

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

**PROCESO ORDINARIO DE JANNETH SONIA JAMAICA DE TIBABISCO
CONTRA LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN
PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN
SOCIAL – UGPP**

Bogotá D.C., veintiséis (26) de febrero de dos mil veintiuno (2021)

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito según lo dispone el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá se reúne para resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia dictada el 23 de octubre de 2020 por la Juez Veintiuno (21) Laboral del Circuito de Bogotá. En dicha sentencia se absolvió a la UGPP de pagar pensión de jubilación con fundamento en la Convención Colectiva de Trabajo 2001-2004, suscrita entre el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES - ISS y SINTRASEGURIDADSOCIAL.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, JANNETH SONIA JAMAICA DE TIBABISCO presentó demanda contra la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP, para que mediante los trámites de un proceso ordinario laboral se reconozca a su favor pensión de jubilación bajo los parámetros de la Convención Colectiva de Trabajo suscrita entre el ISS y SINTRASEGURIDADSOCIAL para la vigencia 2001-2004. Como fundamento de sus pretensiones afirma que laboró para el ISS y para la ESE LUIS

CARLOS GALÁN SARMIENTO durante 23 años y 2 meses, y que es beneficiaria de la convención colectiva suscrita entre el ISS y SINTRASEGURIDAD SOCIAL, condición reconocida mediante fallo de tutela dictado el 23 de noviembre de 2009 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección B. Considera que la aplicación de la convención no se vio afectada con la vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, pues se suscribió con anterioridad y para el reconocimiento pensional se pactó una vigencia posterior al año 2017. Pide el reconocimiento de la mesada desde el 20 de mayo de 2011, en cuantía del 100% del promedio de lo percibido durante los últimos tres años de servicio, y se ordene el pago de intereses moratorios (ver demanda en folios 3 a 12).

Notificada de la demanda la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP, la contestó mediante apoderado. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones con fundamento en que las convenciones colectivas que reconocían derechos pensionales extralegales perdieron vigencia el 31 de julio de 2010 por mandato del Acto Legislativo 01 de 2005. Propuso como excepciones: *cobro de lo no debido - inexistencia de la obligación, prescripción, buena fe, compensación y la innominada o genérica* (ver contestación en las páginas 191 a 199 del expediente).

Terminó la primera instancia con sentencia del 23 de octubre de 2020, mediante la cual la Juez Veintiuno (21) Laboral del Circuito de Bogotá absolvió a la UGPP de las pretensiones de la demanda. La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR PROBADA la excepción de COBRO DE LO DEBIDO- INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN, propuesta por la demandada. SEGUNDO: NEGAR LAS PRETENSIONES incoadas por la señora JANNETH SONIA JAMAICA TIBABISCO a través de apoderado contra la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP. TERCERO: CONDENAR EN COSTAS a la demandante y a favor de la demandada.*

Liquidense con la suma de \$400.000 como agencias en derecho. CUARTO: CONSÚLTESE la presente sentencia con el Superior, por ser adversa al demandante” (CD 3, audiencia virtual, minuto 34:38).

Para tomar su decisión, la Juez de primera instancia concluyó que no se acreditó el cumplimiento del requisito de 20 años de servicio que exige la norma, pues solo se demostró que la demandante prestó servicios durante 15 años y 11 meses como trabajadora oficial del ISS, y advirtió que quienes pasaron a ser empleados públicos de las empresas sociales del estado (ESE) por la escisión del ISS, tenían derecho a los beneficios convencionales siempre que estos se hubiesen adquirido antes de la entrada en vigencia del Decreto 1750 del 2003.

RECURSO DE APELACIÓN

En recurso, la apoderada de la demandante afirma que procede el reconocimiento del derecho pensional a partir del 20 de mayo de 2011, pues ella ocupaba el cargo de secretaria ejecutiva, por lo que no pudo pasar a la ESE LUIS CARLOS GALÁN SARMIENTO como empleada pública y mantuvo su condición de trabajadora oficial; y de todas formas, resulta aplicable la convención colectiva a los funcionarios trasladados del ISS a la ESE LUIS CARLOS GALÁN SARMIENTO pues se trata de derechos adquiridos que deben ser respetados (audiencia virtual, archivo No 7, minuto 46:19)¹.

¹ *“Gracias su señoría. En este estado de la diligencia, me permito interponer el recurso de apelación para que el Honorable Tribunal Superior de Bogotá la revoque en su totalidad, en su lugar acceda al reconocimiento de la pensión de jubilación convencional a favor de la demandante a partir del día del 20 de mayo 2011 se ordene la liquidación teniendo en cuenta una tasa de remplazo equivalente al 100% del promedio de lo percibido en los últimos tres años de servicios exclusivos al ISS pidiendo todos los factores de remuneración más los intereses moratorios a partir del mismo día del reconocimiento de la pensión. Lo anterior teniendo en cuenta, que contrario a lo considerado por el juzgado, el cargo que ocupaba mi poderdante era de secretaria ejecutiva, es decir, que mi poderdante no pudo pasar a la ESE de Luis Carlos Galán Sarmiento como empleada pública, ella debía mantener su condición de trabajadora oficial. Y tal como nos ha explicado la Corte Constitucional en múltiples sentencias, los funcionarios que fueron trasladados del Instituto de Seguridad Social a la empresa social del estado Luis Carlos Galán Sarmiento, les es plenamente aplicable la convención colectiva suscrita entre el ISS y entre SINTRASEGURIDADSOCIAL hacía en cantidad de la naturaleza de vinculación laboral, pues los derechos y prerrogativas consagrados en esto son derechos adquiridos que deben ser respetados mientras la convención conserve su vigencia. Todo esto*

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

No fue objeto de controversia que JANNETH SONIA JAMAICA DE TIBABISCO laboró para el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES entre el 15 de mayo de 1987 y el 25 de junio de 2003 (ver formulario CLEPB No. 1 obrante a folio 21 del expediente). Tampoco fue objeto de controversia que a partir del 26 de junio de 2003 la demandante se incorporó a la ESE LUIS CARLOS GALÁN SARMIENTO, desempeñando el cargo de *secretaria ejecutiva*, en virtud de la escisión del ISS que dispuso el Decreto 1750 de 2003, y laboró en dicha entidad por lo menos hasta el 20 de febrero de 2008, según se observa en certificación allegada a folio 55 del expediente².

Para desatar la alzada, el Tribunal debe precisar que las Convenciones Colectivas de Trabajo en las cuales se reconocían derechos extralegales en materia pensional fueron terminadas por mandato de los parágrafos segundo y tercero transitorios del artículo 48 de la Constitución Política.

Por ello, los derechos pensionales extralegales que no se hubieran causado o consolidado para el 31 de julio de 2010 se tornaron en expectativas fallidas y sin posibilidad de generar un derecho en el futuro por ausencia de fundamento normativo. Solamente los trabajadores que para el 31 de julio de 2010 hubieran cumplido la totalidad de requisitos que el acuerdo extralegal estipulaba para causar pensión tendrán un derecho laboral cierto, indiscutible y adquirido, que por ser ello no se podía derogar en normas posteriores.

para indicar que no solamente hay lugar para determinar si mi poderdante pasó del Seguro Social a la ESE y cambio su condición de trabajadora oficial. No, hay que analizar el cargo que tenía la señora Janeth Jamaica para poder ser beneficiaria de los beneficios de la convención colectiva. Por lo que solicitó al Tribunal superior acoja estas argumentaciones, ordene lo (dispuesto en la) sentencia dictada en esta instancia y el reconocimiento de la pensión”.

² Si bien en la demanda la parte actora afirma que laboró para la ESE LUIS CARLOS GALÁN SARMIENTO hasta el 6 de noviembre de 2009, no se aportó certificación que dé cuenta que la actora prestó servicios en dicha entidad hasta ese momento.

Aplicando este razonamiento al asunto bajo estudio, se advierte que la Convención Colectiva de trabajo vigente en el periodo 2001-2004, suscrita entre el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES y el SINDICATO NACIONAL DE TRABAJADORES DE LA SEGURIDAD SOCIAL – SINTRASEGURIDADSOCIAL (páginas 63 a 145 del expediente), otorgaba pensión de jubilación a los trabajadores oficiales que tuvieran 20 años de servicios al Instituto y 50 años de edad para las mujeres³ (página 88), norma que permitía la acumulación de tiempos de servicio a otras entidades de derecho público (página 88 vto)⁴.

En un caso similar al que se estudia, la sentencia SL 3343 de 2020 (M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO) de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, dispuso una nueva interpretación del artículo 98 de la Convención Colectiva y cambió el criterio jurisprudencial que venía aplicando, al establece que en dicha norma se debe entender el requisito de edad como un requisito de exigibilidad del derecho y no de causación teniendo en cuenta que *“el derecho pensional puede ser adquirido por los ex trabajadores que al momento del retiro tengan acreditado el tiempo de servicios, pero no la edad. Lo anterior, en tanto si bien el artículo alude a trabajadores oficiales, ello no excluye el beneficio a quienes tuvieron tal condición, pero arribaron a la edad enunciada con posterioridad a la finalización de sus contratos, pues dicha circunstancia no desvirtúa la calidad que una vez tuvieron: la de trabajadores oficiales al servicio de la entidad que, en últimas, es lo que exige la norma referida”*.

³ El artículo 98 de la Convención Colectiva referida tiene el siguiente tenor literal: *“El trabajador oficial que cumpla veinte (20) años de servicio continuo o discontinuo al Instituto y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) años si es hombre y cincuenta (50) años si es mujer, tendrá derecho a pensión de jubilación en cuantía equivalente al 100% del promedio de los percibido en el periodo que se indica a continuación para cada grupo de trabajadores oficiales: (...) [p]ara quienes se jubilen entre el primero de enero de 2007 y treinta y uno de diciembre de 2016, 100% del promedio mensual de lo percibido en los tres últimos años de servicio (...)”*.

⁴ El artículo 101 de la norma convencional dispone: *“Los servicios prestados sucesiva o alternativamente en las demás entidades de derecho público podrá acumularse para el cómputo de tiempo requerido para poder tener derecho a pensión de jubilación y el monto correspondiente se distribuirá en proporción al tiempo laborado en cada una de tales entidades”*.

Por ello los requisitos convencionalmente dispuestos para causar la pensión se reducen a dos: ostentar la calidad de trabajador oficial de la entidad, y la haber prestado servicios por más de 20 años.

Con fundamento en los anteriores referentes normativos y jurisprudenciales, el Tribunal confirmará la decisión de primera instancia que negó las pretensiones incoadas, pues no se cumplieron las condiciones que contemplaba la norma dado que cuando la demandante pasó del Instituto de Seguros Sociales a la ESE LUIS CARLOS GALÁN SARMIENTO perdió su condición de trabajadora oficial y adquirió el de empleada pública, de conformidad con lo establecido en el decreto 1750 de 2003, y por ello no pudo completar requerido.

Así lo ha reiterado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, Corporación que ha estimado que *“los servidores del Instituto de Seguros Sociales que en virtud del Decreto 1750 de 2003 pasaron a las empresas sociales del Estado, cambiaron su condición de trabajadores oficiales a empleados públicos, salvo quienes ejercían labores propias del mantenimiento de la planta física hospitalaria o de servicios generales”,* y que *“las personas que adquirieron la calidad de empleados públicos en virtud de la referida escisión (...), no son beneficiarios de la convención colectiva de trabajo suscrita entre el ISS y la organización sindical”* (ver SL 17783 del 30 de noviembre de 2016 y SL 040 de 2018).

Tampoco se demostró que el cargo de la demandante (Secretaria Ejecutiva) estuviese destinado al mantenimiento de la planta física y hospitalaria o se un cargo de servicios generales, no le resultaban aplicables las disposiciones convencionales que se reclaman. En contra de lo afirmado en el recurso, la certificación emitida por la ESE LUIS CARLOS GALÁN SARMIENTO advierte que ella se desempeñó en el cargo de SECRETARIA EJECUTIVA y que se encontraba vinculada en dicha entidad como **empleada pública** (ver folio 55).

Ningún derecho adquirido tenía la demandante para acceder a la pensión convencional, pues para el momento en que entró en vigencia el Decreto 1750 de 2003 cuando perdió la calidad de trabajadora oficial (escisión del ISS – 26 de junio de 2003), no había cumplido el requisito de 20 años de prestación de servicios que dispone la norma; contaba para ese momento con 15 años, 9 meses y 22 días de servicios al ISS, conforme se observa en el formulario CLEPB obrante a folio 21 del plenario.

Sobre esta materia (derechos adquiridos) resulta particularmente clara la Sentencia de la Corte Constitucional C-168 del 20 de abril de 1995. M.P. Dr. CARLOS GAVIRIA DÍAZ, en la que se lee el siguiente aparte: *“Pretender, como lo hace el demandante, la garantía de los derechos aún no consolidados, sería aceptar que la Constitución protege “derechos” que no son derechos, lo cual no se ajusta al Ordenamiento Superior, como se consignó en párrafos anteriores. La pretensión del actor equivale a asumir que los supuestos de eficacia diferida condicional, es decir, aquellos que sólo generan consecuencias jurídicas cuando la hipótesis en ellos contemplada tiene realización cabal, deben tratarse como supuestos de eficacia inmediata y, por ende, que las hipótesis en ellos establecidas han de tenerse por inmodificables aun cuando su realización penda todavía de un hecho futuro de cuyo advenimiento no se tiene certeza”*.

COSTAS en la apelación a cargo de la parte demandante.

DECISIÓN

Por lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D. C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

1. **CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia.
2. **COSTAS** en la apelación a cargo de la demandante.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

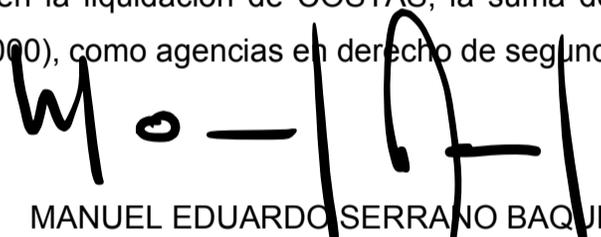

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado

ACLARACION DE VOTO


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

ACLARO VOTO

INCLÚYASE en la liquidación de COSTAS, la suma de CIEN MIL PESOS MCTE (\$100.000), como agencias en derecho de segunda instancia.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO.

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE JESÚS ANTONIO TAVERA
JIMÉNEZ CONTRA LA PROCESADORA DE LECHE S.A -SIGLA-
PROLECHE S.A.**

Bogotá D. C., veintiséis (26) días de febrero de dos mil veintiuno (2021)

Surtido el traslado a las partes para que presentaran alegatos de conclusión por escrito de conformidad con lo establecido en el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá se reúne en la fecha programada, para resolver la apelación presentada por la demandada contra la sentencia dictada por la Juez Veintidós (22) Laboral del Circuito de Bogotá el 7 de septiembre de 2020.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, JESÚS ANTONIO TAVERA JIMÉNEZ presentó demanda contra PROLECHE S.A., para que mediante los trámites de un proceso ordinario laboral se declare ineficaz la terminación de su contrato de trabajo, por estar cobijado con el fuero de estabilidad laboral reforzada que otorga la Ley 361 de 1997 y se condene al reintegro al sitio de trabajo con el pago de perjuicios.

Como fundamento de lo pedido afirma que ingresó a laborar al servicio de la empresa demandada el 9 de mayo de 1994 mediante contrato de trabajo a término indefinido, en el cargo de ingeniero electricista, y devengó como último salario \$3.520.495 mensuales. Aduce que fue diagnosticado VIH positivo el 1º de febrero de 2000, y el 28 de diciembre de 2016 le

comunicaron la terminación unilateral del contrato motivados en su enfermedad. Relata que ha sufrido angustia y dolor por no poder cumplir los compromisos adquiridos con su familia, entre ellos el pago de la matrícula universitaria de un sobrino (folios 132 a 170).

Notificada la demanda y corrido el traslado legal fue contestada por la sociedad demandada mediante apoderado quien aceptó algunos hechos y se opuso a las pretensiones, afirmando que la relación laboral terminó por mutuo consentimiento mediante una transacción y sin que tuviera nada que ver en ello la enfermedad del demandante, cuya existencia no conocía. Aduce que para la fecha de terminación del contrato el demandante no tenía discapacidad alguna y que la empresa reconoció la antigüedad del actor y pagó, como bonificación, \$124.361.486 equivalente a la indemnización por despido injusto. Propuso como excepciones las de *terminación del contrato por mutuo acuerdo transacción, la transacción por mutuo consentimiento extingue el contrato de trabajo, transacción libre de vicios del consentimiento y con efectos de cosa juzgada, pago, inexistencia de nexo o relación de causalidad entre la transacción que puso fin al contrato por mutuo acuerdo y cualquier condición de salud del demandante, compensación y buena fe* (folios 204 a 233).

Terminó la primera instancia con sentencia que dictó la Juez veintidós (22) Laboral del Circuito de Bogotá el 7 de septiembre de 2020, mediante la cual ordenó el reintegro del demandante, el pago de los salarios dejados de percibir desde la fecha del retiro, el pago de aportes a la seguridad social, y la indemnización que tasa el artículo 26 de la ley 361 de 1997; autorizó a la demandada a descontar de las condenas la suma de \$124.361.486 entregada a la terminación del contrato. Para tomar su decisión la Juez de primera instancia dijo apartarse de la jurisprudencia dictada por la Corte Suprema de Justicia, y con base en la sentencia SU049 de 2017 de las Corte Constitucional estimó que el derecho a la estabilidad ocupacional reforzada existe aunque no se den las circunstancias que regula la Ley 361 de 1997, o no se haya calificado una pérdida de capacidad laboral moderada, severa o

profunda, pues se debe otorgar a todas las personas que tengan una afectación en la salud que les impida o dificulte sustancialmente el desempeño de labores en condiciones regulares. Estimó improcedente que el empleador se ampare en el presunto mutuo acuerdo o en la mala situación económica de la empresa para dar por terminado el contrato de trabajo como causal objetiva de desvinculación del trabajador, y por ello, aunque en el año 2016 no existiera una calificación de pérdida de capacidad laboral del demandante, su condición de salud hacía necesario que la terminación por mutuo acuerdo fuera avalada por un inspector de trabajo. Finalmente, No encontró probados perjuicios adicionales los que tasa la Ley 361 de 1997.

La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: “PRIMERO: DECLARAR que carece de todo efecto jurídico la terminación del contrato de trabajo del señor JESÚS ANTONIO TAVERA JIMÉNEZ identificado con la cédula de ciudadanía número 70.562.996 realizado por la PROCESADORA DE LECHE PRO LECHE el 28 de diciembre del 2016, por razón de su discapacidad laboral y la ausencia de autorización previa del Ministerio de Trabajo conforme lo establece el artículo 26 de la Ley 361 de 1995.SEGUNDO: CONDENAR a la demandada a reintegrar de forma definitiva y sin solución de continuidad al señor JESÚS ANTONIO TAVERA JIMÉNEZ identificado con la cédula de ciudadanía número 70.562.996 a un cargo de igual o mejor categoría al que venía desempeñando al momento de la desvinculación, acorde con sus actuales condiciones de salud. TERCERO: CONDENAR a la demandada a pagar a favor del demandante los salarios dejados de cancelar desde el 28 de diciembre del 2016 y hasta la fecha que se haga efectivo el reintegro junto con los aumentos legales a que haya lugar debidamente indexados conforme a la parte considerativa de este fallo. CUARTO: CONDENAR a la demandada PROCESADORA DE LECHE PROLECHE a pagar a favor de JESÚS ANTONIO TAVERA JIMÉNEZ las cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios y vacaciones causadas desde el 28 de diciembre de 2016 y hasta la fecha en que se haga efectivo el reintegro debidamente indexada. QUINTO: CONDENAR a PROLECHE a pagar los*

aportes al sistema general de seguridad social del demandante, esto es, desde el 28 de diciembre del 2016, autorizando el descuento del porcentaje que por ley le corresponde asumir al trabajador hasta el momento en el que se efectúe el reintegro. SEXTO: CONDENAR a la demandada a pagar de forma indexada al señor JESÚS ANTONIO TAVERA JIMÉNEZ la suma de \$21.122.970 debidamente indexadas desde la fecha de terminación hasta la fecha de reintegro la sanción contemplada en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 conforme quedó expuesto en la parte motiva de este fallo. SÉPTIMO: ABSOLVER a la demandada PROCESADORA DE LECHE PROLECHE de las demás pretensiones incoadas en su contra. OCTAVO: AUTORIZAR a la demandada a descontar de las condenas impuestas el valor cancelado por concepto de bono especial conforme las consideraciones expuestas por valor de \$124.361.486. NOVENO: DECLARAR probada la excepción de compensación propuesta por la parte demandada y declarar parcialmente probada la excepción de cobro de lo no debido conforme la pretensión de los perjuicios materiales y morales. DÉCIMO: CONDENAR en COSTAS a la parte demandada, fíjense como agencias en derecho la suma de tres millones de pesos conforme a lo establecido en el artículo 365 del Código General del Proceso” (CD 5 MIN 36:49)

RECURSO DE APELACIÓN

Contra la decisión anterior presentaron recurso ambas partes.

El apoderado del demandante pide que se ordene el pago de perjuicios materiales. Considera que la documental aportada y el testimonio de la hermana del demandante prueban el daño causado por la terminación del contrato (CD 5 MIN. 40:50)¹.

¹ *Muchas gracias su señoría, presento recurso de apelación parcial contra la presente providencia en el sentido de que se absuelve a la demandada del pago de la reparación integral en lo que tiene que ver con los perjuicios materiales, por tal asunto procede esta condena a la reparación integral de los daños y perjuicios causados al demandante por parte de PROLECHE de conformidad con la jurisprudencia, eso lo estableció la Ley 446 del 98 en el artículo 16 en cuanto a la valoración de los daños. Igualmente, en el presente asunto con la documental aportada y con el soporte de la declaración por la testigo está más que demostrados los daños que se le causaron al señor Jesús Antonio Tavera por daños materiales en su calidad de daño emergente y de lucro cesante, toda esta documental fue debidamente soportada en el libelo demandatorio con el juramento estimatorio, no es así que no se*

En el recurso de la demandada, afirma su apoderado que el demandante no tiene estabilidad laboral reforzada ni es un sujeto de especial protección pues si bien fue diagnosticado el VIH desde el año 2001, la existencia de esta enfermedad, por sí sola, no permite considerarlo discapacitado. Reitera que desconocía esa condición de salud, pues el actor nunca presentó incapacidades médicas por VIH, ni restricciones o recomendaciones médico-laborales, y considera que se debe dar validez al contrato de transacción mediante el cual se terminó la relación laboral, por mutuo acuerdo, como lo autoriza el artículo 61 del Código Sustantivo del Trabajo² (CD 5 MIN. 43:57).

haya demostrado un nexo de causalidad en cuanto a ese daño o a esos perjuicios materiales sufridos por el señor Jesús Antonio, lo contrario, estos perjuicios le causaron más allá de un daño valorado económicamente al señor Jesús como lo ha dicho la jurisprudencia el daño moral, el solo hecho de que el señor Jesús tuviese que estar pensando al momento de su despido injusto en que tenía que sufragar los gastos de su familia que él es el que vela por ellos incluido pues también el pago de la matrícula de estudio de su sobrino, traslados y demás, eso le causó a él un detrimento, una angustia, un dolor, por eso la jurisprudencia lo ha tasado monetariamente, ahora bien, para uno demostrarlo tiene que delimitarlo cada daño, cada perjuicio en la demanda y soportarlo lo cual se hizo con esta demanda, está debidamente soportado y demostrado ese daño, entonces yo presento recurso de apelación para que sea el Honorable Tribunal Superior el que valore esta circunstancia y acceda a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, gracias señorita.

² *Gracias su señoría, interpongo recurso de apelación el cual me permito sustentar con base en las siguientes consideraciones fácticas y jurídicas para lo cual le solicito al despacho un receso de cinco minutos a fin de construir la sustentación del recurso... Muchas gracias su señoría, en efecto me permito entonces sustentar el recurso de apelación frente a la sentencia condenatoria que acaba de proferir el despacho en lo desfavorable, recurso que sustento con base en las siguientes consideraciones para lo cual me permito ilustrar que en principio este recurso se centrará en determinar por qué este defensor considera que el demandante no tiene estabilidad laboral reforzada, no es un sujeto de especial protección y, en segundo lugar, a la validez que debe tener el contrato de transacción por medio del cual se terminó la relación laboral de mutuo acuerdo de conformidad con el artículo 61 del Código Sustantivo del Trabajo. En primer lugar, haciendo referencia textualmente al artículo 26 de la Ley 361 de 1997 que establece "Así mismo, ninguna persona en situación de discapacidad podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su discapacidad salvo que medie autorización de la Oficina de Trabajo", sin lugar a dudas la palabra que hay que entrar a determinar su significado, a desentrañar su naturaleza, su sentido y su alcance es discapacidad y según la Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad suscrita en la ciudad de Guatemala el 7 de junio de 1999 y adoptada por nuestra legislación mediante la Ley 762 del 31 de julio del 2002, ley que fue declarada exequible mediante la sentencia C 401 del 20 de mayo del 2003, dicha Convención establece que se entiende por discapacidad "la deficiencia física, mental o sensorial ya sea permanente o temporal que limita la capacidad de ejercer uno o más actividades esenciales de la vida diaria que puede ser causada o agravada en el entorno económico y social", para el caso objeto de análisis que nos ocupa hoy, el señor Jesús Antonio si bien le fue diagnosticado el VIH desde el año 2001, esa enfermedad por sí sola no fue suficiente para que la persona fuera una persona discapacitada, es que el hecho de haberse citado en la sentencia de primera instancia una sentencia de la Corte que indica que las personas con VIH tienen estabilidad laboral reforzada no por ello debe concluirse entonces objetivamente que el demandante así lo sea, puesto que durante todo el tiempo en que prestó sus servicios, nunca presentó ni siquiera una incapacidad médica por su problema de VIH como tampoco presentó restricciones o recomendaciones médico laborales, es decir, que por el solo hecho de padecer VIH no puede predicarse que el demandante tuviese una estabilidad laboral reforzada y por ende ser un sujeto de especial protección, no comparto la decisión a la que llega el despacho, teniendo en cuenta que el órgano de cierre de la jurisdicción laboral ordinaria es la Corte Suprema de Justicia y se aparta de lo que dicha Corporación ha mencionado en cuanto a los criterios que se deben de tener en cuenta para determinar si una persona es o no un sujeto de especial protección y por lo tanto tiene estabilidad*

laboral reforzada. Al respecto, mediante sentencia con radicado 39207 del 2012 se señaló de la Corte Suprema de Justicia "en el articulado de la Ley 361 de 1997 se toman como parámetros los diferentes grados de minusvalías a que se ha hecho alusión para establecer condiciones que garanticen su incursión en el ámbito laboral o que los haga merecedores de la protección del Estado entre otros, en el campo de vivienda, seguridad social y educación, así por ejemplo en el 24 se garantiza a los empleadores que vinculen laboralmente a personas con limitación que sean preferidas en igualdad de condiciones en los procesos de licitaciones, adjudicación y celebración de contratos sean estos públicos o privados, si tienen en su nómina más de un 10% de sus empleados en las condiciones de discapacidad enunciados en el mismo ordenamiento, en todo caso, para despejar cualquier duda que pueda suscitar la precitada sentencia en cuanto al nivel de limitación requerido para el goce de la protección en cuestión, esta Sala reitera su posición contenida en la sentencia 32532 del 2008 consistente en que no cualquier discapacidad está cobijada por el manto de la estabilidad reforzada prevista en el artículo 26 de la Ley 361 del 97, dicha 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 no sean excluidos del ámbito del trabajo pues históricamente las discapacidades leves que podría padecer un buen número de la población no son las que han sido objeto de discriminación, por esta razón considera la Sala que el legislador fijó los niveles de limitación moderada, severa y profunda artículo quinto reglamentado por el artículo 7 del Decreto 2463 del 2001 a partir del 15% de la pérdida de la capacidad laboral con el fin de justificar la acción afirmativa en cuestión, en principio, a quienes clasifique en dichos niveles, de no haberse fijado por el legislador ese tope inicial se llegaría al extremo de reconocer la estabilidad reforzada de manera general y no como excepción dado que bastaría la pérdida de la capacidad en un 1% para tener derecho al reintegro por haber sido despedido sin la autorización del ministerio del ramo respectivo, de esta manera desaparecería la facultad del empleador de dar por terminado el contrato de trabajo unilateralmente lo que no es el objetivo de la norma en comento", para la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral es claro que para efectos de tener derecho a una estabilidad laboral reforzada se requiere como mínimo de una pérdida de capacidad laboral del 15%, insisto, esta es la jurisprudencia a la que se debe someter la jurisdicción laboral ordinaria en sus diferentes rangos y para el caso objeto de análisis el despacho debió haber aplicado esta sentencia y no haber acudido a la jurisprudencia de la Corte Constitucional dado que no estamos en el trámite de una acción de tutela, estamos en el trámite de una demanda laboral ordinaria y es que el demandante no es un sujeto de especial protección así se le hubiese diagnosticado el VIH desde el 2001, cuando el demandante rindió su interrogatorio de parte confesó que no había presentado incapacidades médicas por ese concepto, eso es una confesión de suma importancia porque permite concluir que la persona podía prestar sus servicios sin ninguna restricción, sin ninguna recomendación, tal y como lo vino realizando desde el 2001 hasta el 28 de diciembre de 2016 cuando se le terminó su contrato de trabajo por mutuo acuerdo y transacción, y es que el contrato de trabajo se terminó fue por un mutuo acuerdo y transacción, el demandante suscribió esa transacción en virtud del cual la compañía le pagó una bonificación de \$124.361.486 y no por ello puede considerarse que el demandante se sintió presionado como lo manifestó el despacho y que no tenía conocimiento al respecto y que acudió a profesionales que lo recomendaran o lo aconsejaran si debía suscribir o no esa transacción por medio de la cual se terminó el contrato por mutuo acuerdo. Lo cierto señores Magistrados, es que ese documento reposa en el expediente, no fue tachado de falso y además el despacho prácticamente lo declara nulo por vicios del consentimiento cuando eso nunca entró en el debate probatorio, si se observa la demanda nunca fue planteada en el sentido de pretender la nulidad de ese mutuo acuerdo y transacción lo que genera una violación al debido proceso dado que no, que este defensor no tuvo oportunidad de esforzarse y utilizar los medios probatorios tendientes a desvirtuar la nulidad a la que llega el despacho en la sentencia, la nulidad de ese contrato de transacción sin haberse discutido eso en el debate probatorio dado que no fue pretendido en la demanda, obsérvese que en la demanda nunca se está solicitando la nulidad del contrato de transacción e insisto ese contrato de transacción fue celebrado de manera consciente por el demandante, él así lo confesó en el interrogatorio de parte, el hecho de que se hubiese posteriormente por un error involuntario enviado una comunicación mediante el cual se dio por terminado el contrato de trabajo sin justa causa no puede entenderse que ese acto jurídico entonces deslegitime y le reste total eficacia y validez al contrato de transacción por medio del cual se terminó la relación de trabajo por mutuo acuerdo y, es que el mutuo acuerdo es uno de los modos legales para dar por terminado el contrato de trabajo, insisto el demandante de manera consciente, voluntaria y sin ningún vicio en su consentimiento celebró el contrato de transacción. Así las cosas entonces recapitulando este defensor considera que no existe una estabilidad laboral reforzada dado que el demandante no es un sujeto de especial protección por el solo hecho de padecer el virus del VIH, obsérvese que no existe una calificación de pérdida de capacidad laboral, obsérvese que no existen incapacidades médicas que justifiquen la no prestación del servicio del demandante por sus problemas de salud generados en el VIH, obsérvese que no existen restricciones o recomendaciones medico laborales y sobre todo muy importante, obsérvese que la compañía PROLECHE S.A. no tenía conocimiento del diagnóstico de VIH durante la relación laboral dado que solo lo vino a obtener cuando el demandante en el examen médico de egreso manifestó tal diagnóstico, cuando ya se había terminado la relación laboral, es que

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

No fue objeto de controversia en la alzada que entre PROLECHE S.A. y el demandante se ejecutó un contrato de trabajo a término indefinido desde el 9 de mayo de 1994 hasta el 26 de diciembre de 2016, en cuya ejecución el demandante cumplía funciones de ingeniero eléctrico, con último salario devengado de \$3.520.495 mensuales. El contrato terminó el 26 de diciembre de 2016 previa suscripción de un contrato de transacción, en virtud del cual la demandada pagó como bonificación \$124.361.486 al demandante. Lo anterior se corrobora con los documentos de folios 9 a 11, 13, 234 y 235.

