)**, al reconocimiento y pago de intereses de mora por el no pago oportuno de la sustitución Pensional o pensión de sobrevivientes solicitada, desde el 1 de junio de 2.016 hasta que el pago se realice. e) Que se Declare y Condene a la demandada **Caja de Previsión Social de Comunicaciones (CAPRECOM)**, al reconocimiento y pago de las mesadas adicionales establecidas en el Art. 5 de le ley 4 de 1.976 en concordancia con el Art. 142 de le ley 100 de 1.993, a favor de la demandante. f) Que se Declare y Condene a la demandada **Caja de Previsión Social de Comunicaciones (CAPRECOM)**, en su debida oportunidad procesal en costas y agencias en derecho dentro del proceso. g) Que se Declare y Condene a la demandada **Caja de Previsión Social de Comunicaciones (CAPRECOM)**, al pago de los derechos, emolumentos que resulten en el presente proceso como

probados y no pedidos en la demanda con fundamento a las facultades ultra y extra petita. (fl.- 2-3)

H E C H O S

Como fundamento de las pretensiones afirman, en síntesis:

- a) La demandada **Caja de Previsión Social de Comunicaciones (CAPRECOM)**, reconoció el pago de pensión vitalicia de vejez a favor del Trabajador de la Empresa de Telecomunicaciones TELECOM, señor **HERNAN BENAVIDES CUTA**, quien tuvo el derecho a la misma hasta el momento de su fallecimiento el día 23 de mayo de 2.008.
- b) Como consecuencia del fallecimiento del titular de la pensión de vejez, señor **HERNAN BENAVIDES CUTA**, su cónyuge sobreviviente **LUCILA CAMACHO**, se presentó ante la misma entidad demandada al reconocimiento de la misma pensión en forma sustitutiva a sobrevivientes, la cual se le reconoció y recibió la misma hasta el momento de su muerte el 10 de junio de 2.016.
- c) Los hoy causantes señores **HERNAN BENAVIDES CUTA y LUCILA CAMACHO**, dejaron una hija, de nombre **RUTH BENAVIDES CAMACHO**, quien hoy tiene 54 años de edad, persona siempre ha dependido económicamente de sus padres en forma total. En primer lugar, no terminó estudios ni siquiera primero de primaria, nunca ha trabajado por consiguiente no está en ninguna base de datos como cotizante a la seguridad social (salud o pensión), por ser una persona discapacitada mental absoluta.
- d) La hoy también causante señora **LUCILA CAMACHO**, en vida siempre fue consciente de la condición de discapacidad mental absoluta de su hija **RUTH BENAVIDES CAMACHO**, que era una total dependiente, decidió iniciar el proceso de Interdicción de su hija, el cual le correspondió al Juzgado 16 de familia de Bogotá. Surtido el trámite de ley y con fundamento al examen médico psiquiátrico ordenado practicar ante Medicina Legal, el Juzgado profiere Sentencia de fecha 1 de marzo de 2.012, mediante la cual se dispuso: declarar la interdicción por discapacidad mental absoluta a **RUTH BENAVIDES CAMACHO**,

disponer que la interdicta queda privada de administrar de sus bienes que tenga o llegare a tener y consecuentemente se le nombro como Curadores en primer lugar a su progenitora LUCILA CAMACHO, en segundo orden al señor MANUEL ALBERTO PINEDA GOMEZ y en tercer lugar a RUTH GRACIELA DIAZ MORENO. La sentencia fue debidamente inscrita en el registro civil de nacimiento de la interdicta y publicada en periódico.

e) La interdicta RUTH BENAVIDES CAMACHO, dada su condición no es una apersona apta para trabajar o valerse por sí misma y requiere de total apoyo económico y psicológico para sobrellevar su condición de vida. Sus padres en vida eran quienes le atendían en la totalidad de sus necesidades de toda índole. La pensión que percibía su señora progenitora le servía como un mínimo vital para el sostenimiento.

f) La interdicta RUTH BENAVIDES CAMACHO, es hija y teniendo la de discapacitada mental absoluta le asiste el derecho de ser la beneficiaria de la pensión de vejez sustitutiva a sobrevivientes en los términos del Art. 47 literal b, por mayor de edad, pero incapacitada para trabajar, dependía económicamente de sus padres, y le subsiste de por vida su condición de interdicta. (fl.- 3

C O N T E S T A C I Ó N

Una vez notificada en legal forma, la demandada procedió a dar contestación, en la que se opuso a las pretensiones de la demanda, en relación con los hechos señaló que no le constan. Propuso como excepciones de fondo las que denominó inexistencia de las obligaciones demandadas, obro de lo no debido y prescripción. (fl.- 58 - 62)

D E C I S I O N D E P R I M E R A I N S T A N C I A

Tramitada la primera instancia, el Juez Doce Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia el 11 de octubre de 2019, por la que resolvió: ABSOLVER a la demandada de la totalidad de las pretensiones de la demanda, declaró probada la excepción de inexistencia del derecho y sin condena en costas. (fl.- 95)

Argumentó el Juez de primer grado que si bien la ley 100 de 1993 instituyó al Instituto de Seguros Sociales, como administrador natural del régimen solidario de prima media con prestación definida, a partir de la supresión y liquidación del ISS ordenada por el decreto 2013 del año 2012, fue relevada por la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES, creada por la ley 1151 del 2007 para entre otros aspectos ser titular de las pensiones del régimen de prima media con prestación definida del instituto de seguros sociales, sin embargo frente a las de CAPRECOM los afiliados a esta última entidad que causaron el derecho a la pensión antes de la vigencia del decreto 2011 del 2012 quedaron a cargo de dicha entidad mientras la UGPP y el fondo de pensiones públicas del nivel nacional asumían dichas competencias.

Así las cosas en virtud de la creación también con la ley 1151 de la unidad administrativa especial de gestión pensional y contribuciones parafiscales de la protección social UGPP se le encargó el reconocimiento de derechos pensionales y prestaciones económicas anteriormente a cargo de las administradoras exclusivas de servidores públicos del régimen de prima media con prestación definida del orden nacional causadas hasta su cesación de actividades como administrador así como los correspondientes de servidores públicos con el tiempo de servicio requerido por ley y sin contar con el requisito de edad pero que estaban retirados o desafiliados del RPM con la teoría de la cesación de sus actividades como administradores.

En los anteriores términos y dada la condición específica de la constitución del patrimonio autónomo de remanentes de CAPRECOM ya liquidado el despacho observa que frente estas obligaciones de carácter pensional esta entidad recogió estos estos traslados para la función pensional decreto 389 del año 2013 y con las prórrogas que se establecieron los decretos 653 y 1440 del año 2014. En los anteriores términos el despacho observa que precisamente estas obligaciones no estarían en cabeza del patrimonio autónomo de remanentes de CAPRECOM liquidado y en consecuencia frente a ella no se puede fulminar ningún tipo de condena en contra de esta demandada.

Entonces por subrogación legal, la unidad administrativa especial de gestión pensional y contribuciones parafiscales UGPP, será la encargada y en adelante se referirá el despacho respecto de la pretensión de fondo, para tales efectos el expediente administrativo, incorporado a esta actuación da cuenta específicamente de todos los documentos que fueron remitidos por tanto por la señora Lucila Camacho en su momento, como también a nombre de su hija Ruth Benavides Camacho y para tales efectos se encontraron la totalidad de 110 documentos que permiten establecer tres tipos de características, como los presupuestos de pensionabilidad del señor Hernán Benavides Cuta, todos los actos administrativos sobre los cuales fueron reconocida su pensión, como lo sería en su momento al Señor Benavides Cuta, le fue reconocida mediante resolución 1561 del 15 de noviembre del año de 1990 pensión vitalicia en cuantía de \$76231,63 a partir de la fecha en la cual se muestre el retiro de servicio.

El certificado defunción del señor Benavides Cuta, se incorporó también al expediente administrativo de fecha 23 de mayo el año 2008, la pretensión específicamente se está enfocando en que con ocasión al fallecimiento de la señora Lucila Camacho es que se desprende el reconocimiento pensional, esta circunstancia lo que conlleva esa una doble sustitución que estaría en últimas restringida, toda vez que las pensiones son susceptibles de sustitución o reconocerse pensión de sobrevivientes de respecto del primer beneficiario que es el afiliado o el pensionado fallecido, luego de ella cualquier tipo de sustitución adjunta no es contemplada por el parámetro legal razón por la cual el despacho de lo que debe analizar las condiciones que debe tener la demandante la señora Ruth Benavides Camacho al momento del fallecimiento del pensionado del pensionado Hernán Benavides Cuta y para tales efectos se debe analizar qué específicamente para el momento el fallecimiento que lo fue 23 de mayo del año 2008, la norma vigente es artículo 47 de la ley 100 de 1993, así las cosas en ese orden de ideas para este análisis constitucional y legalmente determinado puede establecerse que el artículo 47 de la ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la ley 797 del año 2003, contemplo que para este tipo de beneficiarios se deben acreditar tres condiciones específicas, lo ha reconocido también la

sala de casación laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencias SL 3286 del año 2019 y en sentencias confirmatorias de línea.

Así las cosas, se deben cumplir tres requisitos esenciales para los efectos de la determinación de estos derechos el primero de ellos la relación filial es decir la condición de hija la cual se encuentra acreditada con el registro civil de nacimiento de la señora Ruth Benavides Camacho la cual da cuenta de su relación filial tanto con la señora Lucila Camacho pero esencialmente con el pensionado fallecido señor Hernán Benavides. La dependencia económica del hijo en situación de discapacidad con el causante de la prestación se nota y efectivamente que hacer énfasis en que el causante de la prestación, de la dependencia económica hay varios documentos sobre todo Las constancias del año 97 en los cuales se estableció que dependía económicamente del causante de la prestación.

Sin embargo también se encuentran documentos como la certificación de la EPS Sanitas en la cual dentro de la relación de beneficiarios con corte al año 2007, la señora Benavides Camacho aparecía como retirada por la ausencia de documentación, esta circunstancia también aunada a la proximidad al fallecimiento del señor Benavides Cuta hace entrever que esta dependencia no se dio, o no necesariamente estaba colegido al momento del fallecimiento a pesar de lo anterior el Despacho todas maneras consolidará que en diferentes documentaciones adicionales, en las solicitudes pensionales de la señora Lucila Camacho también estableció de manera permanente la condición de dependencia económica, el Despacho la da por sentada y tendrá este segundo requisito.

En lo que tiene que ver con el tercer requisito se ha señalado específicamente que la situación de discapacidad debe generar una pérdida de capacidad laboral igual o superior al 50%, esta circunstancia es una exigencia independiente del sistema general de pensiones a la regulada por la por la norma civiles correspondientes, advirtiéndole que no es un parámetro cualitativo, como es el que se pretende establecer en la sentencia de familia, si no es un parámetro cuantitativo es decir

remitirse a las disposiciones del artículo 38 de la ley 100 de 1993 en el sentido que la invalidez se tiene que acreditar con el dictamen de la junta Regional de calificación de invalidez Bogotá - Cundinamarca donde la demandante la señora Ruth Benavides Camacho reporta una pérdida de capacidad laboral del 36.80%, con una fecha de estructuración del 22 de octubre de 1984, circunstancia que no permite el reconocimiento de la prestación que reclama.

DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión el apoderado de la parte actora interpone recurso de apelación en los siguientes términos:

Frente a lo que es el planteamiento Esbozado en este fallo, referente a los requisitos, la circunstancia concreta es que el señor juez determinando los tres requisitos fundamentales para lo que se determina como indispensable para la concesión de la pensión sustitutiva a sobrevivientes aclarando lógicamente que es respecto del titular de la pensión el señor Hernán Benavides Cuta, en el entendido que no hay sustitución de sustitución, el primer requisito como bien lo esposo su señoría, hace relación a la parte filial la cual pues no fue motivo de ningún reproche de parte del fallo en el contenido mismo, la segunda condición respecto de lo que es la dependencia económica pues lo acaba de mencionar que los diferentes documentos aportados al expediente y lo mismo expresado por el señor Beltrán Benavidez Cuta, en su debido momento en vida, de que su hija tenía una dependencia total y absoluta no encontrados en el expediente que haya habido de ninguna manera una condición de trabajadora, ni mucho menos. Frente al tercer requisito que es lo que determina la absolución, la negación de las pretensiones de la demanda, me permito pues lógicamente determinar, que el primer aspectos de orden legal si bien es cierto que el artículo 37 de la ley 100 habla de los dictámenes de la junta Regional de calificación de invalidez me permito necesariamente llegar a la determinación de lo que es el origen, en esta ley, la ley 100 del año 93 de lo que son los requisitos para determinar o no la condición de invalidez, que sea necesariamente que esa persona sobre la cual se hace el dictamen sea cotizante, lo dice el literal A de la norma que creó o los requisitos para las juntas regionales de calificación de invalidez y que es lo que se somete, entonces en el entendido de que el

primer requisito que acabo de mencionar del literal A de esa norma determina que la persona sea cotizante, en el aspecto y en el entendido concreto, de que la señora Ruth Benavides jamás ha sido ni ha tenido la condición de cotizante entonces en virtud de que nunca ha sido ni trabajadora, ni se ha acreditado ni en el expediente administrativo, debe reposar ningún documento que acredite una condición de cotizante y como lo dice la norma como mínimo o no menos de 26 semanas estos requisitos no serán como un requisito primigenio de qué dependa de que para esa calificación no ostente sino una sola condición que la misma norma habla que sea cotizante al régimen y eso no es la condición que tenía, razón por la cual, el hecho de la calificación de la junta regionales no versa sobre la condición misma de que sea remitida o no, por disposición legal sino el hecho que ella no ostenta ni ha ostentado nunca la condición de ser cotizante, ese como primer requisito. Como segundo requisito pues que si la persona después de haber dejado de cotizar haya seguido contribuyendo tampoco se dan esos presupuestos en la persona específica de la señora Ruth Benavides Camacho porque ella no ostenta la condición, vuelvo e insisto de cotizante que es el elemento fundamental de no compartir la decisión respecto de que sea solamente el elemento fundamental de ser remitida a la junta regional y que este sea el elemento fundamental, para el caso concreto de la señora Ruth Benavides porque no siendo trabajador haciendo una dependiente, le asiste entonces el estudio del cual no se hace en el fallo de la condición de invalidez, la condición de invalidez y vejez cierto se remite a que una persona no tenga la capacidad para laborar o bien sea por una discapacidad mental yo creo que en el entendido en que sencillamente fue sometida a un proceso judicial, si bien es cierto es en materia de familia, también acredita esa condición, un señor dictamen médico forense de Medicina legal en donde establece una discapacidad mental absoluta, lo que le daría la condición misma que no necesariamente para el caso que nos ocupa vuelvo insisto, la señora nunca fue la valorada, ni que la sentencia no haya tenido una validez de la declaratoria de interdicción, lo que le acredita una, no solamente una discapacidad sino una incapacidad para trabajar lo que determinaría una invalidez en ese entendido considero yo, que este requisito de la junta Regional de invalidez como elemento fundamental para determinar la invalidez de la señora Ruth Benavides no es el único elemento que tenga que determinarse como fundamental porque también la condición de interdicta le dan esa misma condición de invalidez, son estos los elementos que pongo a consideración del Superior para que la

sentencia con el grado de jurisdicción de la apelación sea entendido, sea acogido y que sea el superior el que en su criterio jurídico revoque y atienda las pretensiones de la demanda.

CONSIDERACIONES

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

Ahora bien, en el presente caso, es claro, que lo que la parte actora, señora RUTH BENAVIDES CAMACHO, solicita es el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes con ocasión al fallecimiento de su padre, señor HERNAN BEMAVIDEZ CUTA (q.e.p.d.)

Al respecto y tal y como lo mencionó el Juez de primer grado, es menester remitirnos al art. 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el art. 13 de la Ley 797 del 2003, que establece entre los beneficiarios de la pensión de sobreviviente a los **hijos inválidos**, si dependían económicamente del causante.

De lo anterior, se desprende que de manera expresa dicha normatividad, señala que para determinar cuándo hay **invalidéz** se aplicará el criterio previsto en el art. 38 de la Ley 100 de 1993, según el cual se considera inválida la persona que, por cualquier causa de origen no profesional, no provocada intencionalmente, hubiere perdido el 50% o más de su capacidad laboral.

Así las cosas, esta Colegiatura no encuentra acertados los razonamientos del apoderado de la parte actora en su recurso y reiterados en sus alegaciones, cuando señala que la demandante no cumple el requisito de ser cotizante, así como tampoco el de densidad de

semanas para acceder a la prestación, ya que, de la revisión de la providencia bajo estudio, no se encuentra que el Juez de instancia en momento alguno hubiese hecho alusión a los mismos.

En el presente caso, lo cierto es, que la ley 100 de 1993, claramente consagra el derecho a la pensión de sobrevivientes al **hijo inválido** en su artículo 47 y a su turno el art. 38, señala que se considera inválida a la persona a la que se le haya dictaminado una pérdida de la capacidad laboral superior al 50%.

Finalmente es de advertir que el art. 41 de la Ley 100 de 1993 modificado por el art. 52 de la Ley 962 del 2005 y posteriormente por el art. 142 del Decreto 019 del 2012, disponen que el estado de invalidez será determinado con base en el Manual Único para la Calificación de Invalidez vigente a la fecha de la calificación. Se estableció además que dicho manual deberá contemplar los criterios técnicos de evaluación para calificar la imposibilidad que tenga el afectado para desempeñar su trabajo por pérdida de su capacidad laboral y que las entidades encargadas de determinar en una primera oportunidad dicha pérdida y calificar el grado de invalidez y el origen de las contingencias son Colpensiones, las ARL y EPS. Adicionalmente, se dejó sentado que en caso de que el interesado no esté de acuerdo con la calificación deberá manifestar su inconformidad, para que la entidad remita su caso a la Junta Regional de Calificación de Invalidez, decisión que será apelable ante la Junta Nacional de Calificación de Invalidez. Y se estipuló que la calificación deberá contener los criterios técnicocientíficos de evaluación y pérdida de capacidad laboral porcentual por sistemas ante una deficiencia, discapacidad y minusvalía que hayan generado secuelas como consecuencia de una enfermedad o accidente.

De conformidad con lo anterior esta Colegiatura encuentra que fue acertada la decisión del fallador de primer Grado, ya que en el expediente obra dictamen de pérdida de capacidad laboral de la actora en la que consta que tiene un porcentaje de pérdida del 36.80%, dictamen que no le mereció reproche a la parte interesada, por lo que al

ser el porcentaje inferior, al que exige la norma, es claro que la parte actora no tiene derecho a la prestación que reclama.

Aunado a lo anterior, no desconoce esta Colegiatura la sentencia emitida por el Juzgado de Familia, siendo esta de carácter civil, tal y como allí se indica, sin que se pueda inferir que el concepto de invalidez, sea igual al de interdicto, tal y como lo quiere hacer ver el recurrente.

Por lo anterior, se habrá de confirmar la absolución impartida por el Juez de Primera Instancia.

Sin costas 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 Republica y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia objeto de estudio, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Sin costas en alzada-

Las partes se notifican por edicto de conformidad con los artículos 40 y 41 del C.P.L. y de la S.S.

Los Magistrados



MARLENY RUEDA OLARTE

Magistrada



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO


HUGO ALEXÁNDER RÍOS GARAY
MAGISTRADO

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C
SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 12-2016-506-01

ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA

DEMANDANTE: DIEGO DAVID RESTREPO

DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTROS

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los treinta (30) días del mes de septiembre de dos mil veinte (2020), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por las partes, revisa la Corporación el fallo de fecha 21 de febrero de 2019 proferido por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá D.C.

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior a las partes para presentar alegaciones, se recibieron vía correo electrónico las de la entidad demandada Colpensiones y las de la parte demandante.

ANTECEDENTES

El señor DIEGO DAVID RESTREPO por intermedio de apoderado judicial, solicita que se DECLARE que con ocasión del vínculo sostenido como trabajador en misión a través de la figura de obra o labor de terminada con las empresas Coltempora y Activos S.A., existió una relación laboral entre él y Colpensiones, el que fue terminado sin justa causa por las demandadas, solicita igualmente se declare que no le fue pagado el mismo

salario recibido por el personal de la planta de Colpensiones que desempeñaba las mismas funciones y que tanto Activos S.A. como Coltempora actuaron como simple intermediarios; como consecuencia de tales declaraciones, solicita se condene a Colpensiones a pagar la indemnización por despido injusto, el pago de las diferencias salariales y prestacionales desde el 23 de septiembre de 2013, con respecto a lo devengado por el personal de planta de Colpensiones, trabajadores oficiales que desempeñaban sus mismas funciones (profesional senior 3) y lo fijado como salario y prestaciones en los diferentes contratos de trabajo suscritos bajo la figura de obra o labor como profesional II, solicita igualmente se ordene reliquidar la prima de servicios, prima de vacaciones, vacaciones, cesantías, interés a la cesantía, se ordene el pago a su favor de la prima legal de navidad, bonificación extralegal por año de servicios y bonificación de recreación, durante la vigencia de la relación laboral, tendiendo como base el salario recibido por el Profesional Senior 3 de Colpensiones, solicita por último se indexen tales sumas y se condene al pago de los perjuicios morales por despido injusto. (fls. 2 y 3).

Fundamentó sus pretensiones afirmando como hechos relevantes que la demandada Colpensiones, a efectos de cumplir con el plan de acción para corregir el atraso estructural del régimen de prima media, que fuera puesto de presente por la Corte Constitucional mediante Auto 110 de 2013, ha celebrado durante más de 3 años contratos con diferentes empresas de servicios personales para el suministro de trabajadores, suscribiendo así el 14 de mayo de 2013 contrato de prestación de servicios No. 60 con la empresa Activos S.A., el que fue objeto de 3 prórrogas, cuyo objeto era el suministro de 500 trabajadores en misión, que celebró con la misma empresa contrato de prestación de servicios el 20 de enero de 2014 y con la empresa Coltempora firmó contrato de la misma naturaleza el 24 de junio de 2014, el que fue objeto de 2 prórrogas, que se dieron el 9 de diciembre del mismo año.

Afirma que el 27 de marzo de 2015, suscribió contrato con Activos S.A., para el suministro de 1530 trabajadores, que en el literal nn) de dicho contrato se pactó el retiro inmediato del trabajador por solicitud de Colpensiones, que Colpensiones siempre participó de dicho proceso de reclutamiento; señala que desde el 23 de septiembre de 2013, presta sus

servicios a Colpensiones como trabajador en misión, siendo vinculado como profesional II, bajo la figura de obra o labor a través de Activos S.A., empresa en la que se desempeñó para Colpensiones hasta el 25 de junio de 2014 y a partir del día siguiente, se desempeñó como trabajador en misión a través de Coltempora, regresando como trabajador de Activos S.A., desde el 1 de abril de 2015 y hasta el 11 de marzo de 2016; indica que desempeñó sus funciones sin solución de continuidad para Colpensiones, y teniendo a cargo como función principal la de sustanciar solicitudes de prestaciones económicas peticionadas por los afiliados de Colpensiones o trasladadas del ISS, funciones que son propias de las actividades permanentes de la entidad en mención.

Señala que el cargo con las mismas funciones desempeñado por el personal de planta de Colpensiones, correspondía al de profesional senior código 310 grado 3, que para el año 2013 devengaba la suma de \$3.680.227, para el 2014 \$3.929.734, para el 2015 \$4.112.859, para el 2016 \$4.429.549, que en dichas anualidades, él devengaba \$3.500.000, \$3.567.000 y para los años 2015 y 2016 la suma de \$3.698.485, siendo pagadas sus prestaciones sociales sobre los salarios en mención. Indica que Colpensiones solicitó a Activos S.A., dar por terminado su contrato de trabajo, informándosele el 11 de marzo de 2016 que su relación laboral había terminado por la finalización de la obra o labor para la cual fue contratado. (fl. 4 a 9).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Una vez notificada en legal forma la demandada COLPENSIONES, se opuso a las pretensiones, aceptó los hechos contenidos en No. 1, 5, 7, 8, 10 a 12, 14 a 18, 20, 21, 23, 24, 26 a 28, 31 a 33, 35, 38 a 42, 44, 47 a 49, 60 a 65 y 68, manifestó no constarle los No. 22, 34, 36, 37, 54 a 59 y 67; propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia del derecho y de la obligación y/o falta de legitimación en la causa por pasiva, del cumplimiento de las órdenes de la Corte Constitucional y prevalencia del interés general sobre el particular, de las diferencias salariales, prescripción y buena fe. (fl.277).

Por su parte, Coltempora S.A., se opuso a las pretensiones, admitió parcialmente los hechos contenidos en los numerales 16, 17, 36, 39, 55, 58; negó los No. 22, 34, 56 y manifestó no constarle los demás; propuso como excepciones de mérito las que denominó inexistencia de las obligaciones reclamadas, inexistencia del despido, cobro de lo no debido y falta de causa para pedir, buena fe, mala fe, temeridad y deslealtad procesal, prescripción y compensación. (fl. 370)

Por último, Activos S.A., se opuso a las pretensiones, aceptó los hechos contenidos en No. 54, 55 y 58, negó los No. 10 a 14, 18 a 22, 24, 34 a 38, 41 a 45, 56, 57, 59 y 65 a 67 y manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones que denominó prescripción, inexistencia de las obligaciones reclamadas, cobro de lo no debido, enriquecimiento sin justa causa, compensación, pago, buena fe y mal fe del demandante. (fl. 1 cuaderno 2).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento resolvió en sentencia del 21 de febrero de 2019 declarar que entre el demandante y Colpensiones, existió una relación de trabajo entre el 23 de septiembre de 2013 al 11 de marzo de 2016, declarando que las demandadas Activos S.A. y Coltempora, fungieron como intermediarios de la misma, condenó a Colpensiones y de manera solidaria a las demás demandadas a efectuar el reconocimiento y pago de las sumas señaladas por concepto de auxilio de recreación vacacional, beneficio salarial por año de servicio prestado, vacaciones e indemnización por despido sin justa causa y absolvió de las demás pretensiones, condenando en costas a las demandadas. (fl.589 cuaderno 2)

Como fundamento de su decisión, señaló el Juez:

“No hay duda en lo que tiene que ver con coltempora los siguientes elementos: el primero de ellos es que la contratación que se hizo se hizo por obra o labor determinada, inicia el 26 de junio del año 2014 y se prolonga hasta el 31 de marzo del año 2015, folios 453 464 y 563 del expediente; por su parte respecto de activos se tienen última la existencia de relación de trabajo en los mismos términos durante dos periodos correspondiente: el primero del 23 de septiembre del año 2013 y hasta el 25 de junio del año 2014, el posterior del 1 de abril del año 2015 hasta el 11 de marzo del año 2016 en ambos y en ambas condiciones conforme ha sido previsto en la legislación y las correspondientes liquidaciones de prestaciones sociales, se ha extendido esta relación con activos hasta el 11 de marzo del año 2016 (fl. 245).

Se tiene entonces que la controversia gira en virtud de 4 premisas argumentativas que son absolutamente claras 1. en que se violó el régimen no de tercerización como

lo dijo uno de los Testigos sino el de intermediación, téngase en cuenta que en Colombia está permitida esta y es objeto de regulación en diferentes estatutos normativos arrancando desde la ley 50 de 1990 que tratándose de intermediación laboral con la única que se lo permite es con las empresas de servicios temporales creados a partir de dicha figura sobre la base de una dualidad en la gestión de las de las órdenes e instrucciones dadas por el empleador, se entiende que así como los tres elementos de la relación de trabajo son unívocos a la hora de señalar cuando hay una relación de trabajo en tratándose de la intermediación y la tercerización son procesos productivos que en últimas quitan o despejan el clóset de los de los negocios principales y en el caso de la tercerización existirían apoyos o circunstancias que se escapan del objeto social de la de la de la empresa o del contratante principal y que únicamente entrarían a generar un aspecto de responsabilidad solidaria en los términos señalados en el artículo 34 del código sustantivo del trabajo o en su defecto en las sentencias como ha sido objeto señalamiento por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

En lo que tiene que ver con la intermediación, las únicas personas jurídicas facultadas para desempeñar actividades de intermediación, así sean de procesos misionales son las EST, pero tales actividades tienen como bien su nombre el carácter de temporal, sobre 3 figuras establecidas en el artículo 77 y el Decreto 4369 del 2006 art. 6, normativa incluida en el Dto. Reglamentario 1072 de 2015, que tuvo vigencia en la relación de trabajo alegada y que establece que las actividades sobre las cuales girará en torno las EST, para el suministro de personal, corresponden a actividades ocasionales, reemplazar personal en vacaciones, licencia o incapacidades y para atender incrementos de producción por un término de 6 meses prorrogables por otros 6, el Decreto 1032 de 2015, trae en su incorporación que la actividad si subsiste al interior de la empresa usuaria, esta no podrá ni prorrogar el contrato ni celebrar uno nuevo por la misma prestación del servicio, vencido tal término y si continúa la vinculación, la empresa usuaria se convierte en su verdadero empleador.

