



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

**HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA**  
**Magistrado ponente**

**REFERENCIA:** PROCESO ORDINARIO  
**RADICACIÓN:** 110013105 003 2018 00473 01  
**DEMANDANTE:** LUIS GUILLERMO REYES LÓPEZ  
**DEMANDADO:** AGUAS DE BOGOTÁ S.A. ESP

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

**SENTENCIA**

Decide la Sala el recurso de apelación que interpuso la parte demandada contra el fallo emitido por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá, el 2 de diciembre de 2019.

**I. ANTECEDENTES**

El accionante promovió demanda laboral para que se declare que laboró para la demandada desde el 17 de diciembre de 2012 hasta el 11 de febrero de 2018, que sufrió accidente de trabajo y fue despedido de manera arbitraria sin autorización de la oficina de trabajo, por tanto, su despido es nulo. En consecuencia, se ordene su reintegro a un cargo de igual o mejor categoría, junto con los salarios y reajustes, primas, vacaciones, bonificaciones quinquenios, auxilios, subsidios, aportes a seguridad social. Así mismo, se condene al pago de 180 días de salario de indemnización consagrada en el artículo "25" de la Ley 361 de 1997, a la indemnización por despido sin justa causa, a la indemnización moratoria consagrada en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, costas y agencias (f.º 5 a 7).

En respaldo de sus pretensiones, narró que, prestó sus servicios a la demandada en el cargo de conductor de doble troque, desde el 17 de diciembre de 2012; que en el año 2015 sufrió accidente laboral, razón por la cual, la junta médica de Mapfre emitió restricciones y recomendaciones, tales como: desplazamiento por terreno plano, alterar posturas sedente con la de pie cada hora, no realizar labores en posturas forzada, conducir vehículo liviano, usar

calzado de seguridad de peso liviano, pausas activas cada dos horas por cinco minutos, subir y bajar escaleras en forma ocasional. En tal virtud, fue reasignado al cargo de conductor de microbús para transportar personal a su lugar de trabajo.

Refirió, que el 11 de febrero de 2018 la accionada lo despidió sin tener en cuenta su estado de salud y que se encontraba próximo a pensionarse, sin que se le reconociera suma alguna por concepto de indemnización por despido, pues solo pagó la liquidación final del contrato. Contó que, promovió acción de tutela, en la que mediante fallo del 9 de marzo de 2018 se ordenó su reintegro, la cual fue confirmada a través de sentencia de 20 de abril de 2018. Que la materialización de la orden de tutela se produjo el 28 de junio de 2018, acto en el que la demandada procedió a descontar de manera arbitraria la liquidación de prestaciones cancelada al momento del despido. Y señala, que a la fecha le adeudan la indemnización por despido sin justa causa (f.º 3 a 5).

Al dar respuesta a la demanda, la convocada a juicio se allanó a la pretensión declarativa relativa al salario y se opuso a las demás. Dijo que la terminación no se dio con ocasión de sus condiciones médicas, sino por causa legal ante la expiración de la obra para la cual había sido contratado, la cual estaba supeditada a la vigencia del contrato interadministrativo 809. Aceptó los hechos relativos a la ocurrencia del accidente de trabajo, las recomendaciones médicas, edad y semanas cotizadas del actor, la asignación salarial, los fallos de tutela y el acto del reintegro. Frente a los demás, dijo que no eran ciertos.

En su defensa, propuso la excepción previa de inepta demanda por indebida acumulación de pretensiones y, las de fondo de improcedencia del reintegro laboral, el cobro de lo no debido, la inexistencia del derecho reclamado y la demás declarables de oficio (f.º 51 a 65).

## **II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

El Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 2 de diciembre de 2019, declaró la existencia de dos contratos, el primero bajo la modalidad de término fijo a partir de 17 de diciembre de 2012 al 16 de junio de 2013 y, el segundo, bajo la modalidad de la obra o labor contratada, del 17 de junio de 2013 que se encuentra vigente; declaró la existencia de un

accidente de trabajo en el mes de agosto de 2015. Condenó a la demandada a pagar a favor del promotor la suma de \$1.733.750 por concepto de salarios, \$1.589 por intereses a las cesantías, \$144.479 por prima de servicios y \$72.239 por vacaciones, a consignar el valor proporcional de las cesantías causadas; todo lo anterior del 12 de febrero de 2018 al 14 de marzo de 2018, la condenó en costas en la suma de \$500.000 y, absolvió de las demás pretensiones.

Como sustento de su decisión, manifestó que con las pruebas documentales se acreditaba la existencia de dos contratos de trabajo, el primero a término indefinido y el segundo, por obra o labor contratada, dijo que si bien el plenario reposaba documento de cruce de cuentas, éste no podía ser tenido en cuenta, porque no se encuentra suscrito por el demandante, no indica los conceptos que se pagan al trabajador, ni a qué periodos corresponden, circunstancias que no daban certeza que el trabajador hubiese recibido pago por algún concepto de salarios y prestaciones dejadas de percibir durante el tiempo condenado y, que por consiguiente, debía reconocer el pago de esas acreencias. En cuanto a los aportes al sistema general de pensiones, verificó con el certificado de aportes en línea, que la enjuiciada cumplió con su obligación debidamente.

En lo que atañe a la indemnización de los 180 días de salario de la Ley 361 de 1997, señaló que conforme el dictamen proferido por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez el 10 de octubre de 2016, el actor presenta una pérdida de capacidad laboral del 5.60%, porcentaje del que no podía colegir, que al momento del despido gozara de la estabilidad laboral reforzada, conforme la jurisprudencia; además, precisó, que los fallos de tutela que ordenaron su reintegro, tutelaron su derecho por su condición de pre pensionado, no por su estado de salud, por tanto, no era dable proferir condena en ese sentido. Dijo que la indemnización por despido injusto era excluyente de la orden de reintegro, por lo que no era viable condenar a su pago y; respecto de la indemnización moratoria del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, sostuvo que la misma solo procedía a la terminación del contrato, lo cual no ocurría en el presente asunto pues el actor fue reintegrado.

### III. RECURSOS DE APELACIÓN

Inconforme, la demandada interpuso recurso de apelación, bajo el argumento que con la certificación expedida por la coordinación de nómina, se deja constancia del cumplimiento al fallo de tutela que ordenó el reintegro a partir del 15 de marzo de 2018, que conforme al acta, se verifica el cruce de cuentas al momento del reintegro (\$2.257.035) con lo que le pagó al trabajador al momento del despido (\$ 2.599.201), en la que se encuentra la liquidación por retiro.

Para resolver lo pertinente, los Magistrados previa deliberación, exponen las siguientes:

### IV. CONSIDERACIONES

Esta Colegiatura procede a desatar la alzada, según lo previsto en el artículo 66A del Código de Procedimiento del Trabajo y de la Seguridad Social.

De los argumentos de la apelación, se infiere que lo pretendido por la accionada es que de la condena por salarios y prestaciones sociales proferida por el *A quo*, se compense la suma que percibió el trabajador al momento del despido, conforme el acta de cruce de cuentas que obra en el plenario.

Frente al particular, se advierte que la encartada al momento de ejercer su derecho de defensa y contradicción mediante la contestación no propuso esta excepción, por lo que no es posible declararla de oficio conforme lo establece el artículo 282 del Código General del Proceso, aplicable en materia laboral en virtud del artículo 145 del Código de Procedimiento Laboral.

Ahora, en aras de poder resolver el punto de apelación desde otro enfoque, se procede a examinar los argumentos expuestos en la contestación de la demanda, sin advertir que a lo largo de la misma, la demandada haya hecho mención sobre algún cruce de cuentas, y si bien, se opuso a la pretensión condenatoria n.º 1 relativa al reintegro y pago de salarios y prestaciones, lo cierto es que su defensa estuvo direccionada a que no se configuraban los presupuestos para el reintegro, por haber finalizado el vínculo laboral del demandante con ocasión de la vigencia del contrato interadministrativo n.º 809.

Incluso, sostuvo que el actor no presentaba fuero de salud ni de pensionado, sin que nada se dijera sobre que, en una eventual condena, los rubros perseguidos en esa pretensión debían ser compensados o se encontraban cobijados conforme el acta de cruce de cuentas, pese a que esa era la oportunidad procesal con la que contaba la enjuiciada para presentar su tesis del caso.

Ahora, si en gracia de discusión se admitiera el argumento del recurso, tampoco sería posible revocar o modificar la decisión recurrida, pues si bien una vez revisado el documento de folio 136 denominado "*cruce de cuentas reintegro, autorizado por el trabajador*", se observa que en él se señalan las primas en \$278.346, cesantía en \$278.346s, intereses a las cesantías en \$3.804 y vacaciones en \$1.696.539, conceptos y montos que coinciden con los señalados en la liquidación final de fecha 23 de febrero de 2018, vista a folio 39 del expediente, lo que en principio respaldaría la tesis de la convocada a juicio en apelación respecto de que con lo cancelado al momento del despido se cruzaron saldos de las acreencias del periodo "*12/02/2018 al 25/03/2018*", lo cierto es que el mismo tal y como lo advirtió el sentenciador de primer grado, solo contiene un sello de la entidad accionada, es decir que se encuentra ausente la firma o rúbrica del empleado en señal de aceptación, circunstancia que impide tener certeza si el trabajador tuvo conocimiento de esto o, que consensuó el referido cruce de montos.

Luego entonces, no es posible acceder a los reproches de la encartada, por tanto, se confirma la decisión de primera instancia.

Sin costas ante su no causación.

#### **V. DECISIÓN**

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

**RESUELVE:**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida el 2 de diciembre de 2019 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá.

**SEGUNDO: Sin COSTAS** en la consulta.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

Intervinieron los Magistrados,

  
**HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA**  
Magistrado

  
**DAVID A. J. CORREA STEER**  
Magistrado

  
**ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**  
Magistrada



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

**HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA**

**Magistrado ponente**

**REFERENCIA:** PROCESO ORDINARIO  
**RADICACIÓN:** 110013105 005 2017 00050 02  
**DEMANDANTE:** GUSTAVO ALBERTO PINILLA PINILLA  
**DEMANDADO:** FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A FIDUPREVISORA  
S.A. EN CALIDAD DE ADMINISTRADOR DEL  
PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES DE LA  
CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL DE  
COMUNICACIONES - PAR CAPRECOM.

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

### **SENTENCIA**

Decide la Sala el recurso de apelación que interpusieron las partes contra la sentencia proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de esta ciudad, el 4 de octubre de 2019.

#### **I. ANTECEDENTES**

El accionante promovió demanda laboral para se declare la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido con la Caja de Previsión Social de Comunicaciones - CAPRECOM EICE EN LIQUIDACIÓN, a partir de 10 de junio de 2008 hasta el 15 de enero de 2016, el cual finalizó por decisión unilateral e injusta de la empleadora. Que prestó servicios en calidad de trabajador oficial y que fue beneficiario de la convención colectiva celebrada entre CAPRECOM y SINTRACAPRECOM vigente para los años 1997 y 1998. También, que Fiduciaria La Previsora S.A. en virtud del Decreto 2519 de 2015, está llamada a responder por los derechos laborales reclamados.

En consecuencia, se condene a la demandada a pagarle prestaciones sociales legales y convencionales denominadas primas de junio, servicios, navidad, vacaciones, retiro; auxilio convencional de transporte, bonificación de recreación, aportes educativos. Igualmente, se pague la sanción por no pago de intereses a las cesantías y sanción moratoria, indemnizaciones por no consignación de cesantías a un fondo, la indemnización por despido injustificado. Se ordene a la demandada devolver las sumas canceladas por concepto de aportes a seguridad social y pólizas que respaldaron los contratos de prestación de servicios aparentes, a pagar debidamente indexadas las condenas, además que se declaren los demás derechos a que haya lugar en virtud de las facultades ultra y extra *petita* y las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que prestó servicios a la demandada desde el 19 de enero de 2009 hasta el 15 de enero de 2016, como a continuación se relaciona:

Empresa	Fecha de inicio	Fecha de finalización
Orden de prestación de servicios	10 de junio de 2008	31 de octubre de 2009
Serdan	1º de noviembre de 2009	31 de marzo de 2011
Coopservicios	1º de abril de 2011	20 de mayo de 2012
Orden de prestación de servicios	21 de mayo de 2012	30 de junio de 2012
Orden de prestación de servicios	1º de julio de 2012	31 de agosto de 2012
Orden de prestación de servicios	1º de septiembre de 2012	28 de febrero de 2013
Orden de prestación de servicios	1º de marzo de 2013	30 de noviembre de 2013
Orden de prestación de servicios	1º de diciembre de 2013	31 de diciembre de 2013
Orden de prestación de servicios	1º de enero de 2014	30 de abril de 2014
Orden de prestación de servicios	1º de mayo de 2014	30 de junio de 2014
Orden de prestación de servicios	1º de julio de 2014	31 de diciembre de 2014
Orden de prestación de servicios	1º de enero de 2015	30 de junio de 2015
Orden de prestación de servicios	1º de julio de 2015	15 de enero de 2016

Señaló que dentro de sus funciones estaban las de elaboración y legalización de contratos, sus prórrogas, incorporación de información en base de datos, elaboración de certificaciones laborales y responder acciones de tutela; obligaciones que adelantó en cumplimiento de una

horario en las instalaciones de la demandada y con los equipos de oficina por esta proporcionados, en uso de la herramienta ORFEO, la que únicamente podía ser operada con los computadores de CAPRECOM, también mediante órdenes de personal de planta de la entidad.

Adujo que los trabajadores oficiales de la entidad, además de prestaciones legales, les fueron reconocidas la totalidad de prestaciones extralegales consignadas en la convención colectiva de trabajo suscrita entre CAPRECOM y SINTRACAPRECOM, esta última organización de carácter mayoritario.

Finalmente, expuso que en vigencia de la relación laboral no le fueron pagadas prestaciones sociales legales, extralegales, ni vacaciones y que reclamó administrativamente el 15 de noviembre de 2016 (f.º 3 a 16 y 103 y 104 subsanación).

Por auto del 27 de noviembre de 2018, se tuvo por no contestada la demanda (f.º 145).

## **II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

El Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 4 de octubre de 2019, declaró que el demandante y CAPRECOM existió un contrato de trabajo desde el 31 de mayo de 2012 hasta el 15 de enero de 2016. En consecuencia, condenó al Patrimonio Autónomo de Remanentes de CAPRECOM cuya administración y vocería la ostenta la Fiduciaria La Previsora, a pagarle unas sumas de dinero por concepto de cesantías, compensación en dinero de vacaciones y prima de vacaciones, bonificación de recreación, prima convencional de junio, prima legal de navidad, prima de retiro convencional, indemnización por despido injustificado, condenas que ordenó indexar desde el mes de enero de 2016 hasta el mes anterior al que se efectúe el pago de la obligación.

Igualmente, dispuso pagar a la administradora a la que se encuentre afiliado el actor cálculo actuarial correspondiente a los aportes a pensiones

por el periodo en que estuvo vigente la relación laboral, teniendo como base de cotización para los años 2012 y 2013 de \$3.502.734, y \$4.490.682 para los años 2014, 2015 y 2016 (f.º 289 a 292).

En sustento de su decisión, indicó que entre las partes existió un verdadero contrato de trabajo por lo que la demandada está llamada a responder por las acreencias laborales reclamadas.

### III. RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes las partes interpusieron recurso de apelación.

**La demandante** manifestó que debe ser reconocido el auxilio de transporte convencional debidamente indexado, pues el juez consideró que la convención colectiva usó una remisión de una norma legal representada en los decretos reglamentarios y la ley que reconoce el referido auxilio, lo que no se ajusta al real espíritu de la norma convencional que busca conceder mejores derechos que los otorgados por la ley a todos sus trabajadores sin importar el salario que el trabajador oficial devengara, precisando aquí que en la demandada casi nadie devengaba menos de dos salarios mínimos y entonces el beneficio sería puramente decorativo.

De otro lado, señaló que la demandada debe ser condenada a pagar sanción por no consignación de cesantías a un fondo como quiera que no realizó este pago a lo largo de la relación laboral, conforme al Decreto 1252 del 30 de junio de 2.000, por la cual se establece el régimen de los empleados públicos, trabajadores oficiales y miembros de la fuerza pública.

Arguyó que debe imponerse condena por concepto de sanción moratoria, pues la misma opera por la mora en el cumplimiento de las obligaciones del trabajador y se extiende hasta la fecha en la cual fue firmada el acta final del proceso liquidatorio de Caprecom, por lo que debe ser condenada la entidad por este concepto desde el 16 de enero de 2016 y el 27 de enero de 2017, suma que en todo caso deberá ser indexado para

que no pierda su valor adquisitivo. Finalmente, señaló que debe ser revisada la absolución respecto de las primas extralegales pactadas en la convención colectiva.

A su turno, **la demandada** argumentó en la apelación que la sentencia debe ser revocada, por cuanto si bien en el juez consideró que los contratos de prestación de servicios se suscriben con personas que tengan conocimientos técnicos especializados o que tengan que asumir las funciones del personal de planta cuando este sea inexistente, lo cierto es que CAPRECOM llegó a su liquidación porque no tenía personal suficiente para atender las labores o los objetivos del giro normal del negocio.

Argumentó que de no ser procedente la no declaración de la existencia del contrato deben ser revocadas las condenas por concepto de derechos convencionales, pues fue aportado documento que no cuenta con los requisitos legales comoquiera que no reposa la constancia de depósito, lo único que hay es un sello, tampoco se encuentra el certificado de vigencia. De otra parte, solicita revisar los extremos laborales, pues los mismos no pueden ser 2012 a 2016, dado que no existieron interrupciones, adicionales a las señaladas por el Juez.

Arguyó que el auxilio de transporte convencional no es reconocido a todos los trabajadores en CAPRECOM, siendo el criterio el acogido por el despacho que corresponde a una prestación legal que si bien se encuentra en la convención colectiva la misma proviene del Acuerdo 070 de 1970, donde algunos trabajadores oficiales no obtuvieron los beneficios existentes en la actualidad. Alegó que, aunque se dio la terminación unilateral del contrato de trabajo por parte de la entidad, esta debe ser absuelta de pagar la indemnización por despido injusto.

Solicitó sin argumento alguno, revisar la liquidación de las condenas y tener en cuenta las condiciones del demandante quien tenía todo el conocimiento de la forma de contratación, con la cual se vinculó y quien por pura deducción con puede concluir que existió un contrato de trabajo y solicitar indemnizaciones moratorias.

#### **IV. DEL GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA**

De conformidad con el artículo 69 del Código de Procedimiento del Trabajo y la Seguridad Social, al ser la sentencia de primera instancia adversa a Caprecom entidad de la cual es garante la Nación, es procedente abordar su estudio también en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

Para resolver el recurso presentado, los Magistrados, previa deliberación, exponen las siguientes:

#### **V. CONSIDERACIONES**

Corresponde a la Sala determinar si entre las partes existió un verdadero contrato de trabajo.

##### **1. De la existencia del contrato de trabajo**

Frente al particular, anota la Sala que el contrato de trabajo a la luz del artículo 2 del Decreto 2127 de 1945, se configura cuando concurren la: 1) actividad personal del trabajador; 2) dependencia del trabajador respecto del empleador, que le otorga a éste la facultad de imponerle un reglamento, darle órdenes y vigilar su cumplimiento, y 3) un salario como retribución del servicio. A su vez, el artículo 20 del Decreto 2127 de 1975 dispone que el contrato de trabajo se presume entre quien presta cualquier servicio personal y quien lo recibe o aprovecha, por lo que corresponde a este último destruir la presunción. Es decir, basta al trabajador demostrar la prestación del servicio para que se presuma la existencia de dicho vínculo laboral subordinado.

Bajo ese horizonte, una vez reunidos los tres elementos, el contrato de trabajo no deja de serlo por virtud del nombre que se le dé, tampoco por las condiciones particulares que le asigne el empleador, ni por las modalidades de la labor o por el tiempo que en su ejecución se invierta, ni del sitio en donde se realice, así sea el domicilio del trabajador, ni de la

naturaleza de la remuneración, sea en dinero o en especie, o el sistema de pago ni de cualquier otra circunstancia, pues, así lo dispone el artículo 3º del referido precepto legal.

Igualmente, es bueno poner de presente que la Corte Constitucional en la sentencia C-154 de 1997, al estudiar la constitucionalidad del numeral 3º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, refiere acerca de las características del contrato de prestación de servicios y sus diferencias con el contrato de trabajo, para lo cual precisa que: *“la contratación de prestación de servicios se puede efectuar cuando las actividades de la administración no puedan desarrollarse con personal de planta o cuando sea necesaria la ejecución de labores por parte de una persona natural en razón de su experiencia, capacitación y formación profesional, prestación que si bien está relacionada con actividades inherentes al funcionamiento de la entidad, debe ser temporal y existir autonomía e independencia del contratista desde el punto de vista técnico y científico”*.

Frente a la actividad misional permanente, encontramos el artículo 1º del Decreto 2025 de 2011, el cual lo define como: *“...aquellas actividades o funciones directamente relacionadas con la producción del bien o servicios característicos de la empresa”*.

Para el presente caso, se advierte que el artículo 3º de la Ley 314 de 1996 consagra entre las funciones de Caprecom, en los literales a) y b), las siguientes:

a) *Desarrollar las funciones asignadas a las Empresas promotoras e Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud en la Ley 100 y demás normas que la reglamenten, adicionen, modifiquen o deroguen,*

b) *Ejercer la actividad contractual para el cabal cumplimiento de sus objetivos;*

[...]

Claro lo anterior, se tiene que la demandada certifica que el 12 de enero de 2016, que el accionante prestó sus servicios personales como profesional universitario en el área jurídica de la entidad, en la ejecución de funciones relacionadas con la elaboración y trámite de la legalización de contratos asignados previa verificación del cumplimiento de requisitos legales, elaborar las prórrogas y adiciones asignadas, estudiar las garantías constituidas por los contratistas y su aprobación por parte del ordenador del gasto, elaborar certificaciones contractuales y prestar apoyo legal en lo que le fuere solicitado e incorporar información en las bases de datos de contratación requerida por los diferentes organismos de control (f.º 29 a 31). El contenido de este certificado guarda correspondencia con lo consignado en los contratos de prestación de servicios de folios 32 a 67 y 74 a 78.

La valoración de los referidos contratos, a la luz de las normas relacionadas en forma precedente, llevan a la Sala a concluir que la labor desarrollada por el promotor del juicio al servicio de Caprecom, como profesional especializado - abogado del Área Jurídica, era una actividad misional de la entidad, pues estaba relacionada con la actividad contractual misma, sin la cual, aquella no podía en manera alguna, desempeñar sus funciones. Paralelamente, la suscripción sucesiva y prolongada de múltiples contratos de prestación de servicios, devela que la vinculación del demandante no obedecía a una circunstancia excepcional y transitoria, sino permanente en el desarrollo del objeto de la entidad (CSJ SL 15964-2016).

Bajo ese panorama, dado que la actividad prestada por el actor hacía parte de la actividad misional de Caprecom, debe darse aplicación al artículo 63 de la Ley 1429 de 2010, el cual dispone que: *“El personal requerido en toda institución y/o empresa pública y/o privada para el desarrollo de las actividades misionales permanentes no podrá estar vinculado a través de Cooperativas de Servicio de Trabajo Asociado que hagan intermediación laboral o bajo ninguna otra modalidad de vinculación que afecte los derechos constitucionales, legales y prestacionales consagrados en las normas laborales vigentes”* (subraya fuera del texto).

Por tanto, es evidente que Caprecom disfrazó el contrato de trabajo que lo ataba con el demandante, pues acudió a una forma de vinculación inadecuada, como el contrato de prestación de servicios para servirse de un trabajo que hacía parte de su actividad misional, por lo que debía contratarlo directamente, sin que el hecho de estar próxima la liquidación de la entidad le sirva de justificación para adelantar este tipo de contrataciones como se pretende en la apelación. En consecuencia, tal como concluyó el *a quo*, entre las partes si existió un verdadero contrato de trabajo conforme al principio de la primacía de la realidad sobre las formas regulado desde la Ley 6ª de 1945 y su Decreto Reglamentario 2127 del mismo año, así como en el artículo 53 de la Constitución Nacional.

## **2. De los extremos de la relación laboral y la prestación continua del servicio**

Sea lo primero señalar que el juez declaró la existencia de un verdadero contrato de trabajo entre las partes desde el 31 de mayo de 2012 hasta el 15 de enero de 2016, sin que las partes hayan manifestado inconformidad frente a los mismos, por lo que el Tribunal en el grado jurisdiccional de consulta, solamente se ocupará de verificar si entre dichos extremos la prestación personal se dio de manera continua.

Pues bien, conforme a los certificados emitidos por Caprecom el 15 de abril de 2013 (f.º 60) y el 12 de enero de 2016 (f.º 29 a 31) y los contratos de prestación de servicios (f.º 32 a 66 y 74 a 78) se tiene que el demandante prestó sus servicios a la entidad así:

Fecha de inicio	Fecha fin	Folio
1º de junio de 2012	30 de junio de 2012	Certificación f.º 29 a 31
1º de julio de 2012	31 de agosto de 2012	Certificación f.º 29 a 31
5º de septiembre de 2012	31 de marzo de 2013	Certificación f.º 73 y contrato de fecha 3 de septiembre de folios 74 a 78
15 de marzo de 2013	30 de noviembre de 2013	Certificación f.º 29 a 31

1º de diciembre de 2013	31 de diciembre de 2013	Certificación f.º 29 a 31
7º de enero de 2014	27 de junio de 2014	Certificación f.º 29 a 31, el contrato fue suscrito el 2 de enero de 2014
1º de julio de 2014	31 de diciembre de 2014	Certificación f.º 29 a 31
5 de enero de 2015	30 de junio de 2015	Certificación f.º 29 a 31
24 de junio de 2015	16 de enero de 2016	Certificación f.º 29 a 31, el vencimiento del contrato estaba previsto para el 31 de enero de 2016

Como se ve entre uno y otro contrato se presentaron algunas interrupciones de días, no obstante ello, no conduce a la Sala a concluir que la prestación del servicio fue interrumpida, como quiera que la testigo convocada por la parte demandante señora Denis Yamile Mora Hoyos quien fue compañera de trabajo del accionante, afirmó que este estaba vinculado como profesional en la oficina jurídica de la Regional Bogotá, realizaba los estudios previos de toda la contratación que se requería a nivel territorial y que la prestación del servicio fue continua. También precisa que entre la terminación de un contrato de prestación de servicios y la suscripción del siguiente continuaban con la labor y la firma se podía demorar 15 o 20 días, incluso, a veces un mes, pero ellos continuaban con la prestación de los servicios, circunstancias que le constan porque eran compañeros de oficina y tenían funciones compartidas, pues el deponente apoyaba el tema de contratación, adiciones, prórrogas y tutelas, además, señaló que tenían la misma jefe y era quien les hacía el reparto de trabajo señora Nuria Barón.

En ese horizonte, resulta evidente que, si bien entre uno y otro contrato, en algunas oportunidades medió interrupción de algunos días que nunca excedieron de 5 días, lo cierto es que el demandante continuó con la prestación de sus servicios a la entidad e incluso se suscribieron contratos con fecha de inicio anterior a la fecha de finalización del vínculo precedente, los que denota por demás que la suscripción de los contratos podía presentar demoras.

En asuntos similares al ahora atendido por el Tribunal, la Corte Suprema de Justicia ha considerado que los períodos de tiempo tan cortos, entre uno y otro contrato, no son más que interrupciones aparentes que no desvirtúan la existencia de una sola relación laboral. Así por ejemplo en sentencia SL981-2019, puntualizó:

*“En torno al desarrollo lineal y la unidad del contrato de trabajo, resulta pertinente recordar que cuando entre la celebración de uno y otro contrato median interrupciones breves, como podrían ser aquellas inferiores a un mes, estas deben ser consideradas como aparentes o meramente formales, sobre todo cuando en el expediente se advierte la intención real de las partes de dar continuidad al vínculo laboral, como aquí acontece. Así lo ha sostenido la Corte, entre otras, en sentencia CSJ SL4816-2015:*

*(...) esta Sala de la Corte ha expresado que las interrupciones que no sean amplias, relevantes y de gran envergadura, no desvirtúan la unidad contractual, ella ha sido bajo otros supuestos, en los que se ha estimado que las interrupciones por 1, 2 o 3 días, e incluso la mayor de apenas 6 días, no conducen a inferir una solución de continuidad del contrato de trabajo real (...) (CSJ SL. 15 feb, 2011, rad. 40273). (Subraya fuera del texto)*

Conforme a lo anterior, en el presente asunto es dable declarar la existencia de un verdadero contrato de trabajo entre las partes desde el 1º de junio de 2012, pues si bien el contrato se suscribió el 31 de mayo de 2012, lo cierto es que su ejecución inició el 1º de junio de 2012, por lo que en este punto será modificado el fallo analizado en grado jurisdiccional de consulta. De otro lado, el extremo final 16 de enero de 2016, es el solicitado en la demanda y se tiene como tal pues mediante misiva del 14 de enero de 2016, la entidad comunicó la decisión de finalizar el vínculo a partir de la fecha en que fuera recibida la comunicación, sin que la entidad haya probado que se dio en la misma calenda en que se emitió el escrito o en una fecha posterior a la indicada en el escrito introductorio.

### **3. De los salarios**

Establecida la existencia del contrato de trabajo y verificada la prestación continua de los servicios entre el 1º de junio de 2012 y el 15 de enero de 2016, encuentra la Sala probado conforme a los certificados de

folios 29, 30 y 60, que el salario devengado por la actora entre el 1º de junio de 2012 y el 30 de noviembre de 2013 ascendió a \$ 3.502.734 y desde el 1º de diciembre de 2013 al 15 de enero de 2016 a \$4.490.682, no obstante, el Juez determinó que el salario para todo el año 2013 ascendía a la suma de \$3.502.734, sin que tal conclusión hubiese merecido reparo a la parte actora, por lo cual no puede ser modificada la decisión ahora, además, porque se surte el grado de consulta en favor de la entidad.

#### **4. De las prestaciones legales**

Como quiera que la demanda se tuvo por no contestada, las prestaciones serán liquidadas teniendo en cuenta el periodo total de prestación del servicio.

