República de Colombia

Rama Judicial
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
BOGOTÁ. D. C.
SALA LABORAL.

Magistrado Ponente LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR

PROCESO ORDINARIO LABORAL INSTAURADO POR ANGEL MINA OROBIO contra CORPORACIÓN DE ABASTOS DE BOGOTÁ S.A. "CORABASTOS S.A."

En Bogotá D. C. a los veintinueve (29) días del mes de enero de dos mil veintiuno (2021), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente:

S E N T E N C I A
LO PRETENDIDO EN LA DEMANDA

El señor **ANGEL MINA OROBIO,** solicita se **condene** a la demandada a pagarle el 70% del contrato 2014013, más la indexación del valor a la fecha, de acuerdo a la cuantía ingresada en la presente demanda, se **condene** a la demandada a pagarle los acordado en la cláusula sexta del contrato mencionado en sus literales A y B, se **condene** a la demandada a perjuicios morales y materiales, por la mora en el pago de sus servicios prestados, se **condene** al pago de costas del proceso *(fl. 62 subsanación demanda).*

Los hechos fundamento de las pretensiones se observan a fls. 59 a 62 del plenario en los cuales se manifestó que el 28 de mayo de 2014, firmó el contrato 2014013 en los cuales fueron contratados sus servicios profesionales para asesorar a la CORPORACIÓN DE ABASTOS DE BOGOTÁ D.C.-CORABASTOS S.A., que el acta del 4 de junio de 2014, se radicó ante la

Unidad Administrativa Especial de Catastro Distrital la solicitud de revisión de avaluó para los predios AAA0050YDFT, AAA0050YFBR, AAA0050YDNN, AAA0050YDLW, AAA0050YDHY, AAA0050YDJH y AAA0050YDKL con los siguientes números de radicado 2014-868037, 2014-868251, 2014-868151, 2014-868186, 2014-868378 y 2014-868108, que el día 28 de julio de 2014, radicó en la oficina principal de CORABASTOS S.A. primer informe de ejecución del contrato 2014013, con sus respectivos anexos, en el cual se evidencia el estudio comparativo entre el avalúo comercial realizado por la Sociedad Colombiana de Arquitectos de Bogotá D.C. y Cundinamarca; y el avaluó catastral realizado por la Unidad Administrativa Especial de Catastro Distrital (UAECD) para los predios antes mencionados, en donde se indicó la conveniencia de las solicitudes y se mencionó la solicitud de revisión de avalúos realizada ante la UAECD y adicionalmente la gestión realizada ante la Secretaría Distrital de Hacienda en la cual se entregó el estado de cuenta de los 1.917 predios de María Paz y Vista Hermosa de propiedad de la Corporación, que el día 4 de septiembre de 2014, una vez agotados los 30 días que establece la resolución 70 de 2011 del IGAC, para que la UAECD se pronunciara de fondo frente a las solicitudes radicadas el 4 de julio de 2014, se radicó acción de tutela ante el Juzgado 34 Municipal para que diera respuesta a las solicitudes realizadas, que el día 6 de octubre de 2014, se envió comunicación por parte de la UAECD, en donde se le informa que puede notificarse de la decisión frente a las solicitudes de revisión de avalúo, que ese mismo día radicó bajo el número 8309 el segundo informe de ejecución del contrato 2014013, con sus respectivos anexos, informando de la acción de tutela.

Agrega, que vencido el término inicial del contrato 2014013, se llevó a cabo su prorroga por 2 meses más, es decir, hasta el 4 de diciembre de 2014, que el día 7 de octubre de 2014, se notificó de la resolución 65864 de 2014 expedido por la UAECD, en la que se confirma los avalúos catastrales y se niega la solicitud de reducción de los mismos debido a una consistencia técnica en la formulación y en el establecimiento del avalúo comercial por parte de la Sociedad Colombiana de Arquitectos de Bogotá D.C. y Cundinamarca, es decir, algo ajena a su gestión administrativa, por lo que el mismo día radicó solicitud de ampliación de información de avalúo a fin de que poder interponer

los recursos de reposición y apelación, que al no recibir respuesta por parte del supervisor del contrato 2014013, decidió radicar un tercer informe sin que tampoco se obtuviera respuesta venciéndose el término para interponer los recursos, motivo por el cual la demandada incumplió con esto el numeral segundo de la cláusula tercera del contrato 2014013, dado que para poder dar trámite a su labor era estrictamente necesario que la Corporación entregará la información solicitada.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

La **CORPORACIÓN DE ABASTOS DE BOGOTÁ S.A. "CORABASTOS S.A."** dio contestación de la demanda oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, en cuanto a los hechos manifestó ser ciertos los numerales 1.2, 2, 7.1 y 11, parcialmente cierto el numeral 1.1, 3 y 8; frente a los demás señaló atenerse a lo que se probará, propuso como excepciones de fondo cobro de lo no debido, inexistencia de la obligación y genérica (fls. 113 a 123).

Mediante auto de fecha 13 de febrero de 2018, la Juez de primera instancia inadmitió la contestación a la demanda corriendo traslado a la demandada para su corrección (fl.138), nuevamente la *a quo* se pronunció mediante auto de fecha 21 de marzo de 2018, en la cual tuvo por contestada la demanda, pero al haberse presentado de manera extemporánea el escrito de subsanación dio a aplicación a lo dispuesto en el numeral 3° del artículo 31 del CPTSS, esto es teniendo por cierto el hecho 6° de la demanda (fl.158).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia de fecha 28 de agosto de 2018, el Juzgado 37 Laboral del Circuito de Bogotá resuelve **declarar** probada la excepción de inexistencia de la obligación y, en consecuencia, **absolvió** a la demandada de la totalidad de las pretensiones incoadas en la demanda y **condenó** en costas a la parte actora en la suma de $300.000 **(CD fl.93).**

Como argumento de su decisión, el *a quo* manifestó que el demandante pretendía con la demanda el reconocimiento de sus honorarios profesionales de conformidad con el contrato No. 2014-013 celebrado con la demandada, encontrándose dentro de las cláusulas segunda y primera las siguientes obligaciones realizar el estudio y análisis sobre los incrementos en los avalúos y uso catastral del año 2010 hasta el año 2014, para realizar las solicitudes de revisión en el avalúo catastral y el uso de los inmuebles en la corporación, ante la unidad administrativa especial de catastro distrital UACD, pactándose como honorarios, un primer pago por el 40% del valor del contrato una vez la UACD emitiera las resoluciones haciendo los cambios solicitados por la corporación de Abastos, un segundo pago por el 30% del valor del contrato, una vez se radicaran las solicitudes de corrección por menor valor a que hubiere lugar ante la Secretaria de Hacienda Distrital y un último pago por el 30% final del valor del contrato, una vez fueran aprobadas las solicitudes de corrección por parte de la Secretaria de Hacienda Distrital, de las peticiones de corrección de los valores a que hubiere lugar.

De lo anterior, estableció el sentenciador que de la prueba documental se podía ver que el objeto del contrato no se había cumplido, por cuanto para poderse activar el pago de los honorarios, debía demostrarse la reducción del impuesto predial por parte de la autoridad administrativa correspondiente, que en el presente caso la UAECD había proferido la resolución 65864 del 30 de septiembre de 2014, en la cual se resolvió confirmar los avalúos catastrales bajo el argumento que no le fue suministrada la información necesaria, aspecto sobre el cual la parte actora había argumentado que la parte demandada había incumplido el contrato al no haberle suministrado la información necesaria, en relación a lo cual la parte accionada manifestaba que dentro de la asesoría integral estaba el análisis de los presupuestos legales para solicitar la aclaración o modificación, es decir, quedaba inmerso el análisis de los documentos que le fueran puestos a su bien para llevar el cometido.

Agrega, el Juez de primera instancia que, con el interrogatorio de parte del representante legal de la sociedad demandada, se había podido establecer

las gestiones adelantadas por el demandante. Sin embargo, el cobro de los honorarios era en razón a una obligación de resultado y no de medio, que en resumen estaban dirigidas a la reducción del valor del impuesto de los años 2012 y 2013, que si bien el actor señalaba como defensa que el avalúo realizado por la Sociedad Colombiana de Arquitectos de Bogotá, presentaba yerros y no se acreditaban los valores allí descritos, tal situación solo se vislumbró ante la negativa dada en la resolución número 65864 de 2014 proferida por la UAED, esto es con posterioridad al adelantamiento de las gestiones profesionales por parte del actor, quien solo ante esa situación requirió a la empresa demandada información de ampliación sobre el avalúo comercial antes indicado, sin que previamente hubiera hecho el requerimiento formal, siendo su deber realizar un análisis del avaluó para así asegurar la prosperidad del objeto contractual, para que de esa forma hubiera obtenido el pago de sus honorarios pactados.

CONSULTA

Las partes no interpusieron recurso de apelación, por ende, la decisión es enviada a este Tribunal a fin de que se surta el grado jurisdiccional de consulta a favor de la parte demandante en los términos del artículo 69 del CPL modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007.

CONSIDERACIONES

Corresponde a esta Sala de decisión en grado jurisdicción consulta a favor del actor, establecer si la demandada CORPORACIÓN DE ABASTOS DE BOGOTÁ S.A. “CORABASTOS S.A.” incumplió con lo pactado en el contrato No. 2014013, celebrado el 28 de mayo de 2014 y, en consecuencia, si le adeuda al actor el pago de honorarios profesionales debidamente indexados. Así mismo, se determinará si hay lugar al pago de perjuicios morales y materiales.