Conforme lo anterior, es evidente tal circunstancia, pues si bien hay figuras sobre las cuales podría derivarse una excepción a la aplicación de la norma en comento y si bien es cierto conforme la Ley 80 de 1993, los contratos podrían supeditarse al principio de autonomía presupuestal, que también si hay flujo de recursos que Colpensiones puede manejar solo bajo los presupuestos del Decreto 111 de 1996, tales circunstancias excepcionan de manera alguna el cumplimiento de los contratos de prestación de servicios y si bien hubo 5 de ellos con Coltempora y con activos para el suministro de personal en misión, el objeto contractual de los mismos, se infería del aumento de la producción, observándose que hubo una utilización desmedida de las causales de contratación señaladas en las normas descritas, así las cosas, se determinó que objetivamente se superó el umbral de los 6 meses de contratación y los 6 de prórroga, que los contratos para el suministro de personal si bien señalaban que eran 500 empleados a contratar, lo cierto era que se contrataron por Colpensiones cerca de 1250 trabajadores que al corte del primer contrato prestaron sus servicios en Activos S.A., teniendo como empresa usuaria a Colpensiones, observándose que inclusive después del 23 de mayo de 2014, esta última siguió adoptando esa forma de contratación y si bien se verificaba que el cierre del contrato fue el 25 de julio de 2014 con activos, lo lógico era proceder a disponer del presupuesto correspondiente para dar continuidad a la contratación de empleados de manera directa, por plazo fijo pactado o presuntivo, lo que no se dio, sino que se prolongó por 23 meses adicionales la figura de cesión de trabajadores a través de EST.

Así, de los interrogatorios de parte absueltos, se entiende que el actor aceptó la vinculación a través de contratos de prestación de servicios sujetos al principal y a sus prórrogas, los testigos no dan elementos adicionales a los ya compilados, dado que su versión fue repetitiva, pudiéndose rescatar cuál era la función y el destino de

la prestación de servicios del demandante, el cual era atender la función misional de Colpensiones, en lo que tiene que ver con los aspectos reseñados, procediendo el despacho a determinar que hay trasgresión a lo normado en el artículo 6 del Decreto 4369 de 2006 y en ese sentido conforme lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia, el verdadero empleador, es la empresa usuaria del servicio del trabajador, debiéndose declarar la existencia de contrato de trabajo del actor y colpensiones en los extremos temporales señalados y solidariamente responsables de las acreencias a que haya lugar a las empresas Coltempora y Activos S.A., debiéndose tener en cuenta que en los documentos aportados por la parte demandante, no se había allegado manual de funciones, aportándose sólo prueba de haber ejercido el cargo de Profesional Senior grado 03, sin advertir que al interior de Colpensiones pueda establecerse la diferenciación entre profesional grado 01, 02 y 03 y por otro lado, la Corte Suprema de Justicia, había señalado los criterios de diferenciación salarial, como eran igualdad de puesto y jornada y condiciones de eficiencia, eficacia; sin embargo, el demandante había hecho una analogía equivocada entre profesional Senior 03 y Profesional 02, que era el cargo que se certificaba desempeñó, al no establecer parámetro alguno sobre el cual pudiese determinarse este criterio subjetivo, no es posible determinar la nivelación salarial, al no probarse su diferenciación, ni parámetro de comparación, pues al no existir el mismo, no era posible efectuar comparación alguna, habiendo lugar a tener en cuenta los salarios devengados por el trabajador, que para el 2013, ascendía a \$2.625.200, para el 2014, \$3.567.900, para los años 2015 y 2016, \$3.698.485, como quiera que no hubo lugar a nivelación salarial alguna, no había lugar a reliquidar salario ni prestaciones.

Ahora en cuanto a las prestaciones legales y extralegales, hay lugar a tener en cuenta unos parámetros, el Decreto 1045 de 1978, las prestaciones para trabajadores oficiales del nivel descentralizado, estaban comprendidas en cesantías, prima de navidad, prima de vacaciones, pago de vacaciones, siendo colpensiones una entidad de nivel descentralizado, quedando acreditado que la misma, Coltempora y Activos, pagaron la totalidad de prestaciones y salarios durante la vigencia de los contratos, teniendo el demandante derecho a recibir la prima de navidad y teniendo en cuenta que había recibido prima de servicios a la que no tenía derecho, pues esta es propia de las entidades del nivel central, habiendo sido propuesta la excepción de compensación, había lugar a declarar probada la misma respecto de esos dos rubros, en cuanto a la prima de vacaciones prevista en el Decreto 1045 de 1978, se reconocerá por doceavas. En cuanto a las demás prestaciones, en cuanto se encontraba probado que habían sido pagadas, no hay lugar a emitir condena.

Respecto de las convencionales, se había allegado pacto colectivo suscrito entre Colpensiones y sus trabajadores, en la cual se establecen dos beneficios de carácter extra legal en sus cláusulas tercera y quinta, el primero el beneficio salarial por año de servicios sujeto a los indicadores de productividad de los empleados y como quiera que no se aportó índice de productividad, se tendrá tal prima sobre la base de los 15 días plenos, en cuanto al auxilio de recreación vacacional, la parte actora también aporta un concepto del Dpto. Administrativo de la Función Pública, que señala que la bonificación se paga cuando no se haya pactado algo más favorable en el pacto colectivo, siendo viable que los trabajadores oficiales que se adhieran al pacto en virtud de la declaratoria de la relación de trabajo, tienen derecho a la bonificación especial de recreación del Decreto 1029 de 2013, debiéndose reconocer la misma al actor.

En cuanto a la indemnización por despido sin justa causa, se encuentra que si bien el contrato terminó por la terminación de la obra o labor contratada, esta no constituía una justa causa, debiéndose condenar a la indemnización por lo que le hiciere falta para culminar el plazo presuntivo, sin embargo, teniendo en cuenta la consideración de que el demandante prestó sus servicios por un total de 2 años, 5 meses y 19 días, había lugar a liquidar por los 12 días restantes y como no podía ser inferior a 15

días, se condenaría al pago de esos 15 días de salario a título de indemnización por despido sin justa causa, en cuanto a la indemnización por el despacho desestima tal pretensión a medida que no hizo ninguna alusión a nivelación salarial o circunstancias semejantes la sanción y respecto de indemnización por perjuicios morales, no hay acreditación de los mismos y la indemnización moratoria en este caso como ha sido pregonada por la sala de casación laboral de la Corte Suprema de Justicia tiene que venir revestida de buena fe la contratación pública, en este caso también ha sido prevista y ha sido señalada en cláusula vigésima quinta de los contratos de suministro de personal en los cuales ha hablado de la cláusula indemnidad, sin embargo reiterada jurisprudencia del Consejo de Estado ha señalado que la cláusula de indemnidad es inoponible a terceros es decir que no cubrira algunas circunstancias en las cuales se genera hacen responsabilidad de carácter extracontractual pero que afecta a un tercero y ese tercero no está obligado a verificar las circunstancias de la cláusula indemnidad que fue consagrada inicialmente en la ley 1151 del año 2007 en tratándose los contratos de administración pública bajo ese entendido Entonces el despacho Si bien considera que no hay lugar a la aplicación de la cláusula de indemnidad dicha circunstancia reviste la buena fe para los efectos de la no condena en indemnización moratoria, como ya se dijo operar a la cláusula es solidaridad entre las demandas declarando no probadas la las excepciones formuladas por la parte demandada entre ellas la de prescripción toda vez que se observa que se han agotado en debida forma los las reclamaciones de carácter administrativa están insertas en el expediente vienen calendas en este caso de agosto del año 2016 y la demanda fue presentada en el mes de septiembre del año 2016 con lo cual no ha transcurrido el término trienal de qué trata el artículo 151 del código procesal del trabajo y de la seguridad social, debiéndose hacer la aclaración de que ha sido línea horizontal y precedente vertical de la sala de casación laboral de la Corte Suprema justicia, surtir grado de consulta en favor de Colpensiones, cuando quiera que es vencida en juicio; sin embargo en estos casos no se da tal condición, pues el artículo 69 del CPTSS, se refiere a la consulta solo tratándose de obligaciones derivadas del régimen de prima media con prestación definida; no siendo la Nación garante de las prestaciones.”

RECURSOS DE APELACIÓN

La parte demandante indicó:

“Presento recurso en cuanto al pago de indemnización por despido sin justa causa, pues quedo probado que el demandante, prestó sus servicios para Colpensiones y que fue de manera unilateral su despido, por lo que para la liquidación de tal indemnización, debería tenerse en cuenta hasta la fecha en que en realidad terminó la obra la cual inicialmente fue contratado o en caso de que no se tenga en cuenta esta, tomar la fecha que se había pactado en la duración del contrato de prestación de servicios con la última empresa de prestación de servicios temporales con la cual se encontraba vinculado, que fue Activos.

En cuanto a la solicitud de nivelación salarial conforme lo que mencionaron los Testigos, el señor Enrique en todo el tiempo en que prestó sus servicios a Colpensiones, realizó funciones que estaban a cargo únicamente de empleados de planta de Colpensiones razón por la cual quedó probado que existió un pago diferente en cuanto a prestaciones salariales y respecto a la indemnización por despido sin justa causa pues quedó demostrado que el señor Diego laboró para Colpensiones de septiembre del 2013 a marzo del 2016 y la obra labor por la cual fue inicialmente no cesó al momento de su desvinculación sino que por el contrario continuó, por lo que solicito sea tenido en cuenta esta situación para su liquidación o en su defecto el período de finalización que se haya pactado con la empresa de servicios temporales Activos, contrato que terminaba en junio del 2016.”

La demandada Colpensiones señaló:

“En primer lugar el despacho soporta la declaratoria de una existencia de contrato de trabajo entre Colpensiones y el demandante en el hecho de haberse según su análisis violado el régimen de intermediación previsto en la ley 50 1990 que permite la contratación a través de empresas de servicios temporales y soporta dicha vulneración en el supuesto de que efectivamente si bien en la norma permite que se presente intermediación en algunos supuestos específicos que son tres y que individualiza como actividades ocasionales temporales reemplaces por novedades tales como licencias vacaciones o permisos y tercero atender incrementos de producción que tiene un límite temporal de 6 meses prorrogable hasta por 6 meses más pues lo cierto es que encontró el despacho que está tercera causal que fue la que se alegó y la que soporto que mi representada abriera licitación en los contratos de prestación de servicios que fueron asignados respectivamente según se ganaron la licitación activos y coltempora pues lo cierto es que no se trate de única de una única causa como afirmó el despacho, que señaló que se trató de una única causa derivada de los autos 101 101 B no obstante con dicha argumentación desconoce el despacho los demás autos que fueron emitidos por la Corte Constitucional con ocasión de la declaratoria del estado de cosas inconstitucional es el atraso que le fue entregado por el ISS a mi representada y que pues no tenía infraestructura para asumir y poner al día y que cada uno de estos autos corresponde a una causa originaria distinta que soporta que se hayan abierto licitaciones diferentes y a su vez se hayan adjudicado y celebrado contratos de prestación diferentes con cada una de las empresas temporales que hoy comparecen al presente proceso en calidad de codemandadas.

En tal sentido, nótese como si viene el auto 110 hacía referencia a la necesidad de sacar pensiones de invalidez o digamos centrar la necesidad de la organización en ponerse al día en el tema de reconocimiento de pensiones pues lo cierto es que existen otros autos tales como pronto el 352 que hace referencia precisamente a pensiones de vejez o reconocimiento de prestaciones económicas, sino que hacen referencia a la necesidad de actualizar o ponerse al día en temas como historias laborales luego es claro que no se trata de una única causa y que al ser palmario que se trataban de causas diferentes supuestos fácticos distintos que para Colpensiones no era dable conocer cuál iba a ser el requerimiento en que según la honorable corte constitucional debía centrar sus esfuerzos para tratar de ponerse al día con las obligaciones que en su momento tenía el ISS y que no cumplió oportunamente que fueron trasladadas a mi representada, recurriendo a mecanismos legalmente previstos y si bien manifiesta el despacho que si la actividad subsiste al interior de la empresa usuaria no se puede o no se podrá prorrogar el contrato del trabajador en Misión ni celebrar un nuevo contrato con la empresa de servicios temporales ni con una tercera empresa de servicios temporales luego atendiendo a los argumentos previamente expuestos Lo cierto es que contrario a lo manifestado por el despacho, mi representada no incurrió en una violación ni vulneración siquiera de dicha prohibición que se reitera que se trató de causas originarias totalmente diferente soportadas en autos diferentes emitidos por la Corte Constitucional para la ejecución de órdenes distintas que obligaron a mi representada a centrar su atención en los requerimientos puntuales y fue con ocasión de los mismos, que se abrió licitación, se adjudicó el contrato y se celebró con ocasión de cada uno de ellos, el demandante fue asignado como trabajador en misión, el mismo demandante en su declaración de parte reafirma lo aquí manifestado es que no se trata de una única causa para la cual fue contratado y no ejecutó la misma labor durante dos años y 5 meses y 19 días que duró su vinculación, si bien sustentaba actos administrativos, esta no es un labor ni siquiera específica de colpensiones, pues es propia de cualquier entidad pública y no por eso implica que entonces estaba haciendo actividades misionales que no podían ser objeto de esta figura él mismo manifestó que efectivamente dentro de esa gerencia coexistían varios grupos de trabajo y confesó de manera expresa en su interrogatorio que efectivamente hizo parte de esos grupos atendiendo a cada uno de los contratos de obra labor mediante los cuales fue vinculado a través de las empresas de servicios temporales luego se itera, no se entiende cuál es la identidad de causa que evidencia probada el despacho cuando por el contrario nótese incluye como los mismos testigos también fueron claros en señalar que no estuvieron todo el tiempo con el demandante ni en sede, ni en piso ni en actividad; luego que nos permite evidenciar esto claramente que no se trató siempre de la misma labor porque

ellos mismos manifestaron ellos no siempre estaba con él, ni el mismo grupo, ni qué funciones desempeñaba, luego con qué tipo de certeza le damos validez a las declaraciones de estos testigos para tener en cuenta que se trata de un único vínculo que atendiendo a su extensión en completo que duro 2 años 5 meses y 19 días, lo que se comportaría una violación al límite de temporalidad análisis que claramente no atiende las reglas de la lógica y la sana crítica porque está claramente probado que su causa originaria era diferente entonces a título de que se van a unificar este tipo de contrato máxime cuando el demandante se presentó para cada uno de esos contratos hizo su proceso de selección y fue asignado a un grupo que claramente tenía un coordinador, tenía digamos un tipo de gestión, que claramente recibía instrucciones o que si él necesita un permiso, iba y lo solicitaba, circunstancia que en modo alguno desvirtúa la naturaleza del vínculo que el señor crea con la empresa de servicios temporales porque precisamente como no estamos ante un tema de tercerización sino de intermediación que la ley misma prevé la posibilidad de delegar la subordinación en la empresa usuaria pues es claro que me representa actuando dentro del marco de la ley y dichos comportamientos tampoco comportan una vulneración a lo dispuesto legalmente así las cosas lo que está plenamente probado es que carece de fundamento fáctico y jurídico la declaración de una existencia de un contrato de trabajo directo entre colpensiones y el demandante pues no se presentó violación vulneración o siquiera amenaza los límites de temporalidad y causalidad previstos en la ley 50 de 1990 para la contratación a través de empresas de servicios temporales aunado a lo anterior es de señalar que manifestó el despacho que eventualmente los contratos por obra o labor del demandante tendrían que haberse sujetado a la duración del contrato por prestación de servicios que mi representada suscribió con cada una de las empresas de servicios temporales a medida que fueron siendo adjudicadas las licitaciones y en tal sentido también nos permitimos separarnos del argumento expuesto por el juez en la medida que si bien mi representada suscribió contratos de prestación de servicios estos eran un contrato marco y dentro de su contrato marco lo que se realiza son requerimientos puntuales, no es que se haya hecho un mal uso de la figura al establecer en el contrato de prestación de servicios que las causales que soportaban eventualmente las designaciones de los trabajadores en Misión eran las tres causales legalmente previstas, sino que dependiendo de la necesidad y ya estando abierta la licitación mi representada tenía la oportunidad de realizar requerimientos puntuales a la EST para que asignara un trabajador en misión para cumplir cualquiera de las necesidades del servicio atendiendo a cualquiera estas causales que en el caso del demandante se itera fue el incremento de producción, luego no se puede equiparar la vigencia del contrato de prestación de servicios marco al contrato de trabajo que el demandante suscribió con su empleador, la empresa de servicios temporales que fue un contrato que como está plenamente probado tenía la duración de por obra o labor, así las cosas pues al ser necesaria la declaratoria de una existencia de contrato de trabajo entre mi representada el demandante por sustracción de materia quedarían sin soporte las demás condenas impuestas.

Sin perjuicio de lo anterior y en el hipotético caso que esta sala opté por no acoger la tesis previamente expuesta pese a estar plenamente probada cada una de las causas originarias como se puede evidenciar en el CD que se acompañó con el acta de no conciliación allegado en la etapa de conciliación y en el que se evidencia cada una de las justificaciones de cada uno de los contratos, es de señalar que a uno le levanten que se declarase o se confirmase la existencia contrato trabajo entre colpensiones y mi representada lo cierto es que las condenas económicas impuestas no son procedentes por las razones que procedo explicar, es de señalar que el juez manifestó que la cuenta jurídica de dichos beneficios era el pacto colectivo que reposa en el expediente, no obstante, no basta con aportar el documento o el texto simple o sencillo del pacto colectivo o convención colectiva sino que se precisa aportar La Constancia depósito de dicho documento ante el Ministerio de trabajo, requisito obligatorio para que el pacto se entienda que tiene validez y pueda ser eventualmente debatido en el proceso supuesto que de hecho no sucedió en el presente proceso ni en el objeto del litigio se incluyó el pacto ni en ninguna de las preguntas ni en ninguna etapa del proceso se debatió el pacto, luego al ser claro pues que no fue objeto de la litis no tendría razón de ser a esta altura mi representada sea condenada a

reconocer beneficios derivados de dicho pacto y aún así cuando se hubiese debatido, no está probado porque el pacto hubiera sido debidamente aportado en forma legal al no estar la constancia de depósito en el expediente así las cosas lo que deberá suceder es que por falta de soporte fáctico jurídico, deberá revocarse las condenas impuestas por dichos conceptos extralegales, aunado a lo anterior y atendiendo a que la parte demandante interpuso su recurso de apelación en lo atinente a la nivelación salarial me permito desde ya o ponerme al mismo y manifestarle a los honorables magistrados que en ese sentido si le asiste razón al juez porque no está demostrado en el presente proceso que efectivamente se hubiese presentado los supuestos para declarar una nivelación salarial no sólo porque no es claro contra quién se compara, configuran los supuestos al no haber identidad entre funciones específicamente puestos y jornada pues es procedente la absolución de mi representada en tal sentido”.

La demandada Activos S.A., señaló:

“Sea lo primero señalar que por parte de mi representada no hubo violación alguna a la ley 50 de 1990, como tampoco del Decreto 4369 de 2006, ni del acuerdo reglamentario 1072 de 2015 teniendo en cuenta entonces todo lo anterior valga la pena resaltar cuáles son los hechos los hechos de este proceso como tal lo que sí se puede dar cuenta y así se probó en esta instancia fue que existieron una vinculación laboral entre el demandante y mi representada conforme unos contratos por obra o labor contratada conformidad a lo reseñado el artículo 77 de la ley 50 de 1990 entonces es del caso resaltar porque su momento el juez manifestó que existieron dos vinculaciones manifestando qué del 23 de septiembre al 25 de junio 2014 y la segunda la del primero de abril 2015 al 11 de marzo de 2016, conforme lo anterior valga la pena Resaltar que tal como se puede verificar en la prueba documental que aquí se encuentra y tal como lo aceptó en su momento el demandante en interrogatorio de parte los contratos por obra labor suscritos entre mi representada y el demandante correspondieron a los siguientes 23 de septiembre 2013 al 21 enero de 2014 al 25 junio 2014, el tercero del primero de abril 2015 al 30 enero 2016 y el último del primero febrero 2016 al 11 de marzo del 2016; conforme lo anterior entonces vale la pena resaltar que ninguno de los periodos anteriormente mencionados superan lo estipulado por la ley esto es por 6 meses o una prórroga de 6 meses adicionales esto como una primera medida, toda vez que el fallo hace un énfasis a qué se hizo una violación del umbral de tiempo de los contratos suscritos, valga la pena resaltar cuál fue el objeto de esta contratación o este vínculo laboral, tenga en cuenta entonces también que entre mi representada y colpensiones conforme una serie de requisitos de una serie de requerimientos realizados por la corte constitucional colpensiones teniendo en cuenta su naturaleza y una vez realizada la prueba aprobación del comité de contratación y racionalización del gasto realiza unas licitaciones públicas en las cuales participó me representaba para el suministro de un personal, entonces fueron cuatro los contratos de prestación de servicios suscritos entre me representa y colpensiones siendo estos Entonces el 060, el 007, el 042 y el 005 los cuales obran en el plenario y estuvieron sujetos a unas prórrogas correspondientes

Teniendo en cuenta todo lo anterior lo que se puede evidenciar es que una vez se presenta la licitación pública y es acreedora de la misma mi representada se inician unos procesos de reclutamiento para trabajadores en Misión teniendo en cuenta entonces los requerimientos otorgados por la corte constitucional a colpensiones los cuales se resalta no consistieron en los mismos requerimientos siempre como lo señala el juez, sino por el contrario los mismos testigos de la parte demandante los cuales señalaron en reiteradas ocasiones que se encontraron en grupos diferentes ejerciendo funciones diferentes razón por la cual resulta ilógico que se trató siempre las mismas funciones de las mismas labores ejecutadas y de ahí que entonces se trataba solamente de una única contratación, desvirtuando entonces así que se hizo una superación en el tiempo estipulado en el umbral de tiempo en el cual se podían hacer este tipo de contratos valga la pena entonces señalar que dichos contratos por vinculación laboral fueron liquidados en su totalidad, sin que se hubiera presentado

ningún reparo por el demandante, quien en ese momento suscribió los mismos para venir ahora en esta instancia a desconocer cuál era el tipo de contratación que se estaba presentando, entonces conforme lo anterior estos contratos de prestación de servicios entre mi representada y el demandante gozan de plena validez jurídica y no hay razón alguna para declararse entonces un contrato realidad entre el demandante y Colpensiones, mucho menos aún en un solo periodo de tiempo uniendo unos periodos que no vienen no se concreta en esa manera sino que por el contrario pues cómo se manifestó correspondían a contratos por obra labor con periodos determinados que nunca superaron un año.

Teniendo en cuenta entonces que no hay como una primera medida lugar a declarar contrato realidad, valga la pena entonces resaltar que se señala una indemnización por despido sin justa causa a cargo de mi representada manifestar entonces cuáles el sustento normativo para poder dar por terminado dicho contrato o vínculo laboral en esa medida se han señalado que el último contrato prestación de servicios entre colpensiones y activos corresponde el número 005 el 28 enero 2016 en tal medida hay me remito al contrato en mención que en su cláusula segunda denominada alcance y especificaciones técnicas del bien o servicio específicamente en el numeral primero señala claramente que de acuerdo a la necesidad de Colpensiones, está podrá solicitar en cualquier momento la terminación de contratos laborales de los trabajadores en misión prescindiendo de los mismos; es importante entonces resaltar la cláusula anteriormente mencionada teniendo en cuenta cuál fue el objeto que dio lugar a los contratos comerciales suscritos entre colpensiones y mi representada resulta lógico que una vez se van cumpliendo los requerimientos realizados por la Corte Constitucional teniendo cada uno diferentes objetos resulta lógico que se hicieron una disminución del personal contratado en Misión Así quedó establecido y esta fue entonces la clara terminación de la obra labor por la cual se haya contratado al demandante siendo entonces justificable y conforme la ley y no dando lugar entonces indemnización alguna por terminación injusta.

Valga la pena resaltar nuevamente que los contratos por obra o labor, siempre estuvieron acorde a lo manifestado en el artículo 77 de la ley 50 1990 toda vez que en cada uno se terminó la obra para la cual fue contratado conforme el artículo 45 del CST conforme anterior norma anteriormente mencionada conviene destacar que en los contratos laborales suscritos entre el demandante y Activos, quedó determinada la labor contratada toda vez que la cláusula segunda de cada uno de ellos se pactó que la labor contratada era la prestación de un servicio para atender el incremento de la parte administrativa la cual duraría por el tiempo estrictamente necesario solicitado el empleador por el usuario; en tal medida el trabajador tenía pleno conocimiento cuál fue la obra la cual fue contratado teniendo en cuenta que se hace una solicitud de colpensiones respecto de la limitación del personal que se encontraba, se hace la terminación teniendo en cuenta la finalización de la obra o labor lo cual no da lugar a indemnización alguna a favor del demandante; por lo que no hay lugar a confirmarse la declaratoria de contrato realidad.

De la misma manera, no había lugar a condena alguna ahora respecto de las impuestas a mi representada por ocasión del pacto colectivo que se allegó a este proceso vale la pena señalar que el mismo para poder ser beneficiario es importante que haya sido suscrito por el trabajador en este caso no quedó evidencia alguna en ese aspecto y además no sabemos de haber tenido una vinculación en un caso supuesto entre el demandante y Colpensiones si este lo hubiera suscrito o no de manera que mal se está haciendo en este despacho impartiendo alguna condena en ese sentido, en gracia de discusión, solicito se revisen los valores en caso de encontrarse mal tasados.

Activos ha fungido como un empleador y que la subordinación que se entregó fue conforme lo estipulado en la ley conforme lo establecido en la ley de 1999 la de 50, sea entonces del caso revocar la sentencia anteriormente mencionada o proferida en este despacho y en consecuencia absolver a mi representada incluida de las costas impuestas así de cómo los numerales 1° 2° 3° 5° y 6°.

La demandada Coltempora señaló:

“Por parte de mi representada, nunca se desconocieron los extremos temporales de la contratación, teniendo en cuenta el acervo probatorio fueron arrimados los contratos laborales siendo el primer contrato de fecha 26 de junio 2014 al 10 de diciembre 2014, contrato ligado al contrato comercial No. 053, el cual tuvo una duración máxima de 165, el segundo contrato fue del 11 diciembre 2014 al 31 de marzo 2015, tuvo una duración máxima de 111 días, ligado al contrato comercial número 119 esto lo que nos permite indicar al magistrado es que en cierta forma el honorable el despacho atendió una buena fe pero faltó arrimar un poquito más el entendido de que siempre nos limitamos a la disposiciones legales, que mi representada nunca vulnerado ningún derecho al trabajador ni mucho menos a la legislación para la cual su naturaleza jurídica debe marcarse por lo tanto no comparto la decisión del honorable despacho; la otra situación de la cual difiero es el tema la solidaridad no tuvimos la oportunidad de hacer el debate frente al tema la solidaridad pues esto tampoco encontramos que en la parte de las pretensiones de la parte demandante se hubiere hecho respecto a una vinculación solidaria por parte de las involucradas, otra cosa señor juez señores magistrados es el tema de la causa originaria si observamos los contratos comerciales se establece claramente que la causa originaria el cual origina el contrato laboral de cada del demandante es distinta, la causa originaria en su parte considerativa del contrato comercial emitido a través de una licitación pública es distinta y si se tiene en cuenta que cada uno de sus contratos está ordenado por una decisión de la corte constitucional y no fue solamente una fueron varios y con base en ello la entidad colpensiones decidió contratar una empresa de servicios temporales para atender el aumento de la producción conforme al artículo numeral 3 del artículo 77 de la ley 50 de 1990

Asimismo tampoco encontramos un sustento en la parte del Pacto colectivo toda vez que en el acervo probatorio no existe una firma o una adhesión por parte del demandante frente al tema del pacto colectivo”.