##### **4.1. De las cesantías**

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 17 de la Ley 6º de 1945, los artículos 1º y 2º del Decreto 1160 de 1947 y el artículo 13 de la Ley 344 de 1996, el demandante en su calidad de trabajador oficial tiene derecho al reconocimiento de un mes de salario por cada año de servicios prestados o proporcionalmente por la fracción. Realizadas las validaciones correspondientes la suma a cancelar por este concepto será de \$14.714.471,25, la que resulta superior a la determinada por el juez de conocimiento que lo fue de \$14.620.920 y no controvertida por la parte demandante, en ese sentido no se modifica la decisión.

##### **4.2. De las vacaciones no disfrutadas**

Dispone el artículo 8º de Decreto 3135 de 1968 en lo que importa al proceso, que los trabajadores oficiales disfrutaran de 15 días de vacaciones por cada año de servicios prestados. A su vez, la Ley 995 en su artículo 1º establece que los empleados públicos, trabajadores oficiales y trabajadores del sector privado que finalicen sus contratos de trabajo, sin que hubieren causado las vacaciones por año cumplido, tendrán derecho a que estas se

les reconozcan y compensen en dinero proporcionalmente por el tiempo efectivamente trabajado.

Así las cosas, realizadas las validaciones correspondientes el demandante tiene derecho al pago de \$7.357.235,63 por el concepto analizado, esto es, una suma inferior a la determinada en primera instancia que lo fue de \$8.139.361, por lo que se modificará en este punto la decisión por analizarse la sentencia en grado jurisdiccional de consulta.

#### **4.3. De la prima de vacaciones**

Al punto, determina el artículo 25 del Decreto 1045 de 1978, que la prima de vacaciones *“será equivalente a quince días de salario por cada año de servicio”*. Además, el mismo precepto legal en su artículo 29 refiere que esta prestación no se pierde en los casos en que se autorice el pago de vacaciones en dinero. Por lo anterior, la demandada deberá pagar al actor por este concepto la suma de \$7.357.235,63, suma inferior a la determinada por el *a quo* que lo fue de \$8.139.361, por tal motivo, también se modificará en este punto la decisión, como quiera que la decisión se analiza en grado de consulta en favor de la entidad.

#### **4.4. De la prima de Navidad**

Al tenor de lo previsto en el artículo 11 del Decreto 3135 de 1968, adicionado por el artículo 1º del Decreto 3148 del 1968 *“Todos los empleados públicos y los trabajadores oficiales tendrán derecho a una prima de navidad equivalente a un (1) mes del sueldo que corresponda al cargo en treinta (30) de noviembre de cada año, prima que se pagará en la primera quincena del mes de diciembre”*. El citado precepto excluye de esta prima a quienes en virtud de pactos, convenciones, laudos o reglamentos tengan derecho a primas anuales similares. En ese sentido en el artículo 50 de la convención colectiva se consagra el reconocimiento de la prima de navidad a razón de 15 días de salario adicionales a los que se venían pagando, como quiera que la Sala desconoce los días que se venían cancelando, se concederá la prestación legal por resultar más favorable.

Bajo este entendido, la demandada deberá cancelar al actor el monto de \$ 14.714.471,25, suma que resulta superior a la determinada en la sentencia objeto de consulta que correspondió a \$14.620.915, pero que no fue objeto de apelación por la parte accionante, por tanto, se confirma la sentencia analizada en este aspecto.

### **5. De las prestaciones convencionales**

Probada la calidad de trabajador oficial del demandante este tiene derecho a la aplicación de la convención colectiva por extensión.

Ahora, el artículo 469 del Código sustantivo de Trabajo dispone que la convención colectiva debe celebrarse por escrito y se extenderá en tantos ejemplares cuantas sean las partes y uno más, que se depositará necesariamente en el Departamento Nacional de Trabajo, a más tardar dentro de los quince (15) días siguientes al de su firma. **Sin el cumplimiento de todos estos requisitos la convención no produce ningún efecto.**

En tal virtud, en cuanto a pretensiones convencionales es deber del demandante aportar el escrito de la convención colectiva, inclusive en copia simple, junto con su constancia de depósito en tiempo ante el Ministerio de Trabajo como lo dispone el artículo 469 del Código Sustantivo del Trabajo, pues está en una solemnidad que necesariamente debe ser demostrada en el proceso, si se pretende derivar algún efecto jurídico a la convención.

En el caso bajo examen, la parte actora cumplió con la carga de demostrar la existencia de la convención colectiva y además aportó como lo exige la ley, la respectiva constancia de depósito, como se colige del CD de folio 277. Conviene señalar que el demandante relacionó dentro de los medios de prueba estos documentos, además precisa que habían sido solicitados mediante derecho de petición radicado ante el Ministerio de Trabajo y en la audiencia correspondiente el juez de primera instancia requirió a la parte para que allegara los mismos antes de surtirse la

audiencia de trámite y juzgamiento, lo cual fue acatado como se desprende del contenido de los folios 276 a 284.

Así las cosas, pasa la Sala analizar la procedencia del reconocimiento de cada una de las prestaciones otorgadas por el *a quo*.

### **5.1. De la prima convencional de junio**

Dispone el artículo 49 de la Convención Colectiva el reconocimiento de 15 días de salario, no constitutivos de salario. Como quiera que el Juez condenó a la demandada a pagar por este concepto \$6.620.055, mantendrá la decisión por resultar el monto calculado por la Sala superior.

### **5.2. De la prima de retiro convencional**

Dispone el artículo 58 de la Convención Colectiva el pago de dos meses de salario. Por ello, la demandada deberá cancelar la suma de \$8.981.364,00 la cual resulta igual a la determinada por el juzgado, por lo que será confirmada.

### **5.3 De la bonificación por recreación**

Dispone el artículo 64 de la Convención Colectiva el pago de tres días de salario como bonificación especial con ocasión del disfrute de las vacaciones. Como se ve esta prestación se genera por el disfrute de las vacaciones, lo que no sucedió en el presente asunto en el cual se están compensando en dinero, por lo que estima la Sala que no hay lugar a su reconocimiento, debiendo ser revocada esta condena, para en su lugar, absolver a la demandada de este rubro.

### **6. De la indemnización por despido injustificado**

Al punto, se tiene de conformidad la comunicación de folio 28 adiada del 14 de 2016, la demandada puso fin al contrato en los siguientes términos:

*“Mediante Decreto 2519 del 28 de diciembre de 2015, se suprimió y ordenó la liquidación de la CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL DE COMUNICACIONES “CAPRECOM” EICE. En virtud del artículo 5º de mencionado Decreto se terminarán todos los contratos o convenios interadministrativos suscritos por la entidad, razón por la cual su contrato de prestación de servicios No. OR11-459/15 termina a partir de la fecha de recibo de la presente comunicación”*

Ahora, de conformidad con el artículo 21 de la Convención Colectiva la entidad podía celebrar todas las modalidades de contratos previstas en la ley, para lo cual precisa en el inciso segundo del citado artículo que:

*“Con el objeto de procurar la estabilidad laboral los contratos que suscriba la Entidad con sus trabajadores oficiales, vinculados a la planta de personal existente serán celebrados a término indefinido sin solución de continuidad”*

De otro lado, debe considerarse que el párrafo 3º del artículo en comento dispone que *“CAPRECOM no dará por terminados contratos sin justa causa”*.

Conforme a lo anterior, el contrato del demandante ha de tenerse a término indefinido, en ese entendido para poder darse por finalizado era necesario invocar alguna de las justas causas previstas en el artículo 7º del Decreto 2351 de 1965, conforme lo prevé el párrafo 3º del artículo 21 convencional.

Ahora bien, dispone el artículo 51 del Decreto 2127 de 1945 que *“Fuera de los casos a que se refieren los artículos 16, 47, 48, 49 y 50, la terminación unilateral del contrato de trabajo por parte del patrono, dará derecho al trabajador a reclamar los salarios correspondientes al tiempo que faltare para cumplirse el plazo pactado o presuntivo, además de la indemnización de perjuicios a que haya lugar”*.

Frente a la interpretación de los citados preceptos, la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 13130-2017, puntualizó que:

*“Se anota lo anterior, porque examinado el alcance del artículo 51 del Decreto 2127 de 1945, no encuentra la Sala que el Tribunal lo haya interpretado con error, pues dicho precepto, que regula la indemnización de perjuicios derivada del despido injustificado del trabajador oficial, prevé como posibles resarcimientos, el lucro cesante, esto es, el pago de los salarios dejados de percibir por el tiempo que restaba para cumplir el plazo pactado o presuntivo, y el daño emergente, y los demás que se llegaren a producir con la ruptura del vínculo, solo que condicionando el reconocimiento de los últimos, a la acreditación por el trabajador oficial de su causación, sin que sea aplicable o extensible, como lo quiere hacer ver la censura, el artículo 64 del CST, pues el texto de la normativa en comento de ninguna manera lo prevé”*

En ese horizonte, establecido que entre las partes en realidad existió un contrato de trabajo a término indefinido, la indemnización tendría que ser estimada en atención al plazo presuntivo, no obstante, en la convención colectiva las partes acordaron en el parágrafo 1º del artículo 21 que: *“A los contratos que celebre CAPRECOM a término indefinido no se les aplicará el plazo presuntivo”* por lo que no es dable a la Sala contradecir la norma convencional que ha sido tomada en consideración en su tenor literal para reconocer derechos al trabajador en este proceso.

De otro lado, como quiera que el demandante no demuestra los perjuicios ocasionados con la ruptura del vínculo, no hay lugar a reconocer suma alguna imputable a indemnización por despido injustificado, por lo que la sentencia analizada en grado jurisdiccional de consulta debe ser revocada en este punto y así se indicará en la parte resolutive de esta providencia.

#### **7. De la indexación**

Como quiera que el demandante no está llamado a sufrir las consecuencias negativas de la pérdida del valor adquisitivo del dinero por

el paso del tiempo, la demandada deberá indexar las condenas desde la finalización del contrato hasta que se verifique el pago de la obligación.

### **8. Del pago de aportes a seguridad social**

Ahora, dado que los aportes al sistema de seguridad social integral son connaturales a la relación de trabajo subordinada, es procedente condenar a la enjuiciada a cancelar las cotizaciones al sistema de pensiones, como acertadamente concluyó el juzgado en el porcentaje que por ley corresponda, por la totalidad de la duración de la relación de trabajo. Para el efecto, se tendrán como salario base de cotización entre el 1º de junio de 2012 y el 31 de diciembre de 2013 \$ 3.502.734 y, desde el 1º de diciembre de 2013 y hasta el 15 de enero de 2016 \$4.490.682, según fue determinado por el juez y no controvertido por la parte actora.

## **DEL RECURSO DE APELACIÓN DE LA PARTE DEMANDANTE**

### **1. Del auxilio de transporte**

Argumenta la parte demandante en la apelación que debe ser reconocido el auxilio de transporte convencional debidamente indexado, pues el juez consideró que la convención colectiva que busca conceder mejores derechos que los otorgados por la ley a todos sus trabajadores sin importar el salario que el trabajador oficial devengara y que en la entidad casi nadie devengaba menos de dos salarios mínimos.

Sobre el asunto, se tiene que la Convención Colectiva suscrita entre Caprecom y SINTRACAPRECOM vigente para los años 1997 y 1998 dispone en su artículo 47 que:

#### ***“ARTÍCULO 47: AUXILIO DE TRANSPORTE***

*CAPRECOM reconocerá a todos sus servidores públicos el auxilio de transporte que decreta el Gobierno Nacional. Además, continuará prestando el servicio de ruta de buses”*

Al analizar la norma convencional en un caso seguido contra la misma entidad y en el que se perseguía el derecho convencional ahora analizado, la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 3023 de 2020 señaló:

*“Para este caso en particular, siguiendo el horizonte trazado en las decisiones precedentes, la Corte concluye que la redacción del artículo 47 del convenio colectivo objeto de disenso no tiene más que una lectura admisible, relativa a que el auxilio de transporte fijado en aquel acuerdo **era destinado para todos los trabajadores de la entidad**. Si bien el citado canon marcó como pórtico para su reconocimiento lo que decretara el Gobierno Nacional, ello sin lugar a dudas hacía referencia a la cifra fijada para cada año y no a sus restricciones, puesto que, de entenderse lo contrario, en nada valdría dicha estipulación convencional, cuando la entidad se va a ceñir a las reglas generales legales que consagran la prestación.” Negrilla fuera del texto.*

Conforme al criterio imperante de la Corte Suprema de Justicia, es claro que el demandante pese a devengar como remuneración una suma superior a dos salarios mínimos legales vigente, tiene derecho al reconocimiento y pago del auxilio de transporte convencional, causado desde el 1º de junio de 2012 hasta el 15 de enero de 2016, el cual asciende a \$3.111.450, como quiera que no hay lugar a declarar prescrito ninguno de ellos, al haberse dado por no contestada la demanda. En consecuencia, la sentencia de primera instancia será modificada en este punto y así se indicará en la parte resolutive.

## **2. De la indemnización por no consignación de cesantías a un fondo.**

De otro lado, señala que la demandada debe ser condenada a pagar sanción por no consignación de cesantías a un fondo, al no efectuarse este pago a lo largo de la relación laboral, conforme al Decreto 1252 del 30 de junio de 2.000, que establece el régimen de los empleados públicos, trabajadores oficiales y miembros de la fuerza pública.

Al punto, se advierte que el referido Decreto 1252 del 30 de junio de 2.000, dispone que *“los empleados públicos, los trabajadores oficiales y los*

*miembros de la fuerza pública, que se vinculen al servicio del Estado a partir de la vigencia del presente decreto, tendrán derecho al pago de cesantías en los términos establecidos en las Leyes 50 de 1990, 344 de 1996 o 432 de 1998”*

Por su parte, la Sala especializada de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL2051-2017, recordó que la sanción moratoria por la no consignación de las cesantías a un fondo en los términos del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, se aplica a los trabajadores del sector privado y no a los trabajadores oficiales, lo que hace nugatoria esta pretensión. En tal sentido, bajo ese mismo derrotero estima el Tribunal que no se equivocó el *a quo* al absolver a la demandada de pagar sanción por no consignación de cesantías a un fondo dada la calidad de trabajador oficial de demandante, por lo que no hay lugar a modificar la decisión analizada.

### **3. De las demás prestaciones convencionales no reconocidas**

Implora también el demandante revisar la absolución respecto de las primas extralegales pactadas en la convención colectiva, no obstante, no expuso los motivos de su inconformidad frente a la decisión del juez, ni argumenta las razones por las cuales el Tribunal debía reconocer las prestaciones convencionales negadas en primera instancia, por lo que la Sala se releva del estudio.

### **4. De la sanción moratoria**

Finalmente, arguye que debe imponerse condena por concepto de sanción moratoria, pues la misma opera por la mora en el cumplimiento de las obligaciones del trabajador. Precisa que la misma debe ser calculada hasta la fecha en la cual fue firmada el acta final del proceso liquidatorio de Caprecom, esto es, el 27 de enero de 2017, suma que en todo caso deberá ser indexada a partir de la fecha señalada para que no pierda su valor adquisitivo. No obstante, una vez escuchado el audio de primera instancia, el demandante antes de finalizar la audiencia solicita el uso de

la palabra para desistir de este punto de apelación, por lo que la Sala se releva de su estudio.

De conformidad con las consideraciones hasta aquí expuestas, surtido el grado jurisdiccional de consulta y en todo caso analizados los argumentos de apelación formulados por las partes, la Sala modificará la decisión analizada en la forma anunciada.

No se causan costas en el grado jurisdiccional de consulta y en esta instancia.

## VI. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

### RESUELVE:

**PRIMERO: MODIFICAR** el numeral primero de la sentencia proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 4 de octubre de 2019, en el sentido de declarar que entre Gustavo Albeiro Pinilla Pinilla y la extinta CAPRECOM existió un contrato de trabajo, pero entre el 1º de junio de 2012 y el 15 de enero de 2016.

**SEGUNDO MODIFICAR** el numeral segundo de la sentencia analizada respecto de la determinación de la condena, únicamente respecto de los siguientes conceptos:

Compensación en dinero de vacaciones.....\$7.357.235,63

Compensación en dinero de prima de vacaciones.... \$7.357.235,63

**TERCERO: ADICIONAR** el numeral segundo de la sentencia analizada, en el sentido de condenar a la demandada a cancelar al demandante por concepto de auxilio convencional de transporte la suma de \$3.111.450.

**CUARTO: REVOCAR** el numeral segundo de la sentencia, únicamente en cuanto condenó a la demandada a reconocer bonificación por recreación e indemnización por despido injustificado, para en su lugar, absolverla de estos conceptos, conforme a las consideraciones expuestas en la parte motiva.

**QUINTO: CONFIRMAR** en los demás la sentencia apelada.

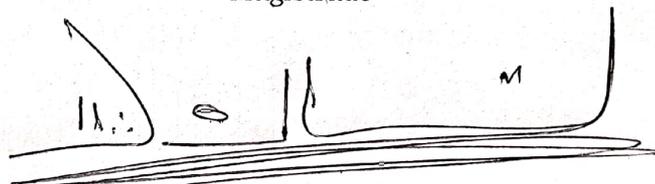
**SEXTO:** Sin COSTAS en esta instancia. Las de primera instancia estarán a cargo de la demandada.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

Intervinieron los Magistrados,



**HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA**  
Magistrado



**DAVID A. J. CORREA STEER**  
Magistrado



**ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**  
Magistrada *Solo voto parcial*



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

**HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA**

**Magistrado ponente**

**REFERENCIA:** PROCESO ORDINARIO  
**RADICACIÓN:** 110013105 009 2017 00803 01  
**DEMANDANTE:** WALTHER JACOME FLÓREZ  
**DEMANDADO:** PROCAPS S.A.

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

### **SENTENCIA**

Decide la Sala el recurso de apelación que interpuso la parte demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de esta ciudad, el 22 de octubre de 2019.

#### **I. ANTECEDENTES**

El accionante promovió demanda laboral para que se declare que desde diciembre de 2012 hasta el 22 de octubre de 2014 desempeñó conjuntamente funciones de analista de nómina y las de coordinador de relaciones laborales al servicio de la demandada. Que el salario es de \$3.511.000 y el contrato terminó por causas imputables al empleador. En consecuencia, se condene a la demandada a pagar lo correspondiente a diferencia salarial, cesantías, prima de servicios, vacaciones, aportes al sistema general de seguridad social integral, por el periodo señalado. Así mismo, al pago de la sanción moratoria consagrada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 por el pago incompleto de las cesantías, la sanción por no pago oportuno de los intereses a las cesantías, la indemnización moratoria del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, la indemnización por despido del artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo, indexación y costas.

En respaldo de sus pretensiones, narró que suscribió contrato a término indefinido con la demandada el 12 de julio de 2012, para desempeñar el cargo de analista de nómina y seguridad social. Cuenta que el 19 de noviembre de 2012 renunció la persona que se desempeñaba como coordinador de relaciones laborales, razón por la cual, la accionada lo encargó de manera temporal para asumir esas funciones, sin embargo, sostuvo que las desempeñó desde diciembre de 2012 hasta el 22 de octubre de 2014, fecha en que renunció, pues estimó que la remuneración era desigual frente al cumplimiento de dos cargos.

Refirió que en desarrollo de sus funciones como coordinador, debía planificar y ejecutar las actividades y planes de bienestar para la ciudad de Bogotá; administración de beneficios económicos; control y entrega de bonos de antigüedad; desarrollo de procesos disciplinarios; apoyo a la Dirección de Relaciones Laborales; elaboración de informes e indicadores para esa dirección; control, validación y gestión de autorización de retiros de cesantías; control, programación y seguimiento de proceso de visitas domiciliarias a diferentes ciudades; todo con el salario de \$2.150.000, cuando el cargo de coordinador de relaciones laborales tenía un salario de \$3.511.000. Que conforme lo anterior, recibió de forma incompleta sus prestaciones sociales, sus aportes al sistema general de seguridad social se efectuaron no se hicieron de manera completa y, que, además, la demandada le efectuó deducciones no autorizadas y prohibidas por la norma laboral.

Relató que el 22 de octubre y 9 de diciembre de 2014 elevó solicitudes de reconocimiento y pago de acreencias laborales, las cuales fueron resueltas el día 24 de octubre y 26 de diciembre de 2014 respectivamente, de manera negativa. Y que el 25 de febrero de 2015 ante el Ministerio de Trabajo, se celebró audiencia de conciliación que se declaró fracasada (f.º 706 a 718).

Al dar respuesta a la demanda, la convocada a juicio se opuso a las pretensiones. En cuanto a los hechos, aceptó el relativo a la naturaleza del contrato, el extremo inicial, el cargo para el que fue contratado, la

petición y la respuesta del 9 y 26 de diciembre de 2014 respectivamente. Frente a los demás, dijo no ser ciertos.

Señaló, que el 12 de julio de 2012 el actor fue contratado para el cargo de analista de nómina y seguridad social, pero que en agosto de 2014 se modificó la denominación del cargo, pasando a ser analista de nómina y beneficios. Indicó que cumplió con el pago de las acreencias laborales y aportes al sistema de seguridad social integral. En su defensa, propuso la excepción previa de prescripción y las de fondo de falta de causa; inexistencia de las obligaciones demandadas; cobro de lo no debido; buena fe y prescripción (f.º 799 a 819)

## II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 22 de octubre de 2019, absolvió a la demandada de todas las pretensiones incoadas en su contra, declaró probada la excepción de inexistencia de las obligaciones demandadas y cobro de lo no debido y, condenó en costas (\$300.000) al demandante (f.º 836 - 837).

En sustento de su decisión, indicó que no había discusión sobre la existencia del contrato de trabajo a término indefinido, así como tampoco los extremos laborales y el cargo para el que fue contrato el demandante. Sostuvo que conforme la prueba documental y testimonial, el actor no desempeñó el cargo de coordinador de relaciones laborales, pues una vez ese cargo quedó vacante, el actor solo sirvió de apoyo en algunas actividades, pues casi todas las funciones del mismo fueron redireccionadas a la ciudad de Barranquilla. Manifestó, que el empleador por disposición legal tenía la facultad de modificar o variar las condiciones en que se ejecuta el contrato, como adicionar tareas, sin que eso comporte menoscabo de los derechos del trabajador; por ello, las labores que reclama el actor que no eran de su obligación, si eran propias del área en la que el demandante desempeñaba su cargo. Por tanto, la demandada había cancelado los emolumentos laborales de manera correcta.

Dijo frente a la terminación del contrato, que en la demanda se adujo que lo fue por causas imputables al empleador, pero que conforme la misiva de renuncia, la terminación del contrato por parte del trabajador se daba por el retiro acaeció porque tenía una mejor oferta laboral.

### III. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme la parte demandante interpuso recurso de apelación, para ello, enfocó el mismo en dos puntos. El primer motivo de inconformidad que expuso radica en que no aceptaba el concepto del *ius variandi* porque este debía darse en condiciones de temporalidad, razonabilidad y trámite justificado, y no de manera caprichosa y deliberada. Hizo mención a la desigualdad probatoria, que al no haberse aportado el manual de funciones de quien fungió como coordinador de relaciones laborales con el que se pretendía demostrar la aplicación del artículo 143 del Código Sustantivo del trabajo, al juez solo le quedaba como trámite comparativo acudir a lo señalado en los hechos 2.1.14 a 2.1.23, con los que la parte demandante acreditó que esas funciones eran las propias del coordinador. Dijo que con los testigos sí aclara que el actor fue el encargado de la coordinación de relaciones laborales.

En el segundo argumento, señala que la carta de terminación la entregó el 20 de octubre, pero en el correo del 21 del mismo mes se evidencia que su molestia radicaba en el hecho de que no había tenido la posibilidad de ascender dentro de la empresa y que no le hubiesen concretado el tema de la coordinación, lo que acreditaba el despido indirecto. Piensa, que la demandada distrajo al *a quo* para que no advirtiera la necesidad de aportar el manual de funciones del coordinador de relaciones laborales.

Para resolver el recurso presentado, los Magistrados, previa deliberación, exponen las siguientes:

#### IV. CONSIDERACIONES

Esta Colegiatura procede a desatar la alzada, según lo previsto en el artículo 66A del Código de Procedimiento del Trabajo y de la Seguridad Social.

##### 1. Del *Ius Variandi*

El recurrente en la alzada manifiesta que no acepta el concepto del *ius variandi* porque la doctrina ha señalado que debe presentarse en condiciones de temporalidad, razonabilidad y trámite justificado, y que no puede hacerse de manera caprichosa, sin precisar de manera clara y específica las razones de su inconformidad con la providencia apelada, como se exige para la sustentación de este medio de impugnación, conforme los incisos 2 y 3 del numeral 3º del artículo 322 del Código General del Proceso. No obstante, en una visión más amplia, la Sala adopta el estudio de este punto de apelación en armonía con lo relatado en la demanda, en donde se hace mención a la asignación de funciones del coordinador de relaciones laborales.

Para ello, resulta necesario precisar que la figura del *Ius Variandi* se ha entendido como la potestad en cabeza del empleador para modificar o variar las condiciones iniciales del trabajo, no obstante, esta facultad tiene unos límites preestablecidos por la jurisprudencia, al no ser absoluta y debe tener un carácter condicional con respeto de los derechos fundamentales y la dignidad humana del trabajador; tal y como lo ha manifestado el máximo órgano de la jurisdicción laboral en sentencia con radicación 44155 del 26 de junio de 2012, al señalar que<sup>1</sup>:

*“Conviene recordar que esta Sala de la Corte ha sostenido invariablemente en su jurisprudencia que el poder subordinante que tiene el empleador, de donde nace el “ius variandi”, esto es, la facultad de variar las condiciones iniciales de trabajo, no puede ser ejercido de manera omnimoda y arbitraria, pues tiene sus límites en los derechos propios del trabajador, por lo que su ejercicio siempre ha de obedecer a razones objetivas y válidas, sean de orden técnico u operativo que lo hagan ineludible o, al menos, justificable”*

<sup>1</sup> M.P. Francisco Javier Ricaurte Gómez

En este orden de ideas, se concluye que el uso de esta potestad en cabeza de empleador debe guardar unos límites determinados donde el ejercicio laboral del trabajador se debe efectuar en condiciones dignas y justas, con respeto de los derechos de sus subordinados los cuales tienen la dirección para exigir las garantías mínimas para el desarrollo de sus labores, junto con los principios fundamentales del derecho al trabajo, consagrados en el artículo 53 Constitucional.

Al descender al asunto que nos convoca, se advierte que el demandante fue contratado para el cargo de “Analista de nómina y seguridad social” mediante contrato de trabajo a término indefinido (f.º 732-734), acto desde el cual el demandante aceptó los cambios de oficio que decidiera el empleador, sin que sus condiciones laborales fueran desmejoradas, pues así se consignó en la cláusula segunda del referido acuerdo de voluntades.

De ahí, que a partir de agosto de 2014 la denominación del cargo que desempeñaba el gestor varió a “Analista de nómina y beneficios”, conforme se advierte de la comunicación de folio 744, lo que trajo consigo la variación de algunas de sus funciones, en la que se encontraba, que debía ser “apoyo en procesos”. Sin embargo, se duele el actor es que a partir de la renuncia del coordinador de relaciones laborales que lo fue en noviembre de 2012, éste debió asumir además de su rol de analista de nómina, las funciones del cargo que quedó acéfalo.

Pese a la anterior afirmación, no es posible tener por acreditada esa circunstancia, pues las funciones que aduce desempeñaban correspondían al cargo de coordinador de relaciones laborales, son realmente al de analista de nómina y beneficio, como se explica en el siguiente cuadro:

	<b>Funciones que desempeño y afirma corresponden al cargo de Coordinador de Relaciones Laborales</b>	<b>Funciones y responsabilidades del cargo de Analista de nómina y beneficios</b>
1.	Planeación y ejecución de	Brindar soporte en planeación y ejecución del

	actividades y planes de bienestar para Bogotá	plan de bienestar anual (f.° 746)
2.	Administración de beneficios económicos	Recibir los formatos de auxilios económicos (lentes, nacimiento, matrimonio, fallecimiento y educativo) y verificar que los trabajadores cumplan con los requisitos requeridos para liquidar oportunamente el beneficio.  Grabar en Kactus las solicitudes de beneficios económicos para su pago en nómina y enviar reporte de beneficios cargados al cierre de cada mes al coordinador de Bienestar Laboral. (f.° 746)
3.	Control y entrega de bonos de antigüedad	Realizar la entrega de los bonos de antigüedad del personal operativo de las plantas y remitir los respectivos soportes al Coordinador de Bienestar Laboral. (f.° 746)
4.	Desarrollo de procesos disciplinarios	Apoyar en los procesos disciplinarios según direccionamiento por parte de la Dirección de Relaciones Laborales y la Coordinación de Nómina. (f.° 747)
5.	Elaboración de informes e indicadores del área para la Dirección de Relaciones Laborales.	Presentar informes mensuales con los indicadores definidos, y proponer acciones y planes de mejora. (f.° 748)
6.	Control validación y gestión de autorización de retiros de cesantías.	Recibir y gestionar las solicitudes de retiro parcial de cesantías, con todos los documentos soportes según la norma, elaborar la carta de retiro, grabar las cesantías en kactus, realizar seguimiento a la legalización de las mismas presentando los documentos soportes y enviar a la oficina de Bienestar para la firma y los documentos a la HV. (f.° 746)
7.	Control, programación y seguimiento de proceso de visitas domiciliarias para las ciudades de Bogotá, Cali, Bucaramanga, Pereira, entre otras.	Realizar programación y seguimiento a través de la firma definida para las visitas domiciliarias para personal directo y suministrado, para los candidatos de Bogotá, regionales y alrededores cumpliendo la normativa vigente. Reportar a Nómina el concepto de apto por visita domiciliaria, presentando el informe para archivo en HV.

		(f.º 746)
8.	Control de niveles de endeudamiento y pre aprobación de créditos de libranza con el banco Davivienda y cajas de compensación	Realizar niveles de endeudamiento para pre aprobados de créditos de Davivienda y cajas de compensación, enviar base de datos soporte junto con las libranzas para la firma de la Coordinadora de Bienestar Laboral. (f.º 748)

Deviene entonces, que las supuestas funciones que realizaba el demandante y que soportan la tesis de asignación adicional de labores del coordinador de relaciones laborales, corresponden a las del cargo para el cual fue contratado Walter Jácome Flórez.