Honorarios profesionales

Como bien se sabe el régimen legal que regula la prestación profesional de servicios de los abogados, es la prevista para el contrato de mandato en virtud

de lo definido en el artículo 2144 del Código Civil. Así mismo, en lo referente a la retribución, el artículo 2143 de la misma normatividad dispone que el mandato puede ser gratuito o remunerado y que la remuneración es determinada por la convención de las partes, por la ley o por el juez, lo cual se encuentra en armonía con lo consagrado en el artículo 2184 ibídem, en su ordinal 3º, que prevé que el mandante está obligado entre otras cosas, a pagar al mandatario "…*la remuneración estipulada o usual*…".

De entrada, se tiene que no existe discusión frente a las gestiones judiciales que fueron desplegadas por el profesional del derecho a favor del demandado, pues las mismas se encuentran demostradas con las documentales allegadas, las cuales consisten en solicitud y comprobante de radicación de revisión de avaluó catastral, (fls. 12 a 24), primer informe de contrato dirigido al señor Jaime Flechas Otálora en calidad de Subgerente Financiero de la sociedad demandada de fecha 28 de julio de 2014 (fls. 25 a 30), segundo informe del contrato dirigido también a la persona antes referida de fecha 6 de octubre de 2014, en la cual se señala la acción de tutela que fue interpuesta por el actor para que la Unidad Administrativa Especial –Catastro Distrital "UAECD" diera respuesta a su solicitud objeto del contrato, correspondiéndole al Juzgado 34 Civil Municipal de Bogotá (fls. 31 a 33), notificación del acto administrativo No. 65864 del 30 de septiembre de 2014, expedida por "UAECD" y dirigida al actor en calidad de apoderado de la demandada (fl.34), tercer informe de las gestiones realizas por el actor de fecha 21 de octubre de 2014 (fls. 43 a 45),

Ahora, en lo que respecta al valor de los honorarios, es necesario traer a colación el contrato No. 2014013 de 28 de mayo de 2014, en la cual se contrató al actor para una asesoría tributaria especializada en impuestos Distritales para realizar trámites ante la Unidad Administrativa Especial –Catastro Distrital "UAECD" y ante la SECRETARÍA DE HACIENDA DISTRITAL con el fin de disminuir el valor del avaluó de los predios y de la disminución del impuesto predial, también para revisar y corregir las tarifas aplicadas a los predios de la Corporación desde los años 2010 y 2014, comprometiéndose a desarrollar todas las gestiones jurídicos tributarias que le permitiera llevar en feliz término sus pretensiones (fls. 6 a 7).

Como valor del contrato se pactó la suma de $38.800.000, estableciéndose las siguientes formas de pago:

> *"**A.** un primer pago por el 40% del valor del contrato una vez la Unidad Administrativa Especial –Catastro Distrital "UAECD" emita las resoluciones haciendo los cambio solicitados por la Corporación de Abastos de Bogotá S.A. a través de su apoderado disminuyendo el valor de los avalúos de los predios de la Corporación, previa presentación de informe de actividades por parte del contratista, aprobación del supervisor del contrato y cuenta de cobro o factura (según aplique) con el cumplimiento de los requisitos legales.*
>
> ***B.** un segundo pago por el 30% del valor del contrato una vez se radiquen las solicitudes de corrección por menor valor a que haya lugar ante la Secretaría de Hacienda Distrital, previa presentación de informe a actividades por parte del contratista, aprobación del supervisor del contrato y cuenta de cobro o factura (según aplique) con el cumplimiento de los requisitos legales.*
>
> ***C.** un último pago en el 30% final del valor del contrato una vez sean aprobadas las solicitudes de corrección por parte de la Secretaría de Hacienda Distrital, de las peticiones de corrección de los menores valores a que haya lugar y que se determinen con el estudio presentado a CORABASTOS, que dará como resultado final los menores valores a cancelar por impuesto predial de los años 2012, 2013 y 2014, previa presentación de informe a actividades por parte del contratista, aprobación del supervisor del contrato y cuenta de cobro o factura (según aplique) con el cumplimiento de los requisitos legales.*
>
> ***Parágrafo 1:** la obtención y cumplimiento de los productos estipulados en la presente cláusula ante las diferentes entidades distritales, son requisitos indispensables para la procedencia de cada pago del contrato, caso contrario, de no obtener los productos estipulados, no procederá el pago respectivo y será causal de terminación del contrato sin lugar a reconocimiento de honorarios".*

En cumplimiento de lo pactado el actor procedió a realizar el requerimiento ante la Unidad Administrativa Especial –Catastro Distrital "UAECD" el día 4 de julio de 2014, solicitando la revisión de los avalúos catastrales vigencias 2012, 2013 y 2014, por lo que la entidad expidió la resolución No. 65864 del 30 de septiembre de 2014, en la cual resolvió confirmar los avalúos catastrales. Reseñado lo anterior, aduce el demandante que dentro de la parte considerativa del acto administrativo mencionado se señalaron vicios respecto del avaluó comercial realizado por la Sociedad Colombiana de Arquitectos de Bogotá y Cundinamarca el cual fue suministrado por la sociedad demandada y que se aportó como prueba contundente para lograr una decisión positiva, considerando que era pertinente corregir tal falencia para poder recurrir dicha decisión, razón por la cual requirió al demandada varias veces sin obtener respuesta, lo cual le impidió cumplir cabalmente con el objeto del contrato.

Para lo resolver lo pertinente, importa recordar que, tratándose del contrato de mandato, la alta Corporación Ordinaria Laboral ha precisado que, si la contraprestación por la actividad profesional se encuentra definida por acuerdo entre las partes, resulta improcedente su regulación judicial, *"pues el precio del mandato puede ser libremente fijado entre los contratantes, por virtud de los principios de libertad contractual y autonomía de la voluntad"* SL694-2013, reiterada en la sentencia SL 4804 del 7 de noviembre de 2018).

Conforme al criterio mencionado, se tiene que el fallador de primer grado entendió que la tasación de los honorarios causados en ejercicio del mandato, se ciñó a lo pactado en el contrato No. 2014013, el cual como bien se estipuló textualmente estaba supeditado a un **resultado** concerniente en la disminución del valor del impuesto predial de los años 2012 y 2013, sin que el mismo se hubiera logrado cumplir, sin que sea cierto como lo manifiesta el promotor del proceso en cuanto a que ello se debió porque la accionada no le suministró la información requerida a tiempo, es decir, corrigiendo los yerros del avaluó comercial realizado por la Sociedad Colombiana de Arquitectos de Bogotá y Cundinamarca y que fue el motivo por el cual la Unidad Administrativa Especial –Catastro Distrital "UAECD" le negó su petición.

Toda vez que revisado el acto administrativo proferido por la Unidad Administrativa Especial –Catastro Distrital "UAECD", si bien establece que del avaluó comercial adjunto, el cual relaciona las ofertas utilizadas para el cálculo del terreno, algunos de estos no pudieron ser confrontados por no haber sido atendidos vía telefónica, ni correos electrónicos o porque no se encontraban publicados en las páginas relacionadas, lo cierto es que la entidad no basó su decisión solamente en ese documento, sino que también practicó visita técnica de los predios como se reseña en ese misma resolución, concluyendo que los predios descritos fueron de actualización catastral para la vigencia 2012, 2013 y 2014, por lo que los valores que figuraban en la base catastral estaban acordes con las características de los predios.

Por consiguiente, se tiene entonces que para que el actor pudiera interponer los recursos de Ley no necesariamente debía contarse con la corrección del avaluó comercial realizado por la Sociedad Colombiana de Arquitectos de

Bogotá y Cundinamarca, pues como bien se explicó existieron otros motivos, con los cuales el profesional del derecho hubiera podido atacar dicho acto y no haber dejado vencer los términos para la interposición de los recursos.

Ahora, si bien el actor consideraba que el avaluó presentaba yerros que no permitieron una decisión positiva, tal aspecto debió haber sido previamente analizada por él, tal como lo reflexionó el *a quo*, pues se entiende del contrato suscrito entre los partes que se contrató a una persona experta en el estudio de dichos avalúos, de manera que antes ser incorporados los mismos, debieron ser estudiados cabalmente, situación que no hizo el demandante, toda vez que de lo sucedido se puede evidenciar que conoció del error una vez se profirió la decisión por parte de la Unidad Administrativa Especial –Catastro Distrital "UAECD", sin que sea dable establecer que la demandada incumplió lo acordado según lo consagrado en la cláusula tercera del contrato donde se encuentran consagradas las obligaciones del contratante, estipulándose en el numeral 2 *"suministrar toda la información"*, toda vez que de los interrogatorios de parte, así como de los testimonios rendidos por JAIME FLECHAS OTÁLORA en calidad de Subgerente Administrativo y Financiero de CORABASTOS S.A. y SERGIO DAVID SAAVEDRA asistente del demandante, quedó demostrado que la información requerida para ejercer el objeto del contrato sí fue suministrada por la pasiva, incluso sobre la misma se determinó la posibilidad de la disminución del avaluó catastral, además fueron estas las que convencieron al Doctor ANGEL MINA a firmar el contrato objeto de discusión en el cual se aseguró un resultado efectivo, de suerte que, no es pertinente en esta oportunidad pretender que no se le suministró la información necesaria o que la misma no era la correcta, cuando era obligación del actor haber realizado oportunamente un estudio pertinente a la documentación suministrada a fin de haber evitado las falencias que según su sentir llevaron a una decisión negativa por parte de la entidad distrital.