CONSIDERACIONES

De acuerdo con lo establecido en el art 66 A del C P del T y de la S.S., la Sala resolverá los puntos planteados en los recursos interpuestos por las partes, debiéndose en primer lugar referirse a la existencia del contrato realidad declarado para posteriormente absolver los puntos referentes a las condenas impuestas en caso de haber lugar a ello y la aplicación del pacto colectivo suscrito por Colpensiones y sus trabajadores.

En el presente, no fue objeto de reparo que el actor, prestó sus servicios para Colpensiones como trabajador en misión de las también demandadas Coltempora y Activos S.A., en los extremos temporales reseñados a continuación:

EMPRESA ST	FECHA INICIO LABORES	FECHA RETIRO
ACTIVOS S.A.	23/09/2013	20/01/2014
ACTIVOS S.A.	21/01/2014	25/06/2014
COLTEMPORA	26/06/2014	10/12/2014
COLTEMPORA	11/12/2014	31/03/2015
ACTIVOS S.A.	01/04/2015	30/01/2016
ACTIVOS S.A.	01/02/2016	11/03/2016

Existencia del contrato respecto la Administradora Colombiana de Pensiones

Estando comprobada como se señaló la vinculación del actor a través de las sociedades de servicios temporales mencionadas, se tiene que pretende se declare la existencia de la relación laboral respecto de Colpensiones; al respecto se observa que las sociedades de la naturaleza como Coltempora y Activos S.A., están autorizadas a suministrar trabajadores en misión con apego a las previsiones de los artículos 71, 74 y 77 de la ley 50 de 1990, establecen:

“ARTICULO 71. Es empresa de servicios temporales aquella que contrata la prestación de servicios con terceros beneficiarios para colaborar temporalmente en el desarrollo de sus actividades, mediante la labor desarrollada por personas naturales, contratadas directamente por la empresa de servicios temporales, la cual tiene con respecto de éstas el carácter de empleador.”

“ARTICULO 74. Los trabajadores vinculados a las empresas de servicios temporales son de dos (2) categoría: Trabajadores de planta y trabajadores en misión.”

“Los trabajadores de planta son los que desarrollan su actividad en las dependencias propias de las empresas de servicios temporales.”

“Trabajadores en misión son aquéllos que la empresa de servicios temporales envía a las dependencias de sus usuarios a cumplir la tarea o servicio contratado por éstos.”

“ARTICULO 77. Los usuarios de las empresas de servicios temporales sólo podrán contratar con éstas en los siguientes casos:

“1. Cuando se trate de labores ocasionales, accidentales o transitorias a que se refiere el artículo 6 del Código Sustantivo del Trabajo.

2. Cuando se requiere reemplazar personal en vacaciones, en uso de licencia, en incapacidad por enfermedad o maternidad.

3. Para atender incrementos en la producción, el transporte, las ventas de productos o mercancías, los períodos estacionales de cosechas y en la prestación de servicios, por un término de seis (6) meses prorrogable hasta por seis (6) mes más.”

Así mismo, el parágrafo del artículo 6 del Decreto 4369 de 2009, dispone:

“PARÁGRAFO. Si cumplido el plazo de seis (6) meses más la prórroga a que se refiere el presente artículo, la causa originaria del servicio específico objeto del contrato subsiste en la empresa usuaria, esta no podrá prorrogar el contrato ni celebrar uno nuevo con la misma o con diferente Empresa de Servicios Temporales, para la prestación de dicho servicio”

Conforme las preceptivas legales transcritas se tiene que si bien los contratos suscritos por activos y Colpensiones, así como por Coltempora y esta última; visibles a folios 167, 117, 119, 143 y 157, señalan claramente que el suministro de personal en misión, obedece a un aumento en la producción de las actividades de Colpensiones, dados los

requerimientos efectuados por la Corte Constitucional para aminorar el atraso en la resolución de solicitudes de prestaciones, así como de actualización e historia laboral e igual objeto se plasmó en cada uno de los contratos de trabajo suscritos por el actor con dichas sociedades y conforme los extremos temporales antes señalados, ninguna de las vinculaciones con las sociedades de servicios temporales demandadas, excedió los 6 meses prorrogables por otros 6 de que trata la norma en cita; lo cierto es que claramente las demandadas incurrieron en la trasgresión de lo dispuesto en el parágrafo del artículo 6 del Decreto 4369 de 2009, dado que como ellas mismas lo señalan, el objeto de contratar el personal en misión, fue como se señaló atender el atraso de la demandada Colpensiones y contrario a lo afirmado por las recurrentes Activos y Coltempora, de los textos de los contratos a que se alude, suscritos entre estas dos y Colpensiones para el suministro de personal, la causa de cada una de las 6 vinculaciones del actor, no son distintas y fue contratado, siempre para ejecutar la misma laboral en las dos Empresas de servicios temporales, esto es, como Profesional II, circunstancia que se desprende fácilmente de cada uno de los contratos suscritos por el actor visibles a folio 35 a 42 del plenario.

Respecto de esta prohibición, señaló la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia radicado No. 69399 del 15 de agosto de 2018 M.P. Clara Cecilia Dueñas:

Por estas razones, las empresas usuarias no pueden acudir fraudulentamente a esta contratación para suplir requerimientos permanentes. De allí que el artículo 6.º del Decreto 4369 de 2006, les prohíba «prorrogar el contrato ni celebrar uno nuevo con la misma o con diferente Empresa de Servicios Temporales», cuando al finalizar el plazo de 6 meses, prorrogable por otros 6, aún subsistan incrementos en la producción o en los servicios.

(...)

En primer término, atrás se indicó que luego de transcurridos 6 meses, prorrogables por otros 6, la empresa usuaria no puede «prorrogar el contrato ni celebrar uno nuevo con la misma o con diferente Empresa de Servicios Temporales, para la prestación de dicho servicio» (art. 6º D. 4369/2006), de manera que el cambio de proveedor en este asunto no enerva la prohibición de contratar el servicio temporal por más de 1 año.
(Negrilla fuera del texto original)

Conforme criterio jurisprudencial en cita, contrario a lo señala por la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado en su intervención (fl. 605 cuaderno 2), se tiene que una vez transcurridos 6 meses más otros 6 meses de vinculación del actor con Activos, fue contratado a través de

Coltempora, para suplir igual cargo y funciones y así siguió un tránsito laboral entre las Empresas de servicios temporales demandadas, sin que además hubiese existido solución de continuidad entre una y otra, sumado al hecho que se demostró que el actor recibía órdenes del personal de COLPENSIONES a quien además, tenía que pedir permiso para ausentarse; aunado a lo cual, el argumento de las recurrentes de la parte pasiva, se desvirtúa únicamente observando las certificaciones de funciones expedidas por Coltempora y Activos S.A., visibles a folios 43 a 48 del plenario, que dan cuenta que durante las vinculaciones del actor con estas, ejecutó **idénticas funciones**, las que claramente son propias del objeto encomendado por ley a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones; sobre el particular y cuando como en el presente, se utilizan los servicios de la CST, para encubrir una relación laboral continua con la empresa usuaria, señaló la Sala de Descongestión Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia radicado 66300 del 10 de marzo de 2020:

*Entonces, conforme los anteriores supuestos fácticos, los cuales, itera la Sala, no son objeto de discusión entre las partes, queda en evidencia la equivocación en que incurrió el sentenciador de primer grado, **habida cuenta que con independencia de que mirando individualmente los contratos, esto es, en forma separada, ninguno superó el término de un año (lo que en principio estaría en consonancia con lo establecido en el numeral 3° del artículo 77 de la Ley 50 de 1990), lo cierto es que, dicho sentenciador se equivocó al no advertir que los aludidos contratos se firmaron en forma sucesiva bajo igual cargo y para la misma sociedad usuaria, es decir, para Mansarovar Energy Colombia Ltd., sin solución de continuidad, ya que las interrupciones que se presentaron entre la terminación de uno y la firma del siguiente fueron minúsculas, pues el actor desarrolló las mismas funciones de supervisor o seguridad en cámaras entre el 25 de agosto de 2008 y el 6 de septiembre de 2011, esto es, por un lapso de 3 años y 11 días, tiempo que, sumado, sí superó el término de un año permitido por el artículo 77 de la Ley 50 de 1990 y el parágrafo del artículo 6 del Decreto 4369 de 2006.***

***Es más, el hecho de que la vinculación del demandante como trabajador en misión se haya hecho por periodos de un año, ello no significa que las labores ejecutadas sean ajenas al giro habitual de la empresa usuaria. Recuérdese, que las empresas solo pueden acudir a la intermediación laboral para el desarrollo de labores netamente temporales, sean o no del giro ordinario de la empresa, determinadas por circunstancias excepcionales tales como trabajos ocasionales, reemplazos de personal ausente o incrementos en la producción o en los servicios.** (negrilla fuera del texto original)*

Es así como en el presente claramente se dan los presupuestos de una indebida intermediación laboral, como lo indica el demandante en sus alegaciones, pues se itera, quedó plenamente determinado que las 6 vinculaciones del actor a través de las CST demandadas, fueron siempre para desempeñarse en el cargo de profesional II, en virtud del cual, siempre ejecutó las mismas funciones como se certifica a folios 43 a 48 del plenario, luego se encuentra probada la existencia del vínculo laboral con COLPENSIONES por los extremos temporales señalados en la instancia y si bien esta entidad señala en sus alegatos que no podía contratar directamente al actor, pues sólo requería su servicio temporal mientras conjuraba el atraso en la resolución de solicitudes pensionales, que motivó la orden impartida por la Corte Constitucional, lo cierto es que claramente la contratación del demandante, superó la temporalidad alegada y se mantuvo por espacio de 2 años y medio, en los que prestó sus servicios a su favor, quedando plenamente desvirtuada la temporalidad alegada, trasgresión a la contratación a través de EST, que contrario a lo señalado por esta demandada en su recurso, no sólo se acredita con las testimoniales vertidas durante el trámite procesal, sino las documentales fácilmente dan cuenta de tal circunstancia.

Determinado lo anterior, procede referirse a los demás puntos objeto de apelación, abordando en primer lugar la nivelación salarial deprecada con el cargo de profesional senior grado 3; al respecto y contrario a lo manifestado por el juzgador de instancia, a folio 95 del cuaderno 1, se allegó manual de funciones desempeñadas por el Profesional Senior 03 Código 310; sin que se demuestre que todas ellas, eran desempeñadas por el actor y si bien la testimonial vertida señaló que este último, desempeñaba funciones propias del objeto encomendado a la entidad de seguridad social demandada, no se demostró que estas correspondieran a las encomendadas al Profesional Senior 03 código 3, máxime si se tiene en cuenta que a folios 43 a 48, obra documental contentiva de certificaciones de funciones desempeñadas por el actor expedidas por la demandada Activos y Coltempora S.A., que no fueron objeto de reparo y que distan de las funciones enumeradas en el manual allegado; de tal manera, al no demostrarse que el demandante ejercía funciones iguales a las del cargo que deprecó, no hay lugar a variar la decisión en este aspecto.

Aplicación pacto colectivo de trabajo

Sobre el particular, se tiene que contrario a lo afirmado por la recurrente Colpensiones, el pacto colectivo de trabajo allegado visible a folio 79, no adolece de la constancia de depósito, no obstante lo anterior como bien lo señalan las demandadas Coltempora y Activos S.A., para beneficiarse del pacto colectivo, es imperativo que el trabajador lo haya suscrito o con posterioridad a su suscripción, se haya adherido a él, conforme las previsiones del artículo 481 del CST y así lo señala el mismo pacto colectivo en la cláusula segunda que indica el campo de aplicación de este; de tal manera, contrario a lo señalado por el juez de primer grado, el trabajador demandante, no se puede beneficiar de las prestaciones señaladas en este pacto, pues no fue suscrito por este, ni se adhirió al mismo con posterioridad a sus suscripción, circunstancia que impone **revocar** las condenas derivadas de dicho pacto, como son el auxilio por recreación vacacional y beneficio salarial por año de servicio prestado, previstas en los ordinales 1 y 2 de numeral TERCERO de sentencia recurrida.

De la solidaridad

Sobre este punto, señala la recurrente Coltempora S.A., que esta figura no fue solicitada ni debatida durante el trámite procesal, no obstante lo anterior, reiterada jurisprudencia ha señalado que cuando como en el presente queda determinado que se hizo una utilización indebida de la contratación prevista en la Ley 50 de 1990, la empresa usuaria y la de servicios temporales, responden **solidariamente** en el pago de las acreencias laborales a que hay lugar, así lo reiteró la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia radicado No. 58141 del 17 de julio de 2019, M.P. Rigoberto Echeverri Bueno, en dicha oportunidad, señaló:

Esta sala de la Corte, en casos similares, ha señalado al respecto:

[...] la impugnante, desde un ángulo diferente, se esfuerza en demostrar el uso fraudulento de la figura del servicio temporal por parte Unibol S.A., dado que esta empresa excedió el límite máximo de 6 meses, prorrogables por otros 6 en la contratación de esa específica necesidad. Esto, con el objetivo de atribuir responsabilidad directa y exclusiva a la empresa usuaria.

*Sin embargo, este argumento, como se explicará más adelante, no tiene el alcance de exonerarla de su responsabilidad sino de compartirla con su empresa cliente, habida cuenta que con arreglo a la jurisprudencia de esta Sala, **el evento descrito da lugar a una responsabilidad solidaria de la compañía usuaria y la empresa de servicios temporales**, en la cual la*

primera funge como verdadero empleador del trabajador que, para todos los efectos, se entiende vinculado mediante un contrato de trabajo a término indefinido; y la segunda como simple intermediario, que, al no manifestar su calidad de tal, entra a responder in solidum por las obligaciones laborales de conformidad con el numeral 3.º del artículo 35 del Código Sustantivo del Trabajo. (SL 3520 de 2018)

Conforme lo señalado en precedencia, no le asiste razón en este punto a la recurrente, debiendo responder junto con las otras dos demandas por el pago de las acreencias a favor del demandante.

Indemnización por despido sin justa causa

Sobre este punto, contrario a lo manifestado por la parte demandante, el último contrato suscrito con la demandada Activos S.A., (fl. 42) no contiene una fecha cierta de terminación de la obra o labor para la cual fue contratado el actor, ahora bien, al haber sido declarada una única relación laboral del actor a favor de Colpensiones, este adquiere la calidad de trabajador oficial, siéndole aplicables las previsiones del Decreto 1083 de 2015, según el cual, el contrato se entiende celebrado por seis meses, prorrogándose automáticamente por el mismo término, el artículo 2.2.30.6.15 de la normatividad en cita, señala la indemnización por despido sin justa causa, equivale al tiempo que faltare para cumplir en este caso el plazo presuntivo, que para el actor, corresponde a 14 días ya que cumpliría los últimos 6 meses de servicios prestados para Colpensiones el 27 de marzo de 2016 y su contrato fue terminado el 11 de marzo de dicha anualidad, no siendo de recibo la afirmación de la instancia, según la cual, esta indemnización no puede ser menor a 15 días, pues la normatividad aplicable no contempla tal prohibición.

Así las cosas, habrá de modificarse el valor de la indemnización peticionada, descrita en el ordinal 4 de numeral TERCERO de sentencia recurrida, pues liquidada en razón a 14 días, con el último salario del actor, que correspondió a \$3.698.485, asciende a \$1.356.111; por último y como quiera que la recurrente Activos S.A., solicita se revise la liquidación de condenas impuestas, se observa que la proferida por concepto de vacaciones, se encuentra ajustada a derecho.

Sin costas en esta instancia.

En mérito a lo expuesto EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D. C., SALA LABORAL, Administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

R E S U E L V E:

PRIMERO: REVOCAR los ordinales 1 y 2 de numeral TERCERO de sentencia recurrida, para en su lugar absolver a las demandadas del pago de los rubros allí señalados, conforme lo señalado en la parte pertinente de este proveído.

SEGUNDO: MODIFICAR el ordinal 3, en el sentido de señalar que la indemnización despido injusto allí señalada, asciende a \$1.356.111.

TERCERO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia objeto de recurso.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

Las partes se notifican por edicto de conformidad con los artículos 40 y 41 del CPTSS.

Los Magistrados,


MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO


Escriba el texto aquí
HUGO ALEXÁNDER RÍOS GARAY
MAGISTRADO

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C

SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 21-2016-696-01

ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA

DEMANDANTE: JORGE ANTONIO VELANDIA

DEMANDADO: CAXDAC

MAGISTRADA PONENTE

MARLENY RUEDA OLARTE

RECONÓZCASE PERSONERÍA al Doctor Néstor Daniel González, identificado como aparece al pie de su firma, en documental contentiva de poder; en calidad de apoderado de la demandada Caxdac, en los términos y para los efectos del poder de sustitución conferido.

En Bogotá a los treinta (30) días del mes de septiembre de dos mil veinte (2020), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer de recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, revisa la Corporación el fallo proferido el 23 de mayo de 2019 por el Juzgado 21 Laboral del Circuito.

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior a las partes para presentar alegaciones, se recibieron vía correo electrónico las de la parte demandada.

ANTECEDENTES

El señor JORGE VELANDIA, por intermedio de apoderado judicial solicita que se CONDENE a la demandada a indexar o reajustar la mesada pensional de jubilación de que disfruta desde enero de 2003, junto con diferencias generadas. (fl.5)

Fundamentó sus pretensiones afirmando que el 30 de enero de 2003, le fue reconocida pensión de vejez en la suma de \$3.464.514, por parte de la demandada, pensión viene siendo pagada de manera oportuna y la que ha sido reajustada conforme IPC certificado por el DANE, en 14 mesadas pensionales, sin embargo, la misma debe ser reajustada a la fecha, debido a la pérdida del poder adquisitivo de su valor y las mesadas pensionales de algunos pilotos ya han sido indexadas o reajustadas, que elevó solicitud en dicho sentido a la demandada el 2 de junio de 2016, solicitud a la que recibió respuesta mediante oficio COS-2016-001-487, que la demandada certificó que se encuentra pensionado desde el 30 de enero de 2003 y recibió como primera mesada pensional la suma de \$3.464.514, a su vez, la demandada señaló que no ha indexado la mesada pensional que devenga.

Afirma que la mesada que percibe año a año ha venido perdiendo su poder adquisitivo y para el 2016, devengó una mesada de \$6.549.524, lo que se traduce en 9,49 SMLV, y cuando se pensionó, percibía en promedio 10,43 SMLV, de lo que se desprende que su mesada ha disminuido en un 0,94 SMLV, que cuenta en la actualidad con 55 años de edad y sus ingresos, provenían de su actividad como piloto comercial, perdiendo su licencia por problemas de salud en septiembre de 2015 y siendo calificado en ese mismo año con una PCL del 100% para desarrollar ese tipo de actividades, que no tiene otra fuente de ingresos diferentes a su pensión y tiene derecho a que esta se actualice, en aplicación del principio de igualdad, pues la demandada ha indexado otras mesadas pensionales, conforme lo estableció la sentencia SU – 1073 de 2012. (fls. 2 a 5)

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Una vez notificada en legal forma la demandada contestó oponiéndose a las pretensiones, aceptó los hechos contenidos en No. 2, 3, 7, 8, 10 y 15, manifestó no constarle el No. 18 y negó los demás; propuso las excepciones

de inexistencia de la obligación, buena fe, imposibilidad de condena respecto de intereses de mora. (fls. 78).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento declaró probada la excepción de inexistencia de la obligación formulada por la demandada y la absolvió de las pretensiones incoadas por el demandante (fl. 210).

Como fundamento de su decisión, indicó que se encontraba determinado que la demandada había reconocido el actor pensión de jubilación a partir del 30 de diciembre de 2002, en cuantía de \$3.464.514, suma correspondiente al 75% del promedio salarial devengado por el actor en el último año de servicios, luego de haber prestado sus servicios para Avianca por espacio de 20 años, 5 meses y 4 días de conformidad con lo dispuesto en la Ley 32 de 1961, decreto 60 de 1973 y ley 100 de 1993; en cuanto a la indexación solicitada, indicó que el actor laboró al servicio de Avianca desde el 26 de julio de 1982 hasta el 29 de diciembre de 2002 y como se había indicado, la prestación pensional le fue reconocida el 30 de diciembre de ese mismo año, lo que determina que entre la fecha de retiro del servicios y el reconocimiento pensional, no transcurre plazo alguno, no existiendo pérdida de valor adquisitivo alegada, pues el reconocimiento pensional se hizo el mismo año en que el actor se retiró del servicio y lo que determina la procedencia de la indexación de la primera mesada pensional, es el transcurso de un lapso de tiempo considerable entre estas dos circunstancias.

En cuanto al reajuste solicitado, pues se solicitó indexación y reajuste, señaló que el artículo 53 de la CP, consagraba el derecho a reajustes pensionales y el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, en el cual se indica que las pensiones en cualquiera de los dos regímenes deben ser reajustadas conforme el IPC, a efectos de que mantengan su poder adquisitivo y para el caso del actor, se allegó una documental que da cuenta de los reajustes anuales que se han realizado a la pensión que devenga, circunstancia que también advertía la parte demandante en su libelo y alegatos de cierre y realizando la verificación de dicho reajuste, este se encontraba ajustado a derecho conforme las normas en cita.

Por último, indicó en cuanto a la afirmación de la parte demandante, según la cual, la cuantía de la pensión en SMLV, había disminuido, que atendiendo a la norma citada y como quiera que para el 2002, al demandante le había sido reconocida la pensión, el incremento que debía hacerse era el previsto en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, conforme el IPC certificado por el DANE, como así ocurrió, no existiendo otro mecanismo de corrección monetaria para acrecentar el valor de la pensión y era el legislador el que había señalado cómo se indexaban las pensiones equivalentes al salario mínimo y las que superaban este, no siendo posible aplicar el porcentaje en que aumenta el salario mínimo y las sentencias allegadas por el actor, no constituían precedente, eran decisiones de acciones de tutela cuyo efecto era inter partes, por lo que no la obligaban a sujetarse a lo allí señalado, no siendo posible aplicar dicho precedente, no habiendo lugar a indexar o reajustar la mesada pensional del actor.

APELACIÓN PARTE DEMANDANTE

Manifestó esta parte que la decisión había tenido un criterio restrictivo y el poder adquisitivo de la mesada, había generado un detrimento patrimonial al actor que debía ser reajustado, el artículo 53 de la CP, garantizaba un reajuste de la mesada pensional, debiéndose tener un criterio amplio respecto del artículo 14 de la Ley 100 de 1993, por lo que el demandante sufría de una discapacidad, la mesada pensional que percibía era su fuente de sustento y el de su familia, mereciendo que se le dé el trato de otros aviadores, reajustando su mesada pensional con respecto a los salarios mínimos, obedeciendo al principio de igualdad.

CONSIDERACIONES

En consonancia con el recurso de apelación formulado por la entidad demandada y con lo dispuesto en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S., la sala determinará si al demandante le asiste derecho a que su mesada pensional sea reajustada, conforme los incrementos de los salarios mínimos fijados anualmente.

No fue objeto de reparo, que al demandante le fue reconocida por parte de la demandada pensión de jubilación, como se observa de documental visible

a folio 124 del plenario, a partir del 30 de diciembre de 2002, en la misma documental (vto.), obra historia laboral del actor de la que se determina que laboró para Avianca S.A., entre el 26 de julio de 1982 al 29 de diciembre de 2002, siéndole reconocida tal prestación a partir del día siguiente de su retiro del servicio.

En cuanto al reajuste pensional solicitado obedeciendo al aumento de los salarios mínimos, el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, señala:

ARTÍCULO 14. REAJUSTE DE PENSIONES. *Con el objeto de que las pensiones de vejez o de jubilación, de invalidez y de sustitución o sobreviviente, en cualquiera de los dos regímenes del sistema general de pensiones, mantengan su poder adquisitivo constante, se reajustarán anualmente de oficio, el primero de enero de cada año, según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor, certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior. No obstante, las pensiones cuyo monto mensual sea igual al salario mínimo legal mensual vigente, serán reajustadas de oficio cada vez y con el mismo porcentaje en que se incrementa dicho salario por el Gobierno.*

Conforme la norma transcrita, se observa que como bien lo indicó la juzgadora de primer grado, este precepto normativo, diferencia claramente la forma de reajustar las pensiones que ascienden al salario mínimo y las superiores a este; respecto de estas últimas, señala que deben ser reajustadas conforme el IPC, certificado por el DANE, como se probó lo viene haciendo la demandada respecto de la mesada pensional devengada por el actor que es superior al SMLV, cuestión reitera en sus alegaciones y es aceptada por el mismo demandante; de tal manera, en el presente no hay lugar a dar una interpretación diferente a dicha preceptiva legal como lo solicita el recurrente, pues la misma, se encuentra en armonía con los preceptos del artículo 53 de la CP, según el cual, se debe garantizar el reajuste periódico de las pensiones, como se itera ha venido ocurriendo con la mesada pensional del actor, siendo que las únicas pensiones que se incrementan conforme el salario mínimo, son las pensiones mínimas, presupuesto en el que no está inmerso el actor, así las cosas, habrá de **confirmarse** la sentencia de primer grado.

Sin costas en la alzada.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, conforme lo señalado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

Las partes se notifican por edicto de conformidad con los artículos 40 y 41 del CPTSS.

Los Magistrados,



**MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA**



**MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO**



**HUGO ALEXÁNDER RÍOS GARAY
MAGISTRADO**

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C
SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 18 2018 106 01
ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA
DEMANDANTE: ALEXANDER SANKO
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTRO

A U D I E N C I A D E J U Z G A M I E N T O

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

Se reconoce personería adjetiva a la Dra. LAURA ELIZABETH GUTIERREZ ORTIZ, como apoderada de la demandada COLPENSIONES, en los términos de la sustitución conferida.

En Bogotá D.C., a los treinta (30) días del mes de septiembre de dos mil veinte (2020), día señalado por auto anterior para llevar a cabo audiencia, la Magistrada Ponente la declaró abierta en asocio de los demás integrantes de la Sala de Decisión.

El Tribunal de conformidad con lo acordado, consignado en el acta de la fecha procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

Al conocer de la sentencia de fecha 18 de septiembre de 2019, proferida por el Juzgado Dieciocho laboral del Circuito de Bogotá, dada la apelación presentada por el apoderado de la parte actora.

ALEGACIONES

Durante el término concedido a las partes en providencia anterior, para presentar alegaciones, se recibieron por vía correo electrónico, los de la parte actora y la demandada COLPENSIONES.

ANTECEDENTES

Solicitó la parte actora se declare la ineficacia del traslado de Régimen de Prima Media con prestación definida al régimen de Ahorro individual con solidaridad a la demandada PORVENIR S.A., que se condene a la demandada a trasladar al actor junto con su saldo de la cuenta de ahorro individual de ahorro pensional, y sus rendimientos al Régimen de Prima Media con Prestación Definida. Que se ordene a COLPENSIONES recibir en el régimen de prima media con prestación definida al actor y atenderlo como afiliado desde el 1 de abril de 1996 y que se condene a las demandadas al pago de las costas del proceso y las agencias en derecho (fl.- 6-7)

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando:

- Que nació el 8 de enero de 1957, ingresó al Régimen de Prima Media con Prestación Definida desde el 1 de abril de 1996 y se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad el día 1 de junio de 1999, a la demandada PORVENIR S.A.
- Que al momento del traslado nunca se le informó cual sería el capital necesario para que la misma pudiera ser beneficiario de la pensión de vejez, que nunca se le informó cuales serían los requisitos que debía cumplir para obtener la garantía de la pensión mínima, si no reunía el capital necesario para ser beneficiario de la pensión de vejez.
- Que jamás le dio a conocer las condiciones que debía reunir para obtener la devolución de saldos, si el capital que había cotizado no era suficiente para que el mismo obtuviera la pensión de vejez.
- Que no le indicaron que desmejoraría la tasa de reemplazo pensional.
- Que no se le suministró de manera clara y precisa información sobre el cálculo de la posible pensión, ni las modalidades que existen, sin tener conocimiento de los beneficios o detrimentos que tendría al realizar el cambio pensional y que en la actualidad cuenta con 61 años de edad. (fl.- 4 – 6)

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demandada **PORVENIR S.A.**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos, aceptó los contenidos en los numerales 1, 2, 5, 18 y 22 a 25, para los demás manifestó que no le constan o que no son ciertos. Propuso las excepciones que denominó prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe,

prescripción de las obligaciones laborales de tracto sucesivo y enriquecimiento sin justa causa. (fl. 100 a 108).

