

REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C
SALA LABORAL

ORDINARIO LABORAL No. 05 2018 206 01

ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA

DEMANDANTE: JORGE WILLIAM ECHEVERRI DUQUE

DEMANDADO: COLPENSIONES

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

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

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

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

SENTENCIA

Revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de esta Ciudad, de fecha 30 de abril de 2019, dada la apelación presentada por la parte demandada y ando aplicación al grado jurisdiccional de consulta en favor de la misma.

ANTECEDENTES

Solicita el señor **JORGE WILLIAM ECHEVERRI DUQUE**, se declare que al no alcanzarle las semanas cotizadas por la UNIVERSIDAD PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA DE MEDELLÍN, para una pensión y al tener la edad de pensión le asiste

el derecho a que se le entregue el bono pensional por el valor consignado por la Universidad Javeriana, por valor de \$296.519.814.00. (fl.- 2)

HECHOS

Como **hechos** fundamento de sus pretensiones se señalaron, en síntesis:

- Que laboró como profesor de la UNIVERSIDAD PONTIFICIA BOLIVARIANA desde el 1 de enero de 1968 y hasta el 31 de marzo de 1981.
- Que durante dicho periodo la Universidad no efectuó cotizaciones en pensión.
- Que se adelantó proceso en contra de la UNIVERSIDAD PONTIFICIA BOLIVARIANA, en la cual resultó vencida y se ordenó pagar en su favor las semanas no cotizadas.
- Que dicha sentencia fue apelada y el Tribunal ordenó se realice el cálculo actuarial de dichas semanas y que los dineros le fueran entregados.
- Que la Universidad Javeriana consignó la suma de \$296.519.814.00 en su favor y que como no alcanza para una pensión según la norma, dichos dineros deben ser restituidos a su beneficiario. (fl.- 1-2)
-

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Una vez notificada la demandada, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos aceptó los mismos, con excepción al enlistado en el numeral 12. Propuso como excepciones que denominó inexistencia del derecho reclamado, cobro de lo no debido, buena fe, presunción de legalidad, carencia de causa para demandar, prescripción y no procedencia al pago de las costas. (fl.- 17 -23).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

En sentencia del 30 de abril de 2019, el Juez Quinto (5) Laboral del Circuito de esta Ciudad, resolvió condenar a la demandada al reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva. (fl.- 44)

Para llegar a esta conclusión, señaló la Juez:

“Reanudada la audiencia, se profiere la sentencia, antecedentes del proceso. Los antecedentes del proceso ya fueron indicados en la audiencia que trata el artículo 77. Problemas jurídicos: establecer si resulta procedente el reconocimiento al actor de la suma pagada por el empleador, universidad pontificia bolivariana, a Colpensiones por concepto de cálculo actuarial, o en uso de las facultades ultra y extra petita, determinar si le asiste el derecho al reconocimiento de una indemnización sustitutiva, y si esta es compatible o no con la pensión otorgada al actor por la universidad de Antioquia. Esos son los problemas jurídicos que se van a resolver.

Tesis de la parte actora: la parte actora se limita exclusivamente a señalar que se le debe devolver, o se le debe reconocer la suma de \$296.519.814, pagada por la universidad pontificia bolivariana a Colpensiones por concepto de calculo actuarial.

Tesis de Colpensiones: no resulta procedente devolver al demandante la suma pagada por este empleador por concepto de calculo actuarial y la indemnización sustitutiva resulta incompatible con la prestación que ya devenga el actor y reconocida por la universidad de Antioquia.

Tesis del juzgado: desde ya se indicará que se absolverá de la pretensión referida de reconocer la suma de \$296.000.000 al actor. Haciendo uso de las facultades ultra y extra petita, se condenará a Colpensiones a pagar la suma de \$42.038.967 por concepto de indemnización sustitutiva de que trata el artículo 37 de la ley 100 de 1993, toda vez que esta resulta totalmente compatible con la prestación que actualmente devenga el señor Jorge William Echeverry Duque. ¿Como se llega a esa conclusión? Pues bien, dentro del proceso no fue discutido , y pues la demandada aceptó prácticamente todos los hechos de la demanda, en el sentido que efectivamente mediante un proceso ordinario anterior, ante los juzgados de Medellín se condenó al empleador, universidad pontificia bolivariana a cancelar un cálculo actuarial a favor de Jorge William Echeverry Duque, en su condición de ex trabajador de esta universidad, por la omisión de realizar aportes a pensión entre el periodo de tiempo en que estuvo vinculado a esta entidad, 1968 a 1981. Dicho calculo actuarial o dicha sentencia fue cumplida por Colpensiones y efectivamente procedió a realizar el pago del cálculo actuarial, efectivamente la suma de \$296.519.814. por concepto de calculo actuarial. El primer problema jurídico es entonces si este valor, esta suma de \$296.000.000, debe ser reconocida directamente al afiliado, en este caso afiliado trabajador Jorge Echeverry, y la respuesta es clara que no. Ese dinero que se paga, que pagó el empleador como consecuencia de esa omisión de esa obligación de realizar las cotizaciones con fundamento en los entonces reglamentos del instituto de seguros sociales, el objeto de esa obligación es recaudar las cotizaciones para financiar un eventual derecho pensional del trabajador, esos recursos no entran al patrimonio del trabajador, no se le pagan directamente al trabajador, esos recursos se pagan a la entidad de seguridad social que, si el trabajador cumple con los requisitos para pensionarse, pues coadyuvara al financiamiento de esa mesada pensional que se recibirá mensualmente, pero en modo alguno puede pretenderse como lo dice el abogado en sus alegatos, que estamos en un estado social de derecho, que argumento es ese para solicitar la devolución de un dinero que va destinado es al sistema y a sufragar y financiar la pensión del trabajador. No se encuentra ningún sustento jurídico, pues para esta pretensión de que se le devuelva el dinero, que se le pague ese dinero es al trabajador y no a la entidad de seguridad social, en modo alguno. El único destinatario es la entidad de seguridad social, y ese dinero se va a utilizar para el momento en que se cumplan los requisitos de la pensión de vejez por parte del trabajador, punto. Ahora, que sucede, y ese si es en el evento en que se encuentra Don Jorge, que sucede si la persona llega a la edad de pensión y no cumple, no acredita las semanas necesarias para acceder al derecho pensional, la ley 100 de 1993 establece cual es la solución para ese caso, y el artículo 37 de la ley 100 de 1993 señala: indemnización sustitutiva de la pensión de vejez. Las personas que habiendo cumplido la edad para obtener

la pensión de vejez no hayan cotizado el mínimo de semanas exigidas, y declaren su imposibilidad de continuar cotizando, tendrán derecho a recibir, en sustitución, una indemnización equivalente a un salario base de liquidación promedio semanal multiplicado por el número de semanas, bueno trae la formula aritmética de como se debe establecer la indemnización. Como se puede apreciar la ley 100 consagra el derecho a recibir la indemnización sustitutiva como aquella figura que entra a reemplazar el derecho pensional de aquellos ciudadanos que no alcancen a reunir los requisitos legales establecidos para acceder a una pensión mensual vitalicia. Convirtiéndose así en un pequeño aliciente para quien ve frustrado su derecho a poder pensionarse. Es también un derecho accesorio a la pensión, por cuanto que, en el evento en que realmente le asistiera el derecho a la pensión al ciudadano, dicho pago no puede ser oponible para negar el derecho pensional, sino que el mismo será compensado con el valor de la pensión. Es decir, efectivamente se da los supuestos para que el demandante Jorge Echeverry tenga es derecho y pueda acceder a esa indemnización sustitutiva que la ley consagra como consecuencia o para los eventos en que los ciudadanos lleguen a su edad de pensión, en este caso los hombres llegan a los 62 años, y no cumplan con las semanas exigidas, pero en modo alguno puede solicitar don Jorge que le devuelvan la plata pagada por los empleadores a usted directamente, eso es totalmente improcedente. Lo que nos lleva entonces al siguiente problema jurídico, por cuanto extraído o revisado el expediente administrativo del demandante en el CD que obra a folio 30 del expediente, efectivamente se encontró la resolución SUB131097 del 18 de mayo de 2018, por medio de la cual efectivamente se establece que Jorge había solicitado efectivamente su indemnización sustitutiva y con base en el argumento en que la universidad de Antioquia ya le había reconocido una prestación otorgada, Colpensiones concluye y considera que esta es incompatible por vía del artículo 128 de la constitución política, en cuanto a que nadie podrá desempeñar simultáneamente más un empleo público ni recibir más de una asignación que provenga del tesoro público, o empresas o instituciones en las que tenga parte mayoritaria el estado, salvo los casos expresamente determinados por la ley. Con base en ese argumento entonces es que, es enfática Colpensiones en que no se puede recibir más de una asignación que provenga del tesoro público; frente a eso hay que recordad que la jurisprudencia ya ha sido pacífica en varios puntos respecto a la compatibilidad de algunas pensiones recibidas por los ciudadanos que posteriormente reclaman la indemnización sustitutiva, se ha emitido jurisprudencia en los casos, sobre todo en las pensión sanción y que efectivamente las entidades públicas pagan pensión sanción, la persona se encuentra devengando su pensión sanción pero posteriormente solicita la indemnización sustitutiva y frente a esos casos, y pues para esta controversia cabe perfectamente dicho precedente jurisprudencial reiterado en sentencia STL1198 de 2019 de enero 30 de 2019, en la que la Corte Suprema de Justicia hace varias precisiones. Dice la corte: Lo anterior toda vez que se avisó que los juzgados incurrieron en una vía de hecho, pues en primer lugar, si bien es cierto que Colpensiones administra un fondo común, también lo es que este no corresponde al tesoro público, y en segundo término en este caso, que estudia la corte, la pensión sanción al ser asumida por el empleador no choca con la prestación que eventualmente debe ser reconocida en el régimen de prima media con prestación definida. Máxime cuando aquella se causó con anterioridad a la vigencia de la ley 100 de 1993. Aquí entonces coincide de un lado la indemnización sustitutiva establecida en el régimen de prima media con esa pensión que la universidad de Antioquia le está reconociendo y que devenga el señor Jorge Echeverry. En efecto, dice la Corte, frente a la naturaleza de los recursos administrados por Colpensiones, esta sala en sentencia SL5792 de 2014, reiterada en la SL4538 de 2018 dijo, en relación a si la accionante no puede recibir dos pensiones del erario público, esta corporación así ha dicho que las prestaciones que tienen su fuente en el sistema general de pensiones no provienen del tesoro público, pues su recursos ostentan la condición de parafiscales, ya que los mismos son un patrimonio de afectación, es decir, los bienes que lo conforman se destinan a la finalidad que indica la ley, en tal

sentido sobre estos patrimonios no puede ejercerse disposición alguna, salvo por la cual solo se otorga el carácter de administradoras a las entidades que conforman los diferentes regímenes, a quienes se confía su gestión, de tal manera, aun cuando el instituto de seguros sociales es el encargado de conocer y pagar las pensiones de vejez, invalidez y sobrevivientes, esta es una situación que no aparea la propiedad del fondo económico con que él se financian estas prestaciones, pues se reitera, solo actúa como administrador. Además, aun cuando la constitución política se hace una distinción de las entidades que contribuyen a conformar el tesoro público, entre ellas las descentralizadas, de las que hace parte por ostentar el carácter de empresa industrial y comercial del estado, solo integran dicho erario los bienes y valores que le sean propios, y como las reservas pensionales no son de su propiedad, no hacen parte de ese concepto. A tal efecto también puede consultarse la sentencia del 27 de febrero de 2003, radicación 37453 6 de mayo de 2010, y la de 19 de noviembre de 2013 radicación 41306. Para llegar a la conclusión que, como dichos dineros no hacen parte del erario público, no se puede argumentar entonces dicha razón del artículo 128 superior para negar la indemnización sustitutiva. Nótese que la fuente de la pensión que devenga el señor Jorge Echeverry, por parte de la universidad de Antioquia, tiene su fuente y su motivación en la relación laboral que existió con dicha entidad o institución educativa. Totalmente diferente a los aportes realizados por la pontificia bolivariana, o corresponde a otro empleador. Por lo que tiene diferente finalidad, naturaleza, diferente fuente de financiamiento y están a cargo de distintas entidades. Por lo que entonces no hay lugar a tener como validos los argumentos de Colpensiones expuestos en los alegatos de conclusión respecto de la supuesta incompatibilidad de la pensión que se encuentra devengando el señor Jorge con la indemnización sustitutiva. Maxime cuando ya este empleador universidad pontificia bolivariana se puso al día con las cotizaciones de acuerdo al cumplimiento de la sentencia proferida por el juzgado 15 laboral del circuito de Medellín.

Así las cosas, pues realizadas las operaciones aritméticas del caso, le asiste entonces derecho al demandante a una indemnización sustitutiva correspondiente a \$42.038.967, según liquidación que se adjunta y que hace parte integrante de esta sentencia. Dicho valor deberá ser indexado teniendo la IPC final el del mes de abril de 2019, porque fue este mes en que se revisó esta liquidación, y como IPC final, pues el del mes anterior al que se efectuó el pago de dicho capital; pues como no sabemos cuando se va a pagar finalmente por Colpensiones estos 42.000.00, pues a partir del mes siguiente empezará evidentemente a depreciarse esta suma y para corregir esa depreciación, al momento en que haga el pago Colpensiones, deberá tener en cuenta estos IPC, y así no se verá depreciada esta suma de dinero. Costas a cargo de Colpensiones, se fijan por concepto de agencias en derecho la suma de \$3.000.000.”

Inconforme con la decisión, la apoderada de la demandada COLPENSIONES, interpuso recurso de apelación en los siguientes términos:

“Gracias señor juez, en estos momentos me permito presentar recurso de apelación contra la sentencia aquí emanada en esta diligencia. Lo anterior teniendo en cuenta ya los argumentos desarrollados dentro de la contestación de la demanda y así mismo los alegatos de conclusión presentados. También de suerte, adicionar tener en cuenta que si bien el artículo 13 literal p de la ley 100 de 1993 señala que los afiliados al cumplir la edad de pensión no reúnan los demás requisitos para tal efecto, tendrán derecho a una devolución de saldos o indemnización sustitutiva de acuerdo con el régimen al cual estén afiliados y de conformidad con lo previsto en esta ley. Pues bien, de acuerdo a la norma citada, el peticionario a la fecha se encuentra gozando de una prestación, y por ende, jurídicamente no procedería la devolución de saldos o indemnización sustitutiva

de la pensión. Pues bien, Colpensiones como ente administrador del régimen de prima media con prestación definida en marco a su función y reconocer los recursos económicos y prestaciones dentro del marco legal citado. A su vez solicito por ende, se absuelva de las pretensiones respecto a la indemnización sustitutiva de pensión respecto a la entidad que represento y de todos los cargos formulados. Gracias”

CONSIDERACIONES

Teniendo en cuenta el recurso de apelación presentado por la parte demandada y dando aplicación al grado jurisdiccional de consulta en favor de la misma, procede la Sala al estudio de las pretensiones de la demanda, encontrando que, en el presente caso, se ordenó el reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva por la suma de \$42.038.967.

Argumenta la parte demandada en su recurso que el actor se encuentra pensionado y por ende jurídicamente no procedería la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez.

En relación con este aspecto, es necesario señalar que, en el presente, quedó probada como se indicó la calidad de pensionada que ostenta el actor, la cual se corrobora con la resolución SUB 131097, mediante la cual, la accionada niega el reconocimiento y pago de la pensión reclamada, aduciendo que revisada la página de Bonos pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, se pudo constatar que el actor se encuentra gozando de una pensión de vejez otorgada por la Universidad de Antioquia.

En dicho acto administrativo se niega el reconocimiento de la indemnización sustitutiva, argumentando que nadie puede devengar o desempeñar más de un empleo ni recibir más de una asignación que provenga del tesoro público.

Teniendo en cuenta lo anterior, es necesario señalar que el artículo 37 de la Ley 100 de 1993, establece: :

“Artículo 37. Las personas que habiendo cumplido la edad para obtener la pensión de vejez no hayan cotizado el mínimo de semanas exigidas, y declaren su imposibilidad de continuar cotizando, tendrán derecho a recibir, en sustitución, una indemnización equivalente a un salario base de liquidación promedio semanal multiplicado por el número de semanas cotizadas; al resultado así obtenido se le

aplica el promedio ponderado de los porcentajes sobre los cuales haya cotizado el afiliado”.

Ahora bien, de acuerdo con lo establecido en el artículo 10 de la Ley 100 de 1993, el Sistema General de Pensiones tiene por objeto el de garantizar el amparo contra las contingencias derivadas de la vejez, la invalidez y la muerte, a través del reconocimiento de las pensiones y prestaciones consagradas en misma ley.

Teniendo en cuenta lo anterior, y como quiera que la controversia gira alrededor de la incompatibilidad la pensión de jubilación reconocida al actor por parte de la UNIVERSIDAD DE ANTIOQUIA, con la indemnización sustitutiva que reclama, argumento este central en el recurso interpuesto por la parte demandada es oportuno aclarar lo siguiente:

Revisado el expediente administrativo, como ya se indicó se encuentra que mediante resolución No. 657 del 5 de octubre de 1.989, se reconoció una pensión de jubilación al actor por haber laborado en: ESCUELA URBANA DIEGO ECHAVARRÍA, CEFA y LA UNIVERSIDAD DE ANTIOQUIA; así mismo se señala que dicha pensión será financiada por la Universidad de Antioquia y el Departamento de Antioquia.

Igualmente se encuentra demostrado que el actor prestó servicios, a la UNIVERSIDAD PONTIFICIA BOLIVARIANA y cuyas cotizaciones son las que se reclaman, las cuales no fueron tenidas en cuenta para el cómputo de la pensión señalada en el párrafo anterior,

Así las cosas, encuentra esta Colegiatura que no es de recibo el argumento presentado por COLPENSIONES, tanto en sus alegaciones, como en el recuso y en el que indica que el reconocimiento de la indemnización sustitutiva de vejez, resulta incompatible con la prestación de jubilación que percibe actualmente el demandante, señalando que está legalmente prohibido devengar una doble asignación del tesoro público; por cuanto tal planteamiento carece de todo respaldo jurídico, tal como lo ha manifestado en varias oportunidades la Sala de Casación Laboral de Corte Suprema de Justicia, para lo cual se trae a colación la sentencia proferida en el proceso radicado bajo el No. 24062 del 14 de febrero de 2005 en la cual señaló que las

pensiones de vejez que reconoce al Instituto de Seguro Social, hoy COLPENSIONES, no se consideran como provenientes del tesoro público, toda vez que los aportes que realizan tanto los empleadores y los afiliados constituyen un fondo económico común, que es de propiedad de la entidad, siendo esta una simple administradora de los mismos, así tales cotizaciones, en cuanto a los aportes patronales provengan de una entidad oficial, las cuales junto con los aportes del afiliado constituyen un patrimonio de afectación parafiscal.

Así mismo la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, en el presente caso, no es incompatible con la pensión de jubilación que le fue otorgada al actor, por cuanto ésta se realizó con cotizaciones y por tiempos de servicios diferentes, por lo que resulta claro que al demandante le asiste derecho al reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva en los términos del artículo 37 de la ley 100 de 1993, en los términos señalados por el Juez de instancia.

Así las cosas, esta Sala encuentra acertada la decisión adoptada por la Juez de primer grado, no obstante lo anterior, dando aplicación al Grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, se procedió a verificar la liquidación efectuada, encontrando que la misma, asciende a la suma de \$ **\$ 27.783.012**, y no a \$42.038.967,07, como erróneamente lo señaló el Juzgado, para tal efecto se anexa a la presente decisión, la liquidación efectuada.

Por lo anterior, se habrá de modificar la decisión impartida en primera instancia, señalando como ya se indicó, que la indemnización sustitutiva asciende a la suma de **\$ 27.783.012,00.**

Sin costas en la alzada.

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral 1 de la sentencia apelada, señalando que el valor de la indemnización sustitutiva, a la que se condena a la demandada COLPENSIONES, a pagar en favor del actor, señor JORGE WILLIAM ECHEVERRI DUQUE, asciende a la suma de **\$ 27.783.012,00** de conformidad con lo expuesto en la parte resolutive de la presente decisión.

SEGUNDO: Sin costas en la alzada.

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

Los Magistrados,



MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO



HUGO ALEXÁNDER RÍOS GARAY
MAGISTRADO

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

PROCESO ORDINARIO No. 10-2016-520-01
ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA
DEMANDANTE: GILBERO DÁVILA PAVA
DEMANDADO: ESTRELLA INTERNACIONAL ENERGY SERVICES
SUCURSAL COLOMBIA Y OTROS

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

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

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado 10 Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 6 de junio de 2019.

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior a las partes para presentar alegaciones, fueron remitidas las de la entidad demandada Occidental Andina LLC, Liberty Seguros S.A. y Estrella Internacional Energy Services.

ANTECEDENTES

El señor GILBERTO DÁVILA PAVA por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral, con el fin de que se DECLARE la existencia de un contrato de trabajo con Estrella Internacional desde el 6 de mayo de 2014 a la fecha, que se declare que Occidental Andina LLC y



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 10-2016-520-01 Dte: GILBERTO DÁVILA PAVA Ddo.: ESTRELLA INTERNATIONAL ENERGY SERVICES SUCURSAL COLOMBIA

Ecopetrol S.A. son solidariamente responsables del pago de prestaciones e indemnizaciones a que tiene derecho el demandante.

Que se declare que desde el 26 de enero de 2015 y para la fecha del despido, el demandante se encontraba gozando de fuero de salud debido a que se encontraba en estado de indefensión y por tanto, se declare la ineficacia del despido unilateral efectuado el 20 de abril de 2015.

Consecuencia de lo anterior, pide se ordene el reintegro del actor, las prestaciones causadas desde la fecha de la terminación hasta el reintegro, indemnización por 180 días de salario e indemnizaciones que llegaren a resultar probadas; aunado al pago que por descuento de nómina se le hizo al actor por valor de \$842.100. (fl.114)

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que laboró para la empresa Estrella International Energy desde el 6 de mayo de 2014 a través de un contrato de obra y desempeñando el cargo de cuñero.

-Fue contratado en razón a la ejecución de un contrato suscrito entre Estrella International y Occidental Andina, el objeto era “COMPLEMENTO Y/OINTERVENCIÓN DE POZOS DE HIDRICARBUIROS, EN EL CAMPO LA CIFRA INFANTAS...” (fl.107)

-El 26 de enero de 2015 sufrió un accidente de trabajo, con ocasión de ello le fue concedida incapacidad médica y fue diagnosticado con una serie de patologías, sin embargo, el 20 de abril de 2015 encontrándose el actor en tratamiento médico, le fue comunicada verbalmente la decisión unilateral de terminar el contrato de trabajo.

-En virtud a ello presentó acción de tutela solicitando la protección a la estabilidad laboral reforzada y aunque en primera instancia se tuteló el derecho y se ordenó el reintegro, en segunda instancia tal decisión fue revocada. (107)



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 10-2016-520-01 Dte: GILBERTO DÁVILA PAVA Ddo.: ESTRELLA INTERNATIONAL ENERGY SERVICES SUCURSAL COLOMBIA

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda **OCCIDENTAL ANDINA LLC (OXYANDINA)** se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos. manifestó no constarle los mismos y propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia de la obligación, prescripción, cobro de lo no debido, falta de título y causa y abuso del derecho. (fl.186)

Por su parte la demanda **ESTRELLA INTERNATIONAL ENERGY SERVICES SUCURSAL COLOMBIA** se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos, aceptó los contenidos en los numerales 1 a 4, 6 a 10, 11 a 13, 16, 28 a 36, 38, 39 y 42 y manifestó no constarle los demás; propuso las excepciones de mérito que denominó prescripción, pago, inexistencia de la acción de reintegro y buena fe. (fl.222)

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:

“Declarar la existencia del contrato de trabajo entre el señor Gilberto Dávila Pava y estrella internacional Energy Services sucursal Colombia, mediante un contrato de trabajo por el término de la duración de la obra o labor, en el cargo de cuñero 3 que se desarrolló entre el 6 de mayo de 2014 y finalizó el 20 de abril de 2015, devengando un salario básico a la terminación del contrato de \$1.830.600 y un salario promedio de \$3.603.442, el cual terminó sin justa causa por parte de su empleador estrella internacional Energy Services sucursal Colombia, y en consecuencia se condena a esta demandada a pagar al demandante la indemnización por despido sin justa causa por valor de \$1.801.721, asimismo se condena a estrella internacional Energy Service sucursal Colombia a realizar la devolución del descuento injustificado realizado por la suma de \$842.100, al demandante Gilberto Dávila Pava, de conformidad con la parte motiva de esta providencia

Declarar probada la excepción de inexistencia de la acción de reintegro propuesta por la demanda estrella internacional Energy Services sucursal Colombia, y en consecuencia se le absuelve de la declaratoria de ineficacia del despido y el reintegro solicitado en la demanda, así como de las pretensiones derivadas de este reintegro y de la indemnización del artículo 26 de la ley 361 de 1997, indemnización de 180 días reclamada en la demanda, por las razones expuestas en la parte motiva.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 10-2016-520-01 Dte: GILBERTO DÁVILA PAVA Ddo.: ESTRELLA INTERNATIONAL ENERGY SERVICES SUCURSAL COLOMBIA

Declarar probada la solidaridad entre estrella internacional Energy Services sucursal Colombia y Occidental Andina llc, en virtud del artículo 34 del Código Sustantivo del trabajo, y por ende, se le establece la responsabilidad solidaria en el pago de la condena impuesta a estrella internacional Energy Services sucursal Colombia, relacionada con el pago de la indemnización por despido sin justa causa, por lo expuesto en la parte motiva de la providencia.

Declarar no probada las excepciones probadas por Occidental Andina llc y declarar probada excepción propuesta por la llamada en garantía Seguros Liberty s.a denominada ausencia del siniestro para la póliza de cumplimiento no. 2338966 y absolverla del llamamiento en garantía realizado por Occidental Andina llc, por las razones expuestas en esta sentencia...”

Fundamentó su decisión la Juez de primer grado, señalando:

“Tenemos que en relación a lo que ya nos interesa, que se está solicitando dentro de este proceso y es si efectivamente existió un despido sin justa causa estando protegido por la estabilidad reforzada o protección de debilidad manifiesta establecida en el artículo 26 de la ley 361 de 1997, tenemos que dentro del proceso encontramos que, al demandante se le entregó una comunicación que obra a folio 235 sobre la terminación del contrato de fecha 20 de abril de 2015, en la cual se le notifica, referencia terminación de ejecución de las actividades de wordcover, wall services, complementamiento y/o intervención de pozos de hidrocarburos en el campo seria infantas, municipio de Barrancabermeja, departamento de Santander con el equipo de 505, a partir del pozo la sira 1406 correspondiente al contrato CLCI 0311 suscrito entre estrella internacional Energy Services sucursal Colombia y occidental andina LLC, de conformidad a la cláusula segunda del contrato de trabajo suscrito el día 6 de mayo de 2014, terminación que se da desde el 20 de abril de 2015, fecha en la cual terminó la obra, firmado por el aquí demandante que en su interrogatorio de parte, señaló que efectivamente si era su firma, lo que indicó era que no recordaba si se la habían entregado personalmente o por correo, o de qué forma se la habían entregado. Sin embargo, tenemos el testimonio del señor Lorenzo Ordoñez que señaló que se la habían entregado personalmente las cartas a todos los trabajadores de el pozo, del equipo de trabajo en el pozo en que estaban él y el señor demandante. En consecuencia, tenemos que también obra a folio 6 del expediente que se pactó en el contrato de trabajo entre el demandante y estrella internacional, en la cláusula segunda, la obra para la cual se contrata el trabajador y consecuentemente la obra que determina la duración de vinculación laboral en el cargo contratado, está determinada por la ejecución de las actividades de wordcover, wallservice, conmpletamiento y/o intervención de pozos de hidrocarburos en el campo seria infantas, municipio de Barrancabermeja, departamento de Santander, con el equipo de 505 a partir del pozo la sira 1406 correspondiente al contrato no. CLCI 0311, suscrito entre estrella internacional Energy



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 10-2016-520-01 Dte: GILBERTO DÁVILA PAVA Ddo.: ESTRELLA INTERNATIONAL ENERGY SERVICES SUCURSAL COLOMBIA

Services sucursal Colombia y occidental andina LLC, y solamente mientras el contrato esté vigente.

Por su parte, se aduce que entonces el demandante fue despedido estando en una situación de afectación de su salud, y que por tanto este despido que realizó la demandada es ineficaz. Tenemos que dentro del proceso no hay discusión en que contrato era por obra, eso lo aceptaron tanto estrella internacional como el mismo demandante, que indica que lo que celebraron fue un contrato por obra, tenemos el contrato que el despacho ha leído que está determinado por ese contrato que existió entre estrella internacional Energy Services sucursal Colombia. Tenemos que para resolver el asunto que nos ocupa debemos tener en cuenta lo que ha señalado la honorable Corte Suprema de Justicia en relación a el despido motivado, la prohibición de despido motivado en estado de discapacidad que se señaló en la sentencia SL1360 del 2018, con radicación 53394 del 11 de abril del 2018, en donde señala la Corte: “siendo claro que la protección legal otorgada a los trabajadores con deficiencias físicas, sensoriales y mentales, opera al inicio y durante la extinción de la relación de trabajo en ese acápite, se analizara el alcance de esta protección al momento de finalización del contrato de trabajo, sobre el particular el artículo 26 de la ley 361 de 1997 prescribe: no discriminación a persona en situación de discapacidad. En ningún caso la limitación de una persona, podrá ser motivo para obstaculizar una vinculación laboral, a menos que dicha limitación sea claramente demostrada como incompatible e insuperable en el cargo que se va a desempeñar. Así mismo, ninguna persona discapacitada podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su discapacidad, salvo que medie autorización de la oficina de trabajo.

No obstante, quienes fueren despedidos o su contrato terminado por razón de su discapacidad, sin el cumplimiento del requisito previsto en el inciso anterior, tendrán derecho a una indemnización equivalente a ciento ochenta días del salario, sin perjuicio de las demás prestaciones e indemnizaciones a que hubiere lugar de acuerdo con el Código Sustantivo del Trabajo y demás normas que lo modifiquen, adicionen, complementen o aclaren.

Pues bien, en líneas anteriores se explicó que las normas que protegen a los trabajadores con discapacidad se proyectan en las relaciones laborales en diferentes fases y fundamentalmente tienen como objetivo promover la inclusión y participación de estos y a la postre evitar que los ámbitos laborales sean espacios de segregación, discriminación o extinción. En esta dirección, la disposición que protege al trabajador con discapacidad en la fase de extinción del vínculo laboral tiene la finalidad de salvaguardar su estabilidad frente a comportamientos discriminatorios, léase aquellos que tienen como propósito o efecto su exclusión del empleo fundado en su deficiencia física, sensorial o mental, esto en oposición a lo que significa que las decisiones motivadas en un principio de razón objetiva son legítimas en el orden a dar por concluida la relación de trabajo, lo que atrás se afirma deriva del artículo 26 de la ley 361 de 1997, pues claramente en este precepto no se prohíbe el despido del trabajador en situación de discapacidad, lo que se sanciona es que el acto esté precedido de un criterio discriminatorio, nótese que ahí se dispone en ninguna persona discapacitada podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su discapacidad, lo que contrario



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 10-2016-520-01 Dte: GILBERTO DÁVILA PAVA Ddo.: ESTRELLA INTERNATIONAL ENERGY SERVICES SUCURSAL COLOMBIA

sensu quiere decir que si el motivo no es su estado biológico, fisiológico, o psíquico, el resguardo no opera. Lo anterior significa que la invocación de una justa causa legal excluye de suyo que la ruptura del vínculo laboral está basada en el prejuicio de la discapacidad el trabajador, aquí a criterio de la sala no es obligatorio acudir al inspector de trabajo, pues se repite que quien alega una justa causa de despido, enerva la presunción discriminatoria, es decir, se soporta una razón objetiva. Con todo, la decisión tomada en tal sentido puede ser controvertida por el trabajador a quien le bastará demostrar su estado de discapacidad para beneficiarse de la presunción de discriminación, lo que con toda implicación implica que el empresario tendrá el deber de acreditar en el juicio la ocurrencia de la justa causa, de no hacerlo, el despido se reputará ineficaz sentencia C-531 de 2000. En consecuencia, procederá el reintegro del trabajador junto con el pago de salarios y prestaciones dejados de percibir, más la sanción de 180 días de salario, consagradas en el artículo 26 de la ley 361 de 1997.

...Tenemos entonces, que de conformidad con lo anterior, si el empleador como en el caso que nos ocupa, estrella internacional Energy Services, señala que terminó el contrato por un modo legal, establecido en el artículo 61 del Código Sustantivo del trabajo, efectivamente dicha normatividad establece como uno de los modos de terminación del contrato es la terminación o culminación de la obra contratada, tenemos que debe demostrarse dentro del proceso que se realizó para que se enerve la presunción de que el despido pudo ser por condición de discapacidad o la situación de salud del demandante.

Tenemos dentro del proceso que se allega la carta a folio 235, donde se le dice, este contrato entre estrella internacional y occidental andina DLLC se terminó, por tanto, a la terminación de la jornada del 20 de abril de 2015, se acaba su contrato. Y efectivamente, dentro de este proceso, tenemos que obra el contrato celebrado entre estrella internacional y la aquí demandada Occiandina. Un contrato que, según sus términos, fue realizado por el término de un año, en el contrato se señala que, obra a folio 195 del plenario, dicho contrato a folio 200, que se celebra entre occidental andina LLC y asimismo estrella internacional Energy Services sucursal y plazo y terminación clausula quinta, por duración de un año. El objeto del contrato es servicios de reacondicionamiento y completamiento en el campo la sira infantas en el departamento de Santander, y efectivamente si contamos un año de conformidad a la interpretación de los términos y plazos, dada por la corte suprema de justicia, se vencería dicho contrato de un año, dado que fue celebrado y suscrito, según se indica, en el mismo, el día 3 de abril del año 2014, estaría venciéndose el mismo día del año 2015, el 3 de abril de 2015. Tenemos dentro de este proceso, que se tomó el interrogatorio de parte al representante legal de estrella internacional que señaló al despacho: el contrato con Occiandina termina la primera semana de abril, luego fue preciso, se precisó y dijo el 6 de abril de 2015. Se tomó interrogatorio de parte de la representante legal de occiandina, occidental andina, y ella indicó contundentemente, el contrato se terminó el 2 de abril de 2015, ese día no hubo más labores, y dice el representante legal de estrella internacional, lo que pasa es que se termina el contrato, y hay que realizar algunas labores siguientes que es el desarme de los equipos; y finalmente la representante legal de Occiandina, también señala



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 10-2016-520-01 Dte: GILBERTO DÁVILA PAVA Ddo.: ESTRELLA INTERNACIONAL ENERGY SERVICES SUCURSAL COLOMBIA

que si pudo realizarse actividades que tenían que ver ya con el desarme y retiro de los equipos que tenía estrella internacional en el campo. Pero que eso no era una actividad para Occiandina, que era algo propio de estrella internacional. Lo que encuentra este despacho es que brilla por su ausencia que estrella internacional Energy Services, o la demandada, Occiandina, hayan allegado a este proceso prueba alguna de cuando se terminó el contrato. Es que aquí no se trajo un acta de liquidación de contrato, no se trajo el comprobante o el giro que se hubiese hecho por parte de Occiandina, estrella internacional como último pago realizado por la prestación de servicios hasta que fecha, que pudo haber sido, pudo haber sido también un paz y salvo, que es tanto que, cuando se le pregunta a la representante legal de Occiandina, cuando se hizo el acta final, paz y salvo, no entendía que era lo que le preguntaba, le toco a esta operadora judicial aclararle que lo que se estaba pidiendo era que cuando hicieron un acta de terminación de ese contrato, cuando lo liquidaron, y básicamente se limitó a decir que el 12 de abril de 2015. Tenemos entonces que, el testimonio del señor Lorenzo, en el dice no, es que estábamos realizando las mismas actividades de mantenimiento del pozo, de la misma operación que se estaba haciendo y, el 20 de abril nos entregaron las cartas a todos porque en eso si es coincidente con el demandante que el 20 de abril les entregaron la carta de terminación del contrato a todos los miembros del equipo de la cuadrilla del pozo. Y el señor lo que dice es, creo que, pero no dice que le conste, dice creo que, porque ya no había más convenio con occidental, eso fue lo que el dijo, pero no existen más pruebas. Y resulta que si bien es cierto, el representante legal de estrella internacional dice se acaba el 6 de abril de 2015, y la representante legal de occidental Ancina llc, dice se acaba el 2 abril de 2015, primero no están coincidiendo, segundo, ha de recordarse que no se pueden derivar efectos probatorios a su favor de su propio interrogatorio de parte, y la corte suprema, como lo indicó en su jurisprudencia, tiene establecido que quien aduce una causa objetiva para terminación del contrato, debe demostrar efectivamente la existencia de esa causa objetiva. Y dentro de este proceso no queda demostrado que lo único que tenemos es que existe el contrato celebrado entre las dos demandadas para ese servicio de reacondicionamiento y completamiento de pozos de la siria infantas en el departamento de Santander, ello no implica que efectivamente se haya acabado el día 3 de abril, porque es que aquí no se puede establecer si se acabó, si hubo un otrosí, se prorrogó, no hay pruebas al respecto y a quien le competía la carga de la prueba de conformidad con el artículo 167 del Código general del proceso, aplicable por remisión del artículo 145 del código sustantivo del trabajo, para demostrar tal situación, era a las aquí demandadas, específicamente a estrella internacional, que adujo dicha causa para terminar el contrato de trabajo del señor Gilberto Dávila.