Así las cosas, se tiene que no existen motivos suficientes para revocar la decisión de primera instancia, pues es claro que las partes pactaron un resultado en particular, el cual no se cumplió por parte del actor, motivo por el cual habrá de confirmarse la decisión consultada.

COSTAS

SIN COSTAS en esta instancia por tratarse del grado jurisdiccional consulta.

EN MÉRITO DE LO EXPUESTO EL TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ SALA LABORAL, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY

R E S U E L V E:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia consultada proferida por el Juzgado 37 Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

Notifíquese y cúmplase,

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

República de Colombia

Rama Judicial
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
BOGOTÁ. D. C.
SALA LABORAL.

Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE – CLAUDIA PATRICIA JIMÉNEZ BUENDIA contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

En Bogotá D. C. a los veintinueve (29) días del mes de enero de dos mil veintiuno (2021), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES

Pretende la señora **CLAUDIA PATRICIA JIMÉNEZ BUENDIA,** se **declare** la nulidad de traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual, efectuada el 1°de enero de 2000 a la AFP PORVENIR S.A., se declare como afiliación valida al sistema de pensiones la efectuada al régimen de prima media con prestación definida administrado por el ISS hoy COLPENSIONES, se declare que se encuentra válidamente afiliada al régimen de prima media. Como consecuencia de lo anterior, se condene a la AFP PORVENIR a trasladar a COLPENSIONES los aportes realizados por la demandante al régimen de ahorro individual, se ordene a COLPENSIONES a contabilizar para efectos de la pensión, las semanas cotizadas en el régimen de ahorro individual, se condene ultra y extra petita y se condene al pago de costas procesales (fl. 3).

Como hechos fundamento de las pretensiones (fl. 4), señaló que nació el 25 de febrero de 1963, que se afilió al sistema general de pensiones el 1° de

mayo de 1985, que a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, se encontraba afiliada al ISS hoy COLPENSIONES, indica que PORVENIR S.A. a través de sus representantes y asesores visitaron las dependencias de la empresa BAYER S.A. con el fin de que sus trabajadores se vincularan a ese fondo, fue así que se afilió al mismo en enero del año 2000, que al momento del traslado al régimen de ahorro individual no fue asesorada o informada por la AFP PORVENIR S.A. de manera completa, clara, veraz, oportuna adecuada, suficiente y cierta; frente a las diferencias de uno u otro, que a la fecha acredita un total de 1,262 semanas cotizadas, que una vez realizada la liquidación pertinente se estableció un valor de mesada pensional al régimen de ahorro individual para el año 2018, en la suma de $5.327.355, que realizadas las proyección con la AFP PORVENIR el valor de la mesada al cumplir los 57 años de edad sería de $1.814.900, refiere que el 18 de abril de 2018 solicitó ante COLPENSIONES el traslado de régimen y el 19 de abril del mismo año se realizó la misma solicitud ante la AFP PORVENIR, siendo negativa la respuesta.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

COLPENSIONES contestó oponiéndose de todas y cada una de las pretensiones de la demanda, en cuanto a los hechos manifestó ser ciertos los numerales 1, 3, 10 y 11; y no constarle los demás, propuso como excepciones de fondo prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, inexistencia del derecho por falta de causa y título para pedir (fls. 79 a 81).

La **AFP PORVENIR S.A.** contestó también el líbelo demandatorio, oponiéndose igualmente a las pretensiones de la demanda y en cuanto a los hechos manifestó ser ciertos los numerales 1, 9, 12 a 14, no ser ciertos los numerales 5 y 6; y constarle los demás, propuso como excepciones de fondo prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, enriquecimiento sin justa causa e innominada o genérica (fls. 90 a 97).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 31 Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 25 de octubre de 2018 (CD – fl. 132), **absolvió** a las demandadas de las pretensiones de la demanda y **condenó** en costas a la demandante.

Fundamentó su decisión, indicando que al revisar la documental allegada al expediente (fl.100) aparece una certificación de ASOFONDOS en donde establece que la demandante actualmente se encuentra afiliada al régimen de ahorro individual proviniendo del régimen de prima media con prestación definida, así mismo, a folio 58 del plenario aparece el formulario de afiliación diligenciado el 10 de diciembre de 1999, en donde aparece la siguiente anotación: "*voluntad del afiliado: hago constar que realizó de forma libre y espontanea; y sin presiones la escogencia al régimen de ahorro individual habiendo sido asesorado, sobre todo los aspectos de este, particularmente el régimen de transición, bonos pensionales y las implicaciones de mi decisión, así mismo, he seleccionado a POVENIR S.A. para que sea la única que administre mis aportes pensionales, ha bien declaró que los datos proporcionados en esta solicitud son verdaderos, igualmente, declaró que he sido informado del derecho que me asiste de retractarme dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la fecha de la presente solicitud".*

Aduce la sentenciadora, que la apoderada de la parte actora alega que el traslado que se hizo del régimen de prima media al de ahorro individual se encuentra viciado de nulidad, porque no se recibió la información suficiente y se le dio información falsa, como que podía pensionarse antes de tiempo, sin embargo, del análisis del formulario de afiliación, es que la demandante firma la manifestación de que la escogencia la hizo la manera libre y espontanea, sin presiones y que fue asesorada, así como también, conoció del derecho de retractarse, documento que fue firmado por la parte demandante.

Establece también la *a quo* que las testigos que declararon en audiencia pública y que estaban en las mismas condiciones de la actora retornaron al régimen de prima media dentro de la oportunidad pertinente, así mismo, indicaron que se comunicaban permanentemente con la demandante, que

asistieron a varias reuniones tanto grupal como individual dentro de la empresa y que no fue en una sola de estas que se firmó el formulario de traslado. Agrega a la Juez que, lo manifestado en el hecho 8 de la demanda es completamente falso, por cuanto la actora no podría acceder a la mesada allí establecida para el año 2018, pues los requisitos para acceder a pensión tan solo los cumple en el año 2020, quedando con todo esto desvirtuado el derecho que sostiene le incumbe. Refiere también la Juez que no es posible dar aplicación a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Sala Laboral, por cuanto allí se estudio un caso en donde el actor cuando firmó el formulario de traslado ya había cumplido con los requisitos para acceder al derecho pensional y en el presente caso la actora no cumple con ninguno de los requisitos para acceder al derecho pensional, pues tampoco es beneficiaria del régimen de transición.

APELACIÓN

La parte demandante interpuso recurso de apelación, manifestando que la afiliación de la demandante al régimen de ahorro individual estuvo viciado por error, toda vez que al momento de la afiliación el fondo no le dio la información, clara, veraz y oportuna para tomar una decisión consiente sobre las implicaciones que tenía sobre la afiliación al régimen individual, aspecto que se soporta de las diferentes sentencias proferidas por la CSJ Sala de Casación Laboral las cuales son reiterativas en manifestar que el fondo debía cumplir con la obligación de informar, por medio de los testimonios que se recaudaron efectivamente hablan de la reunión colectiva en la cual se les dio una información muy superficial frente a 3 componente del régimen de ahorro individual, los cuales no eran suficientes para tomar una decisión y con posterioridad no se dieron reuniones y por el contrario, los representantes las buscaron para que hicieran o ejecutaran la firma del formulario.

Manifiesta que la Juez indica que no es cierto que la demandante pueda acceder a una mesada pensional en COLPENSIONES de $5.327.355, para lo cual se aclara que se trabaja sobre proyecciones teniendo en cuenta los salarios con los que se vienen cotizando, si bien aun no tiene los requisitos, sí tiene una expectativa legitima para que los mismos sean reunidos, en la misma forma las técnicas de las proyecciones que realiza porvenir para una

mesada pensional a uno o dos años con posterioridad, encontrándose allí probado el perjuicio entre uno u otro régimen, no se esta hablando de un simple negocio jurídico, sino del cubrimiento de la seguridad social.

En cuanto a la firma del formulario, como bien se indicó por la Juez, era un formulario preimpreso por lo que la voluntariedad allí plasmada es lo que firma todos los afiliados, lo cual no quiere decir que el afiliado haya recibido la información completa, si bien la demandante tiene un cierto grado de escolaridad, lo cierto es que toda su vida se ha dedicado en el sector farmacéutico, ramo en donde no ha sido conocedora de las implicaciones de los regímenes pensionales y si bien sus amigas se trasladaron, no era obligación de ellas informárselo.

CONSIDERACIONES

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad que hizo la demandante a través de la AFP PORVENIR es ineficaz por falta de información y si como consecuencia de ello, hay lugar a trasladar a COLPENSIONES los dineros, frutos, rendimientos y demás emolumentos que posee la actora en su cuenta de ahorro individual.