## 2. Trabajo igual Salario Igual y la carga de la prueba

Ahora, si lo que busca el promotor de la acción es la aplicación del principio de *"trabajo igual, salario igual"*, al considerar que desempeñaba las mismas funciones que el Coordinador de Relaciones Laborales, es necesario examinar si la diferencia salarial existente obedece a razones meramente objetivas, o si, por el contrario, constituye un trato discriminatorio motivado eventualmente en circunstancias subjetivas por parte del empleador. De tal modo, que por no ser de aplicación automática dicho precepto, debe determinarse en cada caso particular y concreto, si los cargos tienen funciones idénticas, son desempeñados por trabajadores que se encuentran en un mismo plano de igualdad en cuanto a su eficiencia, calidad y cantidad de trabajo, experiencia en las actividades que ejecuta, es decir, su antigüedad, así como su nivel profesional o académico, entre otros, criterios.

En ese sentido, el estudio de la nivelación salarial como la que aquí se reclama, debe surtir el análisis de los siguientes requisitos: **a)** La identidad de funciones con referencia a una persona específica, en una misma dependencia, por trabajos equivalentes; **b)** La igualdad en las condiciones de eficiencia, en el desempeño del mismo oficio, con respecto a una persona en particular que perciba mejor remuneración salarial que el actor; y **c)** La realización en igual cantidad y calidad del trabajo.

Aspectos que para el presente estudio no es posible determinar, pues al plenario no se allega si quiera el manual de funciones del cargo de Coordinador de Relaciones Laborales frente al cual se solicita la igualdad, carga de la prueba que le correspondía al demandante a la luz de lo consagrado en el artículo 167 del Código General del Proceso, o si no era posible hacerlo, por lo menos debió solicitar en la oportunidad procesal correspondiente - demanda o su reforma - para que la demandada lo aportara, lo cual una vez verificado el escrito de demanda no se avizora haya sido solicitado.

Y no es posible que se le traslade a la parte pasiva o a la misma autoridad judicial una obligación probatoria que es del resorte de la parte accionante, como al parecer lo pretende la apelante cuando señala que *“la empresa logró distraer la atención del juzgador de primera instancia para que no se viera necesario la aportación del manual de funciones de quien fuera el coordinador antes de la designación de funciones al demandante”*, por lo que debe asumir la responsabilidad de su labor probatoria.

Tampoco es admisible la tesis de la apelante, según la cual al no estar aportado el manual de funciones del Coordinador de Relaciones Laborales, con el solo relato de los hechos debía entenderse que el actor sí realizaba las funciones de esa coordinación, pues no basta con la simple afirmación, pues como se dijo, son aspectos que deben probarse, lo cual además aquí no ocurrió ni siquiera con la prueba testimonial, como quiera que contrario a lo afirmado por la activa en el recurso, los testigos Mónica Lopera, Sandra Tinjaca y Paula Tarazona fueron coincidentes al señalar que el una vez renunció el señor Carlos Flórez el demandante no ejerció las funciones que este desarrollaba, ello, entre otras cosas, porque no tenía personal a cargo, no viajaba, su labor algunas veces fue de *“apoyo”*, porque muchas funciones fueron concentradas en la ciudad de Barranquilla desde donde llegaban todas las órdenes. Razón por la cual no prospera el argumento esbozado en la apelación.

### 3. Del Despido indirecto.

Alude la parte recurrente, que del correo electrónico del 21 de octubre de 2014 se acredita que la renuncia presentada por el trabajador se dio por molestias porque no tuvo la posibilidad de ascender y no le fue concretado el tema de la coordinación, aspectos que acreditan que la renuncia se dio por causas atribuibles al empleador.

Frente al despido indirecto, constituye una obligación para el trabajador que termina unilateralmente el contrato de trabajo al tenor de lo dispuesto en el parágrafo del artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 7 del Decreto 2351 de 1965, manifestar a su empleador en el momento de la extinción, la causal o motivo de esa determinación, para lo cual debe expresar los hechos específicos y concretos de los móviles que dan lugar a tomar esa decisión de dar por terminada la relación contractual, con el fin que la otra parte conozca las razones de la finalización unilateral de la relación de trabajo. Así lo tiene sentado la Corte suprema de justicia SL 44155 26 junio 2012, en la que precisó:

*“(E)l despido indirecto o auto despido es el resultado del comportamiento que de manera consciente y por iniciativa propia hace el trabajador a fin de dar por terminada la relación laboral, por justa causa contemplada en la ley, imputable al empleador. **Esta decisión debe ser puesta en conocimiento a este último, señalando los hechos o motivos que dieron lugar a la misma**, además de ser expuestos con la debida oportunidad a fin de que no quede duda de cuáles son las razones que dieron origen a la finalización de la relación laboral.*

*Precisa la Sala, que el contenido de la carta de despido corresponde a manifestaciones de parte que requieren para su confirmación de otros medios probatorios que corroboren lo dicho...”*

En lo referente a la carga de la prueba, la jurisprudencia laboral ha decantado que corresponde al trabajador demostrar que la decisión de renunciar obedeció a justas causas o motivos imputables al empleador (CSJ SL21655-2017 y SL1628-2018).

Claro lo anterior, obra en el plenario comunicación de 20 de octubre de 2014 (f.º 786), en la que el demandante presenta “*renuncia voluntaria irrevocable*” en los siguientes términos:

*“Por medio de la presente misiva quiero expresar mi decisión de concluir las labores de ANALISTA DE NOMINA Y SEGURIDAD SOCIAL dentro de la empresa, iniciadas el 12 de julio de 2012, dicha decisión será efectiva a partir del 22 de octubre de 2014 (inclusive).*”

*La decisión ha sido tomada por motivos profesionales, que ruego sepan comprender, ya que tengo oportunidad de desarrollar mis capacidades en un sector en el que me (sic) puedo tener crecimiento profesionalmente de acuerdo a mis expectativas. No obstante, no sería correcto dejar de dar las gracias a todos ustedes por el tiempo que me brindaron y las expectativas que gane aquí en la compañía, por las cuales me siento muy retribuido”*

Conforme a la lectura del citado instrumento, es claro que el promotor del juicio en su carta de renuncia no imputa a la demandada una causal o motivo de su decisión, tal como lo impone el parágrafo del artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo, por el contrario, no solo le expuso que su decisión se debía a motivos profesionales, sino, además le manifiesta su gratitud por el tiempo y las experiencias que ganó en la compañía.

Ahora, si bien se hace alusión al correo electrónico del 21 de octubre de 2014 (f.º 46) para acreditar que la renuncia lo fue por molestias del actor con la demandada, lo cierto es que para el momento en que el demandante exteriorizó a su empleador su decisión de partir de la empresa, esto es, con la carta del 20 de octubre de 2014, los motivos que adujo lejos estaban de endilgarle alguna actuación o motivo. En esa medida, no es posible aceptar los argumentos que frente a este punto manifestó la recurrente, por lo que se despacha desfavorable el mismo.

Así las cosas, la Sala confirma la sentencia apelada. No se causan costas en esa instancia.

## V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ - SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

**RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 22 de octubre de 2019, de conformidad de las consideraciones aquí expuestas.

**SEGUNDO: Sin COSTAS** en esta instancia.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

Intervinieron los Magistrados,

  
**HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA**  
Magistrado

  
**DAVID A. J. CORREA STEER**  
Magistrado

  
**ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**  
Magistrada



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

## **HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA**

### **Magistrado ponente**

**REFERENCIA:** PROCESO ORDINARIO  
**RADICACIÓN:** 110013105 019 2017 00296 01  
**DEMANDANTE:** ARELYS DAGER MEZA  
**DEMANDADO:** UNIDAD ADMINISTRATIVA DE GESTIÓN PENSIONAL  
Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES - UGPP

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

### **SENTENCIA**

Decide la Sala el grado jurisdiccional de consulta de la sentencia proferida por el Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 8 de octubre de 2019.

#### **I. ANTECEDENTES**

La accionante promovió demanda laboral para que se condene a la demandada a sustituirle en un 100% la pensión que disfrutaba su compañero José Vicente Osorio Lozano, con las respectivas mesadas causadas en los últimos tres años debidamente actualizadas.

En respaldo de sus pretensiones, narró que al señor José Vicente Osorio Lozano la empresa Puertos de Colombia le concedió pensión mediante Resolución n.º 23678 del 29 de agosto de 1974, quien falleció el 25 de mayo de 2001. Adujo que el 12 de septiembre de 2001, se presentó demanda ordinaria contra el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social - Coordinación de Pensiones del Grupo Interno de Trabajo para las Gestiones del Pasivo de Puertos de Colombia la cual correspondió por reparto al Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Barranquilla, donde fungieron como demandantes Lidia Matilde Senior Camacho en calidad de

esposa divorciada, Mery Senith Acuña Solano, Carmen Umaña Comas y Arelis Dager Meza como compañeras permanentes del causante.

Expuso que contestó la demanda, presentó pruebas testimoniales y documentales ya que procreó una hija con el causante, a pesar de lo anterior, la abogada de la época incurrió en un error procedimental ya que no presentó demanda de reconvención, lo que trajo como consecuencia que sus pretensiones fueran ilusorias. El proceso concluyó con el reconocimiento de la pensión únicamente a la señora Mery Acuña Lozano dada la enfermedad catastrófica que padecía.

Señaló que a pesar de la decisión judicial suscribió documento autenticado con Mery Acuña Lozano en el que acordaron compartir la pensión. La señora Acuña Lozano falleció debido a la enfermedad que padecía (f.º 3 a 8).

Al dar respuesta a la demanda, se opuso a las pretensiones. Frente a los hechos, aceptó los relacionados con la radicación del proceso adelantado ante el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Barranquilla Respecto y el fallecimiento de la señora Mery Senith Acuña Solano. Respecto de los demás hechos manifestó no constarle los mismos o no ser ciertos. Explicó que reconoció la prestación en la forma en que le fue ordenado mediante sentencia judicial.

En su defensa, propuso las excepciones de inexistencia de la obligación declarada y cobro de lo no debido, cosa juzgada, prescripción, ausencia de vicios en el acto administrativo demandado, imposibilidad de condena en costas, no pago de indexación o intereses moratorios y cualquier otra excepción declarable de oficio (f.º 191 a 199).

## **II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

El Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 8 de octubre de 2019, declaró probada la excepción de

cosa juzgada y absolvió a la demandada de las pretensiones formuladas en su contra. (f.º 238).

En sustento de su decisión, indicó que, en proceso adelantado ante el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Barranquilla, entre las mismas partes se dictó sentencia en la que se definió situación idéntica a la debatida en el presente proceso.

Las partes no manifestaron inconformidad frente a esta decisión.

### **III. DEL GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA**

De conformidad con el artículo 69 del Código de Procedimiento del Trabajo y la Seguridad Social, al ser la sentencia de primera instancia totalmente adversa a las pretensiones de la demandante, es procedente abordar su estudio en grado jurisdiccional de consulta.

Para resolver, los Magistrados, previa deliberación, exponen las siguientes:

### **IV. CONSIDERACIONES**

Corresponde a la Sala determinar si la demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes en calidad de compañera permanente del pensionado José Vicente Osorio Lozano o si tal como lo concluye el juez de conocimiento en el presente asunto ha operado la cosa juzgada.

Para dilucidar el asunto, conviene precisar que se encuentra probado que la Empresa Puertos de Colombia mediante Resolución n.º 22683 del 1º de abril de 1974, reconoció al señor José Vicente Osorio Lozano pensión mensual de jubilación por haber prestado servicios por más de 20 años. Igualmente, se encuentra que la mencionada persona falleció el 25 de mayo de 2001, según consta en expediente administrativo allegado por la demandada en CD de folio 104.

## 1. De la cosa juzgada

Sobre el particular, el artículo 303 del Código General del Proceso, frente a la cosa juzgada, establece que *“La sentencia ejecutoriada proferida en proceso contencioso tiene fuerza de cosa juzgada, siempre que el nuevo proceso verse sobre el mismo objeto, y se funde en la misma causa que el anterior, y que entre ambos procesos haya identidad jurídica de partes (...).”*

Así pues, para que se estructure tal institución es imperativo verificar la existencia de los siguientes elementos, no excluyentes entre sí: 1) identidad de partes, la cual debe tener el carácter de jurídico, lo que comprende no sólo a las primigenias sino a cualquier causahabiente del derecho debatido; 2) la misma causa petendi, es decir, que se refiera a los mismo hechos, sin importar las variaciones sutiles que se puedan presentar entre los mismos y, 3) identidad de objeto, esto es, que se discutan las mismas pretensiones, para ello, se debe verificar la materialidad y juridicidad de las mismas.

En suma, lo que el legislador pretende con la cosa juzgada es garantizar la seguridad jurídica en las diversas relaciones de derecho, ya que, de no contarse con tal institución, los procesos judiciales se tornarían interminables y se daría paso a que el insatisfecho con una decisión judicial instaure tantos procesos como considere, que es precisamente lo que busca evitar. Frente al particular, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha puntualizado que: *“Razones de orden mayor imponen la necesidad de evitar ventilar nuevamente un mismo litigio cuando sobre éste ya se ha asentado de manera definitiva el pensamiento de su juzgador natural, por manera que, al tenerse por superada la controversia mediante la sentencia judicial en firme, ésta adquiere las características de ‘definitividad’ e ‘inmutabilidad’, que al lado de tener por solucionado el conflicto, otorgan a las partes comprometidas certeza del derecho discutido y seguridad jurídica sobre lo decidido.”* (CSJ SL 8658 - 2015, rememorada en SL 7889 de 2015 y SL 11236 de 2016).

Al amparo de lo expuesto, en el presente asunto la accionante es Arelys Dager Meza quien demanda la Unidad Administrativa de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales - UGPP, con el fin que en calidad de compañera permanente se le sustituya la pensión que disfrutaba el causante José Vicente Osorio Lozano (f.º 5 y 6).

Con el objeto de verificar si en el presente asunto se ha configurado la cosa juzgada es necesario verificar lo sucedido en el proceso anterior, para lo cual, la Sala se remite a las sentencias que fueron aportadas por la demandada en CD de folio 104.

Pues bien, de conformidad con el contenido del cuaderno de prueba trasladada, ante Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Barranquilla se surtió el proceso con radicación n.º 00317 - 2001, en el cual Mery Senith Acuña Solano instauró demanda ordinaria en contra del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social - Coordinación de Pensiones del Grupo Interno de Trabajo para las Gestiones del Pasivo Social de Puertos de Colombia, con el fin que se *"..inicie los trámites para que cancele y pague la Pensión de Sustitución, mesadas atrasadas y demás emolumentos .."*. En audiencia de juzgamiento celebrada el 30 de agosto de 2002, se declaró la nulidad de todo lo actuado a partir del auto en que se citó para primera audiencia y se dispuso en lo que importa al proceso tener por notificada por conducta concluyente a Arelys Del Socorro Dager Meza, para lo cual se le concedió un término de 10 días para que contestara la demanda (f.º 73 cuaderno prueba trasladada).

La demanda fue contestada mediante la aceptación de los hechos relacionados con el reconocimiento de la pensión al causante; ser aparentemente ciertos los supuestos relacionados con la reclamación de la demandante Mery Senith Acuña Solano y al dar respuesta al hecho tercero indicó que la demandante faltó a la verdad al decir que había convivido con el causante por más de 39 años, pues, antes de morir convivió con ella, por más de 40 años y de esta unión fue fruto Orosis Isabel Osorio Dager, precisando que su compañero la tenía a ella inscrita como su beneficiaria en salud, pero por un gesto humanitario el causante la sacó

para vincular a Acuña Solano por padecer una enfermedad costosa, dado que no tenía recursos para sostener el tratamiento (f.º 76 y 77 cuaderno prueba trasladada).

Ahora, a través de sentencia de 5 de agosto de 2005, el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Barranquilla profirió sentencia de primera instancia, que al relacionar los antecedentes del proceso señaló que:

*“A folios 74 y 75 reposa la contestación de demanda de la señora Arelys Dager Meza quien se opone a los hechos de la demanda y solicita la declaración de algunos testigos, **sin embargo, no presenta ninguna pretensión al despacho a fin de que el Ministerio de Trabajo reconozca a su favor la pensión cuestionada**” (subraya fuera del texto)*

Luego, en la parte considerativa de la providencia al abordar el tópico de la legitimación en la causa indicó:

*“En este caso, es obvia la legitimación en causa de que gozan cada una de las señoras llamadas a Integrar la litis pues de hecho todas cada una de ellas, formaron parte de la vida del fallecido en un momento determinado, así lo reconoce la parte demandada quien concede a la justicia laboral la decisión final sobre a cuál de estas, mujeres corresponde sustituir al señor José Vicente Osorio Lozano en su derecho pensional”*

Más adelante consideró el juez en relación con Arelys Dager, lo siguiente:

*“La señora Arelys Dager Meza, por su parte, al hacer uso del traslado de la demanda, afirma haber tenido vida marital con el pensionado, por más de 39 años de cuyo vínculo se procreó la hija de nombre OROSIA ISABEL OSORIO DAGER, mayor de edad, y a fin de demostrarlo aporta algunas declaraciones extrajuicio que dan fe de ello y solicita la declaración en el proceso de los señores JUDITH SANJUAN CARRILLO, MODESTO ANGEL OSPINO, CLEMENCIA ISABEL RODRIGUEZ, CARLOS MANUEL OSORIO PALMERA. **Sin embargo, no presenta demanda de reconvención a fin de que se le reconozca su derecho a sustituir**” (Negrillas fuera de texto original).*

No obstante, en el trámite del proceso fueron practicados los testimonios, que fueron citados y analizados en la sentencia en los siguientes términos:

*“Los testigos de la señora Arelis Dager insisten en la convivencia de esta con el pensionado así como en su dependencia económica, sin embargo, convergen todos ellos en afirmar que por lo menos, en los últimos cinco años el difunto vivía en un domicilio diferente”*

Luego, concluyó su análisis el juez respecto de la aquí demandante que:

*“Se podría decir que de conformidad a las pruebas testimoniales allegadas, que, si bien el señor José Vicente Osorio, convivió por mucho tiempo con la señora Arelis Dager, sus últimos años los compartió con la señora Mery Senith Acuña”*

Y en el numeral tercero de la parte resolutive dejó consignado que:

*“NEGAR reconocimiento pensional a las señoras CARMEN UMAÑA GOMAS ARELYS D.AGER MEZA Y LIDIA MATILDE SENIOR CAMACHO.”*

Ahora, el Tribunal Superior de Barranquilla, mediante providencia del 29 de junio de 2007, consideró que en primera instancia la litis se trabó correctamente y consideró respecto de Arelis Dager que:

*“En cuanto a la señora Arelis Dager, **quien también pretende la pensión de que en vida disfrutaba el difunto José Vicente Osorio Lozano**, pues alega que convivió en unión libre con el citado señor, y como producto de esa unión procrearon una hija de nombre Orosia Isabel Osorio Dager, quien es mayor de edad, observa la sala que no demostró que su relación haya tenido estabilidad o permanencia en el último periodo de la vida del pensionado como lo exige la ley y la jurisprudencia; veamos porque:...”*

Luego procedió a realizar el estudio de la prueba testimonial, para lo cual concluyó que Arelis Dager Meza no demostró que le asiste derecho a la sustitución.

Bajo lo expuesto precedentemente, se verifica que durante el trámite del proceso radicado n.º 2001 - 00317, en stricto sentido el derecho hoy

implorado por la demandante si fue resuelto de fondo, pues, tanto el Juez como el Tribunal, pese a la no existencia de una “*demanda de reconvencción*” por parte de la hoy promotora del juicio, si dilucidaron cuál de todas las posibles beneficiarias vinculadas al trámite cumplía con los requisitos para acceder a la prestación económica, configurándose el fenómeno de la cosa juzgada (artículo 303 del Código General del Proceso), lo que impide adentrarse nuevamente a un análisis del caso, bajo el principio de seguridad jurídica. En consecuencia, se confirma la decisión absolutoria analizada.

Sin costas en el grado jurisdiccional de consulta, ante su no causación.

#### V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

#### RESUELVE

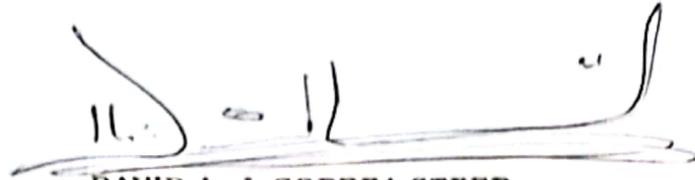
**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida por el Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 8 de octubre de 2019.

**SEGUNDO: Sin COSTAS** en la consulta.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

Intervinieron los Magistrados,

  
**HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA**  
Magistrado



**DAVID A. J. CORREA STEER**

Magistrado



**ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**

Magistrada 19-2017-00296-01



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

**HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA**  
**Magistrado ponente**

**REFERENCIA:** PROCESO ORDINARIO  
**RADICACIÓN:** 110013105 026 2015 00098 01  
**DEMANDANTE:** INÉS ERAZO MONTEHERMOSO.  
**DEMANDADO:** SOCIEDAD LA MANSIÓN DEKO S.A.S Y KHOME S.A.S.

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

**SENTENCIA**

Decide la Sala el recurso de apelación que interpuso la parte demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de esta ciudad, el 22 de octubre de 2019.

**I. ANTECEDENTES**

La accionante promovió demanda laboral para que, se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo entre el 1° de julio de 1992 y el 30 de julio de 2013, el cual finalizó por parte de la demandada sin que mediara justa causa. Igualmente, que percibió como salario para el año 1992, la suma de \$2.171.500, de los cuales \$1.171.500 correspondía al básico y \$1.000.000 a las comisiones constitutivas de salario. Que, año a año su salario debió ser reajustado como mínimo con el IPC del año anterior. También que la demandada debe responder por todos los gastos médicos en que incurrió ante el incumplimiento de su deber de cotizar a la seguridad social. En consecuencia, se condene solidariamente a las demandadas a pagar la suma de \$2.079.169.897 correspondientes a la diferencia salarial dejada de reconocer desde el 1° de enero de 1993 y el 30 de julio de 2013; las diferencias generadas en prestaciones sociales y

vacaciones; a cancelar las sumas de dinero que debió asumir por concepto de gastos médicos y hospitalarios ante la falta de cotización de las demandadas; al pago de la indemnización por terminación del contrato por causas imputables a las demandadas, la sanción por no consignación de cesantías y la sanción moratoria.

Además, implora condenar a las accionadas a cancelarle con destino a la AFP Protección S.A. los aportes a pensión dejados de cotizar por los periodos de noviembre y diciembre de 2001; enero de 2002; mayo a diciembre de 2010; junio, julio, agosto y octubre de 2011; todos los meses de 2012 y enero a julio de 2013. Más la indexación de las condenas que se impongan, el reconocimiento de los demás derechos que resulten probados en aplicación de las facultades *ultra y extra petita* y las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, como hechos relevantes narró que el 1º de agosto de 1992 suscribió contrato de trabajo a término indefinido con la Sociedad La Mansión Deko S.A., para desempeñarse como Director Administrativo (Administradora de la sociedad de los demandados), con un salario de \$1.171.500, que verbalmente acordó con las demandadas el pago de comisiones sobre las ventas de la sociedad, las cuales en promedio equivalían a \$1.000.000 y que por decisión unilateral de la sociedad le fueron pagadas en efectivo y sin expedir recibo alguno, además, las excluyó como factor salarial para todos los efectos. Adujo que a lo largo de la relación laboral no le fue incrementado el salario, ni las comisiones, el cual ascendería para el año 2013 a \$17.451.947.

Indica que la demandada no le canceló los aportes a pensiones correspondientes a los periodos noviembre y diciembre de 2001; enero de 2002 y desde mayo de 2010 hasta la terminación de la relación laboral, como tampoco vacaciones desde el 1º de agosto de 2009. Expuso que el 18 de marzo de 2011, Sociedad La Mansión Deko S.A.S., decidió crear la Sociedad Khome S.A.S. con gerente y representante legal diferente, la cual funcionó en el mismo lugar y bajo idéntico objeto social de la primera que

no fue liquidada, también que por orden del representante legal de La Mansión debió prestar sus servicios a Khome S.A.S.

Narró que, en julio de 2011, debió someterse a procedimiento quirúrgico en la Clínica del Country cuyos costos canceló con recursos propio, pues desde febrero del año 2002 la empleadora omitió el pago de los aportes a seguridad social. Como consecuencia, del no pago de salarios, cotizaciones y vacaciones presentó renuncia el cual el empleador se negó a recibir y le indicó como debía presentarla a lo que accedió ingenuamente utilizando los términos exigidos por la demandada. A la finalización del vínculo la demandada no le entregó la liquidación del contrato de trabajo, únicamente le canceló su salario y la proporción de prestaciones sociales sin cancelarle las vacaciones y sin tener en cuenta la remuneración que realmente tendría que devengar al año 2013, sino con el pactado en el año 2001 que no fue reajustado.

Que el 11 de octubre de 2013 solicitó a la AFP Protección que adelantara proceso jurídico contra La Mansión Deko S.A.S. para obtener el pago de los aportes a pensión adeudados, la cual fue respondida con una discriminación de los periodos en que la demandada había efectuado cotizaciones e informándole que inició cobro con proceso radicado en el Juzgado Séptimo Laboral de Medellín y que para efectos de realizar el cobro del año 2012 y enero a julio de 2013, debía enviar soportes en los que constara la fecha de ingreso y retiro para poder incluirlos dentro de la deuda (f.º 62 a 80 subsanación).

Mediante auto de 2 de junio de 2015 se ordenó emplazar a la demandada Sociedad Khome S.A.S. (f.º 90, publicaciones f.º 141), quien mediante curador *ad litem*, se opuso a las pretensiones, además propuso la excepción genérica o innominada (f.º 97 y 98).

Igualmente, mediante auto de 15 de marzo de 2017, se ordenó emplazar también a la Sociedad La Mansión Deko S.A.S (f.º 111, publicaciones f.º 143). La demanda fue contestada a través de curador *ad*

*litem* quien advirtió no constarle ninguno de los hechos, también propuso como mecanismo de defensa la excepción de prescripción (f.º 131 a 133).

## II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 22 de octubre de 2019, declaró que entre la demandante y la Mansión Deko S.A.S., existió una relación laboral desde el 16 de octubre de 2001 hasta el 30 de julio de 2013. En consecuencia, condenó a la demandada La Mansión Deko S.A.S. a pagar el cálculo actuarial por los aportes de los periodos correspondiente a: noviembre y diciembre de 2001; enero de 2002, mayo a diciembre de 2010; junio, julio, agosto y octubre de 2011 y enero de 2012 a julio de 2013, en los que no se hicieron aportes correspondientes a la demandante al sistema de pensiones, de conformidad con la liquidación que realice la administradora a la que se encuentre afiliada conforme lo dispuesto en el Decreto 1887 de 1994, más los intereses de mora.

Declaró parcialmente probada la excepción de prescripción propuesta por la demandada y absolvió a la demandada La Mansión Deko S.A.S. de restantes pretensiones y a la demandada Khome S.A.S. de todas las pretensiones de la demanda.

En sustento de su decisión, señaló que sólo se probó la prestación del servicio a partir del año 2001. Además, que la accionante no devengó el salario mínimo por tanto el empleador no estaba obligado a aumentarlo año a año. De otro lado, concluyó que no cumplió la parte actora con la carga de probar que percibió comisiones, por lo que no es procedente la reliquidación de solicitada de salarios, las prestaciones, los aportes a seguridad social y vacaciones. Encontró que, al momento de la renuncia la demandante no expuso ninguna justa causa, por tanto, no le es dable ahora alegar circunstancias que no fueron incluidas en el escrito.

Encontró probado conforme a lo confesado por la accionante que esta recibió el pago de cesantías y prestaciones sociales. De otro lado, determinó que la demandada no realizó el pago de la totalidad de aportes a pensión y que respecto de los gastos médicos cubiertos por la demandante operó la prescripción.

### III. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme la parte demandante interpuso recurso de apelación, al argumentar que debe distinguirse el trámite para bono pensional y el previsto para el pago de aportes efectivo a Protección S.A., precisó que la relación laboral inició el 20 de agosto de 1992 y declarar que trabajó desde el 2001 es un error que lo perjudica.

Alegó que las comisiones fueron probadas con los testigos practicados, quienes señalaron que las mismas oscilaban entre \$1.000.000 y \$1.500.000, las cuales debieron ser tomadas para el ajuste salarial o para determinar el salario base de liquidación para efectos pensionales como se pidió en la demanda. Sostuvo que constitucionalmente no es procedente que un trabajador pase largos periodos sin que su salario sea ajustado, pues esto conlleva la pérdida del valor adquisitivo de la remuneración, por lo que debe ser concedido el reajuste solicitado.

Arguyó, que se demostró que el empleador bajo engaño le hizo presentar la carta diciendo que renunciaba, lo cual generó el despido indirecto, por ello, es procedente la indemnización por despido injustificado. Finalmente, argumentó que los gastos médicos en que incurrió no prescriben en tres años, pues se trató de una relación comercial suscrita con una clínica, por lo que deben ser reconocidos.

Para resolver el recurso presentado, los Magistrados previa deliberación, exponen las siguientes:

#### **IV. CONSIDERACIONES**

##### **1. Del extremo inicial de la relación laboral**

Por razones de método, conforme al recurso de apelación comienza la Sala por determinar los extremos de la relación laboral que se ejecutó con la demandada La Mansión Deko S.A.S., pues alega que conforme al dicho de los testigos se prueba que la misma inició el 20 de agosto de 1992.

Frente al particular, se verifica que por solicitud de la parte demandante fueron decretados los testimonios de María de las Mercedes Matiz Pereira y Gloria Imelda Suarez Chaparro, quienes al igual que la demandante prestaron servicios a la Mansión Deko S.A.S.; la primera, señaló que lo hizo por espacio de 12 años, no obstante, dijo no recordar cuando inició a trabajar al servicio de la demandada, tampoco manifestó hasta cuando laboró, por lo que su dicho no sirve de referencia para establecer el extremo inicial de la relación de la demandante. Por su parte, la testigo Gloria Imelda Sánchez Chaparro, aseguró haber trabajado con la demandante en el año 1.999, además que la promotora del juicio era la encargada de la mayoría de los puntos de venta de la empresa.