Pero si sumamos a eso que obra la póliza no. 2338966 que se celebró entre la demandada, el tomador estrella internacional Energy Services sucursal, y asegurado y beneficiario occidental andina llc, en donde encuentra el despacho que se dice: amparo, cumplimiento del contrato, pues diríamos que se dice vigencia del 3 de abril de 2014 al 3 de junio de 2015. Primero, se observa que extrañamente si el contrato iba por un año, se hace una vigencia de un contrato de seguros por más de ese año, segundo, incluso salarios y prestaciones sociales,



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 10-2016-520-01 Dte: GILBERTO DÁVILA PAVA Ddo.: ESTRELLA INTERNATIONAL ENERGY SERVICES SUCURSAL COLOMBIA

3 de marzo de 2014 a 3 de abril de 2018, entonces, no logra cumplir la carga de la prueba estrella internacional Energy Services para demostrar que el contrato de trabajo del señor Gilberto Dávila, termina específicamente porque se hubiese terminado el contrato al cual se encontraba sujeto que no estamos en discusión que efectivamente el contrato del señor demandante estaba atado al contrato celebrado entre estrella internacional y occiandina, porque así lo establece el mismo contrato, cuando indica que es por duración de la obra y en su objeto se indica específicamente que es para las actividades de wordcover, wallservice, complementamiento y/o servicios de pozos de hidrocarburos en el campo infanta, municipio de Barrancabermeja, departamento de Santander, con el equipo E505 a partir del pozo la sira 1406 correspondiente al contrato No. CLCI-0311 suscrito entre estrella internacional energy services sucursal Colombia y occidental andina LLC, y solamente mientras este contrato este vigente, como obra en el contrato a folios 5 y 6. Se viene a señalar por el representante legal de la demandada estrella internacional, es que se acabó el 6 de abril, pero era que había que hacer unas actividades adicionales de desarmar los equipos para podémoslos llevar. Lo que primero debe decir esta operadora judicial es que en la contestación de la demanda no se adujo esa situación, es algo nuevo, o un hecho nuevo que viene a plantear aquí el representante legal en la demanda de que no fue fundamento de su defensa, y recordemos que las pruebas deben ir encaminadas a demostrar los hechos de la demanda y los hechos de la contestación de la demanda, entonces, no se aduce ni se trae ninguna prueba que permita corroborar específicamente que efectivamente el 3 de abril de 2015, se acabó el contrato, pero en gracia de discusión hay una situación y es que se presenta el trabajo del señor demandante hasta el 20 de abril del año 2015, lo que nos llevaría entonces a decir que si efectivamente se terminó el contrato, debió entonces existir una mutación del contrato de obra por cuanto se acabó la obra y no lo despidieron o no le terminaron el contrato, con fundamento en el artículo 61 del código sustantivo del trabajo, el 3 de abril de 2015, sino el 20 de abril de 2015, según dice el representante legal, porque estaba haciendo un desarme de los equipos.

Tiene entonces esta operadora judicial que no encuentra demostrada la terminación objetiva por una causa legal establecida en el artículo 61 del código sustantivo de trabajo, como es la terminación de la obra o labor contratada dentro del proceso. Entonces, surge aquí la segunda parte de lo que señala la honorable corte suprema de justicia en su sentencia, indica, si el trabajador, básicamente se traduce en que si el trabajador despedido, interpone la objeción a ese despido y logra demostrar que se encontraban en un estado de discapacidad al momento del despido, hay que presumir que el despido se hizo por motivo de dicha discapacidad. Entonces debemos entrar a determinar, logra demostrar el señor demandante dentro del proceso que efectivamente al momento del despido se encontraba en un estado de discapacidad que le produjera la protección del artículo 26 de la ley 361 de 1997, y para ello tenemos que dice la parte demandante: el señor demandante sufre el 26 de enero de 2015 un accidente estaba moviendo una varilla lisa con cuatro compañeros de trabajo, sufre un dolor en la espalda, es llevado a enfermería, solo le aplican analgésicos y que solo se reporta el accidente hasta el 22 de febrero del año 2015. Que dentro del proceso tenemos que de las



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 10-2016-520-01 Dte: GILBERTO DÁVILA PAVA Ddo.: ESTRELLA INTERNATIONAL ENERGY SERVICES SUCURSAL COLOMBIA

pruebas allegadas, efectivamente, puede determinarse que el reporte de los hechos señalados por el señor demandante, obra en el expediente a folio 8 del plenario, informa del accidente de trabajo del empleador o contratante en donde se señala que se realizó el día de la ocurrencia del accidente, un día lunes, que la hora fue 21:40, que fue el 26 de enero del 2015, que estaba realizando la labor habitual, y en su jornada normal, y que eran propios del trabajo, y se describe y detalla el accidente, se realiza el reporte extemporáneo, el señor Gilberto Dávila, quien aduce dolor lumbar, sin reporte inmediato a la compañía, se le da manejo inicial por eps, ante la remisión de medicina laboral, se procede a realizar el respectivo reporte o manejo del caso.

...Entonces, de las pruebas que se allegan, no se logra demostrar que efectivamente el demandante se encontrara en un estado de salud o en un estado de discapacidad, por lo menos en la moderada que exige o ha señalado en criterio jurisprudencial la honorable Corte Suprema de Justicia que es el requisito para que sea posible estar cubierto por esa protección del artículo 26 de la ley 361 de 1997, pero adicionalmente debemos señalar que es que también el demandante en su interrogatorio de parte, al se preguntado sobre esos exámenes que se le realizaron como fue la resonancia magnética nuclear, le pregunto esta operadora judicial, usted le comunicó a estrella internacional, los resultados de esos exámenes, y dijo no, no creo, no recuerdo haber realizado el envío de dichos informes. Y aunado a ello tenemos que las calificaciones que se le realizan al demandante por la junta regional y la junta nacional son posteriores a la terminación del contrato, se realizan en el año 2016. Y tenemos que dentro de la historia laboral, la historia clínica del demandante, no obran restricciones medicas entre enero y abril 20 del año 2015, que permitieran deducir que efectivamente se encontraba afectada su salud, que no le permitiera realiza verdaderamente sus actividades, es tanto así que el mismo demandante acepta en interrogatorio de parte que no tenia restricciones médicas, que no se encontraba incapacitado el 20 de abril del año 2015. Y entonces si bien es cierto, en la historia del 28 de junio del 2015, existe allí que ya se dice que se le da una incapacidad y allí se le indica que debe darse una reubicación, recordemos que para dicha data el demandante estaba laborando nuevamente debido a que existió una acción de tutela que curso ante el juzgado 4 penal municipal de Barrancabermeja el 13 julio de 2015, produjo una sentencia en donde se ordeno el reintegro del demandante al cargo que venia ocupando, y que efectivamente se le reintegra pero posteriormente se produce la decisión de segunda instancia, proferida por el juzgado 3 penal de Barrancabermeja el 21 de agosto de 2015, en donde revocan la decisión porque consideran no que se haya considerado por dicha autoridad para ser cosa juzgada, que no existía esa protección o estabilidad reforzada sino los fundamentos fueron básicamente que esto debía ser decidido por el juez natural que era el juez ordinario labora, y por ello se revoco la decisión, tenemos entonces que para la fecha en que ya se habla el, como viene diciendo esta operadora judicial, en donde se le da al aquí demandante una incapacidad y nuevamente es una incapacidad de un solo día, el 28 de julio de 2015, allí se dice impedido par realizar esfuerzo físico, se sugiere reubicación, pero recordemos que aquí ya se había producido la terminación del contrato el 20 de abril de 2015, esto es posterior a esa terminación de contrato, entonces, de las pruebas



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 10-2016-520-01 Dte: GILBERTO DÁVILA PAVA Ddo.: ESTRELLA INTERNATIONAL ENERGY SERVICES SUCURSAL COLOMBIA

aportadas no se logra demostrar por el demandante dentro de este proceso, que efectivamente estuviese en un estado de discapacidad o limitación que le ameritara la protección del artículo 26 de la ley 361 de 1997, y que permitiera establecer que el descuido del demandante se hizo en virtud de dicha discapacidad y no por una razón objetiva, pero aunado a ello también tenemos que aparte que no existía esa situación de discapacidad por tanto no se puede aplicar la presunción de considerar el despido en virtud de la existencia de una discapacidad del demandante o de una afectación de salud, tenemos que el señor Lorenzo Ordoñez y el mismo demandante indicaron al despacho que el único contrato que se acabó el 20 de abril de 2015 no fue el del señor Gilberto Dávila Pava, sino el de toda la cuadrilla de trabajadores del pozo. Y en consecuencia, en razón a los argumentos expuestos con anterioridad, encuentra este despacho que no hay lugar a declarar ineficaz el despido del demandante por cuanto no se logra demostrar ese estado de discapacidad que permitiera que la parte demandada, al terminar el contrato el 20 de abril de 2015, estaba obligada a pedir autorización al ministerio de protección, en este caso ministerio de trabajo para poder hacer el despido del señor demandante, en consecuencia se absolverá a la demandada de las pretensiones relacionadas con la ineficacia del despido, el reintegro solicitado y en consecuencia el pago de salarios prestaciones sociales y aportes a seguridad social que se solicitan en la demanda, por virtud del reintegro deprecado en la demanda.

Ahora bien, tenemos que dentro de este proceso se pide por la parte demandante, que se haga el pago de las indemnizaciones a las que haya lugar en virtud de la facultades extra y ultra petita, específicamente no se pide por la parte demandante que se condene a la demandada al pago de la indemnización del artículo 64 del código sustantivo de trabajo, pero teniendo en cuenta, que dentro del proceso se discutió si se había dado la terminación del contrato por una causal legal o no, tenemos que se establece que la terminación del contrato que realizó estrella internacional energy services sucursal Colombia, es una terminación unilateral sin justa causa porque no logró demostrar la terminación por virtud del artículo 61 del código sustantivo de trabajo, por la terminación de la obra o labor contratada, en consecuencia haciendo uso de las facultades ultra y extra petita establecidas al juzgador en el artículo 50 del código procesal del trabajo y de la seguridad social y que el hecho de la terminación del contrato y si había sido un despido justo o no, fue discutido durante el proceso. El despacho va a condenar a la demandada estrella internacional energy services sucursal Colombia a que pague al demandante Gilberto Dávila Pava la indemnización por despido sin justa causa.

Tenemos que la clase de contrato, que se establece dentro de este proceso, es un contrato por obra, que de conformidad a lo establecido en el Artículo 64 del código sustantivo de trabajo, modificado por el decreto 2351 de 1965 artículo 8, modificado por la ley 50 de 1990 artículo 6, modificado ley 789 de 2000 artículo 8, se establece específicamente para el caso de la terminación de contratos a termino fijo y para contratos por el lapso determinado por la obra o labor contratada, específicamente en el que se señala que la indemnización es el tiempo que faltare para cumplir la obra, pero que nunca podrá ser inferior a 15 días. La situación de



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 10-2016-520-01 Dte: GILBERTO DÁVILA PAVA Ddo.: ESTRELLA INTERNATIONAL ENERGY SERVICES SUCURSAL COLOMBIA

este proceso es que tenemos cuando empezó pero no se logró demostrar jamás cuando se terminó el contrato el contrato entre estrella internacional energy services sucursal Colombia y occidental andina llc, porque si bien es cierto no se logra demostrar que se acabó el 20 de abril, tampoco la parte demandante logra demostrar hasta cuando duró el contrato, por ello el despacho se ve en la necesidad de condenar a la indemnización mínima que establece dicha norma y es el pago de 15 días de salario como indemnización; que teniendo en cuenta que fue aceptado el salario promedio establecido en la liquidación de contrato de trabajo que allega la misma parte demandada de \$3.306.442, que al ser también interrogado el representante legal en el interrogatorio sobre si este era el salario promedio que devengaba el demandante, aceptó que este era el salario promedio, se liquidará sobre dicho salario promedio mensual y deberá pagarle la suma de \$1.801.721 por indemnización por despido sin justa causa.

Ahora bien, se solicita también en la demanda por la parte demandante que si bien es cierto ya se está hablando del periodo que laboró entre julio y septiembre 15 del año 2015, por producto de ese reintegro que ordenó la sentencia de primera instancia de tutela, allí se dice que a el se le hizo una liquidación y que se le descontó una suma de \$842.100 pesos sin permiso del trabajador, debemos recordar que la Corte Suprema de Justicia ya tiene asentando en especial en sentencia del 10 de septiembre de 2013, en el expediente 21057, en donde se ha indicado por la Corte que: “Las restricciones al derecho de compensación del empleador mediante la prohibición de descuentos sin autorización tiene carácter protector plenamente justificado durante la vigencia del contrato de trabajo, es decir, cuando está en pleno vigor la dependencia y subordinación del trabajador en relación con el empleador, pero para el momento de la terminación del contrato la subordinación desaparece como fenece el carácter de garantía que los salarios y prestaciones sociales ofrecían para los créditos dados por el empleador al trabajador y otorgados por al cabal desarrollo del objeto del contrato de trabajo por suministro de equipos, materiales o sumas entregadas para su adquisición o para bienestar del trabajador bajo la forma de anticipo de salarios o de prestamos para solucionar necesidades de seguridad social o la porvienda, salud o calamidad doméstica. La consecuencia razonable de que los créditos laborales consolidados o los que tuviere la expectativa de que se van a generar por la subsistencia del vínculo laboral futuro, se hubiere ofrecido como garantía de pago de dinero es que valgan como tales y por tanto obren sin restricciones en el momento limite de su eficacia, esto es para cuando se ha de liquidar el contrato de trabajo y se clausura la posibilidad de la causación de más salarios o prestaciones sociales. Las razones anteriores persuaden a la Sala a seguir la línea doctrinaria fijada cuando se dijo las normas prohibitivas de la compensación rigen durante la vigencia del contrato laboral, concluido este aquella queda bajo el imperio de las del Código Civil Colombiano, terminado el contrato desaparecen los peligros que el legislador quiso conjurar. Patrón y asalariado vuelven al plano de la autonomía de la voluntad o de la libertad contractual. Sentencia del 1 de marzo de 1967. La compensación solo procede con obligaciones plenamente exigibles, esto es, si el trabajador debía satisfacerlas durante la vigencia del contrato, las contrajo bajo la condición de que se hacían exigibles en el momento



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 10-2016-520-01 Dte: GILBERTO DÁVILA PAVA Ddo.: ESTRELLA INTERNATIONAL ENERGY SERVICES SUCURSAL COLOMBIA

de la terminación del contrato de trabajo” tiene que efectivamente la liquidación realizada con la terminación del contrato después de que se revoca la sentencia de tutela, el día 15 de septiembre de 2015, allí se señala que se le hizo un descuento al demandante, un descuento en donde se indica la suma de \$842.100 porque allí se señala que es un pago por fuera de nómina, pero dentro del proceso tenemos que la demandada estrella internacional no logra demostrar o no le acredita a este despacho el pago de nómina a que se refiere, si fue un crédito, un anticipo que le hicieron al señor demandante, no se acredita dentro del proceso. Ni siquiera arguye argumento alguno en su defensa en relación a ese descuento, por tanto no está demostrada dentro del proceso la existencia de una obligación exigible a la terminación del contrato, que si bien es cierto como lo dijo la corte no se requiere tener la autorización del trabajador, si existe esa obligación exigible y por tanto la puede compensar, aquí no se demuestra ello. Por eso se condenará a estrella internacional a que debe hacer la devolución del descuento realizado al demandante por la suma de \$842.100.

...Tenemos entonces que básicamente la fuente de la solidaridad establecida en el artículo 34 del código sustantivo del trabajo, es que la actividad que esté realizando el trabajador para el contratista tenga que ver esta actividad para la cual fue contratada por el contratante, el contratista, directa relación ósea accesoria o tenga conexidad con sus actividades principales. Tenemos dentro del proceso que el contrato celebrado entre occidental andina llc y estrella internacional se indica allí que es para servicios de reacondicionamiento y complementamiento de pozos en el campo la sira infantas en el departamento de Santander, que está establecido dentro de este proceso que el demandante fue contratado por estrella internacional para se cuñero en mantenimiento de pozos como se indica en el contrato de trabajo que obra dentro del expediente a folio 5 en donde se señala específicamente que tiene que ver sus actividades con el contrato ejecución de las actividades de Word cover, wall service y complementarias o intervención de pozos de hidrocarburos en el campo la sira infantas, municipio de Barrancabermeja. Para ello tenemos que acudir entonces al objeto social de la aquí demandada occidental andina llc, en donde entre otras encontramos a folio 413 en el certificado de cámara de comercio que el objeto social señala que puede efectuar los negocios de producir, adquirir, desarrollar y explorar o perforar utilizar, manufacturar, almacenar, extraer, separar, refinar, reducir, comprimir, absorber, condensar, extender, convertir, purificar, procesar, tratar, evaporar, vaporizar, mezclar, analizar, liquidar, asociar y comerciar, comprar y vender y de cualquier otra forma negociar y beneficiar aceites de todas clases y granos, petróleo, gas e inclusive gas húmedo, gasolina, betún, arcillas petrolíferas, carbón y productos de hidrocarburos de todas clases. Quiere decir, que efectivamente la labor del demandante tenía y el contrato que se celebró entre occiandina y estrella internacional, tenía que ver directamente con la actividad y objeto social de la aquí demandada occidental andina llc. Asimismo, incluso el objeto social de la aquí demandada estrella internacional también nos indica en el folio 408 que está el principal objeto de esta es prestar, con dedicación exclusiva, servicios a la industria de hidrocarburos y servicios de actividades de perforación, reacondicionamiento y terminación de pozos de hidrocarburos. Tenemos entonces claramente que la actividad que realizaba estrella internacional energy



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 10-2016-520-01 Dte: GILBERTO DÁVILA PAVA Ddo.: ESTRELLA INTERNATIONAL ENERGY SERVICES SUCURSAL COLOMBIA

services para occidental andina llc, tenía que ver con el objeto social de esta ultima y por tanto la actividad que realizaba el demandante está probado dentro del proceso, tenía que ver con esa actividad u objeto social de occiandina. Por lo tanto, el despacho considera que si hay lugar a declarar la existencia de responsabilidad solidaria entre occidental andina llc con las condenas impuestas a la aquí demandada estrella internacional, pero hace la aclaración el despacho que solo en relación a las condenas de la indemnización por despido sin justa causa, ¿por qué razón? Porque en relación a los \$842.100 que se realiza durante el término de reintegro al demandante entre julio y septiembre de 2015, no se logra probar aquí tampoco dentro del despacho que efectivamente estuviera vigente para esa fecha, el contrato entre occiandina y estrella internacional energy services, para poder derivar a ciencia cierta que existe alguna responsabilidad solidaria en relación a esta condena. Entonces es solamente en relación al pago de la indemnización por despido sin justa causa.

Ahora bien, en relación al llamamiento en garantía que se hizo a Liberty seguros que se indica por Liberty seguros que no debe responder porque la situación que se presenta es por fuera de la vigencia de la póliza, si hablamos de la vigencia de la póliza, debemos señalar que, de conformidad al texto de la póliza 2338966 que obra a folio 201, allí se indica que la vigencia es del 3 de marzo de 2014 al 3 de junio del 2015, y por salarios y prestaciones sociales del 3 de marzo de 2014 al 3 de abril de 2018. Lo que ocurre es que al leerse el texto de la póliza, allí solo se indica la cobertura para salarios y prestaciones sociales, y aquí se está imponiendo una solidaridad respecto de occidental andina llc, quien fue quien hizo el llamamiento en garantía para responder por indemnización por despido sin justa causa, y en la póliza no hay cubrimiento para indemnizaciones. Por tanto, tiene este despacho que hay lugar a declarar probada la excepción que planteó Liberty seguros s.a. denominada ausencia del siniestro para la póliza 2338966 y por tanto se le absuelve del llamamiento en garantía realizado a Liberty seguros s.a.

RECURSO DE APELACIÓN

Demandante

Respetuosamente me permito interponer recurso de apelación contra la decisión notificada, en el sentido interpongo recurso de apelación con el fin de que el honorable Tribunal Superior del Distrito de Bogotá, Sala Laboral, se sirva revocar la sentencia en el resuelve sobre que se declaró absuelta a las demandadas sobre la pretensión de la declaración de **ineficacia de la terminación de su contrato de trabajo el 20 de abril de 2015** y la consecuente recibo de instalamento por los salarios dejados de percibir, prestaciones sociales, durante el tiempo de la desvinculación, **así como la indemnización de 180 días establecida en el artículo 26 de la ley 361 de 1997**. Se sirva revocar esa decisión de absolver en su sentido que efectivamente si se acceda a esa pretensión y se declare la ineffectividad con las consecuencias que hay lugar, ello con base a los siguientes argumentos: se ha manifestar a los honorables magistrados que el suscrito disiente de la fundamentación de la decisión en cuanto a la condición que



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 10-2016-520-01 Dte: GILBERTO DÁVILA PAVA Ddo.: ESTRELLA INTERNATIONAL ENERGY SERVICES SUCURSAL COLOMBIA

tenía mi prohijado para el momento de la terminación de su contrato de trabajo, la juez ad quo afirma que para el momento del despido no se encontraba en una situación de discapacidad, que no se encontraba con una calificación de su estado, y que esa calificación fue posterior al año 2016. Se ha de manifestar que, en virtud de la sentencia C-531 de 2000 donde la Corte Constitucional estudia la constitucionalidad del artículo 26 de la ley 361, pues da la interpretación sobre que se debe entender por la persona discapacitada y para ello no se fundamenta en el capricho de la misma corte, sino que toma la orden que le es vinculante, la normativa vinculante, que es la de la Convención interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad de Guatemala. En su artículo 1 dispone, el termino de discapacidad significa una deficiencia física, mental o sensorial ya sea de naturaleza permanente o temporal, que limita la capacidad de ejercer uno o más actividades esenciales de la vida diaria que puede ser causado o gravada por el entorno económico o social. Dicha convención hace parte del bloque de constitucionalidad y entró en vigor a partir del 14 de septiembre de 2001, adoptado en la ciudad de Guatemala, por lo tanto, hace parte del ordenamiento jurídico. En ese sentido la corte constitucional, tomando ese concepto de discapacidad, es que amplía el campo de protección de los sujetos de protección de esa norma citada. Es tan así que en la sentencia T-003 de 2010, la Corte Constitucional afirma lo siguiente: por el contrario, podrá afirmarse que el concepto de discapacidad implica una restricción debido a la deficiencia de la facultad de realizar de una actividad en la forma y dentro del margen que se considera normal para el ser humano en su contexto social. En ese sentido, discapacidad no puede asimilarse necesariamente a pérdida de la capacidad laboral, así personas con algún grado de discapacidad pueden desarrollarse plenamente en el campo laboral, y en consecuencia la equiparación hecha por la entidad demandada carece de fundamento constitucional, legal y científico. Por eso señor juez, y atendiendo al razonamiento de la libertad probatoria con la que cuenta el juzgador para establecer en orden a que si el demandante se encontraba en ese estado de protección, se ha de advertir que por lo expuesto, no es procedente y además desconoce una sentencia de unificación SU 049 de 2017, que es estrictamente vinculante, obligatoria observancia y cumplimiento por todas las autoridades judiciales, donde la corte constitucional ya unificó la jurisprudencia sobre la interpretación del artículo 26 de la ley 361, en el sentido de que fue claro en manifestar las siguientes reglas constitucionales, entre estas, que la protección que se deriva del artículo 26 de la ley 361 de 1997, es independiente de si se tiene una calificación de pérdida de la capacidad laboral, moderada, severa o profunda, eso en orden a que la misma ley no hace distinciones y eso es producto de una reglamentación de una norma inferior, de un decreto. Por tanto, respetuosamente, para el suscrito la juez desconoce la sentencia SU y no le da la titularidad estabilidad laboral reforzada a mi demandante, cobijándose en que no existía una calificación previa o que dicha calificación es posterior, y asimismo que, en orden a la libertad probatoria, que la historia clínica, según el argumento del ad quo, no se puede establecer la condición de debilidad manifiesta en salud que es el amplio campo de protección de la norma según la Corte Constitucional. Pues, señores magistrados, obsérvese de la documental de la historia clínica allegada, en orden pruebas



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 10-2016-520-01 Dte: GILBERTO DÁVILA PAVA Ddo.: ESTRELLA INTERNATIONAL ENERGY SERVICES SUCURSAL COLOMBIA

documentales No. 9, 10, 11 y 12, y además, de eso hay que tener en cuenta, como es que inicia ese proceso, esa historia clínica en ese tratamiento del demandante, porque está probado en el proceso, no fue objeto de controversia alguna se aceptó que el demandante sufrió un incidente en el trabajo el 26 de enero de 2015, y que ese accidente de trabajo o presunto accidente de trabajo, en orden a que estaba realizando las actividades propias, las labores propias de su trabajo, no fue reportado. Pues señores magistrados, llama la atención en este momento, en este punto, en que no puede quedar por alto en que habiéndose ocurrido un accidente el 26 de enero de 2015, solo la empresa hace reporte a la arl Colpatria el 18 de febrero de 2015, esto que significa, pues un abierto incumplimiento de las obligaciones del empleador que tiene respecto de la seguridad, protección y salud de sus trabajadores. Es una tardanza cerca a los 20 días donde a mi poderdante no se le brindó una atención especializada oportuna, se puede ver de la historia clínica que el inicialmente le dieron unos analgésicos, en la enfermería de la empresa no lo remitieron a medicina laboral, no hicieron el reporte, sino que el demandante tuvo que ir a la eps. La eps se le hace unos exámenes y se le dan dos días de incapacidad. Sobre este punto, señores magistrados, del hecho de que se le hayan dado dos días de incapacidad en ese momento, no desvirtúa que el haya estado en una condición de debilidad manifiesta porque en su momento no había sido objeto de un análisis, de un examen especializado en su columna, por tanto, la incapacidad que se dio en ese momento simplemente fue lo que el manifestada en su dolor y fue una incapacidad que le da la eps. entonces reprochable la negligencia y la tardanza en el reporte, no se le brindó el tratamiento oportuno, solo hasta el 30 de marzo fue que obtuvo una radiografía de su columna lumbosacra, donde se le dan los resultados que están visibles en la prueba documental No. 9 y a diferencia de lo que manifiesta la señora juez, respetuosamente, la historia clínica si señala unas deficiencias claras, expresas en la salud del demandante. Ahora, sin interesar que haya tenido un antecedente de artrosis y demás lo cierto es que le ocurrió un infortunio laboral, un accidente ejecutando sus labores y allí se le generó una condición de salud que fue objeto de un tratamiento tardío, pero que al fin y al cabo si terminó como el orden natural que debe ser en que el médico laboral de la arl, ordena unos exámenes y que como consecuencia de esos exámenes y ya, lastimosamente, posterior a la terminación del contrato, es un hecho que no puede soportar el demandante que solo obtuvo una historia clínica donde ya como tal se le dan unas restricciones posteriores a la terminación del contrato y ¿eso por qué fue? Por la misma tardanza, negligencia y demora en el reporte del accidente de trabajo para atender un tratamiento oportuno. Señores magistrados, se observa documental no 9, resultado de resonancia nuclear magnética en la columna lumbosacra, 30 de marzo de 2015 y lleva ese examen de columna lumbosacra el 24 de abril de 2015, donde la historia clínica, en el motivo de la consulta, es clara en decir que ese examen fue solicitado por la arl, es decir, ya era en curso un tratamiento especializado en orden de establecer las consecuencias de la salud en su columna y posterior a esas ideas y ya infortunadamente que se le termina su vínculo laboral el 20 de abril, no puede soportar esa demora en el estudio, en su tratamiento por parte de la arl, en donde para el 28 de julio de 2015, señores magistrados, efectivamente se le hace la consulta análisis de los resultados y se le establece



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 10-2016-520-01 Dte: GILBERTO DÁVILA PAVA Ddo.: ESTRELLA INTERNATIONAL ENERGY SERVICES SUCURSAL COLOMBIA

una restricción, está probada, es la prueba documental número 12. Y a partir de que, de un diagnóstico claro, trastorno en la raíz lumbosacra, todo un tema de afecciones en su zona lumbar de la columna, dice, diagnostico laboral, es un diagnostico laboral porque hasta ese momento fue posible que le dieran un diagnostico por medicina laboral, antes no era posible, que le hubiesen dado restricciones laborales o una incapacidad seria, sencillamente porque no la habían tratado en su momento y el demandante no puede soportar esa situación, es claro diagnostico laboral, listensis de l5 a la s1 y descripción impedido para realizar esfuerzo físico, se sugiere reubicación, su señoría, se provoca una prueba testimonial y las funciones que nos contó el representante legal en el interrogatorio, y el mismo demandante y el testigo, en que entre otras se debían hacer esfuerzos físicos de levantar barras aproximadamente superiores a los 120 kilogramos, incluso más y que para eso tenían que hacer un esfuerzo entre 4 personas y que asimismo, téngase en cuenta el cuento no.5 donde se encuentra para esas actividades en el sector de petróleo implícitamente las labores de fuerza, por eso es que, si está probado a diferencia de cómo lo manifiesta o lo concluye la juez de primera instancia en que no estaba imposibilitado para ejercer sus funciones, si estaba imposibilitado y si estaba sobre la suposición de la debilidad manifiesta en salud en cuanto si estaba imposibilitado sustancialmente para realizar sus funciones de ordinario. ¿Cuáles eran las funciones de ordinario? Acomodar las barras, así lo manifestó el demandante, barras pesadas que implicaban esfuerzo, levantar maquinaria, herramientas, montaje de equipo, desarme de equipo, es un trabajo de constante fuerza señores magistrados, y por tanto en orden a la primacía de la realidad y a la sana crítica, y por lo manifestado en el testigo en que si bien el dice y no se le puede demeritar el hecho de que no recuerda quien le dio la instrucción o la orden, lo cierto es que si manifestó que fue su jefe quien era o a través de la empresa estrella quien le estaba dando esa orden. Entonces, independiente de que no recuerde el nombre, ello no significa o no deja, no es menos cierto, como quedó probado que si recibió una orden para que estuviera reemplazando algunas funciones, asistiéndolo en las funciones de fuerza que era de forma diaria, por eso es que el señor Lorenzo en su testimonio manifiesta, que hacía mientras, simplemente desplazarse de un lugar a otro o esperar en el container mientras que se hacían las funciones de fuerza. Y esto era conocido por la empresa porque si así lo manifiesta el testigo que le recibía la orden de estrella, así mismo era el conocimiento de reporte tardío del accidente de trabajo y por ende de las condiciones de salud.

En ese sentido su señoría si está probado que está en una debilidad manifiesta, no estaba en las condiciones para ejercer por su propia cuenta las funciones ordinarias normales de su trabajo, si bien se llegó a manifestar que ele estuvo laborando hasta el 20 de abril, señora jueza hago la precisión en base a la sana critica de la valoración, él estaba haciendo referencia a que él estuvo con la empresa hasta el 20 de abril, él no estaba haciendo relación a que estaba ejecutando labores, sino que estaba en la empresa laborando, es decir, que permaneció hasta el 20 de abril, por tanto, no existe contradicción y además el siempre manifestó, el demandante, en que para ejecutar las labores siempre sentía dolor y no las podía hacer, claro, no todas, pero si su mayoría conforme quedó probado con el testimonio



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 10-2016-520-01 Dte: GILBERTO DÁVILA PAVA Ddo.: ESTRELLA INTERNATIONAL ENERGY SERVICES SUCURSAL COLOMBIA

del señor Lorenzo, por tanto señores magistrados, solicito que se sirva revocar y declarar la ineficacia del despido con sus consecuencias según las pretensiones de la demanda. Gracias.

Estrella International

Gracias su señoría, con el debido respeto interpongo recurso de apelación contra la providencia que se acaba de dictar en lo desfavorable a los intereses de mi representada. Y de forma sucinta y sin perjuicio de los argumentos de expondrá en el trámite de segunda instancia, sustento así la apelación: el artículo 55 del código sustantivo del trabajo dice, ejecución de buena fe. El contrato de trabajo, como todos los contratos, deben ejecutarse de buena fe y, por consiguiente, obliga no sólo a lo que en él se expresa sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la relación jurídica o que por la ley pertenecen a ellas. *Estamos aquí en presencia de la existencia de un contrato comercial que se celebró entre Occiandina y la empresa estrella para la perforación de un pozo petrolero con duración hasta el 3 de abril de 2015. El contrato finalizó el 2 de abril de 2015 tal como se le dijo a todos los trabajadores y algunos de ellos pues terminaron esa labor siendo que el demandante permaneció entre la compañía y dentro de las actividades pero no propias de la perforación de los pozos como cuñero, sino simplemente en el montaje de las máquinas para efectos de trasladarlas a sus lugares de origen y sacarlas del campo petrolero donde estuvieron trabajando*, el juzgado echa de menos que no existe el acta de finalización del contrato, pero es que para la terminación de la obra o labor contratada no se exige prueba solemne, hay libertad probatoria, y la libertad probatoria *los representantes legales fueron enfáticos al decir que el contrato finalizó el 2 de abril*, y que las actividades hasta el 20 de abril se prolongaron por el hecho de sacar la maquinaria y sacar los elementos de la propiedad de estrella, del predio de occidental, por esa razón existiendo libertad probatoria, considero que, el contrato si finalizó por el modo denominado finalización de la obra o labor contratada dentro de los términos del contrato comercial suscrito *y por consiguiente no hay lugar a la terminación por despido sin justa causa*, mucho menos cuando la indemnización es la diferencia entre la terminación de la obra aparte, o la terminación del contrato del trabajador y la finalización real de las obras. *Esa prueba le corresponde al trabajador, y el trabajador no logró demostrar que las actividades que se realizaron el 2 de abril y el 20 de abril hubieren sido propias de la industria petrolera*, es decir propias dentro de la actividad como cuñero, para seguir perforando el pozo petrolero. De esta manera dejo sustentado el recurso de apelación.

OCCYANDINA

Me permito interponer recurso de apelación en contra de la sentencia que acaba de proferirse, puntualmente en contra de los numerales de la parte resolutive que resultan contra los intereses de mi representada. Indica el despacho que mi representada es responsable



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 10-2016-520-01 Dte: GILBERTO DÁVILA PAVA Ddo.: ESTRELLA INTERNATIONAL ENERGY SERVICES SUCURSAL COLOMBIA

solidaria de la condena impuesta a la sociedad estrella y la condena consiste en el pago de la indemnización por despido al considerar que no se encuentra acreditada la fecha a la cual terminó el contrato comercial. Para el efecto los representantes legales dijeron fechas distintas, que en todo caso el demandante prestó sus servicios con posterioridad a esas fechas y que las pólizas de seguro también tienen un cubrimiento posterior a la fecha en que presuntamente terminó el contrato. Al respecto es necesario indicar que, de acuerdo con el contrato que obra en el expediente, *la fecha de vigencia, el tiempo de vigencia del mismo es de un año. Iniciando desde el 3 de abril de 2014, lo que nos da que la vigencia daba hasta el 2 de abril de 2015. Fíjese usted que en el contrato no se establece ninguna posibilidad de prórroga del mismo. El contrato tiene una vigencia que no da lugar a una prórroga automática o a una prórroga acordada por las partes, lo que indica que el mismo finalizaba una vez terminado el plazo convenido. No hay lugar a otra interpretación. Y en eso si fueron consistentes los representantes legales porque dentro de las pruebas recaudadas por el despacho dijeron en su interrogatorio de parte que el contrato no se prorrogó y duró lo que duró la vigencia, y no puede uno partir de que ello no es cierto, porque se tiene el contrato que tiene una vigencia cierta, que no da opción a prórroga, los dos representantes legales dijeron que una vez terminada la vigencia terminó el contrato. Entonces, si el demandante consideraba que el contrato tuvo una duración superior, pues será el quien debería acreditarlo, pero no se puede partir de la mala fe considerando que lo que indican los representantes legales, lo que indica el contrato y lo que se indica en la contestación de demanda no es cierto. Así mismo, se tiene que, si bien el demandante pudo haber prestado servicios con posterioridad a la terminación del contrato comercial, ello fue necesidades del servicio propias de estrella al tener que desmontar sus equipos, pero no fue en beneficio de mi representada. Igualmente, y en relación con el argumento de que las pólizas tienen una cobertura posterior a la presunta, para el juzgado, vigencia del contrato, pues debe advertirse que toda póliza que se tome para el pago o para el amparo de salarios, prestaciones e indemnizaciones debe tener una vigencia de 3 años posteriores a la terminación del contrato comercial por el tema de prescripción. Entonces no es que esos 3 años que si se ve la vigencia concordarían con la terminación del contrato el 2 de abril de 2015, que le daría hasta el 2018, no es que el contrato comercial continuara durante la vigencia de la póliza de seguro, es que hay una cobertura posterior para asegurar que también cubra el término de prescripción. Luego pues ninguno de los elementos indicativos del despacho supone que en efecto el contrato comercial se hubiere extendido, en todo caso y habiendo dejado sentado que el contrato si se terminó el 2 de abril de 2015. Sin gracia de discusión uno quisiera encontrar una fecha posterior pues no sería otra que el 20 de abril de 2015, fecha en la que tanto el testigo como el demandante indicaron que estrella le terminó el contrato a todos los trabajadores. Entonces si se terminó el contrato de todos los trabajadores, es evidente que después del 20 de abril no hubo ninguna prestación de ningún servicio, ni en general ningún desarrollo de ninguna actividad por parte de estrella. Entonces, dado que el 20 de abril fue la misma fecha en que se terminó el contrato del demandante, pues no habría lugar a ninguna diferencia entre la terminación del contrato y la presunta terminación de una obra o labor. No*



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 10-2016-520-01 Dte: GILBERTO DÁVILA PAVA Ddo.: ESTRELLA INTERNATIONAL ENERGY SERVICES SUCURSAL COLOMBIA

obstante, esta consideración que se hace más por un tema de demostrar al tribunal una lógica en torno a la fecha de terminación del contrato, pues se repite que el contrato si se acabó con la vigencia pactada en el mismo. En torno ahora al llamamiento en garantía, a la absolución a Liberty, debe indicarse que **a folio 371 reposa las condiciones de la póliza de cumplimiento, las condiciones específicas de la póliza de cumplimiento**, es decir, si bien a folios 368, 370 y 369 se encuentra la caratula de la póliza, pues lo cierto es que esa póliza se rige por las condiciones que están en las condiciones particulares de la póliza que las allego la misma aseguradora, que obran a partir del folio 370 y en ese clausulado se indica en el folio 371 que se encuentran dentro de las coberturas el amparo para el pago de salarios, prestaciones e indemnizaciones. **Luego las indemnizaciones si están incluidas**, asimismo en el folio 372 numeral 2 donde están las exclusiones no se encuentra como exclusión las indemnizaciones, lo que nos conduce a concluir necesariamente que la póliza por la cual fue llamada en garantía Liberty, si ampara el pago de indemnizaciones. Teniendo en cuenta lo anteriormente dicho, es evidente entonces que al haber terminado el contrato comercial el 2 de abril de 2015, cualquier situación posterior resulta ajena a mi representada que no se benefició de ningún servicio y en ese sentido que **no puede ser vista como beneficiaria en los términos del artículo 34 del código sustantivo de trabajo**. Y adicionalmente a impugnar esta extinción de responsabilidad solidaria, también se impugna en cualquier escenario en que se extienda algún tipo de responsabilidad de mi representada, a la exclusión de responsabilidad de Liberty como llamada en garantía por las razones antes dichas. En los anteriores términos dejo sustentado el recurso de apelación, solicitando consecuentemente que se revoquen las decisiones en las que resultan contrarias a los intereses de mi representada, puntualmente a la declaratoria de solidaridad, la evolución de Liberty y en todo caso se impugno la decisión en torno al pago de indemnización por despido por las razones antes dichas, en torno a que si se terminó el contrato por una causa legal.