Previo a resolver lo pertinente, debe precisar la Sala que si bien es cierto en la demanda se solicitó la nulidad del traslado de régimen por falta de información al momento en que la accionante se trasladó al RAIS, lo cierto es que tal circunstancia debe abordarse desde su ineficacia y no mediante la nulidad, toda vez que resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, como así lo ha indicado la Corte Suprema de Justicia de manera reiterada entre otras en las sentencias con radicado Nº 31.989 del 8 de septiembre del 2008 y en la SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

Ineficacia del traslado de régimen por falta de información

Sobre el tema, la Corte Suprema de Justicia en sentencias del 22 de noviembre de 2011 RAD: 33083, del 3 de septiembre de 2014 RAD: 46292, del 18 de octubre de 2017 SL 17595 y en la más reciente SL 1452 del 3 de abril de 2019 RAD: 68852, en lo que a la información que las AFP deben suministrar a sus afiliados y demás aspectos relacionados con ello, indicó que es obligación de las administradoras de fondos de pensiones suministrar la información completa para que el afiliado tome la decisión respecto del cambio de régimen e incluso, la de anteponer los derechos del trabajador sobre su interés propio de ganar un afiliado, pues el hecho de firmar el formulario de afiliación no implica *per se*, que el traslado se haya realizado de manera libre, voluntaria e informada en tanto tal expresión solo se refiere al consentimiento que debe dar la persona para el mismo lo cual no prueba que la información se haya suministrado; luego son dichas entidades quienes tienen la carga de la prueba en demostrar que brindaron la información en los términos anotados en la jurisprudencia en comento, a más que no es necesario que quien predica la nulidad o ineficacia de su traslado, deba tener una expectativa legitima para pensionarse o ser beneficiario del régimen de transición, de ahí que los argumentos expuestos en este último evento por el *a quo*, no encuentren sustento alguno.

Descendiendo al caso objeto de estudio, se tiene que la señora CLAUDIA PATRICIA JIMÉNEZ BUENDIA el 10 de noviembre de 1999 (fl. 99), se trasladó del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad a través de la AFP PORVENIR, encontrándose afiliada en la actualidad a ésta, efectuando cotizaciones en el RAIS desde enero del año 2000 a la fecha (fl.98). Así mismo, aportó al régimen de prima media con prestación definida a través del ISS hoy COLPENSIONES del 6 de noviembre de 1985 al 31 de diciembre del año 1999 (fls. 38 a 42).

Conforme a ello, encuentra la Sala que si bien del formulario de afiliación a la AFP obrante a folio 99 se denota que la accionante al momento de suscribirlo dejó constancia que la selección del RAIS la hacía de manera libre y espontánea y que había sido asesorada sobre las implicaciones del

régimen especialmente del de transición en caso de ser beneficiaria del mismo, ello no significa que haya recibido la información suficiente por parte de la Administradora respecto de las consecuencias que conllevaba su decisión, pues pese a que no sea beneficiaria del régimen de transición lo que de plano desdibuja lo dicho en el formulario y menos aún, tenía una expectativa legítima, tal circunstancia no le impedía a la entidad cumplir con su obligación de informarle sobre las consecuencias tanto negativas como positivas que conllevaba su decisión, las pérdidas o ganancias en lo que a rendimientos podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, los casos en que procede la devolución de aportes, las diferentes modalidades de pensión, entre otros aspectos.

Aunado a ello, tampoco se evidencia que se le haya indicado la forma en que se calcularía la pensión esto es, con base en la modalidad y rendimientos recibidos y que porcentaje del aporte entraría a la cuenta y cual se destinaría para gastos de administración y seguros provisionales entre otros; pues si bien para la época del traslado no existía la obligación de elaborar una proyección del valor de la mesada, lo cierto es que para brindarle la asesoría sobre los aspectos en mención, no requería de la misma, máxime si uno de los argumentos para motivar el traslado era que la pensión sería más alta que en el régimen de prima media; luego si no podía efectuar una proyección su afirmación carecía de sustento, de ahí que no era viable afirmar un hecho que era incierto más aún, sino tenía pruebas de ello; de suerte que estaba obligada a explicarle las variables que podría tener la prestación con el paso del tiempo.

Ahora, si bien la demandante efectuó aportes voluntarios, tal situación no subsana la falta de información por el contrario, deja ver que solo se le explicó lo relativo a las ventajas del régimen, pues si bien se hicieron reuniones individuales y grupales con los asesores de PORVENIR S.A. en la empresa donde trabajaba la demandante, ello no implica que en las mismas se le hubiere suministrado toda la información necesaria, pues no obra constancia de ello, tampoco el hecho de ser una persona profesional, implique conocimiento en el tema, pues para ello estaba el asesor, para explicarle todo lo relacionado con el tema, habida cuenta que el deber de información data independientemente del grado de escolaridad y

conocimiento que sobre el tema tenga el afiliado, tampoco resulta relevante el hecho de que sus otras compañeras de trabajo se hubiere trasladado oportunamente, pues la actora tan solo supo de las consecuencias de su traslado al régimen de ahorro individual al llegar a la edad para pensionarse, pues es en este momento en que los afiliados se dan realmente cuenta de las implicaciones que surgieron al a ver escogido dicho régimen.

Bajo esa perspectiva es claro que la carga de la prueba le asistía a PORVENIR, pues es ella quien tenía que demostrar que tipo de información le dio a la demandante al momento de su traslado y si la misma fue verás, sin que el hecho de no ser beneficiaria del régimen de transición, incluida la firma del formulario, de por cierto que las circunstancias antes anotadas hayan sido de su conocimiento; de ahí que el traslado se torne ineficaz, máxime cuando la información que se le brindó trajo consigo únicamente las ventajas del RAIS dejando de lado las desventajas y demás aspectos que traía consigo su decisión.

De otro lado, en lo atinente a la publicación que milita a folio 118 efectuada en enero de 2004, la misma se hizo 5 años después de la afiliación de la accionante a la AFP; publicación ésta que sea de paso advertir se efectuó a nivel nacional, sin que se demuestre que la información allí contenida se le dio a conocer a la demandante de manera puntual esto es, la posibilidad de regresar al régimen de prima media si le faltaban más de 10 años para cumplir la edad para pensionarse, pues ello debió hacerlo de manera personal en la medida que se trataba de su futuro pensional o por lo menos, asegurarse que la actora tuvo conocimiento de la misma.

En cuanto a las consecuencias que implica el traslado en lo referente a COLPENSIONES, es claro que la aludida ineficacia trae consigo que ésta se obligue a recibir los aportes provenientes de la AFP y reactivar la afiliación de la actora al régimen administrado por aquella, como así lo indicó también la Corte Suprema de Justicia en la referida sentencia, reiterada en proveídos del 22 de noviembre de 2011 RAD: 33083 y del 3 de septiembre de 2014 RAD: 46292.

Consecuencias éstas que en nada afectan la estabilidad financiera del sistema y menos aún del ente de seguridad social, pues la ineficacia del traslado, implica entre otras cosas la devolución por parte de la AFP a COLPENSIONES de las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la seguradora, rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez y gastos de administración con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C. y demás rubros que posea la accionante en su cuenta de ahorro individual, con los cuales el ente de seguridad en su momento cubrirá las prestaciones a que haya lugar (sentencia del 8 de septiembre 2008, rad. 31989)

Prescripción

Sobre la excepción de prescripción, ha de advertirse que la solicitud de nulidad o ineficacia de la afiliación persigue en esencia un derecho pensional el cual es imprescriptible, por lo que someter su reclamación a un período determinado afecta gravemente los derechos fundamentales del afiliado, de ahí que el derecho de éste a elevar tal solicitud no prescriba.

Por lo anterior y sin más consideraciones, se **REVOCARÁ** la sentencia apelada y en su lugar, se **DECLARARÁ** la ineficacia del traslado que hizo la actora del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad a través de la AFP PORVENIR, con las consecuencias que ello implica.

COSTAS

En ambas instancias estarán a cargo de PORVENIR y COLPENSIONES, de conformidad con el numeral 4° del artículo 365 del CGP.

EN MÉRITO DE 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:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia apelada proferida por el Juzgado 31 Laboral del Circuito de Bogotá y en su lugar, **DECLARAR LA INEFICACIA** del traslado que hiciere la demandante del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad, conforme las razones expuestas en esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR a **PORVENIR S.A.** a trasladar a COLPENSIONES las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la seguradora, rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez y gastos de administración con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C. y demás rubros que posea la accionante en su cuenta de ahorro individual.

TERCERO: ORDENAR a **COLPENSIONES** que una vez reciba de la AFP los emolumentos indicados en el ordinal anterior, reactive la afiliación de la accionante al régimen de prima media con prestación definida y actualice la historia laboral con las cotizaciones devueltas.

CUARTO: DECLARAR no probada la excepción de prescripción.

QUINTO: COSTAS en ambas instancias a cargo de PORVENIR Y COLPENSIONES.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

AUTO DE PONENTE: se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de COLPENSIONES y PORVENIR, la suma de $900.000 pesos, para cada una.

República de Colombia

Rama Judicial
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
BOGOTÁ. D. C.
SALA LABORAL.

Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE JORGE ERNESTO LÓPEZ FERNÁNDEZ contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, COLMENA S.A. hoy PROTECCIÓN S.A. y OLD MUTUAL.