Finalmente, la demandada **COLPENSIONES**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos, aceptó los contenidos en los numerales 1, 2, 18 y 27, para los demás manifestó que no le constan o que no son ciertos. Propuso las excepciones que denominó inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, inexistencia de causal de nulidad y no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público. (fl. 177 - 186).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, en sentencia del 18 de septiembre de 2019, resolvió: ABSOLVER a la demandada de la totalidad de las pretensiones de la demanda y condenó en costas a la parte actora.

Fundamentó su decisión señalando en síntesis que revisadas las pruebas obrantes en el plenario se verificaba el traslado de régimen, a PORVENIR S.A., que el acto de traslado, constituía una manifestación de la voluntad del afiliado, el cual debía estar sujeto a un acuerdo de voluntades regido por el artículo 1495 del CC, y como tal, dicho acuerdo puede ser nulo cuando carece de los requisitos establecidos en el artículo 1508 del mismo estatuto; que revisadas las pruebas el traslado efectuado por el demandante, cumplía con los requisitos allí previstos, pues al momento de la suscripción del formulario, el demandante era mayor de edad, el objeto y la causa de dicho acuerdo, eran legales y tampoco se evidenciaba error, fuerza o dolo, al no acreditarse dichas circunstancias durante el trámite procesal. Que respecto de la afirmación del demandante, según la cual, no se le había informado sobre los efectos de su traslado, al respeto señaló el Juez que la sola manifestación de la demandante no es prueba suficiente a efectos de tener como viciado el consentimiento, máxime cuando la Corte Constitucional, en sentencia C – 993 de 2006, dispuso que el error de derecho, no viciaba el consentimiento, siendo la demandante quien de forma voluntaria se decidió trasladar a la AFP PORVENIR y en su momento dicha entidad le explicó los beneficios del traslado, como lo señalaba la Ley en esa época, pues no se debe olvidar que solamente con la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015, se obliga a las AFP a realizar una explicación pormenorizada de dicho traslado, no encontrándose dichas normas vigentes al momento del traslado.

Por otra parte, el demandante, al momento de su traslado, no tenía una certeza sobre su futuro pensional, tampoco se puede señalar que el RAIS, sea un sistema totalmente nefasto, pues este al igual que el RPM tiene ventajas y desventajas, que el demandante al momento de decidir sobre su traslado, era mayor de edad y se presume que su decisión de traslado, era consciente, madura y responsable y que eventualmente al no tener toda la información, la ley le permite que hasta antes de 10 años de cumplir la edad para pensionarse, pueda retornar al RPM, como lo señala el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, situación que no se evidenciaba en el caso bajo estudio, pues si bien la demandante conforme registro SIAF, se había trasladado entre administradoras del RAIS; afirmó el Juez que la decisión del traslado, era una decisión legal, que debía estar amparada por los principios de buena fe tanto de la AFP como del afiliado, la cual goza de efectividad y debe crear una seguridad jurídica a partir de dicho traslado para que entre ambos, se pueda edificar la pensión de vejez y no puede venirse abajo cuando la demandante estando ad portas de adquirir su derecho pensional decide trasladarse pues corre con el riesgo de desfinanciar el sistema como lo había señalado la Corte Constitucional, que el demandante conocía el sistema el cual recaudaba sus cotizaciones y tenía todas las herramientas necesarias a efectos de regresar al RPM, sin embargo la demandante, omitió todas las alternativas que la Ley le concedía, por lo tanto, no se estaba ante un vicio de consentimiento en el traslado.

DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión, la apoderada de la parte demandante interpone recurso de apelación en los siguientes términos: *“Me permito presentar y sustentar el recurso de apelación en los siguientes términos: lo primero por decir es que la carga de la prueba en el presente proceso están cabeza de los fondos de pensiones en este caso, PORVENIR pues así ha quedado en evidencia y tasado en la línea jurisprudencial antes citada por esta apoderada y qué sirvió de fundamento para los alegatos, es clara y pacífica la línea jurisprudencial con respecto que cuando se está verificando una nulidad de traslado la o la ineficacia de la misma, por lo que a quién le corresponde probar esa al fondo de pensiones demandado, debido a ello el primer yerro que tiene el despacho es decir que se deben hacer miramientos o consideraciones específicas para cada una de las pruebas que estamos hablando del sistema probatorio a quién le corresponde probar nuevamente es al fondo de pensiones, sin embargo éste sólo allega pruebas de historial laboral y el formato de afiliación, no demuestra ningún soporte probatorio del momento de afiliación del señor Alexander Sanko, tampoco ha llegado ningún informe o reporte que demuestre que citó una asesoría con el señor Alexander Sanko, razón por la cual es evidente que el fondo de pensiones nunca obró en consideración o por preocupación ante la actividad de traslado que había hecho el*

señor Alexander Sanko, así mismo y más o menos en lo que el despacho quiso decir era que la nulidad de traslado solamente procedía antes que ellos personas que estaban con una expectativa pensional o en un régimen de transición, Por lo cual me permito manifestar que existe la sentencia SL 4964 y la SL 2136 del 2014, las cuales han quedado claramente con una sub regla de que no es aplicable el régimen de transición, para realizar la ineficacia y la nulidad del traslado, esto no tiene nada que ver teniendo en cuenta que es el deber de información lo que se vulneró en este caso es lo que se violentó al Señor Alexander Sanko, pues sería detrimento, sería un actuar contrario a lo regulado por la norma que solamente se tase o se dé un caso excepcional para el régimen de transición pero en este caso el señor Alexander Sanko fue llevado al error, conducido al error, porque nunca se asesoró de tal forma personalizada, el asesoramiento otorgado fue de una forma insuficiente Pues cómo se reiteró y se reitera nuevamente la el asesoramiento que se realizó fue en una en una zona de trabajo donde había parte masiva del grupo de trabajo, es decir nunca se llevó a un asesoramiento con el señor Alexander Sanko de manera personalizada. Asimismo la sub regla y la inversión de la carga de la prueba está dada por la jurisprudencia y quiero mencionar que los jueces les esta estado interpretar la ley más no las jurisprudencias, debido a esto en la actualidad de la sala laboral en su línea pacífica no conoce y reitero, es apoderada no conoce algún precedente que indique que la Corte ha dispuesto nulidad para ciertos casos, pues como se dice, lo que aduce, lo que se verifica, lo que se estudia, el problema en sí, es que no es el deber de cuidado y el deber de información que debía demostrarse por parte del fondo de pensiones que para el caso no obra en este momento porque nunca allegó soporte probatorio el fondo de pensiones para que demuestre que realmente asesoró debidamente a mi poderdante, queda corroborado que lo único que ha sido fundamentado por las altas Cortes es que corresponde que la carga de la prueba y ésta se encuentran cabeza de los fondos, quien tiene que demostrar que no incurrió en un error que actuó de manera y dando cabal cumplimiento a las estipulaciones legales siendo de ello otorgando la información integral y el comparativo de los regímenes pensionales siendo el buen fiduciario pues éste tiene a cargo las sumas financieras que puede cotizar el aportante pero tampoco se ve una clara preocupación del fondo de pensiones al señor Alexander Sanko, señor Alexander Sanko, usted puede tenerse podría sufrir un detrimento, usted podría tener esto, porque nunca asesoró de manera personalizada al señor Alexander Sanko, de igual forma en nada interesa la edad en que una persona pueda tomar la decisión puede tener 18 años 45, 25 en esta ocasión en lo que se incurrió fue llevar a una vía de miedo de temor de perder la pensión de vejez a la que podía acceder y que hoy o podría acceder el señor Alexander Sanko pero el fondo de pensiones lo único que llevó fue a caminar con una masiva con un masivo de personas e inducirlos a que realizarán una actuación una decisión, aún sabiendo que tenían mayoría de edad, porque pues ellos estaban ejerciendo o ejecutando labores, pero llevó a un grupo de personas especialmente al Señor Alexander Sanko para que por medio del miedo por medio del temor, tomar una decisión sin que previamente se hubiese dado una asesoría personalizada y e integral suficiente que pudiera pasar pudiera estudiar pudiera comparar lo que debía hacer en este caso comparar el régimen de ahorro individual con el régimen de prima media sus beneficios sus pro y sus contras, actuación que no pudo

hacer el mi mandante teniendo en cuenta que nunca fue asesorado personalmente; ahora bien y en cuanto al desfinanciamiento que podría decir el fondo, aún cuando dice que con base en la expedición de la ley 797 ellos decidieron cambiar el modelo pensional porque ellos Tenían un carácter de establecimientos que recibían aportes, estados financieros, pero estos mismos al ver que a los 10 años de haberse expedido de la ley 100 no era un buen negocio y la libre escogencia aunque la persona indique, que la ley 100 indique, que la persona es libre de tomar la decisión de escoger a qué fondo puede trasladarse, éste puede realizar su traslado son los mismos fondos de pensiones quienes solicitaron la reforma legal, para que sus potenciales afiliados tras años de cumplir, no tiene una manera o un fundamento más que decir la persona podía trasladarse, que éste tenía la edad pero de todas formas fue inducido al error; así pues señores tribunal el despacho de instancia se equivoca en la carga de la prueba no está en cabeza la parte demandante sino que está a cargo de los fondos de pensiones demandados no existe una prueba que indique que el fondo de pensiones hizo entrega integral, no hizo entrega de información integral, suficiente, necesaria, veraz contundente, concisa para que la decisión más favorable que hubiese tomado el mandante consistiera en el favor que él, necesitaba un reconocimiento de pensión que fuera de calidad de vida en este caso el señor fue inducido al error no obra soporte por parte del fondo de pensiones que identifique que realmente para esa asesoramiento masivo otorgó una asesoría integral o suficiente pero no ha llegado ningún reporte solamente un estado de afiliación de modo que no queda más camino que estar y sujetarse a la línea jurisprudencial y en caso tal apartarse justificar el por qué, desconoce la línea jurisprudencial y por tal motivo, solicito señores magistrados sea revocada la decisión del juez de primera instancia y en su lugar se accede a cada una y todas las pretensiones invocadas en la demanda en el presente proceso Gracias Señor Juez.”

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver el recurso, se tiene que lo pretendido por el demandante, se circunscribe a que se declare que tiene derecho a trasladarse al RPM, administrado por Colpensiones, estando probado que en efecto se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, el 1 de junio de 1999, conforme se verifica de formulario de afiliación a APF PORVENIR S.A. visible a folio 110 del plenario.

Es así como acreditado como se encuentra el traslado, en lo que respecta a su validez, que como en efecto señala el recurrente fue la pretensión principal de la demanda, ya que en ella se petitionó la declaratoria de la **ineficacia** del mismo, no de la nulidad prevista en el ordenamiento Civil como lo entendió el juzgador de instancia, ya que no se alega por la parte demandante, haber sido inducida en error, fuerza o dolo que viciara su consentimiento, de tal manera que dichas disposiciones citadas en la

instancia, no resultan aplicables al presente.

En este orden, la ineficacia del traslado de régimen ha sido objeto de amplio desarrollo jurisprudencial por parte de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que en sentencia con radicado No. 33083 de 2011, criterio reiterado en sentencia radicado 46292 del 18 de octubre de 2017 y recientemente en sentencia 54818 del 14 de noviembre de 2018; M.P. Gerardo Botero Zuluaga; indicó que la responsabilidad de las administradoras de pensiones era de carácter profesional, que la misma debía comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional y que las administradoras de pensiones tenían el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible a la medida de la asimetría que se había de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad.

Así las cosas, para que en realidad se considere que el traslado de régimen pensional estuvo precedido de voluntad y deseo de cambio por parte del afiliado del régimen de prima media con prestación definida, tal y como lo señala la recurrente, se requiere entonces que la Administradora del Régimen de Ahorro Individual le suministre una información completa sobre las condiciones específicas de su situación pensional, lo que implica no solamente lo favorable, sino todo aquello que puede perder o serle lesivo de aceptar un traslado, obligación que en efecto le asistía a las administradoras desde su creación legal, con la expedición de la Ley 100 de 1993.

En estos casos la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado; esto es, que por el tipo de responsabilidad que se le endilga a estas entidades sobre las que pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional respecto de quienes simplemente buscan es la protección de los riesgos de vejez, invalidez o muerte sin prestarle mayor atención a conceptos científicos o legales, es por ello entonces que las Administradoras son quienes deben demostrar el suministro completo y veraz al afiliado para que se pueda concluir que fue en realidad deseo del éste aceptar las condiciones de traslado para evitar precisamente que posteriormente alegue algún tipo de engaño, el que no sólo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue.

De las pruebas aportadas al expediente se tiene que ninguna de ellas da cuenta respecto que a la señora Beatriz Palacio, se le hubiera brindado

alguna información o comparativo respecto del régimen de prima media por lo que se debe dar por demostrado que la demandada faltó al deber de información pues debió indicarle en forma clara todo aquello que resulta relevante para la toma de decisión, tanto lo favorable como o desfavorable.

El deber de información en los términos anteriores, fue reiterado en reciente pronunciamiento del 8 de mayo de 2019, SL 1689 de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas, en dicha indicó esa Alta Corporación:

“Sobre el particular, en reciente sentencia CSJ SL1452-2019, esta Sala se ocupó de analizar: (i) la obligación de información que tienen las administradoras de fondos de pensiones, (ii) si tal deber se entiende satisfecho con el diligenciamiento del formato de afiliación, (iii) quién tiene la carga de la prueba en estos eventos y (iv) si la ineficacia de la afiliación solo tiene cabida cuando el afiliado cuenta con una expectativa de pensión o un derecho causado.

En ese orden, concluyó que:

(i) Las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional, a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional -artículos 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, 97, numeral 1.º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 y demás disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal. Posteriormente, se agregó a dicho deber la obligación de otorgar asesoría y buen consejo -artículo 3.º, literal c) de la Ley 1328 de 2009, Decreto 2241 de 2010- y, finalmente, se impuso la exigencia de doble asesoría -Ley 1748 de 2014, artículo 3.º del Decreto 2071 de 2015, Circular Externa n.º 016 de 2016 de la Superintendencia Financiera. Obligaciones que deben ser acatadas en un todo, a fin de que los usuarios del sistema puedan adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional.

(ii) En el campo de la seguridad social, existe un verdadero e ineludible deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SL19447-2017), pues dicho procedimiento garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, que el usuario comprende las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen; esto es que, previamente a tal acto, aquel recibió información clara, cierta, comprensible y oportuna. Luego, el simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente para dar por demostrado el deber de información.

(iii) La aseveración del afiliado de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación, por cuanto la documentación soporte del traslado debe conservarla en sus archivos, y en tanto es la obligada a observar el deber de brindar información y probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento”. (Negrilla fuera del texto original)

El criterio antes transcrito como se señaló reitera el deber de información que se encuentra en cabeza de los fondos de pensiones, así como que debían cumplir con el mismo **desde el momento de su creación**, lo que desvirtúa el argumento de la instancia, según el cual no estaban obligadas a suministrar la información a la demandante a la fecha de su traslado, pues se itera, desde su creación se les impuso tal obligación.

Ahora bien, tampoco resulta de recibo el argumento según el cual el deber de información sólo se debe garantizar a los afiliados del régimen de transición o para quienes tenían una expectativa pensional legítima; dado que aceptar tal circunstancia, contravendría el derecho a la igualdad de los afiliados, permitiendo que sólo los que se encuentren inmersos bajo tales circunstancias, sean los únicos que puedan solicitar la nulidad de su traslado, cuando el deber de información, no sólo se predica de dicho grupo sino de todos los afiliados al sistema pensional; como a su vez lo indicó la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en pronunciamiento antes señalado:

“(iv) Ni la legislación ni la jurisprudencia establecen que se debe contar con una expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información; de modo que procede sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo”.

De tal manera y como bien lo señala el recurrente, el hecho de no ser beneficiaria la actora del régimen de transición, no es óbice para que se estudie si su traslado al RAIS, estuvo precedido del deber de información, en los términos antes señalados, circunstancia que en efecto no se logra determinar con ninguno de los medios probatorios allegados al plenario, resultando forzoso concluir que el traslado efectuado por la actora al RAIS, no fue válido, atendiendo a que no obra prueba del cumplimiento de la obligación de la Administradora de ese régimen, de entregarle a ella en su

condición de afiliada la información completa y veraz de las consecuencias que implicaba su traslado y si bien, se trasladó entre fondos del RAIS, el hecho de que el primer de ellos, no le hubiera brindado tal información, determina ineficacia de los demás pues no se probó tampoco que la información se hubiera brindado con posterioridad a su primer traslado por ninguna de las demás administradoras traídas al juicio.

Es por ello que le asiste razón a la recurrente, tanto en sus alegatos como en su recurso, pues la Administradora de Pensiones demandada, PORVENIR S.A., a la que se trasladó el actor, no demostró cómo le correspondía, que manifestó a esta las desventajas como consecuencia de su traslado al régimen de ahorro individual, lo que lleva a concluir que no le fue brindada a la actora de manera completa toda la información a este respecto.

Por todo lo anterior, se impone **REVOCAR** la decisión proferida por la Juez de conocimiento, para en su lugar, declarar la **INEFICACIA DEL TRASLADO** al RAIS que efectuara la demandante a través de formulario de afiliación suscrito con PORVENIR S.A. 1 de junio 1999 y se ordena a esta demandada el traslado a COLPENSIONES de las cotizaciones con sus rendimientos financieros, sin poder efectuar descuento alguno por concepto de gastos de administración, tal como lo ha dispuesto la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en estos casos (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA).

Ahora bien, realizado un nuevo estudio del presente tema, al igual que los restantes Magistrados, se considera que hay lugar a DECLARAR que COLPENSIONES puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional del demandante, en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión en la que incurrió el y/o los fondos de pensiones demandados, por lo que con la presente decisión, se recoge cualquier otra en contrario.

Sin costas en esta instancia. Las de primera instancia, quedarán a cargo de la demandada PORVENIR S.A. y a favor de la demandante.

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

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR en todas sus partes la sentencia apelada, para en su lugar declarar la ineficacia de la afiliación que la demandante efectuó el demandante, señor ALEXANDER SANKO, al régimen de prima media al régimen de ahorro individual el 1 de junio de 1999, conforme lo señalado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: ORDENAR a la demandada PORVENIR S.A., a trasladar a órdenes COLPENSIONES y a esta última a recibir, todos los valores que hubiere cotizado el demandante ALEXANDER SANKO, con motivo de la afiliación al régimen de ahorro individual junto con todos los rendimientos que se hubieren causado y gastos de administración, dentro de los 45 días siguientes a la ejecutoria de esta providencia.

TERCERO: ORDENAR a COLPENSIONES a aceptar el traslado del señor ALEXANDER SANKO al régimen de prima media con prestación definida.

CUARTO: DECLARAR que COLPENSIONES puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión en la que incurrió el y/o los fondos de pensiones demandados.

QUINTO: REVOCAR la condena en costas impuesta en primera instancia para que en su lugar queden a cargo de la demandada PORVENIR S.A., y en favor del demandante.

SEXTO: SIN COSTAS en esta instancia.

Las partes se notifican por EDICTO de conformidad con los art. 40 y 41 del C.S.T. y de la S.S.

Los Magistrados,


MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA

A handwritten signature in black ink, consisting of stylized letters and a horizontal line.

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO

A handwritten signature in black ink, featuring a cursive style with a prominent horizontal stroke.

HUGO ALEXÁNDER RÍOS GARAY
MAGISTRADO

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C
SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 20 2018 324 01
ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA
DEMANDANTE: ERNESTO RODRIGUEZ
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTRO

A U D I E N C I A D E J U Z G A M I E N T O

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

Se reconoce personería adjetiva al Dr. **JHEISSON SANTIAGO GARZON PIAMONTE**, como apoderado de la demandada COLPENSIONES, en los términos de la sustitución conferida.

En Bogotá D.C., a los treinta (30) días del mes de septiembre de dos mil veinte (2020), día señalado por auto anterior para llevar a cabo audiencia, la Magistrada Ponente la declaró abierta en asocio de los demás integrantes de la Sala de Decisión.

El Tribunal de conformidad con lo acordado, consignado en el acta de la fecha procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

Al conocer de la sentencia de fecha 7 de septiembre de 2019, proferida por el Juzgado Veinte laboral del Circuito de Bogotá, dada la apelación presentada por las apoderadas de PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, aunado al grado jurisdiccional de consulta en favor de ésta última.

ALEGACIONES



Tribunal Superior Bogotá

*Proceso Ordinario Laboral No. 20 2018 324 01 Dte: ERNESTO RODRIGUEZ Ddo.:
COLPENSIONES Y OTRO*

Durante el término concedido a las partes en providencia anterior, para presentar alegaciones, se recibieron por vía correo electrónico, los de la demandada COLPENSIONES.

ANTECEDENTES

Solicitó la parte actora:

“PRIMERO: Que se declare la NULIDAD ABSOLUTA del traslado efectuado al señor ERNESTO RODRÍGUEZ del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado en este caso por las AFP COLFONDOS S.A. Y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

SEGUNDO: Que se declare la NULIDAD ABSOLUTA de todos los traslados efectuados al señor ERNESTO RODRÍGUEZ entre las AFP: SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., y COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS.

TERCERO: Que se declare, como consecuencia de lo anterior, que el señor ERNESTO RODRÍGUEZ siempre estuvo válidamente afiliada al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, hoy ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, y que no se surtieron los efectos legales y jurídicos que implica el traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado, en este caso, por COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

CUARTO: Que se condene a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES, el monto total existente en la cuenta individual de mi procurado.

QUINTO: Que se condene a COLPENSIONES, a reconocer y pagar al señor ERNESTO RODRÍGUEZ, la pensión de vejez, a partir de la fecha en que alcanzo el status pensional.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 20 2018 324 01 Dte: ERNESTO RODRIGUEZ Ddo.:
COLPENSIONES Y OTRO

SEXTO: Que se condene a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES. al pago de las costas procesales, las agencias en derecho y los demás derechos que se hallen probados dentro del proceso conforme a las facultades ultra y extra petita de que goza el Juez Laboral.” (fl.- 2-3)

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando:

“PRIMERO: Mi poderdante, el señor ERNESTO RODRÍGUEZ, nació el día 28 de octubre de 1939.

SEGUNDO: Mi mandante inició sus cotizaciones para los riesgos de IVM ante el Instituto de Seguros Sociales de manera interrumpida y para diferentes empleadores, desde el 5 de mayo de 1970.

TERCERO: El Señor ERNESTO RODRÍGUEZ el 13 de febrero de 1996, fue trasladado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad –RAIS-, administrado por COLFONDOS S.A., mediante formularios de Afiliación No. 708826.

CUARTO: Mi poderdante, posteriormente fue trasladado a la ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., donde ha venido cotizando par los riesgos de IVM.

QUINTO: Mediante derecho de petición radicado el 10 de abril de 2017, se solicitó a PORVENIR S.A., toda la documentación relativa al traslado y las constancias de los cálculos efectuados, las explicaciones brindadas, el documento contentivo del derecho de retracto y la carta que soportara que a mi mandante se le había informado el periodo de gracia contemplado en la Ley 797 del 2003, para poder regresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

SEXTO: PORVENIR S.A. en carta fechada el 26 de abril de 2017, dio respuesta al derecho de petición, en la que no pudo dar respuesta al fondo del pedimento,



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 20 2018 324 01 Dte: ERNESTO RODRIGUEZ Ddo.:
COLPENSIONES Y OTRO

sugiriendo solicitar información respecto del traslado de régimen a la AFP, que inicialmente recibió a mi mandante.

SÉPTIMO: En idéntico sentido a la petición elevada ante PORVENIR S.A., se presentaron solicitudes en COLFONDOS S.A., el día 17 de abril de 2017.

OCTAVO: COLFONDOS a su vez, en oficio del 9 de mayo de 2017, estableció que sus asesores comerciales cuentan con material informativo y comparativo aprobado previamente, sobre las diferencias entre el RPM y el RAIS; que cuentan con brochoures impresos con las condiciones y características propias de cada régimen pensional, que esto es entregado a los clientes y que en caso de manifestar alguna persona un intereses en la afiliación, se le analiza la situación en particular, pero no aportó ningún soporte documental que respaldara sus aseveraciones.

NOVENO: El traslado no se surtió en debida forma, pues el señor ERNESTO RODRÍGUEZ no recibió por parte de COLFONDOS S.A., la información que debe proveerse al momento de ser afiliado o trasladado de régimen pensional y lo mismo ocurrió con cada traslado entre las AFP del RAIS, por lo tanto, ninguna tuvo validez.

DÉCIMO: El señor ERNESTO RODRÍGUEZ no tuvo ninguna asesoría por parte de COLFONDOS S.A., como tampoco recibió los cálculos o proyecciones respecto a su futuro pensional; de igual manera, lo relativo al consentimiento informado, tampoco se le comunicó las consecuencias que le acarrearía el trasladarse del Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado en ese entonces por el ISS, al Régimen de Ahorro Individual.

UNDÉCIMO: Si se suman las semanas de cotización entre el ISS y todos los fondos privados en los que estuvo afiliada el señor ERNESTO RODRÍGUEZ, obtenemos que actualmente cuenta con 1.300 semanas de cotización.

DUODÉCIMO: En una simulación pensional realizada a mi poderdante, arroja que para el año 2017, cuando cumplió los 77 años de edad, podría acceder a una pensión de \$1.487.200, la cual se incrementaría en caso de seguir cotizando y para los 80 años de edad, su mesada ascendería a la suma de \$1.790.200 lo cual se encuentra absolutamente distante del valor de las cotizaciones que durante toda su vida realizó.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 20 2018 324 01 Dte: ERNESTO RIDRIGUEZ Ddo.:
COLPENSIONES Y OTRO

DÉCIMO TERCERO: En caso de haber continuado afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, la mesada pensional de ERNESTO RODRÍGUEZ sería considerablemente superior a la que actualmente le ofrece el RAIS, toda vez que la prestación se calcularía con lo aportado durante toda su vida laboral, o los últimos 10 años si este fuere superior, aplicando la tasa de reemplazo correspondiente a la densidad de semanas aportadas al sistema.

DÉCIMO CUARTO: Si la entidad demandada hubiera hecho los cálculos matemáticos y proyecciones reales necesarias y al momento del traslado, mi mandante no hubiera firmado el formulario de afiliación.

DÉCIMO QUINTO: No existe en ninguna de las AFP demandadas, prueba documental alguna tendiente a demostrar que al actor se le hizo conocedor de las condiciones y consecuencias, tanto adversas como favorables, de trasladarse de régimen. de forma tal que no puede tenerse por cumplida la obligación por parte de la AFP.

DÉCIMO SEXTO: El traslado de la demandante al fondo privado, no cumplió con los requisitos previstos para ello, pues evidentemente no se acredita por parte de dicha AFP que el consentimiento del actor hubiere sido, no solo libre y espontáneo, sino debidamente informado sobre las consecuencias adversas del cambio de régimen.

DÉCIMO SÉPTIMO: Con todo se puede concluir que la afiliación al RAIS estuvo viciada de error y por consiguiente es nula.” (fl.- 3-4)

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demandada **COLPENSIONES**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos, aceptó los contenidos en los numerales 1 y 3 a 7, para los demás manifestó que no le constan o que no son ciertos. Propuso las excepciones que denominó inexistencia de la obligación, l error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción e imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas. (fl. 58 - 70).

Por su parte la demandada **COLFONDOS S.A.**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos, aceptó los contenidos en los numerales 3 y 4, para los demás manifestó que no le constan o que no son ciertos. Propuso las excepciones que denominó falta de legitimación en la



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 20 2018 324 01 Dte: ERNESTO RIDRIGUEZ Ddo.:
COLPENSIONES Y OTRO

causa por pasiva, no existe prueba e causal de nulidad alguna, prescripción de la acción, buena fe, compensación y pago, saneamiento de cualquier nulidad, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación, obligación a cargo de un tercero, nadie puede ir en contra de sus propios actos y ausencia de vicios del consentimiento. (fl. 99 - 113).

Finalmente, la demandada **PORVENIR S.A.**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos, aceptó los contenidos en los numerales 1 y 5, para los demás manifestó que no le constan o que no son ciertos. Propuso las excepciones que denominó prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de las obligaciones laborales de tracto sucesivo inexistencia de vicios del consentimiento y debida asesoría del fondo. (fl. 123 - 139).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, en sentencia del 7 de octubre de 2019, resolvió: declarar la nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen pensional de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad efectuado por el actor a la demandada COLFONDOS S.A. el 13 de febrero de 1996. Ordenó a la demandad PORVENIR S.A. a devolver la totalidad de los saldos de aportes o bonos pensionales girados a su favor por concepto de cotizaciones a pensiones del actor junto con los rendimientos financieros causados con destino a COLPENSIONES.