CONSIDERACIONES

Para resolver el recurso de apelación presentado por las partes, lo primero que dirá la Sala es que no es objeto de discusión en este asunto que el señor Gilberto Dávila **laboró para la accionada Estrella International Energy Services a través de varios contratos de obra o labor determinada, el último de ellos y que es el que está en discusión, a partir del 6 de mayo de 2014** desempeñando el cargo de CUÑERO, así lo aceptó tal entidad cuando contestó la demanda y además, de ello da cuenta la certificación que reposa a folio 4 del expediente.

Fecha de terminación del Contrato de Obra



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 10-2016-520-01 Dte: GILBERTO DÁVILA PAVA Ddo.: ESTRELLA INTERNATIONAL ENERGY SERVICES SUCURSAL COLOMBIA

Con el fin de resolver las apelaciones presentadas por las partes se comenzará por determinar la fecha de terminación del contrato, argumento de apelación en el que coinciden los apoderados de Estrella Energy y Occidental Andina, pues indican que el contrato del demandante feneció el 2 de abril de 2015 y que ello es así por cuanto el contrato entre ambas sociedades terminó también en dicha data.

Al respecto se tiene que, revisado el material probatorio aportado se encuentra a folio 5 copia del contrato de trabajo por término de obra suscrito el 6 de mayo de 2014 suscrito entre el actor y Estrella International y la cláusula segunda establece:

“SEGUNDA: La obra para la cual se contrata a EL TRABAJADOR y consecuentemente, la obra que determina la duración de su vinculación laboral en el cargo contratado está determinado por: LA EJECUCION DE LAS ACTIVIDADES DE WORKOVER, WEELSERVICES, COMPLETAMIENTO Y/O INTERVENCION DE POZOS DE HIDROCARBUROS, EN EL CAMPO LA CIRA INFANTES, MUNICIPIO DE BARRANCABERMEJA, DEPARTAMENTO DE SANTANDER, CON EL EQUIPO E-505 A PARTIR DEL POZO LA CIRA 1406, CORRESPONDIENTE AL CONTRATO N° CLCI-0311 SUSCRITO ENTRE ESTRELLA INTERNATIONAL ENERGY SERVICES SUCURSAL COLOMBIA Y OCCIDENTAL ANDINA LLC y solamente mientras este contrato esté vigente.”

Ahora bien, a folio 195 milita el contrato N° CLCI0311 celebrado el 3 de abril de 2014 entre OCCIDENTAL ANDINA LLC como contratista y ESTRELLA INTERNACIONAL ENERGY SERVICES SUCUARSAL COLOMBIA COMO CONTRATANTE, en donde el **objeto y área de trabajo es** “Servicios de reacondicionamiento y completamiento de pozos en el campo La Cira Infantas en el departamento de Santander.”, y **como plazo y terminación señala** “El presente contrato tendrá una duración de un (1) año”.

Aunado a ello, como se indicó, a folio 4 se certifica el egreso del actor de la empresa Estrella el día 20 de abril de 2015 y en respuesta del 22 de mayo de 2015 a un derecho de petición elevado por el accionante reitera que “el último contrato que lo vinculó a la compañía inició el 06 de mayo de **2014 y terminó el 20 de abril de 2015**”.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 10-2016-520-01 Dte: GILBERTO DÁVILA PAVA Ddo.: ESTRELLA INTERNATIONAL ENERGY SERVICES SUCURSAL COLOMBIA

Además rindió testimonio el señor **Lorenzo Ordóñez**, quien señaló ser compañero de trabajo del demandante desempeñando también el cargo de cuñero y frente a la fecha de terminación del contrato manifestó ser 20 de abril de 2015, que en esa data a él y al actor la empresa Estrella les terminó el contrato de trabajo; al preguntársele respecto a si continuaban prestando el servicio señaló: “La verdad pues, nosotros seguimos trabajando ahí con la empresa Estrella, la empresa tenía muchos equipos y seguíamos ahí con esa empresa... Trabajando para la empresa, para la vaina de los equipos, mantenimiento de los equipos y eso”

Del anterior material probatorio, encuentra la Sala que **todas las pruebas, tanto documentales como testimoniales, permiten concluir que el señor Gilberto Dávila prestó sus servicios a la empresa Estrella International hasta el 20 de abril del año 2015**, así no sólo lo confirmó el testigo Lorenzo Ordoñez, sino que además la misma empresa accionada lo señaló en tres oportunidades, la primera el 20 de abril de 2015 en donde le informa al actor que el contrato o que la obra terminó el 20 de abril de 2015, la segunda el 23 de abril de 2015 con la certificación de folio 4 y la tercera, el 22 de mayo de ese mismo año con la respuesta al derecho de petición elevado por el accionante.

Si bien es cierto el contrato entre Estrella International y Anina Occidental fue suscrito con vigencia un año, es decir terminación el 3 de abril de 2015, no menos cierto es que **con posterioridad a esa fecha el demandante continuó prestando sus servicios**, así sea desarmando los equipos, pero desempeñó funciones al servicio de Estrella International.

Indican los apoderados de las accionadas que el contrato CLCCCI0311 por ellas suscrito no tuvo ninguna prórroga, pero es que no era necesario que la misma existiera, pues lo que debía acreditarse era que el actor había continuado prestando sus servicios a la accionada, para de esa manera hacerse acreedor a las prestaciones que ello conlleva, carga probatoria que estaba en cabeza del demandante y que efectivamente cumplió.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 10-2016-520-01 Dte: GILBERTO DÁVILA PAVA Ddo.: ESTRELLA INTERNATIONAL ENERGY SERVICES SUCURSAL COLOMBIA

Tampoco es admisible que se indique que la labor que desempeñó el demandante fue el desarme de los equipos de la obra terminada, pues si ello fue así, que sea de paso mencionar dijo algo diferente el testigo, igual prestó el servicio para la empresa Estrella, entonces no por la función realizada se desvirtúa la prestación personal del servicio.

Por lo anterior, coincide la Sala con lo expuesto por la juez de primera instancia en cuanto declaró la existencia del contrato de trabajo entre el 6 de mayo de 2014 hasta el 20 de abril de 2015.

Estabilidad Laboral Reforzada Ley 361 de 1997

El apoderado de la parte actora argumenta su apelación indicando que el actor sí debe ser considerado un sujeto de especial protección y en estado de debilidad manifiesta.

Al respecto se tiene que el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 modificado por el Decreto 019 de 2012 indica que “En ningún caso la limitación de una persona, podrá ser motivo para obstaculizar una vinculación laboral, a menos que dicha limitación sea claramente demostrada como incompatible e insuperable en el cargo que se va a desempeñar. **Así mismo, ninguna persona limitada podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su limitación, salvo que medie autorización del Ministerio de Trabajo...**”

La anterior Ley fue expedida con el fin de garantizar una protección integral y readaptación social del limitado físicamente en un grado de moderado, severo o profundo, lo cual se deduce del artículo 1º y 5º de la norma en mención, esto es, que no hace parte de esa población protegida los demás limitados que no padecen ese grado de minusvalía y se estableció en el artículo 26 la prohibición para los empleadores de obstaculizar una vinculación laboral por motivo de la limitación física de una persona, a menos, que esta se demuestre como incompatible o insuperable para el ejercicio del cargo, **lo cual persiste independientemente de las discusiones sobre derogaciones y vigencia.**



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 10-2016-520-01 Dte: GILBERTO DÁVILA PAVA Ddo.: ESTRELLA INTERNATIONAL ENERGY SERVICES SUCURSAL COLOMBIA

Sobre el tema la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, pues sea de paso mencionar es el criterio que se acoge, más no el expuesto por la Corte Constitucional como lo invoca el apelante en el recurso, entre otras en las sentencia 35606 de 2009, 36115 de 2010, 41845 de 2012, 42451 de 2016 y en la más reciente 46842 del 22 de febrero de 2017, **señaló que dicha estabilidad no se otorga con el sólo quebrantamiento de la salud o por encontrarse el trabajador en incapacidad médica, pues debe acreditarse la limitación física, psíquica o sensorial, correspondiente a una pérdida de capacidad laboral, para lo cual enseñó una serie de requisitos que se exigen para que un trabajador acceda a la protección contemplada en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997** como son: **“(i)** Que el peticionario pueda considerarse una persona en situación de discapacidad, o en estado de debilidad manifiesta; **(ii)** Que el empleador tenga conocimiento de tal situación; y **(iii)** Que el despido se lleve a cabo sin permiso del Ministerio de la Protección Social.

No sobra traer a colación la sentencia SL5181-2019 Radicación N° 68610 del 27 de noviembre de 2019, **allí aclara y mantiene la Corte Suprema el criterio sobre el grado de discapacidad que genera la protección**, pues el objetivo de la norma no es que un trabajador apto para laborar, aunque con estados de salud manejables y por ende controlados se perpetúe en el cargo, cuando existen razones objetivas para que el empleador termine el contrato, mediante las herramientas legales que le otorga la ley. Señaló la corte allí:

*“(...)En desarrollo de esta normativa y especialmente en lo que tiene que ver con las personas a que está dirigida la protección especial que consagra, **según el grado de su limitación**, se dispone en el artículo 5, que los individuos con limitaciones deberán aparecer como tales en el carné de afiliación al Sistema de Seguridad Social en Salud, y corresponde a las empresas promotoras de salud consignar, en tal documento, la existencia de la respectiva limitación, con la especificación del grado de limitación que presenta su portador, en las escalas de moderada, severa y profunda, con el fin de que puedan identificarse como titulares de los derechos previstos en la ley en comento.*

...Así, queda en evidencia que la Ley 361 de 1997, se encarga fundamentalmente del amparo de las personas con los grados de limitación a que se refieren sus artículos 1 y 5; de manera que quienes para efectos de esta ley no tienen la condición de limitados



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 10-2016-520-01 Dte: GILBERTO DÁVILA PAVA Ddo.: ESTRELLA INTERNATIONAL ENERGY SERVICES SUCURSAL COLOMBIA

por su grado de discapacidad, esto es para aquellos que su invalidez está comprendida en el grado menor de moderada, no gozan de la protección y asistencia prevista en su primer artículo.

Ahora, como la aludida ley no determina los extremos en que se encuentra los distintos grados de severidad de la discapacidad, debe acudirse al artículo 7° del Decreto 2463 de 2001, que sí señala los citados parámetros, en los términos del artículo 5° de la Ley 361 de 1997, de la siguiente manera: discapacidad «moderada» es aquella en la que la pérdida de la capacidad laboral oscila entre el 15% y el 25%; «severa», la que es mayor al 25%, pero inferior al 50% de la pérdida de la capacidad laboral y «profunda» cuando el grado de invalidez supera el 50%.

En consecuencia, la prohibición que contiene el artículo 26 de la citada Ley 361, relativa a que ninguna persona con discapacidad podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su invalidez, salvo que medie autorización del Ministerio de la Protección Social, se refiere a las personas consideradas por esta ley como limitadas, es decir, todas aquellas que su discapacidad comienza en el 15% de pérdida de capacidad laboral; cuya acreditación no depende de una prueba especial o forma instrumental determinada, ya que lo importante para que opere la estabilidad reforzada en favor de dichos trabajadores, es que se pueda demostrar esa situación de discapacidad en un grado significativo, debidamente conocido por el empleador, lo cual puede darse con los diferentes medios de prueba habilitados por el legislador, incluso, con el dictamen de las Juntas de Calificación, realizado con posterioridad a la terminación del vínculo, que confirme la situación de limitación, que era evidente desde entonces.”

De manera que la Corte Suprema nuestro organismo de cierre, sigue sosteniendo que esta protección opera solo para ciertos estados de salud que, por su grado de intensidad, hacen que el despido se presuma realizado por esa condición y no por otras, o lo que es lo mismo se presuma discriminatorio, lo que se itera fue siempre el objetivo y no que cualquier estado de salud deteriorado ubique al trabajador en esa protección. En forma clara la Corte lo indicó así en esa sentencia cuando expresó:

“(…)Lo anterior no significa, se itera, que la protección especial al trabajador en situación de discapacidad sea el parámetro general, esto es, que cualquier afectación al estado de salud, es el que amerita la restricción legal, sino como lo ha venido sosteniendo la Sala, la acción afirmativa se justifica y es proporcional en aquellos casos donde la gravedad de la discapacidad necesita protección especial, para efectos de que los trabajadores afectados con ella



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 10-2016-520-01 Dte: GILBERTO DÁVILA PAVA Ddo.: ESTRELLA INTERNATIONAL ENERGY SERVICES SUCURSAL COLOMBIA

no sean excluidos del ámbito del trabajo, pues, históricamente, son las discapacidades significativas las que se convierten en objeto de discriminación, y por ello, el legislador consideró que, a partir de la moderada se justifica la restricción, la cual se puede acreditar con los diversos medios de prueba posibles.”

Al revisar el expediente se tiene que se aportaron las siguientes pruebas:

-Informe de Accidente de Trabajo del Empleador o Contratante en donde consta que el señor Gilberto Dávila sufrió un accidente el 26 de enero de 2015 (fl.8)

-Historia clínica en donde se describen varias patologías en la columna (fl.9 en adelante)

-Incapacidad médica con fecha de inicio 22 de febrero de 2015 y fecha final 23 de febrero de 2015 (fl.14)

-Incapacidad médica con fecha de inicio 28 de julio de 2015 y fecha final 28 de julio de 2015 (fl.22)

-Fallo de tutela emitido por el Juzgado Cuarto Penal Municipal de Barrancabermeja el 13 de julio de 2015, en donde tuteló los derechos fundamentales invocados por el actor y ordenó el reintegro del mismo a la empresa Estrella International (fl.35)

-Fallo de tutela del Juzgado Tercero Penal del Circuito de Barrancabermeja el 21 de agosto de 2015 en donde revocó el fallo de primera instancia y declaró improcedente la acción constitucional (fl.54)

-Dictamen de pérdida de capacidad laboral emitido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Santander el día 20 de abril de 2016, en donde se le califica únicamente el origen y se determina “No derivado del Accidente de Trabajo” (fl.238)



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 10-2016-520-01 Dte: GILBERTO DÁVILA PAVA Ddo.: ESTRELLA INTERNATIONAL ENERGY SERVICES SUCURSAL COLOMBIA

Además de lo anterior, el demandante al absolver el interrogatorio de parte afirmó que para el 20 de abril de 2015 no se encontraba incapacitado y tampoco calificada su pérdida de capacidad laboral.

Pues bien, de lo anterior se tiene que siguiendo el derrotero expuesto en diferente jurisprudencia emitida por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, **a la fecha de finalización del contrato de obra o labor determinada, esto es 20 de abril de 2015, el demandante no se encontraba incapacitado, tampoco acreditó tener algún porcentaje de pérdida de capacidad laboral** como consecuencia del padecimiento de sus patologías, o que estuviera calificado por la entidad competente para el efecto, esto es, la Eps o ARL a las que se encontraba afiliada o de ser el caso, las Juntas Regional y Nacional de Calificación de Invalidez; **nótese que el dictamen que reposa a folio 238 tiene fecha posterior a la terminación del contrato**, aunado al hecho que no determina ningún porcentaje de pérdida de capacidad laboral.

Y es que definitivamente no todo estado de salud deteriorado conduce a un estado de debilidad manifiesta o grado alguno de discapacidad, ni aún las incapacidades lo indican, pues lo que se espera, nuevamente se indica, es la recuperación de la salud, por eso es que en cada caso en particular **debe analizarse si en verdad existía la condición en el momento del despido, pues si es así el despido se presume discriminatorio, como por ejemplo cuando son constantes las incapacidades, son conocidas por el empleador, son de tal seriedad que se prolongan en el tiempo y originan recomendaciones específicas, de las que en este caso definitivamente no hay prueba.**

En este sentido, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia radicado 46498 del 5 de septiembre de 2018, M.P. Rigoberto Echeverri Bueno, señaló:

“Frente a los reproches traídos en el cargo, el Tribunal no incurrió en ningún desvío interpretativo respecto del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, al estimar que la estabilidad laboral reforzada allí prevista no operaba automáticamente en todos los



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 10-2016-520-01 Dte: GILBERTO DÁVILA PAVA Ddo.: ESTRELLA INTERNATIONAL ENERGY SERVICES SUCURSAL COLOMBIA

casos, puesto que esta consideración se aviene a la jurisprudencia emitida por esta Corporación, en cuanto a que la ineficacia del despido prevista en la norma requiere la presencia de varios presupuestos, tales como i) **que el trabajador padezca de un estado de discapacidad en grado moderado, severo o profundo, independientemente de su origen;** ii) que el empleador tenga conocimiento de dicho estado de discapacidad; iii) que el patrono despidiera al trabajador de manera unilateral y sin justa causa; y iv) que el patrono no solicite la correspondiente autorización del Ministerio del Trabajo.

En efecto, en la sentencia SL11411- 2017, sobre esta temática, la Corte resaltó:

Al margen de lo anterior, para despejar las inquietudes planteadas por la censura, en lo que tiene que ver con el marco jurídico que gobierna la situación en disputa, esta sala de la Corte ha clarificado que los destinatarios de la garantía especial a la estabilidad laboral reforzada son aquellos trabajadores que tienen una condición de discapacidad en grado moderado, severo o profundo, como lo dedujo el Tribunal, independientemente del origen que tengan y sin más aditamentos especiales, como que obtengan un reconocimiento y una identificación previas.

En la sentencia CSJ SL, 28 ag. 2012, rad. 39207, reiterada en CSJ SL10538-2016 y CSJ SL5163-2017, entre otras, la Corte adoctrinó al respecto:

Justamente en un proceso adelantado contra la misma empresa aquí demandada, radicado N° 32532 de 2008, **esta Sala determinó que no toda discapacidad goza de la protección a la estabilidad contenida en el artículo 26 de la Ley 361 pues, en concordancia con los artículos 1° y 5° de la citada ley, dedujo que gozan de dicha protección aquellos trabajadores con grado de discapacidad moderada (del 15% al 25%), severa (mayor del 25% y menor al 50%) y profunda (mayor del 50%).** Bajo esta premisa, negó la protección al demandante quien sufría una incapacidad permanente parcial del 7.41%. (Negrilla fuera del texto original).

Por tanto, en este caso el despido no puede presumirse discriminatorio, pues se itera, al momento del despido no existía estado de debilidad manifiesta ni una incapacidad que así no lo indicará, como para dar aplicación a las sentencias de la Corte Suprema al respecto, como la sentencia SL 12998 Rad 49321 de nov 29 de 2017 MP JORGE MAURICIO BURGOS RUIZ y la SL 1360 de 2018 de abril 11 de 2018 MP CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO, que explican detalladamente el tema.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 10-2016-520-01 Dte: GILBERTO DÁVILA PAVA Ddo.: ESTRELLA INTERNATIONAL ENERGY SERVICES SUCURSAL COLOMBIA

Justamente en esta última providencia la Corte aclara que si se acredita que al momento del despido existía esta condición, el despido se presume discriminatorio; luego corresponde al demandante probar su situación, para que se presuma discriminatorio el despido; no es la demandada quien deben demostrar el estado de debilidad manifiesta, es la parte actora. Valga aclarar que ninguna sentencia ni de la Corte Constitucional ni de la Suprema lo han expresado así, pues sabido es, que para que operen las presunciones debe existir un hecho indicador demostrado por quien alega existe, en este caso el trabajador a quien le basta probar su condición de discapacidad, limitación o debilidad manifiesta en el momento de la finalización del vínculo para que se abra paso la presunción, otorgándole una ventaja probatoria al respecto, ya que en ese caso deberá demostrar la demandada que el despido obedeció a razones objetivas y no por el estado de salud ya acreditado.

Es decir, no se hallaba en estado de debilidad manifiesta, el actor al momento del despido no formó parte de aquella población protegida por la limitación de algún grado de minusvalía, o por lo menos ello no se probó.

En consecuencia y como se insiste al momento del despido no existía ninguna de las condiciones para considerar al demandante sujeto de especial protección, no debía la demandada acudir al Ministerio de Trabajo para obtener autorización, que dicho sea de paso como ha señalado la Corte, solo procede cuando la finalización del contrato obedece a ese estado, pues si logra demostrar razones objetivas; no lo será.

Indemnización por despido sin justa causa

En este asunto y **previo a efectuar las consideraciones del caso, aclara la Sala** que en la demanda no se solicitó específicamente la indemnización por despido injusto, sin embargo, la juez de primera instancia señaló que en uso de las facultades ultra y extra petita y como se discutía la terminación del contrato, entonces analizaba lo relacionado con la indemnización y frente a ese uso de las facultades citadas no existió algún reparo por las partes, tan sólo argumentaron las demandadas que el despido



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 10-2016-520-01 Dte: GILBERTO DÁVILA PAVA Ddo.: ESTRELLA INTERNATIONAL ENERGY SERVICES SUCURSAL COLOMBIA

no había sido injusto y que en caso que el Tribunal determinara lo contrario, debía revisarse la tasación de la condena que había impuesto la juez a quo. Ahora sí, para resolver lo anterior se tiene que el artículo 45 del Código Sustantivo del Trabajo regula la duración del contrato de trabajo y señala que puede ser «por el tiempo que dure la realización de una obra o labor determinada».

Como quedó definido en líneas precedentes, **no existió discusión alguna frente a la modalidad contractual suscrita entre las partes** cual fue de obra o labor determinada y también como ya se había mencionado, fue para ejecutar ciertas actividades en el Campo La Cira Infantes, en virtud al contrato n° CLCI-0311 suscrito entre Estrella International Energy Services Sucursal Colombia y Occidental Andina LLC.

También se explicó ya, que éste último contrato tuvo vigencia de un año, es decir del 3 de abril de 2014 al mismo día y mes del año 2015, **sin embargo, para dicha data no existe certeza que hubiere finalizado el contrato entre Estrella International y Andina Occidental**, tan es así, que como ya se dijo, el actor continuó prestando sus servicios hasta el día 20 de abril de 2020.

No puede la Sala tener como prueba de la finalización del contrato CLCI-0311, como lo señalan los apelantes, lo dicho por los representantes legales de la accionadas al absolver interrogatorio, pues si bien es cierto coincidieron en señalar que la obra acabó en abril, el representante de Estrella International señaló que acabó el 6 de abril de 2015 y el representante de Andina Occidental indicó otra fecha diferente y además debían probarlo, más allá de las afirmaciones que señalaran en la contestación o en el interrogatorio, **su obligación era acreditar que efectivamente la obra había finalizado los primeros días del mes de abril de 2015, pero ello no fue así.**

No obstante lo anterior, el testigo recepcionado y las pruebas documentales aportadas al expediente indican que la obra finalizó el 20 de abril de 2020 y



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 10-2016-520-01 Dte: GILBERTO DÁVILA PAVA Ddo.: ESTRELLA INTERNATIONAL ENERGY SERVICES SUCURSAL COLOMBIA

por tanto contrario a lo señalado por la juez de instancia, **no hay lugar a imponer condena pues el contrato terminó por la causa legal cual fue la finalización de la obra.**

Es que una cosa es la vigencia del contrato entre las dos empresas aquí demandadas y otra muy diferente es cuando realmente terminó la obra. Como se observa en la carta de terminación que reposa a folio 235 del expediente, se indicó como referencia: **“TERMINACION DE LA EJECUCION DE LAS ACTIVIDADES DE WORKOVER, WEELSERVICES, COMPLETAMIENTO Y/O INTERVENCION DE POZOS DE HIDROCARBUROS, EN EL CAMPO LA CIRA INFANTES, MUNICIPIO DE BARRANCABERMEJA, DEPARTAMENTO DE SANTANDER, CON EL EQUIPO E-505 A PARTIR DEL POZO LA CIRA 1406, CORRESPONDIENTE AL CONTRATO N° CLCI-0311 SUSCRITO ENTRE ESTRELLA INTERNATIONAL ENERGY SERVICES SUCURSAL COLOMBIA Y OCCIDENTAL ANDINA LLC”**

Y en la misma misiva se le indica al demandante que dando cumplimiento a la cláusula segunda del contrato de trabajo suscrito, se tenía como fecha de terminación de la obra 20 de abril de 2015 y a esa fecha le fueron liquidadas absolutamente todas las prestaciones sociales tal y como consta a folio 236 del expediente.

Además de lo anterior, el testigo Lorenzo Ordoñez dijo en su declaración que a todos los trabajadores les habían entregado la carta de terminación el día 20 de abril de 2015 y que de ahí en adelante no se había prestado ningún servicio, que todos habían salido y aunque no lo aseveró, señaló que creía que era porque se había acabado el “convenio” con Andina Occidental.

Así las cosas, para la Sala resulta claro que la obra para la cual fue contratado el demandante finalizó el 20 de abril de 2015, misma data en que fue terminado su contrato de trabajo y es por esa razón que se absuelve a las demandadas de la pretensión de indemnización por despido sin justa causa contemplada en el art. 64 del C.S.T. pues se reitera, en este asunto sí



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 10-2016-520-01 Dte: GILBERTO DÁVILA PAVA Ddo.: ESTRELLA INTERNATIONAL ENERGY SERVICES SUCURSAL COLOMBIA

existió una causal legal y no para despedir al demandante, sino para dar por terminado su contrato de trabajo.

Por sustracción de materia la Sala se releva del estudio de los demás argumentos de apelación, es decir de la solidaridad y el análisis de la póliza suscrita con Liberty S.A., pues estas dependían de la prosperidad de la indemnización por despido sin justa causa.

Sin costas en esta instancia.

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

R E S U E L V E:

PRIMERO: REVOCAR PARCIALMENTE el ordinal primero de la sentencia apelada, para en su lugar **DECLARAR** que el contrato de obra suscrito entre el demandante Gilberto Dávila Pava y Estrella International Energy Services Sucursal Colombia finalizó por terminación de la obra, en consecuencia, **ABSOLVER** a las demandadas Estrella International Energy Services Sucursal Colombia y OCCIDENTAL ANDINA LLC de la indemnización de que trata el art. 64 del C.S.T.

SEGUNDO: REVOCAR el ordinal tercero y cuarto de la sentencia de primera instancia, para en su lugar ABSOLVER a Occidental Andina y a la llamada en garantía Seguros Liberty S.A. de todas las pretensiones.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia, las de primera estarán a cargo únicamente de la demandada Estrella International Energy Services Sucursal Colombia.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 10-2016-520-01 Dte: GILBERTO DÁVILA PAVA Ddo.: ESTRELLA INTERNATIONAL ENERGY SERVICES SUCURSAL COLOMBIA

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

Los Magistrados,

MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

HUGO ALEXÁNDER RÍOS GARAY
Magistrado

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

PROCESO ORDINARIO No. 14 2018 159 -01
ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA
DEMANDANTE: ENRIQUE JULIAN GOMEZ MORENO
DEMANDADO: COLPENSIONES

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

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

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

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

SENTENCIA

Revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de esta Ciudad, de fecha 17 de septiembre de 2019, por la apelación presentada por la parte actora.

ALEGACIONES

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

ANTECEDENTES

El señor ENRIQUE JULIAN GONZALEZ MORENO, por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se CONDENE a la demandada a reconocer y pagar indexación del ingreso base de liquidación de la primera mesada pensional con la cual el ISS le reconoció la pensión al actor a partir del 17 de julio de 1993, junto con los intereses moratorios establecidos el art. 141 de la ley 100 de 1993 y al pago de las costas y agencias en derecho. (fls.- 14).

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando:

- Que el día 17 de noviembre de 1993, elevó solicitud de reconocimiento pensional.
- Que mediante resolución No. 004862 del 30 de marzo de 1994, el ISS le reconoce la pensión de vejez, bajo los parámetros del Decreto 758 de 1990 y a partir del 17 de julio de 1993, teniendo en cuenta 695 semanas de cotización.
- Que la pensión le fue liquidada teniendo en cuenta las últimas 100 semanas cotizadas.
- Que efectuó cotizaciones hasta el mes de octubre de 1985, pero dicho valor no fue indexado al momento del reconocimiento pensional. (fl.- 13 – 20)

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, COLPENSIONES se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos, aceptó los contenidos en No. 1 a 6 y 9, para los demás manifestó no constarle o no ser ciertos; propuso como excepciones de méritos las que denominó inexistencia de la obligación, inexistencia de los intereses moratorios, buena fe, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas y prescripción. (fl. 37 a 43).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, en sentencia el 10 de septiembre de 2019, resolvió absolver a la demandada de la totalidad de las pretensiones de la demanda y condenó en costas a la parte actora. (fl.65 – 66).

Fundamentó su decisión el Juez de primer grado señalando en síntesis que el problema jurídico se contrae a determinar si en el presente caso procede la actualización del IBL de la pensión del actor, teniendo en cuenta que la misma fue reconocida en virtud de lo normado en el acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de ese mismo año, pensión reconocida en el mes de julio del año 1993.

Señala que al actor se le reconoció una pensión de vejez al actor, con fundamento en las previsiones del Acuerdo 049 de 1990, íntegramente, a partir del 17 de julio de 1993 y en cuantía de \$81.510. Así mismo encontró demostrado que el actor efectuó cotizaciones hasta el 1 de octubre de 1985.

Posteriormente trajo a colación sentencias de la H. Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral, en las que se indicó que no era procedente la indexación del IBL de las pensiones reconocidas a la luz de lo normado en el acuerdo 049 de 1990 y finalizó señalando, que acoge el criterio esbozado por ser un criterio pacífico y reiterado de nuestro órgano de cierre. Por lo anterior, absolvió a la demandada de la totalidad de las pretensiones de la demanda.

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

“en el presente asunto no se debate que mediante resolución No. 004862 del 30 de marzo de 1994 fue reconocida a mi representado una pensión de vejez bajo los parámetros establecidos en el art, 12 del acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, a partir del 17 de julio de 1993, tomando como base de liquidación las últimas 100 semanas, también lo es que en esa oportunidad no se efectuó la indexación de la primera mesada pensional ello teniendo en cuenta que no se actualizó desde la fecha de retiro que ocurrió el 31 de octubre de 1985 y la fecha de reconocimiento que lo fue en el mes de julio de 1993, si bien es cierto el despacho indica que los salarios que lo que se indexa SON LOS SALARIOS MAS NO los aportes efectuados, esta parte disiente de tal

situación pues, la figura de la indexación lo que busca es proteger la pérdida del poder adquisitivo de la moneda, mas no que se verifique si se entra a verificar si los salario devengados o los aportes efectuados, para ello basta resaltar que la Máxima corporación constitucional ha establecido que todas las mesadas pensionales, deben ser indexadas para menoscabar la pérdida del poder adquisitivo, para sentar un precedente en la

Sentencia SU 1073 del 2012, ha establecida que, a partir de 1991, todas las mesadas pensionales deben ser revisadas frente a esa pérdida del poder adquisitivo de la moneda, por lo que en este caso, al haber COLPENSIONES no tener en cuenta esa pérdida, entre 1985 y la fecha de reconocimiento, casi 8 años, pues en efecto la mesada pensional, pus esta depreciada notablemente, es por lo tanto que solicito a los H, Magistrados que se revise la decisión aquí proferida para en su lugar procedan a revocarla en su integridad accediendo a la indexación de la primera mesada pensional y como consecuencia de ello a los intereses moratorios de que trata el art. 141, en contra de la parte demandada.”

CONSIDERACIONES

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte actora en contra de la sentencia de primera instancia, siendo necesario establecer, si procede o no la indexación del Ingreso Base de Liquidación en pensiones reconocidas íntegramente en el acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año.

En el presente caso no es objeto de discusión que al actor le reconocida una pensión de vejez, a partir del 17 de julio de 1993, a la luz de lo normado en el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990, en cuantía de \$81.510.

Ahora bien, en el presente caso, esta Colegiatura encuentra que no erró la Juez de instancia cuando señaló la improcedencia de la Indexación del IBL en esta clase de pensiones, ya que así lo ha adoctrinado la H. Corte Suprema de Justicia, desde la sentencia del 30 de agosto de 2011, Radicación 41852, en la que indicó que la indexación de la primera mesada pensional resulta viable respecto de todas las prestaciones económicas reconocidas, tanto

antes como después de la Constitución Política de 1991, por cuanto la pérdida del poder adquisitivo de la moneda afecta por igual a las mismas, sin embargo, ha enfatizado en que tal actualización no procede cuando el fundamento jurídico del reconocimiento pensional, es el Acuerdo 049 de 1990.

El anterior criterio jurisprudencial, ha sido reiterado por esa Alta Magistratura, entre otras, en sentencias CSJ SL 41852 de 30 ago. 2011; SL 629-2013; SL 13183-2015; SL 15680-2015; SL 6613-2017 y recientemente, en la sentencia SL 1186 de 18 de abril de 2018, Radicación 50.748, M.P. Jorge Mauricio Burgos Ruíz, en la que consideró:

“Ha sido criterio pacífico de la Sala, que la referida [indexación] de la primera mesada no aplica frente a las pensiones de vejez concedidas por el Instituto de Seguros Sociales bajo el amparo del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 0758 de ese año, como es aquí el caso, en cuanto de acuerdo con los reglamentos del Instituto (art. 20) las prestaciones se calculan según sus propias fórmulas, con el salario mensual de base de cotización y no con los salarios devengados. En sentencia, CSJ SL, 30 ag. 2011, rad. 41852, dijo la Corte:

(...) encuentra la Sala, que el Tribunal no se equivocó al considerar que en la situación examinada no era viable la indexación, toda vez que se trataba de una prestación a cargo del ISS, con sustento en lo previsto en el antes citado artículo 20 del Acuerdo 049 de 1990, esto es, teniendo en cuenta el número de semanas que logró cotizar, distinto a otros casos que ha juzgado esta Sala de la Corte, en los que se ha analizado es el salario devengado por el trabajador.

Así las cosas no era posible abrogarle (sic) al ISS la obligación de actualizar las cotizaciones que efectuó entre la fecha en que cesó sus aportes, hasta el cumplimiento de la edad para acceder a la pensión, pues tal situación debe asumirla el afiliado, en la medida en que este pudo seguir aportando para elevar la tasa de reemplazo, de conformidad con lo dispuesto en la normativa a la que se hizo referencia.

(Ver igualmente sentencias CSJ SL13183-2015; CSJ SL15680-2015; y CSJ SL6613-2017).

Finalmente, las jurisprudencias a que se refiere el tribunal en el fallo gravado, hacen alusión en su mayoría, a pensiones de jubilación concedidas con fundamento en el artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo, a cargo del empleador, y se itera, la del sub lite, halla sustento

en el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 0758 de ese año, y a cargo del Instituto de Seguros Sociales.