En Bogotá D. C. a los veintinueve (29) días del mes de enero de dos mil veintiuno (2021), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES

Pretende el señor **JORGE ERNESTO LÓPEZ FERNÁNDEZ,** se **declare** la existencia del vicio del consentimiento que indujo a error en la afiliación por falta de cumplir con el deber de información a cargo de COLMENA S.A. hoy PROTECCIÓN S.A., se **declare** que como consecuencia de la nulidad o invalidez del acta o formulario de afiliación suscrito por el demandante mediante el cual se afilió al régimen de ahorro individual, se **declare** que para efectos pensionales continúa afiliado al régimen de prima media. Como consecuencia de lo anterior, se **condene** a PROTECCIÓN S.A. a tener como nula e invalida el acta o formulario suscrito, se **condene** que para efectos pensionales continúa afiliado en el régimen de prima media administrado por COLPENSIONES, se **condene** a que OLD MUTUAL S.A. realice la devolución de los aportes al régimen de prima media, se **condene** ultra y extra petita y se **condene** al pago de costas y agencias en derecho (fl. 55 a 56).

Como hechos fundamento de las pretensiones (fl. 56 a 57), señaló que nació el 28 de septiembre de 1959, que estuvo afiliado a ISS hoy COLPENSIONES entre enero de 1985 al 31 de enero de 1999, que para el mes de enero de 1999 se encontraba laborando en la clínica de Traumatología y ortopedia y la invitación para afiliarse al fondo privado COLMENA se realizó inicialmente de manera grupal y fue visitado en varias oportunidades por asesores de dicha entidad, la oficina de recursos humanos en compañía de funcionarios en calidad de asesoramiento los reunieron de manera colectiva e individual y les dieron información sobre la manera de trasladarse y de la autorización dada por la empresa para que fueran visitados por asesores del fondo privado, que en principio fue visitado atendiendo la recomendación de las entidades que aducían ser una nueva y más rápida manera de pensionarse y que los fondos privados eran entidades más sólidas que el Seguro Social, que en las reuniones grupales se les informaba que el Seguro Social estaba en quiebra y que los fondos ofrecían diferentes opciones para pensionarse, que le fue prometido que en el fondo recibiría una mejor mesada pensional, así mismo, el fondo omitió el deber de información, por lo que el 24 de mayo de 2017 solicitó a OLDMUTUAL simulación pensional, siendo proyectada su mesada pensional a los 62 años de edad en la suma de $1.625.000 y la expectativa de la mesada pensional en el régimen de prima media correspondería a la suma de $9.921.359.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. contestó oponiéndose a las pretensiones de la demanda, en cuanto a los hechos manifestó no constarle ninguno, propuso como excepciones de fondo prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe y genérica (fls. 95 a 106).

PROTECCIÓN S.A. contestó también el libelo demandatorio oponiéndose de las pretensiones del mismo, en cuanto a los hechos manifestó ser ciertos los numerales 1, 9, 13 y 16, no ser ciertos los numerales 10, 11, 12, 14 y 15; y no constarle los demás, propuso como excepciones de fondo declaración de menara libre y espontanea del demandante al momento de la afiliación a la

AFP, ejercicio oportuno de retracto en el año 1998, prescripción, buena fe y genérica (fls. 121 a 134).

En cuanto a **COLPENSIONES** mediante auto del 2 de abril de 2018, la Juez tuvo por no contestada la demanda, al guardar silencio frente a la misma (fl.145).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 14 Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 16 de octubre de 2018 (CD – fl. 155 y 156), **absolvió** a las demandadas de las pretensiones de la demanda y se **abstuvo** de condenar en costas.

Fundamentó su decisión, indicando que el 28 de noviembre de 1998 el demandante suscribió un formulario de traslado al RAIS con PROTECCIÓN S.A., el cual se hizo efectivo a partir del 1° de febrero de 1999, que posteriormente, realizó varios traslados a diferentes administradoras de pensiones, observándose de la historia laboral consolidada que el 19 de noviembre de 2013, se vinculó a la demandada OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS entidad donde se encuentra afiliado actualmente, según historia laboral en el régimen de prima media cotizó un total de 2.096 días, esto es, 299 semanas entre el 3 de enero de 1985 al 31 de enero de 1999 y en el RAIS registra en diferentes administradoras 655.86 semanas de cotización.

Establece la sentenciadora que, al no ser beneficiario del régimen de transición por tiempo de servicios, no acredita 15 años de cotización a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, además de contar con más de 10 años para cumplir la edad para pensionarse, quedando inmediatamente inmerso en la prohibición de traslado en el régimen 797 de 2003, sino fuera porque alega que ese régimen de traslado se encuentra nulo por falta del deber de información sobre características del RAIS, condiciones y requisitos para acceder a las prestaciones económicas, modalidades de pensión, diferencias con el régimen de prima media, negociación del bono, entre otras, aspectos que se encuentran señalados en el artículo 51 y siguientes de la Ley 100 de 1993, advirtiendo la *a quo* que en tal sentido no

existe ningún vicio del consentimiento que le reste validez al acto jurídico y que conlleve su nulidad.

Como tampoco lo es el hecho de que no se le hubiera mostrado acerca del posible monto pensional, toda vez que al estar en el régimen de ahorro individual depende de variables como del rendimiento financiero, además que esa obligación solamente surgió a partir del Decreto Ley 1748 de 2014, luego no podía predicarse que no se cumplía con esa obligación, cuando para ese momento no existía, por lo tanto, no se daban los fundamentos fácticos señalados jurisprudencialmente.

APELACIÓN

La parte demandante interpuso recurso de apelación, manifestando que se ratificaba en lo solicitado en la demanda, toda vez que sí existía obligación de las administradoras de pensiones ofrecer información eficaz, oportuna y eficiente, sobre los aspectos pensionales que afectan al afiliado al momento de tomar su decisión, información que debía haberse brindado de manera completa en todas las áreas; tanto negativas como positivas, información que no se presentó en esos términos dentro del presente asunto, ni previa, ni durante el proceso, considerándose que la sola marcación de una casilla en el formulario de afiliación, no era prueba de que PROTECCIÓN S.A. hubiera brindado dicha información como la establecía la Ley, no cumpliendo con este deber, ni con el deber del buen consejo, información necesaria para que no incurriera en ningún tipo de engaño y generar ilusiones que son contrarias a la realidad.

De otro lado, al ser la afiliación un acto libre y voluntario, la misma no podía estar coaccionada, de manera que debía otorgarse una información completa, oportuna, eficiente y eficaz en donde se dejará al afiliado debidamente instruido de la manera como se podía pensionar, sus modalidades y requisitos, si bien para ese momento la administradora no podía hacer ejercicios financieros para determinar el monto de la pensión, desde la fundación de su negocio podía establecer y explicar qué capital se requería para acceder a la pensión mínima y otras variables técnicas y financieras que no solamente la establecía la Ley, razones por las cuales se cumple con lo

expuesto jurisprudencialmente frente al deber de información, demostrándose así que sí existió una nulidad de traslado por falta de consentimiento.

CONSIDERACIONES

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad que hizo el demandante a través de la AFP PORVENIR es ineficaz por falta de información y si como consecuencia de ello, hay lugar a trasladar a COLPENSIONES los dineros, frutos, rendimientos y demás emolumentos que posee el actor en su cuenta de ahorro individual.

Previo a resolver lo pertinente, debe precisar la Sala que si bien es cierto en la demanda se solicitó la nulidad del traslado de régimen por falta de información al momento en que el accionante se trasladó al RAIS, lo cierto es que tal circunstancia debe abordarse desde su ineficacia y no mediante la nulidad, toda vez que resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, como así lo ha indicado la Corte Suprema de Justicia de manera reiterada entre otras en las sentencias con radicado Nº 31.989 del 8 de septiembre del 2008 y en la SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

Ineficacia del traslado de régimen por falta de información

Sobre el tema, la Corte Suprema de Justicia en sentencias del 22 de noviembre de 2011 RAD: 33083, del 3 de septiembre de 2014 RAD: 46292, del 18 de octubre de 2017 SL 17595 y en la más reciente SL 1452 del 3 de abril de 2019 RAD: 68852, en lo que a la información que las AFP deben suministrar a sus afiliados y demás aspectos relacionados con ello, indicó que es obligación de las administradoras de fondos de pensiones suministrar la información completa para que el afiliado tome la decisión respecto del cambio de régimen e incluso, la de anteponer los derechos del trabajador sobre su interés propio de ganar un afiliado, pues el hecho de firmar el

formulario de afiliación no implica *per se*, que el traslado se haya realizado de manera libre, voluntaria e informada en tanto tal expresión solo se refiere al consentimiento que debe dar la persona para el mismo lo cual no prueba que la información se haya suministrado; luego son dichas entidades quienes tienen la carga de la prueba en demostrar que brindaron la información en los términos anotados en la jurisprudencia en comento, a más que no es necesario que quien predica la nulidad o ineficacia de su traslado, deba tener una expectativa legitima para pensionarse o ser beneficiario del régimen de transición, de ahí que los argumentos expuestos en este último evento por el *a quo*, no encuentren sustento alguno.

Descendiendo al caso objeto de estudio, se tiene que el señor JORGE ERNESTO LÓPEZ FERNÁNDEZ el 22 de diciembre de 1998 (fl. 120), se trasladó del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad a través de la AFP COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A. afiliación que surtió efectos a partir del 1° de febrero de 1999, afiliándose posteriormente a diferentes administradoras de pensiones del RAIS, encontrándose afiliado en la actualidad en OLD MUTUAL, efectuando cotizaciones en éste régimen desde febrero de 1999 a la fecha (fl.86 a 87). Así mismo, aportó al régimen de prima media con prestación definida a través del ISS hoy COLPENSIONES desde el 3 de enero de 1985 al 31 de enero de 1999 (fl. 86).