En consonancia con los recursos interpuestos, el Tribunal resolverá si procedía o no el reintegro definitivo del demandante a la sociedad demandada, y en dado caso si tiene derecho al pago de los perjuicios adicionales que reclama en la demanda.

Para resolver lo primero, el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 prohíbe la terminación del contrato del trabajo cuando tenga origen en una limitación en la capacidad del trabajador, salvo que medie una autorización de la oficina del Trabajo. La norma sanciona la inobservancia de esta formalidad con el pago a título de indemnización de 180 días de salario, sin perjuicio de las demás prestaciones e indemnizaciones adicionales a las que hubiere lugar.

Al estudiar el contenido de este precepto, la Corte Constitucional definió con efectos de cosa juzgada, que el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 se ajusta al ordenamiento jurídico, siempre y cuando se entienda que el despido del trabajador o la terminación del contrato de trabajo *por una limitación física o psíquica* y sin autorización de la oficina de Trabajo carece de efecto jurídico y

debe considerarse que lo manifestado por el demandante en el examen médico de egreso ya la relación laboral no tenía vigencia, ¿por qué no lo manifestó durante más de los 15 años que prestó su servicio después de habersele diagnosticado el VIH?, ¿por qué solo lo viene a manifestar en el examen médico de egreso cuando ya la relación laboral no tenía vigencia?, y al respecto frente a los requisitos que debe observar el operador jurídico para efectos de que proceda la estabilidad laboral reforzada, uno muy importante es que el empleador tenga conocimiento de tal situación y la sociedad PROLECHE solo obtuvo conocimiento del problema de VIH ya habiéndose culminado por mutuo acuerdo la relación laboral. Así las cosas, dejo sustentado el presente recurso de apelación tendiente a

en consecuencia también da lugar al reintegro del trabajador. A juicio de esa Corporación, la simple indemnización pecuniaria que tasó la Ley 361 no garantiza la estabilidad laboral que el ordenamiento jurídico otorga a los trabajadores que padecen limitaciones en su capacidad para trabajar³.

A su vez la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en ejercicio de la función que le asigna la Constitución Política para unificar la jurisprudencia nacional trazando criterios de interpretación de las normas legales a casos concretos, ha dispuesto que las “*personas en situación de discapacidad*” a quienes se destinaron las garantías contenidas en la Ley 361 de 1997 son aquellas que acreditan haber sufrido una reducción en su capacidad laboral, o un estado de debilidad manifiesta que limita dicha capacidad, en el momento del despido o terminación del contrato de trabajo. Con ello fijó parámetros objetivos que permiten a los jueces dilucidar en casos concretos quienes son objeto de la protección especial.

Sobre quienes se pueden considerar personas en situación de discapacidad, resulta particularmente clara -además- la definición del artículo 1º de la Ley 762 de 2002 mediante la cual se aprobó la "CONVENCIÓN INTERAMERICANA PARA LA ELIMINACIÓN DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACIÓN CONTRA LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD". Dicho estatuto se refiere a la discapacidad como “*la deficiencia física, mental o sensorial, ya sea de naturaleza permanente o temporal, que limite la capacidad de ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria*”, concepto que avaló la Corte Constitucional en la sentencia C-824 de 2011, al señalar expresa y claramente que: “*(...) en estas situaciones debe hablarse de personas que por su estado de salud física o mental se encuentran en condiciones de debilidad manifiesta, que les dificulta trabajar en ciertas actividades o hacerlo con algunas limitaciones y que por tanto, requieren de una asistencia y protección especial para permitirle su integración social y su*

que se absuelva a la entidad que represento de todas y cada una de las súplicas incoadas en su contra, muchas gracias señora Juez.

³ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-531 de 2000. M.P. Álvaro Tafur Galvis.

realización personal, además de que gozan de una estabilidad laboral reforzada” (subrayas fuera del texto original).

No toda afectación en la salud del trabajador ni toda disminución en la capacidad laboral generan una dificultad cierta para la reinserción en el sistema competitivo laboral, que es el objeto protegido por la Ley 361 de 1997. Asignar estabilidad reforzada a quienes no corresponde traería un efecto contrario al pretendido por las normas (la erradicación de la discriminación de trabajadores por razón de su discapacidad), pues las cargas adicionales que tendrían que enfrentar los empleadores implicaría para ese colectivo, en la práctica, menores posibilidades de acceso a los empleos disponibles en el mercado. Eso, ciertamente, no fue lo que quiso el legislador al expedir la Ley 361 de 1997.

Con este criterio, para otorgar la protección que asigna la Ley 361 de 1997, el juez debe tener *certeza* sobre la pérdida de capacidad laboral calificada o deducible razonablemente de la condición física o mental del trabajador, y *certeza* de que la terminación del contrato de trabajo tuvo origen en esa situación.

Este último requisito se presume ocurrido cuando se demuestra el porcentaje de pérdida de capacidad que la Sala laboral de la Corte ha definido para el efecto, o una situación de debilidad manifiesta, presunción que bien puede ser desvirtuada por el empleador si aporta pruebas que demuestren la existencia de otra u otras *causas eficientes* de terminación del contrato de trabajo.

Bajo esta hermenéutica y una vez revisado el expediente, el Tribunal REVOCARÁ la decisión de primera instancia y absolverá a la demandada de las condenas impuestas, pues no se demostró que el demandante tuviera una condición de discapacidad, o que fuera una persona en situación de debilidad manifiesta con limitaciones para trabajar, en la fecha que finalizó el contrato de trabajo.

Ninguna evidencia se allegó sobre incapacidades recurrentes o deterioro de la salud del demandante para la época en que terminó la relación de trabajo. Por el contrario, en la declaración de parte, éste acepta que nunca se presentaron tales situaciones porque cuando empezó el tratamiento de su enfermedad en el año 2001, ésta mejoró.

Tampoco se puede deducir de las pruebas aportadas que la terminación del contrato de trabajo hubiera tenido causa discriminatoria por el padecimiento del virus del VIH, pues según el mismo demandante lo estima, la empresa se enteró de su enfermedad en el año 2001 y la terminación del contrato ocurrió 15 años después, en el año 2016.

En la declaración de parte (CD 4 audio 2 Minuto 06:05) aceptó además haber firmado un contrato de transacción para terminar de mutuo acuerdo el contrato de trabajo, y haber recibido \$124.361.486 a través de consignación, aclarando que como retaliación por no haber formalizado esa transacción en notaría le enviaron la carta de despido sin justa causa. Aceptó que nunca tuvo incapacidades ni restricciones para laborar por su enfermedad, y *supone* que la empresa se debió enterar de su estado de salud a raíz de un accidente con quemaduras que sufrió en el año 2001, cuando tuvo que comentar que padecía el VIH.

En el mismo sentido declararon DAVID ANDRES GUETO (CD 4 audio 2 Minuto 57:49) jefe de seguridad en el trabajo, y FERNANDO MENDEZ CUY, gerente de administración de personal (CD 4 audio 2 hora 1 Minuto 14:48).

El primero señaló que conoce todos los procesos médicos de los trabajadores y que para el caso del demandante no se enteró de que padecía de VIH, aseveró que nunca presentó calificación laboral ni documento o recursos contra la EPS ni la ARL, ni recomendaciones, restricciones o solicitudes de reubicación laboral, y que el contrato terminó por mutuo acuerdo debido a la crisis económica que tenía la empresa y la

necesidad de reducir la planta de personal, lo que ocurrió no sólo con el actor sino con muchos otros trabajadores. El segundo testigo confirmó esto último al indicar que durante el año 2015-2016 la empresa no tuvo buenos resultados y por ello se suprimieron varios cargos, entre ellos el que ocupaba el demandante.

Así las cosas, el demandante no demostró ser sujeto de la estabilidad reforzada que dispone la Ley 361 de 1997 para evitar despidos discriminatorios de personas con discapacidad, y por ello no se podía exigir a la demandada la prueba de razones objetivas de terminación del contrato de trabajo.

La *presunción* de despido discriminatorio a la que se refiere la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, como todas las presunciones contempladas en el ordenamiento jurídico, exige de la parte que pretende beneficiarse de ella la prueba de los hechos que la generan. En caso bajo estudio el demandante debía aportar prueba de una limitación clara y suficiente en la capacidad de trabajo, y que ésta era conocida por su empleador.

Sobre esto último también se ha pronunciado claramente la Corte Constitucional al resolver casos similares al que se estudia⁴.

Aunque las razones expuestas son suficientes para decidir como se anunció, las pruebas testimoniales referidas atrás demuestran, además, que la terminación del contrato de trabajo fue concertada con el trabajador por

⁴ T-513 DE 2015 CORTE CONSTITUCIONAL. *“La jurisprudencia constitucional ha concluido que la efectividad de la estabilidad laboral reforzada de las personas que padecen el virus del VIH/SIDA se traduce en la garantía de permanencia en su empleo como medida de protección especial ante actos de discriminación, la cual se concretiza en la obligación que tiene el empleador de (i) demostrar una causal de despido objetiva y (ii) acudir al Ministerio de Trabajo para que autorice la desvinculación laboral de los trabajadores portadores del virus. **Este Tribunal en diferentes pronunciamientos ha sostenido que esta garantía no opera de manera automática por la simple existencia del Virus de Inmunodeficiencia, sino que es “necesario probar la conexidad entre la condición de debilidad manifiesta y la desvinculación laboral, constitutiva de un acto discriminatorio y un abuso del derecho”. Cuando no se logra probar la relación de causalidad entre la terminación del contrato y la condición del trabajador, se desdibuja el concepto discriminatorio, situación que torna improcedente el amparo constitucional.**”* Subrayado y negrilla fuera de texto.

razones económicas de la empresa, y que por ello aceptó la *resciliación* de su contrato mediante transacción libremente celebrada, y previo el pago de \$124.361.486.

Por el resultado del recurso, las **COSTAS** de primera instancia corren a cargo del demandante.

Sin condena en **COSTAS** de la apelación.

Por lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D. C., Sala Sexta Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

1. **REVOCAR** la sentencia de primera instancia.
2. **ABSOLVER** a la sociedad PROCESADORA DE LECHE S.A - PROLECHE- de todas las pretensiones reclamadas por JESÚS ANTONIO TAVERA JIMENEZ en este proceso.
3. **COSTAS** de primera instancia a cargo del demandante.
4. Sin condena en **COSTAS** de la apelación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado



LORENZO TORRES RUSSY

Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE

Magistrada

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.**

SALA LABORAL

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

PROCESO ORDINARIO DE JEANNETHE VILLALBA GUTIÉRREZ CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Y SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. (hoy OLD MUTUAL ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.)

Bogotá D.C., Veintiséis (26) de febrero de dos mil veintiuno (2021)

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito según lo dispone el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá se reúne para resolver el recurso de apelación interpuesto por las demandadas, y estudiar en el grado jurisdiccional de CONSULTA a favor de COLPENSIONES, la sentencia dictada el 31 de agosto de 2020 por el Juez Veintitrés (23) Laboral del Circuito de Bogotá. En ella se DECLARÓ la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS).

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, JEANNETHE VILLALBA GUTIÉRREZ presentó demanda contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y SKANDIA

ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. (hoy OLD MUTUAL ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.), para que mediante los trámites de un proceso ordinario laboral se declare la ineficacia de su traslado de RPM al RAIS, ocurrido el 5 de abril de 2002, y el posterior traslado horizontal entre fondos privados ocurrido el 17 de junio de 2008, con fundamento en que fue inducida a error por parte de los asesores de los fondos privados, toda vez que no le suministraron una información clara y fehaciente con respecto a las consecuencias legales y económicas que tendría el cambio de régimen pensional, no le manifestaron que perdería la posibilidad de pensionarse con el ISS hoy Colpensiones con una mesada superior a la ofrecida en el RAIS, ni le informaron sobre el capital requerido para obtener una pensión, o el plazo para retornar al RPM, ni se hicieron proyecciones pensionales, o le ilustraron sobre las diferencias entre un régimen y otro, al contrario, le manifestaron que podía pensionarse anticipadamente, que el ISS iba a ser liquidado y sus aportes se encontrarían en riesgo y que podía solicitar la devolución de su capital sin restricción alguna. Advierte que el 28 de enero de 2019 solicitó el traslado a Colpensiones, el cual fue negado.

Como consecuencia de lo anterior, pide que se declare la nulidad de la afiliación al RAIS realizada a la AFP Porvenir y posteriormente a Old Mutual, se declare la libertad de la demandante de afiliarse al RPM al declararse la nulidad de la afiliación, se condene a Colpensiones a recibir a la actora como afiliada cotizante y a Old Mutual a liberar de sus bases de datos a la actora y, devolver todos los valores que hubiese recibido con motivo de la afiliación como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses, esto es, con los rendimientos que hubiese generado con destino a Colpensiones (ver demanda en folios 3 a 26 del expediente).

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, mediante apoderada, contestó la demanda. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones con fundamento en que la demandante se encuentra

válidamente afiliada al RAIS. Afirma que no se evidenció ningún tipo de vicio en el consentimiento, y advierte que la actora se encuentra inmersa en la prohibición legal de traslado entre regímenes pensionales, pues le faltan menos de 10 años para cumplir con el requisito de edad para adquirir el derecho pensional. Propuso como excepciones: *cobro de lo no debido, prescripción, falta de causa para demandar, presunción de legalidad de los actos jurídicos, buena fe en las actuaciones de Colpensiones, inexistencia de la obligación, inobservancia del principio constitucional desarrollado en el artículo 48 constitucional adicionado por el Acto Legislativo 01 de 2005, el hecho de un tercero, calidades del demandante para conocer las consecuencias de su traslado y la innominada o genérica* (ver contestación el folios 137 a 152 del expediente).

Igualmente contestó la demanda SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. (hoy OLD MUTUAL ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.), mediante apoderado. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones dirigidas en su contra con fundamento en que al tratarse de un traslado horizontal, se puede asumir que la demandante ya conocía las características, ventajas y desventajas del RAIS, y en todo caso, la información brindada al momento de la afiliación se realizó por personal plenamente capacitado y de acuerdo a la normatividad vigente para la época. Advierte que la demandante no es beneficiaria del régimen de transición de acuerdo con los parámetros establecidos en la sentencia SU 062 de 2010, y se encuentra inmersa en la prohibición legal de traslado entre regímenes pensionales pues le faltan menos de 10 años para cumplir con el requisito de edad para adquirir el derecho pensional. Propuso como excepciones: *prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe y la genérica* (ver contestación en folios 178 a 183 del expediente).

También contestó la demanda la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., mediante apoderado. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones con fundamento en

que la elección de traslado de régimen fue producto de una decisión libre, voluntaria e informada y no de un engaño o presión, que dicho consentimiento informado se materializó con la suscripción de la solicitud de afiliación, y en todo caso, operó la ratificación mediante el pago de los aportes mensuales durante cerca de 17 años en los cuales la actora no hizo uso del derecho de retracto. Propuso como excepciones: *prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación* y la *excepción genérica* (ver contestación en folios 236 a 261 del expediente).

Terminó la primera instancia con sentencia del 31 de agosto de 2020, mediante la cual el Juez Veintitrés (23) Laboral del Circuito de Bogotá DECLARÓ la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS). La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación o traslado de la demandante JEANNETHE VILLALBA GUTIÉRREZ al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR y por ende a OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS hoy SKANDIA FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS conforme a lo considerado. SEGUNDO: CONDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES todos los valores que hubiese recibido con motivo de la afiliación de la señora JEANNETHE VILLALBA GUTIÉRREZ entre el 1º de junio de 2002 y el 31 de julio de 2008, como cotizaciones, bonos pensionales si a ello hubiese lugar, saldo de cuenta individual, sumas adicionales de aseguradora, con todos los frutos e intereses, esto es, con los rendimientos que se hubiesen causado sin la posibilidad de efectuar descuento alguno ni por gastos de administración ni por cualquier otro concepto dada las consecuencias de la ineficacia, como parágrafo autorizamos efectuar el descuento de dinero que transfirió la AFP a la AFP SKANDIA con ocasión al traslado de administradora solicitado el 1º de agosto de 2008. TERCERO: CONDENAR a SKANDIA o OLD MUTUAL PENSIONES*

Y CESANTÍAS hoy SKANDIA ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES todos los valores que hubiese recibido con motivo de la afiliación de la señora demandante JEANNETHE VILLALBA GUTIÉRREZ como cotizaciones, bonos pensionales, saldos de cuenta individual que allí hubiese lugar, sumas adicionales de aseguradora con todos los frutos e intereses, esto es, con los rendimientos que se hubiesen causado sin la posibilidad de efectuar descuento alguno ni por gastos de administración ni por cualquier otro concepto dada las consecuencias de la ineficacia declarada. CUARTO: DECLARAR que la señora demandante JEANNETHE VILLALBA GUTIÉRREZ se encuentra afiliada al régimen de prima media con prestación definida administrado en su momento por el extinto ISS hoy ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES. QUINTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas. SEXTO: COSTAS a cargo de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR. SÉPTIMO: se ORDENA CONSULTA a favor de COLPENSIONES” (CD 1, folio 299, audiencia virtual, hora 1 minuto 14:54).

Para tomar su decisión, el Juez de primera instancia aplicó la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y concluyó que el fondo privado no allegó ningún elemento probatorio con el fin de acreditar que brindó a la demandante información completa, veraz, suficiente y necesaria, que llevara consigo la migración de régimen pensional.

RECURSOS DE APELACIÓN

Presentaron recurso de apelación las apoderadas de PORVENIR, SKANDIA y COLPENSIONES.

La apoderada de PORVENIR S.A., pide que se revoque la sentencia y en subsidio se valide y verifique la condena impuesta a la devolución de los gastos de administración. Afirma que a la demandante se le brindó una información

completa, clara y comprensible, advirtiendo que no es dable imponerle a las AFP's una carga adicional como sería la de aportar un cálculo, proyección pensional o un documento distinto al formulario de afiliación, e indicó que no se demostró la existencia de dolo. Además, señala que la actora confesó tener conocimiento sobre las características del RAIS y ratificó su voluntad de pertenecer a dicho régimen. Finalmente, indica que no es posible retornar las sumas por concepto de gastos de administración ya que estos dineros fueron destinados a financiar los gastos de la pensión de invalidez y sobreviviente, y que los mismos no forman parte integral de la pensión, por lo tanto, se encuentran prescritos (CD 1, folio 299, audiencia virtual, hora 1 minuto 17:09)¹

¹ “Gracias su señoría, estando en la oportunidad procesal pertinente me permito presentar recurso de apelación contra la sentencia acabada de proferir por los siguientes motivos, en primer lugar, se debe reiterar que la información que se le brindó a la señora Jeannethe en el momento del traslado año 2002, fue una información totalmente completa, clara y comprensible a la luz de la Ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios como lo es el Decreto 663 de 1993, también indicar que esa asesoría que se brindó fue de forma verbal, por tanto, no es dable imponer a las administradoras cargas diferentes a las leyes que se encontraban en la época, esto es, en el año 2002. El fallador de primera instancia manifiesta que ningún documento adicional a ese formulario de afiliación se aportó o ninguna prueba adicional se aportó, para determinar que la asesoría que se había brindado había sido totalmente completa y es que qué documento adicional a ese formulario de afiliación se podría traer a colación, o un testimonio como el asesor que hace aproximadamente 20 años atendió a la señora... deberían estar impuestas en la ley, esa carga adicional que se le impone a la administradora no se encuentra taxativamente ni expresamente en la ley, lo manifiesta la jurisprudencia pero efectivamente Porvenir cumplió con esa carga procesal y allegó todos los documentos que se tenían en su poder para que se demostrara que efectivamente se brindó una información completa, clara y transparente a la aquí demandante. Adicional a ello, se declara una ineficacia que contempla un dolo como lo indica el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, dolo que como lo manifesté en mis alegatos no se probó, no se demostró y mucho menos se alegó, también debo manifestar que este expediente no está huérfano de pruebas o que no cumple o no cumplimos con esa carga procesal como lo manifiesta el fallador de primera instancia, esto no se adecua a la realidad procesal puesto que tampoco podíamos allegar como bien se manifestó, un cálculo, una proyección, para determinar la mesada pensional que iba a tener la señora Jeannethe. Es importante resaltar que ella confesó varias de las características que se brindaron en la asesoría, indicó aportes voluntarios, indicó que se podía pensionar a una edad anticipada, informó acerca de la devolución de saldos, dijo y confesó muchas de las características que tiene el régimen de ahorro individual y esto es una prueba palmaria que no puede ser descartada por el fallador de primera instancia y, como manifiesta la Corte cada caso debe ser validado en concreto. Además de esta confesión, también es importante resaltar que la demandante ha ratificado durante todo este tiempo su voluntad de pertenecer en el régimen de ahorro individual y que incluso hizo un traslado horizontal. También es importante resaltar que la demandante se encuentra inmersa en una prohibición legal que fue declarada exequible por la sentencia 1024 del 2004 y que previó aspectos de interés general por encima del particular, precisamente con un principio de estabilidad financiera y con una no descapitalización del régimen de prima media que manifiesta el fallador de primera instancia que por esa no descapitalización es por la cual Porvenir debe retornar unos gastos de administración que tuvo en la época en la afiliación en el año 2002 hasta el año 2008 de la demandante, de esa manera, debo indicar que sobre esos gastos de administración no se puede generar su retorno debido a que no son dineros que pertenezcan al afiliado, esos dineros son depositados o adicional a ello están palmarios en la

En el recurso de OLD MUTUAL hoy SKANDIA, su apoderada pide que se revoque la condena impuesta a la devolución de las sumas recibidas por primas y gastos de administración. Afirma que dichos dineros no se encuentran en las arcas de la AFP pues se destinaron como contraprestación de una póliza de riesgo, invalidez y muerte de la cual la actora ha sido beneficiaria y, al mantenimiento de la cuenta de ahorro individual. Considera que el retorno de los rendimientos financieros junto con los aportes obligatorios cubren los dineros descontados por gastos de administración, y la devolución de estos últimos generarían un enriquecimiento sin justa causa y un detrimento al patrimonio de la AFP (CD 1, folio 299, audiencia virtual, hora: 1 minuto: 23:41)²

ley en la cual se informa que un 3% de la cotización está destinado a financiar gastos de pensión de invalidez, de pensión de sobreviviente y estos gastos no forman parte integral de la pensión. También se declaró como no probada la excepción de prescripción, pero ratifico que al no formar parte de la demandante o de la afiliada si se encuentran prescritos, solicito al Tribunal validar este caso y verificar qué pasa con estos gastos de administración, si todo el dinero fue enviado a Old Mutual en el año 2008 por qué a la fecha Porvenir tiene que ser obligado a retornar unos dineros que no forman parte integral de la pensión y que se saltan el ordenamiento jurídico, la Ley 100 de 1993, la Superintendencia en Concepto del 17 de enero del 2000 que indica efectivamente de forma expresa cuáles son los dineros que se deben transferir o retornar y en ningún momento se habla de unos gastos de administración ni de una prima ... y que respecto al Decreto 2555 de 2010 ella tenía una serie de deberes y no lo realizó como lo son ... de pensiones, aprovechar los mecanismos de divulgación, información y capacitación y emplear un adecuado cuidado en cuanto a sus decisiones, firmar los formularios de afiliación, pero sabiendo exactamente qué era lo que firmaba y a qué se comprometía. Si evaluamos el interrogatorio de parte, ella nunca se comunicó pero se benefició durante casi veinte años de ... beneficios del régimen de prima media excusándose en una supuesta falta de información cuando de su boca manifestó prácticamente todas las características del régimen de ahorro individual y las demás características están establecidas en la ley y, el desconocimiento de la ley no la exime de cualquier consecuencia que haya tomado durante toda su historia laboral, de la que repito no se preocupó ni manifestó ninguna inconformidad hasta la fecha. Por lo anterior, solicito al Tribunal respetuosamente revocar la decisión aquí impartida, muchas gracias”.