(...)

De conformidad con lo expuesto en sede de casación, se reitera que la pensión de vejez del sub lite, fue concedida con apoyo en el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 0758 de ese año, y a cargo del Instituto de Seguros Sociales, por lo cual es improcedente la indexación de la primera mesada como se implora por el demandante (...).

Este criterio fue reiterado recientemente en sentencia SL2808 del 22 de julio del año en curso, Magistrada ponente Dra. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO, en los siguientes términos:

“Con todo, debe recordarse que esta Sala de tiempo atrás ha precisado que es improcedente la indexación de los salarios base de cotización de las pensiones de vejez regidas íntegramente por el Acuerdo 049 de 1990, dado que en el parágrafo 1.º del artículo 20 de esta norma se consagra una fórmula exclusiva para calcular el monto de la mesada, conforme la cual «El salario mensual de base se obtiene multiplicando por el factor 4.33, la centésima parte de la suma de los salarios semanales sobre los cuales cotizó el trabajador en las últimas cien (100) semanas. El factor 4.33 resulta de dividir el número de semanas de un año por el número de meses»; es decir, que el valor se obtiene de acuerdo al número de semanas cotizadas y no conforme a los salarios devengados, tal como se expresó recientemente en sentencia CSJ SL4016-2019, al establecer:

En efecto, el Parágrafo 1 del literal b) de la parte II del artículo 20 del Acuerdo 049 de 1990, que alude a la pensión de vejez, dispone:

El salario mensual de base se obtiene multiplicando por el factor 4.33, la centésima parte de la suma de los salarios semanales sobre los cuales cotizó el trabajador en las últimas cien (100) semanas.
El factor 4.33 resulta de dividir el número de semanas de un año por el número de meses

Sobre el particular, se pronunció recientemente la Sala en la sentencia CSJ SL945-2019, en donde puntualizó:

Ahora bien, como quiera que la demandante pretende la indexación de la primera mesada pensional, cabe recordar que conforme a la jurisprudencia vigente, es improcedente la indexación de los salarios base de cotización de las pensiones de vejez regidas íntegramente por el Acuerdo 049 de 1990, como ocurre en este caso, toda vez que la misma norma en su artículo 20 regula la forma de obtener el salario mensual de base, como se expresó en sentencias CSJ SL16727-2015, SL8306-2017, SL1186-2018 y SL5152-2018, entre otras. (Negrillas fuera del texto original).

De acuerdo con lo anterior y dado que no se encuentra un motivo suficiente para realizar un cambio en el actual criterio, el cargo es infundado.

De la misma forma se ha pronunciado esta Corporación en sentencias CSJ SL, 30 ag. 2011, rad. 41852, CSJ SL629-2013, CSJ SL12153-2015, CSJ SL13183-2015, CSJ SL15680-2015, CSJ SL6613-2017, CSJ SL3108-2018, CSJ SL4732-2018, CSJ SL5152-2018, CSJ SL945-2019, entre otras.”

Así las cosas, esta Sala acoge en su integridad el criterio antes esbozado y en consecuencia, al no ser procedente la indexación del IBL de las pensiones reconocidas, en virtud del acuerdo 049 de 1990, se habrá de confirmar la absolución impartida en primera instancia.

Sin costas en esta instancia.

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

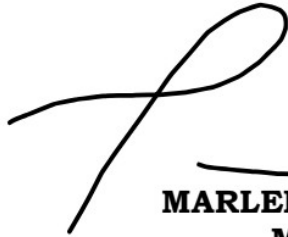
R E S U E L V E:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia objeto de estudio, por lo expuesto en la parte considerativa de la presente decisión.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

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

Los Magistrados,



MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
MAGISTRADO

REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C
SALA LABORAL

ORDINARIO LABORAL No. 16 2017 746 01

ASUNTO: CONSULTA DE SENTENCIA

DEMANDANTE: CARMEN ELISA URQUIJO SANCHEZ

DEMANDADO: LA NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA –
POLICIA NACIONAL.

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

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

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

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

SENTENCIA

Revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de esta Ciudad, de fecha 30 de mayo de 2019, dando aplicación al grado jurisdiccional de consulta en favor de la parte actora.

ALEGACIONES

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

ANTECEDENTES

Solicita la señora **CARMEN ELISA URQUIJO SANCHEZ**, se declare que entre ella y la demandada existió un contrato de trabajo, para prestar los servicios personales como Auxiliar de Enfermería, desde el 17 de noviembre de 2010 y hasta el 30 de julio de 2014. Como consecuencia de lo anterior, se condene a la demandada al pago de las cesantías, intereses a las cesantías, vacaciones, primas de servicios, indemnización por despido si, indemnización moratoria prevista en el art. 99 de la Ley 50 de 1990, , calculados sobre el salario que devengaba el personal de planta, reembolso de las sumas de dinero cancelados por concepto de afiliación al sistema de seguridad social, el trabajo suplementario y las diferencias generadas con ocasión a los pagos realizados en razón al contrato de prestación de servicios y los que devengaba el personal de planta, la indexación de las sumas y los demás derechos que se encuentren demostrados en uso de las facultades extra y ultra petita. (fl.- 133 – 136)

HECHOS

Como **hechos** fundamento de sus pretensiones se señalaron, en síntesis:

- Que ingresó a laborar al servicio de la demandada desde el 17 de noviembre de 2010 y hasta el 30 de julio de 2014, en el cargo de auxiliar de enfermería, a través de contratos de prestación de servicios y/o técnicos.
- Que recibía órdenes de la demandada.
- Que nunca le pagaron prestaciones sociales, que no le fueron consignadas sus cesantías a ningún fondo, que no le cancelaron lo correspondiente a sus vacaciones.
- Que durante la relación laboral le realizaron varias prórrogas a su contrato de trabajo.
- Que cumplía un horario.
- Que le realizaron descuentos por concepto de retención en la fuente.
- Que no le cancelaron el valor del trabajo suplementario. (fl.- 136 – 139)

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Mediante auto de fecha 2 de octubre de 2018, se dio por no contestada la demanda y se ordenó la vinculación de la PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN. (fl.- 164)

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

En sentencia del 30 de mayo de 2019, el Juez Dieciséis (16) Laboral del Circuito de esta Ciudad, resolvió Absolver a la demandada, NACIÓN, MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL, POLICÍA NACIONAL, de todas y cada una de las pretensiones que fueron incoadas en su contra por la demandante señora CARMEN ELISA URQUIJO SÁNCHEZ, identificada con cedula de ciudadanía no. 30.205. 236. Dada la circunstancia de que no se contestó la demanda, no hay lugar a resolución de excepciones propuestas y por el resultado de la litis se abstiene también el juzgado de pronunciamiento frente a la excepción de prescripción que fue alegada por el señor representante del ministerio público. Sin condena en costas en la presente instancia por considerarse que no se causaron. (fl.- 254)

Para llegar a esta conclusión, señaló la Juez:

“Se tiene entonces que la señora Carmen Eliza Urquijo Sánchez, con cédula de ciudadanía 30.205.236, presentó demanda en contra de la nación, ministerio de defensa, nacional policía nacional, para que con los tramites de un proceso ordinario laboral se acceda a las siguientes declaraciones y condenas: Que se declare que el vínculo que existió entre la demandante y la demandada, para que la primera prestase a la segunda los servicios de auxiliar de enfermería, fue de carácter laboral, regido por un contrato de trabajo.; y cuya vigencia fue entre las fechas 17 de noviembre de 2010 a 30 de julio de 2014, por lo que todos los honorarios devengados tienen el carácter de salario. Se declare que existe diferencia entre lo percibido por la actora y el salario o asignación básica mensual que devengaba el personal de planta en el cargo de auxiliar de enfermería, así como el promedio obtenido por concepto de horas extras y recargos. Se condene entonces a la demandada al pago de: cesantías, intereses a las cesantías, vacaciones, prima de servicios, causadas entre el 17 de noviembre de 2010 y el 30 de julio de 2014, liquidadas sobre el salario mensual de los trabajadores de planta que ocupaban el cargo de auxiliares de enfermería. Se condene a la pasiva al pago de la indemnización por despido unilateral sin justa causa, así como también a la indemnización moratoria prevista en el # 3 del artículo 99 de la ley 50 de 1990, causadas anualmente desde el 16 de febrero de 2011 hasta la fecha en que se realice el pago de las cesantía definitivas, liquidadas sobre el salario mensual del personal de

planta en el cargo de auxiliar de enfermería; se condene a la demandada al reembolso de las sumas de dinero causadas durante el tiempo de vigencia de la relación laboral por concepto de cotización al sistema de seguridad social; se condene también al pago de recargo nocturno como las horas extras causadas durante la relación de trabajo; y que se condene al pago y reintegro de los salarios descontados por concepto de retención en la fuente entre el 11 de noviembre de 2010 y el al 30 de julio de 2014; que se condene la diferencia salarial entre las sumas canceladas por los contratos de prestación servicios y la asignación básica que devengaba el personal de planta de la demandada en cumplimiento del cargo auxiliar de enfermería.

Los hechos en que funda estas pretensiones se sintetizan como sigue: que ingreso a presentar servicios a la demandada desde el 17 de noviembre de 2010 hasta el 30 de julio de 2014, en el cargo de auxiliar de enfermería. Relación entre las partes se rigió formalmente por contrato de prestación de servicios y/o técnicos, el horario de trabajo fue de noche por medio, todos los días de 7PM a 7AM, las funciones fueron de auxiliar de enfermería; que recibía ordenes de la coordinadora de enfermería, señora Pilar Bernal, Patricia Rosero, Amparo Botía y Sandra Espinosa; que durante la relación contractual le realizaron diferentes prórrogas a su contrato de prestación de servicios, la última finalizo el 30 de julio de 2014. Durante el tiempo que estuvo vinculada había personal de planta con las mismas funciones que corresponde al cargo de auxiliar de enfermería, los cuales tenían turno 7AM a 1PM y de 1PM a 7PM; que durante la relación contractual a la actora se le realizó descuentos por concepto de retención en la fuente, le correspondió asumir cotizaciones a seguridad social a plenitud, no le cancelaron horas extras ni recargos dominicales; que el 13 de enero de 2015, presentó reclamación administrativa ante la nación, policía nacional, dirección de sanidad, seccional de sanidad de Bogotá, solicitando el reconocimiento y pago de las prestaciones de carácter laboral, al ser en realidad una relación de trabajo lo que regio entre las partes; que mediante oficio S20157716 de 3 de febrero de 2015, le fue resuelta en forma negativa; señala que el monto pagado a la actora por concepto de honorarios entre los contratos de prestación de servicios que existió entre las partes fue de \$1.062.000 mensuales aumentados a \$1.140.132, según contrato de prestación de servicios suscrito no. 877201306-13, entre el 18 de noviembre de 2013 al 13 de julio de 2014.

Actuación procesal, conforme al acta de reparto, la demanda se presento el 10 de noviembre de 2017, se admitió el día 27 de abril de 2018, a través del auto de 2 de octubre de 2018, el juzgado dio por no contestada la demanda por parte de la nación, ministerio de defensa nacional, policía nacional y fijó fecha para audiencia del artículo 77 código procesal del trabajo y de la seguridad social, que se celebró el 21 de enero de 2019, sin presencia de la parte demandada, por lo cual se ordenó oficiar a la procuraduría general de la nación para que se, a bien lo tuviera, actuara dentro de la presente diligencia, en orden de defensa del orden publico y de sus competencias. Se hizo presente el señor procurador, quien alego la excepción de prescripción y además

hizo sus intervenciones en los alegatos finales de esta instancia; arguyendo que de existir o de poderse predicar que existió una relación de trabajo entre la demandante y la demandada, no sería la jurisdicción laboral la competente para resolver esos aspectos, esos supuestos, y que de todas formas se mantiene en su posición de que si se llegara a pregonar que si es procedente por la vía de la jurisdicción ordinaria laboral, declarar la existencia de un contrato de trabajo, pues que se tenga en cuenta la excepción de prescripción que ha planteado.

Consideraciones: problemas jurídicos a resolver, consiste en determinar:

- 1. Si existió un contrato realidad o un contrato de trabajo entre la demandante y la demandada, entre el 17 de noviembre de 2010 hasta el 30 de julio de 2014, según la pretensión; y si el mismo terminó o no sin justa causa como lo relata la demandante por conducta del empleador; y si hay lugar al reconocimiento y pago de diferencias salariales entre lo devengado por la demandante y la remuneración que percibían trabajadores de planta con su mismo cargo, así como las prestaciones e indemnizaciones propias de la relación de trabajo a través de contrato laboral.*

Conforme a los presentes problemas jurídicos, se procede a hacer la siguiente exposición para resolverlos:

Frente a las pruebas que fueron aportadas hay que mencionar lo siguiente: aparecen derechos de petición elevados por el actor a la dirección de sanidad de la policía nacional, junto con sus respectivas respuestas de folios 1 a 59. Con esto se encuentra probada la interrupción de la prescripción por primera vez el 13 de enero de 2015. Folio 60 a 125, se encuentran los contratos de servicios profesionales o técnicos suscrita por la actora con la pasiva junto con sus respectivas actas de liquidación, donde se prueba varios contratos, el primero suscrito el 817201059 de 2010, desde el 17 de noviembre de ese año y finalizó el 17 de mayo de 2011; a partir de se contrato se celebraron los contratos 81720158 de 2011, 7201041 de 2011, 81720583 de 2012, 8172163912 de 2012, el 8172012513 de 2013, el 81720130613 de 2013, el cual estuvo vigente hasta el 30 de julio de 2014. De esos contratos se tiene, fueron realizados en forma continua, existió únicamente términos de días entre uno y otro vínculo contractual. Debe entonces concluirse que efectivamente está demostrada esa relación a través de estos contratos de prestación de servicios, es decir, que se prestaron los servicios por la demandante desde el 17 de noviembre de 2010 hasta el 30 de julio de 2014. Aparece también una certificación de folio 129, expedida por el responsable del proceso de prestación de servicios profesionales, seccional sanidad de Bogotá; se tiene probado que del 17 de julio de 2011 hasta el 24 de junio de 2012, los honorarios mensuales percibidos por la actora fueron \$1.062.000; que del 4 de julio de 2012 hasta el 16 de noviembre de 2013 fueron de \$1.096.284; del 18 de noviembre de 2013 al 30 de julio de 2014 \$1.140.135; además está demostrado que el cargo desempeñado por la actora durante todas estas relaciones contractuales fue auxiliar de enfermería, el cual tiene carácter técnico.

Entonces, hay que destacar que lo que se reclama, hay que recordar, lo reclamado por la parte actora, es que se declare un contrato de trabajo que rigió entre las partes en los extremos ya mencionados, en contra posición a los contratos de prestación de servicios, conforme a la ley 80 de 1993, artículo 32. Hay que manifestar entonces lo siguiente, como es sabido, las relaciones jurídicas que se establecen entre los servidores públicos y el estado son regladas, el artículo 125 de la constitución política, de allí emana o establece que se trata entonces los servidores públicos, sus diversas modalidades, que son de carrera y los que no, y las reglas generales sobre ese particular, los empleos de carrera que se proveen por concurso, también existen los empleados de libre nombramiento y remoción y como se sabe en cuanto a otros servidores del estado que no son de carrera se trata de los trabajadores oficiales quienes si pueden ser contratados, es decir, si vinculación se realiza a través de un contrato que es asimilable a los contratos de trabajo del sector privado en algunos aspectos, no en cuanto a su regulación porque en la regulación sustantiva de esos contratos de trabajo con el estado se rige por normas especiales, como el decreto 2127 de 1945. Lo anterior es necesario tenerlo claro porque depende allí las pretensiones de la presente demanda, es decir, que conforme a las clasificaciones de los empleos del estado, básicamente, desde la estructura creada por el decreto 3135 de 1968, la regla general en los establecimientos públicos es que sus empleados son empleados públicos y la excepción son los trabajadores oficiales para labores de construcción y mantenimiento de vías públicas, al paso que en las empresas industriales del estado la regla se invierte, los trabajadores en general son trabajadores oficiales, y excepcionalmente los cargos de dirección y confianza son empleados públicos, como se sabe los empleados públicos únicamente pueden estar vinculados a través de una relación legal y reglamentaria, no a través de contrato de trabajo. De manera que habrá de dilucidarse si en la entidad, policía nacional, es decir, la nación, ministerio de defensa, policía nacional, dirección de sanidad, es admisible o no pregonar que el cargo de la demandante como auxiliar de enfermería puede ser contratado de esa manera, a través de un contrato de trabajo. Si es así, daría paso a que efectivamente pueda predicarse, si están dadas las demás exigencias de la doctrina y la jurisprudencia sobre el contrato realidad y la primacía de la realidad sobre las formalidades, pueda declararse en efecto que existió un contrato de trabajo entre las partes. Pero de no ser así, es decir, si por el tipo de cargo, por el tipo de función que se realizaba no podía ser asimilable a un contrato de trabajo o a un servidor publico que pudiera vincularse a través de un contrato de trabajo con esta demandada, pues necesariamente tendría que absolverse a la demandada, porque se estaría eventualmente frente a una relación legal y reglamentaria de hecho, es decir, lo que se debe alegar ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, si efectivamente puede hablarse de que la práctica se desarrolló y se desempeño como una empleada publica, no como trabajador oficial, sino como una empleada publica de hecho.

Para examinar entonces estos aspectos se hace el siguiente estudio: respecto de esta concreta situación, la corte suprema de justicia, sala de casación laboral, tiene ya definida el aspecto que nos ocupa, sobre la relación jurídica, los trabajadores de la dirección de sanidad con dicha institución, la policía nacional. En la sentencia con radicado 41711 del 16 de octubre de 2013, la sala de casación laboral de la corte suprema de justicia, con ponencia de la magistrada Elsy del Pilar Cuello, en donde se demandaba precisamente a la nación, ministerio de defensa, policía nacional, dirección de sanidad, donde se buscaba precisamente una pretensión similar a la que nos ocupa en este proceso, que se declare la existencia de un contrato de trabajo entre el demandante y la demandada en mención, en ese caso se trataba de un medico general, que laboraba para la dirección de sanidad. Manifestó así la honorable la corte suprema de justicia: “al resolver distintas controversias relacionadas con la viabilidad de declarar un contrato de trabajo con miembros civiles del ministerio de defensa y la policía nacional, esta sala en varias decisiones entre ellas las identificadas con radicado 23193 y 23191 de 2004, y 34545 de 2 de marzo de 2010, advirtió que al existir norma propia, era necesario acudir a ella, que no a lo dispuesto en forma genérica por el multicitado decreto 3135, y en esos específicos casos aplico el contenido del decreto 1214 de 1990, en atención a que los hechos acaecieron antes de la modificación que le hiciera al decreto 1792 de 2000. En efecto, el artículo 3 de la legislación de 1990 establecía que el personal civil del ministerio de defensa y de la policía nacional se clasificaba en empleados públicos y trabajadores oficiales, y a esos últimos los definían en el artículo 7 en los siguientes términos: persona natural que preste su servicio al ministerio de defensa, en las fuerzas militares o en la policía nacional, cuando su vinculación se opere mediante contrato de trabajo” y así también lo previa el 132, el ministerio de defensa podrá vincular mediante contrato de trabajo a personas naturales para desempeño de labores técnicas, docentes, científicas, de construcción y mantenimiento de obras y equipos de confecciones y talleres cuando la actividad o labor no está contemplada para ser desempeñada por empleados públicos. No obstante, el decreto 1792 de 2000, vigente para la fecha para la que culminó la relación contractual del actor, derogó tales disposiciones, y en su lugar definió que los servidores públicos a los cuales se refiere este decreto, son empleados públicos que podrán ser de carrera de periodo fijo y de libre nombramiento y remoción, excepcionalmente serán trabajadores oficiales quienes desempeñen labores de construcción y mantenimiento de obras y equipos aeronáuticos, marinos y de telecomunicaciones, de confección de uniformes y elementos de intendencia, actividades de conducción de aeronaves, motonaves o embarcaciones fluviales y se vincularán mediante contrato de trabajo. Asimismo, el precepto 103 estableció que los contratos de trabajo debían sujetarse a tales excepciones, aspecto que fue declarado exequible en sentencia C- 757 de 17 de julio de 2001. Es decir, que al no haberse acreditado la realización de los cargos de excepción fundado en tal disposición, el actor carecía de competencia para resolver el

asunto y aunque se desvió de la aplicación de la norma, como se vio, y por ello lo fundado el cargo, lo cierto es que tal circunstancia no variaba la definición final, pues es evidente que el empleo de médico general no puede encontrarse inmerso en las actividades de construcción y sostenimiento de obra pública de equipos aeronáuticos y demás a los que se refiere la norma trascrita. Adicionalmente corresponde insistir que no podía el sentenciador aplicar el principio de primacía de la realidad sobre las formas ni la presunción del artículo 24 del código sustantivo del trabajo, como lo indica el recurrente, si previamente no hallo acreditada la naturaleza contractual de la vinculación”

Entonces, con base en el precedente constitucional citado en el hecho, de que la demandante fue auxiliar de enfermería en la dirección de sanidad de la policía, y que el artículo 3 del decreto 1792 de 2000, por el cual se modificó el estatuto y regula el régimen de administración de personal civil del ministerio de defensa y se establece la carrera administrativa especial, expuso claramente tal artículo que: Los servidores públicos a los cuales se refiere este Decreto, son empleados públicos que podrán ser de carrera, de período fijo y de libre nombramiento y remoción y excepcionalmente serán trabajadores oficiales, quienes desempeñen labores de construcción y mantenimiento de obras y equipos aeronáuticos, marinos, de telecomunicaciones; de confección de uniformes y elementos de intendencia; actividades de conducción de aeronaves, motonaves o embarcaciones fluviales y se vincularán mediante contrato de trabajo.” Por lo que se tiene entonces que la demandante no pudo haber tenido un contrato de trabajo con la pasiva, sino eventualmente, una relación legal y reglamentaria, cuestión que escapa a la competencia de la jurisdicción ordinaria con base en el artículo 2 del código procesal del trabajo y de la seguridad social, es decir, escapa a la competencia lo que tenga que ver con declarar que existió una relación legal y reglamentaria de hecho. En ese sentido, por lo expuesto este juzgador al estar bajo el imperio de la ley no tiene más opción que negar las pretensiones de la demanda, toda vez que el vínculo realidad que se persigue no pudo ser un contrato de trabajo, sino eventualmente una relación legal y reglamentaria. Hay que mencionar que, la competencia del juzgador en la jurisdicción ordinaria laboral si está habilitada, es decir, el juzgado avocó conocimiento del proceso y lo llevó hasta su fin por lo siguiente: teniendo en cuenta que el artículo 2 del código procesal del trabajo si le define competencia al juez del trabajo para definir lo aspectos relacionados con las controversias surgidas de un contrato de trabajo y esa fue la voluntad de la parte demandante, que aquí se declarara a través del juicio ordinario laboral que existió un contrato de trabajo, por esa razón, no se rechazo la demanda por competencia porque de ahí parte la pretensión del demandante, y conforme a la jurisprudencia de la jurisdicción ordinaria laboral, esa pretensión habilita la competencia del juez del trabajo. Lo que sucede es que en el curso del proceso y hechas estas valoraciones sobre la naturaleza jurídica de la entidad demandada, su organigrama en relacionado con tipo de servidores públicos que allí

presentan los servicios y la manera de vinculación, por ser un aspecto estrictamente reglado, no puede predicarse que la actora tuviera un contrato realidad, contrato de trabajo realidad con la demandada asimilable a aquellas personas que también tuvieran un contrato de trabajo con esa entidad, porque es la única manera en que puede haber vinculación con el estado, de manera reglada o bien por la relación legal y reglamentaria los empleados públicos como en lo que se refiere al contrato de trabajo del que son objeto los trabajadores oficiales, pero que, como se ha estudiado, únicamente para ciertas actividades es válido al estado, en esta entidad, la policía nacional, la disan, vincular a través de contrato de trabajo, excepción dentro de la que no se encuentra las actividades de la demandante como auxiliar de enfermería a la que hemos hecho referencia.

Por esas razones, el juzgado deberá negar las pretensiones de la demanda y absolver a la demandada sin que exista pronunciamiento expreso sobre excepciones ya que no fueron propuestas, esta situación entonces hace que, además teniendo en cuenta que la demanda se dio por no contestada, y no se reconoció personería alguna a apoderado de la demandada.”

CONSIDERACIONES

Dando aplicación al grado jurisdiccional de consulta en favor de la parte actora, procede la Sala al estudio de las pretensiones de la demanda, encontrando que, en el presente proceso, como arriba se indicó, solicita la parte actora se declare la existencia de un contrato de trabajo entre las partes, desde el 17 de noviembre de 2010 y hasta el 30 de julio de 2014, desempeñando el cargo de Auxiliar de Enfermería.

Señala la parte actora que suscribió sucesivos contratos de prestación de servicios, pero que, para el desarrollo de los mismos, debía cumplir un horario, recibía órdenes de sus superiores y en general cumplía todos los requisitos para que se declarara la existencia de un contrato realidad.

En ahora bien, en casos similares a los que hoy ocupa la atención de esta Sala, esto es, cuando se discute la calidad de trabajador oficial o empleado público, la H. Corte Suprema de Justicia - Sala Laboral en sentencia SL – 9315 de 2016, radicado 42575 del 29 de junio de 2016, estableció:

“Teniendo en consideración que el actor pretende con su demanda que el juez laboral declare la existencia de un contrato de trabajo, ello le permite a la jurisdicción ordinaria avocar el conocimiento para determinar si aquel tuvo la calidad de trabajador oficial, y a

partir de allí, declarar los derechos impetrados en el escrito inaugural del proceso que se hallen debidamente acreditados. Ahora de no probarse la calidad de trabajador oficial, el juez debe absolver al respecto.

“Conforme a lo anterior, el estudio de los temas sometidos al escrutinio de la Sala, debe seguir el siguiente orden: 1º) analizar la naturaleza jurídica de entidad llamada a juicio; 2º) determinar que el demandante era trabajador oficial; y 3º) estudiar los derechos solicitados por el actor bajo la calidad antes señalada.

“Resulta pertinente destacar, que si luego de examinar el primer aspecto, en el segundo el juzgador observa que no está probada la calidad de trabajador oficial del promotor del proceso, tal situación conduce inevitablemente a que no se pueda declarar la existencia de un contrato de trabajo, ni a despachar favorablemente las súplicas incoadas por parte de la justicia ordinaria laboral, y por ende lo que cabe es proferir una decisión absolutoria, eso sí, sin adentrarse a analizar los derechos pedidos por el accionante.

“La Corte Suprema de Justicia en sentencia CSJ SL, 18 mar. 2003, rad. 20173, reiterada en la decisión CSJ SL10610-2014, 9 jul. 2014, rad. 43847, explicó que «para que el juez laboral asuma la competencia en un juicio contra una entidad de derecho público, al actor le basta afirmar la existencia del contrato de trabajo porque, de controvertirse esa afirmación, al juez le corresponde en la sentencia de fondo declarar si existió o no, y sólo en caso positivo puede reconocer los derechos que emanen de ese contrato».

De conformidad con lo anterior, es claro que no erró el Juez de primer grado, cuando consideró necesario establecer en primer lugar si se demostró en el presente proceso la calidad de trabajadora oficial de la actora.

Al respecto se encuentra que el Decreto 1792 de 2000, por el cual se modificó el estatuto y regula el régimen de administración de personal civil del ministerio de defensa y se establece la carrera administrativa especial, expuso en su artículo 3 que los servidores públicos a los cuales se refiere este Decreto, son empleados públicos que podrán ser de carrera, de período fijo y de libre nombramiento y remoción y **excepcionalmente serán trabajadores oficiales, quienes desempeñen labores de construcción y mantenimiento de obras y equipos aeronáuticos, marinos, de telecomunicaciones; de confección de uniformes y elementos de intendencia; actividades de conducción de aeronaves, motonaves o embarcaciones fluviales** y se vincularán mediante contrato de trabajo.

Ahora bien, como quiera que la parte actora, alega que se desempeñó como Auxiliar de enfermería, hecho este que se puede corroborar con los diversos

contratos de prestación de servicios, allegados al plenario, así como con la certificación que obra a folio 195 del instructivo, se encuentra que sus funciones no pueden ser consideradas como de construcción y mantenimiento de obras y equipos aeronáuticos, marinos, de telecomunicaciones; de confección de uniformes y elementos de intendencia; actividades de conducción de aeronaves, motonaves o embarcaciones fluviales, por lo que el cargo desarrollado por la actora que no encaja dentro de la excepción consagrada en la norma antes señalada, por lo que se puede concluir que **no fue trabajadora oficial**.

De conformidad con lo anterior y como quiera que la parte actora no demostró la calidad de trabajadora oficial, requisito indispensable para que se aborde el estudio de las pretensiones, no queda otro camino que confirmar la absolución impartida en primera instancia.

Sin costas en la alzada.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia consultada por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Sin costas en la alzada.

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

Los Magistrados,



MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA

Proceso ordinario 16 2017 746 01 de CARMEN ELISA URQUIJO SANCHEZ VS LA NACIÓN –
MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – POLICÍA NACIONAL



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO



HUGO ALEJÁNDER RÍOS GARAY
MAGISTRADO

**REPUBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTA D.C
SALA LABORAL**

PROCESO ORDINARIO No. 17 2015 835 01

ASUNTO: APELACIÓN SENTENCIA

DEMANDANTE: CARLOS ARTURO MARTINEZ
GUARNIZO

DEMANDADO: UNIVERSIDAD DISTRITAL FRANCISCO
JOSE DE CALDAS

**MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE**

RECONÓZCASE PERSONERÍA a la Doctora María Elena Fierro, identificada como aparece al pie de su firma, en documental contentiva de poder; en calidad de apoderada de la demandada Colpensiones, en los términos y para los efectos del poder de sustitución conferido.

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

SENTENCIA

Al conocer de recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, revisa la Corporación el fallo proferido el 28 de junio de 2019 por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito.

ALEGACIONES

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

ANTECEDENTES

El señor CARLOS ARTURO MARTINEZ GUARNIZO, por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin que se condene a la demandada al reconocimiento y pago de mesada pensional No. 14, consagrada en el art. 15 de la convención colectiva e trabajo vigente para el año 1990 – 1991, debidamente indexada y los intereses moratorios por el no pago de las mismas. (fl.-3).

Fundamentó sus pretensiones señalando que laboró con la Universidad Francisco José de Caldas, desde el 21 de julio de 1975 y hasta el 29 de noviembre de 1995, desempeñando el cargo de auxiliar de laboratorio VI.

Señala que la Universidad reconoció una pensión mediante resolución NO. 382 del 29 de noviembre de 1995, que entre la Universidad y el sindicato se suscribió una convención colectiva en la que se otorgó un auxilio semestral convencional, consagrado en la cláusula 15. (fl.- 4)

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, la demandada se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos aceptó los contenidos en los numerales 1, 3, 4, 5, 6, 7, 8 y 9, los demás señaló que no lo son; propuso como excepción de mérito la de prescripción. (fl.- 69 – 81).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento ABSOLVIÓ a la demandada de las pretensiones incoadas en su contra por el demandante y lo condenó en costas. (fl.107 - 108).

Fundamentó su decisión el Juez de primer grado señalando

“Recordemos brevemente que la universidad distrital Francisco José de Caldas, es un ente autónomo de educación superior, creado mediante acuerdo No. 10 de 1948, por el concejo de Bogotá, por tanto, es una institución pública, estatal y autónoma del orden distrital y se rige por las normas propias de los marcos de la constitución política y de la ley que organiza la educación superior en nuestro país. Lo anterior se menciona simplemente para resaltar

que al tenor del artículo 6 del código procesal del trabajo y de la seguridad social, el demandante debió agotar reclamación administrativa ante el ente universitario demandado en procura de obtener por esa vía la respuesta a sus peticiones, reclamación que se advierte debidamente cumplida, conforme se corrobora con la documental de folios 48 y siguiente. Planteado lo anterior y teniendo en cuenta las pretensiones del demandante, el problema jurídico a que se contrae la presente controversia del trabajo consiste en determinar si al actor le asiste el derecho al reconocimiento y pago de la denominada, en la convención colectiva, mesada semestral para pensionados, y si el actor encaja dentro de las previsiones legales para ordenar su pago, analizando de paso la incidencia que pudiese tener el acto legislativo que invoca la demandada como premisa del acto legislativo 01 de 2005, que la demandada invoca como principal premisa jurídica de su defensa.

Siendo así, en aras de avanzar en la respuesta del problema jurídico, tenemos que son hechos debidamente mostrados dentro del presente proceso, en primer lugar, que el demandante ostenta la calidad de pensionado, encontrándose demostrado que mediante resolución no 382 del 29 de noviembre de 1995, la universidad distrital le reconoció una pensión de jubilación, se advierte además que el reconocimiento se hizo a partir del 1 de octubre de ese año, en cuantía inicial de \$868.782, información que se puede extraer de la documental de folio 12. Sentadas entonces estas premisas, se procede al estudio de las suplicas de la demanda. Pretende el actor que se condene al reconocimiento y pago de las mesadas semestrales causadas en junio de cada año y establecidas en el artículo 15 de la convención colectiva del trabajo. La accionada se opuso a esta pretensión, afirmando que a todos los pensionados del ente universitario que adquirieron el estatus antes de la vigencia del acto legislativo 01 de 2005, desde la adquisición del derecho y hasta la fecha, se les esta reconociendo la mesada 14 conforme lo dispone el artículo 142 de la ley 100 de 1992, mas no así el auxilio a la mesada semestral prevista en el artículo 15 de la convención colectiva de trabajo de 1990, en atención al denominado principio de favorabilidad. Por esa razón entonces, remitiéndonos a lo que muestra el expediente, debe advertirse en primer lugar que la denominada mesada adicional de junio, conocida como mesada 14, se estableció como un recurso respecto de la pérdida de poder adquisitivo originada por la inflación que afecta la moneda colombiana y se consagro a manera de remedio como mecanismo para efecto de actualizar o por lo menos equilibrar de alguna manera los ingresos totales de los pensionados durante el año. La misma encuentra su sustento normativo en el artículo 142 de la ley 100 de 1993, derecho que se consagró inicialmente para algunos pensionados, y posteriormente la corte constitucional en sentencias C-409 de 1994 y C-461 de 1995, dispuso en aplicación del principio de

interpretación mas beneficiosa, extender esa prerrogativa a toda la población de pensionados. El artículo 142 referido dispone lo siguiente “mesada adicional para actuales pensionados. Los pensionados por jubilación, invalidez, vejez y sobrevivientes, de sector públicos, oficial, semioficial, en todos sus órdenes, en el sector privado y del Instituto de Seguros Sociales, así como los retirados y pensionados de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, cuyas pensiones se hubiesen causado y reconocido antes del primero de enero de 1988, tendrán derecho al reconocimiento y pago de 30 días de la pensión que le corresponda a cada uno de ellos por el régimen respectivo, que se cancelará con la mesada del mes de junio de cada año, a partir de 1994. Los pensionados por vejez del orden nacional, beneficiarios de los reajustes ordenados en el decreto 2108 de 1992, recibirán el reconocimiento y pago de los 30 días de la mesada adicional solo a partir de junio de 1996. Parágrafo. Esta mesada adicional será pagada por quien tenga a su cargo la cancelación de la pensión sin que exceda de 15 veces el salario mínimo legal mensual vigente.” Este texto se resalta, pues luego del examen de exequibilidad de la corte constitucional fue declarado exequible la norma, según sentencia 529 de 1996. Lo que significa entonces que a partir del 29 de julio de 2005 se eliminó para las nuevas pensiones la denominada mesada 14, salvo para las pensiones que se hubiesen causado hasta el 31 de julio de 2011 y que sean iguales o menores a 3 salarios mínimos mensuales legales vigentes de cada año.