Conforme a ello, encuentra la Sala que si bien del formulario de afiliación a la AFP COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A. obrante a folio 117 v/to se denota que el accionante al momento de suscribirlo dejó constancia que la selección del RAIS la hacía de manera libre y espontánea y que había sido asesorada sobre las implicaciones del régimen especialmente del de transición en caso de ser beneficiaria del mismo, ello no significa que haya recibido la información suficiente por parte de la Administradora respecto de las consecuencias que conllevaba su decisión, pues pese a que no sea beneficiario del régimen de transición lo que de plano desdibuja lo dicho en el formulario y menos aún, tenía una expectativa legítima, tal circunstancia no le impedía a la entidad cumplir con su obligación de informarle sobre las consecuencias tanto negativas como positivas que conllevaba su decisión, las pérdidas o ganancias en lo que a rendimientos podría tener su ahorro,

la redención del bono pensional, los casos en que procede la devolución de aportes, las diferentes modalidades de pensión, entre otros aspectos.

Aunado a ello, tampoco se evidencia que se le haya indicado la forma en que se calcularía la pensión esto es, con base en la modalidad y rendimientos recibidos y que porcentaje del aporte entraría a la cuenta y cual se destinaría para gastos de administración y seguros provisionales entre otros; pues si bien para la época del traslado no existía la obligación de elaborar una proyección del valor de la mesada, lo cierto es que para brindarle la asesoría sobre los aspectos en mención, no requería de la misma, máxime si uno de los argumentos para motivar el traslado era que la pensión sería más alta que en el régimen de prima media; luego si no podía efectuar una proyección su afirmación carecía de sustento, de ahí que no era viable afirmar un hecho que era incierto más aún, sino tenía pruebas de ello; de suerte que estaba obligada a explicarle las variables que podría tener la prestación con el paso del tiempo.

Bajo esa perspectiva es claro que la carga de la prueba le asistía a PROTECCIÓN S.A., pues es ella quien tenía que demostrar que tipo de información le dio al demandante al momento de su traslado y si la misma fue verás, sin que el hecho de no ser beneficiario del régimen de transición, incluida la firma del formulario, de por cierto que las circunstancias antes anotadas hayan sido de su conocimiento; de ahí que el traslado se torne ineficaz, máxime cuando la información que se le brindó trajo consigo únicamente las ventajas del RAIS dejando de lado las desventajas y demás aspectos que traía consigo su decisión.

En cuanto a las consecuencias que implica el traslado en lo referente a COLPENSIONES, es claro que la aludida ineficacia trae consigo que ésta se obligue a recibir los aportes provenientes de la AFP y reactivar la afiliación del actor al régimen administrado por aquella, como así lo indicó también la Corte Suprema de Justicia en la referida sentencia, reiterada en proveídos del 22 de noviembre de 2011 RAD: 33083 y del 3 de septiembre de 2014 RAD: 46292.

Consecuencias éstas que en nada afectan la estabilidad financiera del sistema y menos aún del ente de seguridad social, pues la ineficacia del traslado, implica entre otras cosas la devolución por parte de la AFP a COLPENSIONES de las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la seguradora, rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez y gastos de administración con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C. y demás rubros que posea la accionante en su cuenta de ahorro individual, con los cuales el ente de seguridad en su momento cubrirá las prestaciones a que haya lugar (sentencia del 8 de septiembre 2008, rad. 31989)

Prescripción

Sobre la excepción de prescripción, ha de advertirse que la solicitud de nulidad o ineficacia de la afiliación persigue en esencia un derecho pensional el cual es imprescriptible, por lo que someter su reclamación a un período determinado afecta gravemente los derechos fundamentales del afiliado, de ahí que el derecho de éste a elevar tal solicitud no prescriba.

Por lo anterior y sin más consideraciones, se **REVOCARÁ** la sentencia apelada y en su lugar, se **DECLARARÁ** la ineficacia del traslado que hizo el actor del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad a través de PROTECCIÓN S.A., con las consecuencias que ello implica.

COSTAS

En ambas instancias estarán a cargo de PROTECCIÓN S.A., OLD MUTUAL y COLPENSIONES, de conformidad con el numeral 4° del artículo 365 del CGP.

EN MÉRITO DE 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:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia apelada proferida por el Juzgado 14 Laboral del Circuito de Bogotá y en su lugar, **DECLARAR LA INEFICACIA** del traslado que hiciere el demandante del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad, conforme las razones expuestas en esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR a **PROTECCIÓN S.A.** a trasladar a COLPENSIONES las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la seguradora, rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez y gastos de administración con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C. y demás rubros que posea la accionante en su cuenta de ahorro individual.

TERCERO: CONDENAR a **OLD MUTUAL** traslade a COLPENSIONES las sumas descontadas al demandante por concepto de gastos de administración, comisiones y seguros provisionales, durante su permanencia en dicho fondo.

CUARTO: ORDENAR a **COLPENSIONES** que una vez reciba de las AFPS los emolumentos indicados en el ordinal anterior, reactive la afiliación del accionante al régimen de prima media con prestación definida y actualice la historia laboral con las cotizaciones devueltas.

QUINTO: DECLARAR no probada la excepción de prescripción.

SEXTO: COSTAS en ambas instancias a cargo de PROTECCIÓN S.A., OLD MUTUAL y COLPENSIONES.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

AUTO DE PONENTE: se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de PROTECCIÓN S.A., OLD MUTUAL y COLPENSIONES, la suma de $900.000 pesos, para cada una.

República de Colombia

Libertad y Orden

Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL

Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.

PROCESO ORDINARIO LABORAL de JORGE ALBERTO URREGO NOVOA contra EMPRESA INVERSIONES EL ESTADIO S.A.S.

En Bogotá D. C. a los veintinueve (29) días del mes de enero de dos mil veintiuno (2021), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente:

S E N T E N C I A

LO PRETENDIDO EN LA DEMANDA

Solicita el señor **JORGE ALBERTO URREGO NOVOA** se **declare** la existencia de un contrato laboral a término indefinido con la empresa demandada desde el 16 de noviembre de 2012 al 15 de junio de 2015, se **declare** que el contrato fue terminado de manera unilateral por el empleador al no cancelarle los salarios y demás pretensiones. Como consecuencia de lo anterior, sea **condenada** al pago de salarios, cesantías, intereses a las cesantías, vacaciones y prima de servicios, se **condene** a la sanción por no consignación a las cesantías, aportes a seguridad social en pensión y salud; y se **condene** al pago costas del proceso (fls.61 a 64).

Los hechos fundamento de las pretensiones se observan a fls. 59 a 61 del plenario en los cuales se señalaron en síntesis que empezó a laborar para la demandada desde el mismo día en que se dio apertura a la estación de gasolina de Girardot, es decir, desde el 16 de noviembre de 2012, ya que fue nombrado como administrador, que en la asamblea del 14 de enero de 2015, fue nombrado representante legal de la empresa demandada y a su vez fungía como administrador con carga laboral, que laboró para la empresa hasta el 15 de junio de 2015, que se pactó inicialmente un salario en la suma de $3.000.000 más una comisión por ventas

de 75 pesos por galón a partir de la venta que superará los 42.000 galones mensuales, que siempre recibió órdenes por parte del representante legal de la empresa, que nunca tuvo llamados de atención, que la empresa demandada le dejó de cancelar los salarios del 16 enero de 2015 al 16 de junio de 2015, de manera que se le adeuda la suma de $15.000.000, como también se le adeuda prestaciones sociales durante toda la relación laboral.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

La **EMPRESA INVERSIONES EL ESTADIO S.A.S.** presentó escrito de contestación, sin embargo, mediante auto de fecha 5 de abril de 2017, se tuvo **por no contestada** al haberse presentado de manera extemporánea (fl.115).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia del 11 de septiembre de 2018, el Juzgado 12 Laboral del Circuito de Bogotá, **absolvió** a la demandada de todas y cada una de pretensiones de la demanda, **declaró** probada la excepción de inexistencia del contrato y se **abstuvo** de condenar en costas **(CD fl.136)**

Como **argumento de su decisión**, indicó el *a quo* que la parte demandada manifestaba que existían diferentes contratos de compraventa de acciones por parte de la SOCIEDAD INVERSIONES EL ESTADIO, por lo que dicha sociedad estaba compuesta por acciones simplificadas de las cuales hacía parte INVERSIONES DALOMA SAS, cuyo representante legal era el señor Jorge Alberto Urrego Novoa.

Conforme a lo anterior, el *a quo* argumentó que al tenor de lo dispuesto en los artículos 98 y siguientes del Código de Comercio, en los contratos de sociedad dos o más personas se podían obligar a hacer su aporte ya sea en dinero, trabajo, o en otros bienes apreciables en dinero, con el fin de repartirse entre sí las utilidades obtenidas en la empresa o actividad social, siendo así, el aporte a una sociedad no necesariamente tiene que ser en un medio de producción, o en bienes de carácter fungible, sino que también esos aporte podían ser en trabajo y dicha condición no mutaría las relaciones jurídicas a una relación laboral.