²*“Su señoría por encontrarme dentro del término procesal pertinente me permito a continuación formular recurso de apelación en lo que refiere más específicamente a la devolución de los gastos de administración teniendo en cuenta pues dos cosas. La primera, que pues tal y como se ha establecido en el presente proceso pues en la actualidad no creo que no tenemos nosotros vínculo contractual con la señora Villalba, y la segunda, que los gastos de administración cobrados ya no se encuentran en las arcas de la AFP de mi representada teniendo en cuenta que dichos gastos de administración, pues son unos gastos que se cobran de acuerdo a la naturaleza y a la normativa que se nos impone a nosotros como fondo privado, es decir, la primera parte los gastos de administración que fueron cobrados y que ya no se encuentran en las arcas de la AFP fue como una contraprestación por una póliza de riesgo, invalidez y muerte de la cual la señora Jeannethe Villalba fue beneficiaria durante todo el tiempo de afiliación con Old Mutual Pensiones y Cesantías, la segunda parte que corresponde a pues en lo que refiere al mantenimiento de la cuenta de ahorro individual de la señora Jeannethe la cual pues teniendo en cuenta que para hacer las inversiones pertinentes*

En el recurso de COLPENSIONES, su apoderada pide que se revoque la sentencia. Afirma que no existieron vicios en el consentimiento o dolo, y que la actora no cuenta con una expectativa legítima ni es beneficiaria del régimen de transición de acuerdo con la sentencia SU 130 del 2013. Además, advierte

por parte del fondo se requiere de una administración de la cuenta, estos fueron descontados y ya pagados, entonces en este caso nosotros no contamos con los dineros de los gastos de administración teniendo en cuenta que son gastos inmediatos de los cuales se tiene que hacer cargo el fondo como parte de la administración de los aportes de la señora Jeannethe Villalba, en este sentido se tiene que tener en cuenta también señor Juez y señores Magistrados que si lo que se busca es retrotraer los efectos a como si estos nunca hubiesen sucedido, entonces se tiene que tener de presente que los rendimientos y la tasa de rendimientos que fueron generados por Skandia Pensiones y Cesantías no son comparables a los que se hubiesen generado en el régimen de prima media, por cuanto en el régimen de prima media solamente se genera un rendimiento anual para evitar la depreciación de la moneda, mientras que nosotros nos encargamos de aumentar el capital mediante las inversiones de rentabilidad que hacemos año a año y de forma trimestral también, dependiendo el portafolio de servicios en el que esté afiliada en este caso el de la señora Jeannethe Villalba, entonces bajo este precepto se debe tener de presente que los rendimientos que ya fueron trasladados con pues los aportes obligatorios, se podría dar a entender que dichos rendimientos cubren lo que entraría a costar como gastos de administración y que si devolvemos los gastos de administración básicamente estaría la señora Jeannethe entrando en un enriquecimiento injustificado por cuanto pues estaríamos dando un dinero adicional que, uno, nos obliga la ley a cobrar y dos, pues yo entiendo que lo que se busca es evitar un detrimento para Colpensiones, pero dichos dineros ya se pueden entender que están cubiertos con los rendimientos que fueron ya trasladados a Porvenir, entonces bajo este precepto su señoría y señores Magistrados por favor solicito se entre a revisar el concepto de los gastos de administración y hasta qué punto los rendimientos pueden cubrir los dineros descontados de los gastos de administración y evitar que mi representada entre en detrimento de su propio patrimonio teniendo en cuenta que lo que los gastos de administración son básicamente una contraprestación que hace parte del régimen y el marco normativo de los fondos privados y que se nos obliga a cobrar, entonces nos están castigando por cobrar gastos de administración obligando a entrar en afectación de las arcas del patrimonio privado de la compañía, no solamente en el caso concreto sino en la reiterada jurisprudencia que se ha ido emitiendo a través de los últimos años en lo que refiere a las nulidades de traslado y no se está teniendo en cuenta, entonces que si como dije anteriormente si lo que se busca es aplicar la figura de retrotraer los efectos a como si esto nunca hubiese sucedido entonces los rendimientos que fueron generados a través de los fondos que son muchísimo más altos puesto que en el régimen de prima media dichos rendimientos no se generan, no están siendo tenidos en cuenta y entonces se está efectuando un enriquecimiento por parte de la señora Jeannethe que nunca antes había cotizado en el régimen de prima media y que ahora se pretende hacer como si esta hubiese cotizado siempre y dos, se nos está obligando entrar en detrimento para un enriquecimiento injustificado aduciendo que esto puede evitar que Colpensiones entre en detrimento sin entrar a analizar si los rendimientos efectivamente creados por Old Mutual Pensiones y Cesantías en las reiteradas inversiones que hizo para la señora Jeannethe Villalba, cubre dicho dinero que están buscando devolver a través de los gastos de administración en lo referente a los aportes de la señora Jeannethe Villalba, entonces bajo este precepto su señoría, señores Magistrados solicito se entre a revisar el presente fallo en lo que refiere a los gastos de administración mas específicamente por cuanto pues considero que no se debería tener la obligación de devolver dichos gastos de administración, hasta tanto se haga un estudio efectivo de las rentabilidades que se generan a través de los aportes y verificar que estos cumplen no solamente con pues con los dineros que buscan evitar que entre en detrimento Colpensiones incluso son hasta más y, que no se debería entrar a devolver dichos gastos de administración por cuanto pues es una imposición normativa que está desde la creación de los fondos privados mediante la Ley 100 del 93, muchas gracias”.

que la principal motivación de la actora es su inconformidad con el valor de la pensión a recibir y ello no es prueba de que su traslado se debió a un engaño o a la recepción de información equivocada por parte de la AFP. (CD 1, folio 299, audiencia virtual, hora: 1 minuto: 29:31)³

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Para resolver la controversia, el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 –modificado por el art. 2º de la Ley 797 de 2003–, dispuso para los afiliados al Sistema General de Pensiones, la posibilidad de escoger libremente uno de los dos regímenes pensionales y el derecho a trasladarse entre uno y otro régimen una vez cada cinco años contados a partir de la selección inicial. Sin embargo, por razones financieras y de estabilidad en el Sistema pensional, las normas limitaron el derecho a trasladarse de régimen cuando al afiliado le faltan 10 años o menos para alcanzar la edad de pensión. Solo se conservó el derecho al traslado en cualquier tiempo para los afiliados que tuvieran más de quince

³ “Gracias su señoría, me permito presentar recurso de apelación ante el Honorable Tribunal Superior de Bogotá Sala Laboral de la siguiente manera, en primera medida Honorables Magistrados, no existen elementos que evidencien vicios del consentimiento o dolo en el presente caso, pues téngase en cuenta que no hay una expectativa legítima para la demandante como quiera que a la hora del traslado la misma contaba con menos de 750 semanas y le faltaban más de 25 años para acceder a la pensión de vejez. También es importante tener en cuenta, que no era beneficiaria del régimen de transición para proceder su regreso en cualquier tiempo como lo manifiesta la sentencia SU 130 del 2013, por lo que la demandante pues deberá someterse a los mandatos del sistema general de pensiones en la cual se encuentra afiliada, en este caso sería con la AFP Old Mutual. Ahora bien, Honorables Magistrados también es importante traer a colación y tener en cuenta la sentencia con radicado 2016008701 del 17 de enero del 2017 del Tribunal Superior de Pereira, el cual indicó que la simple manifestación de inconformidad de que el valor de la pensión a recibir en este momento en el régimen de prima media pueda resultar superior al que se ha de recibir en el RAIS, por sí sola no constituye prueba de que cuando la actora realizó el traslado lo haya hecho movido por un engaño o por una equivocada información por parte del fondo, lo anterior teniendo en cuenta Honorables Magistrados que la demandante en su interrogatorio de parte manifiesta que su principal motivación de dicho proceso es porque se encuentra inconforme con la mesada pensional que va a recibir en el RAIS, siendo así que en realidad lo que se presenta en este caso es que no se logró probar una información equivocada o falaz por parte de los asesores del fondo, máxime si se tiene en cuenta que para la hora del traslado de la demandante los fondos pues solo tenían la obligación de brindar información sobre las condiciones a la hora del traslado, por lo tanto, no hay lugar a la ineficacia solicitada pues lo que existió fue un desinterés o descuido por parte de la demandante y se evidencia que ella misma decide continuar cotizando al RAIS de manera libre y voluntaria por más de 20 años, por lo tanto, Honorables Magistrados solicito se revoque la sentencia de primera instancia y no se decrete la ineficacia solicitada, muchas gracias”.

(15) años cotizados para la fecha en que entró en vigencia el Sistema de Seguridad Social en Pensiones (1º de abril de 1994).

Sobre la validez constitucional de la restricción temporal del traslado, se pronunció claramente la Corte Constitucional en la sentencia C-1024 de 2004, cuyo contenido reprodujeron en lo pertinente las sentencias SU-062 de 2010 y SU-130 de 2013. Dijo la Corte: *el objetivo perseguido con el señalamiento del período de carencia en la norma acusada, consiste en evitar la descapitalización del fondo común del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, que se produciría si se permitiera que las personas que no han contribuido al fondo común y que, por lo mismo, no fueron tenidas en consideración en la realización del cálculo actuarial para determinar las sumas que representarán en el futuro el pago de sus pensiones y su reajuste periódico; pudiesen trasladarse de régimen, cuando llegasen a estar próximos al cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, lo que contribuiría a desfinanciar el sistema y, por ende, a poner en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de cotizantes (...) Desde esta perspectiva, si dicho régimen se sostiene sobre las cotizaciones efectivamente realizadas en la vida laboral de los afiliados, para que una vez cumplidos los requisitos de edad y número de semanas, puedan obtener una pensión mínima independientemente de las sumas efectivamente cotizadas, permitir que una persona próxima a la edad de pensionarse se beneficie y resulte subsidiada por las cotizaciones de los demás, resulta contrario no sólo al concepto constitucional de equidad (C.P. art. 95), sino también al principio de eficiencia pensional, cuyo propósito consiste en obtener la mejor utilización económica de los recursos administrativos y financieros disponibles para asegurar el reconocimiento y pago en forma adecuada, oportuna y suficiente de los beneficios a que da derecho la seguridad social (...)*”.

Bajo estos lineamientos normativos se advierte de las pruebas aportadas que para la fecha en que se afilió al Fondo de Pensiones la demandante tenía 35

años de edad y había cotizado 455,29 semanas⁴, para la fecha entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994) tenía menos de 15 años de cotizaciones al Sistema (tenía 1 año, 6 meses y 12 días)⁵, y para la fecha de presentación de la demanda le faltan menos de 10 años para alcanzar la edad de pensión (tenía 52 años de edad – ver folio 29 y 73 del expediente).

Por ello no es viable su regreso *voluntario* al régimen de prima media.

Sin embargo, y al margen del criterio que tiene el magistrado ponente y que ha expresado en diferentes providencias dictadas en el pasado, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estableció un precedente de obligatorio acatamiento para toda la jurisdicción ⁶ ⁷, según el cual, se debe

⁴ Ver historia laboral actualizada de COLPENSIONES en folios 158 a 165 del expediente).

⁵ *Ibidem*.

⁶ Sentencia STL 3382-2020 Corte Suprema de Justicia “(...) *dada la importancia en materia de derechos pensionales, y en aras de garantizar tales prerrogativas, se hace necesario primero recoger el criterio de la Sala, en relación a los procesos en los que se pretende la nulidad del traslado de régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, donde por vía de tutela se ha negado la solicitud de amparo, dada la razonabilidad de los fallos cuestionados.*

Lo advertido, teniendo en cuenta la existencia de incontables pronunciamientos que no se encuentran acorde a los lineamientos de esta Corporación, como máximo órgano en materia de jurisdicción ordinaria laboral, toda vez que, si bien no se desconoce la autonomía judicial de la cual se encuentran investido los jueces, como tampoco las particularidades de cada caso, la falta de aplicación de los precedentes de esta Sala de Casación Laboral, hace necesaria la imperiosa intervención como juez constitucional, a fin de que se unifique la jurisprudencia nacional, en la materia”.

⁷ Sentencia STL3187-2020: “*Debe insistir la Corte en que los funcionarios judiciales de la jurisdicción ordinaria están obligados a seguir la jurisprudencia emanada de la Corte Suprema de Justicia. Así lo imponen no solo razones de seguridad jurídica, buena fe, certeza y previsibilidad en la aplicación del derecho, sino también el derecho a la igualdad de trato, en cuya virtud los casos semejantes sometidos a consideración de los jueces deben resolverse del mismo modo a como lo definieron los máximos órganos de cierre de cada jurisdicción. Es normal que los jueces puedan disentir de los criterios judiciales de sus superiores; sin embargo, ello no los autoriza a desatender las construcciones jurisprudenciales trazadas por los órganos encargados por la Constitución de fijar, con carácter general, el sentido de los grandes dilemas jurídicos que suscita el Derecho en cada área. Si las percepciones, convicciones o divergencias de los juzgadores frente a una cuestión jurídica*

declarar la ineficacia del traslado cuando ocurran las circunstancias que definen las sentencias STL3382-2020, STL1452-2020 y STL3187-2020 (entre otras).

En estas sentencias, la Corte considera que las AFP's han tenido siempre la obligación de brindar toda la información pertinente del sistema pensional al afiliado, y el cumplimiento de dicha obligación "(...) *debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión*". En este sentido: (i) "*El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación, en este caso, en el de afiliación a otro Fondo, es insuficiente para afirmar que existió un consentimiento informado «entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias»*". Además –dice la Corte- (ii) "*Si se arguye que a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. En ese sentido, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo*"; (iii) ello aplica para todos los afiliados al Sistema de Pensiones sin que importe que para el momento de la vinculación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad no se vislumbraran consecuencias negativas por no tener el afiliado, en ese momento, una expectativa pensional cercana o la pérdida del régimen de transición, pues "*Ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información*" (Sentencia SL1688-2019 de 8 mayo de 2019, rad. 68838); y,

no pueden canalizarse a través de sólidos y persuasivos argumentos, estructurados acordes con la dimensión social de la Constitución Política de 1991, no es válido apartarse del precedente sentado por las Altas Cortes".

(iv) la ineficacia del traslado de régimen pensional no es subsanable *“en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos”*, y la acción para el efecto es imprescriptible *“en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, pues, se reitera, forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social”* (Ver SL 1689 de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

Acatando la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte y dejando a salvo el criterio del magistrado ponente, como se dijo, el Tribunal confirmará la sentencia de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de régimen de la demandante, pues la AFP PORVENIR S.A. no demostró haberle brindado información suficiente en el momento en que suscribió el documento de traslado de Régimen de Prima Media con prestación definida al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad. La Sala estima que en el interrogatorio de parte que la demandante rindió en el proceso no confiesa que el asesor comercial de PORVENIR S.A. la hubiera brindado en los términos establecidos por la Corte, pues manifestó que el fondo privado le indicó que el Instituto de Seguros Sociales estaba por liquidarse y por lo tanto sus aportes corrían el riesgo de perderse en el tiempo, además, que su pensión sería muchísimo mayor en el fondo privado que con el ISS, y que sin ningún tipo de restricción o limitación podía acceder a la pensión anticipada o a la devolución de los aportes si no quería la pensión y, sus herederos de ley podían acceder a ella (CD 1, folio 299 del expediente, audiencia virtual, minuto 19:00). Para la Corte, los Fondos deben demostrar en el proceso no solo que brindaron ilustración sobre las ventajas del régimen y sus características, sino también sobre las desventajas que pudiera tener su escogencia para cada afiliado, pues el deber de brindar información *“debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión”*.

Cabe advertir que, en las conclusiones de la Corte Suprema de Justicia, la ineficacia no es subsanable *“en cuanto no es posible sanear aquello que nunca*

produjo efectos” (SL 1688 de 2019) y por ello no es posible entender como el *“saneamiento”* la ratificación del acto jurídico por el paso del tiempo o por posteriores traslados entre fondos pensionales.

También se confirmará la decisión de primera instancia que dispuso a cargo del fondo demandado la devolución de todos los valores que hubiese recibido por motivo de la afiliación de la demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, costos cobrados por administración y sumas adicionales, pues así lo ha definido la Sala Laboral en las sentencias que se siguen como sustento de esta decisión (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA). Para la Corte, la declaración de ineficacia obliga a los fondos privados a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, *“pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES”* (SL 4360 del 9 de octubre de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

Adicionalmente, conociendo en consulta a favor de COLPENSIONES, el Tribunal adicionará la decisión de primera instancia para declarar que bien puede dicha entidad obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le causan por asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en las omisiones en las que incurrieron los fondos de pensiones.

Por lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D. C., Sala Sexta Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

EXP. 23 2019 00382 01

Jeannethe Villalba Gutiérrez Vs la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES y otras

1. **ADICIONAR** la sentencia de primera instancia, para **DECLARAR** que COLPENSIONES puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le causan por asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en las omisiones en las que incurrió el fondo de pensiones.
2. **CONFIRMARLA** en lo demás.
3. **COSTAS** en la apelación a cargo de PORVENIR S.A. y SKANDIA S.A.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

INCLÚYASE en la liquidación de COSTAS, la suma de SEISCIENTOS MIL PESOS MCTE (\$600.000) como agencias en derecho de segunda instancia.



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.**

SALA LABORAL

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

**PROCESO ORDINARIO DE GLORIA MERCEDES VARGAS TISNES
CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES, LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE
PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Y SKANDIA
ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. (hoy
OLD MUTUAL ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y
CESANTÍAS S.A.)**

Bogotá D.C., Veintiséis (26) de febrero de dos mil veintiuno (2021)

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito según lo dispone el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá se reúne para resolver los recursos de apelación interpuestos por las demandadas, y estudiar en el grado jurisdiccional de CONSULTA a favor de COLPENSIONES, la sentencia dictada el 28 de septiembre de 2020 por el Juez Veintitrés (23) Laboral del Circuito de Bogotá. En ella se DECLARÓ la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS).

Téngase a la doctora Johana Alexandra Duarte Herrera, identificada con T.P. 184.941, para actuar como apoderada de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., en los términos y para los fines del poder conferido (ver Escritura Pública No. 00885 del 28 de agosto de 2020).

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, GLORIA MERCEDES VARGAS TISNES presentó demanda contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. (hoy OLD MUTUAL ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.), para que mediante los trámites de un proceso ordinario laboral se declare la ineficacia de su traslado de RPM al RAIS, ocurrido el 10 de junio de 1997, y el posterior traslado horizontal entre fondos privados ocurrido el 8 de junio de 2011, con fundamento en que fue persuadida por parte del asesor comercial de PORVENIR S.A. quien no le ilustró las diferencias entre un régimen pensional y otro, las ventajas, desventajas y consecuencias del traslado, al contrario, le informó que en el RAIS podía pensionarse a una edad más temprana, con una pensión más alta, y que dicho fondo le ofrecía mayores garantías por cuanto el ISS se iba a quebrar y a desaparecer. La actora inició su afiliación al RPM en CAJANAL el 8 de septiembre de 1992, se trasladó al ISS hoy COLPENSIONES el 15 de febrero de 1995, después a la AFP PORVENIR S.A. el 10 de junio de 1997 y finalmente a OLD MUTUAL el 8 de junio de 2011, de este último traslado la actora presentó multiafiliación con COLPENSIONES. Advierte, que el 11 de junio de 2013 solicitó su regreso al RPM, el cual fue negado. En subsidio pide que se declare su derecho a regresar al RPM cuando elevó solicitud a COLPENSIONES, se ordene a OLD MUTUAL todos los aportes y/o valores que hubiere recibido en la cuenta de ahorros incluyendo cotizaciones, bonos pensionales, costos cobrados por administración, rendimientos, entre otros, y se condene a OLD MUTUAL y PORVENIR S.A. al pago de los perjuicios causados (ver demanda en folios 4 a 23 del expediente).

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, mediante apoderada, contestó la demanda. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones dirigidas en su contra, con fundamento en que el traslado de

régimen pensional se efectuó de forma libre y voluntaria, y no existen vicios en el consentimiento. Advierte que la actora se encuentra dentro de la prohibición legal de traslado entre regímenes pensionales, pues le faltan menos de 10 años para cumplir con el requisito de edad para adquirir el derecho pensional, y no es beneficiaria del régimen de transición de acuerdo con los parámetros establecidos en la sentencia SU 130 del 2013. Propuso como excepciones: *cobro de lo no debido, prescripción, falta de causa para demandar, presunción de legalidad de los actos jurídicos, buena fe en las actuaciones de colpensiones, inexistencia de la obligación, inobservancia del principio constitucional desarrollado en el artículo 48 adicionado por el Acto Legislativo 01 de 2005, el hecho de un tercero, calidades del demandante para conocer las consecuencias de su traslado y la innominada o genérica* (ver contestación en folios 131 a 142 del expediente).

Igualmente contestó la demanda SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. (hoy OLD MUTUAL ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.), mediante apoderada. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones dirigidas en su contra con fundamento en que a la actora se le suministró información suficiente y transparente y por ello la elección de traslado fue libre y voluntaria, lo cual se manifestó con la suscripción del formulario de afiliación. Advierte, que el traslado entre AFP's no afecta el régimen pensional, por lo tanto su situación pensional no se modificó. Propuso como excepción previa la *vinculación de CAJANAL hoy a través de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP* y como excepciones de fondo: *la demandante antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 no contaba con afiliación al régimen de prima media administrado por el liquidado Instituto de Seguros Sociales, Skandia no participó ni intervino en el momento de selección de régimen, la demandante se encuentra inhabilitada para el traslado de régimen en razón de la edad y tiempo cotizado, ausencia de configuración de causales de nulidad, inexistencia de violación al debido proceso para el momento de la afiliación al RAIS, ausencia de falta al deber de asesoría e información, los supuestos*

EXP. 23 2019 00644 01
Gloria Mercedes Vargas Tisnes Vs la Administradora Colombiana de Pensiones –
COLPENSIONES y otras

fácticos de este proceso no son iguales o similares ni siquiera parecidos al contexto de las sentencias invocadas por la demandante, prescripción, buena fe y la genérica (ver contestación en folios 159 a 167 del expediente).

También contestó la demanda la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., mediante apoderado. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones con fundamento en que el traslado de la demandante al RAIS se hizo de manera consciente y espontánea, sin presiones o apremios de ninguna naturaleza, y además contaba con plena capacidad legal para decidir. Aduce que la AFP cumplió con el deber de información de acuerdo a los parámetros establecidos en las normas vigentes para la época, y en todo caso, la actora no hizo uso del derecho de retracto. Propuso como excepción previa: *falta de integración de litisconsorcio necesario* y como excepciones de fondo: *prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe* (ver contestación en folios 202 a 226 del expediente).

Terminó la primera instancia con sentencia del 28 de septiembre de 2020, mediante la cual el Juez Veintitrés (23) Laboral del Circuito de Bogotá DECLARÓ la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS). La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación o traslado de la señora demandante GLORIA MERCEDES VARGAS TISNES al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR, como consecuencia lógica el traslado entre administradoras, esto es, el que se efectuó a OLD MUTUAL hoy SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS conforme a lo considerado. SEGUNDO: CONDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES todos*

los valores que hubiese recibido con motivo de la afiliación de la señora demandante entre el 10 de junio de 1997 y el 31 de julio de 2011 con motivo de la afiliación de GLORIA MERCEDES VARGAS TISNES, dineros correspondientes a cotizaciones, saldo de cuenta, bonos pensionales si a ello hubiese lugar, con todos los frutos, rendimientos que se hubiesen causado sin la posibilidad de efectuar descuento alguno ni por gastos de administración ni por cualquier otro concepto dada las consecuencias de la ineficacia que estamos declarando, como parágrafo se autoriza a esta AFP como único descuento realizar el descuento de los dineros que transfirió a la AFP OLD MUTUAL hoy SKANDIA con ocasión al traslado de fondo solicitado por la demandante el 1º de agosto de 2011. TERCERO: CONDENAR a OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS hoy SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES todos los valores que hubiese recibido con motivo de la afiliación de la señora demandante GLORIA MERCEDES VARGAS TISNES, cotizaciones, bonos pensionales, saldos de cuenta individual si a ello hubiese lugar, sumas adicionales de aseguradora con todos los frutos e intereses, esto es, con los rendimientos que se hubiesen causado, sin la posibilidad de efectuar descuento alguno ni por gastos de administración ni por cualquier otro concepto dada las consecuencias de la ineficacia. CUARTO: DECLARAR que la señora demandante GLORIA MERCEDES VARGAS TISNES se encuentra afiliada al régimen de prima media con prestación definida administrado en su momento por el extinto ISS hoy ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES conforme a lo considerado. QUINTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas. SEXTO: COSTAS a cargo de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. a favor de la demandante. SÉPTIMO: se ORDENA el grado jurisdiccional de CONSULTA a favor de COLPENSIONES dado que será la entidad que con esta decisión reconozca las eventuales prestaciones económicas a favor de la señora demandante” (CD 2, folio 257, audiencia virtual 2, minuto 21:34).

Para tomar su decisión, el Juez de primera instancia aplicó jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y concluyó que el fondo privado no allegó ningún elemento probatorio con el propósito de acreditar que hubiera brindado la información necesaria y relevante a la demandante para la migración de régimen pensional, pues resulta insuficiente para cumplir la carga probatoria la forma preimpresa del formulario de traslado y, advirtió que del interrogatorio de parte de la actora no fue posible deducir confesión en su contra.

RECURSOS DE APELACIÓN

Presentaron recurso de apelación los apoderados de PORVENIR, SKANDIA y COLPENSIONES.

El apoderado de PORVENIR S.A., afirma que el traslado obedeció a una decisión libre, espontánea y sin presiones con el cumplimiento de todos los requisitos, de acuerdo con las normas vigentes para la época, además, que en el interrogatorio de parte la actora ratificó su voluntad de traslado que se concretó con la suscripción del formulario de afiliación, y el traslado horizontal constituye un acto inequívoco de la voluntad de pertenecer al RAIS. Adicionalmente, indica que los gastos de administración se encuentran sustentados en la Ley 100 de 1993, por lo tanto, su devolución causaría un perjuicio a la entidad toda vez que estos dineros ya fueron destinados para el cubrimiento de las contingencias de muerte y enfermedad y a la obtención de rendimientos financieros, y según lo dicho por la Superintendencia Financiera, en caso de decretarse la ineficacia de la afiliación deben respetarse las restituciones mutuas (CD 2, folio 257, audiencia virtual 2, minuto 24:37)¹

¹ “Gracias su señoría, encontrándome dentro de la oportunidad procesal pertinente me permito interponer recurso de apelación ante el Tribunal Superior de Bogotá por la sentencia emitida el día de hoy en los siguientes términos. En primer lugar, el traslado de régimen pensional de la señora Cristina Mercedes Vargas Tisnes realizado con la AFP Porvenir obedeció a una decisión libre, espontánea y sin presiones conforme a la ley establecida para la fecha de afiliación, así mismo, es importante tener en cuenta que esta en el interrogatorio que surtió en el día de hoy ratificó que su voluntad fue trasladarse de régimen pensional, así mismo, se corroboró que recibió información de manera verbal respecto a las características y particularidades del régimen al cual esta se iba a afiliarse. En el presente fallo se pretende

desconocer las confesiones realizadas por la demandante y presupone la existencia de requisitos adicionales respecto a soportes que no eran exigibles para la fecha de afiliación, así mismo, la decisión tomada por la aquí demandante si se forma consciente y espontánea, sin presiones o apremios de ninguna naturaleza y con el cumplimiento de todos los requisitos exigidos por las normas que se hallaban vigentes para la fecha de traslado puesto que en primer lugar antes de adoptar la decisión recibió información suficiente y veráz sobre las consideraciones y las particularidades del régimen de ahorro individual, en segundo lugar, suscribió la solicitud de traslado de régimen pensional en el formulario de solicitud de traslado de régimen pensional en el cual cumplía con todos los requisitos de ley y fue previamente aprobado por la Superintendencia Bancaria hoy Superintendencia Financiera y en tercer lugar en cumplimiento de los demás requisitos exigidos y la suscripción de la solicitud de traslado se concretó la voluntad de la demandante de trasladarse de régimen pensional. Las expresiones allí materializadas en la solicitud de traslado no pueden ser considerados como un mero requisito formal o una manifestación vacía y sin una consecuencia tal y como se presupone puesto que corresponde a una exigencia normativa y por lo tanto no puede ser ignorada y tampoco puede ser desconocidos los efectos de que produce. La circunstancia de que conste en un formulario previamente impreso no le resta ningún tipo de validez a la manifestación ya que corresponde a una expresión inequívoca de la voluntad del afiliado de trasladarse de régimen pensional. Adicionalmente, la actora no puede pasarse por alto que la actora realizó diferentes traslados dentro del régimen de ahorro individual con solidaridad como fue el traslado realizado con la AFP OLD MUTUAL, en este sentido mediante sentencia SL 433 del 2018 se indicó por parte de la Corte Suprema de Justicia que existen actos inequívocos de la voluntad de un afiliado de pertenecer a uno u otro régimen pensional más hoy cuando la demandante fue clara en señalar que en el 2013 se intentó trasladarse de régimen pensional estando todavía habilitada para esto pero que pues Colpensiones le dijo que se encontraba multiafiliada y por lo tanto el Comité de Multivinculación resolvió dejándola definitivamente en el régimen de ahorro individual con solidaridad. Respecto al fallo emitido el día de hoy se presupone la aplicación de presupuestos jurídicos inexistentes para la fecha de afiliación y el posterior traslado realizado puesto que de acuerdo a lo señalado por la Superintendencia Financiera es importante recalcar que dicha entidad dijo que la obligatoriedad de suministrar información clara, cierta, comprensible y oportuna respecto a las condiciones de afiliación de manera tal que el consumidor financiero pueda tomar la decisión informado y vincularse a dicho régimen o trasladarse de administradoras se encuentra expresamente consagrado a partir del 1º de julio de 2010, fecha de entrada en vigencia del Decreto 2241 de 2010, en este sentido, pues es claro que la demandante para la fecha del traslado a régimen pensional fue de manera previa a la expedición de dichas leyes y decretos por lo tanto no resultaría del caso aplicar presupuestos jurídicos inexistentes para la fecha de afiliación como lo es lo señalado en el Decreto 2072 de 2015, Ley 1748 de 2015 en las que efectivamente las administradoras adquirieron obligaciones pensionales a la de suministrar información de manera verbal, no puede pasarse por alto que en el momento de la afiliación se dio la información necesaria y suficiente sobre el alcance del traslado de régimen pensional y en ese sentido la demandante no puede endilgar una falencia respecto a la información entregada por los fondos de pensiones, más aún cuando es claro que la demandante tenía conocimiento respecto de esta información puesto que se suministró de manera verbal. Por último respecto a los gastos de administración se debe dejar claro que estos tienen sustento jurídico en la Ley 100 de 1993, por ende devolverlos causaría un perjuicio a mi representada más son pues cuando dichos emonumentos no se encuentran en cabeza de Porvenir puesto que fueron destinados al fin que pretendían como era cubrir las contingencias de muerte o enfermedad, contingencias que durante todo el tiempo que la demandante estuvo afiliada previo al traslado a OLD MUTUAL se le garantizaron, así mismo, se utilizó para los distintos movimientos financieros que conllevan a la obtención de rendimientos, rendimientos que se trasladaron cuando la demandante de manera voluntaria así mismo decidió trasladarse a la AFP OLD MUTUAL. En este sentido, la Superintendencia Financiera indicó en Concepto 2019152169-003-00 que en caso de declarar la nulidad o ineficacia lo procedente sería respetar las restituciones mutuas que se hayan realizado, que no se ordene el traslado de la prima de seguros previsionales y que tampoco se ordene la devolución de las comisiones de las cuotas de administración que se utilizan para generar rendimientos en la cuenta del afiliado, en los anteriores términos sin perjuicio de extenderme en la sustentación del mismo,

En el recurso de OLD MUTUAL hoy SKANDIA, su apoderada pide que se revoque la condena impuesta a la devolución de las sumas por concepto de gastos de administración. Afirma que dichos dineros no se encuentran en las arcas de la AFP pues se destinaron a la obtención de una póliza de riesgo, invalidez y muerte, de la cual la actora ha sido beneficiaria, al mantenimiento de la cuenta de ahorro individual, y a la generación de rendimientos financieros. Considera que el retorno de estos últimos junto con los gastos de administración generan un detrimento en el patrimonio de la AFP y un enriquecimiento injustificado en cabeza de la actora (CD 2, folio 257, audiencia virtual 2, minuto: 30:57)²

dejo sustentado el recurso de apelación para que sea estudiado por el Tribunal Superior de Bogotá, muchas gracias”.