Ahora bien, el demandante invoca como principal premisa jurídica de su pretensión la convención colectiva de trabajo suscrita entre los trabajadores de la universidad distrital y ese ente universitario vigente para los años 1990 a 1991, norma convencional que en su artículo 15 establece lo siguiente, según documento de folio 40: “mesada semestral para pensionados. El artículo 10 de la convención colectiva de trabajo de 1989 queda así: los pensionados por la universidad o las personas a quienes de acuerdo con la ley se tramite y pague el derecho de pensión y hayan laborado 15 años más mas en la universidad, recibirán a título de auxilio una mesada semestral equivalente a 1.2 salarios mínimos convencionales vigentes. Así mismo a quienes hayan laborado menos de 15 años en la universidad, recibirán a título de auxilio una mesada semestral equivalente al 80% del salario mínimo convencional vigente, mesadas que serán canceladas en la primera quincena del mes de junio de cada año” de conformidad con lo anterior, se advierte entonces que tanto la denominada mesada 14, como la mesada semestral a que se hace alusión, tienen una misma fuente de financiación que corresponde al tesoro público. Al respecto entonces tenemos que el artículo 128 de la constitución política de Colombia limita la posibilidad del pago de erogaciones provenientes del tesoro público de la siguiente manera: artículo 128. Nadie

podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público ni recibir más de una asignación que provenga del tesoro público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado, salvo los casos expresamente determinados por la ley. Conforme a la interpretación entonces dada a esa norma constitucional, el término asignación proveniente del tesoro público, corresponde a toda remuneración, sueldo o mesada pensional a favor de particulares, empleados públicos o trabajadores del estado en razón a erogaciones de naturaleza pensional, una vinculación laboral, bien sea legal o reglamentaria o por contrato de trabajo. Así entonces la conclusión que debe asentarse al tenor de las normas reseñadas es que la entidad demandada al reconocer la mesada 14, no solo ha tenido en cuenta el artículo 142 de la ley 100 de 1993 ya mencionado, sino también lo consignado por el acto legislativo 01 de 2005, inciso 8 y parágrafo transitorio no. 6, que definió la suerte de la mesada 14 que venía existiendo. En efecto, conforme la resolución de reconocimiento de la pensión a favor del demandante, documento de folio 12, se puede observar que al actor le fue reconocida la pensión de jubilación a partir del 1 de octubre de 1995, es decir, estando ya vigente el artículo 142 de la ley 100 de 1993, fuente normativa que da lugar a la mesada 14. Siendo importante precisar además que, la mesada semestral fue establecida en la convención colectiva de trabajo celebrada para el año 1988 cuando aún no se había expedido la ley de seguridad social general a la que se hace alusión y que consagró la mesada 14. Lo anterior para denotar entonces que la accionada al reconocer la mesada señalada por el artículo 142 de la ley 100 de 1993, para aquellos pensionados que reunieron el estatus jurídico de pensionado, antes de la vigencia del acto legislativo 01 de 2005, significa que están excluidos del beneficio de la mesada pensional instituida por el artículo 15 de la convención colectiva del año 1990, en razón a que de no aplicarse dicha norma convencional o de no interpretarse en ese sentido, estaríamos frente a un doble pago o reconocimiento que afectaría entonces el principio general consagrado en el artículo 128 de la constitución política, en razón a que el pensionado estaría recibiendo dos erogaciones del erario público. Por esa razón entonces se advierte que la universidad, en aplicación del principio de favorabilidad le reconoce a sus pensionados la mesada legal, es decir, la consagrada en el artículo 142 de la ley 100 de 1993, en razón a que la norma convencional resultaría inferior. Bastan entonces esas consideraciones para concluir que en el presente caso debe impartirse absolución a la accionada pues no es posible, se insiste, por el demandante pretender un doble pago en el mes de junio, teniendo en cuenta que la fuente normativa de una y otra, y que básicamente resultarían aplicables, lo que tratan es de laguna manera de otorgar ese beneficio de una mesada adicional en el mes de junio, propósito que cumple efectivamente la entidad demandada al reconocer la mesada legal

consagrada en la ley 100 de 1993. Y teniendo en cuenta además que la fuente económica o de financiación de ambos pagos corresponde al erario público. Se absolverá entonces a la entidad demandada y en materia de excepciones debe declararse probada, ateniendo a lo anterior, la excepción de inexistencia del derecho conforme se concluye a las consideraciones anteriores la cual entonces se declarará no probada. Con base en lo anterior se acogen los argumentos de defensa de la demandada por mostrarse conformes con la interpretación jurisprudencial que de dichas normas ha hecho este sentenciador y por consultar entonces el derecho del demandante a tener una mesada pensional actualizada, lo que se logra a través de ese pago que hace la entidad denominada mesada 14.

Se condenará en costas al demandante ante el resultado adverso de esta providencia, por lo que se dispone que una vez en firme esta sentencia por secretaria se practique la liquidación y se incluyan agencias en derecho a su cargo por valor de \$250.000 moneda corriente”.

Inconforme con la decisión, el apoderado de la parte demandada, interpuso recurso de apelación, señalando:

“En mi condición de apoderada del demandante manifiesto al señor juez que recurro en apelación la sentencia que se acaba de proferir la cual sustento en los siguientes términos: veo que habría un problema a resolver en segunda instancia y es un tema que conlleva el pronunciamiento y es relacionado con la consecuencia de proferirse normas o cambios legislativos con posterioridad a la promulgación o firma de la convención colectiva, es decir, si la convención colectiva que es sustento de la pretensión principal de pago de mesada es del año 1990, y se ha venido prorrogando en el tiempo pero tiene su origen en el año 1990, y la ley 100 entra a regir en el año 1993, esto quiere decir que la convención es anterior, y fueron suscritas por las partes. Si el juez considera que la mesada 14 que es creada con posterioridad por la ley, es la misma de la convención habría que definirse hasta donde una norma, una ley, la promulgación de una ley va a afectar una convención colectiva, es decir, un acuerdo entre las partes, cuando ni siquiera para esa época del 1990 se hablaba de ninguna mesada 14 ni mesada adicional. Entonces, considero yo que habría que, ahí lo que aparece también es el fenómeno de la irretroactividad de la ley, porque en este caso lo que se está diciendo es que la ley subroga lo que las partes dijeron, cuando lo que se ha dicho por corte suprema de justicia es que por el contrario, una ley no puede derogar, modificar una convención a no ser que lo dijera expresamente, cosa que no ocurre con el artículo 142 de la ley 100, pero acá dice que es lo mismo, quiere

decir que la ley 100 modificó la convención, pero la corte suprema de justicia dice por el contrario que cuando hay una creación del derecho las partes, si es que consideran que es la misma prestación que la ley regula, son las partes por el mismo medio, osea en este caso, mediante el mismo instrumento que es la convención colectiva, tienen que manifestarlo así, que se trata de lo mismo, se trata de la misma prestación, cosa que no ocurre acá porque la convención colectiva nunca mas se ha suscrito, entiendo yo, una convención colectiva nueva, sino que se ha venido prorrogando en el tiempo y las partes que suscribieron esa convención, bajo ningún instrumento han dicho que esa prestación es la misma mesada 14, ha sido una posición de la universidad que surgió a partir de que se instauraron estos procesos, eso digamos como un elemento a resolver si es que la ley, el principio de la irretroactividad se rompe acá o si es que se separan de lo que ya en forma pacifica ha dicho la corte al respecto. El segundo aspecto a referirme es, en la demanda como fundamento, sustento jurídico, establezco las diferencias que hay entre el contenido de la cláusula 15 para efecto de crear la parte que represento y en el estudio que se hizo que es una prestación autónoma, porque es que digamos, si bien acá en la sentencia se especifica cual fue el sentido de surgir la prestación de la mesada 14 por medio de la ley 100, fíjese que es diferente a lo que establece la convención, la prestación de mesada semestral para pensionados está sujeta es al tiempo de servicio, es decir, de vinculación a la universidad, luego ahí tendría una finalidad esa prestación diferente, porque la ley 100 fue, como el juez lo leyó y lo dijo, actualizar, hacerle la vida más suave a los pensionados porque la pensión le era muy poco, entonces les equilibraba un poquito el tema del poder adquisitivo, acá la prestación convencional está dada si tiene más de tanto tiempo servicio en la universidad, entonces es un porcentaje y si es menor de los 10 años, ósea vinculado a la universidad, es otro porcentaje; entonces entendería yo, con todo respeto, separándome de la sentencia, es que la finalidad allí son diferentes, atendiendo también al otro elemento que es que la convención a la ley 100 y así ha habido pronunciamientos del tribunal superior al respecto para otorgar por el contrario el derecho, eso seria el segundo elemento. El tercer elemento que considero yo es que la universidad se entiende que tiene autonomía administrativa y financiera, en ese sentido no entendería aunque no lo tengo claro porque no fue un argumento que se debatiera en todo el proceso, entonces no tengo prueba para demostrar que la autonomía de la universidad y la financiera que es lo que los separa del tesoro público, para decir que no tienen digamos, no salen del estado, entonces sin embargo entiendo yo, por la naturaleza de la entidad demandada y de la que habló el juez, entendería yo que la misma universidad se sufraga sus propios gastos con lo que ingresa de los estudiantes particulares, entonces aunque como lo

digo y repito, no hay prueba, pero entonces hago un supuesto, para establecer ese tercer elemento, aunque considero yo que los dos primeros son suficientes digamos para solicitar se revoque la sentencia y en su lugar se condenara a la universidad a conceder el auxilio por mesada semestral. Y un último elemento, llegado este expediente al tribunal, si solicitaría al tribunal superior se tuviera en cuenta digamos otros casos en que por el contrario se ha concedido el derecho, hay antecedentes dentro del mismo tribunal, aunque a mí me preocupa que dentro del mismo tribunal, por ser una instancia superior a los juzgados, no haya una definición de los casos porque allí se estaría rompiendo el derecho a la igualdad y el de acceso a la justicia en la medida en que los pensionados confiados acceden, han intentado estos procesos en procura de que haya una definición uniforme, es decir, si ante dos supuestos iguales, una definición o posición jurídica es lo que he visto yo en el tribunal, quisiera que la sala que conozca de este recurso tenga en cuenta los antecedentes de otros casos que han cursado también y que para efecto de tratar de que no haya esa divergencia de posiciones que a quien perjudica realmente es al pensionado, demandante, que accede con la seguridad de que va a ser tratado en igual de condiciones que otros. Entonces, en los anteriores términos dejo sentado el sustento del recurso, insistiendo y reiterando, desde la demanda la posición de que es un derecho autónomo, que es independiente de la mesada 14, que el acto legislativo no. 1 de 2005 tampoco logra afectar este caso porque es una pensión, es decir, el cumple sus requisitos con anterioridad también al acto legislativo no. 1 y es para él un derecho adquirido en tanto lo único que le restaba era cumplir el tiempo para poder solicitar la aplicación del auxilio consagrado en la convención en el artículo 15 de la convención 9091, entonces aquí ya finalizo a efecto de que sea estudiado y se revoque la sentencia para en su lugar conceder las pretensiones. Gracias.”

CONSIDERACIONES

De conformidad con el resumen que antecede consiste en determinar si la demandante tiene o no derecho al reconocimiento y pago de la mesada semestral para pensionados consagrada en el art. 15 de la convencional colectiva y en caso afirmativo, si operó o no la prescripción.

En el presente asunto no existió discusión respecto a que el señor CARLOS ARTURO MARTINEZ GUARNIZO laboró para la Universidad Distrital Francisco José de Caldas desde el 21 de junio de 1975 y hasta el 29 de noviembre de 1995, desempeñando el cargo de auxiliar de laboratorio VI, y

que fue pensionado por la demandada mediante resolución N° 382 del 29 de noviembre de 1995 a partir del 1 de octubre de ese mismo año, situaciones fácticas aceptadas por la Universidad desde la contestación de la demanda (fl.69) y se corrobora con la documental obrante a folios 12.

Ahora bien, solicita se le reconozca la mesada semestral para pensionados contenida en el art. 15 de la convención colectiva 1990-1991 y la que fue aportada con el respectivo depósito ante el Ministerio del Trabajo según documental de folios 14 a 42, la misma se encuentra vigente en los términos del art. 478 del C.S. del T. y la accionada se opone a tal pedimento argumentando que al señor CARLOS ARTURO MARTINEZ GUARNIZO, se le está pagando la mesada 14 establecida en la Ley 100 de 1993, art. 15 y no la mesada peticionada, dando aplicación al principio de favorabilidad.

Para resolver lo anterior preciso resulta recordar la naturaleza jurídica de la Universidad demandada, la que conforme al Acuerdo 003 de 8 de abril de 1997 modificado por el Acuerdo 01 del 18 de enero de 2008 es un ente universitario autónomo de carácter público del orden Distrital de Santa Fe de Bogotá D.C., con Personería Jurídica, gobierno, rentas y patrimonio propio e independiente, constituido totalmente con bienes o fondos públicos comunes o por el producto de impuestos, tasas o contribuciones y venta de servicios y según el art. 49 del título VII ibídem dispone que *“Los servidores públicos de la Universidad Distrital Francisco José de Caldas son empleados públicos; sin embargo las personas que desempeñan labores de aseo, mantenimiento y jardinería, son trabajadores oficiales.”*, por ello, el actor al desempeñar la labor de auxiliar de laboratorio VI, conforme consta en el documento de folio 12, ostenta la calidad de trabajador.

Ahora bien, el artículo 15 de la convención citada establece:

“MESADA SEMESTRAL PARA PENSIONADOS: “Los pensionados por la Universidad o las personas a quienes de acuerdo con la Ley se tramite y pague el derecho de pensión y que hayan laborado 15 o más años en la Universidad, recibirán a título de auxilio, una mesada semestral equivalente a 1.2 salarios mínimos convencionales vigentes. Así mismo, a quienes hayan laborado menos de 15 años en la Universidad, recibirá, a título de auxilio, una mesada semestral equivalente al 80% del salario mínimo convencional vigente, mesadas que serán canceladas en la primera quincena del mes de junio de cada año.”

Al leer el texto convencional encuentra la Sala que el señor CARLOS A, MARTINEZ GUARNIZO, sí cumplió con los requisitos allí dispuestos pues fue pensionado por la demandada mediante acto administrativo 382 de 1995 (fl.12) y laboró desde el 21 de junio de 1975 y hasta el 1 de octubre de 1995, esto es 20 años, 3 meses y 11 días.

No se requería para el caso del actor el cumplimiento de determinada edad, para el caso concreto del señor Martínez al ser pensionado, sólo requería haber satisfecho los 20 años de servicios.

En el presente caso, y contrario considerado por el Juez de primer grado, esta Colegiatura considera que el Acto Legislativo no afectó el derecho a recibir el beneficio convencional pues el mismo se causó e hizo exigible, en el momento en que el actor acreditó la calidad de pensionado y cumplió los 20 años de servicios, es decir, en el año de 1995, fecha anterior a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, pues recuérdese que el mismo entró a operar el 25 de julio de ese mismo año; por tanto, los derechos que se causaron con anterioridad a tal precepto se mantienen incólumes.

Se considera entonces que el demandante ya tenía un derecho adquirido conforme lo ha señalado en varias oportunidades la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia como por ejemplo en sentencia SL9346 radicado 6590 de 2016 en donde rememoró la sentencia No. 39797 del 24 de abril de 2012 en donde señaló:

“Antes de la expedición del Acto Legislativo número 1 de 2005, la Ley 100 de 1993 buscó la unificación de los diversos regímenes existentes en materia de pensiones, tanto en el sector privado como en el público, y consagró un sistema universal que brindara la protección de la seguridad social en igualdad de condiciones y bajo las mismas reglas a toda la población, salvo las excepciones en ella señaladas.

“Lo anterior no significa, dijo esta Sala, que se desconozca la concesión previa de prerrogativas convencionales en materia de derechos pensionales, pues los beneficios extralegales causados antes de la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993, no pueden ser desconocidos, por constituir derechos adquiridos. Mas el otorgamiento de los que se causen en el futuro, que excediesen las condiciones establecidas en la ley de seguridad social, deberán articularse o armonizarse con lo trazado en el nuevo sistema general de pensiones. Así se dejó sentado en la sentencia del 8 de noviembre de 1999 rad. 12915, reiterada en

las decisiones del 28 de marzo de 2000 rad. 13338 y 16 de junio de 2010 Rad. 37931...” (subrayado fuera de texto)

Teniendo en cuenta lo anterior, se habrá de revocar la decisión impartida en la primera instancia y se consecuencia se habrá de condenar a la demandada la reconocimiento y pago del beneficio convencional implorado.

Ahora bien, para determinar la fecha a partir de la cual tiene derecho al pago de la mesada preciso resulta estudiar la excepción de prescripción que oportunamente propuso la demandada, para ello se tiene que debido a que el derecho se causó e hizo exigible el 1 de octubre de 1995 y el demandante tan sólo elevó reclamación hasta el 18 de abril de 2013 (fl.48) y demandó el 23 de julio de 2015 (fl.57), se encuentran prescritas las mesadas causadas con anterioridad al 18 de abril de 2010.

Así las cosas, se reitera, se condenará a la demandada al pago de pago de la mesada semestral para pensionados consagrada en el art. 15 de la convención colectiva del año 1990-1991 causada en los meses de junio de cada año, a partir del 18 de abril de 2010 en adelante hasta la fecha, en cuantía de una mesada semestral equivalente a 1.2 salarios mínimos convencionales vigentes junto con la indexación.

Se absuelve a la demandada por intereses moratorios como quiera que lo que se reconoció fue una pensión de carácter convencional y por ende no es procedente la condena por dicho concepto.

Costas de primera instancia a cargo de la demandada y sin costas en esta instancia.

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

R E S U E L V E:

PRIMERO: REVOCAR la decisión de primera instancia y en su lugar, se **CONDENA** a la demandada al reconocimiento y pago de la la mesada

semestral para pensionados consagrada en el art. 15 de la convención colectiva del año 1990-1991 causada en los meses de junio de cada año, a partir del 18 de abril de 2010 en adelante hasta la fecha, en cuantía de una mesada semestral equivalente a 1.2 salarios mínimos convencionales vigentes junto con la indexación, de conformidad con lo antes expuesto.

SEGUNDO: Se declara probada la excepción de prescripción, respecto de las diferencias causadas con anterioridad a 18 de abril de 2010.

TERCERO: Absolver a la demandada de las demás pretensiones incoadas en su contra.

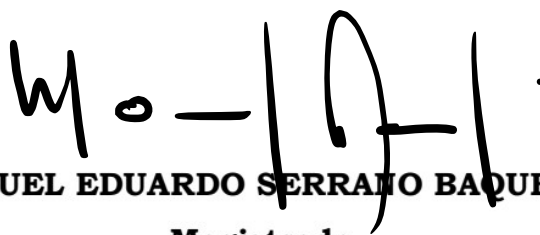
CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia. Las de primera instancia a cargo de la demandada y en favor de la parte actora.

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

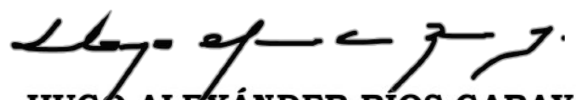
Los Magistrados,



MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado



HUGO ALEXÁNDER RÍOS GARAY
Magistrado

SALVO VOTO

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

PROCESO ORDINARIO No. 18-2018-044-02
ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA
DEMANDANTE: JOSÉ RICARDO ROA LÓPEZ Y OTROS
DEMANDADO: ECOPETROL S.A.

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

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

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado 18 Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 5 de julio de 2019.

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior a las partes para presentar alegaciones, fueron remitidas las de la entidad demandada Ecopetrol y la parte actora.

ANTECEDENTES

Los señores JOSÉ RICARDO ROA LÓPEZ, SAÚL CALDERÓN CALDERÓN, ANTONIO MANUEL DURÁN, NELSON HURTADO SÁNCHEZ, BLADIMIR MATEUS ALMENDRALES y ALBERTO MEJÍA LENGUA por intermedio de apoderado judicial, interponen demanda ordinaria laboral con el fin de que se CONDENE a ECOPETROL al reconocimiento y pago de la pensión convencional conforme al artículo 109 de la Convención Colectiva suscrita



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 18-2018-044-02 Dte: JOSÉ RICARDO LÓPEZ Y OTROS Ddo.: ECOPETROL S.A.

entre la Unión Sindical Obrera y la Empresa Colombiana de Petróleos S.A.
(fl.36)

HECHOS

Fundamentaron sus pretensiones señalando, en síntesis, lo siguiente:

- Que el señor José Roa ha venido prestando sus servicios a Ecopetrol desde el 20 de agosto de 1998 con contrato a término indefinido y antes del mismo tuvo contrato temporal desde 1982. Nació el 11 de abril de 1963.
- El señor Saúl Calderón prestó sus servicios a Ecopetrol a través de contrato a término indefinido desde el 27 de febrero de 2001 y antes de esa fecha con contrato temporal desde 1980. Nació el 21 de agosto de 1959.
- El señor Antonio Manuel Durán prestó sus servicios a Ecopetrol a través de contrato a término indefinido desde el 14 de enero de 2002 y antes de esa fecha con contrato temporal desde 1989. Nació el 22 de noviembre de 1959.
- El señor Nelson Hurtado prestó sus servicios a Ecopetrol a través de contrato a término indefinido desde el 14 de abril de 1980. Nació el 28 de marzo de 1957.
- El señor Bladimir Mateus prestó sus servicios a Ecopetrol a través de contrato a término indefinido desde el 7 de septiembre de 1998 y antes de esa fecha con contrato temporal desde 1980. Nació el 21 de diciembre de 1959.
- El señor Alberto Mejía prestó sus servicios a Ecopetrol a través de contrato a término indefinido desde el 2 de abril de 2001. Nació el 6 de noviembre de 1964.
- Todos los actores cumplen a cabalidad los requisitos para pensionarse convencionalmente (fl.8)

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda **ECOPETROL** se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos, aceptó los contenidos en los numerales 1, 2, 5, 6, 8 a 12, 15, 16, 37, 41, 42, 46, 47, 57 y 65 a 77 y manifestó no constarle los demás; propuso las excepciones de mérito las de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido y buena fe. (fl.651).



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 18-2018-044-02 Dte: JOSÉ RICARDO LÓPEZ Y OTROS Ddo.: ECOPETROL S.A.**DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA**

El Juzgado de conocimiento, resolvió ABSOLVER a la demandada de todas las pretensiones y condenó en costas a los demandantes. (fl.779)

Fundamentó su decisión el Juez de primer grado, señalando:

Problema jurídico es apreciar si los demandantes tienen o no derecho que se otorgue la pensión convencional predice el artículo 109 y 106 de la convención colectiva de trabajo suscrito entre la unión sindical obrera y la empresa Ecopetrol S.A, así como a las mesadas pensionales a partir del momento de su retiro, a las mesadas adicionales y a todo lo relacionado por la parte actoral según sus pretensiones de demanda visibles a folios 12 y siguientes del expediente. A efectos de resolver el problema jurídico planteado es importante señalar por parte de este juez es que no hubo discusión frente a la existencia de un contrato de trabajo entre empresa colombiana de petróleos Ecopetrol y cada uno de los demandantes así,

El señor José Ricardo Roa se logró constatar su contrato a término indefinido con fecha de inicio 20 08 del 98 el cuál se encuentra vigente tal como se vislumbra en folio 81 certificación expedida por la entidad demandada, Saúl Calderón Calderón contrato a término indefinido fecha de inicio 27 02 2001 se encuentra vigente folio 89 Alberto Mejía Lengua contrato a término indefinido inició 2 abril de 2001 se encuentra vigente folio 120, Vladimir Mateus Almendrales contrato a término indefinido fecha de inicio 7 09 98 se encuentra vigente folio 112, Manuel Antonio Durán Rey contrato a término indefinido fecha de inicio 14/01/2002 se encuentra vigente folio 94, Nelson Hurtado Sánchez contrato a término indefinido fecha de inicio 6/09/2011 se encuentra vigente folio 101.

A lo indicado anteriormente se debe precisar que los demandantes del contrato de trabajo suscribieron contratos a término fijo ahora igualmente se debe precisar que son beneficiarios de la convención colectiva lo cual alegan la cual se halla en folios 227 al 335 del expediente siendo la primera de ellas suscrita en el año 2001 con vigencia hasta el año 2002. Así, encuentra este despacho entonces que el señor José Ricardo Rojas López se encuentra afiliado al sindicato y por ello beneficiario de la convención colectiva desde 22 septiembre de 1997 folio 84, Saúl Calderón desde 14 febrero del 96 folio 92, Alberto Mejía desde el 14 de febrero del 96 folio 121 Vladimir Mateus Almendrales folio 113 afiliación 14 enero de 1996, Manuel Antonio Durán 12 de marzo del 97 folio 96, y Nelson Hurtado folio 99 de lo anterior entonces debo señalar que esta información fue emitida por la unión sindical y su directiva de Barrancabermeja en la cual se puede extraer que los demandantes son beneficiarios de la convención de colectiva de trabajo, ahora bien y si bien la entidad demandada perdón y si bien la unión sindical obrera emitió tales certificaciones expedidas a folios ya mencionados anteriormente el 84, 92, 121 113, 96 y 99. El despacho así los tendrá a efectos de tenerlos como afiliados y beneficiarios de la convención colectiva. Importa también resaltar



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 18-2018-044-02 Dte. JOSÉ RICARDO LÓPEZ Y OTROS Ddo.: ECOPETROL S.A.

en este punto que la parte demandada llegó dicha convención colectiva la cual no fue motivo de discusión por parte de la parte demandada, convención colectiva desde el año 2001 2002 y siguientes folios 227 al 335 del expediente por lo cual el despacho también le dará el valor probatorio correspondiente claro lo anterior entonces y teniendo cuenta que se encuentran demostrados los extremos laborales la modalidad contractual así como la afiliación a la organización sindical y por ende ser beneficiarios de la convención colectiva de trabajo, el despacho entonces procede a verificar si la empresa Ecopetrol S.A está obligada o no a pagar la pensión de jubilación convencional a partir del retiro de cada uno de los demandantes de acuerdo con lo establecido en el artículo 101 de la convención colectiva de trabajo visible a folios 227 al 335 del expediente cuyo artículo especial el 109 señala respecto a las pensiones lo siguiente:” La empresa continuará reconociendo la pensión vitalicia de jubilación de vejez cuál equivalente al 75% del promedio de los salarios devengados el último año de servicio a los trabajadores que habiendo llegado a la edad de 50 años le hayan prestado a la empresa los servicios por 20 años o más continuos o discontinuos en cualquier tiempo de conformidad con decreto 807 de 1994 con todo la empresa reconocerá la pensión plena de quienes habiendo prestado sus servicios por más de 20 años reúna 70 puntos en un sistema en el cual cada año en el cual cada año de servicio a Ecopetrol equivale a 1 punto y que cada año de edad equivale a otro punto, esta pensión de jubilación se reconocerá a solicitud del trabajador por decisión de la empresa”; ver folio 272 se da el caso entonces a estudiar si cada 1 de los demandantes cumplen o no con cada uno de los requisitos allí establecidos, no obstante lo anterior la parte demandada alegó que dicha norma se encuentra debidamente derogada por el acto legislativo 01 del año 2005 que dispuso la limitación de algunos derechos de orden convencional con la finalidad de lograr entre otras cosas la unificación del sistema general de seguridad social en pensiones de todos los colombianos por tanto el despacho procede analizar dicha petición así: señala entonces el acto legislativo 01 de 2005 en su parágrafo segundo lo siguiente “ a partir de la vigencia del acto legislativo no podrán establecerse en pactos convencionales colectivos de trabajo laudos o actos jurídicos algunos condiciones vi pensionales diferentes a los establecidos en la ley del sistema general de seguridad social en pensiones parágrafo transitorio 2 sin perjuicio de los derechos adquiridos al régimen aplicable a las fuerzas militares, al presidente de la república y estableciendo el parágrafo del presente artículo y su vigencia de los regímenes pensiones especiales de los aceptados así como cualquier otro distinto al establecido de manera permanente en las leyes del sistema general de seguridad social expirara el 31 julio del año 2010. Parágrafo transitorio 3 continuó “ las reglas de carácter pensional que rigen a la fecha de la vigencia del presente acto legislativo contenidas en pactos, convenciones colectivas de trabajo, laudos o acuerdos válidamente celebrados se mantendrán por el termino inicialmente estipulado en los pactos, convenciones o laudos que se suscriban entre la vigencia el acto legislativo 31 de julio del año 2010 no podrán estipularse condiciones pensionales más favorables de los que se encuentran actualmente vigentes en todo caso perderán vigencia el 31/07/2010 “ de la lectura desde el simple texto antes señalados se puede concluir que algunos derechos pensionales contenidos en la convención colectiva de trabajo como la que hoy se discute pueden haber sufrido cambios de conformidad es por ello que la corte suprema de justicia en



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 18-2018-044-02 Dte: JOSÉ RICARDO LÓPEZ Y OTROS Ddo.: ECOPEPETROL S.A.

sala de casación laboral sentencia del 3/04 del año 2008 magistrado ponente Gustavo Géneco Mendoza radicación 29907 sobre la aplicación de dicho acto legislativo en convenciones colectivas de trabajo señaló: “pero es claro que quedan a salvo conforme se dejó expresado los derechos adquiridos al amparo de los actos jurídicos con aliento antes de esa fecha los que merecen acatamiento y respeto y en manera alguna pueden ser desconocidos o vulnerados, consciente el constituyente de la existencia momento de comenzar a regir acto legislativo 01 de 2005 de convenciones colectivas, pactos, laudos arbitrales o acuerdos válidamente celebrados, dispuso una especie de régimen de transición a los siguientes términos. Las reglas de carácter pensional que rigen a la fecha el presente acto legislativo contenidos en los pactos, convenciones colectivas, laudos arbitrales válidamente celebrados se mantendrán por el termino inicialmente estipulado en los pactos, convenciones o laudos que se suscriban entre la vigencia del acto legislativo y el 31 de Julio del año 2010, no podrán estipularse condiciones pensionales más favorables que las que se encuentran actualmente vigentes en todo caso perderán vigencia el 31 de 07 del año 2010. Del texto citado entonces se desprende que perderán vigencia en vigor el 31/07/2010 serán las reglas de carácter pensional que rigen a la vigencia del acto legislativo pero como es obvio concluir no los derechos que se hubieren causado antes de esa fecha al amparo de la reglas pensionales, no encuentra esta corte que el propósito del constituyente al reformar el artículo 48 de la carta política fuese la de eliminar los derechos pensionales de naturaleza extralegal adquiridos antes del 31/07/2010 pues en la exposición de motivos siempre se hizo referencia a los regímenes pensionales y en el texto presentado a consideración del congreso que se mantuvo en la norma finalmente aprobada se habló de reglas especiales en materia pensional, un derecho no puede ser confundido con un régimen o con la regla y ese entendimiento resulta acorde con el propósito del constituyente de garantizar los derechos adquiridos pues una cosa es la vigencia de un acto jurídico acreedor de un derecho para este caso una regla y otra diferente la vigencia del derecho una vez que ha sido adquirido por cumplir el destinatario la norma de los requisitos establecidos en dicho acto; desde luego la existencia del derecho y su exigibilidad no dependen del aliento jurídico o la norma que lo creó pues lo que interesa es que se haya causado o consolidado, esto es entrado al patrimonio mientras la norma rigió, así secularmente lo ha entendido la tradicional doctrina de los derechos adquiridos y obviamente no puede ser cambiado por un acto legislativo”, en armonía con lo anterior entonces la corte constitucional en sentencia T- 744 del 2007 respecto a las diferencias entre derechos adquiridos y expectativas señaló que se configuran de hecho adquirido cuando las premisas o presupuestos contemplados en la norma más se cumplen plenamente en cabeza del beneficiario, derechos que bajo el amparo del artículo 58 la carta política no pueden ser afectados o desconocidos por normas posteriores, por el contrario señalo también la corte constitucional en dicho fallo que son expectativas legítimas y no derechos adquiridos aquellas situaciones jurídicas que si bien iniciaron con anterioridad a la vigencia de la norma no se han perfeccionado al no haberse cumplido la totalidad los supuestos fácticos requeridos para su consolidación y por lo tanto a diferencia de los derechos adquiridos dichas expectativas si pueden ser afectadas por normas posteriores, igualmente la sentencia del 3/05/2011 con radicado 39495 emitida por la honorable corte suprema de



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 18-2018-044-02 Dte: JOSÉ RICARDO LÓPEZ Y OTROS Ddo.: ECOPEPETROL S.A.

justicia sala de casación laboral adoctrino que las condiciones pensionales que rigen a la fecha el acto legislativo según el año 2005 contenidas en convenios colectivos, laudos o acuerdos válidamente celebrados mantiene su vigencia por el termino inicialmente estipulado sin que se puedan pactar condiciones pensionales más favorables a las que se encontraban vigentes a 31 de julio del año 2010 precisando que en el evento en que una convención colectiva estuviera en curso al momento de no entrar en vigencia el acto legislativo dicho acto jurídico perdería totalmente su vigencia al entrar en vigencia dicho acto después del 31 julio del año 2010, así las cosas se puede concluir que sólo estarán aplicables los derechos convencionales de aquellas personas que antes del 31 julio del 2010 hubieran completado la totalidad de los requisitos exigidos por la convención colectiva esto es el artículo 109 hoy 106 visible a folios 272, esto es el tiempo de servicios 70 puntos y la edad, así procede entonces el despacho a analizar cada caso en particular con el fin de verificar si se dio cumplimiento o no a tales requisitos para el caso del señor

José Ricardo Rojas se tiene entonces que inició el contrato de trabajo el día 20 agosto de 1998 inicialmente todos ellos con un contrato a término fijo y posteriormente convertido a término indefinido el cual se encuentra vigente se verifica dicha situación a folio 81 el expediente, el demandante, estas personas al 31 julio de 2010 tenía 47 años el tiempo de servicio de 28 años 8 meses y 27 días folios 745 y tiempo de servicio 20 años. Por edad y tiempo su calificación es menor de 70 puntos.

El señor Saúl Calderón también tiene un contrato a término indefinido, inició 27 febrero del año 2001 se encuentra vigente folio 89 edad al 31 julio de julio de 2010, 50 años tiempo de servicio 26 años 9 meses y 18 días folios 746 tiempo de servicio 18 años juntos la edad menos 70 puntos, Inferior perdón a 70 puntos.

Alberto Mejía Lengua contrato a término indefinido vigencia del de este contrato 2 abril de 2001 vigente folio 120, edad al 31 julio el año 2010 45 años tiempo de servicio 26 años, tiempo de servicio al año 2010, 18 años puntos menos de 70.

Vladimir Mateus Almendrales término indefinido 7/09/1998 fecha de inicio se encuentra vigente folio 112 edad al 31/ 07/2010 53 años tiempo de servicios 25 años tiempo de servicio al año 2010 17 años, puntos por edad inferior a 70,

Manuel Duran Rey término indefinido 14/01/2002 se encuentra vigente folio 94 edad al 31 de julio del año 2010, 50 años tiempo de servicio 22 años 1 mes y 25 días tiempo de servicio al año 2010, 14 años puntos por edad menos de 70 puntos,

Nelson Hurtado Sánchez, término indefinido 9/6/2011 fecha de inicio se encuentra vigente folio 101, edad al 31 07 2010, 53 años tiempo de servicio hasta el año 2018, 21 años 9 meses y 1 día tiempo de servicio al acto legislativo 01 del 2005 13 años, puntos y edad menor a 70, la información expuesta entonces tiene como asideros las certificaciones laborales emitidas por la entidad demandada Ecopetrol, así como las copias de los registros civiles de nacimiento obrantes para cada uno de los demandantes folio 82,90,92,93.97 y 110 respectivamente. Con base en estos últimos documentales se pudo establecer que los



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 18-2018-044-02 Dte: JOSÉ RICARDO LÓPEZ Y OTROS Ddo.: ECOPEPETROL S.A.

requisitos de edad y tiempo de servicio, se puede corroborar en el sistema de puntos de acuerdo con lo señalado en precedencia, así las cosas se tiene entonces que los demandantes José Ricardo Roa y Alberto Mejía Lengua no lograron cumplir el primero de los requisitos que es la edad pues como se evidenció en líneas anteriores los actores al 31 julio del año 2010 no tenían la edad de 50 años conforme lo exige la convención colectiva de trabajo así las cosas y por sustracción de materia no hay lugar a estudiar los demás requisitos exigidos por los mismos deben confluir de manera simultánea acorde con lo indicado en la convención colectiva y como consecuencia considera el despacho que tales personas nos pueden ser acreedores al beneficio señalado en precedencia. Siguiendo con el estudio se encuentra entonces que los demandantes Saúl Calderón Calderón, Vladimir Mateus Almendrales, Manuel Antonio Durán Rey Y Nelson Hurtado Sánchez evidenciando que frente a esos actores en primera instancia cumple con el requisito de edad que es tener más de 50 años en la entrada en vigencia del acto legislativo, esto es al 31 de Julio del año 2010, el despacho entra a verificar los requisitos restantes esto es acreditar el tiempo de servicio a favor de la demanda en un término superior a los 20 años.