Así mismo señaló que cumplido lo anterior, la demandada COLPENSIONES, deberá realizar el estudio correspondiente al derecho pensional del actor, teniendo en cuenta el principio de favorabilidad y la fecha del retiro del sistema general de pensiones y condenó en costas a las demandadas.

Fundamentó su decisión señalando que El problema jurídico que nos ocupa y tal como quedó establecido anteriormente al momento de fijar el litigio se circunscribe a establecer si hay lugar a decretar la nulidad del traslado de régimen pensional del señor Ernesto Rodríguez efectuado a AFP COLFONDOS el 13 de febrero de 1996, de salir avante esta hipótesis se



Tribunal Superior Bogotá

*Proceso Ordinario Laboral No. 20 2018 324 01 Dte: ERNESTO RIDRIGUEZ Ddo.:
COLPENSIONES Y OTRO*

deberá establecer si ha lugar a restituir a COLPENSIONES las cotizaciones realizadas por el demandante junto con su rendimiento financieros y si esta última deberá reconocer la pensión de vejez. Como marco normativo para tomar una decisión en derecho en esta clase de procesos el despacho se apoya en el artículo 13 literal b y 272 de la ley 100 de 1993 artículo 164, 165, 167 y 161 del código general del proceso, pero principalmente se apoya en la jurisprudencia o en la línea jurisprudencial pacífica que a través del tiempo ha venido construyendo la Corte Suprema de Justicia a través de la sentencia radicado 31989 y en los radicados 33803 del 2011 y 46292 del 2014 y reitera en las sentencias SL 19477 radicado 47125 del 2017 sentencias SL 4964 radicado 54814 y SL 4989 radicado 47 125 del 2018 pero principalmente la reiteración aclaración y puntualizó en las sentencias SL 1454 el año 2019.

Indicó que como prueba relevantes que permitan al Despacho llegar a una conclusión fáctica y tomar la correspondiente decisión se trajeron al proceso los documentos enunciados en el momento decreto de pruebas y en los folios allí establecidos que dan cuenta de la identificación del demandante, su historia laboral o de semanas cotizadas en cada uno de los fondos acá presentes, al igual que los formularios de afiliación tanto a COLFONDOS como a PORVENIR, finalmente también se trajo las peticiones y sus respuestas que realizarán a cada uno de los fondos con relación a su deseo de retornar al régimen de prima media con prestación definida.

Indicó que la Corte Suprema de Justicia sala de casación laboral en la jurisprudencia pacífica y reiterada ya referida ha indicado que para que exista validez en el traslado régimen de pensiones primero está la obligación relativa al deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones, segundo para dar por satisfecho este deber no es suficiente con diligenciar el formulario de afiliación, tercero, la carga de la prueba en estos eventos está a cargo el fondo administrador de pensiones que realizó el traslado y cuarto la ineficacia de la afiliación no sólo tiene cabida cuando el afiliado tiene una expectativa de pensión un derecho causado es decir no solamente cuando el beneficiario del régimen de transición; entonces atendiendo la línea jurisprudencial, pacífica, concreta de la Corte Suprema



Tribunal Superior Bogotá

*Proceso Ordinario Laboral No. 20 2018 324 01 Dte: ERNESTO RIDRIGUEZ Ddo.:
COLPENSIONES Y OTRO*

de Justicia esta sede judicial a partir de un tiempo para atrás también ha tenido una doctrina consistente respecto a las decisiones que viene tomando con relación a los traslados de régimen de pensiones y su línea ha sido como en nuestro deber legal darle cumplimiento a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia a cogiendo sus fundamentos y uno de sus fundamentos es exigir probar determinado hecho a la parte que se encuentra en una situación más favorable para para aportar las evidencias o esclarecer los hechos controvertidos como son la suficiente información una asesoría eficaz, completa sobre todas las circunstancias de trasladarse de régimen de pensiones siendo en esta oportunidad a cargo de COLFONDOS el fondo de pensiones que realizó el cambio, debía demostrar que hubo una información completa y eficaz sobre todas las circunstancias que se deben tener en cuenta para un traslado de fondo Incluyendo los beneficios y circunstancias favorables y desfavorables en cada uno de los regímenes de también demostrar que no hubo vicios del consentimiento y con ello poder este despacho entrar a negar la nulidad e ineficacia del traslado pedida todo ello reiteró debido a las jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en su sala de casación laboral, sin embargo en esta oportunidad Dentro de este proceso lo único aportado por la por las demandadas fuera de su certificado de existencia y representación legal y que tengan que ver con el traslado de régimen del señor Ernesto Rodríguez son los respectivos formularios de afiliación y la historia laboral o de semanas cotizadas de manera que conforme a la reiterada jurisprudencia la Corte Suprema de Justicia queda claro que existe ineficacia en la afiliación como quiera que primero la insuficiencia la información genera lesiones injustificadas en el derecho pensional del afiliado, segundo no será suficiente la suscripción del formulario el cual además debe corresponder a la realidad, tercero en los términos del artículo 1604 del código civil corresponde a los fondos de pensiones allegar pruebas sobre los datos proporcionados a los afiliados los cuales de no ser ciertos tendrán además las sanciones pecuniarias del artículo 271 de la ley 100 y en los que conste los aspectos positivos y negativos de la vinculación y la incidencia en el derecho pensional.



Tribunal Superior Bogotá

*Proceso Ordinario Laboral No. 20 2018 324 01 Dte: ERNESTO RIDRIGUEZ Ddo.:
COLPENSIONES Y OTRO*

Señaló que no se tiene conocimiento del profesionalismo del asesor que para la época brindó asesoría en temas de pensiones, tampoco si este asesoramiento fuera el dicho del señor Ernesto Rodríguez en el interrogatorio de parte, adicional a eso no se estableció si ese asesoramiento fue bueno, adecuado, completo o contrario a ello se presentaron maniobras o argucias llevado a incurrir en engaño al demandante para que así las cosas conforme la reiterada jurisprudencia en la cual hecho énfasis de la Corte Suprema de Justicia refería tantas veces hiciera el traslado todo es que ni siquiera se han señalado las circunstancias de tiempo modo y lugar en donde se firmó y dice haber recibido las asesorías el demandante y las asesorías para la firma de traslado de fondos ni cuáles fueron los funcionarios de COLFONDOS y PORVENIR que lo realizaron, es decir las partes demandadas tenían la carga dinámica de la prueba de arrimar todo estos medios probatorios al proceso y como no se hizo el despacho de concluir que faltaron al deber de información y por ello no le será permitido realizar el cambio de régimen al demandante.

En consecuencia, declaró la nulidad e ineficacia el traslado de régimen de pensiones de prima media con prestación definida de ahorro individual con solidaridad es decir la afiliación efectuada por el señor Ernesto Rodríguez a COLFONDOS el 13 de febrero de 1996 y consecencialmente su traslado horizontal entre administradoras, teniendo en cuenta lo anterior se ordenara a Porvenir S.A a la devolución de los aportes junto con los rendimientos financieros causados con destino a COLPENSIONES.

En cuanto a la pensión de vejez solicitada indicó que conforme a la documental allegada en el proceso, se concluye que el actor no conservó el régimen de transición conforme al acto legislativo No. 1 de 2005, ya que no cuenta con las 750 semanas, en ese entendido el demandante tienen derecho a que se le estudie su pensión a la luz de la ley 100 de 1993, por lo tanto teniendo en cuenta dicho estudio una vez se cumpla con el traslado del demandante y en los aportes a COLPENSIONES, esta entidad deberá hacer el estudio de su derecho pensional en los términos de la norma antes citada y a partir de la fecha en que se retire del sistema, así mismo de cual



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 20 2018 324 01 Dte: ERNESTO RIDRIGUEZ Ddo.:
COLPENSIONES Y OTRO

le resulte más favorable. Finalmente declaró no probada la excepción de prescripción y condenó en costas a las demandadas

DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión la apoderada de la demandada **PORVENIR S.A.** señaló:

“Gracias señoría en la oportunidad procesal pertinente me permite interponer recurso de apelación con la contra la sentencia proferida por este despacho por las siguientes consideraciones en primer lugar el señor demandante para porvenir conocía las cualidades propias del régimen de ahorro individual y las cualidades propias del régimen de prima media, aún así optó con por el régimen de ahorro individual como su mejor opción; Asimismo su señoría solicitó al honorable tribunal se tenga en cuenta que si bien el régimen de prima media se basa en la solidaridad con el traslado del demandante sólo contribuye a la desfinanciación del sistema pensional máxime cuando el traslado desembocaría en el reconocimiento de una prestación en un régimen en el cual el demandante no ha cotizado De igual forma solicitó al honorable tribunal en cuenta que no tengan cuenta, corrijo, como inicio en contra de mi representada la falta de documentación de la asesoría prestada al demandante en el momento del traslado siempre que no obstante el Deber de información sólo surgió con la expedición de la ley 1748 del 2014 Y ésta no cuenta con efectos retroactivos por lo tanto no se pueden delegar a las administradoras obligaciones que para la fecha en la que se efectúa la afiliación no existían de esta manera solicito al Honorable Tribunal revoque la sentencia proferida por este despacho.

Por su parte la apoderada de **COLPENSIONES** señaló:

“Gracias señor juez me dispongo a presentar recurso apelación muy respetuosamente en contra de la sentencia emitida el día de hoy teniendo en cuenta los argumentos esgrimidos en la contestación de la demanda a su vez los alegatos de conclusión en la oportunidad de que se presentaron e igualmente reiterar a los Honorables Magistrados que el demandante se tiene que nació el 28 de octubre de 1939 y a la fecha acredita 79 años, de tal manera que ya acredita la edad para acceder a una pensión de vejez pensión



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 20 2018 324 01 Dte: ERNESTO RODRIGUEZ Ddo.:
COLPENSIONES Y OTRO

de vejez, téngase en cuenta que en virtud del artículo 48, la sostenibilidad fiscal el reconocimiento de una pensión de vejez al Señor Ernesto Rodríguez significaría tal cual, una descapitalización de este sistema, recordemos honorables magistrados, muy respetuosamente que estamos en un sistema pensional solidario Igualmente no ha sido el señor Ernesto Rodríguez desde el 1996, desde el año que efectuó su traslado, una persona una persona que haya ayudado con esta solidaridad, al sí cumplir con las condiciones del desarrollo del estado social de derecho, téngase en cuenta señor Juez que ni representada ha actuado conforme al ordenamiento jurídico y en virtud de la garantía constitucional, por tanto no se reconoció no mejor no se aceptó el traslado he, presentado, la solicitud presentada del traslado cómo se esgrimen la resolución 228940de octubre 2017, por tanto me opongo a la condena en costas presentada puesto que mi representada actuó de buena fe y no es viable aceptar en virtud de lo ya expuesto un reconocimiento de una pensión de vejez, por los anteriores criterios ruego revoquen la sentencia de primera instancia. Gracias”.

CONSIDERACIONES

Dando aplicación al grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES y en los términos establecidos por las demandadas, procede la Sala al estudio de la ineficacia del traslado.

Frente al primer este aspecto, se tiene que lo pretendido por el señor ERNESTO RODRIGUEZ, se circunscribe a la declaratoria de nulidad de la afiliación que efectuara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, mediante formulario suscrito ante la demandada COLFONDOS S.A. y el posterior traslado realizado a PORVENIR S.A., para que en su lugar COLPENSIONES acepte la afiliación al régimen administrado por esta y se ordene la devolución de la totalidad de los dineros que el actor tiene en su cuenta.

Para resolver lo anterior pertinente resulta traer a colación lo establecido respecto al tema por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia con radicado No. 33083 de 2011, criterio reiterado en sentencia radicado 46292 del 18 de octubre de 2017 y recientemente en sentencia



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 20 2018 324 01 Dte: ERNESTO RIDRIGUEZ Ddo.:
COLPENSIONES Y OTRO

54818 del 14 de noviembre de 2018; M.P. Gerardo Botero Zuluaga; en donde indicó que la responsabilidad de las administradoras de pensiones era de carácter profesional, que la misma debía comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional y que las administradoras de pensiones tenían el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible a la medida de la asimetría que se había de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad.

Así las cosas, para que en realidad se considere que el traslado de régimen pensional estuvo precedido de voluntad y deseo de cambio por parte del afiliado del régimen de prima media con prestación definida, se requiere entonces que la Administradora del Régimen de Ahorro Individual le suministre una información completa sobre las condiciones específicas de su situación pensional, lo que implica no solamente lo favorable, sino todo aquello que puede perder o serle lesivo de aceptar un traslado; dicha información como de igual forma lo señaló la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en reciente pronunciamiento radicado No. 68852 del 3 de abril de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas, que tal deber, siempre ha estado en cabeza de las Administradoras del Rais, pues les encargó desde su creación legal, la prestación de un servicio público de carácter esencial, obligación que no cumplía con el hecho de capturar a ciudadanos mediante habilidades y destrezas sin importar las repercusiones colectivas que ello pudiese traer en el futuro.

Indicó en el mismo pronunciamiento la Corte, en cuanto al deber de transparencia de las Administradoras:

“Por su parte, la transparencia es una norma de diálogo que le impone a la administradora, a través del promotor de servicios o asesor comercial, dar a conocer al usuario, en un lenguaje claro, simple y comprensible, los elementos definitorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida, de manera que la elección pueda realizarse por el afiliado



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 20 2018 324 01 Dte: ERNESTO RIDRIGUEZ Ddo.:
COLPENSIONES Y OTRO

después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios. En otros términos, la transparencia impone la obligación de dar a conocer toda la verdad objetiva de los regímenes evitando sobredimensionar lo bueno, callar sobre lo malo y parcializar lo neutro”.

Es así como para estos casos como bien lo señala la juzgadora de instancia, y contrario a lo señalado por la demandada PORVENIR SA. en su recurso y en sus alegatos de conclusión **la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado**; esto es, que por el tipo de responsabilidad que se le endilga a estas entidades sobre las que pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional respecto de quienes simplemente buscan es la protección de los riesgos de vejez, invalidez o muerte sin prestarle mayor atención a conceptos científicas o legales, es por ello entonces que **las Administradoras son quienes deben demostrar el suministro completo y veraz al afiliado para que se pueda concluir que fue en realidad deseo del éste aceptar las condiciones de traslado para evitar precisamente que posteriormente alegue algún tipo de engaño**, el que no sólo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; siendo como se dijo obligación de la demandada haber proporcionado dicha información debido a su experticia. Igualmente es esta providencia y contrario a lo que señala el recurrente, la H. Corte dejó completamente claro, que no es necesario que el afiliado se encuentre cobijado por el régimen de transición, o que este tenga un derecho adquirido, para que se le deba prohijar dicho deber de información.

De conformidad con lo anterior, es claro que aunque obra en el plenario documento suscrito por el demandante en señal de aceptación de lo allí contenido, el cual tiene valor para acreditar esas estipulaciones, el ordenamiento jurídico establece el principio de trascendencia legal y constitucional como lo es el de la primacía de la realidad sobre lo meramente escritural o formal que es lo que ocurre en este caso, en donde no le bastaba a las demandadas con ampararse exclusivamente en lo que superficialmente



Tribunal Superior Bogotá

*Proceso Ordinario Laboral No. 20 2018 324 01 Dte: ERNESTO RIDRIGUEZ Ddo.:
COLPENSIONES Y OTRO*

demuestra el formulario de afiliación firmado por el actor como señal de aceptación de todas las condiciones, cuando en realidad, el formulario no contiene mayores datos relevantes de su situación pensional.

Es por ello que coincide la Sala con lo decidido por la Juez de primera instancia, pues era deber la Administradora de Pensiones demostrar durante el trámite procesal que le manifestó a este las desventajas como consecuencia de su traslado al régimen de ahorro individual; lo que lleva a concluir que no le fue brindada de manera completa toda la información a este respecto, circunstancia que impone **confirmar** la decisión proferida por la Juez de conocimiento, al igual que lo relacionado con la condena en costas, como quiera que las demandadas, se opusieron a la prosperidad de las pretensiones de la demanda y resultaron vencidas en la presente proceso.

Ahora bien, realizado un nuevo estudio del presente tema, al igual que los restantes Magistrados, se considera que hay lugar a DECLARAR que COLPENSIONES puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional del demandante, en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión en la que incurrió el y/o los fondos de pensiones demandados, por lo que con la presente decisión, se recoge cualquier otra en contrario.

Sin costas en esta instancia.

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

R E S U E L V E:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada, por las razones señaladas en la parte considerativa de la presente decisión.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 20 2018 324 01 Dte: ERNESTO RIDRIGUEZ Ddo.:
COLPENSIONES Y OTRO

SEGUNDO: ADICIONAR la sentencia recurrida en el sentido de DECLARAR que COLPENSIONES puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión en la que incurrió el y/o los fondos de pensiones demandados.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

Las partes se notifican por EDICTO de conformidad con los art. 40 y 41 del C.S.T. y de la S.S.

Los Magistrados,



MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO



HUGO ALEXÁNDER RÍOS GARAY
MAGISTRADO

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTA
SALA LABORAL**

MAGISTRADA PONENTE: MARLENY RUEDA OLARTE

**ACTA DE AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO
DE ARMANDO ANGARITA CRESPO VS AAA QUIMICOS LTDA RAD 21-
2016-693-01**

En la ciudad de Bogotá D.C. a los treinta (30) días del mes de septiembre de dos mil veinte (2020), Previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la sala de decisión, se procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

El señor **ARMANDO ANGARITA CRESPO**, actuando mediante apoderado judicial, entabló demanda laboral contra **AAA QUIMICOS LTDA** a fin de que previos los trámites de un proceso ordinario de primera instancia se le condené a pagar salarios, prestaciones, vacaciones, sanciones moratorias, intereses a las cesantías, con el verdadero salario devengado. (fls 2 al 11).

Como fundamentos fácticos de las pretensiones afirma que celebró contrato a término indefinido con la empresa demandada el 1 de mayo de 2014, el cual se mantuvo hasta el 30 de abril de 2016, que al momento de suscribir el contrato el salario pactado fue de \$2.000.000., que igualmente se pactó el 1% sobre ventas antiguas y el 2% sobre productos nuevos, que de la misma manera el empleador acordó pagarle \$500.000 por rodamiento, que nunca pagó el salario sino que obligaba al demandante a pasar cuentas de cobro por digitación, que las prestaciones siempre se liquidaron con ese salario inferior de un \$1.000.000, que a la terminación del contrato le adeudaban comisiones . (fls 2 al 11).

Por su parte la demandada, en escrito de réplica presentado oportunamente, se pronuncia manifestando que se opone a las pretensiones pues nada adeuda al demandante, que siempre cumplió con las condiciones propuestas

por el mismo demandante y que actuó de buena fe. En cuanto a los hechos manifestó que el contrato se inició el 14 de junio de 2014 y que el salario pactado fue de \$1000.000 y que no es cierto que adeude comisiones. Propuso las excepciones de falta de validez del contrato, cobro de lo no debido y buena fe. (fls 50 a 57).

Tramitada la primera instancia, la Juez 21 Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia, calendada el séptimo (7) día del mes de mayo de 2019, por la que resolvió **DECLARAR la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido desde el 1 de junio de 2014 y hasta el 30 de abril de 2016. CONDENAR a la demandada a pagar al demandante diferencia salarial, por los meses de marzo a abril de 2016, a reliquidar prestaciones vacaciones e indemnización, sanción moratoria, y diferencias en el pago de aportes. ABSOLVIÓ de las demás pretensiones y condenó en costas.** (fls 162 y siguientes).

Para llegar a esa conclusión el Juez afirmó en síntesis lo siguiente:
“...Se tiene que en el presente asunto, el demandante señor ARMANDO ANGARITA CRESPO, pretende que se declare que la TRIPLE A QUÍMICOS le adeuda, al actor por concepto de salarios, cesantías, intereses a las cesantías, primas de servicios, rodamiento, vacaciones, seguridad social teniendo en cuenta que solo le canceló el 50% durante toda la relación laboral incluyendo el pago de la indemnización por despido sin justa causa, adicionalmente reclama el pago de comisiones, servicios públicos, sanción por no consignación de cesantías, indemnización moratoria y las costas del proceso.

Fundamenta las pretensiones en los hechos que da cuenta la demanda, obrantes a folios 2 a 16 del expediente y 40 y 41, ahora bien, se admite la demanda y fue notificada la sociedad demandada, quien contesta oponiéndose a las pretensiones de la demanda como se registra a folio 56 a 57 del expediente, observa el despacho que se encuentran reunidos os presupuestos procesales para emitir una decisión o una sentencia de fondo, así mismo que no existe una causal de nulidad que pueda invalidar los lo que hasta aquí se ha realizado. El problema jurídico que debe resolver este despacho se centrará en determinar si las acreencias laborales y la indemnización por despido sin justa causa no se liquidaron con base en el salario promedio devengado por el demandante y así mismo determinar si se adeuda lo correspondiente a comisiones por ventas y las indemnizaciones que fueron solicitadas. En primer lugar se ha de precisar que no existe discusión de las partes respecto de la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido desde el 1 de junio de 2014 hasta el 30 de abril de 2016, pues así lo aceptó la demandada en su escrito de contestación y fue excluido del litigio en la etapa procesal oportuna, determinados entonces los extremos de la relación laboral, procede el

despacho a verificar, cuál de los contratos fue el que efectivamente unió a las partes pues si bien las cláusulas contractuales, gozan de similares características existe una particularidad en los mismos en lo referente al salario pactado pues el contrato que obra a folio 19 a 21, se pactó un salario básico mensual de \$2.000.000, más el 1% sobre comisiones por las ventas de la empresa y en el que no se incluyeron las comisiones por los negocios realizados con la empresa SYSTEM TEGNOLIGY Y PROCESOS ADMINISTRATIVOS y adicionalmente comisiones del 2% sobre las ventas por productos nuevos de líneas nuevas, a clientes antiguos de la empresa o a clientes nuevos de la empresa y \$500.000, por concepto de pago. Por otra parte a folio 59 a 61 del expediente está un segundo contrato en el que se pactó como salario básico la suma de \$1.000.000, dicho contrato fue acompañado por un correo electrónico que obra a folio 58 del plenario remitido por el actor a la entidad demandada de fecha 12 de junio de 2014 y cuyo contenido no fue desconocido por el demandante y de ese contrato se precisa: adjunto contrato de trabajo, contrato segundo, primero este contrato solo se utilizará para salud, caja de compensación, pensión y cesantías en donde me beneficia tener \$1.000.000, pues quedo con categoría A en salud y caja de compensación, aunque por otro lado me perjudica para efectos de cotizaciones en pensión y cesantías. Segundo nuestra relación laboral se registrará por mi primer contrato firmado, en el cual mi salario estaría compuesto así: \$1.000.000, por el contrato registrado, \$1000.000, cobrado mediante cuentas de cobro, \$500.000, mensuales como rodamiento cobrados mediante cuentas de cobro, comisiones del 1% sobre las ventas antiguas de la empresa, las que incluyen comisiones por las ventas, comisiones por los negocios realizados con la empresa SYSTEM TECHNOLOGY Y PROCESOS ADMINISTRATIVOS, comisiones del 2% sobre las ventas de productos nuevos de líneas inexistentes o de líneas nuevas a clientes antiguos de la empresa o ventas a clientes nuevos de la empresa y \$500.000, por concepto de rodamiento, en este punto es importante precisar que en los interrogatorios de parte rendidos en este estrado judicial se denominaron los acuerdos de voluntades como primer y segundo contrato, , en el que por su parte, el demandante aunque no lo mencionó en el libelo demandatorio, señaló que en efecto, se suscribió dos contratos mediante dos correos electrónicos, en los que la diferencia estaba en la modalidad salarial y que el contenido del segundo correo, correspondía a la solicitud expresa de la demandada por tratarse de una práctica que realizaba la misma y que su contenido correspondía a un acto de buena fe. A su turno el representante legal indica que el primer contrato lo había aportado el demandante en mayo de 2014, que posteriormente se vinculó el 1 de junio de 2014 y que por solicitud del demandante el primer acuerdo se había modificado ya que tenía la necesidad de tener ingresos menores, razón por la cual, no tuvo efecto alguno, adicionalmente confiesa que el contrato se había desarrollado conforme al correo pero que para efectos legales se había regido por el contrato, conforme hasta lo aquí dicho y entendiendo las pruebas llegadas al plenario, **se concluye que el vínculo contractual que rigió a las partes correspondió al segundo contrato por así aceptarlo las mismas, la que se rigió en las condiciones del correo electrónico, en mención pues esto lo confesó el representante legal de la demandada así pues el contrato de trabajo se rigió de la siguiente manera \$1.000.000,**

mensuales por el contrato registrado, \$1.000.000 mensuales cobrados mediante cuentas de cobro, \$500.000, cobrados como rodamiento cobrados mediante cuentas de cobro, comisiones del 1 y 2% en los términos indicados en precedencia, \$50.000 mensuales por concepto de telefonía fija y energía del apartamento que se cobraba por cuenta de cobro, en relación con los \$50.000, por concepto de telefonía vale la pena desde ya aclarar que se encuentra pactado contractualmente en el literal b, de la cláusula octava denominada comunicaciones. En este punto es necesario señalar que si bien se hace mención a \$1.000.000, que se pagaban a través de la nómina de la empresa, más \$1.000.000, que se pagaban por cuentas de cobro, conforme al principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, los \$2.000.000, del acuerdo de voluntades no tuvo variación pues si bien el actor solicitó la adición del salario a fin de obtener un beneficio en salud, caja de compensación familiar a estudio tal y como lo afirmó el representante legal de la demandada en su interrogatorio de parte y como lo afirmó el demandante en este estrado judicial, lo cierto es que el \$1.000.000 adicional le fue cancelado al trabajador a través de terceros, tuvo como único fin retribuir al trabajador la labor por él desarrollada y no obra en el plenario prueba alguna en contrario, que indique que tenía pacto de exclusión salarial, pues huelga recordar que el art. 127 del C.S.T. un pago ya sea en dinero o en especie que se efectúe de manera habitual y continua y además retribuya directamente el servicio debe ser considerado salario para todos los efectos legales, la misma suerte corre el auxilio de rodamiento pues las partes fueron conscientes y así lo reconocieron durante el presente litigio de que el mismo tenía como destino la vista de clientes para desempeñar la labor, lo cierto es que conforme al correo indicado se indica que es parte del salario, partiendo de esto y aunado a que no se realizó un pacto de exclusión salarial por este rubro se debe entender entonces dicho concepto con incidencia salarial a efectos de liquidar las acreencias laborales, se insiste en el correo, que igualmente es aceptado por el representante legal que así se desarrolló que eso hace parte del salario. Ahora bien, también las partes pactaron un porcentaje de comisión por ventas, tal y como se indicó en precedencia el representante legal señaló que el contrato se rigió en la condiciones del correo electrónico aunque haya indicado no haberse pactado en el segundo contrato, por lo anterior, es deber indicar que la naturaleza legal de las comisiones está relacionada con el criterio retributivo, es decir, con el esfuerzo realizado por el trabajador para lograr la venta y por esta razón se ha determinado por vía jurisprudencial la imposibilidad de quitarle el carácter salarial tal y como se aprecia en la sentencia radicado 44928 SL 3198 de 2015, así las cosas procede el despacho a valorar las pruebas arrojadas al proceso a efectos de determinar si el demandante causó o no las comisiones que reclama dentro del libelo demandatorio. Por su parte obra a folio 30 a 31 del expediente correo electrónico remitido por el demandante a la entidad demandada con fecha 23 de mayo de 2016 en el que en síntesis señala que realiza la relación de los dineros que están retenidos unilateralmente por la empresa, que no han sido cancelados y corresponden a las ventas realizadas desde junio de 2014 a diciembre de 2015 por la suma de \$45.111.180, y por las causadas durante el periodo comprendido entre enero a abril de 2016, por la suma de \$11.037.010, como soporte de la gestión realizada

allega el actor a folios 32 a 38, una relación detallada con nombre del cliente, número de producto, cantidad, porcentaje de comisión y valor, ahora bien el actor pretende que en dicha documental demostrar la causación de las condiciones pactadas en el contrato de trabajo lo cierto es que la misma no se encuentra suscrita por las partes no observa en un sello membresía de quién elaboró expidió y que en efecto reconozca que se trata una labor de venta realizada por el demandante tenerse en cuenta que la portada al plenario y referida procedencia fue elaborada directamente por el demandante, pues tal como lo manifestó en su interrogatorio de parte a la remisión del correo electrónico frente al pago de comisiones cálculo a las mismas por los 2 años laborados y correspondió a un aproximado de la información parcial suministrada por la empresa, entonces desde ya hice la prueba de la construcción de las comisiones con todavía no puede llevarse el propio dicho de quién las reclama porque a la parte no les dable fabricar su propia prueba y así lo ha expuesto a nuestro máximo órgano de cierre, por lo que absolvió a la demandada de las pretendidas comisiones sobre ventas.