²“Muchas gracias su señoría, por encontrarme dentro del término procesal pertinente me permito a continuación formular mi recurso de apelación en lo que refiere al numeral dos de la presente sentencia más específicamente cuando se habla de la devolución de los gastos de administración. Esto teniendo en cuenta que dichos dineros ya no se encuentran en las arcas de la AFP, ¿por qué?, porque estos gastos de administración son una imposición normativa de una doble naturaleza, la primera es una obligación que nosotros tenemos de adquirir una póliza de riesgo, invalidez y muerte de la cual la señora GLORIA MERCEDES VARGAS estuvo siendo beneficiaria durante todo el tiempo de afiliación con OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS, tal y como pues se estableció dentro del proceso ella a esa edad tenía conocimiento que pues el tema de las pensiones y los seguros, en especial el particular que estaba a nombre de ella tenía beneficiarios porque es a la persona quien le tenía que quedar pues cuando de ella ya no estuviera más, esta póliza se paga de forma inmediata, año a año durante el tiempo de vigencia de la afiliación de la señora GLORIA con nosotros por tanto ese gasto de afiliación que refiere a la devolución es imposible porque no se encuentra en las arcas de la AFP. Ahora bien, la segunda parte la naturaleza de los gastos de administración es la que refiere al mantenimiento de la cuenta de ahorro individual con solidaridad el cual la Ley 100 del 93 establece muy claramente que dichos dineros para mantener la cuenta de ahorro individual se descontarán de la misma cuenta, esto teniendo en cuenta que pues está a nombre de ella y requiere un manejo administrativo para realizar las distintas inversiones en lo que refiere a la cuenta de la señora GLORIA las cuales generan unos rendimientos. Ahora bien señores Magistrados, señor Juez, necesito hacer una claridad y es que en lo que refiere a los rendimientos de la compañía siempre se devuelven, nosotros nunca hemos tenido problema en devolver dichos rendimientos, no obstante, si lo que se está buscando en este momento es intentar aplicar la figura de la ineficacia como si los efectos de esta nunca hubiesen sucedido a través del tiempo se tiene que poner de presente que el régimen de prima media los rendimientos que nosotros generamos con las inversiones en los portafolios de inversión no se generan, en el régimen de prima media lo que se genera es una pequeña rentabilidad año a año para que no se pierda el valor de la moneda a través de los años. Ahora bien, si lo que se está buscando es aplicar dicha figura como si esta nunca hubiese existido y se pretenden devolver los gastos de administración en pro de proteger a COLPENSIONES puesto que estamos hablando de una persona que nunca cotizó en el régimen de prima media y COLPENSIONES se podría ver afectado, se tiene que tener de presente que los rendimientos generados que no hubiesen existido de no haber estado en el régimen de ahorro individual con solidaridad podrían entrar a cubrir dichos gastos de administración y se evitaría el supuesto detrimento en el que podría entrar COLPENSIONES, no obstante, eso generaría la necesidad de hacer un estudio de rentabilidades en lo que refiere al presente caso concreto

En el recurso de COLPENSIONES, su apoderada pide que se revoque la sentencia. Afirma que no existe evidencia de vicios en el consentimiento o dolo, y que la actora no cuenta con una expectativa legítima ni es beneficiaria del régimen de transición de acuerdo con los parámetros establecidos en la sentencia SU 130 del 2013. Además, advierte que la principal motivación de la acción es su inconformidad con el valor de la pensión a recibir y ello no constituye por si solo prueba de haberse realizado el traslado bajo un engaño o motivado por una información equivocada (CD 2, folio 257, audiencia virtual 2, minuto: 37:24)³.

para establecer si los rendimientos y rentabilidades establecidos año a año y generados por nosotros año a año son más que suficientes para que nosotros no entremos en detrimento propio de nuestro patrimonio al devolver estos dineros por cuanto si estamos devolviendo los gastos de administración y estamos también devolviendo los rendimientos, básicamente se está generando un enriquecimiento injustificado por parte de la señora GLORIA MERCEDES por cuanto la misma establece una cantidad, un monto mensual de aportes año a año que generalmente, bueno, ella los hubiese generado normalmente en el régimen de prima media pero estos aportes vienen adicionados con los rendimientos que no hubiesen existido de no haber estado con nosotros por cuanto, como dije anteriormente, nunca se incumplió con nuestro deber obligacional ni de administración ni de información y básicamente la obligación de devolver los gastos de administración no es un castigo por cumplir la normativa de nuestro marco legal regulatorio que es la Ley 100 del 93 y al mismo tiempo no se está teniendo en cuenta pues este tema de los rendimientos que básicamente se entran a generar gracias a la administración y gracias a la existencia del régimen del fondo privado. Entonces, si lo que se busca es retrotraer los efectos a como si estos nunca hubiesen sucedido entonces no tendría por qué devolverse estos rendimientos, no obstante, la jurisprudencia ha sido reiterativa y solicita la devolución de los gastos de administración utilizando como figura principal la protección de COLPENSIONES para que este no entre en detrimento al momento de liquidar la pensión. Ahora bien, en lo que refiere a la presente sentencia y a las múltiples sentencias que han venido sucediendo a través de los últimos tres años, este tema no se ha tenido en cuenta entonces señores Magistrados solicito por favor se entre a revisar la presente sentencia en lo que refiere a los gastos de administración más específicamente y hacer la correlación en lo que refiere a los rendimientos generados de los aportes de la señora GLORIA que como dije anteriormente es básicamente una labor administrativa única del régimen de ahorro individual con solidaridad y se pretende aplicar una figura normativa como la es retrotraer los efectos a como si estos nunca hubiesen sucedido entonces los rendimientos no tendrían que devolverse, no obstante, teniendo en cuenta que lo que se busca es proteger a COLPENSIONES, estos tendrían que ser más que suficientes al momento de hacer la liquidación teniendo en cuenta que de lo contrario nunca hubiesen existido si ella hubiese estado en el régimen de prima media y que se genera una buena cantidad de rendimientos durante el tiempo en que la señora GLORIA esta afiliada con nosotros. Bajo este precepto su señoría, señores Magistrados solicito se entre a revisar la presente sentencia, se entre a analizar los presentes argumentos en lo que refiere a los rendimientos de los gastos de administración y de ser el caso pues se revoque este ítem específicamente y se entre a hacer el análisis jurisprudencial en el presente caso de lo que se refiere puesto que es algo bastante importante en este tema de las afiliaciones, muchísimas gracias”.

³ “Gracias su señoría, me permito presentar recurso de apelación ante el Honorable Tribunal Superior de Bogotá Sala Laboral de la siguiente manera. En primera medida Honorables Magistrados téngase en cuenta que no existen elementos que evidencien vicios del consentimiento o dolo en el presente caso pues no hay una expectativa legítima para la

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

No fue objeto de controversia que la actora se afilió a CAJANAL el 8 de septiembre de 1992 y posteriormente se trasladó al ISS hoy COLPENSIONES el 15 de febrero de 1995. Se discute la validez del traslado a PORVENIR S.A. el 10 de junio de 1997.

Para resolver la controversia, el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 –modificado por el art. 2º de la Ley 797 de 2003–, dispuso para los afiliados al Sistema General de Pensiones, la posibilidad de escoger libremente uno de los dos regímenes pensionales y el derecho a trasladarse entre uno y otro régimen una vez cada cinco años contados a partir de la selección inicial. Sin embargo, por razones financieras y de estabilidad en el Sistema pensional, las normas limitaron el derecho a trasladarse de régimen cuando al afiliado le falten 10 años o menos para alcanzar la edad de pensión. Solo se conservó el derecho al traslado en cualquier tiempo para los afiliados que tuvieran más de quince (15) años cotizados para la fecha en que entró en vigencia el Sistema de Seguridad Social en Pensiones (1º de abril de 1994).

demandante como quiera que a la hora del traslado contaba con menos de 750 semanas y le faltaban más de 25 años para acceder a la pensión. También es importante tener en cuenta que no era beneficiaria del régimen de transición pues a 1º de abril del 94 contaba con 28 años de edad y menos de 750 semanas para proceder su regreso en cualquier tiempo como lo manifiesta la sentencia SU 130 de 2013, por lo tanto, la demandante deberá someterse a los mandatos del sistema general de pensiones en el cual se encuentra afiliada, en este caso sería con la AFP OLD MUTUAL. También es importante tener en cuenta Honorables Magistrados la sentencia con radicado 2016008701 del 17 de enero de 2017 del Tribunal Superior de Pereira la cual indica que la simple manifestación de inconformidad de que el valor de pensión a recibir en este momento en el régimen de prima media pueda resultar superior al que se va a recibir en el RAIS por sí sola no constituye prueba de que cuando realizó el traslado la demandante lo haya hecho movido por un engaño, por una equivocada información por parte del fondo, lo anterior teniendo en cuenta Honorables Magistrados que la demandante en su interrogatorio de parte manifestó que su principal motivación en dicho proceso es porque se encuentra inconforme con la mesada pensional que va a recibir en el RAIS, siendo así en realidad que en el presente caso pues no se logró probar una información equivocada o falaz por parte del fondo, máxime si se tiene en cuenta que para el año del traslado de la demandante, esto es, 1997, los fondos sólo tenían la obligación de brindar información sobre las condiciones a la hora del traslado, por lo tanto, no hay lugar a la ineficacia solicitada pues lo que existió fue un desinterés o descuido por parte de la demandante y se evidencia que ella misma decide continuar cotizando al RAIS de manera libre y voluntaria, por lo anterior, Honorables Magistrados solicito de manera respetuosa se revoque la sentencia y no se decrete la ineficacia solicitada, gracias”.

Sobre la validez constitucional de la restricción temporal del traslado, se pronunció claramente la Corte Constitucional en la sentencia C-1024 de 2004, cuyo contenido reprodujeron en lo pertinente las sentencias SU-062 de 2010 y SU-130 de 2013. Dijo la Corte: *el objetivo perseguido con el señalamiento del período de carencia en la norma acusada, consiste en evitar la descapitalización del fondo común del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, que se produciría si se permitiera que las personas que no han contribuido al fondo común y que, por lo mismo, no fueron tenidas en consideración en la realización del cálculo actuarial para determinar las sumas que representarán en el futuro el pago de sus pensiones y su reajuste periódico; pudiesen trasladarse de régimen, cuando llegasen a estar próximos al cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, lo que contribuiría a desfinanciar el sistema y, por ende, a poner en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de cotizantes (...) Desde esta perspectiva, si dicho régimen se sostiene sobre las cotizaciones efectivamente realizadas en la vida laboral de los afiliados, para que una vez cumplidos los requisitos de edad y número de semanas, puedan obtener una pensión mínima independientemente de las sumas efectivamente cotizadas, permitir que una persona próxima a la edad de pensionarse se beneficie y resulte subsidiada por las cotizaciones de los demás, resulta contrario no sólo al concepto constitucional de equidad (C.P. art. 95), sino también al principio de eficiencia pensional, cuyo propósito consiste en obtener la mejor utilización económica de los recursos administrativos y financieros disponibles para asegurar el reconocimiento y pago en forma adecuada, oportuna y suficiente de los beneficios a que da derecho la seguridad social (...)*”.

Bajo estos lineamientos normativos se advierte de las pruebas aportadas que para la fecha en que se afilió al Fondo de Pensiones la demandante tenía 30 años de edad y había cotizado 186,84 semanas⁴, para la fecha entrada en

⁴ Semanas cotizadas a CAJANAL (ver certificado CETIL en folios 64 a 68 del expediente) y cotizadas al ISS hoy Colpensiones (ver historia laboral actualizada de COLPENSIONES en folios 69 a 70 del expediente).

vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994) tenía menos de 15 años de cotizaciones al Sistema (tenía 2 años, 2 meses y 4 días)⁵, y para la fecha de presentación de la demanda le faltan menos de 10 años para alcanzar la edad de pensión (tenía 53 años de edad – ver folio 25 y 115 del expediente).

Por ello no es viable su regreso *voluntario* al régimen de prima media.

Sin embargo y al margen del criterio que tiene el magistrado ponente y que ha expresado en diferentes providencias dictadas en el pasado, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estableció un precedente de obligatorio acatamiento para toda la jurisdicción ⁶ ⁷, según el cual, se debe declarar la

⁵ *Ibidem*.

⁶ Sentencia STL 3382-2020 Corte Suprema de Justicia “(...) *dada la importancia en materia de derechos pensionales, y en aras de garantizar tales prerrogativas, se hace necesario primero recoger el criterio de la Sala, en relación a los procesos en los que se pretende la nulidad del traslado de régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, donde por vía de tutela se ha negado la solicitud de amparo, dada la razonabilidad de los fallos cuestionados.*

Lo advertido, teniendo en cuenta la existencia de incontables pronunciamientos que no se encuentran acorde a los lineamientos de esta Corporación, como máximo órgano en materia de jurisdicción ordinaria laboral, toda vez que, si bien no se desconoce la autonomía judicial de la cual se encuentran investido los jueces, como tampoco las particularidades de cada caso, la falta de aplicación de los precedentes de esta Sala de Casación Laboral, hace necesaria la imperiosa intervención como juez constitucional, a fin de que se unifique la jurisprudencia nacional, en la materia”.

⁷ Sentencia STL3187-2020: “*Debe insistir la Corte en que los funcionarios judiciales de la jurisdicción ordinaria están obligados a seguir la jurisprudencia emanada de la Corte Suprema de Justicia. Así lo imponen no solo razones de seguridad jurídica, buena fe, certeza y previsibilidad en la aplicación del derecho, sino también el derecho a la igualdad de trato, en cuya virtud los casos semejantes sometidos a consideración de los jueces deben resolverse del mismo modo a como lo definieron los máximos órganos de cierre de cada jurisdicción. Es normal que los jueces puedan disentir de los criterios judiciales de sus superiores; sin embargo, ello no los autoriza a desatender las construcciones jurisprudenciales trazadas por los órganos encargados por la Constitución de fijar, con carácter general, el sentido de los grandes dilemas jurídicos que suscita el Derecho en cada área. Si las percepciones, convicciones o divergencias de los juzgadores frente a una cuestión jurídica no pueden canalizarse a través de sólidos y persuasivos argumentos, estructurados acordes con la dimensión social de la Constitución Política de 1991, no es válido apartarse del precedente sentado por las Altas Cortes”.*

ineficacia del traslado cuando ocurran las circunstancias que definen las sentencias STL3382-2020, STL1452-2020 y STL3187-2020 (entre otras).

En estas sentencias, la Corte considera que las AFP's han tenido siempre la obligación de brindar toda la información pertinente del sistema pensional al afiliado, y el cumplimiento de dicha obligación "(...) *debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión*". En este sentido: (i) "*El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación, en este caso, en el de afiliación a otro Fondo, es insuficiente para afirmar que existió un consentimiento informado «entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias»*". Además –dice la Corte- (ii) "*Si se arguye que a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. En ese sentido, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo*"; (iii) ello aplica para todos los afiliados al Sistema de Pensiones sin que importe que para el momento de la vinculación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad no se vislumbraran consecuencias negativas por no tener el afiliado, en ese momento, una expectativa pensional cercana o la pérdida del régimen de transición, pues "*Ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información*" (Sentencia SL1688-2019 de 8 mayo de 2019, rad. 68838); y, (iv) la ineficacia del traslado de régimen pensional no es subsanable "*en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos*", y la acción para el efecto es imprescriptible "*en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual*

connotación, pues, se reitera, forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social” (Ver SL 1689 de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

Acatando la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte y dejando a salvo el criterio del magistrado ponente, como se dijo, el Tribunal confirmará la sentencia de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de régimen de la demandante, por existir objeto ilícito en la afiliación de la actora al RAIS y porque la AFP PORVENIR S.A. no demostró haberle brindado información suficiente en el momento en que suscribió el documento de traslado de Régimen de Prima Media con prestación definida al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad. La Sala estima que en el interrogatorio de parte que la demandante rindió en el proceso no confiesa que el asesor comercial de PORVENIR S.A. le hubiera brindado información en los términos establecidos por la Corte, pues manifestó que el fondo privado le indicó que el Estado iba a terminar con su responsabilidad de régimen pensional, el fondo de pensiones públicas se iba a acabar, iban a quedar solo las privadas y dentro de las privadas PORVENIR S.A. tenía las mayores seguridades, que iba a tener una mayor pensión y se podía pensionar a la edad que quisiera o retirar la pensión en el momento que quisiera (CD 2, folio 257 del expediente, audiencia virtual 1, minuto 21:39).

Para la Corte, los Fondos deben demostrar en el proceso no solo que brindaron ilustración sobre las ventajas del régimen y sus características, sino también sobre las desventajas que pudiera tener su escogencia para cada afiliado, pues el deber de brindar información *“debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión”*.

Cabe advertir que, en las conclusiones de la Corte Suprema de Justicia, la ineficacia no es subsanable *“en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos”* (SL 1688 de 2019) y por ello no es posible entender como el *“saneamiento”* la ratificación del acto jurídico por el paso del tiempo o por

posteriores traslados entre fondos pensionales (la afiliación inicial operó el 10 de junio de 1997 a PORVENIR S.A. y posteriormente se trasladó a SKANDIA hoy OLD MUTUAL el 8 de junio de 2011, fondo en el cual actualmente se encuentra afiliada – ver folios 48 y 87 del expediente).

También se confirmará la decisión de primera instancia que dispuso a cargo del fondo demandado la devolución de todos los valores que hubiese recibido por motivo de la afiliación de la demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, costos cobrados por administración y sumas adicionales, pues así lo ha definido la Sala Laboral en las sentencias que se siguen como sustento de esta decisión (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA); para la Corte, la declaración de ineficacia obliga a los fondos privados a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, *“pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES”* (SL 4360 del 9 de octubre de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

Adicionalmente, conociendo en consulta a favor de COLPENSIONES, el Tribunal adicionará la decisión de primera instancia para declarar que bien puede dicha entidad obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le causan por asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en las omisiones en las que incurrieron los fondos de pensiones.

Por lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D. C., Sala Sexta Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

1. **ADICIONAR** la sentencia de primera instancia, para **DECLARAR** que COLPENSIONES puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le causan por asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en las omisiones en las que incurrió el fondo de pensiones.
2. **CONFIRMARLA** en lo demás.
3. **COSTAS** en la apelación a cargo de PORVENIR S.A. y SKANDIA S.A.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

INCLÚYASE en la liquidación de COSTAS, la suma de SESISCIENTOS MIL PESOS MCTE (\$600.000) como agencias en derecho de segunda instancia.



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D. C.**

SALA LABORAL

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO.

**PROCESO ORDINARIO DE DEILY ALEXANDRA VARGAS DÍAZ CONTRA
CIA EXPLOTADORA DE INDUSTRIAS METALICAS -CEDIM S.A.-**

Bogotá D. C., Veintiséis (26) de febrero de dos mil veintiuno (2021)

Surtido el traslado a las partes para que presentaran alegatos de conclusión por escrito de conformidad con lo establecido en el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá se reúne para estudiar en el grado jurisdiccional de CONSULTA a favor de la demandante, sobre la sentencia dictada el 27 de noviembre de 2020 por el Juez Veinticuatro (24) Laboral del Circuito de Bogotá en la cual se declaró probada la excepción de prescripción.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, DEILY ALEXANDRA VARGAS DÍAZ presentó demanda contra CIA EXPLOTADORA DE INDUSTRIAS METALICAS - CEDIM S.A.-, para que mediante los trámites de un proceso ordinario laboral se declare la existencia de un contrato de trabajo de término fijo que fue terminado sin justa causa. Como consecuencia de lo anterior pide que se condene al pago proporcional de primas de servicios, vacaciones, cesantías, intereses de las cesantías causadas durante la relación laboral, indemnización por despido sin justa causa equivalente a un mes de salario,

indemnización moratoria, y los conceptos que se demuestren extra y ultra petita.

Como fundamento de lo pedido afirma que ingresó a el 1° de septiembre de 2014 para desempeñar el cargo de Auxiliar de Producción con asignación salarial de \$616.000. Señala que el 20 de octubre de 2014 notificó a la empresa de su estado de embarazo y el 12 de noviembre de 2014, debido a su delicado estado de salud, no se pudo presentar a trabajar razón por la cual el día 26 de diciembre de 2014 la demandada solicitó autorización al Ministerio de Trabajo para terminar el contrato, pero este nunca se otorgó. Relata que no se tuvo en cuenta su estabilidad laboral y se le notificó la terminación del contrato a partir del 12 de noviembre de 2014. Adelantó una acción de tutela contra la empresa y mediante fallo del 19 de marzo de 2015 se ordenó su reintegro transitorio mientras la jurisdicción ordinaria decidía la controversia (folios 2 a 6 y 74 a 80).

Notificada la demanda y corrido el traslado legal, fue contestada por la CIA EXPLOTADORA DE INDUSTRIAS METALICAS -CEDIM S.A.- mediante apoderado quien aceptó algunos hechos y se opuso a las pretensiones. Afirma que el contrato finalizó el 15 de diciembre de 2015 sin prorrogas, y considera que la causa para terminarlo fue justa debido a la inasistencia de la trabajadora al sitio de trabajo. Propuso como excepción la *PRESCRIPCIÓN* (folios 95 a 98).

Terminó la primera instancia con sentencia dictada por la Juez Veinticuatro (24) Laboral del Circuito de Bogotá, el 27 de noviembre de dos mil veinte (2020), mediante la cual absolvió a la demandada de todas las pretensiones incoadas en su contra por *PRESCRIPCIÓN* de la acción. Para tomar su decisión encontró probado que el vínculo terminó el 15 de diciembre de 2014 y la demanda se presentó pasados tres años desde esa fecha sin que se hubiera demostrado una interrupción del plazo prescriptivo. Resaltó además que la actora incumplió con el tiempo que otorgó la acción constitucional para iniciar la demanda ordinaria (4 meses).

La parte resolutive de la sentencia tiene el siguiente tenor literal: *RESUELVE: “PRIMERO: DECLARAR PROBADA la excepción de PRESCRIPCIÓN conforme a lo motivado. SEGUNDO: ABSOLVER a la demandada de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por DEILY ALEXANDRA VARGAS DÍAZ. TERCERO: CONDENAR en costas a la demandante en cuantía de \$ 80.000 a favor de cada uno de los demandados. CUARTO. REMITIR el expediente a la sala laboral del Honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, para que se surta el grado jurisdiccional de consulta, en el evento que la decisión no fuera apelada”.*

Por haber sido esta providencia totalmente desfavorable a la demandante y no haberse apelado, se remitió al Tribunal para que se surta el grado jurisdiccional de CONSULTA, según lo ordena el artículo 69 del CPTSS modificado por el artículo 14 de la ley 1149 de 2007, que pasa la Sala a resolver previas las siguientes,

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

No fue objeto de controversia que entre la demandante y la CIA. EXPLOTADORA DE INDUSTRIAS METALICAS -CEDIM S.A- se ejecutó un contrato de trabajo a término fijo inferior a un año entre el 1º de septiembre de 2014 y el 15 de diciembre de 2014, la demandante desempeñó el cargo de Auxiliar de Producción. Estos hechos se corroboran además con los documentos de folios 21, 22, 26, 27.

Revisado el expediente en consulta a favor de la demandante, ningún reparo encuentra la Sala a la decisión de primera instancia que será confirmada.

Los artículos 488 del CST y 151 de CPL disponen un término de tres años para la prescripción de la *acción judicial* que busca el reconocimiento judicial de derechos laborales, término que corre “*desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible*”, y establecen que “*el simple reclamo escrito del*

trabajador, recibido por el empleador, acerca de un derecho debidamente determinado, interrumpe la prescripción por una sola vez”, por lo cual corre nuevamente por un lapso igual a la inicial (3 años).

Bajo esta regla se advierte que la parte actora reconoce en la demanda que su contrato de trabajo se ejecutó entre el 1º de septiembre de 2014 y el 15 de diciembre de 2014. En consecuencia, desde esta última fecha podía *exigir* judicialmente el reconocimiento de todos los derechos que pretende en este proceso, para lo cual tenía tres años (hasta el 15 de diciembre de 2017) y la demanda se presentó el 18 de mayo de 2018. Aun si en gracia de discusión se tuviera como interrumpida la prescripción la fecha en que se ordenó el reintegro por una decisión de tutela (16 de marzo de 2015)¹ de todas formas habría operado la prescripción de la acción, pues el nuevo plazo vencería el 16 de marzo de 2018 y la demanda se presentó el 18 de mayo de ese año, según se dijo (folio 72).

Sin Costas en la CONSULTA.

DECISION

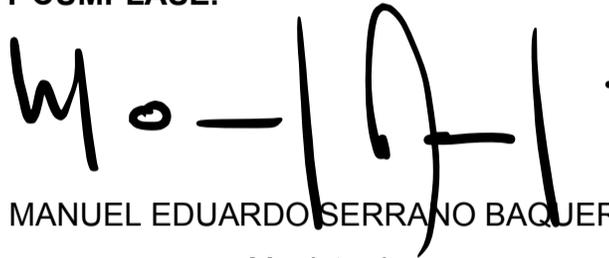
Por lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D. C., Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

¹ (folio 43 a 60) -Tutela fragmentada- JUZGADO QUINTO MUNICIPAL LABORAL DE PEQUEÑAS CAUSAS DE BOGOTÁ 16 de marzo de 2015- ***TUTELAR de manera transitoria los derechos fundamentales al mínimo vital, estabilidad laboral, protección a la maternidad, vida digna y seguridad social, deprecados por la señora DEILY ALEXANDRA VARGAS. Incidente de desacato Folio 66 y 67 (...) se ordena a CEDIM S.A reintegrar desde la fecha de este proveído a la señora a su cargo o uno de igual categoría (...)***

1. **CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia
2. **SIN COSTAS** en la CONSULTA.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTA D. C.**

SALA LABORAL

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO.

**PROCESO ORDINARIO DE RAFAEL DUARTE CALDERON CONTRA EL
CONSORCIO FORTUL 2016 compuesto por SOCIEDAD
CONSTRUCTORA INGARCON LTDA e ISMAEL ENRIQUE GUTIERREZ
HERRERA, y SOLIDARIAMENTE contra LA AGENCIA LOGISTICA DE
LAS FUERZAS MILITARES -ALFM- y la llamada en garantía COMPAÑÍA
MUNDIAL DE SEGUROS S.A.**

Bogotá D. C., Veintiséis (26) días de febrero de dos mil veintiuno (2021)

Surtido el traslado a las partes para que presentaran alegatos de conclusión por escrito de conformidad con lo establecido en el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá se reúne en la fecha programada, para resolver la apelación presentada por las demandadas CONSTRUCTORA INGARCON LTDA, la AGENCIA LOGISTICA DE LAS FUERZAS MILITARES -ALFM-, y la COMPAÑÍA MUNDIAL DE SEGUROS S.A., contra la sentencia dictada por el Juez Treinta (30) Laboral del Circuito de Bogotá el 14 de septiembre de 2020.

El Tribunal conforme lo acordado en Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Por medio de apoderado, RAFAEL DUARTE CALDERON presentó demanda contra EL CONSORCIO FORTUL 2016¹ compuesto por la sociedad CONSTRUCTORA INGARCON LTDA e ISMAEL ENRIQUE GUTIERREZ, para que, mediante los trámites de un proceso ordinario laboral se declare la existencia de un contrato de trabajo entre el 1º de noviembre de 2017 y el 15 de agosto de 2018, que fue terminado por el demandante con justa causa. Como consecuencia de ello pide que se condene a pagar los salarios causados desde mayo hasta el 15 de agosto de 2018, el auxilio de cesantía, intereses sobre cesantías, primas de servicios, vacaciones, aportes al sistema de seguridad social (salud, pensión, ARL), indemnización por despido sin justa causa, indemnización moratoria, intereses moratorios, indexación, conceptos probados extra y ultra petita, y las costas del proceso.

Como fundamento de lo pedido afirma que entre el CONSORCIO FORTUL 2016 y la AGENCIA LOGISTICA DE LAS FUERZAS MILITARES se suscribió el contrato comercial No. 001-234-15 con el objeto de construir el *Batallón Especial Energético Vial No. 14 en el Municipio de Fortul Arauca*. Aduce que se vinculó al servicio del CONSORCIO FORTUL el 30 de marzo de 2017 para desempeñar funciones como INGENIERO RESIDENTE DE OBRA en el frente 3 Alojamiento de tropa y en el frente 5 rancho de tropa, en la construcción del *Batallón Especial Energético Vial No. 14 en el Municipio de Fortul Arauca*. Refiere que mediante *otro si* se prorrogó el contrato de trabajo inicial desde el 1º de septiembre de 2017 hasta el 31 de octubre de 2017 (2 meses más) con un salario mensual de \$3.500.000, y una vez se venció dicho plazo continuó cumpliendo sus actividades sin algún señalamiento u oposición del empleador hasta el 15 de agosto de 2018; sin embargo, y debido a que no le volvieron a pagar sus acreencias laborales, a través de correo electrónico dio a conocer la mora en la que había incurrido el consorcio y presentó su renuncia (Folios 113 a 125).