Allegó la parte actora certificado emitido por la demandada La Mansión Deko el 22 de febrero de 2010, según la cual trabajó con dicha empresa desde el 16 de octubre de 2001 como Director Administrativo, mediante contrato de trabajo a término indefinido (f.º 28). Los comprobantes de nómina de algunas quincenas de los meses de enero, marzo y abril de 2013 (f.º 30 33). El extracto de cuenta de ahorro individual emitido por la AFP Protección S.A., donde consta que La Mansión Deko realizó aportes en favor de la accionante desde abril de 2001 (f.º 36 a 46).

Así las cosas, una vez analizadas en conjunto la pruebas antes relacionadas, estima la Sala que la parte demandante prestó sus servicios

a la encartada a partir de 1999, pues así lo indica la testigo Gloria Imelda Sánchez Chaparro, quien pese a no precisar una fecha o mes determinado dentro de esta anualidad, no desvirtúa el conocimiento que tiene frente a la relación laboral a partir de ese momento, por lo que la Sala por aproximación debe tomar el último día de esta anualidad, es decir, el 31 de diciembre de 1999 como extremo inicial, lo cual se indicará en la parte resolutive de esta decisión, ello, en armonía con la jurisprudencia sentada por la Corte Suprema de Justicia, la cual de manera pacífica y reiterada ha enfatizado que no constituye un impedimento para fijar los extremos la falta de exactitud en el día y el mes de inicio y finalización del contrato (CJS SL 69311 de 2019).

No pasa por alto el Tribunal que a folios 149 a 152, reposa información de historia laboral para trámite de bono pensional expedido por la AFP Protección S.A., que da cuenta que La Mansión Deko Ltda, realizó aportes a Colpensiones en favor de la demandante desde el 20 de agosto de 1992. No obstante, esta prueba no puede ser tenida en cuenta ahora, pues no fue solicitada, ni decretada en primera instancia y sólo vino a ser aportada por el apoderado de la parte accionante al interponer el recurso de apelación, es decir, fuera de la oportunidad procesal correspondiente.

Tampoco se omite que en la carta de renuncia la demandante señala que lo hace desde el 1º de enero de 1992, y que la misma presenta firma de recibido (f.º 53), no obstante, como se trata de un documento elaborado por la actora no puede constituirse en prueba en su favor y la sola constancia de recibo por parte de la empresa no es sinónimo de aceptación de su contenido.

## **2. Del pago de aportes pensión**

Se alega también con el recurso que existe una diferencia entre el trámite para el pago de bono pensional y el de aportes efectivos a la AFP Protección S.A.

Sobre el particular conviene recordar que existe diferencia entre los efectos de la mora en el pago de los aportes con los de la falta de afiliación al sistema de pensiones, por tener dichos fenómenos causas y consecuencias jurídicas diferentes. El primero implica que el empleador reportó a la administradora el inicio de la relación laboral y su obligación de cotizar, por tanto, si el empleador incumple con su compromiso, ello trae como consecuencia el pago de intereses de mora y el deber de la entidad administradora de la pensión de adelantar las correspondientes acciones de cobro so pena de tener que responder por el pago de las prestaciones. Entre tanto, la falta de afiliación libera a la administradora de ejercer acción de cobro alguna y responder por el pago de prestaciones, pues desconoce la existencia del vínculo laboral, evento en el cual el empleador que omitió informar sobre la relación laboral deberá responder por el cálculo actuarial correspondiente a los periodos en que el trabajador le prestó servicios.

En el asunto bajo examen, conforme al extracto de folios 36 a 46, se tiene que la demandada La Mansión Deko S.A.S, no sólo reporta a la AFP la existencia de la relación laboral con la demandante, sino que además realiza aportes de manera regular, omitiendo el pago de los periodos determinados por la Jueza y no debatidos en esta instancia, por lo que lo procedente es condenarla a cancelar los aportes en mora junto con los intereses correspondientes liquidados por la AFP protección S.A. y así se indicará en la parte resolutive de esta providencia.

### **3. Del ajuste del salario**

En otro punto de apelación sostiene la demandante que constitucionalmente no es procedente que un trabajador pase largos periodos sin que su salario sea ajustado, pues esto conlleva la pérdida del valor adquisitivo de la remuneración.

Al punto, recuerda la Sala que la ley fija el salario mínimo, y su incremento anual mediante decreto, en consecuencia, todos los

trabajadores que perciban su remuneración en esta proporción tendrán un incremento anual, no obstante, en nuestro ordenamiento legal no existe disposición que obligue a incrementar los salarios superiores al mínimo de manera general, aumento este que debe ser pactado de manera individual o colectiva para hacerse exigible. En esa línea de pensamiento encontramos las sentencias de la Corte Suprema de Justicia CSJ SL, 16 mar. 2010, rad. 36894, reiterada en SL1393-2019.

Al amparo de lo expuesto, como quiera que desde el escrito de demanda se señala que para el año 1.992 cuando inició el contrato de trabajo, el salario pactado fue de \$1.171.500 y este se mantuvo hasta la finalización del vínculo que ocurrió el 30 de julio de 2013, resulta evidente que la promotora del juicio en ninguna de las anualidades en las que estuvo vigente el contrato percibió como remuneración una suma equivalente al salario mínimo, bajo el entendido en que este para el año 2013 ascendió a \$589.500, por lo que no hay lugar a reajustar el salario como acertadamente concluyó la jueza de primera instancia. Por tanto, en este punto la decisión de primera instancia no será modificada.

#### **4. Del pago de comisiones**

Argumenta también la demandante que que las comisiones fueron probadas con el dicho de los testigos al señalar que las mismas oscilaban entre \$1.000.000 y \$1.500.000, por lo que debieron ser tomadas para el ajuste salarial o para determinar el salario base de liquidación a efectos pensionales.

Una vez revisado la declaración de María de las Mercedes Matiz Pereira, narra que ella y la promotora del juicio recibían el pago de comisiones por ventas realizadas en los almacenes, que, en el año 1.999, el salario junto con las comisiones alcanzaba a ser más o menos de \$2.500.000. Por su parte, Gloria Imelda Suarez Chaparro, refiere que la accionante devengaba comisiones por lo que vendieran los puntos, lo cual

sabe porque varios trabajadores demandaron y empezaron a contarse qué tipo de contrato tenía cada uno y cómo le pagaban.

Así las cosas, conforme al dicho de la testigo María de las Mercedes Matiz Pereira, la Sala podría tener un indicio del pago de comisiones a la promotora del juicio, pues asegura que desempeñaba el mismo cargo que la actora. No obstante, no se allega elemento probatorio que corrobore que pactó con su empleador el pago de comisiones, así como las condiciones de su causación, el monto de las mismas, la periodicidad de su pago, lo cual resulta relevante, dado que son aspectos que no pueden ser presumidos por esta Corporación, máxime cuando ninguno de los comprobantes de nómina da cuenta del pago de suma alguna por el concepto reclamado. En ese horizonte, al contarse con la sola afirmación efectuada por la actora respecto del monto de las comisiones no es posible impartir condena (CSJ SL 29 sept. 2005, rad. 24450).

Conforme a lo dicho, estima la Sala que la demandante incumple el deber que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, aplicable por disposición del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo, al no demostrar siquiera su pacto y demás elementos a efectos de su reconocimiento, por lo que en este punto tampoco será modificada la sentencia de primera instancia.

#### **5. De la indemnización por despido indirecto**

Arguye la apelante que el empleador bajo engaño le hizo presentar carta de renuncia pese a haber exhibido justas causas para su terminación, para con ello pretender el despido indirecto con la consecuente indemnización.

Para resolver tal tópico, conviene recordar que el párrafo del artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo, establece que la parte que termina unilateralmente el contrato de trabajo debe manifestar a la otra, en el momento de la extinción, la causal o motivo de esa determinación.

Posteriormente no pueden alegarse válidamente causales o motivos distintos. De allí, la obligación del trabajador en el caso del trabajador de demostrar que a la finalización del vínculo laboral adujo las respectivas causales o motivos imputables al trabajador.

Así lo recordó la Sala especializada de la Corte Suprema de Justicia en sentencia radicado n.º 44155 de 26 de junio de 2012, rememorada en SL1082-2020, donde se puntualizó:

*“El despido indirecto o auto despido es el resultado del comportamiento que de manera consciente y por iniciativa propia hace el trabajador a fin de dar por terminada la relación laboral, por justa causa contemplada en la ley, imputable al empleador. Esta decisión **debe ser puesta en conocimiento a este último, señalando los hechos o motivos que dieron lugar a la misma**, además de ser expuestos con la debida oportunidad a fin de que no quede duda de cuáles son las razones que dieron origen a la finalización de la relación laboral.*

*Precisa la Sala, que el contenido de la carta de despido corresponde a manifestaciones de parte **que requieren para su confirmación de otros medios probatorios que corroboren lo dicho, (...)**”*

En el presente caso, conforme al escrito de folio 53, el 16 de julio de 2013, la demandante renuncia al cargo que desempeñaba en los siguientes términos:

*“Con todo respeto presento a ustedes mi renuncia irrevocable al cargo que vengo desempeñando como Administradora, desde el 1º de enero de 1992 hasta la fecha 30 de julio de 2013.*

*Aprovecho la oportunidad para agradecerles la confianza depositada en mí durante estos 21 años que laboré en su empresa”*

Del texto transcrito, se colige que la accionante no expuso al momento de terminar el contrato ninguna causa imputable al empleador que la llevara a tomar la decisión de poner fin al vínculo laboral y, aunque alega que fue víctima de engaño por parte de la empresa, tampoco prueba tal circunstancia.

En ese horizonte, es claro que al momento de finalizar el vínculo no se expusieron motivos atribuibles al empleador que ahora debieran verificarse para establecer la configuración del despido indirecto, con el consecuente pago de la indemnización correspondiente. Por ello, al faltar al deber probatorio que le impone la ley, no se modifica la decisión apelada.

#### **6. De la prescripción de los gastos médicos**

Finalmente, argumenta que los gastos médicos en que incurrió no prescriben en tres años, pues se trata de una relación comercial suscrita con una clínica, por lo que deben ser reconocidos.

Al punto, en los términos de los artículos 488 del Código Sustantivo de Trabajo y 151 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, se dable afirmar que la prescripción extintiva comienza a contarse a partir del día en que la obligación se hace exigible, es decir, desde que existe la posibilidad de accionar el cumplimiento de la obligación, de manera que, si el trabajador no ejerce su acción, debe soportar la consecuencia que su derecho prescriba.

Además, en relación con la exigibilidad de las obligaciones laborales, se recuerda que estas no nacen necesariamente a la terminación de una relación de trabajo, pues existen créditos laborales que se causan durante la ejecución del contrato, como lo es el presente caso.

En el *sub lite*, conforme al contenido de los folios 47 a 52, la demandante canceló gastos médicos a la Administradora Country S.A. el 20 de julio de 2011 y reclama su reembolso con la presente demanda, la cual fue radicada el 27 de enero de 2015 (f.º 58), esto es, superado el término trienal previsto en las normas sustantivas y procesales laborales referidas, por lo que la conclusión del *A quo* es acertada.

Resulta pertinente señalar que, aunque la relación existente entre la demandante y la clínica el Country es de carácter comercial, lo que aquí se

pretende es el pago de obligaciones en las que incurrió la trabajadora en razón al incumplimiento de las obligaciones contractuales del empleador, asunto este de naturaleza eminentemente gobernado por las normas laborales.

De conformidad con las consideraciones expuestas la Sala modificará la decisión apelada en la forma anunciada.

Sin costas en la instancia.

#### **V. DECISIÓN**

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ - SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

#### **RESUELVE**

**PRIMERO: MODIFICAR** el numeral primero de la sentencia proferida por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá, el 22 de octubre de 2019, el cual quedará del siguiente tenor: **DECLARAR** que entre la señora Inés Herazo Montehermoso y La Mansión Deko S.A.S existió una relación laboral desde el 31 de diciembre de 1999 hasta el 30 de julio de 2013.

**SEGUNDO: MODIFICAR** el numeral segundo del fallo apelado, en el sentido de condenar a la demandada a pagar los aportes dejados de cancelar en favor de la demandante, junto con los intereses de mora respectivos liquidados por la administradora de pensiones a la que se encuentre afiliada la demandante, correspondiente a los periodos diciembre de 2001; enero de 2002; mayo a diciembre de 2010; junio, julio, agosto y octubre de 2011, así como enero de 2012 a julio de 2013.

**TERCERO: CONFIRMAR** en lo demás el fallo apelado.

**CUARTO:** Sin COSTAS en esta instancia.

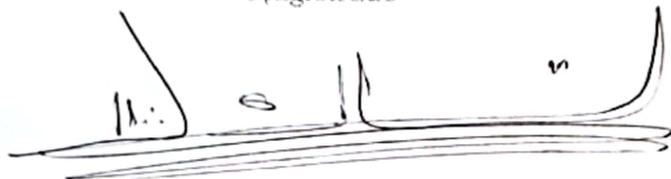
**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

Intervinieron los Magistrados,



**HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA**

Magistrado



**DAVID A. J. CORREA STEER**

Magistrado



**ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**

Magistrada



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

**HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA**  
**Magistrado ponente**

**REFERENCIA:** PROCESO ORDINARIO  
**RADICACIÓN:** 110013105 029 2017 00460 01  
**DEMANDANTE:** YESENIA MONTOYA SANDOVAL, NELSON PERTUZ  
GONZÁLEZ Y OTROS  
**DEMANDADO:** AR CONSTRUCCIONES S.A.S. y EXPRESS  
CONSTRUCCIONES S.A.S.

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

**SENTENCIA**

Decide la Sala los recursos de apelación presentados por las partes contra el fallo emitido por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá, el 6 de septiembre de 2019.

**I. ANTECEDENTES**

Los accionantes promovieron demanda laboral para que se declare que entre Nelson Pertuz y la sociedad Express Construcciones S.A.S. existió un contrato de trabajo desde el 17 de abril de 2014; que el accidente de trabajo sufrido el 12 de mayo de 2015 ocurrió por culpa y responsabilidad del empleador. En consecuencia, se condene a la entidad demandada a pagar a favor de Nelson Pertuz los perjuicios materiales (lucro cesante consolidado y futuro), daño fisiológico, los perjuicios morales y daño a la vida en relación; a favor de Yesenia Montoya y Cristian Pertuz Montoya los perjuicios morales y daño a la vida en relación. Así mismo, se condene a reajustar las sumas canceladas por la ARL Colpatria por incapacidades médicas, al haberlo afiliado con un salario inferior al realmente devengado. Adicionalmente, se condene a AR Construcciones S.A.S. a responder solidariamente por la integridad de las obligaciones (f.º 95-96).

En respaldo de sus pretensiones, narró que fue contratado por Express Construcciones S.A.S. el 17 de abril de 2014 para desempeñar el cargo de oficial de construcción en la obra "*miradores de Pontevedra*", en el que devengó

durante el último año un salario promedio mensual de \$854.452, pero la afiliación al sistema general de seguridad social integral se hizo sobre el salario mínimo. Además, que ingresó a laborar en perfecto estado de salud, pero sufrió un accidente de trabajo el 12 de mayo de 2015 que le produjo traumatismo de la cabeza no especificado, trastornos de plexo lumbosacro, fractura de huesos del cráneo y la cara, trastorno de las vías ópticas no especificado, ceguera en un ojo, fractura de la columna lumbar y de la pelvis, vejiga neuropática no inhibida, traumatismo de la aorta torácica y múltiples fracturas en las costillas.

Relató, que convive en unión libre con Yesenia Montoya y procrearon un hijo de nombre Cristian Camilo quien para la fecha del accidente tenía 9 años; aduce que no menos del 75% de su salario era destinado a pagar arriendo, los servicios públicos, el estudio de su hijo y viveres. Dijo que luego del accidente ha sufrido un detrimento patrimonial, pérdida de calidad de vida y sufrimiento por su condición de discapacidad al punto de ir a tratamiento psiquiátrico y psicológico.

Mencionó que en el momento del accidente desempeñaba las labores asignadas, consistente en la demolición de pilote en el sótano n.º 2, cuando la placa de concreto del techo que estaba reforzada por soportes metálicos y paralelas cae sobre él. Indicó que, como causas inmediatas del accidente, se determinó: *“No asegurar o advertir las condiciones del terreno; adoptar posiciones inseguras ante la planeación de la actividad, omitir asegurar el área de trabajo antes de realizar la labor; falta de atención a las condiciones del área de trabajo; exponerse innecesariamente a riesgo de caída de objetos”*. Y como condiciones inseguras se determinó: *“exposición a elementos contundentes; uso de métodos peligrosos sin autorización, riesgos ambientales lluvia que dreña el sótano; defecto de los agentes techo de sótano”*; y como causas básicas: *“fatiga debido a la carga o duración de la labor y bajo tiempo de reacción”*.

Aseveró que en la investigación del accidente quedó al descubierto fallas en el SG-SST (Sistema de Gestión de Seguridad y Salud en el Trabajo), al no implementar acciones tendientes a la identificación de los peligros y control del riesgo. Sostuvo que AR Construcciones S.A. como dueño de la obra *“miradores de Pontevedra”*, es solidariamente responsable por los perjuicios causados, al no ejercer los controles y planeación de tareas para evitar accidentes (f.º 96 a 111).

Al dar respuesta a la demanda, Express Construcciones S.A.S. (f.º 120 a 127), se opuso a todas las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó lo relativo a la vinculación laboral, la fecha de inicio, el cargo, la modalidad de pago del salario, la investigación surtida para determinar las causas del accidente, el buen estado de salud del trabajador al inicio del contrato. Respecto de los demás, manifestó no constarle o no ser ciertos.

Indicó, que al trabajador le fueron suministradas las herramientas de protección adecuadas a través de los programas implementados por el empleador, diferente es que no las empleó ni siguió las directrices encaminadas a velar por su salud, las cuales le fueron exigidas. Preciso que en la investigación la Dirección Territorial de Bogotá del Ministerio del Trabajo, declaró que no existían méritos para formular pliego de cargos, lo que demostraba cumplió con cada una de las condiciones de seguridad, capacitación y verificación ante la exposición al riesgo de sus trabajadores. En su defensa, propuso las excepciones de cobro de lo no debido; la auto puesta en peligro del trabajador; la compensación de culpas como eximente de responsabilidad - culpa exclusiva de la víctima y las demás declarables de oficio.

Por su parte, AR Construcciones S.A. (F.º 298 a 313), también se opuso al éxito de las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a la fecha del accidente, la investigación adelantada, que el riesgo al que estaba expuesto el trabajador era el inherente a las labores que desarrollaba. Frente a los demás manifestó no ser cierto o no constarle.

Manifestó, que realizó todas las conductas necesarias para mitigar los riesgos laborales y legales que se pudieran desprender de la obra, mediante la exigencia a Express Construcciones S.A.S. el cumplimiento de las normas laborales, la afiliación al SGSSI, se capacitó al trabajador el 11 de junio de 2014 en trabajo en alturas avanzadas, hizo control y seguimiento a la obra como consta en las actas de inspección. Señaló que, dentro de la investigación, se determinó que el demandante no siguió el protocolo de seguridad y de su actuar se colige en gran porcentaje la ocurrencia del accidente.

En su defensa, propuso la excepción previa de no comprender la demanda a todos los litisconsortes necesarios (ARL Colpatria y Porvenir S.A.). Como excepciones de fondo, propuso la buena fe, la inexistencia de la obligación, mala fe del demandante, la prescripción, la compensación, la culpa exclusiva de la víctima, la falta de legitimación en la causa por pasiva, la inexistencia de perjuicios materiales o inmateriales y las demás declarables de oficio.

Seguros Generales Suramericana S.A.S. (f.º 373 a 386), frente al llamamiento en garantía, propuso las excepciones de ausencia de cobertura: la póliza n.º 1263484-3 solo cubre el daño emergente producido por el incumplimiento de las obligaciones del contratista. El contratista no incumplió las obligaciones a su cargo; excluye la fuerza mayor, el caso fortuito o cualquier causal de exoneración de responsabilidad en que incurra el contratista; solo cubre indemnizaciones a que haya lugar en virtud del artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo; solo cubre incumplimiento de las obligaciones laborales del contratista frente al personal utilizado para la ejecución del contrato de obra CTO-360036 y no de otros contratos; las pólizas de responsabilidad civil emitidas excluyen expresamente la cobertura de la responsabilidad patronal en que pueda incurrir el contratista; el límite de cobertura de la póliza es de \$39.221.647 y la genérica.

En cuanto a la demanda principal (f.º 409 a 429), se opuso a las condenas en contra de AR Construcciones S.A.S. y no aceptó ningún hecho. Propuso las excepciones de ausencia de solidaridad de AR Construcciones SAS; la inexistencia de responsabilidad de AR Construcciones S.A.S.; la culpa exclusiva de la víctima; la improcedencia de la indemnización por lucro cesante, daño fisiológico, daño a la vida en relación; la improcedencia de los perjuicios morales; la improcedencia de los reajustes de valores cancelados por ARL Colpatria y la improcedencia de la condena en costas.

Al contestar el llamamiento en garantía, Seguros del Estado S.A. se opuso a las pretensiones de la demanda y del llamamiento. En su defensa planteó las excepciones de ausencia de cobertura por iniciarse el riesgo por fuera de la vigencia de la póliza de cumplimiento particular n.º 21-45-101161727; cobertura exclusiva de los riesgos pactados en la póliza de seguro de cumplimiento particular; falta de legitimación en la causa por activa por parte de AR Construcciones S.A.S. ya que no es beneficiario de la póliza de

responsabilidad civil extracontractual; ausencia de cobertura sobre toda clase de perjuicios extrapatrimoniales; límite de responsabilidad; cobro de lo no debido y las demás declarables de oficio.

## II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 6 de septiembre del 2019, declaró la existencia de la culpa patronal por parte de Express Construcciones S.A.S. en la ocurrencia del accidente de trabajo acaecido el 12 de mayo de 2015, por lo que condenó en favor del demandante Nelson Pertuz el pago de los perjuicios materiales en la suma de \$142.729.118,71, más los perjuicios morales equivalentes a 30 salarios mínimos legales mensuales vigentes al momento del pago. A favor de Yesenia Montoya y el menor Cristian Camilo Pertuz Montoya dispuso los perjuicios morales equivalentes a 20 salarios mínimos legales mensuales vigentes al momento del pago para cada uno; más las costas a las accionadas en la suma de \$10.000.000. En cuanto a AR Construcciones SAS, la condenó en forma solidaria al pago de todas las condenas. Absolvió de las demás pretensiones de la demanda (f.º 532-535).

Como sustento de su decisión, luego de hacer un recuento de las normas que regulan la materia y analizar las pruebas, manifestó que no evidenció que hubo un seguimiento diario a las actividades de la obra, prevención, acompañamiento y aseguramiento, es decir, que se incumplió con todos los protocolos, tampoco se demostró que se le hubiesen dado indicaciones al trabajador y que éste las hubiera incumplido. No se identificaron los riesgos a los que estaba sometido y, pese a que se hubiese demostrado el incumplimiento del trabajador, eso no exime de responsabilidad al patrono.

En cuanto a la tasación de los perjuicios morales, indicó que estos no tenían una tarifa y por tanto quedaba a consideración al juzgado, razón por la cual, conforme a la afectación psicológica del demandante, el estado en que quedó, la edad y el haberse afectado su intimidad hasta el punto de estar medicado, el hecho de no poder acompañar a su hijo en el crecimiento, no poder acompañarlo a actividades recreativas, dispuso fijar la suma de 30 SMLMV; a su compañera 20 SMLMV porque también fue perjudicada psicológicamente y se afectó su intimidad con el demandante; en cuanto al hijo

en 20 SMLMV porque su padre no lo puede acompañar en las actividades durante su crecimiento.

En lo que respecta a los llamados en garantía, indicó que las pólizas no cubren la indemnización plena de perjuicios o culpa patronal consagrada en el artículo 216 del Código Sustantivo del trabajo. Para el caso de los Seguros del Estado, si bien la póliza cubría la responsabilidad civil extracontractual, ésta habla de terceros afectados, circunstancia en la que no encaja la situación del demandante porque no era un tercero, sino parte de la obra.

### III. DE LOS RECURSOS DE APELACIÓN

El **demandante** interpuso recurso de apelación al argumentar que, si bien comparte la declaratoria de la responsabilidad del empleador, se duele que no se haya condenado al pago de los perjuicios por daños fisiológicos y daños de la vida en relación, que es diferente a los daños morales. Además, señaló que la indemnización debe calcularse sobre la base del salario final (promedio) de \$854.452 y no el devengado para el momento del accidente, el cual fue aceptado. Solicita se emita algún pronunciamiento respecto de la ARL Colpatria al no haber indemnizado al demandante con el salario que realmente ganaba, lo cual estima se configura un fraude.

Por su parte, la demandada **Express Construcciones S.A.S.**, solicitó ser absuelta de todas las condenas. Manifestó con la impugnación que la investigación adelantada por el Ministerio que concluyó en el archivo no fue tomada en cuenta por el *A quo*. Insistió en el cumplimiento de las normas de seguridad y salud en el trabajo como lo demuestra el material probatorio y, ello se corrobora con dicho por el propio demandante quien informó que sí asistió a las capacitaciones, el Ministerio verificó y señaló que se cumplió con los estándares exigidos. Señaló que las causas del accidente establecidas por la ARL no son las correctas, dado que, si bien el formato establece las posibles causas, no determina que hubieren existido, no se dijo que hubo negligencia al Planear la actividad. Además, que al haberse cancelado por la empresa 20 meses de salario adicionales a las sumas pagadas por la ARL, estos montos deben ser compensados en la condena.

**AR Construcciones S.A.S.** en la apelación alude que las personas que realizaban el trabajo conocían la planificación y estratificación del riesgo para el desarrollo de ese tipo de obras, insiste en que cumplió con el plan de demolición, matriz de riesgo, manuales y curso específico de la seguridad de las obras, lo que demuestra que hubo una indebida valoración de las pruebas documentales, así como de las testimoniales. Refiere sobre la experticia y experiencia de la sociedad Express Construcciones S.A.S., quien hizo los estudios técnicos y el programa de seguridad industrial, lo que demuestra que no se dejó a la deriva la actividad de demolición del pilote, actuando como un verdadero padre de familia, con la debida diligencia que cualquier hombre debe tener para los negocios.

Expone que de la testimonial del señor Guillermo Junco, se acredita que se entregaron todos los elementos de protección personal y que nadie les había dado la orden para iniciar la demolición del pilote. Aseveró que, al no existir un peritaje técnico en la investigación del accidente del trabajo, no es dable indicar que peso de la placa no era la correcta.

Resalta, que los trabajadores también están obligados al cumplimiento de las normas de seguridad y salud en el trabajo, así como la verificación, exposición, señalamiento y la información de los riesgos sobre los cuales se encuentran inmersos al ejecutar la labor. Preciso que el estudio de Axa Colpatria fue indebidamente valorado, pues en actos inseguros se refiere a actos propios del trabajador no de la empresa.

En cuanto a la condena por indemnización plana de perjuicios, dijo que en ella se incluye el daño consolidado y futuro, pero que, en su cálculo no se tuvo en cuenta que se le siguió pagando al trabajador sus salarios hasta 2017 al mismo tiempo que percibía los pagos por parte de la ARL, luego debió compensarse esas sumas.

Cuestiona la condena por perjuicios morales, pues conforme a la historia clínica tuvo una mejoría en los diagnósticos psicológicos y, si bien cualquier accidente que afecte la salud trae consecuencias psicológicas, lo cierto es que el monto de la condena es desproporcionado, máxime cuando no se aporta al proceso prueba de su afectación psíquica o psicológica, y desde hace cuánto tienen la unión marital de hecho, o cual es la relación de compañeros permanentes mediante la prueba idónea. Además, indicó que no se probó que

el hijo del trabajador jugara futbol con éste, o que lo acompañara a prácticas, como para considerar que se afectó esa relación.

En cuanto a la absolución de las llamadas en garantía, sostuvo que las pólizas cubren las indemnizaciones derivadas de la relación laboral, en la que se encuentra un accidente de trabajo, pues estas no se enmarcan únicamente dentro del pago de salarios, prestaciones o indemnizaciones. Por lo que solicitó se revoque este numeral de la sentencia también y se condene hasta el valor de lo asegurado a las llamadas en garantía.

Para resolver lo pertinente, los Magistrados previa deliberación, exponen las siguientes:

#### **IV. CONSIDERACIONES**

Esta Colegiatura procede a desatar la alzada, según lo previsto en el artículo 66A del Código de Procedimiento del Trabajo y de la Seguridad Social, a efectos de determinar la existencia de la culpa patronal de las demandadas en el accidente de trabajo sufrido por el demandante. Igualmente, se analizará los conceptos y cuantía de las indemnizaciones ordenadas en primera instancia, así como, la responsabilidad de las llamadas en garantías.

Para dilucidar cada uno de los planteamientos esbozados en las apelaciones, se advierte que no existe controversia respecto a la existencia de la relación laboral entre Nelson Pertuz González y Express Construcciones S.A.S., la cual inició el 17 de abril de 2014, pues así fue aceptado en la contestación de la demanda. También se encuentra demostrado dentro del expediente el accidente de trabajo sufrido por el actor el 12 de mayo de 2015, tal como extrae del reporte de accidente visto a folio 13, así como la pérdida de capacidad laboral del 61.39% (f.º 44 a 52).

Por cuestiones de método, se abordará primero las apelaciones presentadas por las demandadas, dado que sus argumentos principales de inconformidad coinciden en punto a la falta de responsabilidad del empleador en la ocurrencia del accidente de trabajo, por consiguiente, la absolución de la condena por culpa patronal. Posteriormente, se dilucidará la impugnación presentada por el actor.