Indicó también, el Juez de primera instancia que, si bien podía darse la concurrencia de contratos al tenor de lo dispuesto en el artículo 25 del CST, por lo que podía existir la posibilidad de una relación de trabajo en concurrencia con la condición de socio en

una empresa. Sin embargo, teniendo en cuenta las pruebas aportadas al proceso las mismas no daban cuenta de dicha condición, teniendo en cuenta que se observaba de la documentación incorporada al plenario, que se establecieron condiciones diferentes, como la entrega del cargo de gerencia administrativa, de dineros o de rendiciones de cuentas, frente a gestiones administrativas, en este sentido no se observaba que esa condición mutará las circunstancia de accionista, para convertirlo de manera concurrente en una relación de carácter laboral.

Por otra parte, señala el sentenciador que los controles que se estaban haciendo respecto de la formación y/o gestión, no obedecían a la imposición de reglamentos, o la instrucción u órdenes determinadas, precisamente la documentación lo que permitía evidenciar era que existían diferentes rendiciones de cuentas, al tenor de las normas comerciales correspondientes, no desde el punto de vista laboral siguiendo o sujetándose a órdenes, aduce también que de las documentales obrantes a folios 11 a 13 correspondiente a nóminas, seguridad social y demás elementos no se podía establecer que los mismos hubieran sido cancelados directamente al demandante en ejecución de una relación laboral de trabajo, también señala que si bien podría hablarse de una prestación personal del servicio, de las actas de asamblea no se podía ver que la actividad desplegada por el actor correspondiera a una actividad de carácter laboral, sino a una actividad comercial en la cual no solamente se incorporaba capital a la sociedad, sino también de la ejecución de un trabajo determinado. Agregando, que del acervo probatorio simplemente se establecían parámetros de gestión administrativa para los años 2013 y 2014, sin que ello permitiera establecer un salario o comisiones, como tampoco el hecho del despido o la decisión unilateral en este caso de la sociedad demandada, frente a la recisión del contrato que se estaba alegando.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión la **parte demandante** interpuso recurso de apelación, manifestando que la demanda se contestó de manera extemporánea, adicionalmente de la documentación allegada, se tenía que el demandante no había sido inversionista, sino que había sido representante legal nombrado, debía tenerse también en cuenta que de las declaración de los testigos quedaba claro que él había trabajado para esa empresa y se recibía órdenes como administrador, no como representante legal sino como empleado, como administrador del establecimiento de comercio Inversiones del Estadio, debía tenerse también en cuenta que los inversionistas de dicha sociedad lo era el señor Waldin y las personas que le daban las órdenes , que posteriormente, fue

nombrado como representante legal en donde se pactó un salario, además la comisión que se daba por la venta mensual que superaba los 42 mil galones.

A parte, como administrador también tenía la facultad de contratar y de pagar, quedaba también claro que su contrato había sido de carácter verbal, sin que la parte demandada diera contestación a la demanda, como tampoco se habían dado declaraciones a su favor, quedando demostrado que durante casi 2 años estuvieron evadiendo el proceso, incluso en tres oportunidades hablaron de conciliación, solicitando aplazamiento de la misma audiencia, pero esto solamente lo hicieron por evadir y demorar el proceso. Quedando también demostrado dentro del proceso que los salarios sí se recibieron, no como inversionista sino como empleado, porque para esa época no era inversionista, sino representante legal, siendo entonces que para ser representante legal no necesita ser socio, por tal motivo solicita se revoque la decisión de primera instancia.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

En consonancia con los recursos de alzada corresponde a esta Sala de decisión determinar si entre el demandante y la sociedad demandada existió una relación laboral la cual se ejecutó entre el 16 de noviembre de 2012 al 15 de junio de 2015, desempeñándose como administrador de la estación de gasolina de propiedad de la sociedad accionada ubicada en el Municipio de Girardot- Cundinamarca y como representante legal de sociedad demandada, en caso afirmativo, si hay lugar al reconocimiento de acreencias laborales y si operó o no la excepción de prescripción.

Existencia de la relación laboral

Al respecto, se tiene que el artículo 24 del CST establece *"se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo"*. Así pues, bastaría al trabajador, probar con suficiente rigor la prestación del servicio, para amparar dicha relación bajo las características de un contrato laboral, correspondiéndole al empleador, en consecuencia, desvirtuar su existencia objetando bien sea el tipo de prestación personal de trabajo, o bien, la existencia de subordinación laboral.

Es así, como en el presente asunto, obra plena operancia de la presunción del antedicho artículo 24 CST, por lo cual es obligación de la parte pasiva desvirtuar la existencia de un contrato laboral, cabe recordar que el elemento diferenciador entre el contrato de trabajo y el de prestación de servicios es la subordinación jurídica del trabajador respecto del empleador, por lo tanto, es al empleador a quien le corresponde desvirtuarlo, así lo señaló la CSJ SL en la sentencia SL 2171-2019.

Precisado lo anterior, pasa la Sala analizar las pruebas aportadas al proceso, de la prueba documental se encuentra los informes efectuados por el actor como gerente administrativo de la estación de servicio de gasolina ubicado en el Municipio de Girardot los cuales datan desde el año 2014, se encuentra también acta de entrega del cargo como gerente administrativo ocupado por el actor de fecha 16 de enero de 2015, informe de gestión admirativa del periodo comprendido entre el 16 de noviembre de 2012 al 31 de diciembre 2014, emitido por el actor y dirigido a la Asamblea General de INVERSIONES S.A.S., Certificado histórico de nombramiento de representante legal expedido por Cámara y Comercio del 14 de septiembre de 2016, donde aparece que por acta del 14 de enero de 2015, se nombró al actor como representante legal suplente de SOCIEDAD INVERSIONES EL ESTADIO, cargo que ocupó hasta el 29 de marzo de 2016 (fls. 2 al 58).

Se encuentra también un acta de asamblea general de la SOCIEDAD INVERSIONES EL ESTADIO SAS de fecha 10 de mayo de 2012, donde se indica que el actor funge en calidad de representante legal de la SOCIEDAD INVERSIONES DALOMA SAS, la cual a su vez es socia de la sociedad demandada, se aportó también contratos de compraventa de acciones de SOCIEDAD INVERSIONES EL ESTADIO S.A.S. en las cuales el actor actúa en calidad de representante legal de la SOCIEDAD INVERSIONES DALOMA SAS socia de la demandada, se adjuntó actas de reunión (ordinarias y extraordinarias) en las cuales relacionan al actor como socio de la SOCIEDAD INVERSIONES EL ESTADIO S.A.S., existe otra acta de fecha 10 de noviembre de 2015 (fl.110), en la cual se aprueba una cesión de acciones de la SOCIEDAD INVERSIONES DALOMA SAS al señor WALDIN JESÚS RIVADENEIRA PINTO, deduciéndose de su redacción que el señor JORGE URREGO actuaba en calidad de representante legal de la SOCIEDAD INVERSIONES DALOMA SAS como socia de la demandada.

Declararon a favor del actor los señores JOSÉ EMERSON CABEZAS y ERNESTO BORDA, el primero manifestó que el señor JORGE ALBERTO URREGO había sido su jefe en la estación de servicio de propiedad de la demandada ubicada en Girardot –

Cundinamarca, que ingresó a laborar allí el 22 de noviembre de 2012 y que fue contratado por el demandante trabajando en dicho lugar hasta el 23 de noviembre de 2014, que las ordenes eran impartidas por el promotor del proceso y era la persona encargada de realizarle los pagos, también manifiesta la permanencia del actor en el establecimiento de comercio. El señor ERNESTO BORDA manifestó que conoció al demandante a mediados de 2013, porque trabajaba en un predio que quedaba al frente de la bomba TERPEL lugar donde permanecía el señor URREGO en calidad de administrador y después le colaboró como jardinero en el año 2013, hasta mediados de 2015.

Teniendo en cuenta las probanzas arrimadas al proceso, esta Colegiatura difiere de las razones señaladas por el *a quo* para establecer que no se acreditó la existencia de una relación laboral, por los siguientes motivos; en primera medida no queda claro que el actor haya fungido como socio de la sociedad demandada durante los extremos mencionados en la demanda, toda vez que lo que se observa de la documental anexa es que éste fungió como representante legal suplente de la sociedad demandada a partir del 14 de enero de 2015, también se observa que el demandante actuaba como representante legal de la SOCIEDAD INVERSIONES DALOMA SAS la cual era socia de la EMPRESA INVERSIONES EL ESTADIO S.A.S., sin que de lo aportado se logre evidenciar claramente que el señor URREGO tuviere la calidad de socio de INVERSIONES EL ESTADIO S.A.S. o de INVERSIONES DALOMA SAS, pues de las actas de asamblea a las que hace referencia el *a quo* no se especifica que actuara en calidad de persona natural como socio, por el contrario, de la redacción de dichas actas lo que deja ver es que el actor actuaba era en calidad de representante legal de INVERSIONES DALOMA SAS. Al tenor de lo señalado, era deber de la demandada aportar al proceso prueba contundente con la cual se demostrará que efectivamente el demandante durante los extremos alegados fungía como socio de la empresa y, por consiguiente, la actividad como administrador lo fue en su calidad de socio, sin que existiera una relación laboral.