¹ Folios 192 a 195 – Documento consorcial – CONSTRUCTORA INGARCON LTDA NIT 800.196.687-2 participación 80% e ISMAEL ENRIQUE GUTIERREZ HERRERA C.C. 19.379.912 participación 20%.

Notificada la demanda y corrido el traslado legal, fue contestada por la CONSTRUCTORA INGARCON LTDA mediante apoderado, quien aceptó algunos hechos, negó otros y se opuso a las pretensiones afirmando que carecen de fundamento legal y jurídico. Indica ser cierto que el demandante continuó laborando por algunos períodos adicionales, y que el contrato comercial entre el CONSORCIO FORTUL y que la ALFM para el cual el actor desempeñaba sus funciones tuvo varias suspensiones² razón por la cual el actor no laboró en tales lapsos. Afirma que no procede el despido indirecto toda vez que el actor, por iniciativa propia renunció, debido a los inconvenientes frente a las suspensiones por temas de seguridad, y porque conocía la situación económica de la demandada debido a la Ley de insolvencia y las restricciones que tenía para hacer pagos. Propuso como excepciones *buena fe patronal, imposibilidad del cumplimiento del contrato por suspensión de la obra por el Ministerio de Defensa, renuncia del empleado por la condición de iliquidez por la suspensión de la obra y falta de garantías de seguridad en el lugar de la ejecución de la obra e igualmente por conocimiento de estar la empresa mayoritaria inmersa en la Ley 1116 de 2016, contrato cumplido, mala fe del trabajador y la genérica.* (folios 159 a 167).

También contestó la demanda la AGENCIA DE LOGISTICA DE LAS FUERZAS MILITARES mediante apoderada, quien aceptó algunos hechos, negó otros y se opuso a las pretensiones. Acepta que suscribió el contrato comercial de obra pública No. 001-234-15 para la construcción del Batallón *Especial Energético Vial No. 14 en el Municipio de Fortul Arauca*, sin embargo afirma que la ALFM no contrató los servicios del demandante ni tiene injerencia alguna en los contratos laborales o civiles de los contratistas, y que desconoce las condiciones contractuales del actor. Sin aceptar ninguna

² Suspensión No. 1 - 30 de agosto de 2017 al 14 de septiembre de 2017.
Suspensión No. 2 - 20 de diciembre de 2017 al 9 de enero de 2018.
Suspensión No. 3 - 14 de enero de 2018.
Suspensión No. 4 - 13 al 30 de agosto de 2018.

pretensión, destaca que el Consorcio tomó una póliza de seguros que estableció como riesgos asegurados la falta de pago de salarios y prestaciones, y por ello, en caso de una condena, es la compañía aseguradora MUNDIAL DE SEGUROS la llamada a responder por tales derechos. Propuso como excepciones *buena fe patronal, imposibilidad del cumplimiento del contrato por suspensión de la obra por el Ministerio de Defensa, renuncia del empleado por la condición de iliquidez por la suspensión de la obra y falta de garantías de seguridad en el lugar de la ejecución de la obra e igualmente por conocimiento de estar la empresa mayoritaria inmersa en la Ley 1116 de 2016, contrato cumplido, mala fe del trabajador y la genérica* (folios 215 a 219).

Notificada la demanda a la COMPAÑÍA MUNDIAL DE SEGUROS S.A., llamada en garantía por la AGENCIA LOGISTICA DE LAS FUERZAS MILITARES, la contestó mediante apoderada, quien se opuso a las pretensiones. Afirma que no existe solidaridad entre el consorcio demandado y la ALFM pues tienen objetos sociales distintos, y la póliza NB 100050540 establece que la entidad contratante asegurada no puede reclamar el amparo para cubrir o indemnizar valores a cargo de otras personas. Propuso como excepciones *inexistencia de las obligaciones reclamadas, falta de causa, prescripción, límite de aseguramiento e inexistencia de solidaridad*. (folios 442 a 447).

El demandado ISMAEL ENRIQUE GUTIERREZ HERRERA como integrante del CONSORCIO FORTUL fue representado a través de curador, quien en su contestación manifestó no constarle ningún hecho, y respecto a las pretensiones señaló sujetarse a lo que se encuentre probado en el proceso. Propuso como excepción la *genérica*. (folios 456 a 458).

Terminó la primera instancia con sentencia del 14 de septiembre de 2020, por medio de la cual el Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá declaró la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre el 30

de marzo de 2017 y el 15 de agosto de 2018, y condenó al pago de los derechos reclamados. Para tomar su decisión concluyó que el CONSORCIO FORTUL continuó con su objeto y el actor continuó trabajando hasta julio de 2018. No encontró evidencia de las suspensiones del contrato o que estas le fueran comunicadas al actor, conforme el artículo 51 del CST, y por ello condenó al pago de salarios, prestaciones, indemnización por despido indirecto y sanción moratoria, con responsabilidad solidaria por identidad de objeto en el contrato comercial y las funciones que tenía la ALFM; por esa misma razón encontró acreditado el siniestro y señaló que la llamada en garantía en su condición de aseguradora debe responder por las prestaciones sociales a las que había sido condenada la Agencia asegurada. La parte resolutive tiene el siguiente tenor literal: *“Primero: DECLARAR la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre el señor RAFAEL DUARTE CALDERON identificado con la cedula de ciudadanía No. 88’212.007 de Cúcuta, en calidad de trabajador y la compañía CONSTRUCTORA INGARCOL LTDA. E ISMAEL ENRIQUE GUTIERREZ HERRERA, persona natural, que conformaron el CONSORCIO FORTUL 2016, en calidad de empleadores, contrato por el periodo comprendido entre el 01 de noviembre del 2017 y el 15 de agosto del 2018, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. SEGUNDO: CONDENAR a la demandada COMPAÑÍA CONSTRUCTORA IJARCOL LTDA. e ISMAEL ENRIQUE GUTIERREZ HERRERA persona natural que conformaron el CONSORCIO FORTUL 2016. A pagar a favor del demandante RAFAEL DUARTE CALDERON las siguientes sumas de dinero: A) \$12’250.000 por concepto de salarios insolutos. B) \$2’187.500 por concepto de auxilio de cesantías. C) \$164.062 por intereses a las cesantías. D) \$2’187.500 por concepto de prima de servicios. E) \$1’567.708 por compensación en dinero de las vacaciones, F) \$84’000.000 por 24 meses y a partir del 16 de agosto del 2020, a pagar los intereses moratorios a la tasa más alta certificada por la Superintendencia Financiera asignados para los créditos de libre asignación por concepto de indemnización moratoria Art. 65 del Código Sustantivo del Trabajo y hasta cuando el pago de las prestaciones sociales causadas se verifique. Cesantías, intereses a las cesantías y prima de servicios. G)*

\$3.500.000 por concepto de indemnización por terminación unilateral del contrato, despido indirecto. H) A pagar los aportes pensionales de los meses de enero, febrero, abril, mayo, junio, y hasta el 15 de agosto del 2018, pago que deberá efectuarse a la ADMINISTRADORA DE PENSIONES PROTECCION SOCIEDAD ANONIMA o en donde se encuentre afiliado el demandante teniendo en cuenta para el efecto como salario la suma de \$3'500.000. Lo anterior de conformidad a lo expuesto en la parte motiva. TERCERO: DECLARAR a la demandada AGENCIA DE LOGISTICA DE LAS FUERZAS MILITARES, solidariamente responsable del reconocimiento y pago de las obligaciones impuestas en esta sentencia a la demanda COMPAÑÍA CONSTRUCTORA INGARCON LTDA. y a la persona natural ISMAEL ENRIQUE GUTIERREZ HERRERA que conformaban el CONSORCIO FORTUL 2016, de conformidad con lo expuesto anteriormente. CUARTO: CONDENAR a LA AGENCIA DE LOGÍSTICA DE LAS FUERZAS MILITARES solidariamente con la compañía CONSTRUCTORA INGARCON LTDA. E ISMAEL ENRIQUE GUTIERREZ a pagar al demandante señor RAFAEL DUARTE CALDERON los valores indicados en el numeral segundo. QUINTO: CONDENAR a la llamada en garantía COMPAÑÍA MUNDIAL DE SEGUROS S.A., a afectar la póliza y a pagar a favor de la AGENCIA DE LOGISTICA DE LAS FUERZAS MILITARES la suma de \$4'539.062 correspondiente al valor de las condenas impuestas en el numeral segundo literal B, C y D por la participación fijada en la póliza de seguros No. NB100050540, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva. SEXTO: CONDENAR en costas a las demandadas COMPAÑÍA CONSTRUCTORA INGARCON LTDA. e ISMAEL ENRIQUE GUTIERREZ HERRERA, persona natural que conformaban el CONSORCIO FORTUL 2016, y solidariamente a la agencia de logística de las FUERZAS MILITARES, por secretaria practíquese la liquidación de costas, incluyendo por concepto de agencias en derecho la cantidad de \$ 7'400.000 a favor del demandante. SEPTIMO: CONDENAR en costas a la COMPAÑÍA MUNDIAL DE SEGUROS S.A., a favor de la AGENCIA DE LOGISTICA DE LAS FUERZAS MILITARES, liquídense por secretaria e incluyendo por concepto de agencia en derecho la cantidad de \$350.000. OCTAVO: ABSOLVER a la parte demandada y a la

llamada en garantía de las demás pretensiones incoadas en su contra. NOVENO: DECLARAR no probadas las excepciones, la excepción de prescripción o mejor, declarar no probadas las excepciones propuestas por la parte demandante la llamada en garantía. NOVENO: AISIGNAR gastos definitivos de curaduría en la cantidad de \$400.000 a favor del auxiliar de la justicia y a cargo de la parte demandante, pero se tendrán en cuenta al momento de liquidar las costas procesales.” (CD 2 Hora 1 Minuto 11:30)

RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la demandada CONSTRUCTORA INGARCON LTDA -hoy en REORGANIZACIÓN- aduce que el contrato se estipuló en la modalidad de término definido por una obra a realizar y por ello no se podía entender de término indefinido. Dice que el demandante conocía de las suspensiones del contrato y por ello no podía seguir trabajando, ni se causaron salarios; y que no procede la condena al pago de sanción moratoria pues dicha sociedad ha pagado con buena fe las acreencias laborales que estima causadas y cualquier demora obedece a la mala situación económica, a las suspensiones del contrato por orden público, y a intervención por parte de la SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES (CD 2 Hora 1 Minuto 17:31)³.

³ *“Sí muchas gracias Su señoría, respetuosamente me permito manifestar que interpongo el recurso de apelación a la sentencia proferida por su despacho. Son fundamentos de mi deprecante el hecho, primero, si bien es cierto existió un contrato como tal, el contrato siempre fue un contrato de obra, y qué se debe entender por este contrato de obra, es la duración de la obra, y no como su señoría dice que era un contrato a término indefinido, es decir que se le está haciendo 2 planteamientos, primero un contrato a término definido de obra, y después un contrato a término indefinido, situación esta que en el sentir de este apoderado no es de carácter jurídico hacer la relación de un contrato a término fijo, enviarlo a un contrato a término indefinido, que en dado caso de aceptar las súplicas de la parte demandante sería necesario que la parte demandante entonces no sé explicar hasta cuándo fue la terminación del contrato, porque es un contrato de obra que se dijo que la duración del contrato de obra era hasta la terminación de la obra, y no un contrato de carácter indefinido donde se da una indemnización que tampoco comparte este apoderado, esa indemnización de carácter moratorio, toda vez que sí ha existido buena fe de parte de la demandada en el sentir de pagar todas sus acreencias laborales y que por el hecho de existir una intervención por parte de la Superintendencia de sociedades, de acuerdo a la Ley 116 el 2016, no es menos cierto que ninguna persona o ningún empleador quiere estar en esa norma como tal, y no es cómo piensa el despacho que fue de mala intención contratar a una persona teniendo esa intervención como tal, sino fue un hecho que se da por las circunstancias del mismo desarrollo social de la empresa y debe entenderse que la empresa quiere cumplir sus acreencias, sino de acuerdo con la intervención por parte de la Superintendencia los dineros que se tienen que pagar son dineros que están siempre relacionados y que están vigilados por la Superintendencia de Sociedades y al estar estos dineros vigilados por la*

La apoderada de la parte demandada AGENCIA NACIONAL DE LOGISTICA DE LAS FUERZAS MILITARES aduce que no hay responsabilidad solidaria con el Consorcio Fortul, pues desconoce las labores desempeñadas por el actor y las situaciones laborales que se presentaron. Señala que la ALFM realizó los pagos que estaban a su cargo. Pide que se condene a la aseguradora a pagar también los salarios adeudados, y que se le absuelva

Superintendencia de Sociedades es que mi poderdante no puede hacer uso de el pago de esos impuestos. E igualmente debe tenerse como bien lo manifestó su señoría y como bien lo dijo la parte demandante, usted puede ver que siempre se contrató con el consorcio Fortul, pero en todas las consignaciones que se hacían lo hacía era Ingarcon e Ingarcon fue una persona que desde el principio actuó de buena fe y no teniendo dinero, no siendo pagado, porque la agencia todavía no ha pagado este contrato como tal, que se termino, que hubo cantidad de suspensiones por el orden público, fue la empresa misma Ingarcon, no el consorcio Fortul sino Ingarcon quien sacó de su dinero y pagó al empleado pudo no hacerlo. Igualmente el empleado el señor Rafael debe necesariamente demostrar frente a este proceso como tal su buena fe, cuál es su buena fe porque parte de vacaciones, y a partir de vacaciones el se lleva un computador donde está toda la información, y esa información después tocó rehacerla nuevamente, y cuando él renuncia él sabía las consecuencias y sabía que en este momento Fortul estaba mal económicamente y que no habían pagado las Fuerzas Militares, y que en este momento aún no han pagado. Entonces, para este humilde servidor público quiero hacer énfasis en la sentencia de la Sala de Casación Laboral del 06 de marzo de 2013, con radicación 39050, donde nos habla de que es la duración, que es ese contrato como es el contrato de obra y que debe entenderse como ese contrato de obra. Debe entenderse como el tiempo que dure la obra, al condenar el juzgado en la suma de \$84'000.000 por el tiempo moratorio está diciendo que este contrato es indefinido, este contrato jamás fue indefinido, lo que se tiene por la parte demandada a la que represento fue su buena fe y pagar dichas acreencias laborales. Entonces qué es lo que extraña a este abogado? es que de un momento a otro cambio una relación laboral de un contrato a término definido a término indefinido, y no se como, si las partes habían acordado que era un contrato a término fijo como de un momento a otro se cambian, sabiendo que la ley nos dice que un contrato a término fijo no se puede de un momento para otro cambiar devolverse indefinido, es lo que ha hecho el juzgado como tal. Frente a lo de los salarios, debe también tenerse en cuenta, porque es un hecho probado tanto para la parte demandante como para el despacho como para los otros demandados, que existieron las suspensiones como tal, y es que esas suspensiones que existieron son suspensiones que era concedor la persona, si nosotros hablamos de una persona que no tiene estudio o que no tiene absolutamente nada decimos que sí eso es algo que podría decirse, pero sí existe el contrato verbal también existe un hecho notorio que es la suspensión de esos contratos, y en la suspensión de dichos contratos, Cómo una persona va a seguir trabajando en el ejército como tal si el ejército suspende el contrato no hay personas que trabajen ahí. Son a grosso modo mis fundamentos de carácter jurídico los cuales me reservo el derecho también de ampliarlos con mayor entretenimiento, conforme lo preceptúa el decreto 806 del 2020, que nos a las nuevas reglas, la sustentación de los recursos. Igualmente solicitaré al despacho se me envíe el audio para poder tener más conocimiento frente a la sentencia que estoy impugnando, por no estar de acuerdo, primero que todo con la indemnización por no existir la buena fe y por tener como un contrato a término indefinido sabiendo que era un contrato de obra por duración de la obra. Muchas gracias señoría.”.

del pago de sanción moratoria, pues quien adeuda salarios y prestaciones es el Consorcio Fortul (CD 2 Hora 1 Minuto 25:46)⁴.

El apoderado de la llamada en garantía MUNDIAL DE SEGUROS afirma que no hay responsabilidad solidaria de su asegurada, la AGENCIA LOGÍSTICA DE LAS FUERZAS MILITARES, pues ésta no tiene dentro de su objeto social la construcción de obras civiles, y de todas formas se demostraron varias suspensiones del contrato de obra, entre junio y agosto del año 2018, periodos durante los cuales no se causaron los salarios, y por ello no se podían incluir en la liquidación de prestaciones sociales. Pide que se revoque la condena en costas (Hora 1 Minuto 28:26)⁵.

⁴ “Gracias su señoría, de conformidad con lo antes esclarecido por la parte demandada, también interpongo el recurso de apelación basado en lo siguiente. En primer lugar manifiesta al despacho que existe una solidaridad entre la Agencia Logística y el Consorcio Fortul, situación a la cual no nos encontramos de acuerdo, teniendo en cuenta que el Consorcio suscribió un contrato de agencia laboral o de prestación de servicios con el aquí actor, situaciones que desconocía la entidad y que la entidad garantizo y realizó los pagos adeudados conforme el contratista pasaba una planilla de pago, nunca nos manifestó como usted lo dijo, no se encontraba el señor, por cuanto la agencia no sabía de la totalidad de los empleados que tenía de manera laboral el consorcio. Ahora bien, establece igualmente que la aseguradora debe respondernos y hacernos los pagos, habla solamente de los intereses a las cesantías y las primas. Es de resaltar que la póliza que se estableció en el contrato y la parte suscrita habla de salarios y prestaciones sociales, no solamente prestaciones sociales, entonces ese es un punto que es necesario que el superior decida, en cuanto a que no se incluyó dentro del fallo actual el pago por parte de la aseguradora de los salarios. Así mismo, su señoría, en cuanto al tema de la sanción moratoria, debería decirse absolutamente el pago por cuanto, por cuanto quien adeuda estos valores en su totalidad es el Consorcio Fortul y no la Agencia de Logística de las Fuerzas Militares. De la misma manera quisiera solicitarle al despacho o al Superior, que teniendo en cuenta que no se han realizado pagos por cuanto se declaró el incumplimiento, se autorice realizar el pago total al Señor Rafael Duarte, con los dineros que se tienen todavía en la entidad por causa del contrato. Ahora bien, es de revisar también que en el momento alargare estos alegatos, ampliando de esta manera mi recurso de apelación ante el Superior. Muchas gracias su señoría.”

⁵ “Gracias Señor Juez, de la manera más atenta me permito presentar recurso de apelación en contra de la sentencia dictada en este escenario. De la manera más respetuosa me permito manifestar al señor Juez que disiento de la decisión tomada, por cuanto afirma su señoría que entre la demandadas el Consorcio Fortul y la Agencia Logística de Las Fuerzas Militares existe una solidaridad, cosa que mi representada no comparten en virtud a que tal y como se manifestó en la contestación de la demanda y en los alegatos de conclusión, lo objetos sociales de cada una de las empresas aquí demandadas es diferente, por cuanto la misma se sustenta de la Agencia Logística de las Fuerzas Militares el decreto 4747 del 2005, que en su Art. 6 manifiesta que el objeto de la misma es la Agencia Logística de las Fuerzas Militares teniendo por objeto ejecutar las actividades de apoyo logístico y abastecimiento de bienes y servicios requeridos para atender las necesidades de las fuerzas militares”. No tiene dentro de su objeto social en ninguno que haga referencia a obras civiles, mientras que por el contrario el Consorcio Fortul tiene como objeto la contratación y construcción de obras de arquitectura y mantenimiento y construcción, montajes industriales y otros. En este orden de ideas, los objetos sociales son totalmente diferentes y en razón a ello no existe la solidaridad deprecada por la parte demandante, más aún que si bien es cierto la parte

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

No fue objeto de discusión en primera instancia, ni en el recurso, que el demandante suscribió un contrato de trabajo con el CONSORCIO FORTUL 2016 a partir del 30 de marzo de 2017 para desempeñar el cargo de Ingeniero residente, con un salario mensual de \$3.500.000.

La controversia que debe decidir el Tribunal, en consonancia con los recursos propuestos (artículo 66A del CPL), se centran en definir (i) si ocurrió o no la suspensión del contrato de trabajo el 31 de octubre de 2017, (ii) la modalidad de contrato que ejecutaron las partes, (iii) la existencia de responsabilidad solidaria de la AGENCIA LOGISTICA DE LAS FUERZAS MILITARES y en dado caso quien debe responder por las condenas impuestas a dicha agencia, y (iv) si procede o no el pago de sanción moratoria.

demandante fue contratada por el consorcio Fortul, en ninguna parte se observa que le hubieran dado concepto del contrato a la Agencia Logística de las Fuerzas Militares, tal y como lo aprecia en este momento la apelación de la apoderada de dicha entidad. Por lo tanto mi representada considera que esta solidaridad es inexistente. Aunado a ello, con todo respeto, dentro de las pruebas obrantes en el proceso se verifica que hay un documento en el cual se verifica que hubo varios periodos de suspensión del contrato, para el año 2018 que es el que nos interesa fueron del 14 de junio de 2018 por 15 días y el 29 de junio por 30 días. Aunado a ello también, hay una suspensión del contrato en el mes de agosto del 2018. En dichos periodos de suspensión, al no haber prestación del servicio tampoco hay obligación de pago de salarios o prestaciones sociales a la parte demandante tal y como lo manifiesta el Consorcio aquí demandado y por lo tanto mi representado no debería ser condenada al pago de prestaciones sociales no causadas por no haberse causado por la interrupción o la suspensión del servicio. De todas maneras, en caso de una confirmación de una sentencia, se solicita muy respetuosamente a la Honorable Sala Tribunal, que verifique los condenados a mi representada como cesantías e intereses a las cesantías y primas, puesto que liquidación debe hacerse sobre los verdaderos valores o los verdaderos periodos efectivamente laborados y que no hayan sido sometidos a suspensión, porque el señor juez los está considerando como si no hubiera habido esa suspensión, sin embargo en el documento obrante en el proceso verifica que sí hubo una suspensión del contrato y que la parte demandante aún así lo conseguía. Estamos Totalmente de acuerdo, señor juez, con que el único amparo que sea seguro en la póliza fue de prestaciones sociales, en la misma no se encuentra consagrado las indemnizaciones y así tampoco los salarios y con ello estamos de acuerdo; También nos permitimos apelar respecto a la condena en costas, por cuanto mi representada acudió a este proceso como una llamada en garantía, nunca hemos negado absolutamente, no hay un memorial por parte de la compañía negando la prestación social a la Agencia Logística de las Fuerzas Militares, y por ello mi representada no tiene ninguna injerencia en este proceso y solicitamos muy respetuosamente también seamos liberados de la condena en costas Señor Juez. Me reservo el derecho a ampliar mis alegatos de apelación en la oportunidad que concede al honorable tribunal según el decreto 806. Gracias.”

1. SUSPENSIÓN DEL CONTRATO

A tenor de lo dispuesto en el numeral 3º del artículo 51 del CST, el contrato de trabajo se suspende por la “*suspensión de actividades o clausura temporal de la empresa, establecimiento o negocio, en todo o en parte, hasta por ciento veinte (120) días por razones técnicas o económicas u otras independientes de la voluntad del empleador, mediante autorización previa del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social*”, caso en el cual el empleador debe informar de la solicitud que eleve al efecto, en forma simultánea y por escrito, a sus trabajadores. Si no se cumple alguno de estos presupuestos normativos, no ocurrirán los efectos que el artículo 53 del CST dispone para la suspensión de los contratos de trabajo: la interrupción temporal de las principales obligaciones que el contrato genera (para el trabajador la obligación de prestar el servicio y para el empleador la obligación de pagar el salario y pagar algunas de las prestaciones sociales que la ley contempla).

Bajo esta regla y revisado el expediente el Tribunal confirmará las condenas impuestas al pago de salarios y prestaciones del demandante, pues no se demostró que el Consorcio FORTUL hubiera cumplido las previsiones normativas requeridas para que pudiera operar la suspensión del contrato de trabajo por *suspensión de actividades*, ni se puede entender ocurrido una *fuerza mayor* o un *caso fortuito* que impidieran la ejecución de dicho contrato.

El caso fortuito es la circunstancia *sobreviniente, imprevisible, irresistible y ajena a la intención o la culpa del deudor*, que impide la ejecución de una obligación. Sobre la última de tales condiciones, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha señalado como requisito ineludible para que los efectos de la suspensión de un contrato de trabajo se puedan reconocer, la ausencia total de culpa del empleador en los hechos que

impidieron su ejecución⁶, y ha dicho reiteradamente que no caben dentro de tales causas las situaciones de insolvencia económica del empleador⁷.

En el caso bajo estudio, los documentos de folios 261 a 287 y el Acta de Suspensión 5 firmada por el representante legal del Consorcio MARCO TULLIO YAÑEZ el 13 de junio de 2018, demuestran que la suspensión de actividades no tuvo origen en un caso fortuito sino en causas imputables al empleador⁸, hecho que reconoció la demandada INGARCOL cuando adujo

⁶ En la sentencia dictada el 3 de diciembre de 2014, radicación No. 44201, dijo la Corte: *“En primer término importa aclarar que el concepto de caso fortuito o fuerza mayor a que se refiere el Código Sustantivo del Trabajo en los artículos 51-1 y 466, no es original o especial sino el mismo que contempla la Ley 95 de 1890, art. 1º(...) Consiguientemente, en materia laboral son aplicables los requisitos que en la jurisprudencia y doctrina generales se han exigido para la figura, como que sólo puede calificarse de caso fortuito o fuerza mayor el hecho que concurrentemente contemple los caracteres de imprevisible e irresistible e igualmente, que un acontecimiento determinado no puede catalogarse fatalmente, por sí mismo y por fuerza de su naturaleza específica, como constitutivo de fuerza mayor o caso fortuito, puesto que es indispensable, en cada caso o acontecimiento, analizar y ponderar todas las circunstancias que rodearon el hecho. Igualmente se ha explicado que entre los elementos constitutivos de la fuerza mayor como hecho eximente de responsabilidad contractual y extracontractual figura la inimputabilidad, esto es que el hecho que se invoca como fuerza mayor o caso fortuito, no se derive en modo alguno de la conducta culpable del obligado, de su estado de culpa precedente o concomitante del hecho. Es decir que la existencia o no del hecho alegado como fuerza mayor, depende necesariamente de la circunstancia de si el deudor empleó o no la diligencia y cuidado debidos para prever ese hecho o para evitarlo, si fuere previsto y es menester, entonces, que en él no se encuentre relación alguna de causa a efecto con la conducta culpable del deudor”.*

⁷ Sentencia Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, radicado 35125 del 31 de marzo de 2009, M.P. Osorio López, Luis Javier, en la cual se dijo *“Ahora, si el empleador, aun sin incurrir en culpa, pero por las situaciones propias del mercado, se ve inmerso en una crisis financiera que afecta la estabilidad propia de la empresa y por ello deja reiteradamente de pagar el salario a sus trabajadores, es evidente que viola gravemente sus obligaciones como tal. La dinámica en que desarrolla su actividad empresarial posibilita que todos los fenómenos, salvo fuerza mayor o caso fortuito, sean previsibles y por tanto no pueden usarse como justificantes para incumplir sus obligaciones como empleador.”*

⁸ (folio 168 y 169) *“CAUSALES QUE MOTIVAN LA SUSPENSIÓN – Que los rendimientos de obra son inferiores a los programados principalmente por falta de materiales, aparatos y equipos de obra, que adicionalmente el personal operativo es insuficiente para lograr los rendimientos necesarios. Que en visita realizada a los talleres los días 18, 19 y 20 de abril de 2018 se evidenció que de parte del contratista cuenta con: la totalidad de la carpintería en madera del proyecto (puertas, closet y muebles)(...) que el 31 de mayo de 2018 de parte del contratista se informó que debido a amenazas hacia los transportadores no ha sido posible desplazar los equipos al sitio de la obra de los cuales se encuentran los respectivos talleres de fabricación que mediante comunicado FORTUL 037-2018 los transportadores se niegan a desplazar los materiales al proyecto con escolta militar debido a las posibles retaliaciones que los grupos al margen de la ley tengan hacia ellos. (...) Que la interventoría mediante comunicado IBEEV- 583 -2018 informó que existen hechos notorios que pueden estar generando zozobra y preocupación en el personal de la región. Una vez analizadas estas situaciones, se encuentra viable técnica y jurídicamente que se realice la suspensión del contrato de obra toda vez que al no contar con los materiales, aparatos o equipos, ello se reflejara en la suspensión del contrato de actividades que son ruta crítica generando*

como una de las razones de suspensión del contrato de obra la insolvencia y la reorganización a la que había sido sometida la constructora.

De todas formas y aún si hubiera ocurrido una cualquiera de las causales de suspensión del contrato de trabajo, lo cierto es que en la situación particular del demandante, se continuaron prestando los servicios pues no se demostró que la empresa le hubiera advertido o informado que las obligaciones del contrato se encontraran suspendidas, y por ello de facto no ocurrió una suspensión del contrato de trabajo en los términos que regula el artículo 53 del CST.

2. MODALIDAD DEL CONTRATO Y EXTREMO FINAL DE LA RELACIÓN LABORAL

Bajo el principio de primacía de la realidad que contiene el artículo 53 de la Constitución Política y a diferencia de los acuerdos de naturaleza civil o comercial en los cuales prima el pacto que celebran las partes, en materia laboral los acuerdos formales ceden ante la realidad que se demuestra ocurrida en el proceso judicial. Por ello bien puede ocurrir que durante una misma *relación de trabajo* se ejecuten diferentes modalidades sucesivas del contrato, que se deben entender modificaciones a la duración inicialmente acordada, y ello que ocurre cuando no se ha estipulado a término fijo o cuando la duración no esté determinada en realidad por la de una obra específica o por la naturaleza de la labor contratada, o cuando no se refiera a un trabajo ocasional o transitorio, casos en los cuales se debe entender celebrado a término indefinido (artículo 47 CST).