En relación con las pretensiones relacionadas con las diferencias salariales, auxilio de rodamiento, más el pago de los servicios públicos pactados, señaló que el actor en su interrogatorio de parte confesó que la demandada canceló durante toda la relación laboral, lo correspondiente a \$1.000.000, por nómina y \$1.000.000 pagados a través de cuentas de cobro a través de terceros, además \$500.000, por concepto de auxilio de rodamiento y la suma de \$50.000, por concepto de pago de servicios públicos, hasta los 2 últimos meses, cuando indicó se había deteriorado la relación, situación que coincide con lo confesado por el representante legal de la demandada en su interrogatorio de parte y con las documentales que obran en el expediente. Teniendo en cuenta lo anterior, condenó a la demandada al pago de \$3.000.000, por concepto de diferencia salarial, para los meses de marzo y abril del año 2016, suma que deberá pagarse de manera indexada, lo que incluye rodamiento y la diferencia salarial de \$1.000.000.

En cuanto al pago de la reliquidación salarial, señaló que de conformidad con lo antes señalado la demandada debió tener en cuenta para efectos de liquidación la suma de \$.2.500.000, teniendo en cuenta lo pagado por nómina y lo pagado a través de cuentas de cobro y no por la suma de \$1.000.000, como equivocadamente lo realizó, por lo que ordenó la reliquidación de cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, vacaciones para un total de \$7. 836.418. Así mismo condenó al pago de la indemnización moratoria indicando que desde el inicio de la relación laboral la demandada cancelaba por nómina un valor y a través de cuentas de cobro otro valor, por lo que la condenó al pago de \$60.000.000, a razón de \$83.333,33, desde el 1 de mayo de 2016 hasta el 1 de 2018, en adelante se pagaran los intereses moratorios correspondientes.

Igualmente condenó a la demandada al pago de un día de salario por cada día de mora en la consignación total de las cesantías de los años 2014 a 2015, la primera de ellas desde 15 el febrero de 2015 hasta el 14 de febrero de 2016 y a segunda hasta la fecha de la terminación del contrato, esto es, hasta el 30 de abril de 2016, momento en el cual cesa

la obligación de la consignación de esta pretensión, lo que arroja un total de \$36.250.000, por concepto de sanción por no consignación de cesantías.

Frente a los reajustes a los partes en seguridad social en pensiones, al haberse decretado como factor salarial, tanto el millón de pesos como los \$500.000, correspondientes al auxilio de rodamiento, deben tenerse en cuenta también para estos efectos, por lo que también condenó a la demandada al pago de la diferencia durante el tiempo en que duró la relación laboral y de conformidad con el salario realmente devengado por el actor.

Así mismo con fundamento en lo todo lo anterior, condenó a la demandada al pago de la diferencia por concepto de indemnización por despido sin justa causa, esto es, teniendo en cuenta como salario devengado por el actor, la suma de \$2500.000 y no \$1.000.000, como erradamente lo hizo. Finalmente condenó en costas a la demandada...”

Inconforme con la decisión el apoderado de la parte actora apela parcialmente la sentencia así “en lo que tiene que ver con comisiones y lo sustento de la siguiente manera: **para el suscrito a pesar de que la prueba de las comisiones que se causaron provinieron de la parte actora ahí claramente se enunciaron cuáles fueron los procesos o los clientes con los que actuó la parte demandante el señor ARMANDO ANGARITA, señalando cliente por cliente cual era el valor que le correspondía y esas pruebas no fueron desvirtuadas por la parte demandada, en consecuencia, la parte demandada debió pronunciarse al respecto una vez allegó la relación de las ventas que había tenido durante la relación laboral señalando en ese momento porque le parecía o porque pensaba que no había lugar al pago de las comisiones pensé que estaban pactadas, no podía ser otra y nosotros explicamos en la demanda, no puede hacer otra la posición de la parte demandante de entregar la relación de clientes, porque la parte demandada nunca le suministró a mi poderdante cuáles fueron esas ventas por las cuales él iba a comisionar, simplemente él lleva su relación de clientes y de los clientes que tenía la empresa y con base en eso y de acuerdo a lo que él se enteraba de las ventas que había, era que él señalaba cuáles eran las condiciones que le correspondía por lo tanto, si bien es cierto que hay una jurisprudencia respecto sobre el tema que trata la señora jueza no compartimos esa posición y queremos que pues en esa parte se revoque la sentencia parcialmente de resto con todo lo demás estamos de acuerdo”**

La parte demandada también presenta recurso así: “...de acuerdo a la parte motiva de la sentencia por su despacho presentó recurso de apelación el sustento en los siguientes términos, en primer lugar independientemente de que existían dos contratos de trabajo, el último contrato se tuvo en cuenta, **teniendo en cuenta que, el mismo correo electrónico que el demandante le envió a mi poderdante el 14 de junio y en el cual establecía las condiciones en las cuales debería manejarse el contrato de trabajo, no obstante mi poder haber pagado \$1500000 por intermedio de cuenta de cobro, es todo lo realizó únicamente por la solicitud del**

demandante ya que esto no era una práctica habitual como lo afirmó en su momento demandante y máxime teniendo en cuenta que el señor ANGARITA era el único asesor comercial de la empresa. Igualmente por esta razón les insisto en que el salario a tener en cuenta para todos los efectos de prestaciones sociales, vacaciones y cotización de seguridad social y demás emolumentos debería ser un millón de pesos ya que **el señor ANGARITA en ningún momento se le constriñó o se le obligó a realizar estas propuestas de pago sobre ese millón de pesos, fue un acto voluntario tal es así, que tampoco se recibieron reclamaciones durante la relación laboral al respecto porque se estaba desarrollando tal cual lo solicitó lo solicitó el demandante,** igualmente de debe tener en cuenta el clausulado del segundo contrato, la cláusula en la que se manifiesta que el alcance de este contrato reemplaza su integridad y deja sin efecto cualquier otro contrato verbal o escrito celebrado por las partes con anterioridad, tal es así, que se debería tener en cuenta de ahí en adelante y así se hizo para todos los efectos de pago de emolumentos laborales por lo tanto se considera que no hay tampoco en esto, partiendo de la base salarial de \$1000000 no habría lugar a la liquidación de prestaciones sociales, vacaciones ni mucho menos de sanción moratoria puesto que mi poderdante actuó de buena fe, bajo la misma solicitud y los deseos del demandante señor ANGARITA y él respecto de esta indemnización moratoria así lo ha dicho la Corte Suprema de justicia **que para su aplicación se debe analizar la buena fe o mala fe, si bien el Despacho consideró que había una mala fe no hay prueba de tal si se desarrolló el contrato de trabajo conforme a la voluntad de las partes mi poderdante actuó de buena fe y creyendo que estaba haciendo bien, haciendo caso a los deseos del demandante que solicitó trabajar con un millón de pesos,** sin embargo también se nota que el señor representante legal de la demandada, quiso seguir pagando millón de pesos y los 500 mil adicional también como lo deseo el señor ANGARITA bajo la figura de la cuenta de cobro cómo repito en ningún momento fue un acto obligatorio que tuviera que hacer él por solicitud de mi mandante, para evadir seguridad social y mucho menos. En tal sentido pues la Corte Suprema dice: principio de la buena fe, como se habla el artículo 83 de la Constitución Política de Colombia las actuaciones de los particulares deben atenderse y ceñirse a este postulado la indemnización moratoria por falta de pago de salarios y prestaciones sociales consagrada en el artículo 65 del código sustantivo del trabajo de imponerse si existió la mala fe del empleador y como insisto no existió tal mala fe todo fue pactado, pues pensando en que había una voluntad de las partes y estaban de acuerdo respecto de esto. Igualmente respecto de la sanción por no pago de cesantías la posición de la Corte Suprema respecto del pago de indemnización por no consignarlas, art. 99 de la ley 50 de 1990 ha sostenido que esta se causa hasta la fecha que termine contrato de trabajo y que lo que busca la norma es sancionar al empleador, que no ha consignado las cesantías, días antes de la fecha establecida, esto es decir el 14 de febrero, sin embargo pues del acervo probatorio se puede desprender que no hay no existe como tal un no pago de cesantías sino que se consignaron de acuerdo a lo que mi poderdante creía que era el acuerdo de voluntades. En relación con los aportes en pensión, pues hasta el momento mi poderdante no ha sido deudor moroso del sistema

de seguridad social en pensiones y ese es a quien corresponde al sistema de seguridad social en este caso es a COLPENSIONES a quien le corresponde hacer las respectivas cuentas de cobro del demandante, teniendo en cuenta además que la base salarial debió ser de \$1.000.000, que no existe tal mora razón para reliquidar este aporte, por lo que solicito se revoque la sentencia en estos aspectos que he nombrado.”

ALEGATOS

Durante el término concedido a las partes en providencia anterior para presentar alegaciones, se recibió vía correo electrónico las de la parte demandante.

CONSIDERACIONES

La Sala se ocupará de resolver los recursos de conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A del CST, comenzando por razones de método por el recurso de la parte demandante, que solo cuestiona la falta de condena por comisiones.

Afirma el recurrente que la prueba de las comisiones es ciertamente la relación que el hizo de sus ventas que pensó que estaban pactadas y en últimas que con ello acredita no solo el pacto, sino la causación de las mismas, lo que implica también la determinación de los porcentajes

Al respecto y frente a lo afirmado por el recurrente sobre qué pensó que las comisiones estaban pactadas, la Sala encuentra que no hay duda al respecto, pues este fue un hecho que confesó la demandada, que figura en el contrato que se firmó en mayo de 2014, para ser iniciado el 1 de junio de ese año, correspondientes al 1 y 2%, según fuesen ventas antiguas o nuevas y que a pesar de no ser incluidas en un segundo contrato que aparece a folios 59 al 61, fueron se itera, confesadas por la demandada, pues así también lo aceptó, cuando reconoció que las condiciones propuestas por el actor, en el correo electrónico, que aparece a folio 58 y SS, fueron las desarrolladas, esto es incluidas las comisiones ya indicadas.

De manera que no hay duda del pacto en cuanto a comisiones, pero en lo que se equivoca el recurrente es en reunir en una sola figura el pacto y

la causación de las mismas. Básico entonces resultaba establecer, para este segundo aspecto, si se hizo la venta, el porcentaje de comisión, es decir si era del 1% o del 2%. según fuesen ventas antiguas o nuevas, **lo que de ninguna manera se puede tener por probado, tal y como acertadamente señaló la Juez, con una relación realizada por el actor, pues es elemental principio probatorio, que nadie puede fabricar sus propias pruebas.**

De manera que los cuadros que aparecen a folios 32 a 30 que dan cuenta de las supuestas ventas, realizadas se itera, por el actor, no las acreditan, debieron estar acompañadas de otras para sustentarlas, llámense facturas, contratos, correos etc e incluso declaraciones de los clientes y en general, pudo el actor acudir, a todos los medios probatorios para demostrar que se causaron, carga que le correspondía, equivocándose cuando afirma en el recurso que la demandada debía desvirtuar, los cuadros-relación, pues eso es tanto como admitir, que se deben desvirtuar simples afirmaciones lo que se aleja de los principios que rigen la prueba.

Basta con lo expuesto para CONFIRMAR la sentencia en este aspecto.

Resuelto el recurso de la demandante, procede la Sala a resolver el de la demandada que se dirige a cuestionar el salario tomado y la sanción moratoria, fundamentándose en que fue así como se desarrolló el contrato por propuesta del demandante y que nadie lo constriñó u obligó a ello. Agrega que actuó de buena fe y que consignó según lo acordado.

En primer lugar, está acreditado que, al discutir las condiciones del contrato de trabajo, la demandada aceptó unas condiciones, a iniciativa del actor, lo cual se discutió vía correo electrónico, cuya transcripción aparece a folio 58 del expediente

Eso en principio no resulta ajeno al contrato de trabajo, que es eminentemente consensual, desde luego sí, desde que se ciña a la ley, la

cual obliga tal y como dispone el artículo 55 del CST a ejecutarse de buena fe y que obliga no solo a lo que en él se expresa sino a todas las cosas que emanan precisamente de la relación jurídica o que por ley pertenecen a ella.

Entonces no obedece a este postulado que al inicio y durante el transcurso de la relación laboral sea el actor, quien, al discutir el salario, esto es la suma que retribuirá su servicio, la señale en \$1.000.000, lo que dijo, le serviría para quedar en categoría A en salud COMPENSAR y caja de compensación CAFAM, aunque lo afectaría en aportes; lo acepte, pues es la suma que pide de salario y luego de la terminación alegue, que no le pagaron sino el 50% y que lo obligaban a pasar cuentas de cobro por el resto, cuando queda claro fue él quien estableció esa condición.

Entonces no es que se hubiese realizado pacto de exclusión salarial, como se pareció entender, sino que las partes lo que finalmente pactaron fue dos contratos uno de trabajo, con un salario de \$ 1.000.000, de pesos y otro de prestación de servicios con honorarios de \$1.000.000, una cifra por rodamiento que no es salario, unas comisiones propias del contrato de trabajo y que no fueron probadas en la suma reclamada en la demanda y una suma de telefonía celular y energía del apartamento del actor toda vez que trabajaría desde la casa, eso es lo que señala el correo cuando dice que el apartamento funcionaría como oficina.

Esta coexistencia de contratos es perfectamente válida, eso fue lo acordado por las partes y así se desarrolló por la empresa, recordemos que no solo se acredita esta circunstancia con el pacto realizado (ver fl 58), sino con lo aceptado por el demandante, quien aceptó haber enviado el correo y establecido esas condiciones.

Claro resulta para la Sala que eso fue lo que entendió y desarrolló el empleador y en ese orden eso fue lo que desarrolló y cumplió, lo que implica que no es cierto que hubiese cancelado el 50 % del salario, en el cual se fundamentan todas las pretensiones, sino que el de trabajo solo se remuneraba con \$1000.000., y el de servicios con el millón acordado.

Y es que de vieja data la Corte Suprema ha dicho que la buena fe. - lealtad, obliga tanto al trabajador como al empleador, es así como en sentencia de septiembre 21 de 1982 esa alta corporación dijo:

“... Es una noción de un contenido ético específico, que ha de ser tanto subjetivo como objetivo.

“Supone una posición de honestidad y honradez en el comercio jurídico en cuanto lleva implícita la plena conciencia de no engañar ni perjudicar ni dañar. Más aún implica la convicción de que las transacciones se cumplen normalmente, sin trampas, ni abusos ni desvirtuaciones” O sea que se trata de una actitud personal ante los demás, consciente, responsable y recta.

Sin embargo, ha de medírsela también utilizando parámetros más o menos objetivos. “En la existencia o no de la buena fe no son los elementos subjetivos los que deciden la valoración de la conducta; sino la conciencia axiológica de la comunidad, cuya objetividad se afirma a un tipo o modelo de borrar que opera como el meridiano de toda conducta; la del hombre medio, o si se prefiere la terminología tradicional, el buen padre de familia”

Es realmente alejado de esa conducta y principio que obliga se itera, tanto al trabajador como al empleador, pactar un salario de \$ 1000.000, para después reclamar que fueron dos, beneficiarse de la inferior suma para unos aspectos, salud y cajas, pero alegarlo en su beneficio, para obtener sumas mayores por reliquidaciones y sanciones moratorias.

En ese orden le asiste razón al recurrente y como quiera que ese fue el salario convenido y realmente devengado no hay lugar a ninguna de las condenas impuestas que se itera, se fundamentaban todas en esa cifra que dice haber devengado como salario, cuando es claro no lo fue porque ese fue su querer esas sus condiciones; admitir lo contrario va en contravía del señalado artículo 55 del C S T, razón por la que se REVOCARA la sentencia apelada y se ABSOLVERA a la demandada de todas y cada una de las

pretensiones de la demanda. Se revoca la condena en costas siendo estas a carago de la parte actora vencida en juicio.

Sin costas en esta instancia, las de primera a cargo del demandante y en favor de la demandada

En mérito de lo expuesto por el Tribunal Superior de Bogotá D.C., por conducto de la Sala Laboral administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia apelada, por lo expuesto en la parte motiva del presente proveído y en su lugar **ABSOLVER** a la demandada AAA QUIMICOS LTDA de todas y cada una de las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia, las de primera a cargo del demandante y en favor de la demandada.

Las partes se notificarán por **EDICTO**, de acuerdo con lo establecido en los artículos 40 y 41 del C P del T y de la S S.



MARLENY RUEDA OLARTE

Magistrada



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado



HUGO ALEXANDER RIOS GARAY

Magistrada

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C
SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 24 2017 678 -01

ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA

DEMANDANTE: ANTONIO JOSE PEREZ GUERRERO

DEMANDADO: FONDO PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES
NACIONALES Y OTROS

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los treinta (30) días del mes de septiembre de dos mil veinte (2020), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer de recurso de apelación interpuesto por la parte actora, revisa la Corporación el fallo proferido el 24 de julio de 2019 por el Juzgado 24 Laboral del Circuito.

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior la parte demandada allegó alegatos de conclusión en los que solicita la confirmación de la sentencia objeto de estudio.

ANTECEDENTES

El señor ANTONIO JOSE PEREZ GUERRERO por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se DECLARE que tiene derecho a que se condene a las demandada a la reliquidación del monto de su primera mesada pensional calculada sobre el promedio de lo devengado en el último año de servicios, incluidas las primas percibidas en el

mismo periodo, es decir, en cuantía de \$781.177,36; que como consecuencia de lo anterior, se condene a la demandada al pago de las diferencias, los reajustes anuales, los demás derechos extra y ultra petita y las costas del proceso.(fl. 2).

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando:

- Que el demandante trabajó para la empresa ALCALIS DE COLOMBIA LIMITADA, entre el 13 de febrero de 1967 y el 14 de noviembre de 1992.
- Que ALCALIS le otorgó una pensión de jubilación de origen convencional, mediante resolución No. 00145 del 20 de mayo de 1993, a partir del 15 de noviembre de 1992.
- Que mediante resolución No. 0076 del 29 de junio de 2007 e l reconoció la pensión de vejez a cargo del ISS
- Que ALCALIS de Colombia compartió la pensión que venía reconociendo, con la que reconoció el ISS cancelando únicamente el mayor valor.
- Que la ALCALIS debió tener en cuenta para calcular el valor de la pensión el promedio de lo devengado en el último año de servicios, es decir, el mismo valor que tuvo en cuenta para la liquidación de prestaciones sociales, en la suma de \$764.595,00
- Que a la liquidación efectuada por ALCALIS debe agregarse la prima de antigüedad y el salario en especie, por lo que el IBL es \$781.177,36 y no \$702.943,60.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificada la demandada Ministerio de Comercio Industria y Turismo en debida forma, contestó oponiéndose a las pretensiones, aceptó los hechos enlistados en los numerales 1, 3, 4, 5 y 12, para los demás manifestó que no lo son o que no le constan; propuso como excepciones las que denominó prescripción, compensación y buena fe. (fl. 34 - 40).

El fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales, igualmente se opuso a las pretensiones, aceptó los hechos contenidos en No. 1 a 5, para los demás

señaló que no son ciertos; propuso las excepciones de inexistencia del derecho reclamado, cobro de lo no debido, falta de título y causa para pedir, pago, prescripción, buena fe y presunción de legalidad de los actos administrativos. (fl. 50 - 58).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento resolvió ABSOLVER a las demandadas de la totalidad de las pretensiones incoadas en su contra. (fl.147)

Fundamentó su decisión la Juez de primer grado señalando:

“El despacho procede en los siguientes términos, el señor Antonio José Pérez Guerrero por intermedio de apoderado instauró demanda en contra el fondo partido social de los ferrocarriles nacionales de Colombia y la nación Ministerio de comercio industria y turismo para que se condene a la demandada reliquidarle el monto de la primera mesada pensional de la pensión de jubilación de origen convencional que le fue otorgado por álcalis de Colombia limitada calculado sobre el promedio lo devengan el último año de servicios así como que se reliquia el monto de la primera mesada pensional con el promedio de los salarios devengados en el último año de servicios incluidas Las primas percibidas en el mismo periodo sea con la base salarial de \$781177 pesos que se liquida reconozca y pague la diferencia entre lo pagado lo debido, lo que debió apagarse incluidas las mesadas adicionales adicionales de Junio y Diciembre de cada año reajustado anualmente, cómo fundamenta sus pretensiones manifiesta que trabajó para Alcalis de Colombia limitada entre 13 de febrero de 1967 y el 14 de noviembre de 1992 descontando 106 días no laborados da 25 años 5 meses y 16 días, esa entidad le reconoció la pensión mensual de jubilación de origen convencional mediante la resolución número 00145 del 20 mayo 1993 a partir del 15 de noviembre de 1992 mediante resolución 0076 del 29 junio 2007 en instituto de seguros sociales le concedió pensión de vejez a partir del primero de octubre 2006, Alcalis de Colombia compartió la pensión con la reconocida por el instituto de seguros sociales cancelando el mayor valor de la pensión de vejez para liquidar la pensión tuvo en cuenta un promedio mensual salarial en el último año de servicio de \$702.943.60 que debe agregarse la suma de 10,382,36 parte proporcional de la última prima de antigüedad por el devengado valor reconocido por Alcalis de Colombia también debe sumarse 6200 como salario en especie valor que fue reconocido por lo tanto el ingreso base de liquidación asciende a la suma de \$781.177,36 y no a la suma de 702.943,60 al aplicarle la tasa de reemplazo del 75% resultaría como mi primera mesada pensional a partir del 15 de noviembre 92 la suma de \$585.883.02 y el artículo 127 establece que constituye salario no solamente la remuneración ordinaria fija variable sino además todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa de servicio sea cualquiera la forma o de dónde nominación que se adopten la respuesta a la demanda el Ministerio de comercio industria y turismo se puso a todas las pretensiones argumentando que la convención colectiva de trabajo -192 1994 no contempla el reconocimiento de pensiones en los términos pedidos por el demandante allí no se dispuso que la liquidación de las pensiones debía efectuarse de conformidad con el salario promedio calculado para la liquidación de prestaciones sociales propuso concepción en la prescripción compensación y buen fe, el fondo pasivo social de los ferrocarriles nacionales

de Colombia se opuso a las pretensiones de la demanda manifestando que la primera mesada pensional se obtuvo conforme a lo vengado en el último año de servicios, que no se indicó en la demanda cuales fueron los factores que supuestamente no fueron tenidas en cuenta en la liquidación efectuada en el acto administrativo de reconocimiento de la pensión que la convención colectiva de trabajo sólo contempla como factor salarial extralegal para la liquidación de la pensión la prima antigua la cual fue tenida en cuenta junto con el salario en especie propuso con excepciones de fondo la inexistencia del derecho, cobro de lo no debido, falta de causa y título para pedir pago, prescripción, la genérica, su buena fe de presunción y legalidad de los actos administrativos Los requisitos exigidos para que el juzgado pueda pronunciarse de fondo se encuentran satisfechos la demanda cumple con las exigencias de las partes son capaces de jurídicamente de juzgarse ser competente por la naturaleza del proceso y de calidad las partes no encontrándose causal de nulidad que afectó inválido actuales el despacho puede decir de fondo más aún cuando se encuentra acreditada la reclamación administrativa exigida por el artículo sexto y procesal del trabajo y la seguridad social, como se evidencia a folio 19 donde obra copia del documento que el demandante presentó ante el fondo pasivo social de ferrocarriles nacionales de Colombia El 15 de marzo 2017 y a folio 25 y 26 obra petición que hizo el actor al Ministerio de comercio industria y turismo radicada del 15 de marzo 2017 pretendiendo lo que aquí persigue mediante esa demanda el problema jurídico como se indicó en presencia corresponde en determinar si Antonio José Pérez Guerrero le asiste derecho a que se le reliquide la pensión de jubilación de carácter convencional teniendo en cuenta para liquidar el promedio de lo devengado por él en el último año de servicios es decir según la afirmación de la demanda la suma de 764.595 pesos incluidas todas las primas percibidas en ese periodo con una base de 781.177 en caso de que se proceda ese reconocimiento si debe reconocerse mesadas adicionales de Junio y Diciembre, el estatus de los pensionales van a tener examen a decirte discusión en cuanto la condición de pensionado de Antonio José Pérez Guerrero pues al Alcalis de Colombia limitada le reconoció el pensión de jubilación de origen convencional en cantidad de 527.207 pesos con 70 centavos a partir de 15 noviembre 1992 de conformidad con la resolución 145 que obra a folio 13 al 16, **de la reliquidación de la pensión** de la parte demandante solicita la reliquidación de la pensión convencional pretendiendo que se tenga en cuenta como base el monto que se tuvo para liquidar las prestaciones sociales junto con la prima antigüedad y el salario en especie, sobre este primer aspecto en la prima de antigüedad se declaró parcialmente probada la excepción de cosa juzgada en audiencia anterior, advirtiéndose que el despacho queda impedido para hacer algún tipo de pronunciamiento sobre dicho concepto. Al revisar la liquidación y tal como se indicó en el hecho séptimo de la demanda la suma de 10.382.36 pesos parte proporcional de la última prima antigüedad fue tenida en cuenta por Alcalis de Colombia por lo que en gracia discusión tampoco sería objeto debate pues fue incluida como factor salarial para en el momento que se reconoció la prestación al demandante ahora conforme a la resolución 145 del 20 de mayo 1993 Alcalis de Colombia al reconocer la pensión de jubilación convencional tuvo en cuenta para efectuar el cálculo de la misma, esto es el ingreso base de liquidación el artículo 73 del decreto 1848 de 1969 que establece que el valor de la pensión será equivalente a 75% del promedio de los salarios y primas de todas sus precios devengados por el trabajador de conformidad con la certificación expedida por lo del campo de obra en el CD que aparece folio 47 y que se encuentra impresa a folio 144 pues el juzgado tomó la impresión el incorporar al expediente en el período comprendido entre noviembre 1991 a 14 de noviembre de 1992 el demandante devengo los siguientes conceptos como salario la suma de 3.507.787 pesos, prima legal 701.144 pesos, prima extralegal \$618.250 pesos, prima vacaciones 817.843 pesos, prima de antigüedad 124588 pesos, auxilio escolaridad 55.740, vacaciones 570.332 horas extras vigilancia recargos nocturnos 1.965.238 pesos, total devengado en el último año 8.360.923 pesos, sueldo promedio mensual \$696.746 más