## 1. De los recursos de apelación de Express Construcciones S.A.S. y AR Construcciones S.A.S.

Para el efecto, se precisa que la indemnización total y ordinaria de perjuicios prevista en el artículo 216 del Código Sustantivo del Trabajo, exige la demostración de la culpa patronal, que se constituye cuando los hechos muestran que faltó *«aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios»*, es decir, que es presupuesto de esta indemnización, la existencia de la culpa suficientemente comprobada del empleador, la cual debe ser demostrada por quien la reclama, salvo, que se imputa al empleador una actitud omisiva como causante del accidente o la enfermedad profesional, evento en el que le corresponde al empleador demostrar que no incurrió en la negligencia que se le endilga, mediante la aportación de las pruebas que acrediten que sí adoptó las medidas pertinentes en dirección a proteger la salud y la integridad física de sus trabajadores. El anterior entendimiento tiene sustento en decisiones proferidas por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, sentencia SL 7181-2015, reiterada en la SL 5546 de 2019, en la que se señaló:

*“Aunque la Sala tiene definido que, según la preceptiva del artículo 216 del Código Sustantivo del Trabajo, al demandante le incumbe demostrar la culpa del empleador, no es menos cierto que también ha considerado que **cuando se imputa al patrono una actitud omisiva como causante del accidente o la enfermedad profesional, a éste le corresponde demostrar que no incurrió en la negligencia que se le endilga, aportando las pruebas de que sí adoptó las medidas pertinentes en dirección a proteger la salud y la integridad física de sus trabajadores.** Así por ejemplo, en sentencia 26126 de 3 de mayo de 2006, expuso la Corte:*

(...)

*No puede olvidarse, además que «la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo», tal como lo pregonan el artículo 1604 del Código Civil, por tanto, amén de los demás supuestos, probada en concreto la omisión del empleador en el cumplimiento de sus deberes de protección y seguridad, en otras palabras, de diligencia y cuidado, se prueba la obligación de indemnizar al trabajador los perjuicios causados y, por consiguiente, si el empleador pretende cesar en su responsabilidad debe asumir la carga de probar la causa de la extinción de aquella, tal y como de manera genérica lo dice el artículo 1757 del Código Civil.*

(...)

*No hay dos pasos, sino uno solo, la prueba de la culpa es el incumplimiento de la obligación, en este caso de índole legal, que le impone al empleador ofrecerle a su trabajador medidas de seguridad. Nada más. **Probado el incumplimiento, el empleador, como todo deudor, solo se libera de responsabilidad si***

**acredita que obró con mediana diligencia en la adopción de las medidas de seguridad.**

*Recientemente al explicar cómo opera la carga de la prueba de la culpa de un empleador a quien se le reprocha su negligencia y memorar el criterio de antaño expuesto sobre ese asunto por el Tribunal Supremo del Trabajo, precisó esta Sala de la Corte en la sentencia del 10 de marzo de 2005, radicación 23656:*

**«Ciertamente, una vez se demuestra que la causa eficiente del infortunio fue la falta de previsión por parte de la persona encargada de prevenir cualquier accidente, como medida de seguridad adoptada al efecto por la empresa, la carga dinámica de la prueba se traslada a ésta, dada su calidad de obligada que no cumple satisfactoriamente con la prestación debida, de conformidad con el artículo 216 del CST en concordancia con las normas que regulan la responsabilidad contractual».** (Negrilla fuera el texto original).

Ahora bien, es oportuno poner de relieve, que el empleador para evitar cualquier accidente o daño en los que se vea afectado el trabajador, debe implementar una política de seguridad y salud en el trabajo, en lo pertinente regulada, por la Ley 9 de 1979, Resolución 2400 del mismo año, el Decreto 614 de 1984, la Resolución 1016 de 1989 de los Ministerios del Trabajo y Seguridad Social y de Salud, el Decreto 1295 de 1994, la Ley 776 de 2002, Decreto 1443 de 2014, Ley 1562 de 2012 (CSJ SL 2388 de 2020).

Así, como lo establecido en la Resolución n.º 2413 de 1979 del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, por la cual se dicta el Reglamento de Higiene y Seguridad para la Industria de la Construcción, que dispone en su artículo 2 que *“Todo patrono de una obra de construcción tendrá la obligación de dictar un curso específico a las personas dedicadas a la inspección y vigilancia de la seguridad de las obras, en coordinación con el SENA y deberá exigir, por medio de sus delegados encargados de la seguridad, el cumplimiento estricto de las instrucciones sobre manejo de herramientas, y otras medidas preventivas que deberán observar los trabajadores de la obra. Y en el numeral 1º del artículo 10 que debe “Cumplir y hacer cumplir las disposiciones de este Reglamento y las demás que en materia de Seguridad e Higiene del Trabajo, fueren de aplicación obligatoria en los lugares de trabajo o de la empresa por razón de las actividades laborales que en ellas se realicen”.*

De ahí, que cuando acaece un accidente de trabajo, y se ha endilgado una conducta omisiva al empleador, éste debe demostrar que identificó los riesgos ocupacionales de manera oportuna y tomó las medidas de prevención correspondientes.

Claro lo anterior, discuten las accionadas la existencia de la culpa patronal, al considerar que en el plenario obra suficiente material probatorio que demuestra que cumplieron con las obligaciones de seguridad y salud en el trabajo, mediante la capacitación del trabajador, la entrega de manuales del riesgo e identificándolos, así como el plan de demolición, por lo que no era procedente la declaratoria que en ese sentido profirió el *A quo*.

El accidente de trabajo del actor, consistió según fue narrado en los hechos de la demanda y aceptado por las accionadas, que el 12 de mayo de 2015 mientras efectuaba la demolición de un "pilote" en el sótano 2, junto con su compañero Jorge Junco, la placa de concreto del techo cae sobre los trabajadores, lo que ocasionó para lo que importa al presente asunto, lesiones al señor Nelson Pertuz, lo anterior, ante el presunto incumplimiento del empleador de las normas de salud ocupacional y riesgos laborales.

Para demostrar el incumplimiento del deber de protección, la parte demandante aporta como pruebas: la copia del informe de accidente de trabajo; la declaración suscrita por Jorge David Mahecha sobre el percance laboral; el formato de investigación para las empresas con registro fotográfico (ilegible); los formatos de incapacidades médicas, el seguimiento por consulta de psicología y la solicitud de investigación ante el Ministerio del Trabajo (f.º 13-43).

En el formato de investigación con logo de AXXA Colpatria, aportado por la parte demandante a folios 15 a 18, se consigna que:

*"CAUSAS DEL ACCIDENTE*

*Causas inmediatas*

*-Actos inseguros*

*No asegurar o advertir las condiciones (sic) del terreno del Terreno.  
Adoptar posiciones inseguras ante la planeación de la actividad.  
Omitir asegurar el área de trabajo antes de realizar la labor.  
Falta de atención a las condiciones del área de trabajo.  
Exponerse innecesariamente a riesgo de caída de objetos.*

*-Condiciones Inseguras*

*Exposición a elementos contundentes.  
Uso de métodos peligrosos sin autorización.  
Riesgos ambientales lluvia que drena en el sótano.  
Defectos de los agentes de techo en falso.*

*Causas Básicas*

*-Factores personales  
Fatiga debido a la carga o duración de la labor  
Bajo tiempo de reacción.*

*-Factores del trabajo  
Evaluación deficiente de la condición para planear la actividad.  
Estándares o especificaciones inadecuadas dado que no transmiten pero no se evidencia seguimiento del mismo.  
Desarrollo inadecuado de normas para estándares procedimientos reglas.  
Programación insuficiente del trabajo.  
Identificación y evaluación deficiente de las exposiciones a pérdida.”*

En cuanto a la declaración suscrita por Jorge David Mahecha sobre el accidente visible a folio 14 del expediente, la misma solo hace referencia a su ocurrencia, sin hacer mención de aspectos particulares que dejen ver algún tipo de culpa en el lamentable hecho.

Por su parte, la demandada Express Construcciones S.A.S., allega con el fin de demostrar el cumplimiento de sus obligaciones de seguridad y salud en el trabajo: el certificado de aportes al sistema de protección social del demandante Nelson Pertuz correspondiente a Salud (los meses de diciembre de 2014 y de enero a mayo de 2015) y pensión (meses de noviembre y diciembre de 2014 y de enero a abril de 2015); la afiliación al fondo de cesantías (f.º 143 a 148, 240); el comunicado de 30 de agosto de 2017 mediante el cual la Inspectora del Trabajo y Seguridad Social/Riesgos/Inspección 18 de la Dirección Territorial de Bogotá requiere a la empresa para que aporte documentos dentro de la investigación (f.º 149-150); las declaraciones del 12 y 14 de mayo de 2015 rendidas por Johan Leal Ramírez y David Mahecha, respectivamente, en la que solo hacen mención a la ocurrencia del accidente (f.º 152 y 153); las planillas de registro de asistencia a capacitaciones sobre “política, alcohol, drogas y altura” del 12 de diciembre de 2014; “plataforma” del 15 de enero de 2015; “cuidado de la herramienta” del 21 de enero de 2015, “entrega de memorando y uso adecuado de EPP” del 4 de febrero de 2015, “uso de los epps, eqps, información varia, orden y aseo” de 19 de febrero de 2015; “aseo y seguridad en toda la obra” del 18 de marzo de 2015; “caída de objetos y porte de escarapela” de 17 de abril de 2015; “trabajo seguro en alturas” de 28 de abril de 2015; “El orden en el área de trabajo” del 5 de mayo de 2015; peligros presentes en la obra y las medidas de control fijadas con el fin de prevenir la ocurrencia de un accidente de trabajo sin fecha de realización (f.º 155 a 158, 160 a 162, 170-177, 183, 185).

También se anexa la planilla de entrega de elementos de protección, en la que se observa que el día 13 de abril de 2015 le fue entregado a Nelson Pertuz guantes de nitrilo, tapabocas y tapaoídos; el 5 de mayo de 2015 se le hizo entrega de botas de caucho; la planilla de *“Inspección de elementos de protección personal”*, de 8 de abril de 2015, en la que se señaló que el actor estaba usando casco, gafas de seguridad, guantes carnaza, botas material y overol; (f.º 189, 191, 193). Así mismo, se observan los formatos de permiso de trabajo para actividades críticas válidos desde el 13 al 17 de enero para excavación y demolición de pilote; del 7 al 11 de abril de 2015 para fundir placa y muros y amarre de hierro; del 13 al 18 de abril de 2015 para demolición de pilotes, del 20 al 25 de abril; del 27 de abril al 2 de mayo para amarre de vigas aéreas piso 4 y plataforma sótano, del 4 al 9 de mayo para amarre de vigas aéreas, columnas, excavación zanjas (f.º 214-218, 225, 227, 228, 231-233, 235).

Se verifica el análisis de riesgo por oficio “A.R.O.” de 30 de marzo de 2015, realizado por Gina Alexandra Aroca y Guillermo Junco (testigo), del que se resalta (f.º 243)

Pasos básicos de la tarea	Peligros y Consecuencias	Medidas preventivas y correctivas a realizar
Demolición de pilotes	Se puede deslizar el machin y el trabajador puede tener u accidente	Se amarra con manila el machin al pilote para tener sostenibilidad y evitar.

Igualmente, obra en el expediente el Auto n.º 119 del 19 de febrero de 2016 por el cual se ordena el archivo de una averiguación preliminar, sin embargo, se observa que la misma corresponde al accidente de trabajo fatal en el que perdió la vida Jorge Junco Alvarado, es decir, se trata de una persona que no es el demandante (f.º 236-237).

Ahora bien, las planillas de asistencia a procedimientos de demolición, tareas de excavación y simulacro que obran de folios 163 a 166, no se tendrán en cuenta para el presente análisis, toda vez que corresponde a capacitaciones que se realizaron el 25 de octubre y 4 de noviembre de 2016, es decir, en fechas posteriores al accidente de trabajo que ocupa la atención de la Sala

En lo que respecta a la empresa AR Construcciones S.A.S., la misma en aras de demostrar que actuó con diligencia, aportó en medio magnético (f.º 367) copia de correo electrónico enviado a Express Construcciones S.A.S. el 23 de octubre de 2014 donde le remite el Manual Administrativo de Obra y le indica *"sugerimos por favor implementarlo"*. Así mismo, la planilla de registro de asistencia del actor a la inducción sobre seguridad industrial del 13 de abril de 2015; la planilla de entrega de elementos de protección (guantes de nitrilo, tapabocas, tapaoídos, botas de caucho) del 13 de abril y 5 de mayo de 2015; el registro de asistencia a la inducción a la obra el 13 de abril de 2015. Milita en el plenario, los permisos de trabajo para los meses de abril y mayo de 2015, el último de ellos, del 4 al 9 de mayo de 2015; copia del formato preoperacional para andamio tubular de la semana del 11 al 16 de mayo de 2015 y el formato de investigación AXXA Colpatria.

También, obran formatos de investigación de incidentes y accidentes de trabajo, en los que se detalla la información de 4 testimonios: el de Héctor Javier Triviño Loaiza, quien manifestó que *"el espesor de la placa de concreto pobre es demasiado alto, el espesor debe ser máximo 5cm de espesor, esto complica bastante el proceso constructivo y aumenta en gran forma los riesgos. No sé por qué tenía ese espesor el concreto pobre, cuando llegué a desempeñar mis labores esto ya estaba construido"*. Por su parte, Jorge Mahecha Cuellar, anota que el accidente se pudo evitar o prevenir al *"no tumbar el pilote porque este no tenía la canasta de hierro, no retirar los parales y serchas"*; Miguel Garzón, en la casilla denominada ¿Por qué sucedió?, indicó *"creo que faltaron más medidas por parte de los mismos trabajadores y de las personas responsables de la obra, como inspectores de obra, maestros, ingenieros, sido, etc"* y, frente a cómo se hubiera podido evitar, señaló *"haber (sic) tenido más coordinación (sic) entre los responsables de la seguridad de todo el personal, para prevenir accidentes, que los mismos trabajadores tengan en cuenta todas las recomendaciones que se les dan en las inducciones de ingreso a la obra y las charlas semanales"*. Se cuenta además con la información vertida por Gina Aroca, quien desempeñaba para la época de los hechos el cargo de *"Inspector SST Ex."*, en la casilla de ¿cómo se hubiera podido evitar? Señaló *"habiendo más instrucción técnica"*

Se observan copia de mantenimiento de equipos; de la solicitud de seguimiento del accidente a Express Construcciones SAS con data del 24 de

julio de 2015; carta de esta última en la que atiende el requerimiento y envía los documentos para el efecto; procedimiento de actividades de alto riesgo; procedimiento demarcación, señalización, orden y aseo; acta de reunión de seguimiento del accidente de trabajo del 4 de septiembre de 2015.

Se aportó el procedimiento de demoliciones (f.º 199-203 y CD f.º 367), del que sorprende que en el acápite de “*PLANIFICACIÓN DEL TRABAJO*” se anota en la casilla de “*tarea*” el hacer un análisis de riesgos de seguridad en el trabajo antes de iniciar la demolición, pero en la casilla de “*periodicidad*” se indica “*Pre-inicio de la obra*”, es decir, que no se estableció la verificación de riesgo diaria.

Del mismo documento, se avizora que en el acápite de “*DESARROLLO DE LOS TRABAJOS*” se señala: “*En las demoliciones de estructura de cualquier tipo, se deberá utilizar personal capacitado (supervisión adecuada)...y se colocará señalización en aquellos lugares en donde se establezca riesgo de derrumbamiento, desprendimiento o caída de objetos (bloques de ladrillo, cemento, materiales)*”

Se advierte del análisis de riesgo por oficio “A.R.O.” del 13 de mayo de 2015 (un día después del accidente), realizado por Gina Alexandra Aroca, Candelario Jiménez, Luis Hernández y Roberto Peña, las siguientes situaciones que se resaltan:

<b>Pasos básicos de la tarea</b>	<b>Peligros y Consecuencias</b>	<b>Medidas preventivas y correctivas a realizar</b>
Se instalan lanchones con su medida respectiva	Que los lanchones se abran por la vibración que genera el rotomartillo	Se amarran los lanchones con su medida respectiva

Se cuenta con la declaración de José Guillermo Junco, único testigo en el juicio, quien manifestó que era el encargado de la obra, de dar órdenes de las actividades a realizar, que ese día no bajó a revisar los sitios de trabajo porque se encontraba en el segundo piso. Dijo que todos los días se firmaba un permiso para iniciar y se hacía el análisis de riesgo tanto por él como por el “*siso*” (Alexandra), pero que ese día no se hizo, porque para ese momento, la “*siso*” se encontraba haciendo el análisis de la “*fondía*”. Más adelante, manifiesta que él les “*había puesto una tarea...*” pero que no sabe quién cortó el

acero, que lo que tenían que haber hecho era seguir con la demolición como lo habían hecho en los otros 7 pilotes.

De las ya citadas probanzas, para este Colegiado no cabe duda de la responsabilidad del empleador en el accidente laboral que produjo afectaciones al demandante Nelson Pertuz, como se pasa a explicar.

Se avizora conforme los formatos de permiso de trabajo para actividades críticas, que no existía un permiso para el momento del hecho objeto de estudio, situación que se acompasa con lo manifestado por el testigo, pero, aun así, se le dio la instrucción al demandante de laborar, tanto así, que el declarante quien para la época del suceso era el encargado de la obra, manifestó que ellos (el demandante y el compañero que murió) debían simplemente continuar con la demolición sin cortar el acero, es decir, que le estaba permitido ejercer actividades tendientes a la consecución de la demolición del pilote pese a que ese día no se había realizado el análisis de riesgo por los encargados de la empresa, lo que denota que no existía una supervisión y/o control frente a las actividades que el trabajador realizaba como tampoco respecto al riesgo que podía producir la labor, lo cual desconoce precisamente que en el "*procedimiento de demoliciones*", se determina que para ese tipo de actividades debía haber una "*supervisión adecuada*", situación que implica igualmente, un desconocimiento de la obligación consagrada en el numeral 4 del artículo 10 de la Resolución 2413 de 1979<sup>1</sup>.

No se observa, que en la zona del accidente la empresa haya cumplido con la obligación de los parámetros de señalización y demarcación de las zonas con riesgo, conforme lo establece el "*procedimiento demarcación, señalización, orden y aseo*" expedido en cumplimiento del numeral 12 del artículo 93 de la Resolución 2413 de 1979. Tampoco se acredita que al demandante se le hubiese capacitado en tareas de demolición, pues las planillas de asistencia a capacitaciones de este tema que fueron aportadas no registran la presencia del actor o corresponden a fechas posteriores a la ocurrencia del accidente.

Además, se advierte del "*formato de investigación para la empresa*" que la ARL Colpatria determina luego del análisis de seguridad como "*factores del trabajo*" en las causas básicas del accidente la "*Evaluación deficiente de la*

<sup>1</sup> Por la cual se dicta el Reglamento de Higiene y Seguridad para la Industria de la Construcción

*condición para planear la actividad. Estándares o especificaciones inadecuadas dado que no transmiten pero no se evidencia seguimiento del mismo. Desarrollo inadecuado de normas para estándares procedimientos reglas. Programación insuficiente del trabajo. Identificación y evaluación deficiente de las exposiciones a pérdida.*”, circunstancias que reflejan que, para ese momento, los procedimientos adelantados por las accionadas no eran completamente eficientes para prevenir accidentes de trabajo,

Paralelamente, de los formatos de investigación de incidentes y accidentes de trabajo, que fueron aportado en medio magnético por la demanda AR Construcciones S.A.S. se infiere que, si bien en el acaecimiento del accidente pudo estar inmerso el descuido del demandante, lo cierto es que también deja en evidencia otros aspectos, como el que la placa de concreto tuviera mucho espesor lo que aumenta el riesgo, tal como lo manifiesta Héctor Javier Triviño Loaiza; también que hizo falta medidas de seguridad por parte de los trabajadores y de los responsables de la obra, como lo adujo Miguel Garzón, y la falta de coordinación entre los responsables de la seguridad.

Lo anterior, exhibe suficiente coherencia con lo manifestado por Gina Alexandra Aroca, quien desempeñaba para la época de los hechos el cargo de *“Inspector SST Ex.*, al indicar que el accidente se pudo haber evitado con *“más instrucción técnica”*; así como con el Análisis de Riesgo por Oficio efectuado por ella misma con posterioridad al accidente, en el que se indica que ante el riesgo de que los planchones se abran por la vibración que genera el rotomartillo, se instalarían planchones con la medida respectiva, lo que de tajo derruye el argumento de AR Construcciones S.A.S. en la apelación.

En función de lo analizado, se concluye que el actuar del empleador no se sujeta a las disposiciones que en materia de seguridad y salud en el trabajo debe cumplir y, si en verdad existió algo de culpa del demandante en la realización de la función, debe recordarse que esa situación tampoco exime al empleador, tal como lo tiene sentado la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL9355-2017, al puntualizar que:

*“Todo ello pone en evidencia la conducta pasiva y negligente del empleador que no se desvirtuó en el curso del proceso, en cuanto en su defensa se limitó a invocar la culpa del trabajador que, de existir, no lo exime de responsabilidad tal como lo ha dicho esta Sala de la Corte Suprema de*

*Justicia en múltiples oportunidades, entre otras, en la sentencia CSJ SL5463-2015, en la que adoctrinó que la «responsabilidad de la empresa en el accidente laboral no desaparece en el evento de que este ocurra también por la concurrencia de un comportamiento descuidado o imprudente del trabajador, toda vez que, conforme al tenor del artículo 216 del CST, en la indemnización plena de perjuicios a consecuencia de un siniestro profesional con culpa del empleador no se admite la compensación de culpas» (...).*

*En consecuencia, se equivocó el Tribunal al eximir de responsabilidad a la empleadora bajo la tesis de la imprudencia de su trabajador en el desarrollo de la actividad laboral en la que perdió la vida, en cuanto ignoró las múltiples normativas nacionales e internacionales que imponen al empleador obligaciones insoslayables, para prevenir los riesgos en la ejecución del trabajo en las alturas y tejados.”*

Así las cosas, para la Sala existe nexo causal entre la conducta desprovista de diligencia del empleador y las lesiones del trabajador, pues el primero no supervisó y controló las actividades adelantadas por éste, circunstancias que acredita suficientemente su culpa, por lo que debe responder por la indemnización plena de perjuicios ordenada por el *a quo* respecto de los demandantes que allí hizo referencia. Así las cosas, el fallo apelado no será modificado ni revocado en este punto.

### **1.2 Del recurso de apelación de AR Construcciones S.A.S.**

De otro lado, se advierte que AR Construcciones S.A.S. se duele del monto de los perjuicios morales, pues considera que es desproporcionado dado que la prueba documental demuestra que el trabajador tuvo una mejoría en su diagnóstico y, en cuanto su compañera permanente, ésta no aporta prueba desde cuando vive en unión libre con el demandante.

Lo primero que debe precisar esta Corporación, es que frente a la comprobación del perjuicio moral, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL130174 de 2014 señaló “*No basta afirmar que un hecho dañino (accidente laboral o enfermedad laboral) ha ocasionado un perjuicio moral, sino que hay que comprobar los lazos de parentesco o los lazos de cercanía con la víctima y la incidencia de aquel insuceso en los sentimientos íntimos del damnificado por la conducta del empleador*”. Decisión en la que además se indicó, que en el caso de padres, hijos, hermanos o cónyuge, opera

la presunción hominis o presunción judicial, que permite dar por sentado el dolor, la aflicción, la congoja de quien invoca.

Al descender al *sub examine*, frente al accionante se corrobora que éste se ha visto en la necesidad de acudir a citas con psicología (f. 38-43), en el que se observa que presenta cambios de ánimo, irritabilidad y alteraciones, aspectos que derivados del accidente que le produjo diversas secuelas que incluso, requiere de un ayudante, lo anterior, generó cambios emocionales en el demandante, y todo eso fue valorado por el juez de conocimiento al momento de imponer condena.

En cuanto a Cristian Pertuz, se acredita su calidad de hijo del actor con el registro civil de nacimiento (f. 11), quien además por razones a penas naturales, se ve afectado por el accidente que sufrió padre y frente al cual, además, opera la presunción judicial antes referida.

En el caso de Yesenia Montoya, basta con remitirnos a la prueba documental de folio 12, que corresponde a la declaración extrajuicio rendida por Nelson Pertuz y Yesenia Montoya el 13 de diciembre de 2016 ante la Notaría 67 del Circulo de Bogotá, en la que se declaró bajo la gravedad del juramento, lo siguiente *"vivimos en unión marital de hecho desde hace 10 años, convivimos bajo el mismo techo en forma permanente e ininterrumpida. De nuestra unión existe 1 hijo de nombre CRISTIAN CAMILO PERTUZ MONTOYA de 10 años de edad..."*. Además, frente a la incidencia del suceso en los sentimientos íntimos, se tiene que, debido al accidente, le generó tristeza y estrés, la relación de pareja cambió, operando en su favor igualmente, la presunción hominis.

Ahora, como quiera que el daño moral está sujeto al arbitrio judicial, en la medida en que no es posible tarifar el dolor, la desesperanza, el abatimiento, la zozobra y demás componentes propios del fuero interno del individuo, la determinación de su cuantía dependerá de la situación fáctica, la cual el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, permite al juez la libertad de determinarlos (CSJ SL3693-2019, SL4965-2019). En esa medida, la Sala no encuentra fundamento razones de peso para modificar o revocar el monto que para este concepto impuso el juzgado, máxime, cuando la tasación de éstos no resulta desbordada o desproporcional.

### **1.2.1. De la tasación del daño consolidado y futuro**

Además de lo anterior, se censura el hecho que al momento de calcular el daño consolidado y futuro, no se tuvo en cuenta que al demandante le fueron cancelados sus salarios hasta enero de 2017, al tiempo que percibía los pagos por parte de la ARL, luego debió compensarse esas sumas, por tanto, debía compensarse de la condena las sumas pagadas.

En la decisión cuestionada, el *a quo* condena al pago de los perjuicios materiales, por lo que dispuso como lucro cesante pasado la suma de \$30.391.061,72 y lucro cesante futuro \$112.338.056,99, montos a los que considera el recurrente, debió compensarse los valores cancelados hasta enero de 2017 al demandante como salario.

Para resolver lo pertinente, encuentra la Sala menester recordar, que el lucro cesante se configura cuando se deja de percibir un ingreso económico, éste se divide en dos, el consolidado y el futuro; para el caso que nos ocupa, el consolidado o también llamado pasado, corresponde al perjuicio ya consolidado al momento de definir el fallo, y va desde la terminación del contrato, la muerte o PCL, hasta el fallo. El anterior entendimiento tiene sustento en decisiones de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, la sentencia SL1187 de 10 de marzo de 2020 en la que se precisa que *“El lucro cesante consolidado corresponde a la ganancia razonable dejada de percibir con ocasión de la imposibilidad para el trabajo, derivada directamente de la merma de la capacidad de trabajo del actor”*.

En esa medida, no es posible compensar las sumas de dinero que fueron canceladas al demandante hasta el año 2017, precisamente porque a partir de ese momento es que se calcula el monto del lucro cesante consolidado, pues de haberse liquidado desde la fecha del accidente el monto de la condena sería mayor.

### **1.2.2. De la absolución respecto de las llamadas en garantía**

De otro lado, discute la recurrente, el hecho que se haya absuelto a las llamadas en garantía, pese a que las pólizas cubren las indemnizaciones

derivadas de la relación laboral, dentro de la que se encuentra un accidente de trabajo.

Lo primero que se exhibe relevante precisar, es que el accidente de trabajo en el que se vio afectado el señor Nelson Pertuz acaeció en la ejecución del contrato CTO-370281 del proyecto Miradores de Pontevedra Subetapa I, conforme se advierte del contrato suscrito entre las empresas accionadas, y que fue aportado por AR Construcciones S.A.S. (medio magnético f.º 367), situación que fue igualmente narrada por el representante legal de la contratista Express Construcciones S.A.S. al momento de surtirse el interrogatorio de parte, quien ante la pregunta "(...) el señor Nelson trabajaba para la subetapa 1 o para la subetapa 2?" respondió "Para la subetapa 1".

Definido lo anterior, se observa que el llamamiento en garantía efectuado por la encartada AR Construcciones S.A.S., se efectuó frente a Seguros Generales Suramericana S.A. respecto de la póliza n.º 1263484-3 y a Seguros del Estado S.A. con relación a la póliza n.º 21-45-101161727.

Ahora, una vez verificada la póliza n.º 1263484-3 de Seguros Generales Suramericana S.A., en la casilla de "textos y aclaraciones anexas" señala "CONTRATO **CTO-360036**" y seguido se indica "Objeto: Cimentación del proyecto Miradores de Pontevedra sub etapa 2", es decir, que la misma amparaba el riesgo derivado de un contrato distinto al que se ejecutaba cuando ocurrió el accidente de trabajo y de una subetapa diferente en la que el actor desplegaba su labor (f.º 253, 260, 321). Igual, situación ocurre con la póliza n.º 21-45-101161727 de Seguros del Estado S.A., en la que se observa que el objeto del seguro es el "Contrato **CTO-370463**", que corresponde a un contrato diferente del que se encontraba prestando sus servicios y frente al cual se presentó el accidente de trabajo del demandante.

Sin embargo, en aras de establecer si en virtud de las demás pólizas aportadas al plenario se amparaban los riesgos del contrato CTO- 370281, se revisa minuciosamente cada una de las documentales, sin que se corrobore alguna póliza con ese amparo. Luego entonces, no resulta procedente imponer condena a las aseguradoras llamas en garantía, por tanto, el punto de apelación de la recurrente se despacha desfavorablemente.

## **2. Del recurso de apelación de la parte demandante**

### **2.1 De la responsabilidad de la ARL Colpatria**

Persigue la parte recurrente se emita algún pronunciamiento respecto de la ARL Colpatria por haber cancelado las incapacidades con un salario inferior al realmente devengado por el trabajador, no obstante, no resulta posible, en razón a que era menester hacerla comparecer al proceso para que ejerciera su derecho de contradicción y de defensa, por consiguiente, al verificarse que no fue llamada a formar el extremo pasivo, no es posible emitir algún juicio frente a esta. Por tanto, se despacha desfavorable la solicitud de la parte en este sentido.

### **2.2. De los perjuicios por daños fisiológicos y daños de la vida en relación**

Manifiesta el demandante que se solicitó y no se condenó, al pago de los perjuicios por daños fisiológicos y daños de la vida en relación, que señala, son diferentes a los daños morales.

Para resolver lo anterior, necesario es poner de presente, que conforme la jurisprudencia, los perjuicios morales son equivalentes al precio del dolor físico y de las afecciones psicológicas padecidas por el trabajador o beneficiarios, los cuales se componen del daño moral y del daño de la vida en relación (Sentencia del 6 de julio de 2011, radicado 39867 reiterada en la SL1525-2017).