Con el fin de hacerse acreedor a los 70 puntos ordenados en la convención colectiva respecto al segundo requisito esto es el tiempo de servicio, encuentra el despacho que el señor Saúl Calderón, laboró un total de tiempo de servicios hasta el año 2018 de 28 años 8 meses y 27 días perdón 26 años 9 meses y 18 días y el tiempo de servicio al acto legislativo a 31 de julio del año 2010, fue de 18 años, el señor Vladimir Mateus Almendrales, laboró hasta el año 2018, 25 años 7 meses 28 días folio 749, sin embargo al entrar en vigencia a 31 julio del año 2010 él mismo laboró 17 años, el señor Manuel Antonio Durán Rey, laboró al año 2018, 22 años 1 mes y 25 días no obstante al 31 julio del año 2010 laboró sólo 14 años y el señor Nelson hurtado Sánchez, laboró al 2018, 21 años 9 meses y 1 día y a 31 de julio del año 2010, laboró solamente 13 años como quiera que los demandantes entonces ninguno de ellos cumple con más de 20 años de servicio en la entrada en vigencia del acto legislativo 01 del año 2005 y más exactamente el párrafo transitorio 3, esto es a 31 julio el año 2010, considera este despacho que no pueden ser acreedores a la pensión que reclaman pues insiste este estrado judicial de acuerdo con la jurisprudencia señalada en presidencia todos los requisitos deben confluir en su totalidad antes del 31 julio de 2010 importa resaltar en este punto que la honorable corte suprema de justicia de vieja data ha señalado que el requisito de la edad en tratándose de pensiones de orden convencional no de pensión sanción es un requisito para la configuración del derecho y no un requisito de mera exigibilidad, así lo ha venido diciendo la honorable corte suprema de justicia de forma pacífica en sentencia del 2 abril del año 2008 magistrado ponente Camilo Tarquino Gallego radicación 32736 en la cual señala “no resulta manifiestamente descabellado entender que los 2 requisitos de edad y tiempo de servicio deben estar satisfechos en vigencia del contrato de trabajo. Más adelante conviene reiterar lo ya dicho en 2 ocasiones en sentencia del año de 1996 en las cuales la corte volviendo sobre lo que constituye su verdadera labor doctrinaria ha dejado claramente sentado que no es función suya en sala de casación fijar el sentido como norma a las convenciones colectivas puesto que no obstante la gran importancia que tiene la relaciones obrero patronales y en la formación del derecho al trabajo jamás puede participar de las



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 18-2018-044-02 Dte: JOSÉ RICARDO LÓPEZ Y OTROS Ddo.: ECOPEPETROL S.A.

características propias de las normas al alcance nacional que por lo mismo son las partes el primer término llamado a determinar su sentido y alcance, precisamente en razón al origen la finalidad la convención colectiva de trabajo carece de ella, del alcance nacional que tienen las leyes de trabajo sobre las cuales le corresponde a la corte interpretar y sentar criterios jurisprudenciales por lo tanto actuó como tribunal de casación, lo único que puede hacer y por ello y cuando las características del desatino sean de tal envergadura que pueden considerarse errores de hecho manifiesto es corregir la equivocada valoración de las pruebas de tales convenios normativos de los condiciones generales de trabajo”, en este orden de ideas considera este despacho entonces qué siguiendo tales precedentes jurisprudenciales considera el despacho que los demandantes no cumple con los requisitos establecidos por la convención colectiva de trabajo con vigencia al 31 de julio del año 2010 por lo que este despacho deberá absolver a la parte demandada de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, finalmente el despacho deberá señalar en este punto que no son de recibo los argumentos presentados por la parte demandante en el sentido de tener a estas personas como exceptuadas del régimen de transición pues como se señaló en precedencia más exactamente en los actos legislativos 01 del año 2005 lo que genera el límite en el tiempo de la vigencia de dichas convenciones colectivas se da en razón a la misma esto es a la convención colectiva propia y no a la naturaleza de sus trabajadores cómo se logra extraer del contenido normativo, así las cosas el despacho entonces deberá absolver a la entidad demandada de todas y cada una de las pretensiones incoadas por los señores demandantes y procederá a declarar probada la excepciones de inexistencia de la obligación propuesta por la pasiva.

RECURSO DE APELACIÓN

Demandante

Señor juez con todo respeto interpongo recurso de apelación contra la decisión tomada en esta audiencia y sustento el recurso el recurso con 6 argumento: Siguiendo más o menos el orden de la providencia dictada por usted y un aspecto el sexto al final sobre lo que no se tuvo en cuenta. El primer argumento hace relación al plan 70 y al tiempo de servicios y edad de mis poderdantes, el juzgado tuvo en cuenta los contratos a término indefinido y los de a término fijo, pero frente a la prueba obrante en el expediente, no hizo consideración alguna sobre la prórroga legal ni sobre el término fijado en la convención, me explico en el peor de los casos, la prórroga legal establecida en el código sustantivo del trabajo sería de 6 meses a partir del mes de julio del año 2010 y eso no fue apreciado en la sentencia ni menos fue apreciado qué en la convención colectiva suscrita en el año 2009 se expresó lo que venía señalándose exactamente desde el siglo pasado en el tema de pensiones convencionales es decir que no hubo una modificación y por lo tanto el término terminaba en el año 2014 cuando finalizó la convención colectiva que reprodujo los ya existentes sin modificación alguna. El segundo argumento invoca el juzgado el parágrafo 2 del acto legislativo número 01 del 2005 y los parágrafos transitorios 2 y 3, el parágrafo 2 del acto legislativo número 01 del 2005 no puede aplicarse a los trabajadores de Ecopetrol que venía laborando antes del laudo arbitral del 2003 porque para ellos existía un régimen exceptuado al sistema general de pensiones y



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 18-2018-044-02 Dte: JOSÉ RICARDO LÓPEZ Y OTROS Ddo.: ECOPETROL S.A.

el párrafo se refiere al sistema general de pensiones, en cuanto al párrafo transitorio 2 allí lo que se habla es desde regímenes no de condiciones para adquirir la pensión es decir que el legislador no podrá crear regímenes especiales ni exceptuados hacia el futuro y el párrafo transitorio 3, fue la argumentación central de mi alegato antes de la sentencia, argumentación no tenida en cuenta en el sentido de que la tercera proposición jurídica de ese párrafo transitorio 3, no tiene sujeto expreso, luego no se puede predicar para todo el mundo jurídico de las pensiones sino que hay que buscar un sujeto tácito que está en las reglas y en las condiciones dentro de las modalidades señaladas en el párrafo transitorio 3. Tercer argumento habla de derechos adquiridos y de simples expectativas, el tema de las simples expectativas es un tema muy difícil de traerlo a referencia tratándose de pensiones convencionales por qué una pensión convencional establece una condición y resulta que lo referente a una simple expectativa únicamente aparece dentro de la legislación colombiana en el artículo 17 de la ley 153 de 1887 y en lo que tiene que ver con obligaciones condicionales hay todo un capítulo del código civil señalando los principios de las obligaciones convencionales y hay un artículo expreso en la ley 153 de 1887 es el artículo 30 en donde dice cómo esa condición cuándo se fija va a a regir la normatividad anterior salvo alguna excepción que el mismo artículo 30 señala y que no tiene nada que ver con lo que se viene discutiendo, el cuarto punto que planteó, hace referencia a la edad como requisito de procedibilidad, el juzgado indica que ese requisito de procedibilidad de la edad es única y exclusivamente para la pensión sanción con todo respeto con el juzgado y con la opinión de que la corte suprema resulta que la constitución política de Colombia establece en el artículo 25 que el trabajo crea deberes, obligaciones y derechos entonces si el trabajo es una obligación no se ve porque el requisito de procedibilidad de la edad única y exclusivamente es para aquellas pensiones, para aquellas pensiones sanciones donde ya el trabajador es ex trabajador serio un absurdo que se protegiera al ex trabajador y que no se protejan al trabajador y por último lo que no fue tenido en cuenta en la sentencia que son temas muy importantes y que ni se dijo que se rechazaba ni se dijo si se aceptaría o no, hay 1 artículo, el artículo primero del decreto 807 de 1994 expresamente para los trabajadores de Ecopetrol, donde expresamente se dice que rige lo anterior a la vigencia de la ley 100 de 1993 hay una ley posterior al acto legislativo número 1 del año 2005 la ley 1118 del año 2006, en su artículo VII expresamente indica que los trabajadores y pensionados de Ecopetrol S.A continuarán rigiéndose por las normas que hoy les son aplicables en materia de seguridad social haciendo referencia expresa ese artículo a la convención colectiva del trabajo y al acuerdo 01 de 1977 firmado en Ecopetrol, y hay 1 decreto el 1833 del 2016 artículo 2.2.4.10.2, en donde se reproduce el artículo 279 de la ley 100 de 1993 y en el artículo siguiente se va prácticamente hablar de pensión compartida, esas normas no fueron analizadas en la sentencia por qué si se quieren expulsar del mundo jurídico se requiere es una sentencia de inconstitucionalidad o una decisión de nulidad o en el caso más extremo que el señor juez sugiere indicado que aplicaría la excepción de inconstitucionalidad pero no lo dijo, entonces si no dijo que aplica la excepción de inconstitucionalidad quedan desprotegidos los trabajadores que me han otorgado poder, porque normas vigentes no les serían aplicados a ellos, otro aspecto que ese acudió, no se estudió fue el del margen apreciación, es evidente que si una recomendación



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 18-2018-044-02 Dte: JOSÉ RICARDO LÓPEZ Y OTROS Ddo.: ECOPEPETROL S.A.

que es aprobada por el consejo de administración tiene poder vinculante, la SU-555 del año 2014, se inventó lo del margen de apreciación, pero el margen de apreciación no puede tener cabida frente a disposiciones tripartitas como son las acordadas en la OIT, ni tampoco el juzgado se refirió a la pretensión 13 en la cual se indica que cuando asuma Col pensiones el reconocimiento de la pensión y 4 veces de mis poderdante ya han superado los 60 años, debe acudirse a la pensión compartida porque así lo señala en capítulo especial sobre col pensiones el decreto 1833 del año 2016, es más, en ese decreto se dice que col pensiones le emite un bono a Ecopetrol para efectos del pago de las pensiones y lo que está ocurriendo en la práctica, es que Ecopetrol le emite un bono a col pensiones para el reconocimiento de las pensiones dentro del régimen ordinario, es decir qué hay aspectos no analizados en el fallo y esto por consiguiente solicitó muy respetuosamente al honorable tribunal que sea tenido en cuenta en el momento de decidir, muy amable doctor.

CONSIDERACIONES

Los demandantes pretenden que se les reconozca la pensión de jubilación convencional contemplada en el artículo 109 de la convención colectiva con vigencia 2001-2002 conforme consta a folio 226 en adelante del expediente, en donde se evidencia la respectiva constancia de depósito como reposa a folio 226 vuelto del expediente.

Ahora bien, el artículo en comento señala:

“ARTÍCULO 109.- *La Empresa continuará reconociendo la pensión legal vitalicia de jubilación o vejez, equivalente al 75% del promedio de los salarios devengados en el último año de servicios a los trabajadores que habiendo llegado a la edad de 50 años le hayan prestado servicios por 20 años o más, continuos o discontinuos, en cualquier tiempo, de conformidad con el Decreto 807 de 1994. Con todo, la Empresa reconocerá la pensión plena a quienes habiendo prestado servicios por más de 20 años, reúnan 70 puntos en un sistema en el cual cada año de servicio a Ecopetrol equivale a un punto y cada año de edad equivale a otro punto...”*

Para resolver el objeto de la apelación, es menester aclarar que de lo dispuesto en el Acto Legislativo No. 1 de 2005 se extrae una regla general, consistente en que a partir de la vigencia del citado Acto no se pueden acordar en pactos, convenciones colectivas, laudos o actos jurídicos, regímenes pensionales diferentes a los establecidos en las leyes que regulan el Sistema General de Pensiones, pues dispone en el parágrafo 2º lo siguiente:



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 18-2018-044-02 Dte: JOSÉ RICARDO LÓPEZ Y OTROS Ddo.: ECOPEPETROL S.A.

"Parágrafo 2°. A partir de la vigencia del presente Acto Legislativo no podrán establecerse en pactos, convenciones colectivas de trabajo, laudos o acto jurídico alguno, condiciones pensionales diferentes a las establecidas en las leyes del Sistema General de Pensiones".

*"Parágrafo transitorio 2°. Sin perjuicio de los derechos adquiridos, el régimen aplicable a los miembros de la Fuerza Pública y al Presidente de la República, y lo establecido en los párrafos del presente artículo, **la vigencia de los regímenes pensionales especiales, los exceptuados, así como cualquier otro distinto al establecido de manera permanente en las leyes del Sistema General de Pensiones expirará el 31 de julio del año 2010**".*

*"Parágrafo transitorio 3°. Las reglas de carácter pensional que rigen a la fecha de vigencia de este Acto Legislativo contenidas en pactos, convenciones colectivas de trabajo, laudos o acuerdos válidamente celebrados, se mantendrán por el término inicialmente estipulado. **En los pactos, convenciones o laudos que se suscriban entre la vigencia de este Acto Legislativo y el 31 de julio de 2010, no podrán estipularse condiciones pensionales más favorables que las que se encuentren actualmente vigentes. En todo caso perderán vigencia el 31 de julio de 2010**".*

Lo anterior trae como consecuencia que, desde entonces, no es lícito que los convenios colectivos de trabajo o actos jurídicos de cualquier clase, establezcan sistemas pensionales distintos a los implementados por la ley, aun cuando sean más favorables a los trabajadores.

No obstante, quedaba vigente un régimen transitorio que permitía que las condiciones pensionales que regían a la fecha de entrada en vigencia del Acto Legislativo y que se encontraban contenidas en convenios colectivos de trabajo, laudos o acuerdos válidamente celebrados, mantuvieran su vigencia por el término inicialmente estipulado, término que hace alusión a la duración del convenio colectivo, de manera que, si ese término estaba en curso al momento de entrada en vigencia del acto legislativo, dicho acto jurídico regiría hasta cuando este finalizara.

Sin embargo, la convención colectiva de trabajo perdía totalmente su vigencia en cuanto a pensiones se refiera el 31 de julio de 2010; lo anterior,



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 18-2018-044-02 Dte: JOSÉ RICARDO LÓPEZ Y OTROS Ddo.: ECOPETROL S.A.

con el fin de que las pensiones fueran reguladas exclusivamente por la ley de seguridad social. Por ello, a partir del 31 de julio de 2010 perdieron vigor las normas convencionales de carácter pensional que regían a la fecha de vigencia del Acto Legislativo, pero no los derechos que se hubieran causado, así quedó expuesto además en la sentencia SU 555 de 2014.

La citada disposición concedió un plazo o término dentro del cual las personas que **tenían una expectativa de reconocimiento de la pensión convencional** podían alcanzar a cumplir los requisitos allí establecidos; ese periodo fue determinado en forma expresa al decir la fecha en que expiraban los regímenes contenidos en pactos, convenciones, laudos o acuerdo y por ello las norma convencionales seguían aplicándose entre el 29 de julio de 2005, fecha de entrada en vigencia del acto legislativo y el 31 de julio de 2010; periodo dentro del cual, solamente quienes cumplieran los requisitos convencionales tendrían derecho al reconocimiento de dicha prestación.

Frente a este tema **recientemente se pronunció la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia** en sentencia SL2543-2020 Radicación n. 60763 del 15 de julio de 2020, en donde dijo:

*“Teniendo en cuenta todo lo expuesto en líneas precedentes, **la Sala considera necesario precisar aquí y ahora su postura, en el sentido de señalar que en aplicación del parágrafo transitorio 3 del Acto Legislativo 01 de 2005, cuando la convención colectiva se encuentre surtiendo efectos a la fecha de entrada en vigor la enmienda constitucional -29 de julio de 2005-, cualquiera sea el motivo para ello -en curso de la vigencia inicial pactada por las partes, en curso de alguna de las prórrogas prevista en la ley o en trámite de resolución de conflicto suscitado por denuncia de la convención-, la extinción de las reglas pensionales allí convenidas, solo se producirá al vencimiento de los plazos o de las prórrogas automáticas producidas por mandato del artículo 478 del CST o por la firma de una nueva convención; que en todo caso perderán vigencia el 31 de julio de 2010. El nuevo criterio jurisprudencial encuentra soporte, también, en el derecho a la seguridad social en relación con el acceso a las pensiones, como garantía fundamental de los ciudadanos, derecho reconocido en diferentes instrumentos internacionales, tales como la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 -ratificado en 1948-, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 -aprobado por la Ley 74 de 1968- y, el Protocolo de San Salvador de 1988 -aprobado por la Ley 319 de 1996-.”***



Tribunal Superior Bogotá
Proceso Ordinario Laboral No. 18-2018-044-02 Dte: JOSÉ RICARDO LÓPEZ Y OTROS Ddo.: ECOPEPETROL S.A.

Y el 16 de septiembre de esta anualidad, la misma Corporación señaló en sentencia SL3635-2020 Radicación N.º 74271:

“En conclusión, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, rectifica parcialmente su criterio **sentado en las sentencias precitadas y, en su lugar, precisa que, en materia pensional consagrada en convenciones colectivas de trabajo, laudos o pactos, a la luz del Acto Legislativo 01 de 2005 las pautas que regulan el asunto, son las siguientes:**

- a) En los eventos en que las reglas pensionales de carácter convencional suscritas antes de la expedición del Acto Legislativo 01 de 2005 y al 29 de julio del mismo año se encontraban en curso, mantendrá su eficacia por el término inicialmente pactado, aún con posterioridad al 31 de julio de 2010, hasta cuando se llegue al plazo acordado.*
- b) Si al 29 de julio de 2005, fecha de entrada en vigencia del acto legislativo en mención, respecto del convenio colectivo estaba operando la prórroga automática consagrada en el artículo 478 del Código Sustantivo de Trabajo y las partes no presentaron la denuncia en los términos del artículo 479 ibidem, las prerrogativas pensionales se extendieron solo hasta el 31 de julio de 2010.*
- c) Si la convención colectiva de trabajo se denunció y se trabó el conflicto colectivo, los acuerdos pensionales, por ministerio de la ley se mantuvieron según las reglas legales de la prórroga automática, hasta el 31 de julio de 2010 y, en tal caso, ni las partes ni los árbitros podían establecer condiciones más favorables a las previstas en el sistema general de pensiones entre la fecha en la que entró en vigencia el Acto Legislativo y el 31 de julio de 2010.”*

Definido lo anterior y descendiendo al cado objeto de estudio se tiene que **los demandantes, a 29 de julio de 2005** que fue la fecha de entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005 **no tenían ningún derecho adquirido**, pues para ese entonces aunque algunos contaban con la edad de 50 años, no con el tiempo de servicios por lo siguiente:

DEMANDANTE	FECHA NACIMIENTO	50 AÑOS DE EDAD	EDAD A 31	AÑOS DE SERVICIO A	PUNTOS



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 18-2018-044-02 Dte: JOSÉ RICARDO LÓPEZ Y OTROS Ddo.: ECOPEPETROL S.A.

			JULIO 2010	31 JULIO 2010	
José Ricardo Roa López	11 abril 1963 (fl.83)	11 abril 2013	47	20	67
Saúl Calderón Calderón	21 agosto 1959	21 agosto 2009	50	18	68
Antonio Manuel Durán,	28 marzo 1957	28 marzo 2007	53	14	64
Nelson Hurtado Sánchez	28 marzo 1957	28 marzo 2007	53	14	64
Bladimir Mateus Almendrales	21 diciembre 1956	21 diciembre 2006	53	17	67
Alberto Mejía Lengua	6 noviembre 1964	6 noviembre 2014	45	18	63

Así las cosas, se tiene que los demandantes no reunieron los requisitos establecidos en la convención antes del 31 de julio de 2010, es decir, dentro del plazo estipulado en el Acto Legislativo No. 1° de 2005 y conforme fue aclarado lo relacionado con el “límite temporal” por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y por ello no le era posible mantenerles la expectativa para el reconocimiento pensional.

Finalmente, valga aclarar que frente a las recomendaciones internacionales de la OIT en cuanto a si ofrecen fuerza vinculante, la Corte Suprema de Justicia en sentencia T 32703 de 2011 expuso: **la CORTE considera, en primer término, que los jueces y tribunales de la República no pueden ser sustituidos por ningún órgano administrativo o de investigación de organización supranacional alguna, carente de capacidad para imponer**



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 18-2018-044-02 Dte: JOSÉ RICARDO LÓPEZ Y OTROS Ddo.: ECOPETROL S.A.

obligaciones a uno de sus estados miembros, a la luz de las normas internacionales. Es el caso del Comité de Libertad Sindical, integrado por nueve personas designadas por el Consejo de Administración de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), no por la Conferencia -su máxima autoridad-, y cuyas atribuciones tienen el carácter de una indagación preliminar, sumaria, informal y nunca judicial. Así, pues, las “invitaciones” y “recomendaciones” del prenombrado Comité no asumen la naturaleza de regla vinculante, ni se pueden equiparar, de ningún modo, a orden proveniente de tribunal supranacional de justicia alguno, ni mucho menos se asimilan a un Convenio, éste sí verdadera fuente formal de derecho internacional de ineludible acatamiento en virtud del principio *pacta sunt servanda*”.

Por tanto, no queda solución diferente a la de confirmar la sentencia apelada por lo expuesto.

Sin costas en esta instancia.

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

R E S U E L V E:

PRIMERO: CONFIRMAR en todas sus partes la sentencia apelada, conforme a lo expuesto.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

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

Los Magistrados,

MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada



Tribunal Superior Bogotá
Proceso Ordinario Laboral No. 18-2018-044-02 Dte: JOSÉ RICARDO LÓPEZ Y OTROS Ddo.: ECOPEPETROL S.A.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado


HUGO ALEXÁNDER RÍOS GARAY
Magistrado

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

PROCESO ORDINARIO No. 21 2018 484 01
ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA
DEMANDANTE: GENSER EFREN CALDERON REYES
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTRO

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

**MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE**

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

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

SENTENCIA

Revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de esta Ciudad, de fecha 18 de septiembre de 2019, por la apelación presentada por las demandadas y dando aplicación al grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

ALEGACIONES

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

ANTECEDENTES



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 21 2018 484 01 Dte: GENSER EFREN CALDERON REYES Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

El señor GENSER EFREN CALDERON REYS por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se declare que fue la nulidad del traslado de régimen pensional efectuada a PORVENIR S.A. ante el asesoramiento equivocado. Que como consecuencia de lo anterior, se condene a la demandada PORVENIR S.A. entidad que en la actualidad posee sus cotizaciones a entregar o restituir a COLPENSIONES los valores obtenidos en virtud de su vinculación, como cotizaciones con todos los rendimientos que se hubiesen causado y a esta última entidad a recibir los mismos. Finalmente solicita se condene a las demandadas al pago de las costas y agencias en derecho (fls. 4)

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando en síntesis:

- Que nació el 7 de septiembre de 1957 y actualmente cuenta con 60 años de edad.
- Que efectuó cotizaciones al régimen de prima media con prestación definida 601 semanas y en toda su vida laboral 1586.
- Que el 23 de 1999 se trasladó del ISS a PORVENIR S.A., y que la asesoría brindada se basó en que la mesada pensional que recibiría sería más alta en el fondo privado
- Que le indicaron que el ISS se iba a acabar y que sus aportes se podían perder.
- Que no indicaron respecto de la posibilidad de trasladarse cuando le faltaren más de 10 años.
- Que tampoco le indicaron las posibilidades o alternativas de ahorro voluntario y cualquier otra clase de alternativa a fin de evitarle un detrimento. (fl.- 5 -6)

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, COLPENSIONES, se opuso a la prosperidad de las pretensiones invocadas en su contra, respecto de los hechos señaló que son



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 21 2018 484 01 Dte: GENSER EFREN CALDERON
REYES Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

ciertos los enlistados en los numerales 1 a 3, 12 a 14, 24 y 25, para los demás señaló que no lo son o que no le constan. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe y prescripción. (fl. 51 – 62)

Por su parte la demandada PORVENIR S.A., se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos, aceptó los contenidos en los numerales 1, 2, 6 y 23, para los demás, señaló que no lo son o que no le constan. Propuso las excepciones las que denominó prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de las obligaciones de tracto sucesivo, enriquecimiento sin justa causa y ausencia de responsabilidad atribuible a la demandada. (fl.- 88 - 114).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, en audiencia de fecha 18 de septiembre de 2019, decidió: (fl.- 145 - 146)

1. Declarar la ineficacia del traslado del régimen de prima media con prestación definida del régimen pensional efectuado por el demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad con fecha 23 de febrero de 1999 con efectividad a partir del 1 de abril de 1999 por intermedio de Porvenir, y en consecuencia declarar como afiliación válida la del régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones tal como se dijo en las consideraciones de esta decisión.
2. Condenar a Porvenir al trasladar los aportes pensionales, cotizaciones, bonos pensionales, con todos sus frutos intereses, sin indexación alguna por concepto de gastos de administración, traslados contenidos en cuenta de ahorro individual del demandante a Colpensiones, para lo cual se le da el término de un mes.
3. Condenar a Colpensiones a activar la afiliación del demandante en el régimen de prima media con prestación definida y actualizar su historial laboral.
4. Absolver a Porvenir de las demás pretensiones incoadas en su contra
5. Declarar no probada las excepciones propuestas por las entidades demandadas conforme a lo motivado.



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 21 2018 484 01 Dte: GENSER EFREN CALDERON
REYES Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

6. Costas a cargo de Porvenir fijando como agencias en derecho la suma de un millón de pesos las cuales deberán ser liquidadas por secretaria, sin costas respecto a colpensiones.
7. Consulte esta decisión con superior

Fundamentó su decisión la Juez de primer grado señalando:

“Pretende el señor Efren Calderón Reyes por intermedio de apoderado que contra la administradora colombiana de pensiones Colpensiones y la sociedad administradora de fondos de pensiones y cesantías Porvenir, se declare nulo el acto de afiliación por medio del cual se efectuó el traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, y, en consecuencia, se ordene la devolución de aportes y rendimientos de semanas cotizadas. Solicita también que, en caso de no prosperar la nulidad, de manera subsidiaria se condene a Porvenir a que pague una mesada pensional de vejez igual o equivalente a la que hubiere recibido en Colpensiones. Las pretensiones se sustentan en los hechos de la demanda que se encuentran en folios 5 y 6 del expediente. Una vez se admite la demanda, se notifica a las entidades demandadas quienes contestan en la oportunidad oponiéndose a las suplicas de la demanda como se observa en folios 51, 62 88 a 114, se encuentran reunidos los presupuestos procesales para emitir una decisión de fondo; así mismo no observa el despacho que exista una causal de nulidad que pudiera invalidar lo que hasta aquí se ha actuado.

El problema jurídico que debe resolver el despacho es si es nulo o ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad efectuado por el señor Efren Calderón Reyes a través de porvenir por ende deciden trasladarse los aportes que posan en su cuenta de ahorro individual al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones. El segundo problema jurídico, y en caso de no responderse de manera afirmativa este, deberá determinarse si, procede la condena a porvenir del pago de una mesada pensional de vejez igual o equivalente a la que se puede recibir en Colpensiones.

El asunto se tiene acreditado y se evidencia conforme al reporte de semanas cotizadas que está en el expediente, folios 64 a 66, que el demandante hace aportes al régimen de prima media con prestación definida desde el 22 de



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 21 2018 484 01 Dte: GENSER EFREN CALDERON
REYES Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

julio de 1993, según la historia laboral se registra como fecha de afiliación para el 9 de enero de 1996. Igualmente se observa que, los aportes son efectuados conforme también la historia laboral que aporta la demandada porvenir en el CD que está contenido en el expediente administrativo. Igualmente, obra a folios 27 y en el CD a folio 118 en el expediente administrativo aportado por porvenir copia del formulario de vinculación suscrito el 23 de febrero de 1999 a través del cual el demandante se traslada a porvenir con fecha de efectividad a partir del 1 de abril de 1999, tal como se consigna en la historia de vinculaciones Asofondos. También obra en CD expediente administrativo que está a folios 118. También obra en el plenario una carta de fecha de 21 de mayo de 2019 folio 26 en el que Porvenir señala que el actor se encuentra a días detrás en el rango de 10 años para tener la edad de pensión, lo invitan a acercarse a canales de comunicación para tener asesoría.

Para el asunto debe indicarse que, nuestro órgano de cierre, la Corte Suprema de Justicia ha dejado preestablecido que, para considerar que el traslado del régimen pensional estuvo percibido de la voluntad y deseo del afiliado se requiere que la administradora haya suministrado información completa, clara, oportuna y comprensible sobre las condiciones específicas de situación pensional. Además, se tiene que en la sentencia radicado 68838SL1688-2019, se indica que el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario como mínimo acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas, desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como los riesgos en consecuencia del traslado. Recabando entonces que en el campo de la seguridad social existe un deber de obtener un consentimiento informado entendido como un procedimiento que garantice antes de aceptar el ofrecimiento de un servicio la comprensión por parte del usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen, vale decir que el afiliado antes de dar su consentimiento recibe una información clara, comprensible y oportuna. Se ha entendido el sistema de seguridad social conforme al artículo 1° de la ley 100 de 1990 donde se tiene entonces que la elección del modelo régimen de prima media con prestación definida como el régimen de ahorro individual con solidaridad, es determinante para establecer el derecho de pensión y es necesario que se de información en los términos señalados ya por nuestro órgano de cierre en los términos ya referidos y esto es que se garantice por estas entidades que dirigen y mantienen el funcionamiento de las pensiones, se garantice que sea



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 21 2018 484 01 Dte: GENSER EFREN CALDERON
REYES Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

una decisión informada y que fue verdaderamente autónoma, consciente, y que ello sea verificable en el entendido que el afiliado debe conocer los riesgos del traslado para asumir los beneficios que aquel le reportaría, pues no de otro modo puede entenderse el cambio de un régimen a otro.

Este deber de información está consignado desde el estatuto orgánico del sistema financiero en su artículo 97, la ley 663 de 1993 donde se señala el deber que tienen las entidades vigiladas de las cuales hacen parte estas administradoras para brindar a los usuarios una información para que garantice la transparencia de las operaciones que se realicen y permitan tener elementos de juicio claros y objetivos para escoger las mejores opciones que se encuentren en el mercado. Adicionalmente debe señalarse que conforme a la actividad financiera en virtud de la cual se celebran este tipo de contratos respecto del desarrollo económico como función esencial, conlleva una especial protección fundada en la confianza pública inmersa en su gestión, y exige a las entidades una mayor diligencia y profesionalismo en desarrollo de la misma, toda vez que como prestadoras de servicio poseen un amplio margen de control y de las operaciones que realiza y recibe una retribución por el servicio que prestan.

Adicionalmente este deber o función esencial y primordial se ve resaltada cuando estamos hablando también de la función asociada al sistema o a la seguridad social. Ahora bien, respecto al tema de la carga de la prueba, debe señalarse que nuestro órgano de cierre ya ha tenido por sentado y acogiendo los postulados del artículo 167 del código general del proceso donde se señala que las negaciones indefinidas no requieren prueba, es así como en la sentencia 16882019 se concreta claramente que, si se arguye que en la afiliación la afp no suministra información veraz y suficiente, pese a que debe hacerlo, se dice que con ello la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones por las que depende el contrato de aseguramiento. En tal sentido, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario y esto es demostrar que efectivamente suministro la información en los términos requeridos. Es de acotar también que conforme al artículo 1604 del Código Civil, la diligencia y el cuidado incumbe al que debe emplearlo. Así las cosas y con base en esta normativa es que nuestro órgano de cierre también ha señalado entonces que el deber de información al momento del traslado entre regímenes es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones y su ejercicio debe ser diligente tal que permita comprender la



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 21 2018 484 01 Dte: GENSER EFREN CALDERON
REYES Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

lógica, beneficios y desventajas del cambio del mismo, así como los riesgos y efectos negativos de su decisión.

Teniendo en cuenta lo anterior, observa este despacho que, conforme a lo comentado y a las pruebas obrantes en el expediente, se tiene que Porvenir no logra acreditar que efectivamente haya suministrado la información en los términos antes referidos y le haya dado la información necesaria al demandante en el momento de su traslado. A esta conclusión se llega con las pruebas que han sido arrimadas. En primer lugar, se observa que si bien existe un formulario de vinculación que esta tanto en el expediente físico como en el expediente administrativo donde el demandante incluso afirma en su interrogatorio que lo firmo sin presiones, de manera voluntaria, manifestación que también se hace en la leyenda que está impresa en ese formulario. No es menos que este solo formulario no pueda llegar a un convencimiento que la información fue dada en los términos antes referidos, que haya sido una información completa de las condiciones de uno u otro régimen, de las implicaciones del traslado. También es así que nuestra Corte Suprema ha señalado que estos formatos preimpresos a lo sumo muestran un consentimiento, pero no un consentimiento informado en los términos ya reseñados

Adicional a lo anterior se tiene que si bien obran unos comunicados de prensa a folios 119 a 121 del expediente, estos comunicados se informa al público en general el derecho del traslado hacia el régimen y los requisitos adicionales para los beneficiarios del régimen de transición, esa información es de carácter general y no se indican ventajas o desventajas de uno u otro régimen, las condiciones de uno u otro régimen, sino simplemente con esto no se puede relevar la obligación que tenía Porvenir al momento de traslado de suministrar la información. Es de acotar que si bien se señala por parte de la apoderada de Porvenir que la demandante tenía conocimiento de unas condiciones especiales del régimen de ahorro individual; Y esto es que tenía derecho a obtener una pensión anticipada. Asimismo, también se señala que se consignaron unos beneficiarios en el formulario de afiliación y que se hace la inferencia, porque no fue confesado por el demandante en el interrogatorio de parte, pues tan solo dijo no recordaba porque había suministrado los datos que eran los datos que le habían pedido, se hace una inferencia que eso tiene que ver con las características propias del régimen de ahorro individual, diferentes a las características del régimen de prima media con prestación definida, no es menos que aun aceptando que al demandante se le hubiese



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 21 2018 484 01 Dte: GENSER EFREN CALDERON
REYES Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

suministrado dicha información que como se indica no fue confesado en la audiencia, no es menos que aun aceptado que al demandante se le hubiese suministrado dicha información que como se indica no fue confesado en esta audiencia, no es menos demostrar que está conociendo alguna características especiales del régimen de ahorro individual. Sin embargo, no quedó demostrado que conociera también la característica del régimen de prima media con prestación definida y en qué condiciones podría pensionarse en ese régimen. Tampoco que se le haya suministrado la información en ese momento del traslado sobre las implicaciones de su traslado, las ventajas y desventajas ya que solo se observa que solo se le manifiestan las ventajas; y es así como se pone de presente y se tuvo como prueba de oficio la proyección que se hiciere en su momento, en donde efectivamente como lo pone de presente la parte demandada es un documento que tan solo muestra que se le ofrece una mayor mesada pensional donde se indica que una pensión de porvenir a los 62 años sería de 1.081.693 pesos y la pensión de lis de 989.576 pesos. No obstante, no puede demostrarse que hubo información adicional de las condiciones o características del régimen pues ya que tan solo se hace un comparativo sin tener los soportes de donde se realizan los mismos y donde evidentemente da una pensión mejor por parte de porvenir, lo que indica el demandante en su interrogatorio fue la razón para cambiarse. Por tanto, no puede tenerse que con tal documentación pueda entenderse que se le haya dado a conocer otras características del régimen de prima media con prestación definida, tan solo se le pusieron de presente algunas ventajas del régimen de ahorro individual con el documento donde consta que tendría una mesada superior por unos pesos, que es lo que motiva el demandante a tomar esa decisión

Por tanto, no puede entender el despacho que en el momento del traslado se le haya dado una información requerida, es decir, en que condiciones. Incluso cuando se le pregunta por parte del despacho buscando una manifestación al respecto, se indica que no tiene conocimiento acerca de los aportes voluntarios y si bien esa es una prueba que buscaría la confesión, haciendo hincapié en esto se observa que de lo manifestado no se logró esta confesión frente a los términos referidos

Adicional a lo anterior se pone de presente por la apoderada Colpensiones y la apoderada de Porvenir, respecto de la comunicación que esta en el paginario y que esta a folio 26 del mismo, donde se señala, es una comunicación dirigida al demandante, donde Porvenir señala que el



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 21 2018 484 01 Dte: GENSER EFREN CALDERON
REYES Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

demandante se encuentra a días de entrar al rango entre los 10 años para tener la edad de pensión, señala también que fue enviada a la dirección con la que contaba el demandante desde la fecha de vinculación. cuando contesta porvenir, con la que indica que la comulación se hizo de manera masiva por lo cual no cuentan con soporte de entrega, al ser enviada con el extracto de cuenta de ahorro individual como se observa a folio 96 y como se observa en la contestación de los hechos 15 y 16. No obstante, debe recabar que no se obtiene confesión de que el demandante la haya recibido adicional a ello se tiene que conforme a la documental que reposa en el expediente, se señala que la dirección que suministra el aquí demandante para su lugar de notificaciones, es la cra 98 #152-31 y la comunicación es dirigida a la cra 96 # 152 31, adicional a ello no hay constancia de devolución o constancia que demuestre que se intentó a la dirección correcta, y pese a ello fue devuelta con alguna anotación especial que permitiera inferir al despacho que tuvo conocimiento de dicha situación. Aun indicando esto, se debe señalar que si bien porvenir en su contestación manifiesta que en esa documental se le pone de presente que está ad- portas de cumplir la edad para poder cambiar de régimen, y se le indica que tiene canales de asesoría para acudir a esta. Porvenir manifiesta que se le indica concretamente que podía tener información sobre si situación pensional pues es claro que el documento es bastante genérico en su contenido indicando tan solo que en cumplimiento de la ley 797 de 2003 una persona no puede cambiar de régimen de pensiones de porvenir a lis o viceversa cuando le falten 10 años o menos para tener la edad de pensión de vejez en el lis. Revisando nuestra base de datos revisamos que usted está a unos días de entrar a ese cargo y se le pone todas las posibilidades para donde puede acudir, sin embargo, no se le hace una manifestación donde pueda acudir a recibir asesoría para hacer el cambio de régimen pensional. No obstante, lo anterior como se indica no existe prueba en el plenario ni de devolución ni de constancia de envió de esta documental que el demandante haya tenido conocimiento de la misma para que el despacho pudiera hacer un estudio mas de fondo sobre su contenido y demostrar si el actor tenía conocimiento que podía trasladarse, que podía recibir asesoría y podía tener condiciones diferentes para trasladarse de régimen

Así las cosas concluye este despacho que adicional a lo anterior, que si bien se pone de presente que el demandante no se encontraba como beneficiario del régimen de transición y por ende no tiene derechos adquiridos, lo que a



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 21 2018 484 01 Dte: GENSER EFREN CALDERON
REYES Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

todas luces el despacho considera que el deber de información no esta restringido a un grupo poblacional determinado sino simplemente encuentra para todas las personas que desean trasladarse de régimen sin que se hagan distinguos que por parte del legislador y por parte del interprete pudo hacerlos, frente a quien va dirigido el deber de información y que solamente se sesgue a un grupo poblacional definido como las personas que tienen derechos adquiridos. Tenemos entre otras la sentencia 1452 de 2019, así mismo la sentencia 1449964 de 2018 y finalmente la 1688 de 2019. En este punto al no demostrarse que se cumplió en debida forma con el deber de información para el cambio de régimen, se torna ineficaz la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad por lo que el acto de traslado no produce efectos pues ante la violación del deber de información dicho acto no puede proyectarse en el mundo de relaciones jurídicas, razón por la cual se impone el regreso automático del demandante al régimen de prima media con prestación definida administrado por colpensiones.