salario en especie 6.200 total salario \$702.943.60 para obtener la pensión que le aplicó un porcentaje del 75% teniendo una mesada de 527.207, al revisar la resolución de reconocimiento se colige que estos factores fueron los mismos que tuvo en cuenta la empresa al reconocer la pensión convencional donde se verifica que efectivamente la primera antigüedad ya fue incluida la misma y que no haberlo hecho al decretarse la excepción de cosa juzgada sobre la misma no hay lugar a pronunciamiento frente a este concepto, ahora bien fundamenta el abogado su petición en el artículo 127 del código sustantivo trabajos de advertir que la actora los tendrá la calidad de trabajador oficial no sé le puede aplicar esa normatividad en virtud de lo señalado en el artículo 4° del código sustantivo de trabajo que dispone las relaciones derecho indirectamente la administración pública en los trabajadores de ferrocarriles y empresas obras pública demás servidores del Estado no se rigen por este código sino por los estatutos especiales que posteriormente se dicten, en esa medida para el caso de la pensión y cómo se indicó en la resolución es la norma que rige la forma de liquidar la es el artículo 73 del decreto 1848 de 1969 que dice cuantía de la pensión valor de la pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al 75% del promedio de los salarios y primas de toda especie percibidas en el último año de servicios por el empleado oficial que haya querido el estatus jurídico de jubilado por reunir los requisitos señalados por la ley para tal fin, se advierte que la demandada tomó para obtener el ingreso base de liquidación para obtener el valor de la mesada pensional la prima de antigüedad, auxilio de escolaridad, salario en especie, al momento del reconocimiento pensional sin que el actor y razón le asiste a la parte demandada que el actor no indicó cuáles fueron los factores que la provocaron, no incluyó al momento en que se reconoció la prestación pensional tampoco la parte actora probó que en el último año de servicio tuviera devengado un factor que debiera incluirse para obtener el ingreso base de liquidación de la pensión diferente a los que tuvo en cuenta la convocada al momento que fue el reconocimiento más aún cuando la convocada tomo o aplicó el decreto 1848 de 1999 y tal y como lo hizo Alcalis de Colombia le calculo la prestación la pensión bajo las normas incluyendo los factores que refiere este decreto el cual establece que el valor de la pensión de jubilación será equivalente al 75% de los promedios de los salarios y primas de todas especies devengados del trabajador en el último año de servicios de conformidad con la certificación aludida la empresa tuvo en cuenta todos los factores salariales devengados por el señor Pérez Guerrero durante el último año de servicios este es desde el 13 de noviembre 1991 al 14 de noviembre 1992 Y si bien de conformidad con la liquidación definitiva prestaciones sociales que obra a folio 6 y 8 del expediente se advierte que allí se indica una suma de suma de 764.595 pesos advirtiendo quedé para liquidar las cesantías advirtiendo que antes de ese valor se indica salario promedio calculado con el último salario básico salario promedio igual días inter cesantías 764.595 91.166 días en que se indique en forma clara cuáles fueron los factores que se tuvieron en cuenta para obtener ese promedio salarial y si valor corresponde al salario devengado por el demandante durante el último año de servicios o por responde al del último mes laborado por el demandante pues si bien al hacerse las cuentas o relacionarse en ese mismo documento salario remuneración incapacidad recarga y festivos un valor de 3.558.510 pesos, el porcentaje turnos, horas extras, prima de antigüedad, auxilio escolaridad, tareas, encargos, trabajo ajeno, vigilancia, sin sentidos vacaciones, prima de vacaciones, primas de vacaciones, prima legal proporcional período uno, prima legal extralegal proporcional período uno, prima legal proporcional período 2, prima extralegal proporcional periodo 2, prima legal proporcional final, prima legal proporcional final diferencias de festivos, el despacho al realizar las operaciones aritméticas del caso obtiene el mismo valor que obtuvo la demanda y se reitera que la parte actora no indicó cuáles fueron los factores que no se tuvieron en cuenta para obtener el promedio salarial por el cual pretende esta re liquidación para que el juzgado pudiera entrar a verificar si existía algún otro factor o suma diferente que no hubiera incluido la demandada en la certificación expedida por el jefe de

relaciones industriales y fue la que tomó lo que corresponde con los factores con los que se liquidó la prestación social adicionalmente al revisar esa certificación expedida poder firmar lo de campo y comparar en relación con los factores de liquidación que obran a folio 8 mediante los cuales se le quedaron las cesantías vacaciones otros y advierte que el salario que se encuentra en la suma \$3.507.787 y en la liquidación se observa en la parte que dice salario la suma de \$3.558.510 existe una diferencia de \$50.722 sin embargo se observa que en la liquidación este valor está incluido en donde se relaciona Per.Remo incapacidad recargos infracción mientras que en la certificación sólo se le relacionan los salarios por parte de la suma de \$1.665.238 por concepto de hacer esas vigilancias recargo nocturno si sumamos dichos conceptos que se encuentran en la liquidación y incluyó los 50.722 que existen en la diferencia entre un salario y otro se obtiene la suma de 1.921.851 en el último año percibido como salario promedio mensual la suma de \$696.743, suma que la que se debe tener en cuenta máxime cuando allí se incluyó el valor de la prima antigüedad o la doceava parte de las primas semestrales vacaciones, extras, turnos, auxilio escolar obteniendo el valor referido sin indicar a qué período responde por ejemplo el salario que tuvo en cuenta para liquidar prestaciones sociales y se reitera no hay claridad si ese valor de 764.595 era el salario promedio del año o correspondida únicamente al salario del último mes devengado por el demandante nuevamente se reitera que al hacer las operaciones aritméticas de los valores relacionados del folio 6 a 8 y el que fue certificado como el salario promedio en devengado en el último año tiene el mismo valor en esa medida, no se puede tener en cuenta las sumas que se indicó la parte final de la liquidación definitiva prestaciones sociales esto es 764.595 para obtener el ingreso base de liquidación de la pensión pues nuevamente se reitera que no se sabe si ese salario fue el que devengo el demandante durante el último año de servicio o sólo fue durante el último mes fue la certificación que imprimió el juzgado y que fue expedida por el jefe del grupo de personal de Alcalis de Colombia corresponde y el jefe de división de relaciones industriales de Alcalis Colombia corresponde con el valor que tuvo en cuenta la convocada Al momento de liquidar la pensión reconocí al demandante lo anterior es suficiente para absolver a las demandas de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por el actor con las resultas del proceso declararse con las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta por la demandada Ministerio de comercio industria y turismo toda vez que de conformidad con el decreto 2601 de 2009 la entidad que hubiera tenido reconocimiento es alcalis de Colombia de alcaldes de Colombia es el fondo pasivo social de los ferrocarriles nacionales de Colombia, respecto al fondo paseo social en ferrocarriles nacionales de Colombia debe declararse inexistencia en derecho reclamado de lo cobro de lo no debido. Se condenará en costas del demandante a favor de las demandadas para las agencias en derecho en la suma de \$100.000 a favor de cada una de ellas en mérito de lo expuesto de 24 la de circuito de Bogotá justicia en nombre de la República de Colombia por autoridad de la ley resuelve primero absorber a las demandadas al Ministerio de comercio industria y turismo que al fondo pasivo social de los ferrocarriles nacionales de Colombia de todas las pretensiones incoadas en su contra por el señor Antonio José Pérez Guerrero. Segundo, declarar probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta por la demanda Ministerio de comercio industria y turismo y la inexistencia del derecho reclama de cobro lo no debido, propuesta por el fondo pasivo social de los ferrocarriles nacionales de Colombia. Tercero, condenar en costas al demandante a favor de las demandas por el cual se estima las agencias en derecho en la suma de \$100000 a favor de cada una de ellas, por secretaría liquidese en la oportunidad legal correspondiente. Cuarto en el evento que la parte actora no interponga recurso de apelación contra la sentencia que fue emitida por el juzgado en el día de hoy remítase el expediente a la sala laboral del honorable tribunal superior del distrito judicial de Bogotá para que se surte grado jurisdiccional de consulta favor del demandante por haber sido totalmente desfavorable la decisión a sus peticiones.

DEL RECURSO DE APELACIÓN

La parte **demandante** interpone recurso de apelación en los siguientes términos:

“Gracias su señoría, interpongo recurso de apelación contra la Providencia dictada en el día de hoy por su despacho, para que en efecto el tribunal superior de Bogotá sala laboral revoque la sentencia proferida por ese despacho y en su lugar condenar a la entidad demandada que se liquide la pensión de jubilación convencional otorgada al señor demandante Antonio Pérez, resulta que señora juez que en elementos integrales del salario constituye salario no sólo la remuneración ordinaria fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio sea cualquiera la forma o denominación que se adopte como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales del trabajo, suplementario de las horas extras, valor de trabajo en días descanso, obligatorio, porcentaje sobre ventas y comisiones, y que estas aplicaciones de las disposiciones de la ley es anterior todo trabajo privado u oficial funcionando público y servidor público tiene derecho a la licencia la presente ley le sea aplicable cualquier Norma con lo expuesto en leyes anteriores sobre la misma materia siempre que se someta a la totalidad de las disposiciones de esta ley, vemos que en la liquidación definitiva de prestaciones sociales se tuvo en cuenta el salario promedio mensual devengado en el último año de servicios, Como siempre hubo salario variable siempre se tiene en cuenta y como lo establece el código sustantivo del trabajo que deben liquidarse cesantías sobre el promedio salarial devengado en el último año de servicio que para el caso que nos ocupa es de la suma de 764.595 cómo están en la parte inicial de la liquidación definitiva de prestaciones sociales liquidación que se encuentran en el expediente respectivo y como ya lo reconoció la empresa el salario en especie debe tenerse en cuenta y lo mismo que la doceava parte de la prima de antigüedad que ya fue reconocida mediante resolución sino que en cambio sobre el promedio del último año, se tuvo en cuenta lo que suma estas partes que ya se indicaron sus intentos la suma de 781.177 lo mismo el decreto 1848 habla de que deben tenerse en cuenta todo lo que causa el salario en el último año de servicio para liquidar el 75% de la pensión como efectivamente se hizo pero no sé tuvo cuenta todos los salarios y las primas de toda especie recibidas que fue la base de la liquidación definitiva de prestaciones y le ratificó que fue sobre el salario promedio devengado durante el último año de servicio lo que nos da la suma de 764.595 por eso ruego al honorable tribunal revoca la sentencia emitida por el juzgado y en su lugar condenar a la entidad demandada según las pretensiones contenidas”

CONSIDERACIONES

De acuerdo con lo establecido en el artículo 66 A del C P del T y de la SS la Sala definirá dos puntos básicos que se extraen del recurso encontrando que los mismos se contraen a establecer si la demandada liquidó en debida forma la pensión del actor.

Al respecto, se observa que no fue objeto de debate la existencia de la relación laboral entre el actor y la entonces Alcalis de Colombia Ltda., que tuvo lugar entre el 13 de febrero de 1967 al 14 de noviembre 1992, como fuera aceptado por la demandada Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales se extrae de las documentales allegadas al expediente a folios 6 a 12 y 143 del informativo.

Tampoco ofreció reparo que al actor se le reconoció una pensión de jubilación, mediante resolución No. 145 del 20 de mayo de 1993, a partir del 15 de noviembre de 1992, tal y como se observa de la documental visible a folio 13 a 16, contentiva de dicha resolución.

Ahora bien, en el presente caso se observa que la parte actora en los hechos de la demanda únicamente indica que la enjuiciada omitió tener en cuenta la doceava parte de la prima de antigüedad y el salario en especie, no obstante, en su recurso trae a colación el código sustantivo del trabajo, e indica los elementos constitutivos del salario.

En este aspecto y para dilucidar cuales son los factores que deben tenerse en cuenta para el cálculo de la pensión del actor, es necesario traer a colación, lo señalado por la H. Corte Suprema de Justicia, en pronunciamiento radicado No. 54163 del 7 de marzo de 2018, oportunidad en que indicó:

“Ahora, no todos estos conceptos pueden tomarse para calcular la pensión, tal como se señaló, en sentencia CSJ SL, 10 ag. 2010, rad. 38885, reiterada en providencia CSJ SL13192-2015, en la que se dijo lo siguiente:

*Siendo ello así, es evidente que incurrió en el cuarto error que se le enrostra, pues de conformidad con lo establecido en el párrafo del artículo 8° la Ley 171 de 1961 y el numeral 4° del Decreto 1848 de 1969, en atención a que la pensión restringida de jubilación reconocida al demandante se causó el 15 de noviembre de 1991, ésta debe liquidarse con relación a la que le habría correspondido en el evento de reunir los requisitos exigidos para gozar de la pensión plena, que para ese momento es la consagrada en la Ley 33 de 1985, la cual dispone en su artículo 1°, que el salario a tener en cuenta es el promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicios, siendo los factores que lo integran los que se indican en el artículo 3° ibídem, modificado por el artículo 1° de la Ley 62 de 1985, esto es, **la asignación básica; gastos de representación; primas de antigüedad,***

técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio.

Y más recientemente en la sentencia CSJ SL2427-2016, 17 dic. 2016, rad. 52399, se puntualizó:

Por último, no está por demás recordar que el IBL de pensión prevista en el art. 8 de la L. 171/61 no se integra con totalidad de pagos salariales entregados al trabajador, sino exclusivamente con los salarios promedio que sirvieron de base para los aportes, los cuales se encuentran enlistados en el art. 3 de la L.33/1985, modificado por el art. 1 de la L. 62/1985, tal y como lo ha asentado esta Corporación en sentencia CSJ SL, 10 ago. 2010, rad. 38885, reiterada recientemente en providencia CSJ SL13192-2015". (negrilla fuera del texto original)

Es así como en esta oportunidad, de los factores mencionados por el criterio jurisprudencial en cita, se tiene que para el caso del actor, en expediente administrativo allegado por la demandada Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales (fl. 47CD), y de la misma resolución en la que se le reconoció el derecho al actor, que **en el último año de servicios**, el actor devengó los siguientes factores:

• Salario	\$3.507.787,76
• Prima legal	\$ 701.141,00
• Prima Extra Legal	\$ 618.250,00
• Prima de Vacaciones	\$ 817.843,00
• Prima de antigüedad	\$ 124.588,40
• Auxilio de Escolaridad	\$ 55.740,00
• Vacaciones	\$ 570.332,00
• Horas extras, Vigilancia y recargos nocturnos	\$1.965.238,00
TOTAL DEL ULTIMO AÑO:	\$8.360. 923.16
Salario promedio mensual:	\$ 696.743.60
Salario en especie:	\$ <u>6.200,00</u>
SALARIO PROMEDIO	\$ 702.943.00

De conformidad con lo anterior, y revisada la resolución por medio de la cual la demandada reconoció la pensión al actor, se encuentra que

efectivamente en ella se incluyeron todos los valores que la norma consagra y que reclama la parte actora, por lo que sin mayores razonamientos por innecesarios se confirmará en su totalidad la sentencia objeto de estudio.

Sin costas 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 y por autoridad de la ley.

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR en su totalidad la decisión proferida por el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad a los señalado en la parte considerativa de la presente decisión.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

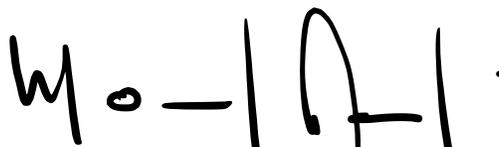
Las partes se notifican por edicto de conformidad con los artículos 40 y 41 del CPTSS.

Los Magistrados,



MARLENY RUEDA OLARTE

MAGISTRADA



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO



HUGO ALEXÁNDER RÍOS GARAY
MAGISTRADO

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTA

SALA LABORAL

MAGISTRADA PONENTE: MARLENY RUEDA OLARTE

**PROCESO ORDINARIO DE FRANCISCO IGNACIO HERRERA
GUTIERREZ VS CONSORCIO MINERO DEL CESAR SAS RAD 24-2015-
809-01**

En la ciudad de Bogotá, D.C., a los treinta (30) días del mes de septiembre de dos mil veinte (2020), Previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

El señor **FRANCISCO IGNACIO HERRERA GUTIERREZ**, a través de apoderado judicial instauró demanda en contra de CONSORCIO MINERO DEL CESAR SAS, para que a través de un proceso de primera instancia se declare que la sociedad **CONSORCIO MINERO DEL CESAR SAS**, de manera anticipada y sin justa causa dio por terminado el contrato de prestación de servicios, cuyo objeto era adelantar un proceso ejecutivo y en consecuencia se ordene el pago de perjuicios en un valor equivalente a lo pactado en el contrato de prestación de servicios, lucro cesante, intereses moratorios y costas del proceso. (fls 2 al 7 y 38 al 49).

Como fundamentos fácticos de las pretensiones afirma que el señor OSCAR ALBERTO ORDOÑEZ MUÑOZ, representante legal de la sociedad MASERING SA solicitó al demandante presentará una propuesta de honorarios para iniciar un proceso ejecutivo en contra de la sociedad CARBONES DEL CESAR SA, que debía ser apoderado no solo de MASERING SA, sino de las entidades CONSTRUCCIONES EL CONDOR SA Y SP EXPLANACIONES SA, integrantes del CONSORCIO MINERO DEL

CESAR, que mediante comunicación de mayo 20 de 2009, presentó la propuesta, indicando los honorarios, la cual fue aceptada. En virtud de lo anterior el demandante inició y llevó a su terminación con providencia favorable el proceso ejecutivo que cursó en el juzgado 6 civil del circuito de Bogotá con radicación 2009-329, que en diciembre de 2012 el representante esta vez ya de CONSORCIO MINERO DEL CESAR, solicita propuesta para el proceso ejecutivo a adelantar contra la sociedad CI COLOMBIAN NATURAL RESOURCES ISAS, pactando los mismos honorarios del anterior proceso, que mediante correo de diciembre 4 de 2012, el representante legal ratifica el acuerdo, que en cumplimiento del acuerdo el 6 de febrero de 2013, el demandante presenta demanda ejecutiva , radicada con número 2013-0074 en el juzgado 19 civil del circuito, que el 21 de febrero de 2013 se libró mandamiento de pago en contra del demandado y se practicaron medidas cautelares, que presentó demanda acumulada y se libró nuevo mandamiento el 11 de julio de 2013, que a mediados de febrero de 2014 se otorgó poder a otro abogado, sin haber revocado el otorgado a el previamente, que con ello quedó revocado su mandato sin justa causa. (fls 2 al 7 y 38 al 49).

La sociedad demandada, **CONSORCIO MINERO DEL CESAR**, contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones ya que afirma carecen de fundamento legal y jurídico, siendo el actor, quien, mediante correo electrónico del 21 de enero de 2014, quien lo terminó. Agrega que el demandante reclama unos dineros que nunca se pactaron, pues el pago dependía de los montos efectivamente recuperados, afirmando además que es el demandante quien adeuda \$30.000.000 a la demandada. En cuanto a los hechos acepta que existió un contrato con pacto de honorarios anterior al que se reclama y que terminó por negociación, es decir en forma anormal, que para el segundo contrato el pacto fue diferente, esto es de \$20.000.000 a la presentación de la demanda, más una comisión de éxito o por recuperación efectiva de la obligación que dependía del valor recaudado, es decir que si el demandante no recuperaba nada no tendría derecho a ninguna comisión, aceptó los hechos relativos a la presentación de la demanda y mandamiento de pago pero aseguró que el demandante incumplió sus obligaciones de manera reiterada y grave, que no asistió a varias diligencias e insiste en que fue el actor quien dio por terminado el contrato. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, prescripción y compensación. (fls 97 al 112).

De otra parte, la demandada propuso demanda de reconvencción, solicitando se condene al demandado en reconvencción a pagar la suma de \$30.000.000, por concepto de pago anticipado, y comisión del valor del recaudo que el demandado no realizó (fls 167 al 170). La demanda de reconvencción fue subsanada y una vez admitida contestada a través de apoderado.

En el escrito visible a folios 183 a 188, el demandado en reconvencción se opuso a las pretensiones afirmando que no es cierto que haya sido el quien terminara el contrato, Dijo que los \$20.000.000, no fueron un anticipo sino una cuota inicial y que la comisión de éxito no se acusó por la revocación abusiva del poder. Se opuso a las pretensiones y dijo que, aunque se solicita la devolución de \$30.000.000, la misma actora afirma que solo entregó veinte. Propuso las excepciones de cobro de lo no debido, inexistencia de la obligación y genérica.

Tramitada la primera instancia la Juez 24 Laboral del Circuito de Bogotá, profirió sentencia el 3 de Julio de 2019, por medio de la cual **ABSOLVIÓ** a la demandada **CONSORCIO MINERO DEL CESAR** de todas y cada una de las pretensiones de la demanda, declarando probada la excepción de inexistencia de la obligación y condenando en costas. (fls 573 y SS).

Manifestó la Juez en su decisión que *“...dijo que el problema jurídico a resolver era la forma en que terminó el contrato de mandato y en especial la forma en que se pactaron los honorarios y en cuanto a la reconvencción si el demandante debe alguna suma de dinero entregada como anticipo o si son imputables al mandato. Respecto al mandato y para resolver ese punto se refiere al art 2142 del CC, el cual define el mandato. Cita el artículo y agrega que el art 2149 del mismo código dice la forma en que puede hacerse y en que consiste, Dice que puede ser gratuito o remunerado y que los honorarios se pactan por las partes, o los establece la ley. Dice que le corresponde a la parte actora demostrar, el acuerdo de voluntades en los servicios, la contraprestación u honorarios pactados por ella. En el caso resulta claro entonces que entre las partes existieron dos contratos de mandato, por las que el Dr herrera actuó como apoderado del consorcio en 2009, llevó proceso ejecutivo en contra de Carbones del Cesar, para el cobro de unas facturas y posteriormente en diciembre de 2012 suscriben uno nuevo para llevar proceso en contra de otra persona jurídica, hechos aceptados en la contestación de la demanda y con documentales como poder y auto del juzgado 19 civil de circuito proceso 2013-74, en donde se reconoce*

personería al Dr Herrera como apoderado de la parte ejecutante. Se recibieron además las declaraciones de Luz Helena Sanchez Angel, mediante comisión y ella manifestó conocer al demandante desde el 91, porque tuvo relación profesional con él, cuando él trabaja en Puertos de Colombia y además como asesora de Masering SAS, dijo que tuvo participación activa en el proceso ejecutivo, para recaudar unos dineros, dijo que el contrato terminó unilateralmente mediante nombramiento de otro apoderado dijo que el dr herrera inicio el primer proceso y obtuvo los honorarios porque se realizó una transacción, agregó que luego el Consorcio lo contrató para cobrar facturas a Colombian Natural Reser y manifestó que los honorarios pactados en este caso fueron los mismos del anterior. También declaró Adriana Gallego quien dijo es miembro de la junta del consorcio, que conoció al demandante en el 2009 pues le consta ya que revisa todas las contrataciones entre ellas la del abogado Dr Herrera, pero que como no llevaba bien el caso el abogado presentó renuncia, en 2013, no había adelantado nada y no asistía a las audiencias, que renunció a través de un correo electrónico. Agrega la Juez que la demandada aceptó que el actor presentó la demanda ejecutiva, que correspondió al juzgado 19 civil del circuito y en verdad lo que se encuentra en discusión es la forma que terminó el contrato si terminó en forma anticipada. Ahora dice la juez que el demandante no solicitó honorarios, sino perjuicios y entonces debe verificar que pactaron las partes como honorarios y si corresponden a los perjuicios. Se tiene entonces que las partes mediante correo electrónico de fecha 4 de diciembre de 2012, (fls 18 y 20), se pactaron honorarios equivalentes al pacto de mayo 26 de 2009, pacto que establecía: rango 1 de 0 a 500 millones 7%, valor de honorarios 35.000.000, rango 2 4% valor honorario \$20.000.000 rango 3 valor honorarios \$30.000.000, rango 4 valor honorarios \$45.000.000, rango 5 valor honorarios \$45.066.619, rangos aceptados y que constan en correo electrónico. También existía una comisión de éxito y prima de éxito, así como una cuota inicial de \$20.000.000, esto lo que declararon los testigos, agregando que no se pagó prima de éxito pues no hubo resultados. Del análisis de las pruebas la Juez concluyó que en el último contrato se acordó una cuota inicial de \$20.000.000 y una prima de éxito de conformidad con los rangos establecidos o sea los honorarios dependían del valor de lo que se obtuviera en el proceso ejecutivo, lo que oscilaba en 7 y 9%, por ello para que el actor obtenga lo solicitada en la demanda, no solo debe acreditar que fue la demandada quien terminó el mandato, así como los valores obtenidos para establecer los porcentajes. En cuanto a la terminación del mandato, a folios 398 a 399 obra correo electrónico obra correo electrónico de la representante legal de la demandada Ingrid Nader al actor el cual lee y en el que la representante manifiesta preocupación por la forma en que el demandante adelanta el proceso. Lee el documento, en los que entre otras cosas se indica que han tenido que contratar otros abogados porque el actor no tiene tiempo para atender el proceso. Allí se le pregunta si tiene tiempo de atender el proceso. **Lee también el correo que aparece a folio 145 del expediente, en donde el demandante el 21 de enero de 2014, expresó “Asunto terminación del contrato Hola Oscar creo que entre nosotros las cosas no están fluyendo, por tal razón creo que lo mejor es que demos por terminado el contrato para la representación de sus intereses dentro del proceso ejecutivo que cursa en el juzgado 19 civil del circuito de Bogotá y así nos evitamos seguir en esta situación tan incómoda para ambos. “** Se refiere también a la documental de folios 401 y 402, el cual lee en donde el demandante afirma que no asistirá a las diligencias hasta no se defina la continuidad como apoderado en el proceso. Se remite nuevamente al folio 145 en donde el representante legal afirma

que ha recibido la solicitud de terminar el mandato, es decir la renuncia, así como que nombraran nuevo juzgado, pidiéndole envié la renuncia del poder, Cita también el folio 404, en donde el actor manifiesta que se ha malentendido el correo y que no es su decisión dar por terminado el contrato, que solo fue una propuesta y que no es conveniente para sus intereses, procediendo solo si hay mutuo acuerdo, dado que adquirió compromisos. Además, Luz helena Sánchez dijo que fue el actor quien terminó el contrato, como también el 21 de enero de 2014 en correo electrónico la directora jurídica de la demandada, comunicó que tonaría la dirección del proceso a lo que el actor manifestó terminar el contrato. Adriana Gallego también manifestó que fue el actor quien terminó el contrato y que este no asistía a las audiencias, situación que forzó al nombramiento de otro apoderado. **De otra parte, ante la inasistencia del demandante al interrogatorio de parte, sin justificación alguna, se aplicó lo dispuesto en el artículo 205 del CGP, dando por ciertos aquellos hechos relativos a la terminación entre ellos especialmente la decisión del actor de terminar el contrato y si bien la confesión presunta no es suficiente per se, con las demás se puede concluir que fue el actor quien decidió dar por terminado el contrato, lo que corrobora con el correo de enero 21 de 2014, pues la literalidad del mensaje así lo indica.** De otra parte, no es cierto que la demandada no le haya manifestado inconformidad por su labor, porque el correo que ya se mencionó si lo hizo esto es el 21 de enero de 2014, por parte de la señora Nader. Por todo no hay lugar a perjuicios y además no hay lugar a pago de primas de éxito como pago de honorarios porque no hubo recaudo alguno ya que el proceso terminó por desistimiento coadyuvado por la ejecutada, siendo levantadas las medidas cautelares. Por lo anterior ABSOLVIO de las pretensiones de la demanda. En cuanto a la demanda de reconvenición la Juez señaló que a folio 143 aparece una cuenta de cobro por anticipo por comisión de éxito, a folio 130 factura por cuota inicial del proceso. Respecto de los 20 millones, en la contestación de la demandada aceptó que los honorarios pactados fueron una cuota inicial de 20 millones por la presentación de la demanda y una prima de éxito, por los rangos, no obstante, en la de reconvenición afirmó que los 20 millones eran anticipo por la comisión de éxito. No obstante, en la factura de pago de los 20 millones se dice que es cuota inicial. De otra parte la cuenta de cobro se pasa como anticipo de la comisión de éxito (fl 143). De las pruebas se colige entonces que el Dr Herrera recibió 20 millones de pesos como cuota inicial y luego presentó una cuenta de cobro por la misma suma como comisión de éxito. De la forma como se pactaron los honorarios se puede establecer que no hay prueba que se hayan pagado esos 20 millones por comisión de éxito, ni tampoco hay prueba de pacto que en el evento en que no hubiera éxito debiera devolver la cuota inicial, luego entonces ese pago es por las actuaciones en el proceso y máxime cuando al aceptar la renuncia del mandato no se le pido devolución alguna, En cuanto a los otros 10 millones que no se dedujeron de los pagos; en efecto a folio 447 hay un correo del demandante en el que se dice que si son los 30 millones los honorarios , la respuesta es que si pero que diez millones serán anticipo de un proceso futuro. Entonces le asiste razón al demandante en reconvenición pues esto es un anticipo a un futuro proceso, el cual correspondió al ejecutivo y como no se imputó es procedente la devolución, por lo que se CONDENARA al demandado en reconvenición a devolver esa suma...”