Frente al daño en la vida de relación, la Corte Suprema de Justicia en reciente pronunciamiento SL 5195 de 2019 en la que reiteró lo dispuesto en la SL 1361 de 2019, SL, 22 ene. 2008, rad. 30621, SL, 30 oct. 2012, rad. 39631 y la SL4913-2018, se refirió en los siguientes términos: *«se originan por el menoscabo en la vida de relación social, que no se equipara a la aflicción íntima, que se padece en el interior del alma, calificada como daño moral subjetivo, ni tampoco con la pérdida de la capacidad laboral, que es estimable en dinero a partir del grado de invalidez establecido por las Juntas Calificadoras; es el daño que afecta la aptitud y disposición a disfrutar de la dimensión de la vida en cualquiera de sus escenarios sociales; es una afectación fisiológica, que aunque*

*se exterioriza, es como la moral, inestimable objetivamente, y por tanto inevitablemente sujeta al arbitrio judicial.*

En la citada jurisprudencia, se dijo que este tipo de daños se concretan en la limitación del disfrute de la vida en los entornos que gozaba la persona y que hoy, dada la afectación, no puede hacerlo o no de la misma manera, es decir, que dicha perturbación lesiona el disfrute de los placeres de su existir, en sus condiciones personales y sociales.

En el presente caso, se observa que la jueza de primera instancia tomó en consideración ese aspecto al indicar: *"de acuerdo con las pruebas aportadas al expediente, pues obra la declaración de la compañera del demandante quien señaló que efectivamente su vida personal y su vida familiar inclusive su vida íntima se había visto afectada por el accidente padecido por el demandante, que ese accidente había producido pues cambios no solamente físicos si no en el ánimo del demandante quien generalmente se encontraba con altos estados de depresión, igualmente señaló que para su vida íntima debía medicarse pues esto le ocasionaba algún problema y que también su esposo y también él lo manifestó, tenía alguna afectación moral y psicológica en razón a que no podía ya bien en familia especialmente con su hijo porque no podía acompañarlo a sus partidos de fútbol".*

Es decir, contrario a lo afirmado en el recurso de alzada, que los factores que la parte impugnante reclama no fueron desconocidos la sentenciadora, al contrario, de su análisis se derivó en parte la condena que frente a los perjuicios morales profirió. Por tanto, la inconformidad no sale adelante.

### **2.3 Del salario base para la liquidación de perjuicios**

Otro de las inconformidades de la recurrente, radica en que la liquidación de la indemnización plena de perjuicios debe calcularse sobre el salario promedio de \$854.452 devengado por el demandante para el momento del accidente, sin embargo, para la Sala ese argumento no es de recibo, como quiera que, para efectuar esta liquidación, se toma el salario promedio devengado para la fecha de retiro (CSJ SL5619-2016).

Entonces, tenemos que para el momento del accidente el demandante devengaba el salario promedio indicado, pues así fue aceptado por la accionada al momento de contestar la demanda, no obstante, con los certificados de pago que obran en el plenario (f.º 137) se verifica que el monto del último salario percibido por el trabajador en enero de 2017 no es el aludido, sino incluso, uno inferior al tenido en cuenta por el juzgado. Así las cosas, al no asistirle razón a la parte, este punto se despacha desfavorable.

Bajo ese horizonte, se confirma la decisión de primera instancia.

Sin costas ante su no causación.

#### V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

#### RESUELVE:

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida el 6 de septiembre de 2019 por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá.

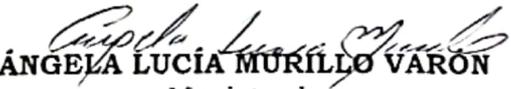
**SEGUNDO: Sin COSTAS** en la consulta.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

Intervinieron los Magistrados,

  
**HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA**  
Magistrado

  
**DAVID A. J. CORREA STEER**  
Magistrado

  
**ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**  
Magistrada



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

## HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

### Magistrado ponente

**REFERENCIA:** PROCESO ORDINARIO  
**RADICACIÓN:** 110013105 29 2018 00063 01  
**DEMANDANTE:** JAIME ALBERTO ROJAS GARCÍA  
**DEMANDADO:** ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –  
COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS  
DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

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

Como cuestión previa se aclara que para todos los efectos las actuaciones surtidas ante esta Sala corresponden al número de radicación 110013105 29 2018 00063 01, pues tanto en el auto admisorio del 9 de abril de 2019 (f.º 148) como en el acta de audiencia del 23 de abril de 2019 (f.º 159), por error se consignó como número de radicación 110013105 29 2019 00063 01.

### SENTENCIA

Con la presente se da cabal cumplimiento al fallo de tutela proferido el 31 de agosto del presente año, dentro del radicado 60360, emitido por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la que dispuso “**DEJAR SIN EFECTOS** la decisión del 23 de abril de 2019, para en su lugar, ordenar al **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA LABORAL**, que en el término de quince (15) días contados a partir de la notificación de la presente sentencia, profiera nueva decisión, teniendo en cuenta lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.”

### I. ANTECEDENTES

La accionante promovió demanda laboral para que se declare la nulidad de la afiliación con la Administradora de Fondos de Pensiones y

Cesantías Porvenir S.A.. por omitir esta informar de manera veraz, completa y oportuna las consecuencias de su decisión de trasladarse. En consecuencia, se retrotraigan las cosas a su estado inicial y se ordene a Colpensiones tenerlo como afiliado al régimen de prima media, como si nunca se hubiere trasladado en virtud del regreso automático. Solicita el pago de los intereses causados por la demora injustificada en la autorización del traslado, los demás derechos a reconocer en virtud de los derechos ultra y extra *petita* y las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que se trasladó el día 4 de octubre de 1994 a la AFP PORVENIR S.A., al momento de la suscripción del formulario no se le brindó información clara, completa y oportuna acerca de las ventajas y desventajas de los regímenes pensionales, no le fueron realizadas proyecciones pensionales, pues solo le indicaron que las condiciones de pensión serían más favorables en el régimen de ahorro individual con solidaridad.

Adujo que la AFP PORVENIR le realizó una simulación pensional, que arrojó un valor de mesada pensional en la AFP de \$1.053.900 y en Colpensiones de \$3.354.215. Indicó que cuenta con 1.375 semanas cotizadas a lo largo de su vida. Solicitó a las demandadas la nulidad del traslado. Finalmente refirió que el 23 de octubre de 2017, reclamó administrativamente (f.º 37 a 45).

Al dar respuesta a la demanda, Porvenir S.A. se opuso a las pretensiones. Frente a los hechos, aceptó los relacionados con el natalicio de la accionante, la solicitud de información presentada y la simulación pensional elaborada por la administradora. Respecto a los demás, manifestó no ser ciertos o no constarle los mismos.

En su defensa, propuso las excepciones de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas; la de buena fe, prescripción de las obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa y las demás declarables oficiosamente (f.º 81 a 88).

Por su parte, Colpensiones, también se opuso al éxito de las pretensiones. Sostuvo que no hay lugar a declarar la nulidad anhelada pues la afiliación tiene plena validez y legalidad y no le está permitido a la demandante alegar su propia culpa para beneficiarse. Sostuvo que conforme a lo dispuesto en la Ley 797 de 2003, el demandante no puede trasladarse de régimen como quiera que se encuentra a menos de 10 años de alcanzar la edad para pensionarse.

Con el fin de enervar las pretensiones, planteó las excepciones de prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y la obligación, cobro de lo no debido, la de buena fe, presunción de legalidad de los actos administrativos y las demás que se sean declarables oficiosamente (f.º 51 a 54).

## **II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

El Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 18 de enero de 2019, declaró la nulidad absoluta de la afiliación del actor al RAIS. Condenó a PORVENIR a trasladar a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante a dicha entidad como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos, intereses, y con los rendimientos que se hubieren causado sin lugar a descuento alguno, para lo cual le concedió un término 30 días hábiles posteriores a la ejecutoria de la sentencia (f.º 142 y 143).

En sustento de su decisión, indicó que la demandada AFP Porvenir S.A. no demostró haber proporcionado información veraz, clara y oportuna sobre las consecuencias reales del traslado, lo que indujo en error al demandante generándole una falsa expectativa y esto de alguna manera produjo un engaño.

### **III. RECURSO DE APELACIÓN**

Inconformes las demandadas interpusieron recurso de apelación.

La AFP Porvenir S.A. lo hizo al argumentar que al absolver interrogatorio de parte del accionante, confesó que algunos de sus compañeros le advirtieron que después de cumplir los 52 años no se podía regresar al Seguro Social; también confesó que en el 2012, la AFP Porvenir S.A. le dio a conocer una proyección pensional y que en este tiempo él tenía 51 años de edad, razón por la cual todavía se podía trasladar a Colpensiones. Finalmente, argumenta que de conformidad con el Decreto 692 de 1994, el único trámite que debía acreditarse, era el diligenciamiento del formulario de afiliación.

A su turno la demandada Colpensiones alega que la actora no es beneficiaria del régimen de transición. Sostuvo además que aunque el demandante alega que se inquietó por la terminación del ISS, esto no configura un vicio del consentimiento.

### **IV. DE LA SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA**

Al conocer del asunto en grado de consulta el Tribunal decidió mediante sentencia del 23 de abril de 2019, al surtir el grado jurisdiccional de consulta decidió revocar la sentencia de primera instancia y, en su lugar absolver a las demandadas de las pretensiones elevadas en su contra (f.º 159)

## V. DE LA ACCIÓN DE TUTELA INTERPUESTA

Inconforme, el demandante señor Jaime Alberto Rojas García, instauró acción de tutela ante la Sala de Casación Laboral, al argumentar la vulneración de sus derechos fundamentales.

Mediante fallo del 31 de agosto de 2020, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, amparó sus derechos fundamentales y ordenó a la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, dejar sin efecto la sentencia del 23 de abril de 2019, para que profiera una nueva con atención a la parte considerativa de la decisión de tutela.

**Conforme a lo anterior el Tribunal se dispone a dictar sentencia, de conformidad con lo ordenado por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 31 de agosto de 2020, dentro de la acción de tutela con Radicación n.º 60360**

## VI. CONSIDERACIONES

Consideró la Corte Suprema de Justicia en la decisión de tutela que:

*“En tal orden, debe precisar esta Sala, que en reiterada jurisprudencia se ha dejado clara su postura, al indicar que la elección de cualquiera de los dos regímenes pensionales existentes, debe estar precedida de una decisión libre y voluntaria, de suerte que las Administradoras de Pensiones tienen el deber de brindar a sus afiliados una asesoría que les permita tener los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión tomada al momento del traslado, sin importar si la persona es o no beneficiaria del régimen de transición, si tiene o no un derecho consolidado, o si está próximo a pensionarse”.*

Más adelante concluyó:

*“De acuerdo a la línea jurisprudencial fijada por esta Sala en innumerables sentencias, es claro que el Tribunal Superior del Distrito judicial de Bogotá – Sala Laboral, incurrió en los yerros que le endilga el accionante, los cuales se constituyen en una vía de hecho, ante el defecto sustantivo, por desconocimiento del precedente jurisprudencial, el que se configura cuando el funcionario judicial se aparta de las sentencias*

*emitidas por los tribunales de cierre (precedente vertical) o los dictados por ellos mismos (precedente horizontal) al momento de resolver asuntos que presentan una situación fáctica similar a los decididos en aquellas providencias, sin exponer las razones jurídicas que justifique el cambio de jurisprudencia.», ver sentencia CC T-102-2014”*

Pues bien, a efectos de dar cumplimiento a la decisión de tutela, comienza la Sala por hacer un recuento del marco normativo que dispone todo lo pertinente con la selección de régimen pensional, cuya característica fundamental se encuentra prevista en el literal b) del art 13 de la ley 100 de 1993, el cual establece la **selección libre y voluntaria** por parte del afiliado; a su turno el art. 114 *ibidem*, dispone los requisitos para el traslado, al puntualizar que la selección de dicho régimen, debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. Por su parte, el artículo 271 de la misma ley, señala, no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada, permitiendo realizar una nueva en forma libre y espontánea.

A su vez, el Decreto Ley No 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen de la demandante, previó en el numeral 1º del art. 97, la **obligación de las entidades, de suministrar a los usuarios la información necesaria** con el fin de brindarles un criterio claro y objetivo para escoger las mejores opciones del mercado. Al punto, la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL1688 de 2019 precisó que las administradoras de fondos de pensiones, desde su fundación, estaban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales para garantizar a sus afiliados un juicio claro y objetivo sobre las mejores opciones del mercado.

De igual forma, frente al tema el artículo 4 decreto 656 de 1994, dispuso que *“En su calidad de administradoras del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, las administradoras son instituciones de carácter provisional y, como tales, se encuentran obligadas a prestar en*

**forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a dicha calidad.** Por lo tanto, serán responsables de los perjuicios que por su culpa leve se puedan ocasionar a los afiliados.”

De la misma manera, el Art. 12 del Decreto 720 de 1994 previo que “los promotores que empleen las sociedades administradoras del sistema general de pensiones **deberán suministrar suficiente, amplia y oportuna información** a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación, durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.”

Jurisprudencialmente la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia SL 3464-2019, reiteró que desde la sentencia SL 1688-2019, la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la **ineficacia** o exclusión de todo efecto al traslado y por ello el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde la institución de la ineficacia en sentido estricto. De otra parte, en las decisiones con radicado 31.989 de 2008, SL 19.447 de 2017 y SL 1421 de 2019, la misma corporación indicó, que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringía “a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada” la cual no se configuraba con el simple diligenciamiento de un formulario o la adhesión a una cláusula genérica, pues el asunto requiere contar con elementos de juicio suficientes, para entender las consecuencias de la decisión.

Pues ese deber de información, según las reglas jurisprudenciales sentadas por la Corte Suprema en los radicados ya enunciados, incluye la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales. Además, el análisis calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al

afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo. Incluso, a partir de Ley 1748 de 2014 y Artículo 3 del Decreto 2071 de 2015, el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Igualmente, señala el máximo Órgano de cierre de esta jurisdicción que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición, o si tiene o no una expectativa legítima, dado que **en todos los casos debe cumplirse** con el deber de información como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia SL1688 de 2019. También la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 1689-2019, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil, señaló que en tratándose de asuntos como el que ocupa la atención de la Sala, se invierte la carga de la prueba, y debe entonces la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional.

#### **CASO CONCRETO**

Pues bien, de conformidad con la copia de cédula de ciudadanía de folio 4, el demandante nació el 01 de septiembre de 1960, por lo que al 1º de abril de 1994 contaba con 33 años de edad y no había realizado cotizaciones a Colpensiones. Por tanto, no es beneficiario del régimen de transición.

Ahora, revisado el formulario de folio 90, se tiene que el demandante solicitó el traslado a la AFP Porvenir S.A. el 04 de octubre de 1994, el cual se hizo efectivo el 1º de noviembre del mismo año, según reporte de Asofondos de folio 1922.

A solicitud de la parte accionante fueron escuchados los testimonios de ALFREDO TELLEZ GARZÓN y EDILBERTO TELLEZ CORTÉS, quienes aseguraron haber estado presentes al momento en que el demandante suscribió el formulario de afiliación, sin embargo no ofrecen mayores luces

al proceso como quiera que basan su dicho en que asistieron junto con el actor a reuniones masivas junto con los demás trabajadores de la obra civil, en las que les dijeron que el ISS se acabaría, que se pensionarían a una edad inferior y con una mayor mesada.

Conforme a las pruebas antes indicadas, encuentra la Sala que la AFP Horizonte, incumplió el deber que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, (aplicable por remisión expresa del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social), pues no demostró en los términos señalados por la Corte Suprema de Justicia, que cuando se dio el traslado de régimen, la demandada ofreció la asesoría e información objetiva, suficiente y clara atendiendo su situación personal, sobre los efectos del traslado. En consecuencia, resulta evidente que se configuró una violación del deber de información y al ser este un requisito de la esencia del acto de traslado deviene en la falta de validez del cambio de régimen pensional.

Resulta oportuno señalar que en alcance a lo sentado por la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 1688-2019, en el presente asunto lo procedente es declarar la **ineficacia** de la afiliación al RAIS, adelantada por la actora el 12 de marzo de 1996 (Fl 2), por lo que la decisión de primera instancia será modificada en este punto

Ahora, la AFP PORVENIR S.A., deberá devolver los aportes pensionales, rendimientos financieros y los gastos de administración a COLPENSIONES, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL 1421-2019, SL 17595-2017 y SL 4989-2018, donde se rememoró la SL del 8 sep. 2008, con rad. 31989, referentes a las consecuencias de la ineficacia del traslado.

Resulta importante señalar aquí, sobre el fenómeno prescriptivo que si el derecho a la pensión es imprescriptible a la luz del art 48 de la C. Pol., igual suerte ocurre con el tema referido al traslado, pues éste es el que determina su reconocimiento dentro del régimen aplicable, es decir, que la ineficacia del traslado conlleva una controversia de índole pensional,

estrechamente asociada al derecho fundamental referido, por tanto, su exigibilidad puede darse en cualquier tiempo y no pueden ser afectados por los términos prescriptivos existentes en materia laboral (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en SL361-2019 y SL1688-2019).

De conformidad con las consideraciones previas, la Sala revocará la decisión de primera instancia en los términos anunciados.

No se causan costas en la consulta ni en la instancia.

## **VII. DECISIÓN**

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

### **RESUELVE**

**PRIMERO: DAR CUMPLIMIENTO** a la orden impartida por la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, en decisión del 31 de agosto de 2020, dentro de la acción de tutela con Radicación Nro. 60360

**SEGUNDO: CONFIRMAR** la sentencia proferida por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 18 de enero de 2019.

**TERCERO: Sin COSTAS** en esta instancia.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

Intervinieron los Magistrados,



**HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA**

Magistrado



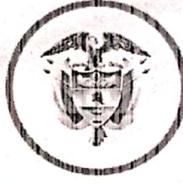
**DAVID A. J. CORREA STEER**

Magistrado



**ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**

Magistrada



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

**HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA**

**Magistrado ponente**

**REFERENCIA:** PROCESO ORDINARIO  
**RADICACIÓN:** 110013105 035 2018 00483 **01 y 02**  
**DEMANDANTE:** MARTHA LUCIA MEJÍA ROBLES.  
**DEMANDADO:** ITAU CORBANCA COLOMBIA S.A.

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

#### **AUTO**

Decide la Sala el recurso de apelación presentado por la parte demandada contra el auto que negó el decreto de una prueba trasladada.

#### **I. ANTECEDENTES**

La accionante promovió demanda ordinaria laboral en contra de Itau Corbanca Colombia S.A. para que se declare la ilegalidad del despido acaecido el 13 de abril de 2016, dado gozaba de la estabilidad por su condición de pre pensionada al faltarle menos de 3 años para cumplir la edad de pensión. En consecuencia, se ordene su reintegro sin solución de continuidad, con el pago de salarios y aportes a la seguridad social desde la fecha del despido.

Mediante auto de 29 de octubre de 2018, el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá admitió la demanda (f.º 102), el 19 de febrero de 2019 se notificó la accionada (f.º 123), quien procedió a contestarla dentro del término de ley (f.º 124-135).

Al efectuar su derecho de defensa, la encartada solicitó en el acápite de pruebas el decreto de prueba trasladada de: escrito de demanda y sus anexos; y la contestación de la AFP Colfondos con las pruebas aportadas

dentro del proceso de "nulidad de traslado de régimen" que inició la demandante, bajo el argumento que era de vital importancia contar con información relacionada con la condición de afiliada de la actora al RAIS, así como el capital actualmente acumulado en su cuenta de ahorro individual.

## **II. DECISIÓN DEL JUEZ DE CONOCIMIENTO**

A través de auto de 15 de agosto de 2019 (f.º 261-262), el juez de conocimiento negó el decreto de la prueba trasladada por no ser conducente ni pertinente para el desarrollo del proceso, en atención a que no estaba en debate la afiliación de la demandante al RPM al RAIS.

## **III. DEL RECURSO DE APELACIÓN**

Inconforme con la decisión, la parte demanda interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación, para ello, sostuvo que el tema de la nulidad del traslado de régimen tenía incidencia directa, pues la jurisprudencia ha establecido que importante para el estudio de la calidad de pre-pensionada, si la afiliación corresponde al RAIS o al RPM. Sostuvo que la prueba solicitada permite verificar cuál era el estatus de la demandante y el número de semanas cotizadas para la fecha en que le terminó el contrato, y conocer si es beneficiaria o no del fuero de pre-pensionada. Solicitó que, en caso de prosperar el recurso, se ordene la prueba ante esta Corporación, donde actualmente cursa el proceso de "nulidad de traslado de régimen" objeto de la prueba.

Para resolver lo pertinente, los Magistrados, previa deliberación, exponen las siguientes:

## **IV. CONSIDERACIONES**

Lo primero que ha de precisarse, es que el auto que niega el decreto de una prueba es recurrible, de acuerdo con lo dispuesto en el numeral 4º del artículo 65 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Ahora, de conformidad con el artículo 51 del Código Procesal del Trabajo y Seguridad Social, en materia laboral son admisibles todos los medios de prueba establecidos en la ley. En ese sentido, se advierte en el artículo 174 del Código General del Proceso, aplicable a este rito procesal en virtud del artículo 145 del Estatuto procesal laboral que las pruebas practicadas válidamente en un proceso podrán trasladarse a otro en copia y serán apreciadas sin más formalidades, siempre que en el proceso de origen se hubieren practicado a petición de la parte contra quien se aducen o con audiencia de ella.

Además, resulta necesario tener presente, que si bien en uso de las facultades otorgadas a las partes, éstas pueden al momento de ejercer su derecho de defensa y contradicción solicitar los medios de prueba que consideren, no puede perderse de vista que los mismos deben ser pertinentes, conducentes y útiles para resolver la controversia puesta a consideración de la autoridad judicial, pues de lo contrario es posible su rechazo, conforme lo establece el artículo 53 del Código de Procedimiento del Trabajo y de la Seguridad Social.

Al descender al asunto de marras, una vez examinado el expediente se advierte que la demandante pretende se declare la ilegalidad de su despido al gozar de estabilidad laboral por su condición de prepensionada, lo cual estima la demandada es posible desvirtuar con la prueba trasladada del proceso ordinario de ineficacia de traslado de régimen que paralelamente cursa en otro despacho judicial, más exactamente, con el escrito de demanda, su contestación y las pruebas aportadas con cada uno.

Ahora bien, para resolver el recurso, la Sala contrasta el objeto de la presente demanda con la solicitud de la prueba denegada por el *A quo*, de lo cual se advierte su improcedencia, pues en la acción adelantada por la demandante a efectos de que se declare la ineficacia de traslado de régimen, el estudio se estructura sobre aspectos que en nada interesan al presente litigio, pues allá la decisión no está basada ni en la edad ni en el

número semanas cotizadas por los afiliados o pensionados. Ahora, tal y como lo sostuvo el juzgado, los requisitos para que una persona sea considerada pre-pensionada puede ser demostrados con pruebas diferentes a las aludidas por la recurrente, de las cuales no hizo uso la parte.

Con todo, es menester precisar, que el tema de la afiliación de la demandante si bien ya fue definido en primera instancia conforme se acredita con el acta de audiencia vista a folio 254 del plenario, la decisión no se encuentra ejecutoriada, de suerte que no sería factible su decreto.

Por lo expuesto, la Sala **CONFIRMA el auto** del 15 de agosto de 2019, que negó el decreto de la prueba trasladada. Sin costas en el presente estudio ante su no causación.

#### **SENTENCIA**

Decide la Sala el recurso de apelación que interpuso la parte demandante contra el fallo emitido por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá, el 15 de agosto de 2019.

#### **I. ANTECEDENTES**

La accionante promovió demanda laboral para que se declare la ilegalidad del despido en razón a la condición de pre-pensionada, por consiguiente, se ordene el reintegro sin solución de continuidad, con el consecuente pago de los salarios dejados de percibir desde el 13 de abril de 2016, así como los aportes al sistema general de seguridad social integral desde la misma fecha (f.º 91).

En respaldo de sus pretensiones, narró que se vinculó laboralmente con la demandada el 18 de diciembre de 2006 mediante un contrato de trabajo, que el último cargo desempeñado fue el de "jefe", y devengaba la suma de \$11.922.332. Relató que se caracterizó por buen desempeño laboral y comportamiento ético e integral, no solo frente a la empresa sino

con sus compañeros de trabajo. Contó que el 12 de abril de 2016, fue llamada a una reunión, en la que le informaron que por decisión del Departamento de Recursos Humanos su contrato había sido cancelado de manera inmediata, decisión que fue tomada sin consideración a que le faltaban menos de tres años para pensionarse. Ante lo sucedido, cuenta que promovió acción de tutela la cual fue declarada improcedente en primera instancia, y confirmada en segundo grado. Sostuvo que su despido, le ocasionó un perjuicio grave que afectó el acceso al sistema de salud, y los aportes al sistema de pensiones, pues ha tenido que cotizar sobre la base de un salario mínimo. Considera, que el despido le ocasionó un daño patrimonial tras la pérdida de una ganancia legítima como lo era su salario (f.º 89 - 99).

Al dar respuesta a la demanda, la convocada a juicio se opuso a todas las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó los relativos a la vinculación y extremo laboral inicial; el último salario; la reunión a la que la citaron y el despido; el pago de la liquidación final; la interposición de la acción de tutela. Frente a los demás, adujo no ser ciertos o no constarle. En su defensa propuso las excepciones de cobro de lo no debido por inexistencia de la causa y de la obligación; inexistencia de estabilidad laboral reforzada; buena fe; prescripción y compensación (f.º 124-135).

## II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 15 de agosto de 2019, absolvió a la demandada de las pretensiones de la demanda y condenó en costas a la demandante por la suma de \$50.000.

Como sustento de su decisión, manifestó que estaba acreditada la relación laboral mediante contrato de trabajo, así como su terminación a través de la comunicación que en tal sentido le entregó la demandada a la trabajadora.

Señaló que conforme las sentencias T-229 de 2017 y SU 003 del 2018, acreditan la condición de pre-pensionados las personas vinculadas al sector público o privado, que estén próximas dentro de los 3 años siguientes para cumplir los requisitos necesarios para obtener la pensión de vejez, es decir, edad y número de semanas o tiempo de servicio requerido si es el RPM o capital necesario si es en el RAIS. Frente a la edad dijo que la misma no se acreditó en el plenario, pues no se aportó copia de la cédula de ciudadanía o del registro civil de nacimiento que diera cuenta de ella. En lo que respecta a la acreditación de semanas o capital, precisó que tampoco se acreditó, toda vez que la demandante no aportó la historia laboral del fondo de pensiones al que se encontraba afiliada. En esa medida, no encontró probado ninguno de los requisitos establecidos para tal fin.

### III. RECURSOS DE APELACIÓN

Inconforme, la demandante interpuso recurso de apelación, bajo el argumento, que encontraría la oportunidad procesal para aportar las pruebas que acreditaban los requisitos exigidos. Dijo que en sede de primera instancia quedó acreditado que para el momento del despido la demandante contaba con 54 años, es decir, que le faltaban 3 años para cumplir la edad legal de pensión. Señaló que la sentencia SU 003 de 2018 abordó la situación de un funcionario del sector público de libre nombramiento y remoción, por lo cual no le era aplicable a la demandante. Finalmente, refirió que al haberse declarado la nulidad de traslado de régimen de la demandante, para el estudio pensional se tendrán en cuenta la edad y las semanas de cotización, y se calculará su IBL con lo cotizado en los últimos 10 años, viéndose afectado el mismo con la decisión de la demandada.

Para resolver lo pertinente, los Magistrados previa deliberación, exponen las siguientes:

#### IV. CONSIDERACIONES

Esta Colegiatura procede a desatar la alzada, según lo previsto en el artículo 66A del Código de Procedimiento del Trabajo y de la Seguridad Social.

Frente al primero de los argumentos esbozados por la recurrente, relativo a que encontraría la oportunidad procesal para aportar las pruebas que acreditaran su condición de prepensionada, precisa la Sala que ello no es de recibo, pues debe recordársele a la parte que conforme lo establece el artículo 60 del Código de Procedimiento del Trabajo y de la Seguridad Social, el juez al proferir su decisión debe analizar los medios de convicción allegados en tiempo. Por tanto, para el estudio y valoración de elementos de prueba, los mismos deben ser aportadas por las partes dentro de las oportunidades legales o, etapas procesales correspondientes, lo que para la activa sería la demanda inicial o su reforma, o, de ser el caso, cuando se han solicitado y decretado en primera instancia, conforme lo consagra el artículo 83 de la misma obra procesal.

De ahí que, al verificar la Sala que con la demanda no se aportaron ni solicitaron los documentos echados de menos por el *A quo*, no es viable que la apoderada judicial pretenda incorporarlos en esta instancia.

De otro lado, tampoco le asiste razón cuando afirma que en sede de primera instancia queda acreditado que para el momento del despido, la demandante contaba con 54 años de edad, pues, precisamente la ausencia de prueba que acreditara esa circunstancia fue uno de los argumentos del juez de conocimiento para absolver a la pasiva de las pretensiones de la demanda.

Igualmente, se advierte que la recurrente se duele del hecho que para determinar los requisitos de la garantía del prepensionado y resolver el presente asunto, el juzgado estudió y aplicó los presupuestos fijados en la sentencia SU 003 de 2018, decisión que asegura, no le es aplicable a la

demandante, pues en aquel asunto se abordó la situación de un funcionario del sector público de libre nombramiento y remoción.

Para desatar la anterior inconformidad, se indica, que en la sentencia de unificación cuestionada, la Corte Constitucional señala las reglas y subreglas aplicables tanto personas vinculadas al sector público o privado, al puntualizar que *“Así las cosas, en principio, acreditan la condición de “prepensionables” las personas vinculadas laboralmente al sector público o privado, que están próximas (dentro de los 3 años siguientes) a acreditar los dos requisitos necesarios para obtener la pensión de vejez (la edad y el número de semanas -o tiempo de servicio- requerido en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida o el capital necesario en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad) y consolidar así su derecho a la pensión”*. Es decir, que contrario a lo argüido por la recurrente, los requisitos o presupuestos allí fijados no solo son aplicables al sector público sino, en igual sentido, al sector privado. Por tanto, el estudio que se aborda por el sentenciador de primer grado resulta acertado.