Bajo esta regulación, la Sala no encuentra reparo alguna a la declaración que hizo la sentencia de primera instancia respecto de la modalidad de término indefinido en el contrato que ejecutaron las partes.

rendimientos muy bajos y aumento considerable en las demoras que a su vez pueden llegar a afectar el cumplimiento y entrega de la totalidad de las obras de infraestructura y edificaciones por parte del contratista en el plazo establecido”.

Esta modalidad, dicho sea de paso, resulta más favorable a la parte demandada en lo que al valor de la indemnización por despido injusto se refiere, pues en caso de declararse la existencia de un contrato de término fijo dicha indemnización sería ostensiblemente superior a la que tasó se tasó en la sentencia apelada dado que el contrato inicialmente pactado por 5 meses y medio, extendido a su vencimiento durante dos meses adicionales, se entendería prorrogado en dos meses solamente por dos veces y después se entendería prorrogado por periodos sucesivos de un año.

Se debe reiterar, según quedó anotado antes, que el demandante continuó prestando servicios después de que culminó al plazo pactado y por ello no pudo operar la terminación del contrato por vencimiento del término fijo acordado. De ello da cuenta el informe de semanas AFP PROTECCIÓN del que se evidencian semanas cotizadas por el CONSORCIO FORTUL desde abril de 2017 a junio de 2018, la constancia expedida por EPS FAMISANAR que refleja los pagos realizados por su empleador al sistema de salud hasta julio de 2018 (folios 88 a 90).

3. SOLIDARIDAD Y LLAMAMIENTO EN GARANTÍA.

También se confirmará la decisión que en primera instancia condenó como responsable por solidaridad a la AGENCIA LOGISTICA DE LAS FUERZAS MILITARES.

Para este efecto el artículo 34 del CST dispone responsabilidad entre el contratante de una obra y sus contratistas respecto de las obligaciones laborales que surjan a cargo de éstos, salvo que lo contratado sean *labores extrañas a las actividades normales* de la empresa o negocio del contratante.

Revisado el texto de los documentos aportados al expediente, la Sala encuentra que las actividades contratadas por la AGENCIA DE LOGISTICA DE LAS FUERZAS MILITARES con el CONSORCIO FORTUL 2016, consistente

en la construcción del Batallón Especial Energético Vial No 14 en Fortul Arauca (folios 242 a 260), es afín y similar al objeto misional que anuncia el Decreto No. 4746 de 2005 para esta demandada: *“ejecutar actividades de apoyo logístico y abastecimiento de bienes y servicios requeridos para atender las necesidades de las fuerzas militares y entre otras las específicas. 4. Realizar las obras de infraestructura requeridas por el ministerio de Defensa nacional en especial el Ejército Nacional, la Armada Nacional y la Fuerza Aérea Colombiana”* (folios 221 a 223). Además, el actor fue contratado como *ingeniero residente* para trabajar -precisamente- en la *construcción* del batallón Especial Energético Vial No. 14 en Fortul Arauca.

Frente a la responsabilidad de la llamada en garantía, COMPAÑÍA MUNDIAL DE SEGUROS S.A., tampoco se advierte reparo alguno a la decisión de primera instancia, pues declarada la responsabilidad por solidaridad con la AGENCIA LOGISTICA DE LAS FUERZAS MILITARES, debe cubrir el riesgo y en los términos de la Póliza NB-100050540 que obra a folio 448 del expediente, pues dicha aseguradora se obligó a responder únicamente por las obligaciones deducidas a cargo de la asegurada por *“prestaciones sociales”* y hasta el monto de \$968.266.627, como lo dedujo la sentencia de primera instancia que también será confirmada en este aspecto.

4. INDEMNIZACIÓN MORATORIA. Para resolver esta materia del recurso propuesto por las demandadas, el artículo 65 del CST sanciona al empleador con un día de salario por cada día que transcurra entre la fecha de terminación del contrato de trabajo y la fecha de pago de los salarios y prestaciones sociales que se causaron en la relación de trabajo.

Sin embargo, -así lo ha dicho reiteradamente la Sala laboral de la Corte Suprema de Justicia- las condenas por este concepto no se pueden imponer de forma automática e inexorable frente al retardo, pues bien puede el empleador acreditar en el expediente que actuó de buena fe, situación que se presenta no solo cuando entiende plausiblemente que no estaba obligado a los pagos que se reclaman, sino también cuando surgen situaciones que

hacen imposible el pago de los derechos que se causaron en la relación de trabajo, y esta situación la entiende ocurrida la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia cuando las empresas se encuentran en situación de reorganización empresarial o en procesos de liquidación, pues en dichas circunstancias pierden la autonomía para administrar sus bienes y para definir el orden de pago de las obligaciones que adeudan. En los procesos concursales la sociedad conserva su capacidad jurídica únicamente para los actos necesarios a la reorganización o liquidación, y por ello las decisiones del agente liquidador en materia de pagos se deben someter a los límites y las reglas del proceso.

Bajo este lineamiento, la Sala revocará la decisión de primera instancia que condenó al pago de sanción moratoria, pues para la fecha en que terminó el contrato de trabajo (15 de agosto de 2018), la CONSTRUCTORA INGARCON LTDA⁹ se encontraba inmersa en “*proceso de reorganización*” que había iniciado el 2 de octubre de 2017, cuando la Superintendencia de Sociedades emitió el auto 2017-01-507806 (folios 171 a 174).

Finalmente, para responder a la solicitud de la AGENCIA LOGISTICA DE LAS FUERZAS MILITARES sobre la condena en costas, el artículo 365 del CGP impone este pago a la parte que resulte vencida en el proceso, es decir, a quien se opone a las pretensiones de una demanda y resulta vencida, como ocurrió con dicha agencia en el caso bajo estudio (ver folios 215 a 219).

Sin costas en la apelación.

DECISION

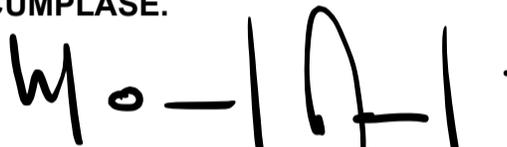
⁹ Folios 192 a 195 – Documento consorcial – CONSTRUCTORA INGARCON LTDA NIT 800.196.687-2 participación 80% e ISMAEL ENRIQUE GUTIERREZ HERRERA C.C. 19.379.912 participación 20%.

Por 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,

RESUELVE

1. **REVOCAR** el literal f del numeral segundo de la sentencia apelada, y en su lugar **ABSOLVER** a las demandadas de la condena impuesta por indemnización moratoria.
2. **CONFIRMAR** la sentencia apelada en lo demás.
3. **SIN COSTAS** en la apelación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE

Magistrada

SALVO VOTO PARCIALMENTE

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D. C.**

SALA LABORAL

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO.

**PROCESO ORDINARIO DE SANDRA PATRICIA GUTIERREZ PALACIOS
CONTRA INDUSTRIA NACIONAL DE GASEOSAS S.A. INDEGA S.A,
INTEGRADA COMO LITISCONSORTE NECESARIO COMPAÑÍA DE
SERVICIOS Y ADMINISTRACIÓN DE SERDAN S.A. -SERDAN S.A-,Y LAS
LLAMADAS EN GARANTIA (COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZAS
S.A Y LA ASEGURADORA SEGUROS DEL ESTADO S.A)**

Bogotá D. C., Veintiséis (26) de febrero de dos mil veintiuno (2021)

Surtido el traslado a las partes para que presentaran alegatos de conclusión por escrito de conformidad con lo establecido en el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá se reúne para estudiar en el grado jurisdiccional de CONSULTA a favor de la demandante la sentencia dictada el 11 de agosto de 2020 por la Juez Treinta y uno (31) Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, SANDRA PATRICIA GUTIERREZ PALACIOS presentó demanda contra INDEGA S.A y SERDAN S.A., para que mediante los trámites de un proceso ordinario laboral se declare la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido con INDEGA S.A. a partir del 02 de diciembre de 1999, que sigue vigente, y como verdadero salario \$3.400.000 mensuales. En consecuencia reclama la reliquidación de salarios, primas de servicios, vacaciones, cesantías, e intereses de las cesantías causadas durante la relación laboral, teniendo en cuenta el verdadero salario, que se

condene a la sociedad INDEGA S.A. al pago de horas extras, aportes a la seguridad social en salud y pensiones durante la relación laboral, indemnización moratoria, sanción contenida en el artículo 99 de la ley 50 de 1990, los conceptos extra y ultra petita y las costas del proceso. Subsidiariamente pide que se condene a INDEGA S.A. al pago de indemnización moratoria (artículo 65 del CST), sanción por no consignación de cesantías, e indemnización por despido sin justa causa. Como fundamento de estas pretensiones indica que ingresó a laborar a INDEGA S.A. el 2 de diciembre de 1999 como Pre-vendedora con la función de controlar neveras, ajustar pedidos, y manejar artículos *“todos pertenecientes a INDEGA S.A”* en la zona de ventas al norte de Bogotá, cumplía horario de 6:00 a.m. a 6:00 p.m. y recibió como último salario \$901.425. Afirma que INDEGA utilizaba Empresas de Servicios Temporales (EST's) y outsourcing para disfrazar la relación laboral, e indica que a pesar de desempeñar el mismo cargo (Pre-vendedor) no recibía el salario que por esas funciones tenía un trabajador de planta. Finalmente aduce que estando al servicio de INDEGA S.A. sufrió un accidente laboral y por ello es sujeto de estabilidad laboral reforzada, además por estar afiliada al Sindicato tiene fuero sindical (folios 9 a 26).

Conforme al artículo 148 del CGP se acumuló a este proceso otra demanda (31 2016 031), teniendo en cuenta la coincidencia de partes y de pretensiones. En dicha demanda solicita SANDRA PATRICIA GUTIERREZ PALACIOS, además de la existencia de un contrato de trabajo con INDEGA S.A., que se declare que al momento en que fue desvinculada gozaba de fuero estabilidad laboral reforzada y fuero circunstancial por estar en conflicto laboral SINALTRAPACOL y la empresa INDEGA S.A, aduce que el salario real causado era de \$4.200.000, y pide que se declare responsabilidad solidaridad con SERDAN S.A., por el pago de diferencias salariales con el cargo de Coordinador/jefe de ruta, el reintegro en un cargo igual o de superior jerarquía, que le sean pagados todas las acreencias laborales y prestaciones sociales desde la desvinculación hasta el momento que se haga efectivo el reintegro, y las costas del proceso. **Subsidiariamente** pide que se

condene a INDEGA S.A. y solidariamente a SERDAN al pago por indemnización moratoria (artículo 65 del CST), sanción por no consignación de cesantías y despido sin justa causa. Como fundamento de lo pedido en esta demanda afirma que ingresó a laborar a INDEGA S.A. el 2 de diciembre de 1999 para desempeñar el cargo de Asesor Comercial en horario de lunes a sábado y asignación salarial de \$1.848.400, cuando el salario que corresponde a un Asesor comercial de planta es de \$4.200.000. Señala que por la antigüedad en INDEGA (10 años) se afilió al sindicato SINALTRAPACOL, decisión que le comunicó a la EST SERDAN S.A., y que sin motivo alguno esta EST la despidió el 12 de agosto de 2015 a pesar de ser sujeto de estabilidad laboral reforzada y tener fuero circunstancial. Relata que adelantó una acción de tutela contra la EST SERDAN S.A. que ordenó de manera transitoria su reintegro mientras la jurisdicción ordinaria decide (Cuaderno 2 folios 1 a 19).

Notificadas las demandadas dieron contestación a todos los hechos y pretensiones de las demandas.

SERVICIOS DE ADMINISTRACIÓN SERDAN S.A. mediante apoderado manifestó no constarle muchos de los hechos; sin embargo, acepta que la demandante ha trabajado para SERDAN S.A. desde el 7 de junio de 2004 y dicho vinculo actualmente se encuentra vigente por una orden de tutela que ordenó su reintegro. Afirma que desde el 01 de mayo de 2013 SERDAN S.A. no le presta servicio alguno a INDEGA, que la demandante siempre ha prestado servicios para SERDAN en funciones de PREVENTA, que se le han pagado todas las acreencias laborales y prestaciones sociales conforme a la ley. Se opuso a las afirmaciones de estabilidad laboral reforzada afirmando que el vínculo no terminó por alguna limitación para trabajar de la demandante, ni tenía calificación de pérdida de capacidad para laborar, y en cuanto al sindicato señala que el sindicato referid en la demanda es de *trabajadores* de PANAMCO y nada tiene nada que ver con SERDAN S.A.- Propuso como excepciones: *prescripción, ausencia de prueba, , inexistencia de la relación laboral entre la demandante e INDEGA S.A, no prestación del*

servicio entre la actora en INDEGA S.A, (existencia de la relación laboral, prestación del servicio y subordinación entre la demandante), libertad de empresa, validez y eficacia de los contratos suscritos entre INDEGA y EXPERTOS SERVICIOS ESPECIALIZADOS LTDA, no generación de ninguna diferencia a favor de la demandante, cobro de lo no debido, ausencia de prueba de lo que se pretende, buena fe y prescripción. (folios 357 a 367).

En la contestación de la sociedad INDUSTRIA NACIONAL DE GASEOSAS S.A., su apoderado se opuso a las pretensiones afirmando que entre esta empresa y la demandante no ha existido un vínculo laboral. Afirma que entre SERDAN S.A. e INDEGA S.A. no se ha desarrollado vinculación comercial desde el 30 de abril de 2013. Se opuso a las pretensiones de reintegro pues el cargo no existe al interior de INDEGA S.A., y aclara que en la relación comercial que tuvo con SERDAN S.A. ésta se comprometió a la prestación de servicios relacionados con actividades de venta, enfocadas a la preventa. Respecto de las demás demandadas y su responsabilidad no le consta nada. Propuso como excepciones las de *prescripción, inexistencia de las obligaciones demandadas y cobro de lo no debido, enriquecimiento sin justa causa, contrato de prestación de servicios de outsourcing, falta de título y causa en la demandante, pago y compensación, buena fe, abuso del derecho, inexistencia de la responsabilidad solidaria y la genérica.* – Llamó en garantía a dos compañías aseguradoras. (folios 551 a 660 y 741).

En la contestación de la llamada en GARANTÍA COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZAS CONFIANZA S.A, su apoderada señaló no constarle ningún hecho. Se opuso a las pretensiones afirmando que carecen de fundamento jurídico, y aclarando que si bien algunas de las pretensiones se pudieron causar en vigencia de las pólizas de cumplimiento en virtud de las cuales INDEGA S.A. la llama en garantía, ninguna de ellas ampara el incumplimiento de obligaciones laborales de INDEGA, y el único pago indemnizatorio que cubriría la póliza es el de un despido sin justa causa. Propuso como excepciones *Ausencia de cobertura en caso de ser*

condenado el asegurado (INDEGA S.A.) como verdadero empleador, ausencia de cobertura de: la indemnización moratoria, acreencias laborales causadas por fuera de la vigencia de la póliza y la genérica. (folios 802 a 824).

En la contestación de la otra llamada en garantía, SEGUROS DEL ESTADO S.A., su apoderada se opuso también a las pretensiones principales y subsidiarias, con fundamento en que las mismas no tienen sustento legal y son contrarias a la realidad fáctica. Aclara que si se demuestra una relación contractual directa entre INDEGA S.A. no habría cobertura de la póliza ya que se configuraría una relación de verdadero empleador y ese no es el objeto de amparo de los salarios y prestaciones sociales. Propuso como excepciones *inexistencia de la obligación a cargo de Seguros Del Estado si se declara relación directa entre INDEGA S.A y la demandante, imposibilidad de afectar las pólizas de cumplimiento particular de las obligaciones a cargo de un tercero ajeno al contrato de seguro, ausencia de cobertura de la póliza por ocurrencia del presunto siniestro fuera de la vigencia de la misma, cobertura exclusiva de los riesgos pactados en la póliza de seguro de cumplimiento particular, imposibilidad de afectar la póliza de cumplimiento particular por una eventual condena por el concepto de vacaciones, por las conductas contempladas en el artículo 65 del CST, compensación, límite de la responsabilidad y la genérica. (folios 860 a 900).*

Terminó la primera instancia con sentencia dictada por la Juez Treinta y uno (31) Laboral del Circuito de Bogotá, el 11 de agosto de dos mil veinte (2020), mediante la cual declaró la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre la demandante y SERDAN S.A. por el período comprendido entre el 7 de junio de 2004 y el 9 de julio de 2018; absolvió a SERDAN S.A. de todas las condenas reclamadas, y absolvió de todas las pretensiones declarativas y condenatorias a INDEGA S.A. y las llamadas en garantía. Para tomar su decisión la Juez no encontró acreditado que los servicios de la demandante se hubiesen prestado de forma continua en favor de INDEGA S.A., ni que ésta sociedad de manera fraudulenta haya utilizado la figura de

los Servicios Temporales para el suministro de los trabajadores. Por el contrario, evidenció que SERDAN S.A. fue el empleador y que sufragó todas las acreencias laborales durante la relación laboral. Estimó que no hay prueba de saldos insolutos, y respecto de la estabilidad laboral reforzada no encontró calificación de pérdida de capacidad para laborar y dio validez al acta de transacción celebrada el 10 de julio de 2018 por la demandante y SERDAN S.A. en la que expresó la voluntad de dar por terminada la relación laboral de mutuo acuerdo a partir del 9 de julio de 2018 por lo cual recibió además de las prestaciones \$10.000.000 como transacción. Finalmente, resaltó el abandono del proceso por parte de la demandante y de su apoderado, quienes no asistieron a ninguna de las audiencias del proceso.

La parte resolutive de la sentencia tiene el siguiente tenor literal: *RESUELVE: "PRIMERO: DECLARAR la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre SANDRA PATRICIA GUTIERREZ PALACIOS en calidad de trabajador, SERDAN S.A. en calidad de empleador, por el período comprendido entre el 7 de junio del año 2004 al 9 de julio del año 2018. SEGUNDO: ABSOLVER de la totalidad de las pretensiones incoadas por la demandante a la demandada INDUSTRIA NACIONAL DE GASEOSAS - INDEGA S.A. TERCERO: ABSOLVER de la totalidad de las pretensiones condenatorias incoadas por la demandante a SERDAN S.A. CUARTO: : ABSOLVER de la totalidad de las pretensiones incoadas en el llamamiento en garantía a la COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZAS S.A.- CONFIANZA S.A. y SEGUROS DEL ESTADO S.A. QUINTO: CONDENAR en costas y agencias en derecho a la demandante en cuantía de medio salario mínimo legal mensual vigente".*

Por haber sido esta providencia totalmente desfavorable a la demandante y no haberse apelado, se remitió al Tribunal para que se surta el grado jurisdiccional de CONSULTA, según lo ordena el artículo 69 del CPTSS modificado por el artículo 14 de la ley 1149 de 2007, que pasa la Sala a resolver previas las siguientes,

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Las pretensiones de la demanda que dieron inicio al proceso tienen como supuesto esencial la existencia de un contrato de trabajo de la demandante con INDEGA S.A, hecho que la juez de primera instancia no encontró probado.

Para resolver sobre esta materia el Decreto 4369 de 2006 (mediante el cual se reglamentaron los artículos 71 a 94 de la Ley 50 de 1990) permite la vinculación de servidores con la intermediación de una Empresa de Servicios Temporales cuando se trate de labores ocasionales, accidentales o transitorias a las que se refiere el artículo 6° del Código Sustantivo del Trabajo, o cuando se deba reemplazar personal en vacaciones, en uso de licencia, en incapacidad por enfermedad o maternidad, o cuando se deban atender incrementos en la producción, el transporte, las ventas de productos o mercancías, los períodos estacionales de cosechas, y en la prestación de servicios. La norma limita la procedencia de vinculación temporal a seis (6) meses prorrogables por seis (6) meses adicionales, y advierte que una vez transcurrido el año de servicios, aún si la causa originaria del mismo subsiste en la empresa usuaria, no se podrá prorrogar el contrato de servicios temporales ni celebrar uno nuevo con la misma o con otra Empresa.

Si la relación de trabajo se ejecuta por fuera de estos precisos términos, no habrá una relación de servicios temporales (dentro de la cual la EST es el verdadero empleador), sino una relación de trabajo con la persona natural o jurídica a la cual se le prestaron los servicios.

Bajo las premisas normativas y una vez revisado el expediente, la Sala no encuentra reparo a la decisión de primera instancia pues no se demostró, por quien tenía la carga procesal (la parte demandante por ser quien alegó el hecho), que se hubieran prestado servicios por fuera de los parámetros legales dispuestos para la validez de una relación de *Servicios Temporales* en favor de INDEGA S.A.-

Como lo expuso la sentencia apelada, fue muy escasa la evidencia aportada al expediente por la demandante, además su ausencia en el transcurso de las audiencias obra como un indicio en contra de lo que afirmó ocurrido en la demanda.

Como pruebas en contra obran, además, la certificación laboral emitida por la empresa MERCHANDISIGN INTEGRAL LTDA (folio 44), el certificado laboral que data del 19 de abril de 2013 expedido por la organización SERDAN S.A., y los documentos de folios 65, 95 a 98, de los cuales se evidencia que la relación entre INDEGA S.A y EXPERTOS SERVICIOS ESPECIALIZADOS LTDA finalizó a partir del 1º de mayo de 2013 y después de esa fecha la demandante continuó laborando con SERDAN S.A., hecho del cual dan cuenta los memorandos, descargos y sanciones disciplinarias por parte de SERDAN S.A. (folios 368 a 388, 390 a 399, 401 a 412, 417 y 419). Adicionalmente se evidencian serias incongruencias y contradicciones en las pretensiones y los hechos de las dos demandas acumuladas, pues en uno de los procesos (31 2015 519) afirma que tenía el cargo de Pre-vendedor con una asignación salarial de \$901.425 y pide que se declare por nivelación un salario por \$ 3.400.000 mensuales, y en el otro (31 2016 031) afirma que su cargo era de Asesora comercial recibiendo una asignación mensual de \$1.848.400 y solicita una nivelación salarial a \$4.200.000 mensuales¹.

En cuanto a las pretensiones principales y subsidiarias que pudieran resultar en contra de SERDAN S.A se indicará lo siguiente:

Frente a la pretensión de REINTEGRO, el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 prohíbe la terminación del contrato del trabajo cuando tenga origen en una limitación en la capacidad del trabajador salvo que medie una autorización de la oficina del Trabajo. La norma sanciona la inobservancia de esta última formalidad con el pago, a título de indemnización de 180 días de salario, sin perjuicio de las demás prestaciones e indemnizaciones adicionales a las que

¹ Proceso (31 2015 519) hechos 4, 12 y Proceso (31 2016 031) hechos 3, 6. (folios 3, 4, 8 y 9)

hubiere lugar. Sin embargo, al estudiar el contenido de dicha norma, la Corte Constitucional definió con efectos de cosa juzgada, que el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 se ajusta al ordenamiento jurídico, siempre y cuando se entienda que el despido del trabajador o la terminación del contrato de trabajo *por una limitación física o psíquica* y sin autorización de la oficina de Trabajo carece de efecto jurídico y en consecuencia también da lugar al reintegro del trabajador. A juicio de esa Corporación, la simple indemnización pecuniaria que tasó la Ley 361 no garantiza la estabilidad laboral que el ordenamiento jurídico otorga a los trabajadores que padecen limitaciones en su capacidad para trabajar².

A su vez la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en ejercicio de la función que le asigna la Constitución Política para unificar la jurisprudencia nacional trazando criterios de interpretación de las normas legales a casos concretos, ha dispuesto que las “*personas en situación de discapacidad*” a quienes se destinaron las garantías contenidas en la Ley 361 de 1997, son aquellas que acreditan haber sufrido una reducción cierta en su capacidad laboral, o un estado de debilidad manifiesta que limite dicha capacidad de forma cierta para el momento del despido o terminación del contrato de trabajo. Con ello fijó la Corte parámetros objetivos que permiten a los jueces dilucidar en casos concretos quienes son objeto de la protección especial.

Sobre las personas en situación de discapacidad, resulta además particularmente clara la definición que en ese mismo sentido expone el artículo 1º de la Ley 762 de 2002, mediante la cual se aprobó la "CONVENCIÓN INTERAMERICANA PARA LA ELIMINACIÓN DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACIÓN CONTRA LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD". Dicho estatuto se refiere a la discapacidad como “*la deficiencia física, mental o sensorial, ya sea de naturaleza permanente o temporal, que limite la capacidad de ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria*”. En igual sentido la Corte Constitucional en la

² CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-531 de 2000. M.P. Álvaro Tafur Galvis.

sentencia C-824 de 2011, señaló expresa y claramente que: “(...) *en estas situaciones debe hablarse de personas que por su estado de salud física o mental se encuentran en condiciones de debilidad manifiesta, que les dificulta trabajar en ciertas actividades o hacerlo con algunas limitaciones y que por tanto, requieren de una asistencia y protección especial para permitirle su integración social y su realización personal, además de que gozan de una estabilidad laboral reforzada*” (subrayas fuera de los textos originales).

No toda afectación en la salud del trabajador ni toda disminución en la capacidad laboral generan dificultades para la reinserción en el sistema competitivo laboral, que es el objeto protegido por la Ley 361 de 1997. Asignar estabilidad reforzada a quienes no corresponde traería un efecto contrario al pretendido por las normas (la erradicación de la discriminación de trabajadores por razón de su discapacidad), pues las cargas adicionales que se impongan jurisprudencialmente a los empleadores implicaría para ese colectivo, en la práctica, menores posibilidades de acceso a los empleos disponibles en el mercado. Eso, ciertamente, no fue lo que quiso el legislador al expedir la Ley 361 de 1997.

Con este criterio, para otorgar la protección que asigna la Ley 361 de 1997, el juez debe tener *certeza* sobre la pérdida de capacidad laboral calificada o deducible razonablemente de la condición física o mental del trabajador, y *certeza* de que la terminación del contrato de trabajo tuvo origen en esa situación. Este último requisito se presume ocurrido cuando se demuestra el porcentaje de pérdida de capacidad que la Sala laboral de la Corte ha definido para el efecto, o una situación de debilidad manifiesta, presunción que bien puede ser desvirtuada por el empleador si aporta pruebas que demuestren la existencia de otra u otras *causas eficientes* de terminación del contrato de trabajo.

Bajo esta hermenéutica y una vez revisado el expediente, el Tribunal tampoco encuentra reparo a la decisión de primera instancia que negó el

reintegro de la demandante a SERDAN S.A., pues no se demostró que tuviera una condición de discapacidad o que fuera una persona en situación de debilidad manifiesta con limitaciones para trabajar en la fecha que finalizó el contrato de trabajo.

Ninguna evidencia se allegó sobre ello para la época en que terminó la relación de trabajo de la cual que se pudiera concluir razonablemente un nexo causal entre eventuales patologías y la finalización del vínculo laboral. Lo que se evidencia de las pruebas aportadas es que la terminación del contrato de trabajo fue concertada con la trabajadora, y que ella aceptó la *resciliación* de su contrato mediante transacción libremente celebrada y previo el pago de \$10.000.000³.

Advierte de igual manera el Tribunal que la decisión de reintegro que ordenó un juez penal por vía de tutela preservó temporal o transitoriamente los derechos fundamentales de la actora⁴ y que SERDAN S.A ya cumplió con la orden a cabalidad, según lo demuestran los documentos de folios 424 a 426, 429. A la jurisdicción laboral le corresponde definir, en este proceso, cuales derechos nacieron del contrato de trabajo realmente, y eso fue lo que se definió en este proceso.

Sin costas en la CONSULTA.

³ En el contrato de TRANSACCIÓN suscrito el 10 de julio de 2018 que obra en el plenario (folios 927 a 933) celebrado entre SANDRA PATRICIA GUTIERREZ y SERDAN S.A., se dejó expresamente señalado que la actora decidió de manera libre, autónoma y voluntaria finalizar el vínculo laboral a partir del 9 de julio de 2018 con SERDAN S.A. y manifiesta que el empleador (SERDAN S.A) le canceló completa y oportunamente las cesantías causadas a la fecha, canceló la totalidad de salarios, horas extras, trabajo nocturno, auxilio de transporte bonificaciones por retiro, comisiones, descanso dotaciones y además de pagarle la liquidación de prestaciones sociales hasta el 9 de julio de 2018 le sufragaron la suma de \$10.000.000 por acuerdo transaccional. Este documento no fue objeto de tacha por la parte demandante, no desconoce derechos ciertos e indiscutibles del trabajador, ni afecta derechos legales mínimos, por lo cual tiene plena eficacia.