Inconformes con esta decisión los apoderados de las partes presentaron recursos así:

La parte actora: *“Establece el despacho que el contrato se da por terminado por el Dr Herrera, pero el correo en que se sustenta fue analizado erróneamente pues en ese momento se solicita es que demos por terminado es decir de acuerdo; por tanto, él no fue quien terminó el contrato. Ahora si hay actuaciones presentación de demanda, practica de embargos, pruebas y luego terminó por desistimiento. A pesar de que digan que no hubo recaudo en interrogatorio, se aceptó que el p proceso terminó por conciliación, o sea ese pago es anticipo de esa labor. Es más, si había conciliación había que pagar 5%, eso se pactó en los honorarios, luego si hubo recaudo. De otra parte, si hubo perjuicios porque el demandante tenía proyectado recibir esos dineros, hubo lesión porque además a él se le instruyó para que demorara el proceso. En cuanto a la reconvencción hay confesión en los valores solo se están hablando de 30 millones en un proceso inicial que eran de otro proceso del juzgado 6, **en el que supuestamente sobran 10 millones, luego para legalizar, eso fue que se dijo que era anticipo, eran inmersos en los 20 millones que se pagaron no se dieron adicionalmente.***

La parte demandada. *Solo en cuanto a la reconvencción, porque se pagaron 20 millones de anticipo,, eso está acreditado con el folio 143 por la comisión de éxito pactada y a folio 144 obran los comprobantes que el 2 de mayo se le pagó esa suma y por la confesión presunta se debe tener en cuenta que el consorcio le canceló esos 20 millones sin tener que hacerlo, luego hay contradicción pues se declara la confesión presunta del hecho 17 de la demanda de reconvencción y no se tiene en cuenta que por esta confesión se acredita que recibió 20 millones por una comisión de éxito, cuando no se recaudó suma alguna en el proceso del juzgado 19. Hay que tener en cuenta a lo establecido en el código civil 1530, 1542, de obligación condicional, esto es en síntesis que se canceló de buena fe sin que se diese la condición, esto es anticipadamente algo que no se obtuvo, fue un adelanto y como no se recaudó está obligada a devolver esos veinte millones, así como los diez que no se descontaron de la cuota inicial...”*

ALEGATOS

Durante el término concedido a las partes en providencia anterior para presentar alegaciones, se recepcionó vía correo electrónico las alegaciones tanto de la parte demandante como de la parte demandada.

CONSIDERACIONES

De acuerdo con lo establecido en el artículo 66 A del C P del T y de la SS la Sala resolverá los recursos de manera conjunta, no sin antes hacer algunas precisiones necesarias dado el proceso que se adelantó y que llega a este Tribunal en apelación.

Según lo establecido el numeral sexto del artículo 2 del C P del T y de la S S, modificado por el artículo 2 de la ley 712 de 2001 señaló que la jurisdicción ordinaria en su especialidad laboral es competente para definir **“los conflictos jurídicos que se originen en el reconocimiento y pago de honorarios o remuneraciones por servicios personales de carácter privado, cualquiera que sea la relación que los motive.”**

Así quedó la norma luego de la ley 712 de 2001, ya que antes de ella era el mismo art 2 pero modificado por la **ley 362 de 1997 art 1**, la que asignaba esta competencia en el inciso dos así: “ **Serán también de su competencia los juicios sobre reconocimiento de honorarios y remuneraciones por servicios personales de carácter privado, cualquiera que sea la relación jurídica o motivo que les haya dado origen, siguiendo las normas de competencia y demás disposiciones del Código Procesal de Trabajo. Conocerá igualmente de la demanda de reconvención que proponga el demandado en esta clase de juicios de reconocimiento de honorarios y remuneraciones, cuando la acción o acciones que en ella se ejerciten provengan de la misma causa que fundamenta la demanda principal.**”

Es claro y salta a la vista que la norma actual eliminó, de manera expresa la competencia para las demandas de reconvención en este tipo de procesos y los limitó exclusivamente a conflictos sobre reconocimiento y pago de honorarios, nada más, competencia está que data del Decreto 465 de 1956 artículo 1, así como del DL 931 de 1956 artículo 2 que asignaba la competencia para adelantar la reconvención y que al ser eliminada en la ley 712, fue derogado en forma tácita.

De manera que la demanda de reconvención al no ser contemplada ya de manera expresa, exige la aplicación de lo establecido en el artículo 371 del C G P, analizando desde luego las condiciones para su admisión, esto es que al ser formulada de manera separada procediera

su acumulación, siempre que fuere competencia del mismo juez y que no estuviese sometida a trámite especial.

Ninguna de las normas procesales descritas, fueron observadas ni analizadas en este proceso, el cual se adelantó y terminó con irregularidades relativas a la competencia, que, no obstante, y a pesar de que afectan el proceso a la luz del artículo 133 del CGP, quedaron saneadas, sobre todo cuando en este ordenamiento ya no es causal expresa de nulidad la falta de competencia.

Y es necesario aclarar este punto, **pues al revisar la demanda esta Sala encuentra, que solo fruto de un gran esfuerzo surgido del deber de interpretación de la misma, es que puede inferirse que la parte actora planteó un tema de reconocimiento y pago de honorarios**, que es en estricto sentido para lo que la jurisdicción ordinaria en su especialidad laboral es competente.

Vemos como, **la única pretensión principal es que se declare que el contrato de mandato fue terminado anticipadamente de forma abusiva y sin justa causa**, lo que genera como primera consecuencia principal el pago de **indemnización de perjuicios en un valor equivalente al total pactado en el contrato de mandato como honorarios y como segunda y tercera reparación del daño por concepto de lucro cesante costas.**

Claro resulta que este tema fue planteado como si se tratara de un contrato de trabajo terminado sin justa causa, que es lo que la legislación laboral contempla, solicitando el pago de perjuicios, cuando el mandato, es un contrato civil definido el Código Civil artículo 2142, como aquel en que una persona confía a otro la gestión de uno o más negocios a otra, que se hace cargo de ellos por cuenta y riesgos de la primera, que se perfecciona cuando se acepta expresa o tácitamente, según el artículo 2150 y que solo podrá disolverse o bien por mutuo acuerdo entre las partes según lo ordenado en la misma norma o por

alguna de las causales de terminación previstas en el artículo 2189 del CC , las cuales son: i) por el desempeño del negocio para el que fue constituido, ii) por la expiración del termino o por el evento de la condición prefijados para la terminación del mandato, **iii) por la revocación del mandante, iv) por la renuncia del mandatario,** v) por la muerte del mandante o del mandatario, vi) por la quiebra o la insolvencia del uno o del otro y vii) por la interdicción del uno o del otro y viii) por las cesaciones de las funciones del mandante, si el mandato ha sido en el ejercicio de ellas. Aclara esta legislación además en el artículo 2191 lo siguiente: **“REVOCAION ARBITRARIA. El mandante puede revocar el mandato a su arbitrio y la revocación expresa o tácita produce su efecto desde el día que el mandatario ha tenido conocimiento de ella”.**

De manera que lo planteado como terminación injusta por la parte actora y que dio lugar a que el juicio se centrará en determinar quien terminó el mandato si el mandante o mandatario; era absolutamente irrelevante, pues hubiese sido el actor-mandatario o la demandada-mandante; lo cierto es, que en cualquier caso es una conducta legal son causales legales de terminación y no puede ser de otra forma porque si se encomienda una labor y ya luego no se quiere que la lleve o continúe a quien se le encomendó, lógico resulta que la finalice, sin que ello genere indemnización de perjuicios, sino única y exclusivamente el pago de lo que hasta ese momento hizo el mandatario y más cuando se desarrolla por profesionales del derecho cuyas tarifas incluso pueden ser reguladas con las que para ello expiden los colegios de abogados y reguladas por el Juez en caso de desacuerdo.

En ese orden y como no hay lugar ni a la declaración solicitada, ni a las consecuencias pues ni hay lugar a perjuicios, ni de haberlos tan siquiera fueron probados, pues la sola afirmación, de que se contaba con esos dineros por una labor que no finalizó; los ocasionó; como se afirma en el recurso.

Se impone entonces CONFIRMAR la sentencia en cuanto ABSOLVIÓ a la demandada de todas y cada una de las pretensiones consecuencia de la única principal que era declarar una terminación de mandato injusta; - figura que no solo no existe, sino que es legal y permitida, según el art 2191 del CC, haciendo entonces estas consecuencias carentes de fundamento-; **por las razones expuestas por la Sala.**

Ahora se itera solo tratando de interpretar la demanda podría decirse que la parte actora pidió regulación de honorarios que no insiste la Sala, pues lo que se pidió fueron se itera, perjuicios en una suma equivalente a todo lo que se pactó como honorarios, no estos como honorarios; que de haberlo hecho tampoco sería procedente porque al revocarse el poder porque se nombró otro abogado, solo procedería el pago de las gestiones realizadas y no aquellas que dependían de hechos futuros, que nunca se cumplieron.

Igual suerte corre entonces, la condena de la demanda de reconvencción siendo la razón principal que lo solicitado se opone a lo establecido en el art 371 del CGP, jamás puede relacionarse con la principal, siendo además claro y en ello le asiste razón a la recurrente, que no hay lugar a devolución alguna, que lo pagado fue a título de honorarios por gestiones realizadas incluso en proceso anterior, sin que haya prueba de que fuese un exceso en el pago.

Resta agregar que se equivoca la recurrente cuando afirma que pagó una gestión sujeta a condición que no se había cumplido y que lo hizo de buena fe, basada en la confesión ficta y una cuenta de cobro denominada anticipo, pues las demás pruebas indican que la suma de diez millones fue incluida en los honorarios por presentación de demanda y labores de un segundo proceso y no como pretende hacer ver como si fuera una prima de éxito esta nunca se canceló, luego se **REVOCARA** la condena impuesta al demandado en reconvencción.

Sin costas en esta instancia.

Por lo expuesto, la Sala laboral de decisión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

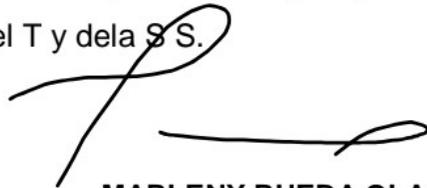
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada, en cuanto ABSOLVIO a la demandada CONSORCIO MINERO DEL CESAR de todas y cada una de las pretensiones de la demanda

SEGUNDO: REVOCAR la sentencia en cuanto CONDENÓ al demandado en reconvención señor FRANCISCO IGNACIO HERRERA GUTIERREZ a devolver la suma de \$10.000.000, para en su lugar ABSOLVER al demandado en reconvención de todas y cada una de las pretensiones de dicha demanda.

SIN COSTAS EN ESTA INSTANCIA.

Las partes se notificarán por **EDICTO**, según lo establecido en los artículos 40 y 41 del C P del T y dela S S.



MARLENY RUEDA OLARTE

Magistrada



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado



HUGO ALEXANDER RIOS CARAY

Magistrado

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C
SALA LABORAL**

PROCESO ORDINARIO No. 24 2018 659 -01

ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA

DEMANDANTE: MYRIAM DOLORES LEON

DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTRO

A U D I E N C I A D E J U Z G A M I E N T O

**MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE**

En Bogotá D.C., a los treinta (30) días del mes de septiembre de dos mil veinte (2020), día señalado por auto anterior para llevar a cabo audiencia, la Magistrada Ponente la declaró abierta en asocio de los demás integrantes de la Sala de Decisión.

El Tribunal de conformidad con lo acordado, consignado en el acta de la fecha procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

Al conocer de la sentencia de fecha 6 de noviembre de 2019, proferida por el Juzgado Veinticuatro laboral del Circuito de Bogotá, dada la apelación presentada por las apoderadas de PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, aunado al grado jurisdiccional de consulta en favor de ésta última.

ALEGACIONES

Durante el término concedido a las partes en providencia anterior, para presentar alegaciones, se recibieron por vía correo electrónico, los de la parte actora y la demandada COLPENSIONES.

ANTECEDENTES



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 24 2018 00659 01 Dte: MYRIAM DOLORES LEON SILVA Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

La señora MYRIAM DOLOREDS LEÓN SILVA por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se declare que la AFP PORVENIR S.A., incumplió su deber legal de información, al no brindar una asesoría veraz, oportuna, pertinente, objetiva y comprensible sobre las características y consecuencias del traslado pensional. Como consecuencia de lo anterior se DECLARE nula e ineficaz la afiliación efectuada inicialmente a la AFP PORVENIR S.A. y se condene a ésta última a trasladar a COLPENSIONES la totalidad del capital de la cuenta de ahorro individual de la demandante incluidos los rendimientos, bonos y/o títulos pensionales a que hubiere lugar. Así mismo solicita se ordene a la demandada COLPENSIONES a que acepte los dineros que le serán entregados y a activar la afiliación de la actora; finalmente solicita se condene a las demandadas al pago de las costas y agencias en derecho. (fls.7)

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando en síntesis:

- Que nació el 10 de octubre de 1960.
- Que realizó cotizaciones al RPM desde el 10 de mayo de 1983.
- Que se afilió a PORVENIR S.A. en el mes de diciembre de 1998, cuando ya tenía 38 años cumplidos.
- Que cotizó para el RPM un total de 650,29.
- Que le informaron los asesores de la AFP demandada, que tanto el ISS y CAJANAL se iban a liquidar y esto ponía en riesgo sus aportes pensionales.
- Que le aseguraron que la pensión que recibiría en la AFP sería superior a la que recibiría en el ISS hoy COLPENSIONES
- Que la AFP demandada omitió brindarle información completa y clara sobre los efectos y las consecuencias de si traslado de régimen pensional así como también de las características de ambos regímenes pensionales ni la posibilidad que tenía de regresar al RPM.
- Que la AFP es la que tiene la obligación de demostrar que si le ofreció la información necesaria de manera oportuna.



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 24 2018 00659 01 Dte: MYRIAM DOLORES LEON
SILVA Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

- Que la mesada pensional que recibiría si continúa en el RAIS, es ostensiblemente inferior a la que le otorgaría el ISS hoy COLPENSIONES. (fl.- 4 – 5)

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, PORVENIR S.A., se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos, aceptó los contenidos en los numerales 1, 3 a 6, 12, 18, 21 y 23 para los demás, señaló que no lo son o que no le constan. Propuso las excepciones que denominó prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de las obligaciones de tracto sucesivo y enriquecimiento sin justa causa. (fl. 63 - 75).

Por su parte, COLPENSIONES, se opuso a la prosperidad de las pretensiones invocadas en su contra, respecto de los hechos señaló que son ciertos los enlistados en los numerales 1, 20 y 22, y para los demás señaló que no lo son o que no le constan. Propuso las excepciones de buena fe, hecho de un tercero, validez del negocio jurídico, calidades del demandante para conocer las consecuencias de su traslado y prescripción. (fl. 130 - 134).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, declaró la ineficacia de la afiliación de la actora a PORVENIR S.A. suscrita el 20 de diciembre de 1998; declaró para todos los efectos legales que la actora nunca se trasladó y en consecuencia permaneció en el RPM; ordenó a PORVENIR S.A., a trasladar a COLPENSIONES todos los valores que se hubiesen recibido por concepto de la afiliación de la demandante, ordenó a COLPENSIONES actualizar la historia laboral de la actora y sin condena en costas y agencias en derecho. (fl.146 - 147).

Fundamentó su decisión el Juez de primer grado señalando la Corte Suprema de Justicia, había señalado que la administradora estaba obligada a brindar la información que comprendiera todas las etapas del proceso de afiliación,



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 24 2018 00659 01 Dte: MYRIAM DOLORES LEON
SILVA Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

veraz y comprensible atendiendo a su grado de profesionalidad en la materia, correspondiéndole al fondo probar que brindó dicha información al afiliado en esos términos y de no ser así, el traslado era nulo.

Afirmó que no había prueba de si el asesoramiento prestado a la demandante al momento de efectuar su afiliación, fue bueno, malo, adecuado o completo si en él se habían presentado maniobras o argucias que hayan llevado a tomar la decisión de traslado, puesto no se habían puesto de presente en el plenario las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que se había efectuado la asesoría que señala la administradora haber prestado, ni quién fue el asesor que le brindó la misma; de tal manera, la demandada, no había cumplido con la carga de la prueba para demostrar que había brindado tal afirmación, concluyéndose entonces que la demandada había omitido tal deber de información.

Finalmente, declaró no probada la excepción de prescripción señalando que no existía norma que regulara la prescripción de aportes al sistema pensional, a su vez, el derecho pensional y las acciones que lo conforman, eran imprescriptibles.

DE LOS RECURSOS DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión se interpusieron recursos de apelación; en los que la demandada PORVENIR S.A. manifestó:

“En la etapa procesal correspondiente me permito interponer recurso de apelación contra el fallo proferido en instancia para que el H. Tribunal Sala Laboral de Bogotá revoque las condenas impuestas a mi representada en atención a que difiere el análisis realizado por su señoría la parte motiva teniendo en cuenta que la ineficacia la señora demandante no se cumple a cabalidad con Los presupuestos jurisprudenciales en atención a que es la norma aplicable para los casos de traslado régimen pensional como la ley 100 de 1993 y el decreto 692 de 1994, así mismo debe tenerse en cuenta que las directrices de la superintendencia financiera que es el ente controlador y vigilador de los fondos privados para el año 1998 y así mismo en la misma ley 100 de 1993, se



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 24 2018 00659 01 Dte: MYRIAM DOLORES LEON
SILVA Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

establece que la afiliación debe ser libre y voluntaria y hasta el momento se quedó plenamente demostrado que la señora demandante de manera libre y voluntaria la suscripción de un formulario de afiliación que es avalado por el decreto 692 de 1994, artículo 113, cumple a cabalidad cada uno de los ítems establecidos para que tenga plena validez y Asimismo la señora demandante dio su asentimiento Al momento de plasmar su firma de las condiciones propias del régimen de ahorro individual con solidaridad en cuanto al reconocimiento y pago de las prestaciones económicas. En cuanto a la devolución de los gastos de administración debe tenerse en cuenta sus honorables magistrados que sería imposible realizar devolución de gastos de administración en atención que dichas prestaciones ya son acaecidas por lo que no pueden desconocerse que la cuenta de ahorro individual produjo unos rendimientos gracias a una buena gestión que la AFP Porvenir S.A la cual realizó, teniendo en cuenta el cobro que realizó y esos dineros generaron unas rentas, dichas rentas no se hubieran obtenido en el régimen de prima media con prestación definida. Adicionalmente pues no hay causa ni fáctica ni jurídica para hacerlo, toda vez que se estaría desconociendo el trabajo que durante años ha realizado mi prohijada vulnerando a la AFP el derecho a la restituciones mutuas con frutos, intereses y mejoras y a la igualdad de trato en el marco de la relación contractual procedente de buena fe, tiempo en el cual mi representada hizo los manejos para la señora demandante, para que al momento de pensionarse obtuvieron los rendimiento los cuales darían a tener una mejor mesada pensional, rendimiento que reitero nunca hubiese obtenido el régimen de prima media con prestación definida. En cuanto al seguro provisional debe tenerse en cuenta que el seguro provisional se descuenta teniendo en cuenta lo establecido en el artículo 20 de la ley 100 de 1993 y este mismo artículo dispone que dicho descuento también rige para el régimen de prima media como para el régimen de ahorro individual, debe tenerse en cuenta su señoría que el seguro provisional, que se solicita que sea devuelto, es una obligación que se descuenta mensualmente de la cuenta de ahorro individual de la señora demandante y Asimismo se le pagó a una aseguradora para que En caso que hubiese existido un siniestro invalidez o de sobrevivencia de ésta, pagará una suma adicional que financiara las pensiones por dichos conceptos. Asimismo el seguro previsual ya fue pagado mes a mes a la aseguradora, por lo que mi prohijada ya se encuentra imposibilitada para cobrárselo y devolvérselo a COLPENSIONES toda vez que en este caso de aseguradoras un tercero de buena fe que queda que nada tuvo que ver el contrato suscrito entre el afiliado y la AFP Porvenir, sin debe tenerse en cuenta



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 24 2018 00659 01 Dte: MYRIAM DOLORES LEON
SILVA Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

que la señora demandante desde el año 1998, se encuentra cobijada bajo el seguro previsional y este dinero fue descontado y obligar a mi representado no solamente a devolver los dineros sino también, dichos seguros se estaría causando también un empobrecimiento y una afectación al peculio propio de PORVENIR S.A. y un enriquecimiento sin justa causa favor de la demandante y de COLPENSIONES, en atención a que los erarios aquí manifestados, corresponden a las gestiones realizadas para el manejo de la cuenta de ahorro individual, el cubrimiento de ciertas contingencias en ese sentido dejo sentado el recurso de apelación reiterando al Honorable Tribunal revoque que las condenas impuestas de mi representada y respetuosamente al juez de instancia que conceda el mismo.”

Por su parte la apoderada de COLPENSIONES señaló:

“Señoría encontrándome dentro de la etapa procesal pertinente me permito interponer recurso de apelación ante los honorables magistrados del tribunal superior de Bogotá sala laboral el cual sustentaré de la siguiente forma: Señores Magistrados tengan en cuenta que no es dable la declaratoria ineficacia toda vez que en la fecha, en la fecha en que se realizó el traslado de régimen la entre la demandante y la demanda Porvenir en esta instancia tiene plena validez, puesto que la demandante tal y como quedó probado en el interrogatorio de parte se traslado de manera voluntaria. De otra parte la demandante alega un vicio del consentimiento el cual no se logró demostrar dentro del proceso. Asimismo téngase en cuenta que la demandante realizó el traslado hace 21 años, tiempo más que suficiente para que se puede inferir que la demandante ratificó su voluntad de continuar en el régimen de ahorro individual. De otra parte señores magistrados que para el fondo era imposible realizar una proyección de mesada pensional toda vez que como la misma demandante lo manifestó en su interrogatorio de parte durante toda su vida laboral, su salario ha sido variable, razón por la cual era imposible que el fondo realizará una proyección aterrizada, de otra forma tengas en cuenta que la demandante no tenía este momento de una expectativa legítima de una posible mesada pensional, ahora señores magistrados téngase en cuenta los reiterados pronunciamientos de la honorable corte constitucional en los cuales ha manifestado que la carga de la prueba recae sobre quién alega el vicio y tal y como se puede corroborar en el escrito de demanda y en el mismo interrogatorio, la demandante no logro probar Cuáles fueron los argumentos falaces que le dio el fondo, para que para que la llevara



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 24 2018 00659 01 Dte: MYRIAM DOLORES LEON SILVA Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

a cometer un error que hoy argumenta para alegar la nulidad e ineficacia, otra parte téngase en cuenta que si se llega a confirmar el fallo proferido de primera instancia ruego ustedes mi representaba no sea condenada en costas, toda vez que el recurso no se presenta de forma caprichosa sino que lo que se prevé y se quiere prevenir un detrimento o deterioro del patrimonio del fondo que administra mi representada, de esta forma dejo sustentado mi recurso, muchas gracias.”

CONSIDERACIONES

Teniendo en cuenta los términos de los recursos interpuestos y dando aplicación al grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, procede la Sala al estudio de la nulidad y/o ineficacia del traslado, solicitado por la parte actora.

Frente al primer este aspecto, se tiene que lo pretendido por la señora MYRIAM DOLORES LEON SILVA, se circunscribe a la declaratoria de ineficacia de la afiliación que efectuara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, mediante formulario suscrito ante la demandada PORVENIR S.A., para que en su lugar COLPENSIONES acepte la afiliación al régimen administrado por esta.

Para resolver lo anterior pertinente resulta traer a colación lo establecido respecto al tema por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia con radicado No. 33083 de 2011, criterio reiterado en sentencia radicado 46292 del 18 de octubre de 2017 y recientemente en sentencia 54818 del 14 de noviembre de 2018; M.P. Gerardo Botero Zuluaga; en donde indicó que la responsabilidad de las administradoras de pensiones era de carácter profesional, que la misma debía comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional y que las administradoras de pensiones tenían el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible a la medida de la asimetría que se había de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad.



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 24 2018 00659 01 Dte: MYRIAM DOLORES LEON
SILVA Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

Así las cosas, para que en realidad se considere que el traslado de régimen pensional estuvo precedido de voluntad y deseo de cambio por parte del afiliado del régimen de prima media con prestación definida, se requiere entonces que la Administradora del Régimen de Ahorro Individual le suministre una información completa sobre las condiciones específicas de su situación pensional, lo que implica no solamente lo favorable, sino todo aquello que puede perder o serle lesivo de aceptar un traslado; dicha información como de igual forma lo señaló la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en reciente pronunciamiento radicado No. 68852 del 3 de abril de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas, que tal deber, siempre ha estado en cabeza de las Administradoras del Rais, pues les encargó desde su creación legal, la prestación de un servicio público de carácter esencial, obligación que no cumplía con el hecho de capturar a ciudadanos mediante habilidades y destrezas sin importar las repercusiones colectivas que ello pudiese traer en el futuro.

Indicó en el mismo pronunciamiento la Corte, en cuanto al deber de transparencia de las Administradoras:

“Por su parte, la transparencia es una norma de diálogo que le impone a la administradora, a través del promotor de servicios o asesor comercial, dar a conocer al usuario, en un lenguaje claro, simple y comprensible, los elementos definitorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida, de manera que la elección pueda realizarse por el afiliado después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios. En otros términos, la transparencia impone la obligación de dar a conocer toda la verdad objetiva de los regímenes evitando sobredimensionar lo bueno, callar sobre lo malo y parcializar lo neutro”.

Es así como para estos casos como bien lo señala la juzgadora de instancia, y contrario a lo señalado por la demandada PORVENIR SA. en su recurso y



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 24 2018 00659 01 Dte: MYRIAM DOLORES LEON
SILVA Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

en sus alegatos de conclusión **la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado**; esto es, que por el tipo de responsabilidad que se le endilga a estas entidades sobre las que pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional respecto de quienes simplemente buscan es la protección de los riesgos de vejez, invalidez o muerte sin prestarle mayor atención a conceptos científicas o legales, es por ello entonces que **las Administradoras son quienes deben demostrar el suministro completo y veraz al afiliado para que se pueda concluir que fue en realidad deseo del éste aceptar las condiciones de traslado para evitar precisamente que posteriormente alegue algún tipo de engaño**, el que no sólo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; siendo como se dijo obligación de la demandada haber proporcionado dicha información debido a su experticia. Igualmente es esta providencia y contrario a lo que señala el recurrente, la H. Corte dejó completamente claro, que no es necesario que el afiliado se encuentre cobijado por el régimen de transición, o que este tenga un derecho adquirido, para que se le deba prohijar dicho deber de información.

De conformidad con lo anterior, es claro que aunque obra en el plenario documento suscrito por el demandante en señal de aceptación de lo allí contenido, el cual tiene valor para acreditar esas estipulaciones, el ordenamiento jurídico establece el principio de trascendencia legal y constitucional como lo es el de la primacía de la realidad sobre lo meramente escritural o formal que es lo que ocurre en este caso, en donde no le bastaba a las demandadas con ampararse exclusivamente en lo que superficialmente demuestra el formulario de afiliación firmado por el actor como señal de aceptación de todas las condiciones, cuando en realidad, el formulario no contiene mayores datos relevantes de su situación pensional.

Es por ello que coincide la Sala con lo decidido por la Juez de primera instancia, pues era deber la Administradora de Pensiones demostrar durante el trámite procesal que le manifestó a este las desventajas como consecuencia



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 24 2018 00659 01 Dte: MYRIAM DOLORES LEON
SILVA Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

de su traslado al régimen de ahorro individual; lo que lleva a concluir que no le fue brindada de manera completa toda la información a este respecto, circunstancia que impone **confirmar** la decisión proferida por la Juez de conocimiento, al igual que lo relacionado con la condena en costas, como quiera que las demandadas, se opusieron a la prosperidad de las pretensiones de la demanda y resultaron vencidas en la presente proceso. Así mismo en lo que dispuso la reactivación de la afiliación del demandante en COLPENSIONES y ordenó el traslado a esa entidad de las cotizaciones con sus rendimientos financieros, sin poder efectuar descuento alguno por concepto de gastos de administración o cualquier otro descuento, de conformidad con lo dispuesto por la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA).

Ahora bien, realizado un nuevo estudio del presente tema, al igual que los restantes Magistrados, se considera que hay lugar a DECLARAR que COLPENSIONES puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional del demandante, en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión en la que incurrió el y/o los fondos de pensiones demandados, por lo que con la presente decisión, se recoge cualquier otra en contrario.

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada, por las razones señaladas en la parte considerativa de la presente decisión.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 24 2018 00659 01 Dte: MYRIAM DOLORES LEON SILVA Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

SEGUNDO: ADICIONAR la sentencia recurrida en el sentido de DECLARAR que COLPENSIONES puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión en la que incurrió el y/o los fondos de pensiones demandados.

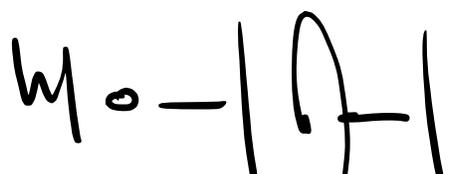
TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

Las partes se notifican por EDICTO de conformidad con los art. 40 y 41 del C.S.T. y de la S.S.

Los Magistrados,



**MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA**



**MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO**



**HUGO ALEXÁNDER RÍOS GARAY
MAGISTRADO**