Finalmente, refiere la apelante, que al haberse declarado la nulidad del traslado de régimen de la demandante en el proceso que cursa en otro juzgado, necesariamente en el estudio pensional, el cálculo de su IBL se realizaría con lo cotizado en los últimos 10 años, el cual se ve afectado ante la decisión de la demandada de finalizar el contrato de trabajo de la demandante.

Frente al particular, para Sala no constituye un argumento que ataque en sí el fallo de primera instancia, pues no hace relación a las consideraciones que para el efecto esbozó la primera instancia para absolver a la convocada al juicio. Ahora, si se pasara por alto ello, basta con indicar que revisados los elementos de juicio que componen el libelo, no se advierte que la promotora del juicio haya aportado prueba que acredite no solo su edad, sino también el número de semanas (RPM) o el capital acumulado en su cuenta de ahorro individual (RAIS), carga de la prueba que recaía en cabeza de la demandante a la luz de lo consagrado en el artículo 167 del Código General del Proceso, aplicable a los juicios del

trabajo por remisión del artículo 145 del Código de Procedimiento del Trabajo y de la Seguridad Social.

Bajo ese horizonte, resulta acertada la decisión adoptada por el juez de conocimiento, razón por la cual la Sala confirmará la sentencia apelada.

Sin costas ante su no causación.

#### V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

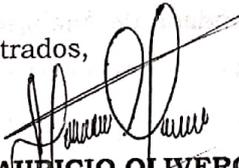
#### RESUELVE:

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida el 15 de agosto de 2019, por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá.

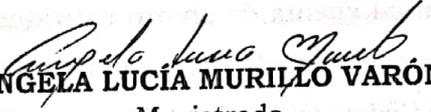
**SEGUNDO: Sin COSTAS** en esta instancia.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

Intervinieron los Magistrados,

  
**HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA**  
Magistrado

  
**DAVID A. J. CORREA STEER**  
Magistrado

  
**ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**  
Magistrada



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

**HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA**  
**Magistrado ponente**

**REFERENCIA:** PROCESO ORDINARIO  
**RADICACIÓN:** 110013105 036 2017 00723 01  
**DEMANDANTE:** ADELMINO CONTENTO MONTAÑO  
**DEMANDADO:** ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -  
COLPENSIONES.

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

**SENTENCIA**

Decide la Sala el grado jurisdiccional de consulta de la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá, el 14 de noviembre de 2019.

**I. ANTECEDENTES**

El accionante promovió demanda laboral para que se condene a la demandada a reliquidar la pensión de vejez y o jubilación con el 75% del promedio de lo devengado en el último año de conformidad con la Ley 33 de 1988, teniendo en cuenta los factores salariales del Decreto 1045 de 1978. Subsidiariamente, se reliquide la prestación con el promedio de los salarios devengados en los últimos 10 años, conforme los factores salariales del Decreto 1045 de 1978 y en aplicación de la tasa de reemplazo del 75% por contar con más de 1.250 semanas cotizadas. Se condene a la demandada a pagar la indexación, los intereses moratorios, los derechos a reconocer en virtud de las facultades ultra y extra *petita* y las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 5 de abril de 1958, a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 contaba con más de

35 años de edad y 15 años de servicios prestados, por lo que es beneficiario del régimen de transición y cuenta con 1.840 semanas cotizadas en pensiones.

Señaló que mediante Resolución GNR 89120 del 29 de marzo de 2016 Colpensiones le reconoció pensión de vejez, en cuantía inicial de \$2.354.421, a partir del 1º de abril de 2016, en aplicación a la Ley 33 de 1985, al cual le aplicó una tasa de remplazo del 75% de los factores salariales devengados durante los últimos 10 años de servicio. Indicó que por Resolución GNR 278488 del 20 de septiembre de 2016, la entidad reliquidó la pensión y fijó la mesada en \$2.373.002, pero no tuvo en cuenta los salarios devengados en el último año de servicios (fº 56 a 69).

Al dar respuesta a la demanda, la convocada a juicio se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relacionados con la fecha de nacimiento del actor, su calidad de beneficiario del régimen de transición, el número de semanas cotizadas y la expedición y contenido de las resoluciones emitidas por la entidad. Frente a los demás manifestó no ser ciertos o no constituir hechos.

En su defensa, propuso las excepciones de prescripción, inexistencia del derecho reclamado, cobro de lo no debido, buena fe, no configuración del derecho al pago del I.P.C., ni de indexación o reajuste alguno, y caducidad, el cobro de lo no debido, la no configuración del derecho al pago de indexación, intereses moratorios y sanción moratoria, presunción de legalidad de los actos administrativos, carencia de causa para demandar, compensación, no procedencia de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y las demás declarables oficiosamente (f.º 73 a 84).

## **II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

El Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 14 de noviembre de 2019, absolvió a la demandada de las pretensiones elevadas en su contra (fº. 113).

En sustento de su decisión, indicó que, el ingreso base de liquidación para quienes son beneficiarios del régimen de transición se determina conforme con el promedio de los salarios cotizados en los últimos 10 años o en toda la vida laboral.

Las partes no manifestaron inconformidad frente a esta decisión.

### **III. DE LA CONSULTA**

De conformidad con el artículo 69 del Código de Procedimiento del Trabajo y la Seguridad Social, al ser la sentencia de primera instancia totalmente adversa al demandante, es procedente abordar su estudio en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

Para resolver lo pertinente, los Magistrados, previa deliberación, exponen las siguientes:

### **IV. CONSIDERACIONES**

Corresponde a la Sala determinar si el demandante tiene derecho a la reliquidación de la pensión que percibe actualmente con base en el promedio de los salarios cotizados en el último año.

Para resolver tal controversia jurídica, se encuentra demostrado en el proceso que la demandada mediante Resolución GNR 139273 del 13 de mayo de 2015, reconoció al actor pensión de vejez, en cuantía para esa anualidad de \$2.144.115, a partir del retiro del servicio público (f.º 18); acto administrativo que fue modificado mediante Resolución GNR 346666 del 3 de noviembre de 2015, para lo cual estableció la mesada para dicha calenda en la suma de \$ 2.182.182 y mediante acto administrativo GNR 278488 del 20 de septiembre de 2016, se reconoció al demandante una mesada para el año 2016 de \$2.373.002 (f.º 18 a 22).

Frente al régimen de transición, a de indicarse que este garantiza a sus beneficiarios la aplicación de las disposiciones anteriores a la entrada en vigencia del régimen general de pensiones tan solo en tres aspectos puntuales: la edad, el tiempo de servicios y el monto de la prestación, entendido este último como el porcentaje o tasa de reemplazo, en tanto que, el modo de obtener el ingreso base de liquidación, se encuentra regulado explícitamente en la Ley 100 de 1993 y, en esa medida, no resulta viable acudir a disposiciones anteriores para establecerlo. Así se ha pronunciado la Corte Suprema de justicia en múltiples sentencias, más recientemente en la SL824-2020.

En ese sentido, frente a la forma de determinar el IBL bajo los derroteros de la referida preceptiva, la Sala Laboral de la misma Corporación como máximo Órgano de cierre de esta jurisdicción, también ha sostenido de manera reiterada que para los afiliados beneficiarios del régimen de transición, el ingreso base de liquidación de la pensión de vejez, se calcula conforme el inciso 3º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, el cual señala que *«El ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso anterior que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciera falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, actualizado anualmente con base el Índice de Precios al Consumidor, según certificación que expida el DANE»* (sentencias CSJ SL, 1 mar. 2011, rad. 40552; SL, 22 ene. 2013, rad, 37246; SL 464-2013; SL 730-2013, SL3696-2018 y SL 3330 de 2019).

Paralelamente, para aquellas persona que al estar dentro del régimen de transición, que les faltará más de 10 años para adquirir el derecho a la pensión, la norma aplicable a efectos de determinar el IBL, será el dispuesto en el artículo 21 de la ley 100 de 1993, esto es, *el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, o en todo el tiempo si este fuere inferior para el caso de las pensiones de invalidez o sobrevivencia, actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.*

*Cuando el promedio del ingreso base, ajustado por inflación, calculado sobre los ingresos de toda la vida laboral del trabajador, resulte superior al previsto en el inciso anterior, el trabajador podrá optar por este sistema, siempre y cuando haya cotizado 1250 semanas como mínimo”*

En ese mismo horizonte, también se ha referido la Corte Constitucional, en sentencia C-258 de 2013 y SU-230 de 2015 a través de las cuales unifica su jurisprudencia en cuanto a la determinación del IBL para los beneficiarios del régimen de transición, al indicar que a estos les son aplicables las reglas previstas en las normas anteriores a la Ley 100 de 1993 sobre: edad para consolidar el derecho; el tiempo de servicios o semanas cotizadas; y el monto de la pensión, entendida esta como la tasa de remplazo.

En ese orden de ideas, la postura de las Altas Cortes en la actualidad es pacífica y coincidente, sin que pueda concluirse como se pretende que la pensión debe ser liquidada con base en los salarios cotizados el último año de servicios. Por tal motivo, en criterio de esta Sala no hay lugar a reliquidar la pensión, tal como acertadamente lo concluyó la jueza de primera instancia.

Finalmente, como quiera que no se vinculó al Empleador Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá al proceso, no hay lugar a verificar si el mismo realizó los pagos a pensiones con base en el salario realmente devengado por el promotor del juicio, por lo que no es procedente tampoco la reliquidación de la prestación con base en los salarios cotizados en los últimos 10 años, tal como consideró la jueza de conocimiento.

De conformidad con las consideraciones precedentes, se confirmará la decisión analizada.

No se causan costas en el grado jurisdiccional de consulta.

**V. DECISIÓN**

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

**RESUELVE**

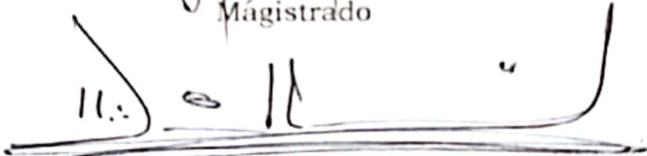
**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá, de 14 de noviembre de 2019.

**SEGUNDO: Sin COSTAS** en la consulta.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

Intervinieron los Magistrados,

  
**HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA**  
Magistrado

  
**DAVID A. J. CORREA STEER**  
Magistrado

  
**ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**  
Magistrada



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

## HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

### Magistrado ponente

**REFERENCIA:** PROCESO ORDINARIO  
**RADICACIÓN:** 110013105 38 2017 00150 01  
**DEMANDANTE:** MARTHA CECILIA VERGEL DE ACUÑA  
**DEMANDADO:** ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –  
COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS  
DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

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

### SENTENCIA

Con la presente se da cabal cumplimiento al fallo de tutela proferido el 02 de septiembre del presente año, dentro del radicado 60396, emitido por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la que dispuso **“SEGUNDO: Dejar sin efecto la sentencia de 12 de marzo de 2019 proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, para que en el término de diez (10), contados a partir de la notificación de la presente providencia, profiera una nueva decisión teniendo en cuenta lo dispuesto en la parte motiva de este proveído”**

#### I. ANTECEDENTES

La accionante promovió demanda laboral para que se declare la nulidad de la afiliación con la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.. En consecuencia, se ordene el retorno a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, con el traslado de las cotizaciones y los rendimientos, se reconozcan los demás derechos a que haya en aplicación de las facultades ultra y extra *petita* y las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que, estuvo vinculada al régimen de prima media desde el 22 de enero de 1992 hasta el 1 de mayo de 1996, cuando por no recibir información adecuada se trasladó al RAIS, creyendo que no perdería ningún beneficio, sino que por el contrario podría pensionarse antes de la edad requerida, tendría derecho a excedentes de libre disponibilidad y recibiría una pensión mayor que en el Instituto de Seguros Sociales.

Adujo que antes de cumplir 47 años de edad, no recibió asesoría profesional respecto de la posibilidad de regresar al régimen de prima media con prestación definida. Señaló que ha cotizado 1.228 semanas a lo largo de su vida laboral y que presentó solicitud de traslado ante Colpensiones el 20 de octubre de 2016, entidad que contestó de manera negativa.

Expuso que solicitó proyección pensional a la AFP Porvenir S.A., en respuesta la administradora mediante comunicación del 06 de diciembre de 2016, le hizo entrega de estudio que arrojó como resultado una mesada pensional de \$1.637.200 a los 60 años en dicha AFP y de \$4.340.921, en Colpensiones a la misma edad, por lo que considera su traslado esta viciado por el consentimiento (f.º 1 a 28)

Al dar respuesta a la demanda, Porvenir S.A. se opuso a las pretensiones. Frente a los hechos, aceptó los relacionados con el natalicio de la accionante, su afiliación actual y las solicitudes de información presentadas. Respecto a los demás, manifestó no ser ciertos o no constarle. Señaló que el traslado de régimen de la demandante se hizo cumpliendo los lineamientos legales.

En su defensa, propuso las excepciones de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas; la de buena fe, prescripción de las obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa y las demás declarables oficiosamente (f.º 100 a 109).

Por su parte, Colpensiones, también se opuso al éxito de las pretensiones. Sostuvo que no hay lugar a declarar la nulidad anhelada pues la afiliación tiene plena validez y legalidad y no le está permitido a la demandante alegar su propia culpa para beneficiarse.

Con el fin de enervar las pretensiones, planteó las excepciones de prescripción, cobro de lo no debido y las demás que se encuentren probadas (f.º 138 a 145).

## II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 12 de diciembre de 2018, absolvió a las demandadas de las pretensiones elevadas en su contra (f.º 169).

En sustento de su decisión, indicó que la demandante no demostró que mediara o existiera algún error o dolo en la suscripción del formulario de afiliación, pues conforme al interrogatorio de parte sabía las diferencias existentes entre el régimen de prima media con prestación definida y el Régimen de ahorro individual con solidaridad. Además encontró que realizó aportes voluntarios, quedando descartado un error en el consentimiento; así mismo recalcó que la demandante no era beneficiaria del régimen de transición.

## III. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme la parte demandante interpuso recurso de apelación al argumentar que se trasladó atendiendo la inminente liquidación del Instituto de Seguros Sociales y el temor que le generaba quedarse sin pensión.

Arguyó que quedó evidenciado el constreñimiento y el engaño por parte de la AFP, pues el asesor no la asesoró, ni le dio buen consejo, limitándose a asegurarle que el traslado no tenía ninguna incidencia en su futuro pensional y que continuaría en las mismas condiciones. Sostuvo

que el fondo no cumplió con la carga de probar que asesoró diligentemente a la demandante, por el contrario se limitó en decir que el Instituto de Seguros Sociales se iba a acabar. Alegó que el engaño se produjo cuando la AFP no le realizó un comparativo y una proyección de su mesada pensional, elementos relevantes en la toma de su decisión, no le informó que podía trasladarse, devolverse o del derecho de retracto.

#### **IV. DE LA SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA**

Al conocer del asunto el Tribunal mediante sentencia del 12 de marzo de 2019, decidió confirmar la decisión absolutoria de primera instancia.

#### **V. DE LA ACCIÓN DE TUTELA INTERPUESTA**

Inconforme, la demandante señora Martha Cecilia Vergel de Acuña, instauró acción de tutela ante la Sala de Casación Laboral, al argumentar la vulneración de sus derechos fundamentales.

Mediante fallo del 02 de septiembre de 2020, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, amparó sus derechos fundamentales y ordenó a la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, dejar sin efecto la sentencia del 12 de marzo de 2019, para que profiera una nueva decisión ateniendo a la parte considerativa de la decisión de tutela.

**Conforme a lo anterior el Tribunal se dispone a dictar sentencia, de conformidad con lo ordenado por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 02 de septiembre de 2020, dentro de la acción de tutela con Radicación n.º 60396**

#### **VI. CONSIDERACIONES**

Consideró la Corte Suprema de Justicia en la decisión de tutela que:

*“Tales apreciaciones del juzgador de instancia, en modo alguno pueden ser atendibles para esta Corporación, pues, contrario a lo entendido por éste, esta Sala de casación de tiempo bastante pretérito a su pronunciamiento ya había asentado la necesidad del cumplimiento idóneo del deber de información de parte de la administradora de riesgos para validar el cambio de régimen pensional (sentencia radicación 31989 de 9 de septiembre de 2008), deber de información que no se suple con el simple hecho de llenar un formulario de inscripción, registro o afiliación al nuevo régimen pensional, doctrina que fue ampliándose en su contenido dadas las diversas formas de disminuir su trascendencia por parte de aquellas hasta llegar, entre otras, a la sentencia de casación CSJ SL4426-2019, en la cual precisó que (i) la suscripción del formulario de vinculación en modo alguno podía entenderse como un consentimiento informado; (ii) la carga probatoria atribuida al afiliado de acreditar que su vinculación al fondo privado de pensiones fue producto de engaño era una inversión desequilibrada de las obligaciones procesales; (iii) la procedencia de la ineficacia no depende de que se compruebe la intención de retornar al régimen público de pensiones dentro de los 10 años anteriores al cumplimiento de la edad pensional; y (iv) no es ineludible que el afiliado pertenezca al régimen de transición”*

*“Bajo estas someras consideraciones viene concluir sin dubitación alguna que hubo un apartamiento inconsulto e injustificado por parte del juez plural de las nociones fijadas en el precedente jurisprudencial de esta Sala de Casación Laboral sobre el tema debatido, órgano al que valga recordar la Constitución Política le asignó, entre otras, la función de unificar la jurisprudencia en los asuntos del trabajo y la seguridad social”*

Pues bien, a efectos de dar cumplimiento a la decisión de tutela, comienza la Sala por hacer un recuento del marco normativo que dispone todo lo pertinente con la selección de régimen pensional, cuya característica fundamental se encuentra prevista en el literal b) del art 13 de la ley 100 de 1993, el cual establece la **selección libre y voluntaria** por parte del afiliado; a su turno el art. 114 *ibídem*, dispone los requisitos para el traslado, al puntualizar que la selección de dicho régimen, debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. Por su parte, el artículo 271 de la misma ley, señala, no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada, permitiendo realizar una nueva en forma libre y espontánea.

A su vez, el Decreto Ley No 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen de la demandante, previó en el numeral 1° del art. 97, la **obligación de las entidades, de suministrar a los usuarios la información necesaria** con el fin de brindarles un criterio claro y objetivo para escoger las mejores opciones del mercado. Al punto, la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL1688 de 2019 precisó que las administradoras de fondos de pensiones, desde su fundación, estaban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales para garantizar a sus afiliados un juicio claro y objetivo sobre las mejores opciones del mercado.

De igual forma, frente al tema el artículo 4 decreto 656 de 1994, dispuso que *“En su calidad de administradoras del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, las administradoras son instituciones de carácter provisional y, como tales, se encuentran obligadas **a prestar en forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a dicha calidad.** Por lo tanto, serán responsables de los perjuicios que por su culpa leve se puedan ocasionar a los afiliados.”*

De la misma manera, el Art. 12 del Decreto 720 de 1994 previo que *“los promotores que empleen las sociedades administradoras del sistema general de pensiones **deberán suministrar suficiente, amplia y oportuna información** a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación, durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.”*

Jurisprudencialmente la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia SL 3464-2019, reiteró que desde la sentencia SL 1688-2019, la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la **ineficacia** o exclusión de todo efecto al traslado y por ello el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde la institución de la ineficacia en sentido estricto. De otra parte, en las decisiones con radicado

31.989 de 2008, SL 19.447 de 2017 y SL 1421 de 2019, la misma corporación indicó, que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringía *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”* la cual no se configuraba con el simple diligenciamiento de un formulario o la adhesión a una cláusula genérica, pues el asunto requiere contar con elementos de juicio suficientes, para entender las consecuencias de la decisión.

Pues ese deber de información, según las reglas jurisprudenciales sentadas por la Corte Suprema en los radicados ya enunciados, incluye la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales. Además, el análisis calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle. Incluso, a partir de Ley 1748 de 2014 y Artículo 3 del Decreto 2071 de 2015, el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Igualmente, señala el máximo Órgano de cierre de esta jurisdicción que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición, o si tiene o no una expectativa legítima, dado que **en todos los casos debe cumplirse** con el deber de información como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia SL1688 de 2019. También la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 1689-2019, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil, señaló que en tratándose de asuntos como el que ocupa la atención de la Sala, se invierte la carga de la prueba, y debe entonces la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional.

### CASO CONCRETO

Pues bien, de conformidad con la copia de cédula de ciudadanía de folio 30, la demandante nació el 31 de marzo de 1958, por lo que al 1º de abril de 1994 contaba con 35 años de edad y acreditaba 114 semanas cotizadas al sistema general de pensiones, según reporte de folio 31. Por tanto, es beneficiaria del régimen de transición, atendiendo a la edad.

Ahora, revisado el formulario de folio 110, se tiene que la demandante solicitó el traslado a la AFP Horizonte el 5 de marzo de 1996, el cual se hizo efectivo el 1º de mayo del mismo año, según reporte de Asofondos de folio 112.

Igualmente, se verifica que, al absolver interrogatorio de parte, la demandante dijo que al momento del traslado un ejecutivo de cuenta se presentó en su lugar de trabajo les informó que el Instituto de Seguros Sociales se iba a acabar y que al afiliarse a la AFP Porvenir S.A., fue el asesor quien diligenció el formulario, precisando que no solicitó información adicional y que continúa cotizando pues es una obligación legal. Dijo que realiza aportes al Fondo de Pensiones Voluntarias, refiriendo que este es un producto diferente al de pensión obligatoria.

Conforme a las pruebas antes indicadas, encuentra la Sala que la AFP Horizonte, incumplió el deber que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, (aplicable por remisión expresa del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social), pues no demostró en los términos señalados por la Corte Suprema de Justicia, que cuando se dio el traslado de régimen, la demandada ofreció la asesoría e información objetiva, suficiente y clara atendiendo su situación personal, sobre los efectos del traslado. En consecuencia, resulta evidente que se configuró una violación del deber de información y al ser este un requisito de la esencia del acto de traslado deviene en la falta de validez del cambio de régimen pensional.

Resulta oportuno señalar que en alcance a lo sentado por la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 1688-2019, en el presente asunto lo procedente es declarar la **ineficacia** de la afiliación al RAIS, adelantada por la actora el 12 de marzo de 1996 (Fl 2), por lo que la decisión de primera instancia será modificada en este punto

Ahora, la AFP PORVENIR S.A., deberá devolver los aportes pensionales, rendimientos financieros y los gastos de administración a COLPENSIONES, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL 1421-2019, SL 17595-2017 y SL 4989-2018, donde se rememoró la SL del 8 sep. 2008, con rad. 31989, referentes a las consecuencias de la ineficacia del traslado.

Resulta importante señalar aquí, sobre el fenómeno prescriptivo que si el derecho a la pensión es imprescriptible a la luz del art 48 de la C. Pol., igual suerte ocurre con el tema referido al traslado, pues éste es el que determina su reconocimiento dentro del régimen aplicable, es decir, que la ineficacia del traslado conlleva una controversia de índole pensional, estrechamente asociada al derecho fundamental referido, por tanto, su exigibilidad puede darse en cualquier tiempo y no pueden ser afectados por los términos prescriptivos existentes en materia laboral (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en SL361-2019 y SL1688-2019).

De conformidad con las consideraciones previas, la Sala revocará la decisión de primera instancia en los términos anunciados.

No se causan costas en la consulta y en la instancia. Las de primera instancia estarán a cargo de la AFP Porvenir S.A.

## VII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ - SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

**RESUELVE**

**PRIMERO: DAR CUMPLIMIENTO** a la orden impartida por la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, en decisión del 02 de septiembre de 2020, dentro de la acción de tutela con Radicación Nro. 60396

**SEGUNDO: REVOCAR** la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 12 de diciembre de 2018, para en su lugar, declarar la ineficacia del traslado realizado por la demandante señora Martha Cecilia Vergel de Acuña del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia

**TERCERO: ORDENAR** a Porvenir S.A., a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES – los valores correspondientes a las cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración.

**CUARTO: ORDENAR** a COLPENSIONESS recibir los dineros provenientes de Porvenir SA y efectuar los ajustes en la historia pensional de la actora.

**QUINTO: DECLARAR NO PROBADAS** las excepciones propuestas de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

**SEXTO: Sin COSTAS** en esta instancia. Las de primera instancia estarán a cargo de la AFP Porvenir S.A..

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

Intervinieron los Magistrados,



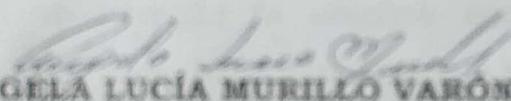
**HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA**

Magistrado



**DAVID A. J. CORREA STEER**

Magistrado



**ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**

Magistrada



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

**HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA**

**Magistrado ponente**

**REFERENCIA:** PROCESO ORDINARIO  
**RADICACIÓN:** 110013105 038 2017 00642 01  
**DEMANDANTE:** GILDA PATRICIA AMALIA DEL ROCIO ESCOBAR  
QUINTERO  
**DEMANDADO:** MEDIMÁS EPS S.A.S.

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

### **SENTENCIA**

Estudia la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 13 de noviembre de 2019.

#### **I. ANTECEDENTES**

La accionante promovió demanda laboral para que se ordene a la demandada el reconocimiento y pago de los gastos médicos en que incurrió ante Clínica del Country, por la atención médica brindada a Germán Rubén Darío Escobar Quintero, junto con los intereses moratorios y corrientes y las costas del proceso

En respaldo de sus pretensiones, narró que su hermano Germán Rubén Darío Escobar Quintero para el año 2013, se encontraba afiliado en calidad de beneficiario a la EPS Cafesalud hoy MEDIMÁS. El 13 de marzo de dicha anualidad se presentó a consulta general ante su EPS porque presentaba problemas para orinar, por lo que fue sometido a diferentes exámenes y citas médicas determinándose el 30 de abril de 2013 que existía un deterioro a nivel prostático; el 5 de septiembre de 2013 aumentó en el volumen de la próstata.

Señala que el 12 de septiembre de 2013, asistió a la Unidad de Diagnóstico de la Autopista Norte al presentar cuadro de hematuria, donde fue atendido de urgencias por un urólogo quien le prescribió tratamiento con antibiótico y le recomendó que en caso de tener signos de alerta como fiebre, sangrado en la orina, malestar general o retención urinaria debía consultar inmediatamente por urgencias.

Refirió que, a los tres días por presentar signos de alarma, constante dolor y detectar ineficacia del tratamiento se presentó nuevamente a la EPS, donde fue atendido por médico general quien ordenó insertar por vía vesical una sonda con el fin de detener hematuria con coágulos y luego ser valorado por urólogo para que le ordenara biopsia prostática procedimiento que fue adelantado inicialmente por un auxiliar de enfermería y luego por un urólogo que debió retirar la sonda e introducir otra.

Expuso que la EPS omitió ordenar la realización de prostatectomía, que siguió con el sangrado copioso y alarmante, dado que la sonda no cumplió su propósito, sino que agravó más la situación, por lo que se comunicó con la hoy demandante (hermana) para pedirle socorro, pues en la EPS le dijeron que debía presentarse 20 días después. Narró que, ante la situación, por la premura del sangrado y como quiera que su hermano padecía de diabetes tipo II, hipertensión arterial, hiperplasia prostática lo llevó a la Clínica del Country, en el que fue valorado y diagnosticado con traumatismo en la uretra, practicándose de inmediato procedimiento quirúrgico de exploración para eliminar coágulos, disminuir el sangrado y evitar el empeoramiento del estado de salud. En desarrollo del procedimiento, el médico urólogo salió y le preguntó si autorizaba la extirpación de próstata, explicándole que de no hacerlo corrían el riesgo que su familiar volviera a presentar la misma sintomatología en los siguientes días y debido a los antecedentes de salud ello podría ocasionarle la muerte.

Puso de presente que por los procedimientos médicos y quirúrgicos debió pagar \$12.825.012, la cual fue cobrada a la EPS Cafesalud, entidad

que el 17 de octubre de 2013 negó la posibilidad del reintegro por haber ingresado el paciente a la Clínica del Country de manera particular, no reportar la urgencia y haberse practicado el procedimiento de manera programada. Finalmente, que el 29 de enero de 2014 fue adelantada audiencia de conciliación la cual fracasó (f.º 1 a 8)

Al dar respuesta a la demanda, se opuso a las pretensiones. Frente a los hechos, aceptó la afiliación del señor Germán Rubén Darío Escovar Quintero a la Cafesalud EPS. Con respecto a los demás manifestó no constarle. Señaló que no está llamada a responder por pagos de reembolsos causados con anterioridad a la fecha de su constitución que se dio el 1º de agosto de 2017.

En su defensa, propuso la excepción previa de prescripción y las excepciones de mérito de falta de legitimación por pasiva, buena fe por parte de mi poderdante, inexistencia de las obligaciones reclamadas en cabeza de Medimás EPS, cobro de lo no debido y cualquier otra excepción declarable de oficio (f.º 159 a 171).

A petición de la demandada, en audiencia correspondiente se dispuso convocar en calidad de litis consorte necesario a Saludcoop EPS y Cafésalud EPS (f.º 188).

Al contestar la demanda Saludcoop EPS, señaló que ninguna de las pretensiones está dirigida en su contra. Respecto de la totalidad de los hechos indicó que eran ajenos a ella. Para enervar las pretensiones propuso la excepción previa de falta de legitimación en la causa por pasiva y las de fondo de inexistencia de la obligación, y la genérica (f.º 219 a 221).

De otro lado, al responder Cafesalud EPS S.A. se opuso a las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó el relacionado con la afiliación a esta EPS. Respecto de los restantes señaló no ser ciertos o no constarle la ocurrencia. Propuso en su defensa la excepción previa de falta de agotamiento de la vía gubernativa y las de mérito de falta de

cumplimiento de los requisitos exigidos en la ley, prescripción, inexistencia de la obligación, temeridad y mala fe (f.º 225 a 238)

## II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 13 de noviembre de 2019, absolvió a las demandadas de las pretensiones elevadas en su contra y condenó en costas a la parte demandante (f.º 323).