Como consecuencia se ordena a porvenir, entidad a la cual se encuentra afiliado el demandante para que en termino de 1 mes siguiente a la ejecutoria de esta decisión proceda a efectuar el traslado de los aportes, pensiones, cotizaciones y bonos pensionales con todos sus frutos e intereses sin indexación alguna por concepto de gastos de administración contenidos en la cuenta de ahorro individual de el demandante a la administradora colombiana de pensiones, colpensiones, entidad que deberá proceder a activar su afiliación sin dilación alguna y actualizar su historia laboral. Respecto a los gastos de administración deben asumirlos los afp con cargo a sus propios recursos conforme se ha señalado en sentencias SL4981 de 2018 y SL1421 de 2019.

Ahora bien, frente a las excepciones propuestas, en primer lugar el despacho debe decir que la excepción propuesta de prescripción no tiene vocación de prosperidad, ya que el juzgador ha considerado que en las pretensiones encaminadas a obtener la nulidad o ineficacia de traslado, los artículos 488 del código sustantivo del trabajo y 151 del código procesal del trabajo sobre prescripción no aplican pues aquellas ostentan un carácter declarativo y que se relaciona con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible. En ese sentido tenemos las sentencias 56174 SL1421 y SL 1688 de 2019. Así mismo se declararán no probadas las excepciones denominadas inexistencia de la obligación y excepción de hecho no vicio de consentimiento, buena fe y prescripción. Finalmente, también se declara las propuestas por colpensiones



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 21 2018 484 01 Dte: GENSER EFREN CALDERON
REYES Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

y Porvenir denominadas prescripción, falta de cosa para pedir, inexistencia del derecho e inexistencia de la obligación, buena fe, prescripción de las obligaciones laborales de tracto sucesivo, prescripción de la acción adjetiva que pretende atacar la validez de la afiliación, ausencia de responsabilidad atribuible a la demandada.”

DE LOS RECURSOS

Inconforme con la decisión, el apoderado de la parte demandada COLPENSIONES, indicó:

“para que el tribunal superior sala laboral revoque de manera total el fallo por usted proferido toda vez que se encuentra en una prohibición legal para acceder a su pretensión del traslado del régimen, en consonancia con la ley 797 del 2003. Por otra parte, el demandante no es beneficiario del régimen de transición y como quedo demostrado en las pruebas allegadas al plenario no teniendo así una expectativa legítima real sobre su derecho a la pensión. De igual forma ruego se tenga en cuenta la sentencia C242 DE 2009, la cual refiere la reforma a los regímenes pensionales y en particular garantizan la sostenibilidad financiera del sistema pensional y la financiabilidad de otros potenciales pensionados. Por lo anterior solicito se absuelva a mi representada de la condena anteriormente interpuesta.”

Por su parte la apoderada de PORVENIR S.A., indicó:

“Estando en el momento procesal indicado, me permito de manera respetuosa interponer recurso de apelación y ante los honorables magistrados del Tribunal superior de Bogotá sala laboral y en cumplimiento de las normas adjetivas que rigen el recurso de apelación me permito sustentarlo en los siguientes términos: es claro para mi representada que la vinculación del demandante es un acto válido en la medida en que el suscribió no solamente el formulario solicitud de vinculación como traslado de régimen en la fecha desde la cual ha permanecido afiliado de manera libre, espontánea y sin presiones luego de haber recibido asesoría por parte de mi representada como lo hizo constar el demandante no solamente por la suscripción de su firma en



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 21 2018 484 01 Dte: GENSER EFREN CALDERON
REYES Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

su formulario antes citado, sino también por lo que asevero en su interrogatorio de parte hoy absuelto ante el juez de primera instancia. Aunado a lo anterior no debe dejarse de lado que con ocasión de la expedición de la ley 797 de 2003 y las modificaciones de su artículo segundo en el cual introdujeron al literal E del artículo 13 de la ley 100 del 1993, las administradoras del rais en cumplimiento de instrucciones impartidas por la superintendencia financiera de Colombia, mediante circular 01 de 2004 publicaron en un diario de circulación nacional como lo es el tiempo, el aviso de prensa en el que se indico a los afiliados y al público en general las modificaciones referidas y las consecuencias siendo una de ellas la imposibilidad de trasladarse de régimen cuando la persona se encuentra a 10 años o menos de cumplir la edad para pensión. Luego es imposible que prospere una pretensión de declaratoria de nulidad de un acto valido pues debe tenerse en cuenta todos los momentos en que el demandante ha tenido acceso a la información pensional no solamente el mismo día en el cual se suscribió el formulario de traslado. Y hago mención a la recibida en el momento de traslado de régimen que para la época corresponde las administradoras estaban obligadas a proporcionar, segundo la información en el aviso de prensa referido anteriormente, tercero la que se llegó en las campañas de educación financiera que las administradoras adelantan para que todos los afiliados al rais, en cumplimiento a las disposiciones contenidas en la ley 1328 de 2009 y su decreto reglamentario 2555 de 2010, que valga la pena precisa, además de ser de publico conocimiento se encuentra a disposición de los afiliados a través de los canales de comunicación como la pagina de internet, los extractos trimestrales de la cuenta de ahorro pensional, el chat, las oficinas etc... recordemos que en el interrogatorio el mismo demandante afirma que recibió extractos por parte de mi representada en la cual se demuestra básicamente el movimiento de su cuenta de ahorro individual, por lo tanto, se concluye que el demandante además de haber estado consciente de su decisión de mantenerse en el rais, estuvo conforme con la misma pues no ejerció su derecho de traslado si ese era su deseo aun cuando podía acceder a ello, por el contrario fue un acto de ratificación haber permanecido por mas de 20 años en el régimen de ahorro individual con solidaridad, igualmente no puede tildarse de falsa la manifestación de un asesor al rais en el sentido de indicar a un afiliado, como en el caso que nos ocupa, que podía llegar una pensión mas alta como en el régimen de prima media y a la edad que escogiera, por el contrario es posible, dada la esencia



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 21 2018 484 01 Dte: GENSER EFREN CALDERON
REYES Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

misma del sistema de ahorro individual, que pone en manos precisamente al afiliado la decisión de su futuro a través de la planeación y ahorro. Lo cual implica ciertas actuaciones como tales como tener un nivel de cotizaciones constantes no solo en tiempo sino en valor o efectuar cotizaciones voluntarias al fondo de pensiones, opción con la que no cuenta los afiliados al régimen de prima media con prestación definida y es una de las mayores ventajas del rais en la medida en que permite pensionarse de manera anticipada y con un monto porque no de pensión previamente calculado. Tal como el demandante de manera espontanea aporta al despacho, la proyección que en el momento del traslado a mi representada, aportó al plenario la proyección que efectivamente el asesor de mi representada le realizó tomando pues en cuenta la información que el demandante le facilito valga decir porque el mismo asevera que fue el salario que devengaba en su momento y basado en las proyecciones hacia futuro al momento en que cumpliera los 60 años cual era el futuro pensional del mismo. Tenemos entonces que el cumplimiento de esas variables y la edad del monto de pensión que lograra alcanzar dependía exclusivamente del afiliado y no del administrador del rais, por lo tanto, no es un argumento valido para solicitar la nulidad de la afiliación que realizó el demandante para atribuirle la responsabilidad a mi representada en ese sentido. Quiere decir que el demandante tomo una decisión informada y consciente y no solamente suscribió el formulario de inscripción manifestando su conocimiento y consentimiento en el proceso de vinculación, sino que puede también aducirse que no conocía del tema por falta de asesoría o información pues además de habersele brindado por parte de mi representada el tema pensional en Colombia, ocupa un lugar muy importante en desarrollos normativos por parte del estado y del gobierno, hechos que no pueden ser desconocidos por nadie en la medida en que se traten de temas de interés general y tenerse como hechos notorios. Asimismo, señores magistrados, quiero referirme como lo anuncia la juez de primera instancia, lo relacionado a la carga de la prueba que atribuye a mi representada por ausencia de la misma, y es que es necesario recordarles la importancia de la prueba como elemento de convicción que permite al fallador tomar una decisión sobre un asunto a consideración es bien claro que en la teoría de la inversión de la carga de la prueba que se pretende imponer en esta clase de procesos, soportada en la ley 1328 de 2009 para aplicar a situaciones que tuvieron ocurrencia 10 años atrás no resiste un análisis ponderado y serio toda vez que está en principio incumbe a la demandante y que es en todo caso en



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 21 2018 484 01 Dte: GENSER EFREN CALDERON
REYES Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

aplicación del sistema de la carga dinámica que correspondería a quien tenga la capacidad de mostrar un hecho procesal que en el caso que nos ocupa es ausente por inexistente. La actividad procesal entonces impone a las partes deberes relacionados con acreditar la veracidad de los hechos con los que sustenten sus pretensiones, eso es más evidente en los procesos dispositivos en los cuales el juzgador no puede suplir la negligencia o decidía de quien tenía la carga de probar lo dicho, no lo hace, lo que hace que con su demanda active la jurisdicción lo cual lleva a unas responsabilidades y que es lo que precisamente ocurre en el presente caso. Por las razones expuestas solicito sean revocadas todas y cada una de las condenas impuestas a mi representada y quiero hacer énfasis en el tema relacionado con los gastos de administración que la señora juez endilga a mi representada para que sean trasladados junto con los aportes y rendimientos etc. Y es que no resiste ponderación el hecho de que durante más de 20 años mi representada si tuvo la responsabilidad de proteger y pagar las primas correspondientes a pensión de invalidez, de vejez etc. del demandante y tenemos hoy la obligación de restituirla por parte del juez de primera instancia, según su decisión lo cual resulta inequitativo e injusto porque pensaríamos que hubiese sucedido si no se hubiera activado el aparato judicial con la demanda que hoy nos ocupa y si nos hubiere ocurrido algún siniestro en el cual mi representada está en la obligación de responder con obligatoriedad y juicio con todas las responsabilidades que se derivan por el hecho de la afiliación del demandante. Igualmente pueden verificar que no se vislumbra en ningún momento la ocurrencia o comprobación de ningún vicio del consentimiento que haya afectado la voluntad del demandante por razones anteriormente expuestas, solicito sean revocadas las condenas impuestas a mi representada.”

CONSIDERACIONES

Teniendo en cuenta el resumen que antecede, procede la Sala al estudio de los recursos interpuestos por las demandadas y dando aplicación al grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, procede la Sala al estudio de la nulidad o ineficacia del traslado deprecada por la parte actora.

Frente al primer este aspecto, se tiene que lo pretendido por el señor



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 21 2018 484 01 Dte: GENSER EFREN CALDERON
REYES Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

GENSER EFREN CALSERON REYES, se circunscribe a la declaratoria de nulidad de la afiliación que efectuara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, mediante formulario suscrito ante la AFP PORVENIR S.A. para que en su lugar COLPENSIONES acepte la afiliación al régimen administrado por esta.

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

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



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 21 2018 484 01 Dte: GENSER EFREN CALDERON
REYES Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

habilidades y destrezas sin importar las repercusiones colectivas que ello pudiese traer en el futuro.

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

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

Es así como para estos casos como bien lo señala el juzgador de instancia y la parte actora en su demanda y en los alegatos presentados, **la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado**; esto es, que por el tipo de responsabilidad que se le endilga a estas entidades sobre las que pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional respecto de quienes simplemente buscan es la protección de los riesgos de vejez, invalidez o muerte sin prestarle mayor atención a conceptos científicos o legales, es por ello entonces que **las Administradoras son quienes deben demostrar el suministro completo y veraz al afiliado para que se pueda concluir que fue en realidad deseo del éste aceptar las condiciones de traslado para evitar precisamente que posteriormente alegue algún tipo de engaño**, el que no sólo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; siendo como se dijo obligación de la demandada haber proporcionado dicha información debido a su experticia. Igualmente es esta providencia y



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 21 2018 484 01 Dte: GENSER EFREN CALDERON
REYES Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

contrario a lo que señala el recurrente, la H. Corte dejó completamente claro, que no es necesario que el afiliado se encuentre cobijado por el régimen de transición, o que este tenga un derecho adquirido, para que se le deba prohiar dicho deber de información.

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

Es por ello que coincide la Sala con lo decidido por la Juez de primera instancia, pues era deber la Administradora de Pensiones demostrar durante el trámite procesal que le manifestó a este las desventajas como consecuencia de su traslado al régimen de ahorro individual y probar en el presente juicio dicha asesoría, todo lo anterior, lleva a concluir que no le fue brindada de manera completa toda la información a este respecto.

Por ello, se confirmara la decisión tomada en primera instancia en cuanto dispuso la reactivación de la afiliación del demandante en COLPENSIONES y ordenó el traslado a esa entidad de las cotizaciones con sus rendimientos financieros, sin poder efectuar descuento alguno por concepto de gastos de administración, ya que así ha sido dispuesto por la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA). Por lo anterior, se habrá de **confirmar** la decisión en este sentido, proferida por la Juez de conocimiento.



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 21 2018 484 01 Dte: GENSER EFREN CALDERON
REYES Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

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

Sin costas en esta instancia.

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

R E S U E L V E:

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

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

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

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

Los Magistrados,



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 21 2018 484 01 Dte: GENSER EFREN CALDERON
REYES Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

**MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA**

**MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO**

ACLARO VOTO

ACLARACION DE VOTO. Como la Sala Laboral de la CSJ asignó carácter obligatorio a su precedente en la materia (sentencias STL 3382-2020 STL3187-2020, ente otras), suscribo la providencia dejando a salvo mi criterio, según el cual, para la parte actora no es viable el regreso voluntario al Régimen de Prima Media.

**HUGO ALEXÁNDER RÍOS GARAY
MAGISTRADO**

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

PROCESO ORDINARIO No. 21-2017-707-01
ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA
DEMANDANTE: WILSON OSWALDO MONTAÑEZ RODRÍGUEZ
DEMANDADO: IDR

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En virtud al memorial presentado a folio 989 del expediente, **NO SE ACEPTA LA RENUNCIA** presentada por la Dra. Zolangie Carolina Franco Díaz, pues no se efectuó conforme a los parámetros establecidos en el art. 76 del C.G.P. debido a que no acompañó la comunicación enviada al poderdante en tal sentido.

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

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado 18 Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 9 de mayo de 2019.

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior a las partes para presentar alegaciones, fueron remitidas las de la entidad demandada IDR y el demandante.

ANTECEDENTES



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 21-2017-707-01 Dte: WILSON OSWALDO MONTAÑEZ Ddo.: IDR

El señor WILSON OSWALDO MONTAÑEZ RODRÍGUEZ por intermedio de apoderado judicial, interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se DECLARE que el demandante tiene derecho a que se le reconozca y pague el 7.44% por concepto de incremento salarial convencional correspondiente al año 2003. Como consecuencia, se condene a la demandada a reconocer y pagar el mayor valor que arroje la reliquidación de los salarios entre el 1 de enero de 2004 a la fecha. Además, se condene a la reliquidación de prestaciones convencionales entre el 1 de enero de 2003 a la fecha, todo debidamente indexado junto con las costas del proceso. (fl.5)

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando, en síntesis, lo siguiente:

- Que el actor trabajó para el IDRD a través de contrato a término indefinido desde el 8 de septiembre de 1989 desempeñando el cargo de auxiliar de mantenimiento.
- Es afiliado al sindicato SINTRAIRED y por tanto beneficiario de los derechos convencionales, sin embargo, en el año 2003 la demandada no hizo el incremento salarial con el argumento que no hubo negociación colectiva.
- Adeuda entonces la demandada ese incremento y el mayor valor de lo que resulte al reliquidar las demás prestaciones convencionales. (fl.3)

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda el **INSTITUTO DISTRITAL DE RECREACIÓN Y DEPORTE IDR** se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos, aceptó los contenidos en los numerales 1 a 4, 17 y 19 a 23, negó alguno y manifestó no constarle los demás; propuso las excepciones de mérito las de inexistencia de la obligación, prescripción y desconocimiento de los acuerdos convencionales por parte del demandante. (fl.42).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 21-2017-707-01 Dte: WILSON OSWALDO MONTAÑEZ Ddo.: IDR

El Juzgado de conocimiento, resolvió DECLARAR PROBADA la excepción de inexistencia de la obligación y absolvió a la demandada de todas las pretensiones y condenó en costas a los demandantes. (fl.985)

Fundamentó su decisión la Juez de primer grado, señalando:

Ahora bien se tiene y a fin de resolver este problema jurídico se debe precisar que se encuentra probado ante el plenario que el aquí demandante se vinculó mediante contrato de trabajo a término indefinido con la demandada desde el 8 de Septiembre de 1989, según copia del contrato suscrito entre las partes visible a folios 323 vuelto, igualmente se constata que el actor se encuentra actualmente vinculado en la empresa en el cargo de auxiliar administrativo 2 conforme se aceptó en la contestación de la demanda en el hecho 17, de otro lado vale expresar que el Instituto aquí demandado es un establecimiento público y centralizado de orden distrital, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente creado por el acuerdo No. 4 de 1978 manual al consejo de Bogotá, por lo que es claro que el trabajador tiene la calidad de trabajador oficial en tanto que tiene una vinculación de carácter contractual y desempeña labores de mantenimiento conforme a la ley 6 de 1945 y el decreto 1083 de 2015, creado lo anterior se advierte que la certificación suscrita el 9 de febrero de 2018 por el presidente que obra también en el expediente, expedida por el presidente, secretario general del sindicato de trabajadores oficiales y empleados públicos del instituto de recreación y deportes SINTRAIRED que el aquí demandante ha estado afiliado a dicha organización sindical desde el 30 de octubre de 1989 como obra en folios 832, igualmente se observa que se aporta copia de las convenciones colectivas de trabajo de 1994 folios 954 y 978 de 1996 a folios 929 a 952 de 1999 a folios 886 a 888 de 2004, 2006 a folios 879 a folios 884 de 2007 a 2009 a folios 864 a 873, 2010 a 2012 folios 854 a 863 y 2013 a 2015 folios 844 vuelto a 252, esto con las correspondientes constancias de depósito ante el ministerio de trabajo acuerdos colectivos en donde se indica en estos en la cláusula segunda que se aplicaba a todos los trabajadores de la parte demandada por lo que resulta claro que el demandante es beneficiario de las convenciones colectivas que ha suscrito la entidad demandada con el sindicato en mención, establecido lo anterior se pasara el despacho a estudiar las pretensiones entonces del libelo introductorio, en primer lugar reclama al actor el incremento salarial convencional del 7.44% correspondiente al año 2003 con la consecuente reliquidación prestacional de las prestaciones convencionales y el mayor valor de los salarios desde el año 2004 a la fecha.

Ahora bien el artículo 6 de la convención suscrita el 23 de febrero de 1999 se estableció en el literal lo siguiente como se lee a folio 887, el IDR incrementara a partir del 1 de enero de 1999 el sueldo básico mensual a todos y cada uno de sus trabajadores oficiales en el porcentaje más alto que resultare de comparar entre: primero el IPC para Bogotá certificado por el DANE, acumulado entre el 1 de enero y el 31 de diciembre del año inmediatamente anterior, segundo el incremento de sueldo mínimo legal que decreta el gobierno nacional o el ente que hiciere sus veces, tercero el incremento que apruebe el consejo de Santa fe de Bogotá



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 21-2017-707-01 Dte: WILSON OSWALDO MONTAÑEZ Ddo.: IDRD

para los empleados de distrito capital, la cifra que resultare más alta se aplicara a todos y cada uno de los trabajadores oficiales para la vigencia de 1999, en todo caso el sueldo mínimo convencional para el año de 1999 será \$339.790 el cual se reajustara en los años subsiguientes aplicando la formula a que se refiere en el inciso anterior; para el año 2000, 2001, 2002 y a partir del 1 de enero de cada uno de dichos años, se incrementara el sueldo para todos y cada uno de los trabajadores oficiales aplicando el mismo procedimiento que se utilizó para el año de 1999 y al cual se refiere el inciso primero de este artículo.

Atendiendo entonces la literalidad a esta convención del año de 1999 es claro que estableció unos incrementos salariales para dicha anualidad y también para hizo lo respecto de los años 1999, 2000, 2001 y 2002 pero nada se indicó respecto al momento convencional para el año 2003 motivo por el cual la empresa no efectuó ningún incremento salarial para dicho año tal como es aceptado en la contestación de la demanda y también lo manifiestan los testigos escuchados en este juicio, los señores Hernán Sierra, José Guillermo Borja y William Martínez.

Ahora bien se tiene que entre la entidad demandada y la organización sindical se suscribió nuevamente una convención colectiva en el año 2004 en la cual se estableció que a partir de 1 de enero de esa anualidad se efectuaría un incremento salarial del 7.83% para quienes devengaran hasta \$600.000 estableciendo un incremento para los años subsiguientes hasta el año 2006 sin que se estipularan de manera retroactiva algún incremento para el año 2003, por lo anterior si bien la convención colectiva de 1999 continuo prorrogándose desde la expiración del término de su vigencia, de conformidad con lo señalado en el artículo 478 de código sustantivo del trabajo o como lo señala el apoderado actor en su alegato de cierre, razón por la cual se debía continuar la aplicación de los beneficios convencionales, lo cierto es que nada se estipulo respecto el incremento de carácter convencional para el año 2003, y tampoco se acordó en la convención suscrita en el año 2004 por lo que mal podría esta juzgadora declarar que dicho derecho ante la ausencia de una cláusula convencional que la consagre ya que esta convención del año 99 fue clara en establecer para que periodos y que vigencias tendría ese incremento salarial lo estipulo en un plazo determinado,

Al respecto, es pertinente traer a colación una sentencia de la corte suprema de justicia en su sala laboral sentencia SL-11681 de 2015... Por lo anteriormente expuesto no hay lugar entonces a condenar a la encargada al pago salarial para el año 2003 pues insiste en la cláusula sexta convencional se estableció un periodo de tiempo hasta el año 2002 por autonomía de las partes sin que se acordara incremento alguno por el año 2003 y sin que la prórroga automática cobijara este incremento toda vez que estaba estipulado en los términos de la corte de un beneficio, un específico lapso de vigencia y esto era hasta el año 2002 frente a este beneficio concreto de incremento sin que esto pueda ser obvio frente a los demás beneficios que alega el apoderado, pudieron prorrogarse, en nada cambia esta decisión el concepto que obra en el expediente folios 27 y siguientes pues ya que este tipo de situaciones no son vinculantes para este despacho y contra ello nos encontramos una disposición de una jurisprudencia por parte de nuestro órgano de cierre que si tiene ese carácter,



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 21-2017-707-01 Dte: WILSON OSWALDO MONTAÑEZ Ddo.: IDRD

Por otra parte solicita el promotor que le sea cancelado los derechos laborales y prestacionales de orden legal, sustentado en que el Instituto se ha limitado solo a cancelar las prestaciones legales convencionales tales suplicas supone la parte demandada al referir que de acuerdo a la naturaleza jurídica del vínculo laboral que tiene el Sr. Montañez Rodríguez con IDRD correspondiente a trabajador oficial el régimen aplicable es el establecido en la convención colectiva de trabajo, ahora bien una vez realizadas las convenciones colectivas que se han suscrito entre el empleador y la organización sindical SINTRAIRED se observa que se introdujo en las convenciones de 1994 y 1996 el capítulo 3 denominado régimen salarial prestaciones y subsidios en el cual se estableció el incremento salarial, el pago de vacaciones, prima de vacaciones, prima semestral, prima extralegal, prima de navidad recompensa quinquenal por servicios y la prima de antigüedad, en las convenciones colectivas 2004, 2006 en adelante se estableció el título 2 los capítulos y cláusulas de vacaciones, prima, Prima de vacaciones, prima semestral, prima extralegal de junio y diciembre, prima de navidad y prima de antigüedad,

Ahora bien efectuada la lectura de las cláusulas convencionales se desprende que el empleador y la organización sindical ha mejorado los privilegios mínimos consignado en la ley para los trabajadores oficiales y para este caso concreto para el sr Wilson Montañez, pues respecto a las prestaciones sociales correspondiente a la prima de vacaciones, prima de navidad a que tiene derecho el demandante en calidad de trabajador oficial conforme al artículo 5 del decreto 1045 de 1978 se estipularon mejores condiciones a la consagradas en la ley, es así que conforme a lo establecido en el artículo 51 del decreto 1848 de 1969 el trabajador tiene derecho a una prima de navidad equivalente a un mes de salario pagadas en la primera quincena del mes de diciembre, mientras que en la convención se estableció dicho pago con base en 33 días de salario incluyendo factores salariales para su liquidación como gastos de representación, subsidio de transporte, alimentación, subsidio para parque la florida, prima de antigüedad entre otros, igualmente el parágrafo 1 de la norma citada indica que quedan excluidos del derecho a la prima de navidad los empleados públicos y trabajadores oficiales que prestan su servicio en establecimientos públicos, empresas industriales y comerciales del estado y sociedades de economía mixta que por virtud de pactos, convenciones colectivas de trabajo, laudos arbitrales y reglamentos internos de trabajo tengan derechos a primas anuales en cuantía igual o superior cualquiera que sea su denominación conforme lo expuesto en el artículo 12 al decreto 3135 de 1978 subrogado en el artículo 1 del decreto 3148 de 2009,

Conforme a lo expuesto entonces es claro que el demandante no tiene derecho a la prima de navidad solicitada como quiera que la misma ya fue cubierta con la prestación reconocida a través de la convención colectiva y por sumisión expresa del mandato legal, al respecto y frente a la prima de vacaciones en el artículo 25 del decreto 1045 de 1978 se señala que esta equivale a 15 días de salario por cada año de servicio mientras que la convención colectiva en su cláusula 21 consagra la misma prestación pero con un equivalente a 27 días de salario incluyendo factores salariales convencionales razón por lo que es claro que en la convención se acordó una mejora a dicha prestación de orden legal, en atención a lo expuesto resulta



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 21-2017-707-01 Dte: WILSON OSWALDO MONTAÑEZ Ddo.: IDRD

diáfano para este despacho que la prima de navidad y la prima de vacaciones a que tiene derecho por orden legal el sr Montañez en efecto fueron cancelados por el empleador pero con mejores beneficios a través de las convenciones colectivas vigentes durante la relación laboral, sin que se hablara entonces contendría un doble pago de la demandada por los mismos conceptos, ocurrió lo mismo respecto al pago de 15 de días de salario por concepto de vacaciones solicitados por el actor en tanto que las partes acordaron mediante los pactos colectivos antes enunciados que se concederían 19 días hábiles por dicho concepto, es decir una suma superior a la establecida en el decreto 1045 de 1978,

Cabe recordar además que los trabajadores oficiales por tener una vinculación de carácter contractual se le hace incorporar las condiciones laborales establecidas en el artículo 2.2.30.3.5 del decreto 1083 de 2015, la cual indica que en todo contrato de trabajo se consideran incorporadas aunque no se expresen las circuncisiones legales pertinentes, las cláusulas convencionales o fallos arbitrales respectivas y las normas del reglamento interno de la entidad, las cuales por otra parte sustituyen de derecho las estipulaciones del contrato individual en cuanto fueren más favorables para el trabajador, en dación a lo dicho dentro de las condiciones favorables se deben incluir cláusulas convencionales siempre que sean más benéficas para el trabajador es así que el demandante tiene el régimen convencional que resulta sin duda alguna más favorable a sus intereses por lo que respecto a la prima de navidad, prima de vacaciones y vacaciones el acuerdo convencional estableció unas mejores condiciones a las establecidas en la ley por lo que resulta aplicable en el caso concreto, y lo que haría inaplicable entonces un pago doble como se expresó por los mismos conceptos que ya fueron superados de manera clara en los acuerdos convencionales, ahora bien en lo que toca al pago de prima de servicios, incremento legal por antigüedad, la bonificación por servicios prestados por la parte demandante la legislación no prevé esto para los trabajadores oficiales tales acreencias laborales de conformidad con el artículo 5 del decreto 1045 de 1978, por el contrario tales acreencias laborales se aplican exclusivamente para los empleados públicos con forme al decreto 1042 del 78 de orden nacional y orden territorial con base en el decreto 2418 de 2015 calidad que no ostenta el aquí demandante pues no existe duda que en este proceso que es el mismo un trabajador oficial y que por eso y a través de la convención colectiva se incluyeron acreencias que por ley el demandante no tiene derecho como es la prima extralegal de junio y de diciembre, la prima de antigüedad o la recompensa quinquenal por servicios y los incrementos salariales.

RECURSO DE APELACIÓN

Demandante

Muchas gracias Sra. juez con el respeto respectivo que nos merece el fallo, solicitamos al despacho concedernos el recurso de apelación para que el superior jerárquico conozca de las diferentes actuaciones y de la sustentación que me permito realizarle, el incremento del cual se está discutiendo y que es sujeto de la litis hace parte de esos derechos al mínimo vital inmóvil que no solamente se consagran en la constitución política colombiana artículo 53 y



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 21-2017-707-01 Dte: WILSON OSWALDO MONTAÑEZ Ddo.: IDRD

subsiguientes sino también a la vez en el artículo 26 de la convención americana, y en los convenios 131 artículo 2 convenio 98 y convenio 154 de la OIT, porque lo que se puede negociar en convenciones colectivas es todo aquello que favorezca al trabajador y el no haber acordado la aplicación de la convención para el año 2003 no puede significar que se le aplique desfavorablemente al trabajador y no se le incremente su asignación y sus emolumentos laborales para dicho año, por supuesto tiene razón el despacho que la convención colectiva se aplicó del año 99 al año 2002, estamos de acuerdo con el despacho, sin embargo el artículo 478 del código sustantivo establece la figura de la prórroga por periodos sucesivos de 6 meses si las partes o una de ellas no denuncia el acuerdo colectivo, y esa norma se debe tener en cuenta conforme una interpretación sistemática de las peticiones y los hechos de la demanda porque de lo contrario entonces solo cuando la convención colectiva fije mayores derechos entonces se le dará al trabajador y en el caso que estamos de presente que no se fija, entonces se van a poder vulnerar derechos, pues al revisar la constitución y los derechos fundamentales en el sentido de la negociación esto lo que va hacer es que tampoco se le permita porque estamos ante normas de orden público de estricto cumplimiento, lo que quiero significar es que la no aplicación del artículo 478 al no establecer al determinar la prórroga automática y no aplicarla, sustentado en que hubo vigencia en la convención del 99 a 2002 va hacer que se aplique la norma desfavorablemente al trabajador y con ello se violente principios como el *pro omine* y el *indusio pro operario*, de igual manera estamos frente a derechos similares en otros casos y por eso nos apartamos de la postura de la Sra. juez cuando no le da valor a un concepto de la misma entidad demandada de la solicitud de concepto de incremento salarial de trabajadores oficiales radicado el 1-2016 8378 y 1-2016 8699 cuando ahí la misma entidad demandada en cabeza de su director jurídico distrital William Antonio Burgos en un caso exactamente similar conceptúa que si se debe incrementar por prórroga automática entonces vemos que nos apartamos de conceptos como la igualdad al tratar de una manera a unos trabajadores por ser aplicable en el año 2016 y desfavorablemente a otros trabajadores que están en el mismo caso exactamente igual pero en el año 2003, por consiguiente el incremento solicitado no solamente debe realizarse a la luz del artículo 478 sino también de las diferentes normas de orden internacional y como lo digo de esas convenciones donde se describe la naturaleza y el fin de las negociaciones convencionales porque de lo contrario habría regresión de derechos al congelarse, quedársele estático en el tiempo haciendo que mi cliente y su salario pierda poder adquisitivo si no se fija, porque uno a los elementos de la relación contractual y de salario es el mínimo vital, en esos términos queremos sustentar Sra. juez el recurso de apelación el cual le solicitamos proceda a conformidad.

CONSIDERACIONES

Para resolver el objeto de la apelación interpuesta por el apoderado de la parte actora, se tiene que no existió discusión respecto de los siguientes aspectos:



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 21-2017-707-01 Dte: WILSON OSWALDO MONTAÑEZ Ddo.: IDR

-Que el señor Wilson Oswaldo Montañez **ingresó a laborar al servicio del IDR** desde el 8 de septiembre de 1989 desempeñando el cargo de AUXILIAR DE MANTENIMIENTO y devengando una asignación básica mensual de \$1.507.400, tal y como se corrobora de la certificación expedida el 7 de noviembre de 2014 por el Área de Talento Humano de la entidad demandada (fl.25)

-Que en virtud al cargo desempeñado en la entidad accionada ostenta la calidad de **trabajador oficial**, y

-Que **es afiliado a la Organización Sindical SINTRAIED** desde el día 30 de octubre de 1989 y continúa siéndolo a la fecha de expedición de la certificación que reposa a folio 832 del expediente y que fue emitida por la junta directiva del sindicato.

Ahora bien, sostiene el recurrente que el derecho discutido forma parte del mínimo vital del demandante, que debió la juez dar aplicación a la prórroga establecido en el art. 478 del C.S.T. y así ordenar el incremento convencional que para los años 2001 y 2002 se había dispuesto, también para el año 2003.

Para tal efecto, se tiene que la legislación laboral colombiana definió las convenciones colectivas en el art. 467 del CST, estipulando una serie de requisitos para que las mismas nazcan a la vida jurídica, requisitos que se encuentran contemplados en el art. 469 de la misma codificación, y sin los cuales la convención no produce efecto alguno, cuales son: “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.”

Al revisar la convención que consagra el incremento salarial pedido, específicamente el artículo 6° de **la convención colectiva suscrita en febrero de 1999** tal y como se observa a folio 887 del expediente, se tiene



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 21-2017-707-01 Dte: WILSON OSWALDO MONTAÑEZ Ddo.: IDR

que **ésta fue aportada con la correspondiente constancia de depósito** según se observa en el folio 885 del plenario y la cláusula dispone:

“ARTICULO SEIS. INCREMENTO SALARIAL. El IDR incrementara a partir del 1 de enero de 1999, el sueldo básico mensual a todos y cada uno de sus trabajadores oficiales en el porcentaje más alto que resultare de comparar entre: 1) El IPC para Bogotá, certificado por el DANE, acumulado entre el 1 de enero y el 31 de diciembre del año inmediatamente anterior, 2) El incremento al sueldo mínimo legal que decrete el gobierno Nacional o el ente que hiciere sus veces, o 3) El incremento que apruebe el Consejo de Santa Fé de Bogotá para los empleados de Distrito Capital. La cifra que resultare más alta, se aplicará a todos y cada uno de los trabajadores oficiales para la vigencia de 1999.

En todo caso el sueldo mínimo convencional para el año de 1999 será de \$339.790, el cual se reajustará en los años subsiguientes aplicando la fórmula a que se refiere en el inciso anterior.

Para los años 2000, 2001 y 2002 y a partir del 1 de Enero de cada uno de dichos años, se incrementará el sueldo a todos y cada uno de los trabajadores oficiales aplicando el mismo procedimiento que se utilizó para el año de 1999 y al cual se refiere el inciso primero de este artículo”

Pues bien, de la lectura de la cláusula convencional lo que concluye la Sala, es que se pactaron incrementos salariales a partir del 1 de enero de 1999 y por los años 2000, 2001 y 2002, pero nada se dijo con relación a los incrementos salariales del año 2003 y es por ello que con esta convención no puede extenderse tal beneficio al demandante para el año 2003, menos aún acoger un concepto emitido por una autoridad como lo pretende el recurrente al solicitar se tenga en cuenta el concepto que reposa a folio 27, pues como bien lo dijo la juez a quo, el término pactado fue específico y particular, 2000 a 2002 en la convención colectiva que fue voluntad de las partes tal acuerdo y por tanto ley para ellas.