⁴ (folio 32 a 58) JUZGADO CINCUENTA Y SEIS PENAL MUNICIPAL 15 de octubre de 2015- "TUTELAR el derecho a la estabilidad laboral reforzada de la señora SANDRA PATRICIA GUTIERREZ (...) ordenar reintegrarla a la empresa SERDAN S.A al cargo que venía desempeñando o a uno similar según las condiciones laborales de la trabajadora "Confirmada el 3 de diciembre de 2015 por el JUZGADO CUARENTA Y SEIS PENAL DEL CIRCUITO DEL CONOCIMIENTO DE BOGOTÁ . A folio 60 se observa acta de reintegro el 23 de octubre de 2015

Por lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D. C., Sala Sexta Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

1. **CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia
2. **SIN COSTAS** en la CONSULTA.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D. C.**

SALA LABORAL

Magistrado Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

**PROCESO ORDINARIO DE MIREYA INÉS CAMACHO RODRÍGUEZ
CONTRA HENRY BECERRA ROBAYO Y LA SOCIEDAD SURTIMOS Y
SERVIMOS S.A.S.**

Bogotá D. C., Veintiséis (26) de febrero de dos mil veintiuno (2021)

Surtido el traslado a las partes para que presentaran alegatos de conclusión por escrito de conformidad con lo establecido en el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá se reúne en la fecha programada para resolver el recurso de apelación presentado por la demandada, contra la sentencia dictada por la Juez Treinta y cuatro (34) Laboral del Circuito de Bogotá el 14 de octubre de 2020.

El apoderado de la demandante desistió del recurso de apelación que había interpuesto contra la sentencia mediante memorial allegado por correo electrónico.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, MIREYA INÉS CAMACHO RODRÍGUEZ presentó demanda contra HENRY BECERRA ROBAYO y la sociedad SURTIMOS Y SERVIMOS S.A.S., para que mediante los trámites de un proceso ordinario laboral se declare la existencia de un contrato de trabajo de término indefinido que estuvo vigente entre el 10 de abril de 2014 y el 30 de julio de 2018 y se condene al pago de cesantías, intereses sobre cesantías, prima de

servicios y navideñas, vacaciones, pagos a la seguridad social, salud, pensión, ARL, Caja de Compensación, indemnización por despido sin justa causa (despido indirecto), indemnización moratoria, indexación, intereses moratorios lo que se demuestre ultra y extra petita, y costas del proceso.

Como fundamento de lo pedido afirma que fue contratada el 10 de abril de 2014 por HENRY BECERRA para desempeñar funciones *de ventas de productos comestibles tienda a tienda*, de lunes a viernes de 8:00 a.m. a 5:00 p.m., posteriormente bajo la figura de sustitución patronal continuó desempeñando las mismas labores y prestando los servicios a la SOCIEDAD SURTIMOS Y SERVIMOS S.A.S. en la cual el representante legal era HENRY BECERRA. El 30 de julio de 2018 decidió dar por terminada la relación laboral por causas imputables al empleador pues devengaba menos del S.M.M.L.V. ya que recibía el 5% sobre las ventas realizadas al mes que y en ocasiones el pago llegaba a \$160.000. Afirma que prestó sus servicios en favor de HENRY BECERRA ROBAYO como persona natural y posteriormente para la SOCIEDAD SURTIMOS Y SERVIMOS S.A.S., y que realizaba su labor en diferentes puntos de la ciudad según el sector que diariamente le era asignado (Ver demanda en las páginas 8 a 15 del archivo No. 1 del expediente digital).

Notificada la demanda y corrido el traslado legal, fue contestada por HENRY BECERRA ROBAYO y por la SOCIEDAD SURTIMOS Y SERVIMOS S.A.S. mediante apoderada, quien aceptó algunos hechos, negó otros y se opuso a las pretensiones con fundamento en que no existió una relación laboral ni dependencia continua, y por ende no puede haber condena al pago de derechos laborales. Afirma que se ejecutó un contrato de prestación de servicios verbal de carácter civil en el cual se acordó la venta de productos por la demandante, quien no tenía horario laboral establecido, nunca recibió órdenes, no existió subordinación ni se hacían llamados de atención, señala que la demandante tenía asignada la zona de Fontibón, pero podía desplazarse por donde quisiera, y que recibía \$160.000 por honorarios más una comisión por las ventas que hubiera realizado. Afirma que obró de buena

fe, y por ello no hay lugar a la indemnización que regula el artículo 65 del CST. Propuso como excepciones las denominadas *cobro de lo no debido, prescripción, buena fe y la genérica o innominada* (ver contestación en las páginas 26 a 42 del archivo No. 1 del expediente digital).

Terminó la primera instancia con sentencia del 14 de octubre de 2020, en la cual el Juzgado Treinta y Cuatro Laboral del Circuito de Bogotá declaró un contrato de trabajo entre MIREYA INÉS CAMACHO RODRÍGUEZ y la SOCIEDAD SURTIMOS Y SERVIMOS S.A.S., y la condenó al pago de prestaciones sociales, aportes al Sistema de Seguridad Social y las sanciones moratorias de los artículos 65 del CST y 99 de la Ley 50 de 1990. Declaró probada la prescripción de los derechos causados antes del 14 de agosto de 2016. La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR que en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas entre la demandante MIREYA INÉS CAMACHO RODRÍGUEZ como trabajadora y HENRY BECERRA y la SOCIEDAD SURTIMOS Y SERVIMOS S.A.S. en calidad de empleadores, existió un contrato de trabajo vigente entre el 31 de diciembre del 2014 y el 1º de enero del 2017 con una remuneración equivalente al salario mínimo legal mensual vigente para cada anualidad. SEGUNDO: CONDENAR solidariamente a HENRY BECERRA y a la SOCIEDAD SURTIMOS Y SERVIMOS S.A.S. a pagar a favor de la demandante MIREYA INÉS CAMACHO RODRÍGUEZ las siguientes sumas y por los siguientes conceptos: por concepto de cesantías la suma de \$1.331.889, por concepto de intereses a las cesantías la suma de \$11.981, por concepto de prima de servicios la suma de \$262.375, por concepto de vacaciones la suma de \$665.944 y por indemnización por no consignación de las cesantías en los términos del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 la suma de \$3.344.318 las cuales deberán ser debidamente indexadas al momento de su reconocimiento y pago efectivo a favor de la demandante MIREYA INÉS CAMACHO. TERCERO: CONDENAR solidariamente a HENRY BECERRA y a la SOCIEDAD SURTIMOS Y SERVIMOS S.A.S. a pagar a favor de MIREYA INÉS CAMACHO RODRÍGUEZ la indemnización de que trata el*

artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo que corresponde al pago de un día de salario por cada día de retardo generado a partir de la fecha del día siguiente a la terminación del contrato de trabajo, es decir, el 2 de enero del 2017 en una suma equivalente a \$24.590 por cada día de retardo y hasta la fecha en que se produzca el reconocimiento y pago efectivo de las acreencias laborales adeudadas a la demandante. CUARTO: CONDENAR solidariamente a HENRY BECERRA y a la SOCIEDAD SURTIMOS Y SERVIMOS S.A.S. al reconocimiento y pago de los aportes al sistema de seguridad social y pensiones a nombre de la demandante MIREYA INÉS CAMACHO que deberán ser consignados a la administradora de pensiones a la que se encuentre afiliada, y a entera satisfacción de esta previa elaboración del cálculo actuarial que la AFP realice conforme a lo previsto en el Decreto 1887 de 1994 y por el periodo comprendido entre el 31 de diciembre del 2014 y el 1º de enero del 2017 con base en el IBC equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente para cada anualidad. QUINTO: DECLARAR parcialmente probada la excepción de prescripción y no probadas las demás. SEXTO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda. SÉPTIMO: CONDENAR en COSTAS a los demandados, inclúyase en la liquidación la suma equivalente a quinientos mil pesos en que se estiman las agencias en derecho por cada uno de ellos y a favor de la demandante MIREYA INÉS CAMACHO” (audiencia virtual, HORA: 2 MIN 34:58, archivo No. 9 del expediente digital)

RECURSOS DE APELACIÓN

La apoderada de los demandados aduce en el recurso que son insuficientes las razones que expuso la Juez para declarar el contrato de trabajo, y que los demandados siempre actuaron de buena fe, con la convicción de que se estaba ejecutando un contrato de prestación de servicios, por lo cual no procedía le condena al pago de sanción moratoria, pero en caso de confirmarse, esta se causaría por los primeros 24 meses y a partir del mes

25 intereses de mora (audiencia virtual, HORA: 2 MIN 40:14, archivo No. 9 del expediente digital)¹.

El apoderado de la parte actora desistió del recurso de apelación mediante correo electrónico (ver archivo No. 07 del expediente digital).

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

La controversia se centra en definir (i) si se encuentra acreditado el contrato de trabajo, y (ii) si procede o no la condena al pago de sanción moratoria.

1. Para resolver lo primero son pertinentes los artículos 22 y 23 del CST, que definen al contrato de trabajo como *“aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración”*; disponen como elementos esenciales de este contrato a la actividad personal del trabajador, es decir realizada por sí mismo, a la continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador que implica la posibilidad jurídica de impartir órdenes en cualquier momento en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo e imponer reglamentos, y al salario, contraprestación directa del servicio. Una vez reunidos los tres elementos -dice el artículo 23- *se entiende que existe*

¹ *“Doctora buenas tardes, no estamos conformes con la decisión por lo cual sometemos o interponemos el recurso de apelación contra la sentencia que se acaba de proferir, en el sentido de que para empezar el hecho de que se hubieran generado reuniones con la fuerza de ventas o que se hubiera generado un acceso al sistema vacuo, de hecho el cual ocurrió solo en el último periodo del contrato, no son elementos suficientes para determinar la existencia de una subordinación, en ese orden de ideas, es claro que para mi representado tanto para Henry Becerra como para la Sociedad en su cabeza ellos siempre tuvieron que se trataba de un contrato de prestación de servicios sin que hubiese existido ningún escenario de mala fe de parte de mis representados, por lo cual no estamos de acuerdo con el escenario, uno de que se haya declarado la existencia de un contrato realidad porque no están dados todos los elementos y por ende tampoco estamos conformes con los valores que se han condenado ni mucho menos con la sanción moratoria que se está generando en la condena número tres del artículo 65, habida cuenta que la norma es clara porque cuando procede dicha condena el día de salario va por los primeros 24 meses y para ahí, y ahí para allá comenzaría en ese escenario y bajo el escenario de que se mantuviera la condena en contra y que se mantuviera la presunta mala fe de mi representado, la indemnización por retardo en el pago no podría sostenerse en el tiempo como iría en este momento cuatro años. En ese orden de ideas le ruego a su despacho acceder al recurso de apelación”.*

contrato de trabajo y no deja de serlo por el nombre que se le dé ni por otras condiciones o modalidades que se le agreguen.

De las normas referidas y del artículo 24 del mismo código, la doctrina y la jurisprudencia entienden la existencia de una *presunción legal*. Por virtud de ella, toda relación en la que se involucre la prestación de un servicio personal está regida por contrato de trabajo. Esto trae una ventaja procesal para quien reclama la existencia de contrato de trabajo, pues el artículo 167 del CGP excluye de la carga de prueba a quien alega hechos presumidos por el legislador.

En materia laboral, probada la prestación de un servicio personal se entiende que se ejecutó bajo contrato de trabajo, es decir, se presume que se prestó de manera subordinada, y corresponderá al demandado desvirtuar este elemento para lo cual tiene la carga de aportar pruebas pertinentes y suficientes de las cuales se pueda concluir que la actividad del demandante se desarrolló con *autonomía técnica y directiva*.

Con estas reglas procesales y una vez revisado el expediente, el Tribunal encuentra prueba clara de una relación de servicios personales desarrollada por MIREYA INES CAMACHO RODRÍGUEZ en favor de HENRY BECERRA ROBAYO y la sociedad SURTIMOS Y SERVIMOS SAS, como *vendedora tienda a tienda*, en el periodo comprendido entre el 31 de diciembre de 2014 hasta el 1º de enero de 2017.

Probada la prestación de dichos servicios opera la presunción de *subordinación* que los demandados no lograron desvirtuar.

Sobre los servicios personales obra la declaración rendida por el mismo demandado como persona natural y Representante Legal de la sociedad demandada HENRY BECERRA (Audio 1 – Minuto 36:11), quien afirmó: “*si la conozco, ella estuvo trabajando conmigo como persona y luego con la empresa en los años 2014 hasta el 2017*”; además aceptó que ella prestó

servicios como vendedora tienda a tienda, narró que al vincularla no sólo a ella sino a otros trabajadores, les hacía entrevista de trabajo y bajo un pacto verbal se definían las condiciones del contrato de prestación de servicios y la retribución que se obtenía de \$160.000 como básico para cubrir la seguridad social y el 5% sobre las ventas, también admitió que para desempeñar sus funciones entregó a la demandante un catálogo clientes de la zona que le era asignada y que dichos clientes los suministraba la empresa.

La manifestación anterior se corrobora con las declaraciones de ELIZABETH OVANDO (audio 2 minuto 7:34) y VICKY ANGELICA TRIANA (audio 2 minuto 17:45), la primer testigo trabajó para la misma empresa durante 6 años, afirmó que la actora desempeñaba el cargo de vendedora tienda a tienda en la zona de Fontibón, que HENRY les daban un auxilio de \$160.000 para pagar salud y pensión y que ellas mismas se hacían su sueldo, según la venta, pues del valor de las ventas sacaban el 5% y esa era la remuneración quincenal, pero que en muchas ocasiones no alcanzaban a generar un salario mínimo; afirmó que quien imponía las cuotas era HENRY BECERRA y el que verificaba el cumplimiento de esas cuotas era ALVARO SAENZ, quien a su vez hacia las veces de supervisor pues vigilaba las rutas y las acompañaba en ocasiones en su recorrido para verificar el trabajo, aseveró que debían cumplir todos los días un horario de 8:00 a.m. hasta las 5:00 p.m., pero que de todos modos les tenían GPS en el celular y semanalmente se hacía una reunión después de la jornada en las oficinas de la empresa. La segunda testigo trabajó en la empresa -dice- aproximadamente hace 6 años y confirma las versiones del primer testigo indicando que en muchas ocasiones a pesar de las labores en servicio de la empresa no alcanzaban a hacer un salario mínimo.

No se aportaron pruebas que desvirtuaran la subordinación laboral de la demandante acreditando que ella tuviese autonomía técnica y directiva, no sirven al efecto las declaraciones de ROSA CONSUELO FERNANDEZ extrabajadora (audio 3 minuto 8:30) y ALVARO SAENZ -Accionista de SURTIMOS Y SEVIMOS SAS- (audio 3 minuto 37:03), pues a pesar de

haber negado insistentemente la existencia de un horario, nada se obtiene sobre libertad y autonomía para las actividades de venta o de promoción; por el contrario, en las declaraciones se revela que la demandante debía realizar informes diarios a través de Excel o un programa “Abaco” el cual requería un usuario y contraseña que suministraba el señor HENRY BECERRA”, y éste confesó que los clientes que atendía la demandante eran clientes de su empresa y se demostró que las zonas de trabajo le eran asignadas por su la empresa, lo que descarta *autonomía* técnica y directiva.

2. SANCIÓN MORATORIA. Para resolver sobre sanción moratoria, el artículo 65 del CST impone el pago de un día de salario por cada día de retardo en el pago completo de los salarios y prestaciones causados en favor de sus trabajadores, y si bien dicha sanción no opera de forma automática e inexorable pues la demora u omisión del empleador puede estar revestida de buena fe, dicha situación solo se puede derivar del entendimiento plausible, es decir, con razones válidas en el empleador de no estar obligado al pago, o de situaciones sobrevinientes que hagan imposible hacerlo.

Como ninguna de estas circunstancias se demostró en el expediente, se confirmará también la responsabilidad de los demandados en el pago de sanción moratoria.

No sirve para el efecto la aceptación de vincularse mediante contrato de prestación de servicios autónomos en la demandante, pues en materia laboral prima la realidad sobre las formas y al trabajador le está vedado, por mandato constitucional, renunciar a los derechos que puedan surgir del contrato de trabajo *realidad*.

Sobre el monto de la indemnización moratoria, se debe precisar que el artículo 65 del CST impone por esta sanción, el pago de una suma igual al último salario diario por cada día de retardo durante los primeros 24 meses contados desde la terminación del contrato, salvo para los trabajadores que devenguen salario mínimo, para quienes dicho pago corre de forma continua.

Como en el proceso se demostró el derecho al pago de salario mínimo legal en la demandante, procedía la condena de sanción moratoria en la forma en que la definió la sentencia de primera instancia que será confirmada.

Por 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,

RESUELVE

1. **CONFIRMAR** la sentencia apelada.
2. **COSTAS** en la apelación a cargo de HENRY BECERRA ROBAYO Y LA SOCIEDAD SURTIMOS Y SERVIMOS S.A.S.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado


LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

INCLÚYASE en la liquidación de costas la suma de DOSCIENTOS MIL PESOS MCTE (\$200.000), como agencias en derecho de segunda instancia.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

**PROCESO ORDINARIO DE JOSE ANTONIO PÉREZ DÍAZ CONTRA LA
ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**

Bogotá D. C., veintiséis (26) días de febrero de dos mil veintiuno (2021)

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito según lo dispone el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá se reúne para resolver el recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES y estudiar en el grado jurisdiccional de consulta a favor de la misma entidad, la sentencia dictada el 1 de octubre de 2020 por la Juez Treinta y nueve (39) Laboral del Circuito de Bogotá. En dicha sentencia se CONDENÓ a COLPENSIONES de pagar a favor del demandante pensión de vejez con fundamento en el régimen pensional del Acuerdo 049 de 1990.

Téngase al doctor Santiago Bernal Palacios, con T.P. 269.922 del Consejo Superior de la Judicatura como apoderado sustituto de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, conforme el poder que le fue conferido.

ANTECEDENTES

JOSE ANTONIO PÉREZ DÍAZ en nombre propio presentó demanda contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, para que mediante los trámites de un proceso ordinario laboral se reconozca a su favor pensión de vejez bajo las reglas que cobijan el régimen de transición, teniendo en cuenta que cumple los requisitos para acceder al

derecho pensional desde el año 2012, y la pensión que reclama ha sido negada dadas las inconsistencias que se presentan en el reporte de semanas. Solicita que por amparo de pobreza se le nombre un abogado de oficio que lo represente pues no cuenta con los ingresos que le permitan sufragar los gastos del proceso y pretende el reconocimiento de la pensión a partir del mes de marzo de 2014, teniendo en cuenta el 90% del IBL, y el pago indexado de los valores que no se le han cancelado a la fecha (ver páginas 1 a 8, archivo 01 del expediente digital).

El 11 de febrero de 2019 se posesionó el doctor JOSÉ ABSALÓN RODRÍGUEZ QUIROGA como abogado de oficio para representar los intereses del demandante (ver página 79, archivo 01 del expediente digital). El apoderado subsanó la demanda que presentó el actor, y adujo que para la fecha en que cobró vigencia el Acto Legislativo 01 de 2005 éste contaba con 755,16 semanas cotizadas, por lo que le era aplicable el régimen de transición hasta el 31 de diciembre de 2014 fecha en la cual cumplió los requisitos para acceder al derecho pensional (páginas 86 a 95, archivo 01 del expediente digital).

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES mediante apoderada, contestó la demanda. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones con fundamento en que el demandante no conservó el beneficio el régimen de transición, pues solo contaba con 732 semanas cotizadas para la fecha de vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005 y no cumplió los requisitos para acceder al derecho pensional bajo los parámetros del Acuerdo 049 de 1990 con anterioridad al año 2010. Propuso como excepciones de mérito las siguientes: *inexistencia del derecho reclamado, buena fe de COLPENSIONES, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, no configuración del derecho al pago del I.P.C., ni de indexación o reajuste alguno, carencia de causa para demandar, prescripción, compensación, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, y la innominada o*

genérica (ver contestación en las páginas 104 a 113, archivo 01, y subsanación en el archivo 03 del expediente digital).

Terminó la primera instancia con sentencia del 1° de octubre de 2020, a través de la cual la Juez Treinta y nueve (39) Laboral del Circuito de Bogotá CONDENÓ a COLPENSIONES a pagar a favor del demandante pensión de vejez con fundamento en el régimen pensional del Acuerdo 049 de 1990. La parte resolutive tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR que el señor JOSÉ ANTONIO PÉREZ DÍAZ es beneficiario de una pensión de vejez vitalicia, reconocida a la luz de lo expuesto en el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el artículo 71 del Decreto 758 del mismo año, la cual deberá ser pagada por COLPENSIONES. SEGUNDO: CONDENAR a COLPENSIONES a pagar al señor JOSÉ ANTONIO PÉREZ DÍAZ de forma vitalicia, las mesadas correspondientes a la pensión de vejez a partir del 28 de julio de 2015 en cuantía de un salario mínimo legal mensual vigente, junto con la mesada adicional de diciembre de cada anualidad, prestación a la que se deberá aplicar los respectivos ajustes anuales, conforme a lo dicho en la parte considerativa. TERCERO: CONDENAR a COLPENSIONES a pagar a JOSÉ ANTONIO PÉREZ DÍAZ, el retroactivo de las mesadas pensionales causado desde el 28 de julio de 2015 y hasta la fecha en que se incluya en nómina del presente reconocimiento pensional que equivale a \$51.305.652, el cual indexado hasta el 30 de septiembre de 2020, asciende a la suma de \$65.802.084,70. CUARTO: DECLARAR PROBADA la excepción de compensación, ordenándose a COLPENSIONES efectuar el descuento de la suma de dinero reconocida al demandante por concepto de indemnización sustitutiva de la pensión de vejez. QUINTO: DECLARAR NO PROBADAS las demás excepciones propuestas por la demandada. SEXTO: CONDENAR en COSTAS a la parte demandada. Inclúyanse en la respectiva liquidación la suma de \$1.900.000 como agencias en derecho. SÉPTIMO: CONSÚLTESE la presente decisión con el Superior, por resultar adversa a COLPENSIONES”* (audiencia virtual, archivo 08 expediente digital, minuto 43:20).

Para tomar su decisión, la Juez de primera instancia concluyó que el demandante conservó el régimen de transición hasta el 31 de diciembre de 2014, pues completó 753,29 semanas para la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005 teniendo en cuenta para ese efecto las semanas reportadas en la historia laboral emitida por COLPENSIONES y los periodos en los que se presenta mora a cargo de los empleadores EXPRESO BOLIVARIANO SA y AUTO FUSA. Concluyó que el demandante cumplió los requisitos para acceder al derecho pensional bajo los parámetros del Acuerdo 049 de 1990, y que la prestación es exigible desde el 28 de julio de 2015 y se debe pagar en 1 SMLMV sobre 13 mesadas anuales; liquidó el retroactivo pensional adeudado debidamente indexado en la suma de \$65.802.084 a 30 de septiembre de 2020, y autorizó la compensación del valor que fue pagado al demandante por concepto de indemnización sustitutiva de la pensión de vejez.

RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de COLPENSIONES solicita que se revoque en su totalidad la sentencia de primera instancia, y de forma subsidiaria, se revisen las liquidaciones efectuadas por el *a-quo*. Afirma que el demandante solo contaba con 730 semanas cotizadas para el 25 de julio de 2005, por lo que no se puede entender que conservó el régimen de transición hasta el 31 de diciembre de 2014, y de todas formas, tampoco cumpliría el requisito de semanas que exige el Decreto 758 de 1990 para acceder al derecho pensional que reclama, ni cumple con los requisitos establecidos en la Ley 797 de 2003 para causar la pensión de vejez. Afirma que no se tuvo en cuenta que la entidad pagó una suma de dinero al actor por concepto de indemnización sustitutiva de la pensión de vejez (audiencia virtual, archivo 08 expediente digital, minuto 45:10)¹.

¹ *“Muchas gracias su señoría. Siendo la oportunidad pertinente presento frente al despacho y contra la decisión emitida por el mismo, recurso de apelación con el fin de que sea conocido por el Honorable Tribunal Superior de Bogotá – Sala Labora, rogándole a los Honorables Magistrados revocar la decisión emitida por el a-quo, y en su lugar se absuelva a mi*

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Una vez revisado el expediente, el Tribunal confirmará la decisión apelada, pues las pruebas allegadas al proceso demuestran el derecho pensional de JOSE ANTONIO PÉREZ DÍAZ, bajo el régimen contenido en el Acuerdo 049 de 1990.

representada de todas y cada una de las condenas impuestas. Esto teniendo en cuenta que mi representada ha obrado conforme a los supuestos fácticos y jurídicos aplicables al caso en controversia, como quiera que el demandante no cuenta con el número de semanas exigido por la normatividad laboral, puesto que a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1994, conforme lo dispuso el artículo 36, debía contar el demandante con la edad de 40 años o con 15 semanas de servicio, para ser beneficiario del régimen de transición. Si bien es cierto, el demandante contaba con 40 años al momento en que entró en vigencia el Acto Legislativo 01 de 2005, para poder conservar dicho régimen de transición, el demandante debía contar con al menos 750 semanas al 25 de julio de 2005, sin embargo, conforme se evidencia dentro del expediente administrativo y la historia laboral, el demandante no contaba con este número mínimo de semanas, ya que solo contaba con 730 semanas, y por ende, resulta improcedente conservar el régimen de transición hasta el año 2014, toda vez que pues debía cumplir con el número mínimo de semanas y como quiera que no se evidencian los aportes cotizados o realizados por parte del empleador EXPRESO BOLIVARIANO y AUTO FUSA dentro de los periodos que se aducen, no se incluyeron dentro de la historia laboral, tampoco se evidencia que efectivamente se hayan realizado dichos aportes, toda vez que conforme lo dispuso el artículo 17 de la Ley 100 de 1993, es obligación de los empleadores realizar los aportes al Sistema General de Pensiones. Por tanto, como quiera que el demandante no conservó el régimen de transición, la norma aplicable para el estudio del reconocimiento pensional es la Ley 797 de 2003, conforme lo dispuso el artículo 9° en el cual se dispone que deberá contar con 1300 semanas y con la edad de 62 años. Sin embargo, y en gracia de discusión, si se estudiara el reconocimiento pensional conforme el Decreto 758 de 1990, artículo 12, el demandante tampoco cuenta con el número mínimo de semanas exigidas de las 500 semanas dentro de los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad mínima para la pensión, toda vez que no cuenta con este número mínimo de semanas. Por tanto, si se estudia el reconocimiento pensional con base en la Ley 797 de 2003, tenemos que el demandante solamente cuenta con 1065 semanas, y por tanto no cuenta tampoco con las 1300 semanas que exige la normatividad para el reconocimiento pensional. Aunado a esto, conforme se evidenció dentro de la sentencia, no se tuvo en cuenta que mi representada efectuó el pago de la indemnización sustitutiva del demandante conforme se evidenció en la resolución SUB 1421 de 5 de junio de 2019, y por tanto debe tenerse en cuenta que al demandante ya se le efectuó dicho pago y que el mismo no se encontraría en este momento con los dineros correspondientes a los aportes realizados para efectuar el reconocimiento y pago de la pensión ordenada por el despacho. Por tanto, resulta improcedente acceder a los pedimentos de reconocimiento pensional y las mesadas consecuentes, o de retroactivo ordenado por el a-quo, y su debida indexación ya que los dineros fueron pagados y no devueltos al demandante y tampoco se tuvo en cuenta como compensación de dicho pago. Por tanto ruego a los H. Magistrados se estudie en su totalidad las liquidaciones efectuadas por el despacho, toda vez que mi representada ha obrado conforme a derecho, y no se ha tenido en cuenta el obrar de la misma y su buena fe al efectuar el reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva solicitada por el demandante, y que resultaría improcedente acceder el día de hoy al reconocimiento pensional y pago de la pensión solicitada conforme lo ordenó el a-quo. Por tanto, ruego a los H. Magistrados se revoque en su totalidad las condenas impuestas y se absuelva a mi representada de todas y cada una de ellas”.

Para llegar a esta conclusión se advierte que conservó el régimen de transición de la Ley 100 de 1993 hasta el 31 de diciembre 2014², dado que tenía 40 años de edad para el 1° de abril de 1994 (fecha de entrada en vigencia del régimen de pensiones que creó la Ley 100)³, y contrario a lo que se afirma en el recurso, sumaba más de 750 semanas a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005 (acreditó **776.64** semanas para el 25 de julio de 2005).

Para el cómputo de éstas semanas la Sala tuvo en cuenta: **(i) 738,07** semanas reportadas para el 25 de julio de 2005 en la historia laboral actualizada a 5 de febrero de 2020 aportada por la entidad demandada con el expediente administrativo (carpeta No 04, trámite de primera instancia, expediente digital); **(ii) 20.14** semanas a cargo del empleador PEDRO JOSE PARADA RUIZ que corresponden a los periodos de cotización comprendidos entre el 11 de noviembre de 1992 y el 31 de marzo de 1993, los cuales se encuentran reportados en las historias laborales tradicional y actualizada de la entidad con las observaciones “*debido cobrar*” y “*periodo en mora por parte del empleador*” (ambos historias laborales se encuentran en el expediente administrativo aportado por la entidad); **(iii) 15.86** semanas a cargo del empleador EXPRESO BOLIVARIANO SA que corresponden a los periodos de cotización de septiembre, octubre y noviembre de 1998 y junio de 1999, que no se encuentran reportados o se encuentran reportados de forma incompleta en el resumen de semanas de la historia laboral (ídem); y, **(iv) 2.57** semanas a cargo del empleador AUTO FUSA que corresponde al ciclo completo de noviembre

² Parágrafo transitorio 4° del Acto Legislativo 01 de 2005: “*El régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen, no podrá extenderse más allá del 31 de julio de 2010; excepto para los trabajadores que estando en dicho régimen, además, tengan cotizadas al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigencia del presente Acto Legislativo, a los cuales se les mantendrá dicho régimen hasta el año 2014*”.

³ El demandante tenía 40 años, según se observa en el registro civil de nacimiento nació el 1° de marzo de 1954 (ver cédula de ciudadanía obrante en el expediente administrativo que aportó la entidad – carpeta 04, trámite de primera instancia del expediente digital).

de 2003 pues, pese a que se reportó la cotización por 30 días, solo se sumaron 12 días de aportes (ídem).