En sustento de su decisión, encontró que la EPS a la cual se encontraba afiliada el señor Germán Rubén Darío Escovar Quintero, le prestó la atención médica que requería, incluso el mismo día que ingresó a la Clínica del Country fue atendido por urgencias en la EPS. De otro lado, concluyó que no existió autorización de parte de Cafesalud EPS para que se prestara la atención médica suministrada al apaciente. Además, que la llamada a realizar el cobro de los gastos médicos sería la esposa del paciente quien figura como cotizante del grupo familiar y que la reclamación se presentó superado el término trienal previsto en las normas laborales.

## III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme la parte demandante interpuso recurso de apelación, al argumentar que la sentencia debe ser revocada, como quiera que deben tenerse en cuenta los artículos 24 y 26 del Código Civil, según los cuales la prescripción extintiva en los procesos ejecutivos es de 5 años y la del proceso ordinario es de 10 años, pues en el presente asunto se trata de la afiliación de un usuario a la EPS.

Así mismo, expuso que el paciente salió de la clínica y el médico tratante de la EPS fue muy enfático en decir que si él presentaba sangrado podría perder la salud por su estad de diabetes, luego se dirigió a su casa y cuando presentó síntomas tales como fiebre, sangrado, llamó a su hermana la aquí demandante quien lo llevó a la clínica más cercana, lo

que impedía llegar a la red de urgencia de Cafesalud, es por ello, que no hay autorización que demuestre que se trató de una urgencia porque estaba en peligro su vida. Señala que está legitimada para reclamar el reembolso, dado que pagó en efectivo los servicios médicos.

Finalmente, argumentó que la condena en costas solo procedería respecto de la demandada Medimás, pues las demás fueron convocadas por esta en calidad de litis consorcio necesario.

Para resolver, los Magistrados, previa deliberación, exponen las siguientes:

#### IV. CONSIDERACIONES

Corresponde a la Sala determinar si la accionada debe o no asumir los gastos médicos en que incurrió la accionante por la cirugía prostatectomía transuretral, que le realizaron en la Clínica del Country a su hermano Germán Rubén Darío Escobar Quintero.

Para resolver tal cuestionamiento, necesario es precisar que conforme a los artículos 48 y 49 de la Constitución Nacional, Ley 100 de 1993 y Ley 1751 de 2015, el derecho fundamental a la salud comprende el acceso a los servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad para la preservación, el mejoramiento y la promoción de la salud; debe ser garantizado a través de las prestaciones de salud, estructuradas sobre una concepción integral de la salud, que incluya la promoción de la salud, la prevención, la paliación, la atención de la enfermedad y rehabilitación de sus secuelas.

Igualmente, se verifica en el artículo 14 de la Resolución 5261 de 1994, algunas reglas específicas en materia de reconocimiento de reembolsos a los afiliados que han tenido que asumir costos en los siguientes eventos: **i)** Tratándose de atención inicial de urgencias cuando el afiliado sea atendido en una IPS que no tenga contrato con la EPS a la cual esté inscrito. **ii)** Cuando haya sido autorizada en forma expresa por

parte de la respectiva entidad promotora de salud, la prestación de atenciones específicas. **iii)** En caso de incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia demostrada de la entidad promotora de salud en el cubrimiento de las obligaciones para con sus usuarios.

Frente a la definición de atención de urgencia, tenemos que de acuerdo con el artículo 8 de la Resolución 5521 de 2013, debe entenderse como la "(...) *Modalidad de prestación de servicios de salud que busca preservar la vida y prevenir las consecuencias críticas, permanentes o futuras, mediante el uso de tecnologías en salud para la atención de usuarios que presenten alteración de la integridad física, funcional o mental, por cualquier causa y con cualquier grado de severidad que comprometan su vida o funcionalidad.*"

En ese mismo sentido, la atención de urgencias de acuerdo con lo establecido en el artículo 168 de la Ley 100 de 1993, debe ser garantizada en forma obligatoria por todas las entidades públicas y privadas que presten servicios de salud. El costo de dichos servicios, en línea con la norma en cita, debe ser asumido por la Entidad Promotora de Salud a la cual esté afiliado el usuario, salvo en las de urgencias generadas en accidentes de tránsito, en acciones terroristas ocasionadas por bombas o artefactos explosivos, en catástrofes naturales o en otros eventos expresamente aprobados por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, ya que en estos supuestos el llamado a sufragar dichos costos es el Fondo de Solidaridad y Garantía.

De otro lado, con respecto a la prestación de los servicios que se deben garantizar en términos generales, la Corte Constitucional ha referido que:

*"(...) La prestación del servicio en salud es oportuna cuando el paciente recibe la atención en el momento adecuado, a fin de que recupere su salud sin sufrir mayores dolores y deterioros. De forma similar, el servicio en salud es eficiente cuando los trámites administrativos a los que está sujeto son razonables, no demoran excesivamente el acceso y no son una excusa para*

dilatar la protección del derecho a la salud<sup>1</sup>. Así mismo, **el servicio público de salud se reputa de calidad** cuando las prestaciones en salud requeridas por el afiliado o beneficiario contribuyen, en la medida de las posibilidades, a mejorar la condición del enfermo<sup>2</sup>.

**La jurisprudencia constitucional ha señalado que el principio de integralidad impone su prestación continua, la cual debe ser comprensiva de todos los servicios requeridos para recuperar la salud.** La determinación y previsión de los servicios requeridos para la plena eficacia del derecho a la salud, como reiteradamente se ha señalado, no corresponde al usuario, sino al médico tratante adscrito a la E.P.S, de la siguiente manera:

*“La atención y tratamiento a que tienen derecho los pertenecientes al sistema de seguridad social en salud cuyo estado de enfermedad esté afectando su integridad personal o su vida en condiciones dignas, son integrales; es decir, **deben contener todo cuidado, suministro de medicamentos, intervenciones quirúrgicas, prácticas de rehabilitación, exámenes para el diagnóstico y el seguimiento, así como todo otro componente que el médico tratante valore como necesario para el pleno restablecimiento de la salud del paciente** o para mitigar las dolencias que le impiden llevar su vida en mejores condiciones; y en tal dimensión, debe ser proporcionado a sus afiliados por las entidades encargadas de prestar el servicio público de la seguridad social en salud<sup>3</sup> (...)”.*

Al amparo de las anteriores reflexiones, se advierte en la historia clínica emitida por la Clínica del Country la siguiente anotación:

**“NOTA ACLARATORIA PROCEDIMIENTO QUIRURGICO.**

*Durante la realización del procedimiento se sale a hablar con la familia sobre las posibilidades terapéuticas, la primera con control básico del sangrado (fulguración mucosa prostática) y de esta manera continuar con controles por su EPS para programar de manera ambulatoria prostatectomía transuretral como se había considerado por su médico tratante, la otra opción de tratamiento es la realización de la RTUP esta advertencia se realiza teniendo en cuenta los costos específicamente derivados de la segunda opción de manejo, se toma la decisión por parte de la familia de realizar la prostatectomía, la cual se realiza sin ningún tipo de complicaciones (negrilla y subrayas fuera del texto f.º 79)*

<sup>1</sup> Sentencia T-760 de 2008.

<sup>2</sup> Sentencia T 922 de 2009.

<sup>3</sup> Sentencia T-919 de 2009.

Conforme a la historia clínica, encuentra la Sala que el evento de salud sufrido por el señor Germán Rubén Darío Escobar Quintero no constituye una urgencia, pues en la Clínica le dieron la oportunidad a la familia de realizar un procedimiento de control y continuar el tratamiento que la EPS le había indicado, evidenciándose con claridad que la decisión de practicar la intervención quirúrgica, cuyo reembolso ahora se reclama, se dio por decisión de la familia y no porque se constituyera en una urgencia vital para el paciente, que no permitiera esperar su tratamiento por la EPS. Se evidencia también que Cafesalud EPS no fue negligente en la atención al usuario, pues se prueba que incluso en la misma mañana del 15 de septiembre, antes de ser ingresado a la Clínica del Country, el paciente recibió en el servicio de la misma EPS (f.º 45 y 46) y en días anteriores había tenido otras citas médicas para tratar el padecimiento de salud que le aquejaba (f.º 48 a 69). En estas condiciones al no haberse requerido el servicio de urgencias, la EPS no está obligada a efectuar el reembolso anhelado en el presente proceso.

Con todo, frente al punto de la prescripción extintiva, es necesario recordar que el sistema jurídico colombiano, prevé esta institución como un modo de extinguir los *“derechos u obligaciones, como resultado de su no reclamación, alegación o defensa durante el tiempo determinado por la ley, por cualquier razón subjetiva que motive la inacción de su titular”* (sentencia C-091 de 2018 Corte Constitucional).

Conforme a ello, es dable entender que esta figura materializa el principio constitucional a la seguridad jurídica, al impedir una indefinición latente y prolongada de los problemas jurídicos surgidos de hechos jurídicos relevantes, como aquellos que pueden derivarse de la relación entre trabajadores y empleadores, o los afiliados y las entidades que integran el sistema de la seguridad social. Por tal razón, el establecimiento de un término para el ejercicio de la acción laboral resulta válido, además, porque responde a la necesidad de implementar un orden justo y pacífico por lo que al juez del trabajo le corresponde verificar la fecha de causación de cada acreencia y, por consiguiente, la data en la que podía ser

reclamada, conforme con la ley o el acto que la contemple, a efectos de aplicar la excepción de prescripción en cada caso.

Ello, exhibe un sentido lógico porque en cada derecho laboral o de la seguridad social persisten dos momentos, que a veces coinciden: **I)** uno es su causación y **II)** el otro, su exigibilidad. El primero se presenta cuando se dan los supuestos de hecho de la norma jurídica. El segundo momento, depende de la posibilidad de hacer efectivo el derecho de manera coactiva, pues así se colige claramente del artículo 151 del Código de Procedimiento del Trabajo y la Seguridad Social, al advertir que el inicio del término de tres años durante los cuales se puede reclamar el cumplimiento del derecho por parte del obligado es partir de su exigibilidad, so pena que, si no se hace, opere la prescripción, sin que pueda acudir a compendios sustantivos o procesales diferentes al laboral y de seguridad social.

Así las cosas, en el caso bajo estudio, se verifica que la causación del derecho se dio respecto del pago de la suma \$10.000.000 (f.º 70) y de \$2.825.012 (f.º 71) el 20 de septiembre de 2013, data en que fue emitida la factura por el centro hospitalario, según se lee a folios 117 a 127. La reclamación administrativa fue presentada el 2 de octubre de 2013 (f.º 26 a 30), la cual fue respondida negativamente por Cafesalud EPS el 17 de octubre de 2013 (f.º 17 y 18). Luego, la demanda fue interpuesta el 12 de octubre de 2017, esto es, superado el término trienal previsto en el artículo 488 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, por lo que tal como consideró el *a quo* el derecho a reclamar en el presente asunto está afectado por el fenómeno extintivo de la prescripción.

#### **De las costas procesales**

Finalmente, expone la demandante en la apelación que la condena en costas debe ser impartida únicamente respecto de Medimás EPS, pues s Cafesalud EPS y Saludcoop EPS, fueron convocadas por la demandada y frente a estas no se formularon pretensiones.

Sobre el particular, recuerda la Sala que el artículo 365 del Código General del Proceso dispone que se condenara en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación o revisión que haya propuesto.

En el presente asunto, la parte demandante fue vencida en juicio pues se absolvió a las demandadas de reintegrar los valores cancelados por concepto de servicios médicos. En todo caso, al remitirse el Tribunal al escrito de demanda se evidencia que frente a las demandadas Cafesalud EPS y Saludcoop EPS, no fueron formuladas pretensiones y que su presencia en el proceso obedeció, tal como se indicó en la apelación, a que fueron convocadas por Medimás EPS, no obstante, en audiencia celebrada el 10 de septiembre de 2018, se ordenó su comparecencia al proceso en calidad de litis consortes necesarios por pasiva, con lo cual, se tiene que la litis no hubiera podido adelantarse sin ellas, por lo que la actora deberá reconocer también en su favor las costas del proceso.

De conformidad con las anteriores consideraciones, el Tribunal confirma la decisión de primera instancia.

Bastan los anteriores razonamientos, para confirmar la sentencia absolutoria apelada.

Sin costas en la instancia, ante su no causación.

## V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

**RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 13 de noviembre de 2019.

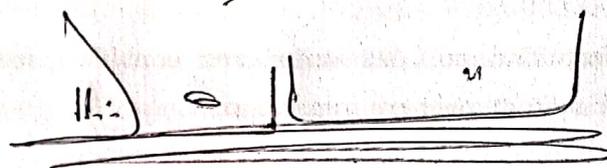
**SEGUNDO: Sin COSTAS** en la apelación.

**NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE.**

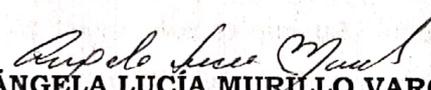
Intervinieron los Magistrados,

  
**HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA**

Magistrado

  
**DAVID A. J. CORREA STEER**

Magistrado

  
**ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**

Magistrada



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

**HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA**

**Magistrado ponente**

**REFERENCIA:** PROCESO ORDINARIO  
**RADICACIÓN:** 110013105 038 2017 00714 01  
**DEMANDANTE:** AMPARO DE JESÚS MORALES OSPINA  
**DEMANDADO:** FUNDACIÓN UNIVERSITARIA SAN MARTÍN

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

### **SENTENCIA**

Decide la Sala el recurso de apelación que interpuso la parte demandada contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de esta ciudad, el 25 de noviembre de 2019.

#### **I. ANTECEDENTES**

La accionante promovió demanda laboral para que se declare la existencia de un contrato de trabajo con la demandada desde el 18 de julio de 1991 hasta *“la presente”*; en consecuencia, se condene a la fundación accionada a pagar: las cesantías e intereses a las cesantías desde enero de 1998, las primas de servicio desde enero de 2011, aportes e indemnización por el no pago de aportes a pensión, la indemnización moratoria del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, extra y ultra petita (f.º 2-3).

En respaldo de sus pretensiones, narró que suscribió contrato de trabajo a término indefinido con la demandada el 8 de junio de 1987, el cual se mantuvo por el término de 3 años, 4 meses y 24 días, periodo del cual se adeudan 34 semanas de cotización en pensiones. Posteriormente, el 18 de julio de 1991 suscribe contrato de trabajo a término indefinido para desempeñar el cargo de secretaria en la Unidad de Información de la

Biblioteca; refirió, que desde el 1º de enero de 1998 la encartada no le ha cancelado el auxilio de cesantías e intereses sobre las cesantías, adeuda los salarios desde la segunda quincena de septiembre de 2014 y los aportes a pensión a partir de agosto de 1998. Sostuvo que su último ascenso fue el 19 de octubre de 2010 como psicóloga de bienestar universitario hasta el 19 de enero de 2015 y, señaló, que su último ingreso mensual es de \$2.064.066 (f.º 3-5).

Al dar respuesta a la demanda, la convocada a juicio se opuso a las pretensiones. En cuanto a los hechos, aceptó el relativo a la duración de la primera vinculación laboral (3 años 4 meses y 24 días) y que la actora devengó como último ingreso la suma de \$2.064.066. Frente a los demás, dijo no ser cierto o no ser hechos. En su defensa, propuso la excepción de inexistencia de la obligación; prescripción y cobro de lo no debido (f.º 125-130).

## II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 25 de noviembre de 2019, declaró la existencia de dos contratos de trabajo, el primero, entre el 8 de junio de 1987 que finalizó para el mes de julio de 1991 y el segundo, desde el 18 de julio de 1991 al 19 de enero de 2015, y el segundo desde el 18 de julio de 1991 hasta el 19 de enero de 2015. Condenó al pago de las cesantías (\$25.448.658), los intereses sobre las cesantías (\$92.921), y prima de servicios (\$374.340); así mismo, al pago de los aportes a pensión desde 1991 a 2015; declaró probada parcialmente la excepción de prescripción; condenó en costas a la accionada por la suma de \$3.000.000 y absolvió de las demás pretensiones.

En sustento de su decisión, indicó que con las documentales se acreditaba la existencia de dos relaciones laborales, la última de ella, a partir de 18 de julio de 1991 hasta el 19 de enero de 2015, toda vez que la supuesta carta de renuncia de la trabajadora no surtió efectos legales.

En cuanto al auxilio de cesantías, manifestó que en el informativo no encontró acreditado su giro a un fondo, como tampoco, que las causadas para los años 2014 y 2015 se hubiesen cancelado directamente a la trabajadora; en lo que respecta a los intereses sobre las cesantías y la prima de servicios, indicó que sobre éstos operó parcialmente el fenómeno prescriptivo, por consiguiente, solo los condenó a partir del 5 de septiembre de 2014.

Sostuvo frente a los aportes a pensión, que el accionado debía pagar los correspondientes al periodo de junio de 1998 hasta el 19 de enero de 2015, pero precisó, que debía reajustar los aportes de los periodos anteriores a dicha calenda, que fueron cancelados por la demandante como trabajadora independiente. Y en lo que atañe a la indemnización moratoria del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, manifestó que el Ministerio de Educación Nacional intervino por razones administrativas a la demandada para la fecha en la que se presentó la terminación del contrato de trabajo, situación que condujo a la suspensión del pago de las obligaciones, lo que eximía a la fundación de esta sanción.

### **III. RECURSO DE APELACIÓN**

Inconforme la parte demandada interpuso recurso de apelación, para ello, ataca la condena al pago de las cesantías bajo el argumento, que la fundación reconoció unos pagos a la trabajadora por este concepto, conforme lo acreditan las documentales de folio 143 a 147 y 152 a 153 del plenario, montos que aduce deben ser compensados, a fin de recalcular si procedía o no la condena de esta prestación.

Para resolver el recurso presentado, los Magistrados, previa deliberación, exponen las siguientes:

#### IV. CONSIDERACIONES

Esta Colegiatura procede a desatar la alzada, según lo previsto en el artículo 66A del Código de Procedimiento del Trabajo y de la Seguridad Social.

Alega la demandada, que sobre la condena que por concepto de auxilio de cesantías profirió el *A quo*, se deben compensar los montos que sobre el mismo canceló a la accionante.

Para resolver la inconformidad de la parte enjuiciada, resulta necesario remitirnos a la sentencia de primera instancia, en la que se constata, que el sentenciador condenó a la convocada al juicio a pagar a favor de la demandante la suma de \$25.448.658 por concepto de cesantías, el cual conforme las consideraciones esbozadas corresponden a las causadas entre el año 1998 al 2015.

Ante el argumento de la recurrente, procede la Sala a examinar las documentales obrantes a folio 143 a 147 del plenario, con las cuales se verifica tal y como lo aduce la demandada, que se liquidaron la cesantías a la señora Amparo Morales, sin embargo, la misma corresponde a las causadas en los periodos de 1991 (\$36.126), 1992 (\$100.233), 1993 (\$120.580), 1994 (\$195.599) y 1995 (\$235.301), es decir, de tiempos que no fueron objeto del presente litigio y mucho menos de condena. Así mismo, se acude a los folios 152 y 153, con los que se advierte, que efectivamente la fundación San Martín liquidó el auxilio de cesantías a la accionante, pero de los años 1996 (\$282.781) y 1997 (\$339.735), época que no hacen parte de la condena proferida en primer grado.

En cuanto a la autorización de retiro de cesantías (f.º 154 y 155), se advierte que estas datan del 6 y 15 de octubre de 1998, circunstancia que permite corroborar que dicha autorización recaía sobre los montos causados con anterioridad a esa anualidad.

Pese lo anterior, se verificaron todos los elementos de juicio allegados, sin que se verifiquen los pagos a la demandante por concepto de cesantías de los años reclamados en la demanda, es decir, a partir de 1998. Por tanto, si bien la accionada propuso al momento de ejercer su derecho de defensa y contradicción la excepción de compensación, lo cierto es que la Sala no puede contrarrestar o equilibrar los efectos de la condena en virtud de la aplicación de este medio exceptivo, toda vez que el pago efectuado cobija periodos distintos de los que fueron objeto de condena.

En esa medida, se despacha de manera desfavorable el recurso impetrado. No se causan costas en esa instancia.

#### **V. DECISIÓN**

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ - SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

#### **RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 25 de noviembre de 2019, de conformidad de las consideraciones aquí expuestas.

**SEGUNDO: Sin COSTAS** en esta instancia.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

Intervinieron los Magistrados,

  
**HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA**  
Magistrado

*Il.:*   
**DAVID A. J. CORREA STEER**

Magistrado

*Ángela Lucía Murillo Varón*  
**ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**

Magistrada 38-2017-00714-01.



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

**HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA**

**Magistrado ponente**

**PROCESO ORDINARIO LABORAL**

**RADICADO:** 110013105 038 2018 000444 01

**DEMANDANTE:** JAIRO ALFONSO CRUZ SUAREZ

**DEMANDADO:** ARMANDO GARCÍA MEDINA

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

**SENTENCIA**

Decide la Sala el recurso de apelación que interpuso la parte actora contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de esta ciudad, el 21 de octubre de 2019.

**I. ANTECEDENTES**

El accionante promovió demanda laboral para que se declare que entre las partes existió un contrato de honorarios causados dentro del proceso de pertenencia por prescripción extraordinaria de dominio n.º 2010 00309. En consecuencia, se ordene el pago de \$81.154.062 por concepto de honorarios, junto con los intereses moratorios desde que se causó la obligación hasta que se verifique su pago, más las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que, en el año 2010, Armando García Medina le otorgó poder para iniciar y llevar hasta su fin proceso de pertenencia por prescripción extraordinaria de dominio en contra de María Eugenia Aguilera y demás personas indeterminadas adelantado ante el Juzgado 42 Civil del Circuito de Bogotá, el que terminó con sentencia favorable en su favor el 22 de julio de 2014.

Expuso que se pactaron como honorarios el 20% sobre el valor comercial del inmueble los cuales serían pagaderos al finalizar el proceso, precisando que el demandado le realizó abonos desde marzo hasta noviembre de 2015, cada uno por valor de \$400.000. Señaló que a la fecha los honorarios no han sido cancelados en su totalidad (f.º 1 a 5).

Al dar respuesta a la demanda, el convocado a juicio se opuso a las pretensiones. Refirió, que la relación entre las partes surgió en el año 1995 cuando el demandante lo representó proceso de acción reivindicatoria que resultó desfavorable, posteriormente el accionante le insistió en iniciar un proceso de pertenencia, por el cual le pagó en total \$10.000.000, que también resultó adverso. Después le ofreció iniciar un nuevo proceso de pertenencia de forma gratuita para compensar los resultados adversos de los anteriores litigios considerando que ya le habían sido pagados los honorarios, este proceso fue adelantado ante el Juzgado 42 Civil del Circuito de Bogotá bajo el radicado n.º 2010 309, en virtud del cual se otorgó el dominio tan solo de 117.46 metros junto con los tres lotes en él construidos por prescripción extraordinaria de dominio, pero no de los 277.51 metros que se pretendían.

Manifestó que en otro proceso seguido ante el Juzgado 45 Civil del Circuito de Bogotá con radicación n.º 2010-00686, el aquí demandante lo representó y pese a que renunció al poder, inició incidente de regulación de honorarios por el mismo valor reclamado ahora, pero tan solo le fueron reconocidos \$16.686.600

En su defensa, propuso las excepciones de inexistencia de contrato de mandato oneroso y/o inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, enriquecimiento sin causa, prescripción, pago, buena fe, compensación y las demás declarables de oficio (f.º 50 a 79).

## **II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

El Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 21 de octubre de 2019, declaró probada la excepción de prescripción y absolvió al demandado de todas las pretensiones.

En sustento de su decisión, manifestó que el demandante demostró haber prestado sus servicios personales al demandado representándolo judicialmente en el proceso de pertenencia adelantado ante el Juzgado 42 Civil del Circuito que culminó mediante sentencia emitida por ese despacho el día 22 de julio de 2014, por la cual se otorgó la pertenencia al demandado de un inmueble. Concluyó que la parte demandada no demostró que la gestión del demandante se pactó de manera gratuita, pero señaló que no es posible tampoco concluir que los honorarios hubiesen sido pactados en un 20% del valor comercial del inmueble, por lo que debía tomarse el valor catastral del mismo para el año 2014, cuando finalizó el proceso, no obstante, determinó que operó el fenómeno extintivo de la prescripción, pues entre la fecha en que fue emitida la sentencia en el proceso de pertenencia y la data en que fue interpuesta la presente demanda, transcurrieron más de los 3 años dispuestos en las normas sustantivas y procesales laborales.

### III. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme la **parte demandante** interpuso recurso de apelación, al manifestar que a folio 41 del expediente se encuentra el acta individual de reparto con fecha de radicación 10 de agosto de 2018, a folios 37, 38 y 39 reposan recibos de pago de "los famosos \$400.000" a los que hicieron referencia los testigos y correspondían al 20% de los cánones de arrendamiento que recibía el demandado por el local objeto de prescripción adquisitiva de dominio 2010 - 00309, existiendo una participación y un pago de honorarios. Precisó que estos documentos fueron relacionados en la demanda y como quiera que el último de estos recibos es de noviembre de 2018.

Para resolver el recurso presentado, los Magistrados, previa deliberación, exponen las siguientes:

#### IV. CONSIDERACIONES

A efectos de resolver los cuestionamientos planteados con la apelación, se aplicará lo consagrado en los artículos 66 y 66A del Código de Procedimiento del Trabajo, por tanto, solo se estudiarán las inconformidades planteadas en el recurso, relacionadas con la excepción de prescripción que en sentir de la apelante debe ser considerada a partir del mes de octubre de 2015 cuando el promotor del juicio recibió el último pago de \$400.000 por participación de arriendos.

Así las cosas, se tiene por superado que el accionante prestó sus servicios profesionales al demandado para ejercer la representación judicial de este último ante el Juzgado 42 Civil del Circuito de Bogotá en el proceso de pertenencia adelantado contra María Eugenia Aguilera radicado bajo el número 2010 00309, que culminó con sentencia proferida el 22 de julio de 2014 (f.º 16 a 30).

Respecto del fenómeno extintivo de la prescripción la Corte Suprema de Justicia ha señalado que, *“los asuntos sobre reconocimiento de honorarios y remuneraciones por servicios personales de carácter privado, se tramitan por los ritos del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, incluyendo, como se dijo, lo atinente al término de prescripción, aun cuando la relación jurídico-sustancial que aflore del convenio suscrito entre las partes encuentre venero en las disposiciones del Código Civil”* (CSJ SL9319-2016).

En consecuencia, en asuntos como el que ahora ocupa la atención de la Sala, es el artículo 151 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social el que regula la prescripción de la acción, y que al respecto fija un término de tres años para ejercerla, contados a partir de la data en que la obligación se haya hecho exigible.

Así las cosas, y dado el argumento planteado en la apelación, es decir, la fecha en la cual efectivamente se hizo exigible la obligación, debe la Sala descender al análisis del material de convicción obrante encontrando que la parte actora en el hecho tercero de la demandada confesó: *“TERCERO: Se pactó el 20% sobre el valor comercial del inmueble como honorarios, los cuales serían pagaderos al finalizar el proceso”* (subraya fuera del texto).

Además, el testigo convocado por la parte actora Ismael Lozano Cortés, quien asegura haberle presentado al demandado al accionante y estar presente en el momento en que acordaron la representación legal en un segundo proceso de pertenencia y como contraprestación el 20% del valor comercial del inmueble a la terminación del proceso, precisando el testigo que en este tipo de situaciones se presentaba un vacío cuando finalizaba el proceso y el cliente no pagaba. Conviene señalar que al absolver interrogatorio de parte el demandado dijo que quien le presentó al hoy demandante fue precisamente el testigo Lozano Cortés.

Conforme a las pruebas antes señaladas, se advierte que las partes pactaron el reconocimiento de honorarios profesionales a la finalización del proceso que se dio con la sentencia proferida por el Juzgado 42 Civil del Circuito de Bogotá el 22 de julio de 2014 (f.º 16 a 30), inscrita en el certificado de tradición de folios 31 a 34, en la anotación n.º 29, y como quiera que la presente demanda fue interpuesta el 10 de agosto de 2018, esto es, superado el término trienal previsto en el artículo 151 del Código Procesal del Trabajo, no se interrumpió oportunamente el fenómeno extintivo de la prescripción como acertadamente concluyó el *A quo*.

Conviene señalar aquí que, aunque la parte actora allega a folio 38, comprobante de haber recibido del demandado la suma de \$400.000, por concepto de *“participación de los arriendos en el proceso 2010 -309”*, lo cierto es que este documento no puede ser tenido como prueba, pues está elaborado y suscrito por el demandante, circunstancia que releva a al demandado de tacharlo o desconocerlo.

Con todo, este documento no modifica la fecha en que se genera el derecho a favor del demandante, pues demostrado que las partes pactaron que sería a la finalización del proceso, la parte demandante incumple la carga que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso aplicable en virtud del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo, pues no prueba haber modificado la oportunidad en la que se reconocerían los honorarios, tampoco que se hubiere acordado el pago diferido, por cuotas o mediante la participación mensual en cánones de arrendamiento, aún menos que el pago estuviera sometido a una condición suspensiva, en consecuencia, debe acarrear los efectos negativos de su actuar omisivo.

De conformidad con las consideraciones hasta aquí expuestas, la Sala confirmará la decisión apelada.

Sin costas en esta instancia ante su no causación.

#### **V. DECISIÓN**

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

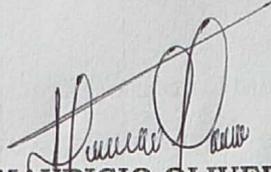
#### **RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR** sentencia proferida el 21 de octubre de 2019 por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá.

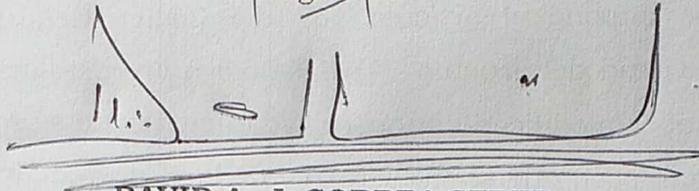
**SEGUNDO: Sin COSTAS** en esta instancia ante su no causación.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

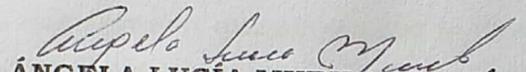
Intervinieron los Magistrados,



**HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA**  
Magistrado



**DAVID A. J. CORREA STEER**  
Magistrado



**ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**  
Magistrada