Valga recordar en este punto, que el juez laboral no está facultado para ordenar aumentos salariales, a menos que se vea afectado el salario mínimo legal mensual vigente, en ese sentido ya se ha pronunciado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia como por ejemplo en sentencia SL11681 de 2015, radicado 44093, en donde señaló:



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 21-2017-707-01 Dte: WILSON OSWALDO MONTAÑEZ Ddo.: IDRD

“Aun si se pasara por alto lo anterior, es claro que el Tribunal no incurrió en yerro alguno, pues en sentencia CSJ SL, 7 Nov. 2012, Rad. 47333, en un juicio seguido contra la aquí demandada, por los mismos hechos y derechos, se indicó:

“Ahora, al no concurrir otra disposición legal que ampare los reajustes deprecados, no le corresponde al Juez laboral ordenar aumentos salariales, salvo que se vea afectado el salario mínimo. En tal sentido, ésta Sala en sentencia del 5 de noviembre de 1999, radicación 12213, sostuvo:

*“.....No obstante la realidad de lo afirmado, **no es el juez laboral, mediante el trámite de un proceso ordinario, el llamado a estabilizar el desequilibrio que se presenta cuando transcurre un período de tiempo y no se aumenta el salario de los trabajadores, a pesar de que el IPC en dicho lapso haya aumentado.** Y no puede hacerlo este funcionario judicial porque no existe ley que lo obligue o lo faculte a ello, excepto si del salario mínimo se trata”.*

*“...**Situación diferente sería si existiera una disposición convencional** o por laudo, etc., **a través de la cual la empresa estuviera obligada a aumentar el salario de los trabajadores cada año con fundamento en el IPC;** o que en tratándose de un salario mínimo devengado por un trabajador el empleador se negara a aumentarlo en la proporción fijada por la Comisión Permanente de Concertación de Políticas Salariales y Laborales (Ley 278 de 1996 artículos 1º, 2º literal d)) o por el Gobierno Nacional; destacándose que en este último caso en el aumento del salario mínimo que se hace el 30 de diciembre de cada año no solo prima como factor a tener en cuenta el IPC, sino otros tales como “la meta de inflación del siguiente año fijada por la Junta del Banco de la República y la productividad acordada por el comité tripartito de productividad que coordina el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social; además, la contribución de los salarios al ingreso nacional, el incremento del producto interno bruto, PIB...”, tal como lo establece el parágrafo del artículo 8º de la Ley 278 de 1996”.*

Aunado a lo anterior, tampoco puede salir adelante el argumento del apelante en cuanto a que debe entenderse que por disposición legal, específicamente por la prórroga establecida en el art. 478 del C.S.T, tal incremento se debe entender vigente para los años posteriores, en este caso para el año 2003, pues resultaría contrario a derecho que el juez laboral estuviera efectuando modificaciones a motu proprio y desacatando lo que por voluntad de las partes fue dispuesto en la convención colectiva de trabajo; y es que **no debe confundirse la prórroga automática de la convención colectiva** porque las partes no expresaron su voluntad de terminarla y por tanto dentro de los seis meses siguientes a la fecha de la terminación continuarán vigentes



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 21-2017-707-01 Dte: WILSON OSWALDO MONTAÑEZ Ddo.: IDRD

las **mismas** cláusulas convencionales, **con la modificación de la norma convencional por el paso del tiempo**, situación que es la que pretende el apelante se materialice, se repite, el incremento de la convención de 1999 se pactó no por todos los años, sino por los años 2000 a 2002.

Con relación a este tema también el Máximo Órgano de Cierre de la Justicia Ordinaria señaló en la misma sentencia de 2015 que se citó lo siguiente:

“...De lo anterior, resulta viable deducir, que la normatividad que regula los incrementos salariales de la actora, son las contenidas en los acuerdos convencionales o laudos. Para el caso concreto esa normatividad es el artículo sexto de Convención Colectiva de Trabajo suscrita el 1° de diciembre de 1999, cláusula que según sostiene la censura, fue objeto de la prórroga automática de que trata el artículo 478 del Código Sustantivo del Trabajo...”

El término de vigencia de una Convención Colectiva de Trabajo pactada a 2 años por las partes que la suscribieron, no lleva a la conclusión obligada de que, expirado ese plazo, el acuerdo deje de regir o pierda efecto, toda vez que de acuerdo con el artículo 479 del Código Sustantivo del Trabajo, de no producirse su denuncia, o aun cuando ella tenga lugar, sus estipulaciones continúan rigiendo hasta tanto no se suscriba un nuevo convenio, conforme a la prórroga automática prevista en el citado artículo 478 ibidem, salvo que respecto a un determinado beneficio las partes hubieran fijado un específico lapso de vigencia.

Pero el caso particular, la cláusula referida en precedencia, consagró incrementos salariales de acuerdo al IPC, por una sola vez, para los años 2000 y 2001. Luego, no corresponde a una norma de carácter general, virtud que la enmarcaría dentro de los supuestos legales trascritos, para que pudiera operar la prórroga automática de la misma, sino que se trata de una especial, cuyo término de aplicación se encontraba supeditado sólo al período de tiempo que los protagonistas sociales, en ejercicio de la autonomía de la voluntad pactaron. Por consiguiente, no le asiste razón a la censura para extender tales reajustes más allá del período expresamente estipulado.

De ahí, que el lapso de aplicación de esa cláusula fue fruto de una negociación bilateral, con vista a construir un mejor clima laboral, y para la fijación del incremento previeron las circunstancias sociales y económicas existentes al momento de su aceptación, y como se dijo, únicamente para una determinada vigencia.

Así pues, el Tribunal no cometió el yerro endilgado al establecer que el artículo 6° de la Convención Colectiva no era susceptible de la aplicación del



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 21-2017-707-01 Dte: WILSON OSWALDO MONTAÑEZ Ddo.: IDRD

artículo 478 del Código Sustantivo del Trabajo, pues iterase, los incrementos pactados en ella lo fueron para un determinado lapso, y aplicarle la prórroga automática establecida en dicha disposición, sería tanto como imponer condiciones ajenas al acuerdo surgido entre las partes de la relación laboral, que en últimas fue el plasmado en la propia norma convencional.”

Corolario de ello, acertó la juez de instancia al señalar que no era posible atender tal pretensión.

Finalmente, sería del caso revisar si la convención posterior, es decir la **vigente para los años 2004-2006** -pues en 2003 no se suscribió ninguna, o por lo menos no hay prueba de ello-, se pronunció frente al incremento petitionado en esta demanda, empero al revisar la misma y que reposa a folios 879 a 884, encuentra la Sala que, una vez revisado minuciosamente el material probatorio, **brilla por su ausencia la constancia de depósito** contrario a lo indicado por la falladora de primer grado, pues afirmó en el fallo recurrido que todas las convenciones colectivas que se habían aportado contaban con su correspondiente constancia de depósito.

No se desconoce que en la copia de la convención se halla impreso un sello con la palabra “DEPOSITOS”, sin embargo, el mismo no tiene la virtud de acreditar que el texto convencional hubiere sido depositado en los términos y solemnidades exigidas por el art. 469 del CS.T.

Así lo tiene dicho en múltiples sentencia la Corte Suprema de Justicia, como por ejemplo en sentencia SL15610 de 2016 en donde indicó:

“Frente a ese discernimiento, la parte recurrente -primer cargo- alega que la citada convención sí está provista de la constancia de depósito ante el ente gubernamental dado que en todas sus páginas consta un «sello» que da cuenta de ello.

*Planteado así el asunto, al revisar la Sala el citado instrumento colectivo (fls. 14 a 27) observa, que razón le asiste al Tribunal al echar de menos la constancia de depósito, pues **si bien es cierto en la totalidad de sus páginas figuran dos sellos, su impronta no desvirtúa la conclusión que se critica**, dado que uno corresponde al impuesto en la notaría octava del círculo de Bogotá para dar fe la autenticidad de la copia, y en el otro **se lee la palabra «DEPOSITOS (sic)» sin que pueda inferirse que esa diligencia se surtió dentro de los precisos términos previstos en el***



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 21-2017-707-01 Dte: WILSON OSWALDO MONTAÑEZ Ddo.: IDRD

art. 469 del CST, es decir, durante los 15 días siguientes a la firma de la convención.”

Por ello, no es posible partir de la existencia del texto convencional pues sin el cumplimiento de los requisitos necesarios la convención no produce ningún efecto, sentencia SL378-2018 radicación 64611, motivo por el cual se confirmará la sentencia apelada pero por las razones expuestas.

Sin costas en esta instancia.

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

R E S U E L V E:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada, pero por las razones expuestas.

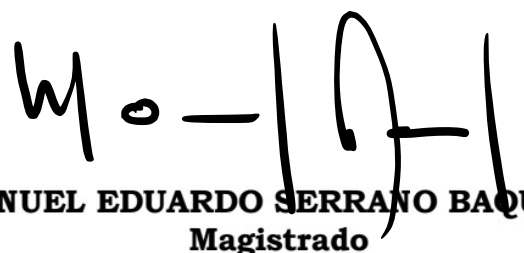
SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

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

Los Magistrados,



MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 21-2017-707-01 Dte: WILSON OSWALDO MONTAÑEZ Ddo.: IDRD


HUGO ALEXÁNDER RÍOS GARAY
Magistrado

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

PROCESO ORDINARIO No. 22 2018 275 01
ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA
DEMANDANTE: SANTIAGO JARAMILLO SANINT
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTRO

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

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

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

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

SENTENCIA

Al conocer de la sentencia de fecha 11 de septiembre de 2019, proferida por el Juzgado Veintidós laboral del Circuito de Bogotá, dada la apelación presentada por las demandadas y dado aplicación al grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

ALEGACIONES

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

ANTECEDENTES



Tribunal Superior Bogotá

*Proceso Ordinario Laboral No. 22 2018 275 01 Dte: SANTIAGO JARAMILLO SANINT
Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO*

Solicitó la parte actora se declare que se afilió al extinto ISS, realizando cotizaciones hasta el mes de septiembre de 1999; que fue inducido en error y por ello se trasladó a la AFP PORVENIR q partir del ms de febrero del año 2000; que como consecuencia de lo anterior, se declare la nulidad del traslado efectuado y disponer que las cosas vuelvan a su estado anterior, y en tal sentido ordenar su retorno automático al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, administrado por COLPENSIONES y a ésta última a reactivar la afiliación del actor. Finalmente solicita se ordene a la demandada PORVENIR S.A. a que devuelva a COLPENSIONES la totalidad de los dineros que recibió como consecuencia de la afiliación del actor, lo que resulte probado en uso de las facultades extra y ultra petita y se condene en costas a la demandada. (Fl.- 60 – 61)

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando, en síntesis:

- Que nació el 5 de noviembre de 1960.
- Que el 21 de junio de 1984 se afilió al ISS y hasta el mes de septiembre de 1999, contaba con 290,72 semanas de cotización.
- Que a principios del año 2000, asesores comerciales de la demandada PORVENIR S.A. le ofrecieron el traslado de régimen.
- Que los asesores de PORVENIR le indicaron que podría pensionarse a una edad más temprana y en cuantía superior a la que recibiría en el ISS.
- Que le indicaron que el Régimen de prima media sería reformado, solicitando más requisitos y que se reduciría la tasa de reemplazo.
- Que el asesor omitió indicarle la naturaleza del régimen privado de pensiones, así como tampoco una proyección pensional.
- Que ante la información completa y engañosa suministrada por el asesor y ante la errada expectativa generada por el asesor el fondo de pensiones de que mejorarían sus condiciones pensionales.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 22 2018 275 01 Dte: SANTIAGO JARAMILLO SANINT
Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

- Que fue inducido en error, ya que nunca se le indicó de manera clara y suficientes sobre los efectos que su decisión de traslado de régimen podría tener en su derecho pensional. (fl.- 62 – 63)

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demandada **COLPENSIONES**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos, manifestó que no le constan. Propuso las excepciones que denominó inexistencia del derecho para regresar al RMP, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia del pago de costas. (fl. 88 - 108).

Por su parte la demandada **PORVENIR S.A.**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos, aceptó los contenidos en los numerales 6, 9, 12, 14 y 25, para los demás manifestó que no le constan o que no son ciertos. Propuso las excepciones que denominó prescripción, falta de causa para pedir, inexistencia de las obligaciones, buena fe y enriquecimiento sin justa causa. (fl. 119 - 125).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, en sentencia del 11 de septiembre de 2019, resolvió: declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional, de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad efectuado por el actor a la demandada PORVENIR S.A. el 29 de mayo de 2000. Ordenó a la demandada PORVENIR S.A. a devolver la totalidad de los saldos de aportes o bonos pensionales girados a su favor por concepto de cotizaciones a pensiones del actor junto con los rendimientos financieros causados con destino a COLPENSIONES y condenó en costas a la parte demandada (fl.- 158 – 159)

Fundamentó su decisión señalando que los promotores que emplean en las sociedades administradoras del sistema general de pensiones deberán suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción durante toda la vinculación con ocasión de las



Tribunal Superior Bogotá

*Proceso Ordinario Laboral No. 22 2018 275 01 Dte: SANTIAGO JARAMILLO SANINT
Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO*

prestaciones a las cuales tenga derecho del afiliado; indicó que el parágrafo del artículo 2° de la ley 1748 del 2014 que modificó el artículo 9 de la ley 1328 de 2009 establece la forma en cómo deben orientarse, el deber de información al respecto señaló que la administradora tendrá la obligación expresa informar a los afiliados sus derechos y obligaciones de manera tal, que les permita la adopción de decisiones informadas; por su parte el afiliado deberá manifestar de forma libre que entiende las consecuencias derivadas de su elección en cuanto los riesgos y beneficios que caracterizan este fondo.

Indicó que el deber de información es obligatorio por parte de la administradora de fondos de pensiones en pro de que los usuarios puedan tomar sus decisiones, es decir deben estar suficientemente informados de todas las circunstancias que acarrea el cambio régimen pensional ese deber de información incluye entonces la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia un régimen de transición y la eventual pérdida de los beneficios adicionales. Además del análisis calificado y los de los antecedentes de los regímenes pensionales a fin de que el asesor y promotor fue un consejo sugerencia acerca de lo que más le conviene y por tanto lo que podría perjudicarle incluso a partir de la ley 1748 del 2014 artículo 3, también el decreto 2071 del 2015, se tiene derecho a tener una doble asesoría por parte de los representantes de ambos regímenes.

Por tal motivo, conforme literal B del artículo 13 de la ley 100 de 1993 se tiene entonces que desde aquel momento ya el ordenamiento jurídico establecido un tipo de sanción para los empleadores o en general para cualquier persona natural o jurídica que impida o atente de cualquier forma contra el derecho del trabajador respecto de su afiliación y selección de organismo o institución del sistema de la seguridad social integral, lo cual acarrea como sanción que la respectiva afiliación quedé sin efectos.

Así las cosas, la falta de su ministro de información por parte de la AFP constituye vulneración frente a los derechos del trabajador para afiliarse y seleccionar la entidad a la que quiera pertenecer pues con esa omisión se deja sin posibilidad al potencial afiliado para que tenga una convicción para hacer



Tribunal Superior Bogotá

*Proceso Ordinario Laboral No. 22 2018 275 01 Dte: SANTIAGO JARAMILLO SANINT
Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO*

su selección, paralelamente la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema justicia en sentencia radicado 31989 del 2008, SI 236 del 2014, SL 19447 del 2017, SL 17595 del 2017, SL 3496 de 2018 y SL 4989 2018, entre otras indicó que por su naturaleza la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional lo que les impone el deber de cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente se le señalan en la norma, en especial la de los artículos 14 y 15 del decreto 356 de 1994, cumplirlas todas con suma diligencia, con prudencia y pericia y además todas aquellas que se integran por fuerza la naturaleza de las mismas; así mismo que la información que debe proporcionar la administradora de pensiones comprende todas etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la terminal, para el disfrute pensional, esa información debe ser suficiente, oportuna, precisa, completa y transparente sobre las reales implicaciones que conllevaría dejar el anterior régimen y sus posibles consecuencias debe proporcionar a sus interesa una información completa y comprensible a la medida de la simetría entre el profesional de la administradora y el afiliado lego.

Una información que sea de proporcional con la prudencia y quién sabe que ella tiene debería orientar al potenciado afiliado y que cuando se trata asuntos de consecuencias considerables la elección del régimen pensional trasciende el simple de información y comunicación del mismo reglamento de la seguridad social la administradora tiene el deber del buen consejo que la comprometen a un ejercicio más amplio, proporcionando la información de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas con su beneficios e inconveniente de tal manera que la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba a la entidad demandada en este caso a la AFP Porvenir. Para que el cambio régimen de prima media al RAIS tenga validez y existencia informada le corresponde a la administradora de fondo de pensiones dar cuenta que información, clara y suficientemente los efectos del cambio.

Igualmente señaló que los cambios de administradoras, dentro este último régimen, no implican la ratificación de la decisión de cambio al RAIS, la que conlleva a modificar sensiblemente el contenido de los derechos



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 22 2018 275 01 Dte: SANTIAGO JARAMILLO SANINT
Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

prestacionales, reglas que por supuesto no resulta aplicable que ya no solamente aquellas personas con una expectativa pensional con derecho causado con un régimen de transición, dado que ninguna de las sentencias citadas establece esa condición.

Así las cosas no son de recibo los argumentos esgrimidos por las demandadas al señalar que al suscribir el formulario afiliación mediante el cual se realizó el cambio de régimen, por la sola enunciación en este documento que la demanda había dado la información necesaria y menos aún la simple suscripción del mismo.

Así las cosas señaló que no se allegaron pruebas de la información que brindó la demandada a la actora al momento de su traslado, por lo que declaró la ineficacia del mismo y como consecuencia de ello, emitió las condenas arriba señaladas.

DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión la apoderada de la demandada **COLPENSIONES**, señaló:

“solicito a los honorables magistrados del tribunal superior de Bogotá en su especialidad sala laboral creo que en esta sentencia toda vez que considera respetuosamente este apoderada judicial que el fallador de primera instancia no le dio el valor probatorio pertinente al interrogatorio de parte surtido en esta diligencia en el cual él A quién mandan de confesó haber tenido la oportunidad y haber preguntado las dudas que se le habían requerido en el momento de la filiación así como que nunca perdió contacto con la administradora privada pensiones en este caso por venir y que recibió constantemente información sobre su situación pensión al respecto a las cotizaciones que estaba realizando y respecto al derecho pensional que a lo largo de los años intentaba configurar eso en primera medida en segunda medida es que claramente colpensiones no puede recibir a la que mandante en el régimen de cómo lo comenté antes las decisiones judiciales Inés entendido se debe acatar lo dispuesto en la norma respecto al artículo segundo de la ley 797 de 2003 con modificó el literal el artículo 3 de la ley 100 de 1993 en tanto que el aquí



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 22 2018 275 01 Dte: SANTIAGO JARAMILLO SANINT
Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

mandante no puede volver al régimen de prima media por faltarle 10 años o menos para adquirir su derecho pensional en el entendido de que al momento de realizar la solicitud de traslado a colpensiones contaba con 57 años de edad en tercera medida le solicitó sólo a los honorables magistrados tengan en cuenta mi alegación acerca de la responsabilidad que está cargando mi representada por los actos inequívocos de dos terceros y en estos casos llamados terceros a Porvenir y a la,ndante aria sin presiones impidió ningún tipo de visual consentimiento se hace arroz fuerza o dolo el mismo lo confesó tuvo el momento para preguntarles un asesor ya tranquila de vida con tiempo más allá de que a él le generarán dudas y el mismo haber confesado que tuvo el tiempo para sortearlas no lo hizo y eso también debe esta responsabilidad y esta carga también debe ser trasladada al demandante e incluso también a Porvenir toda vez que si bien declara el aquí fallado qué fue probada la no diligencia en la asesoría pues colpensiones no puede acarrear esta responsabilidad toda vez que el traslado de los aportes más sus rendimientos financieros pues no alcanzan para subsidiar la pensión vitalicia de la,ndante mencionar que en ese caso no comparto tres magistrados que realicen un específico análisis del caso concreto en cuanto a la prueba recaudada en esta diligencia y en cuanto a los demás argumentos esgrimidos en esta apelación ya sea los argumentos normativos que ya y respecto a la prohibición legal en la consecuencia el demandante respecto a la carga de la prueba y respecto a la descapitalización del sistema Muchas gracias por venir doctora.

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

“solicito a los honorables magistrados del tribunal superior de Bogotá en su especialidad sala laboral revoquen esta sentencia toda vez que se considera respetuosamente este apoderado judicial que el fallador de primera instancia no le dio el valor probatorio pertinente al interrogatorio de parte surtido en esta diligencia en el cual él aquí demandante confesó haber tenido la oportunidad y haber preguntado las dudas que se le habían requerido en el momento de la afiliación, así como que nunca perdió contacto con la administradora privada pensiones en este caso PORVENIR y que recibió constantemente información sobre su situación pensional, respecto a las cotizaciones que estaba realizando y respecto al derecho pensional que a lo largo de los años intentaba configurar. Eso en primera medida, en segunda medida es que claramente COLPENSIONES no puede recibir al aquí demandante en el RPM,



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 22 2018 275 01 Dte: SANTIAGO JARAMILLO SANINT
Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

tal y como lo comenté anteriormente, los Jueces están obligados a atenerse al imperio de la Ley y la jurisprudencia es un criterio auxiliar, las decisiones judiciales y en ese entendido se debe acatar lo dispuesto en la norma respecto al artículo segundo de la ley 797 de 2003 que modificó el literal del artículo 3 de la ley 100 de 1993 en tanto que el aquí demandante no puede volver al régimen de prima media por faltarle 10 años o menos para adquirir su derecho pensional en el entendido de que al momento de realizar la solicitud de traslado a COLPENSIONES contaba con 57 años de edad. En tercera medida le solicitó sólo a los honorables magistrados tengan en cuenta mi alegación acerca de la responsabilidad que está cargando mi representada por los actos inequívocos de dos terceros y en estos casos llamados terceros a Porvenir y a la demandante, no se demostró ningún tipo de vicio de consentimiento como el error, la fuerza o el dolo, la misma demandante confesó que tuvo en el momento de la afiliación la oportunidad para preguntarle a un asesor lo que a él le generarán dudas y el mismo haber confesado que tuvo el tiempo para sortearlas y no lo hizo y eso también debe esta responsabilidad y esta carga también debe ser trasladada al demandante e incluso también a PORVENIR, toda vez que si bien declara el aquí afiliado que fue probada la no diligencia en la asesoría pues COLPENSIONES no puede acarrear esta responsabilidad toda vez que el traslado de los aportes más sus rendimientos financieros pues no alcanzan para subsidiar la pensión vitalicia de la demandante, cabe mencionar que en ese caso no comparto lo anterior, por lo que ruego a los tres magistrados que realicen un específico análisis del caso concreto en cuanto a la prueba recaudada en esta diligencia y en cuanto a los demás argumentos esgrimidos en esta apelación ya sea los argumentos normativos que ya y respecto a la prohibición legal en la consecuencia el demandante respecto a la carga de la prueba y respecto a la descapitalización del sistema Muchas gracias”.

Por su parte la apoderada de **PORVENIR S.A.** indicó:

“en primer lugar Señor Santiago conocía las cualidades propias de la naturaleza del régimen de ahorro individual y el régimen de y también tenía conocimiento básico de las características del régimen de prima media y aún así optó por el régimen de ahorro individual como su mejor opción. Asimismo se debe tener en cuenta que el régimen de prima media se basa en la solidaridad y conceder el traslado sólo contribuye



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 22 2018 275 01 Dte: SANTIAGO JARAMILLO SANINT
Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

a la desfinanciación de este sistema, máxime cuando el traslado de la que demandantes sólo desembocaría en el reconocimiento de una de una prestación en un régimen el cual el demandante no ha cotizado. De igual manera solicito el honorable tribunal no se tenga en cuenta como indicio en contra de mi representada la falta documentación de la asesoría prestada al momento de traslado toda vez que el deber de información sólo surgió con la expresión de alegría y 1794 del 2014 y no cuenta con efecto retroactivo y tampoco quiere decir que aún, cuando no haya documentación qué se le dio al demandante, ello no quiere decir que no se le haya dado una asesoría debida, de esta manera solicito al H. Tribunal revoque la decisión y absuelva a mi representada de todas las pretensiones “

CONSIDERACIONES

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

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

Para resolver lo anterior pertinente resulta traer a colación lo establecido respecto al tema por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia con radicado No. 33083 de 2011, criterio reiterado en sentencia radicado 46292 del 18 de octubre de 2017 y recientemente en sentencia 54818 del 14 de noviembre de 2018; M.P. Gerardo Botero Zuluaga; en donde indicó que la responsabilidad de las administradoras de pensiones era de carácter profesional, que la misma debía comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 22 2018 275 01 Dte: SANTIAGO JARAMILLO SANINT
Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

condiciones para el disfrute pensional y que las administradoras de pensiones tenían el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible a la medida de la asimetría que se había de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad.

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

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

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



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 22 2018 275 01 Dte: SANTIAGO JARAMILLO SANINT
Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

objetiva de los regímenes evitando sobredimensionar lo bueno, callar sobre lo malo y parcializar lo neutro”.

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

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



Tribunal Superior Bogotá

*Proceso Ordinario Laboral No. 22 2018 275 01 Dte: SANTIAGO JARAMILLO SANINT
Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO*

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

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

Sin costas en esta instancia.

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

R E S U E L V E:

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

SEGUNDO: ADICIONAR la sentencia recurrida en el sentido de DECLARAR que COLPENSIONES puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 22 2018 275 01 Dte: SANTIAGO JARAMILLO SANINT
Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión en la que incurrió el y/o los fondos de pensiones demandados.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

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

Los Magistrados



MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO

ACLARACION DE VOTO. Como la Sala Laboral de la CSJ asignó carácter obligatorio a su precedente en la materia (sentencias STL 3382-2020 STL3187-2020, ente otras), suscribo la providencia dejando a salvo mi criterio, según el cual, para la parte actora no es viable el regreso voluntario al Régimen de Prima Media.



HUGO ALEXÁNDER RÍOS GARZA
MAGISTRADO

REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTA D.C
SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 27 2018 00152 01

ASUNTO: APELACION SENTENCIA

DEMANDANTE: ETELVINA MEJÍA DIAZ

DEMANDADO: COLPENSIONES y otros

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

MAGISTRADA PONENTE
DRA. MARLENY RUEDA OLARTE

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

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

SENTENCIA

Revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de esta Ciudad, de fecha 4 de octubre de 2019, por la apelación, presentada por las demandadas y dando aplicación al grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

ALEGACIONES



Tribunal Superior Bogotá
Sala Laboral

EXPD. No. 11001310500272018 152 01
Ord. ETELVINA MEJÍA DIAZ VS. COLPENSIONES Y OTRAS

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

ANTECEDENTES

La señora **ETELVINA MEJÍA DIAZ**, por medio de apoderado judicial, demandó a PORVENIR S.A., y a COLPENSIONES, solicitando se declare la nulidad e ineficacia del traslado y de afiliación en pensiones; que en consecuencia de lo anterior, se condene a la demandada PORVENIR S.A. a trasladar la totalidad de los aportes efectuados a COLPENSIONES; así mismo se ordene que los mismos sean tenidos en cuenta para efectos pensionales, a lo que resulte probado extra y ultra petita. (fl.- 2).

Fundamentó sus pretensiones afirmando en resumen:

- Que nació el 24 de marzo de 1960 y que efectuó cotizaciones como trabajadora de la CAJA AGRARUA, BNEFICENCIA DE CUNDINAMARCA, para un tiempo de 467,14 semanas de cotización.
- Que como consecuencia de una asesoría engañosa, tendenciosa, incompleta e insuficiente, el 11 de septiembre de 1996, se trasladó a PORVENIR S.A.
- Que ni antes ni después de su traslado recibió proyecciones del valor de su futura mesada pensional.
- Que también realizó cotizaciones como independiente.
- Que cuenta con un total de 1.444,42 semanas. (fl.- 4-5)

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demandada COLPENSIONES, mediante apoderado judicial presento contestación oponiéndose a la prosperidad de todas y cada una de las pretensiones de la demanda. En relación con los hechos manifestó que son ciertos los enlistados en los numerales 1, 13 a 15, 17 y 19 a 23, en relación con los demás señaló que no son ciertos o que no le constan. En su defensa



Tribunal Superior Bogotá
Sala Laboral

EXPD. No. 11001310500272018 152 01
Ord. ETELVINA MEJÍA DÍAZ VS. COLPENSIONES YOTRAS

propuso como excepciones de fondo las que denominó falta en legitimación en la causa por pasiva inexistencia de la obligación, error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción. (fl.- 85 - 98).

Por su parte PORVENIR S.A, mediante apoderado, se opuso a las pretensiones de la demanda, en relación con los hechos, aceptó los enlistados en los numerales 1, 4, 15 y 17 a 19, para lo demás señaló que no son ciertos o que no le constan. En relación con las excepciones de mérito, propuso las de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de la obligación, buena fe, prescripción de las obligaciones de tracto sucesivo, enriquecimiento sin justa causa debida asesoría e inexistencia de algún vicio del consentimiento. (fl.- 122 – 128)

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento resolvió en sentencia del 16 de agosto de 2019, resolvió declarar la ineficacia del traslado efectuado por el actor a PORVENIR S.A. y la condenó a transferir a COLPENSIONES, la totalidad de los aportes efectuados en dicho fondo, junto con sus rendimientos, frutos e intereses, bonos pensionales etc.; así mismo condeno a COLPENSIONES a que acepte dicho traslado. (fl.- 149 - 150).

Fincó su decisión la Juez de Primer Grado, señalando :

“Si bien es cierto se formuló como pretensión la solicitud de nulidad del traslado entre regímenes pensionales en los términos de la sala de casación laboral de la Corte Suprema de Justicia el problema jurídico que plantea el despacho a en determinar si debe declararse ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida del régimen de ahorro individual con solidaridad qué efectuó la señora ETELVINA MEJÍA DÍAZ en el mes de septiembre de 1996 y si por ende deben trasladarse los dineros de porvenir a COLPENSIONES, como premisas normativas tenemos las sentencias proferidas por la sala de casación laboral de la Corte Suprema de Justicia dentro de los expedientes 31.989 del 9 de septiembre 2008 con ponencia del Magistrado Eduardo López Villegas, No. 33.083 del 22 de noviembre 2011 con



Tribunal Superior Bogotá
Sala Laboral

EXPD. No. 11001310500272018 152 01
Ord. ETELVINA MEJÍA DIAZ VS. COLPENSIONES YOTRAS

ponencia de la Magistrada Elsy del Pilar Cuello Calderón y las sentencias SL 12136 el 3 de septiembre 2014 competencia de la Magistrada Elsy del Pilar Cuello Calderón, SL 17.595 del 18 de octubre 2017 con ponencia del Doctor Fernando Castillo Cadena, SL 19.447 2017 con ponencia del Magistrado Gerardo Botero Zuluaga, SL 1.452 del 3 de abril de 2019 con ponencia la Magistrada Clara Cecilia Dueñas Quevedo, SL 1.421 del 10 de Abril de 2019 con ponencia del Magistrado Gerardo Botero Zuluaga y SL 1.688 del 8 de mayo 2019 con ponencia la Magistrada Clara Cecilia Dueñas Quevedo.

(...)

Teniendo en cuenta las anteriores premisas fácticas y normativas a juicio de este despacho encuentra que la entidad administradora de fondos de pensiones y cesantías protección S.A. no cumplió con la carga probatoria de acreditar la correcta y completa asesoría, carga que correspondía a esa demandada y no a la demandante como lo ha dejado claro la línea jurisprudencial de la sala de casación laboral de la Corte Suprema de Justicia pues no obra en el plenario prueba alguna que acredite que se le haya informado sobre los beneficios de trasladarse del régimen y mucho menos de sus desventajas la única prueba con la que el fondo demandado pretende demostrar la debida información otorgada la señora ETELVINA MEJÍA DIAZ es con la suscripción de los formularios de afiliación los cuales tienen formas previamente establecidas para todos los casos y con los que no es posible determinar cuáles fueron los términos de la asesoría que en su momento dio el respectivo asesor, por lo que en manera alguna puede tenerse como prueba del consentimiento informado que debía manifestar la demandante al trasladarse el régimen de ahorro individual con solidaridad como la indicado la sala de casación laboral de la Corte Suprema de Justicia en las sentencias tomadas como premisas normativas, Ahora bien, la línea jurisprudencial frente al deber de información de las administradoras la carga probatoria de y frente al afiliado lego que solicita el traslado y la obligación de que exista un consentimiento informado para tomar la decisión libre y voluntaria de trasladarse al régimen de ahorro individual con solidaridad, no sufre variaciones cuando se trata de afiliados que no son beneficiarios del régimen de transición o que no tuvieran una expectativa derecho pensional cuando solicitaron el traslado o un derecho adquirido la pensión, como en el caso que nos ocupa puesto que ni la legislación y la jurisprudencia tienen establecido que se debe contar con ello para que proceda la ineficacia del traslado a una



Tribunal Superior Bogotá
Sala Laboral

EXPD. No. 11001310500272018 152 01
Ord. ETELVINA MEJÍA DIAZ VS. COLPENSIONES YOTRAS

AFP por incumplimiento del deber de información, sino que por el contrario la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico del traslado considerado en sí mismo

(...)

Por lo anterior se declarará la ineficacia del traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, declaratoria que trae como consecuencia que no produjo efecto alguno el traslado a PORVENIR S.A.

(...)

Las demandadas formularon la excepción de prescripción y si bien es cierto esta juzgadora en buen número de providencias adoptó el criterio de la prescripción contado a partir del momento en que el afiliado advierte el perjuicio ocasionado con el traslado de régimen, lo cierto es que las sentencias SL 1421 del 10 de Abril de 2019 y SL 1688 del 8 de mayo 2019 aclaran cualquier duda al respecto al señalar la inoperancia de la prescripción cuando se trata de nulidad o ineficacia el traslado de régimen pensional no sólo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental e irrenunciable como la seguridad social, sino por el carácter declarativo que ostenta la pretensión inicial, por lo que debe declararse y no probada esta excepción.”

RECURSO DE APELACIÓN

Interpuso recurso de apelación el apoderado de la parte demandada **COLPENSIONES S.A.** señalando que

“Interpongo Recurso de apelación al auto cuando ordena a COLPENSIONES a retomar la señora ETELVINA al régimen de prima media y me baso en lo que ya alegué y es lo siguiente; el traslado de que se hizo de régimen fue eficaz, se realizó conforme a derecho con todos los parámetros que exigía la ley para ese entonces, la señora ETELVINA, lo dejó claro, lo manifestó ante su despacho, no fue por una colección no fue por un engaño de la AFP que se trasladó sino que ella misma de manera libre y voluntaria como quedó expresado plasmado con la firma del contrato que suscribe con la AFP lo realizó de esta manera, ha voluntad propia su señoría, por eso entonces se cumplen los requisitos para hacer el traslado, el traslado fue hecho de manera



Tribunal Superior Bogotá
Sala Laboral

EXPD. No. 11001310500272018 152 01
Ord. ETELVINA MEJÍA DIAZ VS. COLPENSIONES YOTRAS

correcta por eso solicito al H. Tribunal de Bogotá – Sala Laboral que decida si se revoca este auto o no.”

CONSIDERACIONES

Para la resolución de los recursos de apelación, la Corporación solo tendrá en cuenta y se ocupara de los aspectos de la sentencia que para el recurrente merecieron reproche, de conformidad con el principio de consonancia establecido en el artículo 66A del CPL y de la S.S. así mismo dará aplicación al grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

Frente a este aspecto, se tiene que lo pretendido por la señora ETELVINA MEJÍA DIAZ, se circunscribe a la declaratoria de ineficacia de la afiliación que efectuara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, mediante formulario suscrito ante la demandada PORVENIR S.A., el 11 de septiembre de 1996, para que en su lugar, COLPENSIONES acepte la afiliación al régimen administrado por esta.

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

Así las cosas, para que en realidad se considere que el traslado de régimen pensional estuvo precedido de voluntad y deseo de cambio por parte del



Tribunal Superior Bogotá
Sala Laboral

EXPD. No. 11001310500272018 152 01
Ord. ETELVINA MEJÍA DIAZ VS. COLPENSIONES YOTRAS

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

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

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

Es así como para estos casos como bien lo señala el juzgador de instancia y la parte actora en su demanda y en los alegatos presentados, **la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado**; esto es, que por el tipo de responsabilidad que se le endilga a estas entidades sobre las que pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional respecto de



Tribunal Superior Bogotá
Sala Laboral

EXPD. No. 11001310500272018 152 01
Ord. ETELVINA MEJÍA DIAZ VS. COLPENSIONES YOTRAS

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

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

Es por ello que coincide la Sala con lo decidido por la Juez de primera instancia, aunque se hubiese solicitado la nulidad del traslado en el escrito inicial, efecto aplicado en estos casos por la Corte Suprema de Justicia (ver SL 1452 de 2019), pues era deber la Administradora de Pensiones demostrar



Tribunal Superior Bogotá
Sala Laboral

EXPD. No. 11001310500272018 152 01
Ord. ETELVINA MEJÍA DIAZ VS. COLPENSIONES YOTRAS

durante el trámite procesal que le manifestó a este las desventajas como consecuencia de su traslado al régimen de ahorro individual y probar en el presente juicio dicha asesoría, todo lo anterior, lleva a concluir que no le fue brindada de manera completa toda la información a este respecto.

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

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

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE:

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



Tribunal Superior Bogotá
Sala Laboral

EXPD. No. 11001310500272018 152 01
Ord. ETELVINA MEJÍA DIAZ VS. COLPENSIONES YOTRAS

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

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

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

Los Magistrados,


MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO ACLARO VOTO

ACLARACION DE VOTO. Como la Sala Laboral de la CSJ asignó carácter obligatorio a su precedente en la materia (sentencias STL 3382-2020 STL3187-2020, ente otras), suscribo la providencia dejando a salvo mi criterio, según el cual, para la parte actora no es viable el regreso voluntario al Régimen de Prima Media.


HUGO ALEXÁNDER RÍOS GARAY
MAGISTRADO