Para el computo de las cotizaciones no pagadas por el empleador se sigue el criterio expresado reiteradamente por la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, según el cual, la mora del empleador en el pago de los aportes no se le puede oponer al afiliado para excluir sus derechos pensionales⁴, así como tampoco se le pueden oponer sus errores a la hora de efectuar el pago del aporte. Cabe advertir respecto del empleador EXPRESO BOLIVARIANO SA que la afiliación del trabajador se realizó en el mes de enero de 1995, dicha empresa efectuó cotizaciones de manera ininterrumpida hasta el mes de junio de 1999, momento en la cual se reportó la novedad de retiro “R”, y que en el detalle de la historia laboral los ciclos antes referidos (septiembre, octubre y noviembre de 1998 y junio de 1999) aparecen con la observación “*deuda presunta, pago aplicado a periodos posteriores*” o aparecen cotizados de forma incompleta.

En este orden de ideas y dado que el demandante conservó el régimen de transición bien podía causar la pensión al amparo del Acuerdo 049 de 1990 que asigna el derecho a los hombres que llegan a la edad de 60 años si han efectuado quinientas (500) semanas de cotización al Sistema durante los veinte (20) años anteriores al cumplimiento de dicha edad, o 1.000 semanas en cualquier tiempo.

Estos requisitos se demuestran cumplidos con los documentos referidos y con la copia de la cédula de ciudadanía que obra en el expediente administrativo, de la cual se deduce que JOSE ANTONIO PÉREZ DÍAZ cumplió 60 años el 1° de marzo de 2014. Con el mismo análisis que se hizo a la historia laboral

⁴ Sentencia del 5 de junio de 2012 rad 41958 Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras.

aportada por COLPENSIONES, se obtienen **1026,24** semanas de cotización para esta fecha.

En conclusión, el demandante causó el derecho pensional el 1° de marzo de 2014 cuando cumplió ambos requisitos (edad y tiempo), y la prestación podía ser exigida desde la fecha en que se desafilió del Sistema, pues el cumplimiento de los requisitos legales de edad y tiempo de servicios no siempre habilitan el pago de la primera mesada pensional. Nuestro ordenamiento jurídico exige para este efecto el retiro del sistema, pues solo cuando ello ocurre se podrá entender que el afiliado ha renunciado al derecho que le otorgan las normas legales a incrementar el valor de su pensión con cotizaciones adicionales a las mínimas legales (artículo 35 del acuerdo 049 de 1990). Esta voluntad de retiro se puede manifestar de forma expresa cuando se realizan los trámites administrativos de retiro, o tácita cuando el afiliado que ha cumplido los requisitos legales para acceder a la pensión deja de efectuar aportes al Sistema, o cuando eleva la reclamación de su pensión con los requisitos cumplidos, pues en ambas situaciones habrá renunciado al derecho que le otorgan las normas de incrementar el valor de sus mesadas.

Bajo esta premisa, y dado que la primera solicitud con requisitos cumplidos fue elevada 3 de junio de 2015 (ver reclamación aportada con el expediente administrativo y reportada en los antecedentes de la GNR 224344 de 27 de julio del 2015)⁵, la prestación era exigible desde ese momento. No obstante, se confirmará la decisión de primera instancia que dispuso el pago de la prestación a partir de una fecha posterior (el 28 de julio de 2015) pues se está conociendo esta materia en apelación y consulta a favor de COLPENSIONES.

⁵ La última cotización del actor al Sistema es posterior al 3 de junio de 2015, pues efectuó cotizaciones hasta el 31 de marzo de 2017.

Cabe advertir que sobre ninguna de las mesadas adeudas operó el término prescripción, si se tiene en cuenta que la demanda fue interpuesta por el actor el 27 de septiembre de 2016 (ver página 43, archivo 01 del expediente digital).

También se confirmará la sentencia de primera instancia en cuanto dispuso el pago de la prestación sobre el 1 SMLMV, pues la mayoría de las cotizaciones fueron efectuadas sobre esta base (folio 43); y en 13 mesadas anuales por mandato del inciso 8 del artículo 1 del Acto Legislativo 01 de 2005, dado que la prestación se causó después del 31 de julio de 2011.

No obstante, se revocará la decisión de primera instancia en cuanto definió un valor concreto por concepto de retroactivo pensional adeudado a 30 de septiembre de 2020 en la suma de \$65.802.084, pues tratándose de prestaciones periódicas el saldo final se obtiene cuando la entidad hace la inclusión en nómina. Se ordenará la indexación de las mesadas adeudadas como lo indicó la juez de primera instancia, pero advirtiendo que para el efecto se deberá aplicar la fórmula según la cual, el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es lo dejado de percibir por el demandante mes a mes, por la suma que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente a la fecha en que se incluya la condena en nómina de pensionados), por el índice inicial vigente para la fecha en que debió hacerse cada pago.

Finalmente, se confirmará la sentencia dictada en primera instancia en cuanto autorizó a COLPENSIONES descontar del retroactivo pensional causado la suma de dinero que pagó por concepto de indemnización sustitutiva de la pensión de vejez a través de la Resolución SUB 142159 de 5 de junio de 2019 (en la suma de \$18.466.958 – ver resolución en el expediente administrativo, archivo No 04), suma que igualmente deberá ser debidamente indexada.

SIN COSTAS en la apelación.

Por lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D. C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

1. **REVOCAR** el numeral TERCERO de la sentencia apelada en cuanto definió un valor concepto por concepto de retroactivo pensional indexado. En su lugar, se ordenará a COLPENSIONES que pague debidamente indexadas las mesadas pensionales causadas desde el 28 de julio de 2015, conforme lo expuesto en la parte motiva.
2. **CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia en todo lo demás, conforme lo expuesto en la parte motiva de la sentencia.
3. **SIN COSTAS** en la apelación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Así se firma por los magistrados que integran la Sala Sexta de decisión laboral,



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado



LORENZO TORRES RUSSY

Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE

Magistrada

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO.

**PROCESO ORDINARIO DE LUISA MARÍA GARCÍA ZAPATA CONTRA
SEGIN ASESORIA & CONSULTORIA FORENSE JURÍDICA Y
CRIMINALISTICA S.A.S.**

Bogotá D. C., Veintiséis (26) de febrero de dos mil veintiuno (2021)

Surtido el traslado a las partes para que presentaran alegatos de conclusión por escrito de conformidad con lo establecido en el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá se reúne en la fecha programada para resolver el recurso de apelación presentado por la sociedad demandada contra la sentencia dictada por la Juez Treinta y nueve (39) Laboral del Circuito de Bogotá el 11 de septiembre de 2020 que ordenó el pago de indemnización por despido injusto, y de sanción moratoria por no consignación de cesantías y por demora en el pago de prestaciones sociales.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, LUISA MARÍA GARCÍA ZAPATA presentó demanda contra SEGIN ASESORIA & CONSULTORIA FORENSE JURÍDICA Y CRIMINALISTICA SAS, para que mediante los trámites de un proceso ordinario laboral se declare la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido que se ejecutó entre el 24 de agosto de 2017 y el 20 de septiembre de 2018 y terminó por causas imputables al empleador. Pide que se condene al pago completo de cesantías, prima de servicios, vacaciones, indemnización por despido injusto, y sanción moratoria. Como fundamento de lo pedido afirma que trabajó para la demandada hasta el 20 de septiembre

de 2018 cuando renunció con justa causa por acoso laboral, desmejora de las condiciones de trabajo y por falta de pago completo de la prima de junio del año 2018. Devengaba \$1.200.000 mensuales como salario, pero las prestaciones sociales se liquidaban sobre el salario mínimo legal (folios 2 a 9 y subsanación 59 a 61).

Notificada la demanda y corrido el traslado legal, fue contestada por la sociedad SEGIN ASESORIA & CONSULTORIA FORENSE JURIDICA Y CRIMINALISTICA S.A.S. mediante apoderado quien aceptó algunos hechos y se opuso a las pretensiones afirmando que desde el inicio de la relación laboral se pactaron las condiciones de remuneración con base en el salario mínimo mensual vigente y una bonificación por productividad, no constitutiva de salario. Afirma que no hubo acoso laboral pues los llamados de atención son propios de la relación laboral, y que cumplió a cabalidad con las obligaciones laborales. Resalta que por un error involuntario de la empresa no se realizaron las deducciones por concepto de aportes a salud y pensión durante los meses de septiembre a diciembre de 2017 y de enero a septiembre de 2018, generando un enriquecimiento sin justa causa a favor de la demandante, y que la liquidación de las prestaciones sociales fue consignada a través de título judicial, de lo cual se notificó a la demandante por correo electrónico. Propuso como excepciones *pago total de la obligación*. (folios 79 a 95).

Terminó la primera instancia con sentencia dictada por la Juez Treinta y nueve (39) Laboral del Circuito de Bogotá el 11 de septiembre de 2020, cuya parte resolutive tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR que entre la señora LUISA MARÍA GARCÍA ZAPATA y la empresa SEGIN ASESORÍA Y CONSULTORÍA FORENSE JURÍDICA Y CRIMINALÍSTICA S.A.S existió un contrato de trabajo a término indefinido desde el 24 de agosto de 2017 al 20 de septiembre de 2018. SEGUNDO: condenar a la demandada SEGIN ASESORÍA Y CONSULTORÍA FORENSE JURÍDICA Y CRIMINALÍSTICA SAS al reconocimiento y pago a favor de la demandante LUISA MARÍA GARCÍA ZAPATA a pagar las siguientes sumas de dinero: 1.*

Sanción moratoria por no consignación de cesantías, la suma de \$21.151.368 y como sanción moratoria por la suma de \$42.073 (un día de salario) por cada día de retardo, a partir del 20 de septiembre de 2018 y hasta el 8 de julio de 2019, momento en que se hizo efectivo el depósito judicial, y asciende a la suma de \$12.159.097. TERCERO: DECLARAR que el contrato de trabajo suscrito a término indefinido entre las partes, término por causa imputable al empleador tras probarse el despido indirecto, en consecuencia, se ordena pagar a favor de la demandante, la suma de \$1.321.977.85. CUARTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por la parte demandada. QUINTO: CONDENAR en COSTAS a SEGIN ASESORÍA Y CONSULTORÍA FORENSE JURÍDICA Y CRIMINALÍSTICA S.A.S. a favor del demandante en la suma de \$1.300.000” Expediente digital). Para tomar la decisión la Juez no encontró probado pacto de exclusión sobre el auxilio extralegal devengado por la demandante durante la relación de trabajo, y con base en ello concluyó incompleta la consignación de cesantías, y mala fe del empleador. Condenó además por mora en el pago de las prestaciones sociales hasta la fecha en que la demandante conoció la contestación a la demanda, momento en que se enteró de la existencia del título judicial, y dispuso al pago de indemnización por despido indirecto dado el pago incompleto de la prima del segundo semestre del año 2017.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión la parte demandada aduce que la bonificación entregada no era salario. Pide no ser condenada al pago de sanción por cesantías pues cumplió con la obligación de consignar las cesantías antes del 15 de febrero con buena fe, y frente a la demora en el pago de las prestaciones sociales al terminar el contrato afirma que la demandante fue informada a través de correo electrónico del depósito judicial efectuado para hacer el pago. Aduce que no existieron causas justas para la renuncia

motivada y por ello cual se debe absolver de la indemnización por despido injusto¹.

¹ “interponemos recurso de apelación, su señoría. A folio 180 del expediente obra correo del 23 de enero en el cual se le informó a la señora LUISA MARÍA GARCÍA que se había realizado la liquidación y se le había liquidado el depósito judicial, en el expediente obra en el expediente la liquidación e inclusive obra a folio 180 a 189 toda la información referente a ese pago, por tal circunstancia no habría lugar a la condena por la sanción contemplada en el artículo 65. Téngase en cuenta su señoría que a la señora se le realizó, si bien la norma establece que en la terminación del contrato, el empleador debe pagar las acreencias laborales, la misma jurisprudencia ha establecido, que entre esa fecha de terminación del contrato y la fecha de pago de las acreencias laborales, debe existir un plazo razonable, en el entendido que muchas veces el empleador no tiene la liquidez para sufragar dicha obligación, en ese entendido la jurisprudencia ha establecido un plazo razonable y lo ha extendido hasta por treinta días. Entonces su señoría a la señora si se le notificó el pago de la liquidación. Segundo su señoría, las cesantías, la señora LUISA fue afiliada al fondo de cesantías, desde el inicio de su contrato, la norma establece, si no se afilia y a ella se le canceló, se le consignó al fondo de cesantías, periodo comprendido laborado entre el 24 de agosto de 2017 hasta el 31 de diciembre del mismo año, se le consignó a ella el valor de las cesantías correspondientes a ese periodo y la norma establece que se debe consignar a más tardar 15 de febrero del año siguiente y a ella se le consignaron el día 14 se le consignaron y ella si bien ella manifiesta no se le había cancelado, porque es que ella pretende, la cesantías tiene una destinación específica, y lo que ella pretendió que la empresa le autorizara si ninguna justificación el pago de esas cesantías. Respecto del despido indirecto, téngase en cuenta que la ley 1010 de 2006 en su artículo 7 la norma establece cuando se configura el despido indirecto, tiene que su señoría entenderse, de acuerdo a lo manifestado y a lo visto en el plenario a folio 27, tenemos que la señora LUISA inició una querrela administrativa ante el ministerio de trabajo, con radicado 570 del 10 de enero de 2018, dicha diligencias terminaron siendo archivadas porque el despacho no encontró méritos para iniciar una investigación e imponer las acciones a que hubiera lugar. Obsérvese que adicionalmente a folio 28, a folio 30 obra radica 25133 del 25 de julio de 2018 por parte de su apoderado indicando que la señora demandante seguía siendo objeto de acoso por parte del empleador, y nos preguntamos, ¿cómo podría ser objeto de dichas circunstancias si la señora estaba en periodo de incapacidad desde el 1 de febrero de 2018 hasta el 20 de septiembre y que un día antes de ella vincularse laboralmente decide dar por terminado el contrato, entonces como podría configurarse, el despido indirecto si el empleador siempre estuvo cancelando las obligaciones, es más, le estuvo cancelando por encima del valor, en el expediente obra de folio 123 a 138, ahí están determinados su señoría, el tiempo de incapacidad en el que estuvo incapacitada la demandante, el día primero, la primera audiencia dentro de este proceso, teniendo en cuenta que algunos recibos no estaban muy legibles, los envió al correo para que fueran revisados y están todas las incapacidades, no como una prueba sino para corroborar las fechas que la señora tuvo, en ese sentido el fallo es totalmente fuera de la realidad procesal, primero está probado que la señora LUISA confesó cuál era su salario pero usted lo dice con desanimo ella acepta que esa era el promedio salarial que ella devengaba, ella devengaba un salario mínimo y se estableció una prima de productividad, y como los testigos y el mismo representante legal de la empresa se otorgaba por el cumplimiento de metas, cuando se entregaban temprano los trabajos, cuando se desarrollaban varios procesos en el mes, por eso para el año 2017 se observa que siempre se le reconoció el 100% de la bonificación, estuvo cumpliendo con su labor, estuvo cumpliendo con las metas y los productos a tiempo, pero ya para el año 2018,

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

No fue objeto de controversia que entre las partes se ejecutó un contrato de trabajo entre el 24 de agosto de 2017 y el 20 de septiembre de 2018.

estando todo el tiempo incapacitada, ya no le genera esa bonificación, no se causa, no genera, no cumple para hacer merecedora de esa bonificación y con base en ello se hace la liquidación final. Si pueden haber cómo se expresa en el fallo, que encontró unos valores en las planillas que se pagaron diferentes que pudo suceder, por errores de la empresa, los cuales la señora aprovechó en su propio beneficio y que terminó perjudicando al empleador, por lo que considero que el promedio salarial de la señora LUISA, se debe determinar primero, no como su despacho lo está liquidando sino con base en el salario mínimo devengado o en su defecto, sino no como el despacho lo está liquidando, o en su defecto para el año 2017 el promedio salario básico más bono de productividad y para el año 2018 solo con el salario mínimo, por eso era lo que devengaba tal y como lo confesó, en ese orden de ideas de modificarse ese punto, cambia sustancialmente el fallo, en el entendido de hacer nueva liquidación, donde no hay lugar al pago de la sanción contemplada en el numeral tercero del artículo 99 de la ley 50 del 90, toda vez que a la señora, primero la norma establece afiliarse, segundo, se le canceló el salario se le consignó al fondo de cesantías el día 14 de abril, con el promedio de la laborado o fracción, con base en eso se le consignó, tercero, no hay lugar a a la sanción moratoria, el promedio de lo devengado por la señora, como ya se expresó ella confesó que ese era el salario, entonces, le está dando otra interpretación, la señora misma lo está aceptando, dice si ese era el salario que recibía, ese era el salario que a mí me pagaban y usted estuvo conforme a eso, si me tocaba, pero ella nunca, fíjese que en ese periodo presentó objeción sobre esos pagos, solo hasta 2018, cuando va entrar en periodo de incapacidad, es que se empieza a quejar, y como su señoría puede darse cuenta, existe mala fe por parte de la señora LUISA, sabía que se le pagaba de más, por concepto de subsidio de transporte y bonificación en periodo de incapacidad, entonces para terminar señora juez que se valore la mala fe de la parte demandante, señora LUISA, la cual mediante la testimonial practicadas aquí, se comprobó que siendo empleada de la empresa en calidad de abogada esta ofreció sus servicios a todos empleados de la empresa el señor CORREDOR, EDWIN, TATIANA, los llamaba constantemente, con el ánimo de emprender sendas demandas contra su empleador, siendo eso contrario a derecho y a la ética profesional. Entonces en ese sentido, queda sustentado el recurso de apelación en los cuatro puntos, sobre el promedio salarial de la señora LUISA MARIA GARCIA, dos, no hay lugar a la sanción del artículo 99, tres, no hay lugar a la sanción del artículo 65 y cuarto, no puede configurarse despido indirecto, por las razones ya expresadas, y más si se tiene en cuenta el periodo de incapacidad de la señora desde el 1 de febrero al 20 de septiembre y un día antes de entrar a sus actividades laborales, llega la comunicación a la empresa, en el plenario obra, que si se le comunicó que se le había consignado el depósito judicial y se había realizado la consignación, por lo que la empresa debe absolverse de todas las condenas impuestas y reconocerle al empleador los valores pagados de más por la señora Luisa.

En consonancia con las materias que fueron objeto de recurso (artículo 66A del CPT), el Tribunal debe definir si el auxilio extralegal recibido durante la vigencia de la relación laboral formaba parte del salario o no, y si proceden las condenas al pago de la indemnización por despido injusto, y por la sanción moratoria que regulan los artículos 99 de la ley 50 de 1990 y 65 del CST.

SALARIO CAUSADO. Para resolver lo primero se debe precisar que si bien el artículo 128 del CST modificado por el artículo 15 de la Ley 50 de 1990 autoriza la exclusión de algunos pagos que recibe el trabajador de la base de liquidación de sus prestaciones sociales, ello solo es jurídicamente viable cuando existe una *duda razonable* sobre su naturaleza salarial, pues el pacto que excluya de la base de liquidación de las prestaciones sociales a pagos recibidos del empleador que tengan claramente las características que nuestro ordenamiento jurídico asigna al salario, implicaría una *renuncia* a derechos ciertos del trabajador y por ello sería un pacto ineficaz.

Así lo disponen los artículos 53 de la Constitución Política y 13 del CST, y lo adoctrinó la sentencia C-710 de 1996, providencia en la cual la Corte Constitucional impartió una interpretación auténtica de la Ley que tiene por ello efectos de cosa juzgada Constitucional, y es de forzosa aplicación para todos los jueces². Advierte la Corte Constitucional en la sentencia referida, que el artículo 128 define pagos que no constituyen salario, *“Sin que ello implique -en palabras de esa Corporación- que, en casos concretos, el juez, una vez analizadas las circunstancias que rodean el caso puesto a su consideración, concluya que determinadas sumas de dinero que recibe el*

² C-710 de 1996 Dijo la sentencia: *“La definición de lo que es factor salarial, corresponde a la forma como se desarrolla el vínculo laboral, y no a la existencia de un texto legal o convencional que lo consagre o excluya como tal, pues todo aquello que recibe el trabajador como contraprestación directa de su servicio, sin importar su denominación, es salario. En esta materia, la realidad prima sobre las formalidades pactadas por los sujetos que intervienen en la relación laboral. Por tanto, si determinado pago no es considerado salario, a pesar de que por sus características es retribución directa del servicio prestado, el juez laboral, una vez analizadas las circunstancias propias del caso, hará la declaración correspondiente”*

trabajador, a pesar de estar excluidas como factor salarial lo son, en razón al carácter retributivo de la labor prestada”.

Con base en lo dicho y una vez revisado el expediente, el Tribunal confirmará la sentencia apelada en cuanto definió el salario de la demandante y condenó al pago de indemnización por despido injusto, pues no se advierte una *duda razonable* sobre la naturaleza salarial de la “*bonificación*” que recibió la demandante como pago retributivo y habitual durante la relación de trabajo. Por el contrario, se demostró que dicho pago tenía como causa directa la prestación del servicio, que constituía un ingreso en el patrimonio de la actora, y que se entregaban de forma habitual. Así lo reconoció el representante legal JOHN JAIRO ERAZO (Audio 1 Minuto 19:42) al indicar que se pagaba como un incentivo y/o compensación para que se cumplieran las misiones y órdenes encomendadas y lograr los objetivos de las investigaciones encomendadas. En el mismo sentido declaró la testigo de la parte demandada DAFNE ACEVEDO excompañera de trabajo de la demandante quien desempeñaba labores en el área de recursos humanos (Audio 3- 1 Hora Minuto 58:06) al afirmar que la retribución estaba conformada por el *salario mínimo* el auxilio de transporte y una bonificación pues en palabras textuales “*había que completar el \$1.200.000*”; indicó que este rubro era un incentivo cuando ganaban los casos o cuando se laboraba los sábados.

Se probó entonces que la bonificación recibida por la demandante de su empleador tenía origen directo en las labores que cumplía, es decir, que se recibía como *contraprestación* por el servicio y no por un acto de mera liberalidad del empleador; que constituía un *ingreso personal* (por oposición a pagos que se hubieran recibido para realizar mejor la función); y que los pagos se realizaban *habitualmente*, de lo cual obran como pruebas los comprobantes de nómina de folios 16 a 19 y 124 a 130 y 133 a 137, que dan cuenta del *pago periódico a la demandante*, así como el certificado de aportes efectuados al sistema de seguridad social integral en los que se tuvo como IBC la suma de \$1.200.000 (folios 120, 122 a 126).

Así las cosas resulta ineficaz el pacto “*verbal*” que pretendió excluir la *bonificación* como factor salarial de la base de liquidación de las prestaciones sociales y otros derechos laborales de la demandante, como la prima de servicios del segundo semestre del año 2017 que se debe entender pagada de forma incompleta, y por ello habilitaba su renuncia motivada en una *justa causa*, tal como lo definió la sentencia apelada que será confirmada en estos aspectos.

SANCIÓN MORATORIA Para resolver lo pertinente, el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 dispone el pago de un día de salario por cada día que transcurra desde el 15 de febrero de cada año, si el empleador no consigna en un Fondo autorizado el auxilio de las cesantías que se causaron en favor del trabajador el año anterior. Sin embargo, -ha dicho la jurisprudencia de la Sala Laboral de la CSJ- esta sanción no opera de forma inexorable frente a la demora de la obligación *de hacer* que tiene el empleador (la de CONSIGNAR el valor en un Fondo), pues bien puede demostrar buena fe, y esta se deduce del entendimiento plausible, es decir, con razones válidas, no estar obligado a dicha actuación, aunque ellas resulten equivocadas.

Sobre la validez de los pactos de exclusión salarial, se debe reconocer que la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha sido variable, pues esa Corporación los ha avalado en el pasado con fundamento en que dichos acuerdos no estaban eludiendo el pago del salario sino su estimación para la liquidación de prestaciones sociales. Con esos mismos argumentos se debe aceptar que bien podían la sociedad demandada entender, razonablemente y de buena fe, que las cesantías no se habían causado con base en la totalidad de los valores entregados. Ello excluye la condena impuesta en primera instancia al pago de la sanción que contempla el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, condena que será revocada por el Tribunal.

Frente a la demora en el pago de la liquidación final de prestaciones sociales, se debe advertir que si bien el numeral 2º del artículo 65 del CST autoriza al empleador el pago mediante depósito judicial de las acreencias que el trabajador se niegue a recibir, los efectos liberatorios de tal pago solo se producen cuando se han cumplido todas las formalidades dispuestas en el ordenamiento jurídico para el efecto. Sobre esta materia ha dicho la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia que *“El pago por consignación es un acto complejo que supone la sucesión de varios pasos, comenzando por el depósito mismo en el Banco, siguiendo por la remisión del título al Juzgado Laboral y concluyendo con la orden del juez aceptando la oferta de pago y disponiendo su entrega, acto este último que reviste gran importancia frente al problema de la mora, en los eventos en que el juez se ve impedido de disponer la entrega por circunstancias imputables a la responsabilidad del deudor o consignante (...) Para que el pago por consignación produzca sus efectos plenamente liberatorios es indispensable que alcance el efecto de dejar a disposición del beneficiario la suma correspondiente y ello se logra mediante la orden del juez ordenando lo pertinente. Sólo en tal momento debe tenerse por cumplida la condición para que cese el efecto de la indemnización moratoria, salvo que la razón por la cual no se produzca esa orden no sea imputable a responsabilidad del consignante”* (sentencia CSJ SL, julio de 1988 rad. 2264, cuyo contenido replican las sentencias del 20 oct 2006 rad. 28.090; y de marzo de 2014 radicación 4400).

Bajo este claro lineamiento jurisprudencial el Tribunal confirmará la decisión de primera instancia que ordenó el pago de sanción por la demora entre la fecha de terminación del contrato y el 19 de junio de 2019 -como lo dispuso la sentencia apelada-, pues la demandada no demostró que hubiera realizado los trámites referidos, y ellos no se suplen con la remisión de un correo electrónico que ni quiera se demostró recibido³.

³ Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Sentencia 20200102500. Tiene sentado sobre esta materia que lo relevante es demostrar conforme a las reglas que rigen la materia, que *“el iniciador recepcionó acuse de recibo”*, lo cual puede armonizarse con lo señalado en los artículos 291 y 292 del C.G.P, que prevén que *“se presumirá que el destinatario ha recibido*

INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO INJUSTO. Igualmente se confirmará la condena impuesta al pago indemnización por despido indirecto. Para el efecto, los artículos 62 y 63 del CST contemplan *taxativamente* los hechos que constituyen justa causa de terminación unilateral del contrato de trabajo, y asignan tanto al empleador como al trabajador la facultad de alegar su ocurrencia para *resolver* el contrato con indemnización de perjuicios a cargo de la parte que incumplió sus obligaciones. Cuando es el trabajador quien termina la relación de trabajo alegando una justa causa (como ocurrió en el caso bajo estudio), ocurre lo que la doctrina denomina *despido indirecto*, y procede el pago de la indemnización correspondiente.

Como se concluyó atrás, en este expediente se encuentra probado el incumplimiento de la obligación que tiene el empleador de consignar de forma completa las cesantías del trabajador, y la obligación de pagar de forma completas las prestaciones sociales (entre ellas las primas de servicios, que fue la causa alegada en la carta de renuncia motivada)⁴. Como esta causa está contemplada en el numeral 6º del literal B) del artículo 62 del CST como justa, procedía la condena al pago de la indemnización correspondiente.

La Sala no se pronunciará sobre las llamadas telefónicas supuestamente realizadas por la demandante a sus compañeros de trabajo a efectos de que iniciaran demandas en contra de su empleador, ni sobre la solicitud para que sean reembolsadas sumas de dinero que dice haber pagado en exceso, pues

la comunicación cuando el iniciador recepción acuse de recibo”, esto es, que la respuesta del destinatario indicando la recepción del mensaje de datos hará presumir que lo recibió.

⁴ (folio 34)“ (...) me veo en la obligación de terminar unilateralmente el contrato verbal a término indefinido pactado con usted, desde la fecha 24 de agosto de 2017 por las siguientes causales: (...)2.(...) los valores adeudados de la PRIMA DE SERVICIOS correspondiente al segundo semestre del año 2017, la cual su fecha límite de pago según disposición legal era el 30 de diciembre de 2017, no se canceló de forma completa por el valor correspondiente a los días laborados, además de no ajustarse a la realidad del salario que corresponde a \$1.200.000. Posteriormente la prima de servicios correspondiente al primer semestre de 2018, la cual tenía como fecha límite 30 de junio de 2018, y por consiguiente hasta la fecha aún sigue sin ser cancelado, con un retraso correspondiente a 82 días (...)”

no fueron materias de la controversia trabada en primera instancia, ni se propuso la excepción de *compensación*⁵.

Por lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D. C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

1. **REVOCAR** el numeral segundo de la sentencia apelada en cuanto impuso condena al pago de “*Sanción moratoria por no consignación de cesantías, la suma de \$21.151.368*”.
2. **CONFIRMAR** la sentencia apelada en lo demás.
3. **SIN COSTAS** en segunda instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado


LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

⁵ Artículo 282 CGP “En cualquier tipo de proceso, cuando el juez halle probados los hechos que constituyen una excepción deberá reconocerla oficiosamente en la sentencia, salvo las de prescripción, compensación y nulidad relativa, que deberán alegarse en la contestación de la demanda”.