Así mismo, le correspondía demostrar que su aporte como socio fue un aporte industrial, motivo por el cual administraba la estación de servicio ubicado en Girardot-Cundinamarca como forma de contribución a la sociedad y con ello poderse descartar la existencia de una relación laboral, tal y como lo ha tenido por sentado la jurisprudencia laboral desde tiempo atrás, aspecto que se hubiera podido demostrar con los estatutos de la sociedad o a través de las asambleas de accionistas, prueba de la cual carece el proceso, frente a lo mencionado valga la pena traer a colación la

sentencia SL 1962 del 19 de mayo de 2020, rad. 67986, en la cual se hizo alusión a la sentencia del 16 marzo de 1962, Gaceta Judicial Tomo XCVIII, nº 2251-2255, pág. 599-604, en la cual la Corte explicó:

> *"La jurisprudencia de casación laboral ha admitido, en cuanto a las sociedades anónimas, que entre un socio y la sociedad de que es accionista puede haber una relación de trabajo siempre que se den los elementos característicos de ésta, a saber: actividad personal, subordinación o dependencia y remuneración. Respecto de las sociedades de personas se ha llegado a aceptar un criterio análogo, pero sólo en determinadas circunstancias. Concretamente, sobre las sociedades de responsabilidad limitada, se ha dicho:*
>
> *"… en tratándose de una sociedad de responsabilidad limitada no parece jurídicamente posible que coexistan las calidades de socio y de empleado en la misma persona. La afectio societatis, fundamental para la existencia de la sociedad y la subordinación, esencial para el contrato de trabajo, son antitéticas porque parten de supuestos contrarios y van hacia fines distintos. La primera es el resultado del convenio de varias personas que resuelven poner capital u otros efectos en común con el objeto de repartirse entre sí las ganancias o pérdidas resultantes de la especulación. La segunda supone un contrato por el cual la persona se pone al servicio y bajo las órdenes de otra mediante una remuneración. Aquélla supone igualdad jurídica y jerárquica entre los contratantes. Esta parte de la base de la desigualdad nacida no sólo de la distinta posición económica de los contratantes sino del derecho de propiedad que sobre la empresa tiene el patrono y que determina la jerarquización administrativa y la correspondiente facultad de mando. En la sociedad, el que aporta trabajo o industria, se despoja de él para entregarlo a una empresa de beneficio común y su labor estará siempre enderezada a velar porque la marcha de los negocios responda en beneficios proporcionales a su aporte. En el contrato de trabajo, el que lo presta está primordialmente interesado en la defensa de su salario a través del cumplimiento de sus obligaciones, pero es ajeno al resultado de los negocios de la empresa" (Sentencia del 25 de febrero de 1955, Guillermo Echavarría Arango contra Compañía de Calzado, Limitada).*
>
> *Mas, en el fallo que acaba de citarse, se expresa lo siguiente:*
>
> *"No puede, sin embargo, de todo lo anterior, rechazarse de plano la posibilidad de que el socio de una sociedad de responsabilidad limitada pueda ser su empleado, esto es, que a más de sus obligaciones inherentes a la calidad de socio, se encuentre subordinado a la entidad misma a través de servicios personales.* ***Ello puede ocurrir, por ejemplo, y en el caso del socio industrial, cuando, con prescindencia de los servicios que precisamente se obligó a prestarle a la firma a título de aporte en industria, se conviene con él el suministro de otros de diferente índole, mediante remuneración especial, y quedando subordinado a las órdenes e instrucciones de los órganos de mando de la firma. En tal caso, pueden distinguirse claramente las dos calidades con las facultades y obligaciones que caracterizan a cada una, y aplicarles, respectivamente, las disposiciones legales que les sean pertinentes****."*
>
> *Y en sentencia del 24 de marzo de 1956, se dijo:*
>
> *"Sostiene el recurrente que la calidad de socio y de agente de la sociedad hacen imposible que exista contrato de trabajo con la misma, pero tal afirmación no resulta rigurosamente exacta, ya que ella es cierta cuando la gestión se hace en razón del aporte social en el caso del socio industrial, o se hace en razón de la facultad de administración de los socios en la de responsabilidad limitada, pero cuando el servicio prestado es distinto del prometido como aporte o es ajeno a la facultad administrativa del socio de la de responsabilidad limitada, puede haber contrato de trabajo."*
>
> *"…* ***es conveniente advertir que el socio capitalista como tal, no puede ser empleado, pero no repugna que un socio capitalista que además de serlo preste servicios a la sociedad, pueda llegar a tener el doble carácter que el impugnador rechaza, pues la actividad en beneficio de la persona jurídica, sin que sea propia del convenio social, puede dar lugar a una relación laboral****. (Simón Romero Villalba contra Transportes Bolívar Limitada).*

> *De los fallos anteriormente transcritos, cuyos puntos de vista acoge en lo esencial esta Sala, se deduce lo siguiente:*
>
> *1º Si el socio de una sociedad de responsabilidad limitada presta su actividad en beneficio de ésta, en desarrollo de las facultades de administración que le competen de acuerdo con el convenio social, tal actividad no se rige por las normas del contrato de trabajo; y*
>
> *2º Si el servicio que presta un socio es ajeno a las facultades administrativas y de representación, entre él y el ente social puede existir contrato de trabajo, si, por otra parte, hay subordinación del socio respecto de la sociedad.*

Por ende, al haberse demostrado por parte del actor la prestación personal del servicio, le incumbía al demandado acreditar los aspectos antes referidos, adicional a lo mencionado, llama la atención de la Sala el acta de reunión ordinaria y extraordinaria de socios de fecha 14 de enero de 2015, pues allí se indica de manera textual "*así mismo, se deja constancia que el señor JORGE ALBERTO URREGO NOVOA, se le han cancelado todos los salarios y prestaciones sociales que tenía derecho hasta el 31 de diciembre de 2014, por parte de la empresa INVERSIONES EL ESTADIO S.A.S., declarando paz y salvo a la mencionada empresa*" (fl.101). Demostrándose con ello, que la actividad desplegada por el actor como gerente administrador en la empresa demandada se ejecutó bajo un contrato de carácter laboral, de manera que los informes aportados por el demandante no se dieron en calidad de socio administrador como lo tuvo por sentado el *a quo*, aspecto que además se corrobora con lo dicho por los testigos que declararon a su favor, quienes conocieron de manera directa la labor ejercida por el señor URREGO en el Municipio de Girardot- Cundinamarca. Así las cosas, no cabe duda que la accionada no cumplió con la carga probatoria que le concernía, sin que sea cierto lo señalado en su escrito de demanda, que además fue presentada de manera extemporánea y se tuvo por no contestada, al referirse que el administrador de INVERSIONES EL ESTADIO S.A.S. desde el año 2012 a 2014, fue el señor MAURICIO DEMETRIO RUBIANO PORRAS, pues de la misma acta de entrega del cargo de gerente administrativo de fecha 16 de enero de 2015, se establece que el actor entrega su cargo al señor MAURICIO DEMETRIO RUBIANO PORRAS (fl.14), lo cual deja sin sustento su dicho, adicionalmente téngase en cuenta que en la audiencia en la cual se evacuaría el interrogatorio de parte del representante legal de la sociedad éste no asistió, lo cual lleva consigo un indicio grave en su contra como lo advirtió el Juez en la audiencia celebrada el 11 de septiembre de 2018, aspectos que no pueden pasarse por alto. Por tales motivos se **REVOCARÁ** la decisión de primera instancia y en su lugar se **DECLARARÁ** la relación laboral solicitada.

Extremos laborales, salario y comisiones por venta

En cuanto al **extremo inicial** refiere el demandante que la relación laboral inició el 16 de noviembre de 2012, lo cual se acompasa con lo dicho por el testigo JOSÉ EMERSON CABEZAS, quien manifestó que fue vinculado para trabajar en la estación de servicio de Girardot por parte del demandante el 22 de noviembre de 2012, comprobándose con ello que el actor para dicho momento ya se encontraba laborando en dicho establecimiento, de manera que la fecha mencionada por el demandante se encuentra dentro del límite temporal aducido por el declarante, de igual manera, de la documental obrante a folios 36 a 40, se encuentra escrito dirigido a la asamblea de accionistas de INVERSIONES EL ESTADIO S.A.S. suscrita por el actor, en la que se menciona que su gestión como administrador perduró desde el 16 de noviembre de 2012 al 31 de diciembre de 2014, sin que la misma fuera tachada de falsa, razón por se tomará **16 de noviembre de 2012** como extremo inicial de la relación laboral.

Ahora, como **extremo final** se tendrá el **16 de enero de 2015**, momento en el cual el actor hizo entrega de su cargo como Gerente Administrativo, toda vez que no existe dentro del plenario prueba alguna que acredite que el demandante continuó ejerciendo labores a favor de la demandada más allá del 16 de enero de 2015, ya que si bien de las pruebas aportadas se tiene que el demandante fue nombrado el 14 de enero de 2015, como representante legal suplente, no se encuentra acreditado con la documental allegada que se hubiere prestado personalmente sus servicios en dicho cargo de enero a junio de 2015.

En cuanto al **salario** aduce el promotor del proceso que se pactó una suma de $3.000.000, sin embargo, tampoco existe constancia clara dentro del plenario que así lo acredite, por lo que al no tenerse certeza del salario real devengado durante la vigencia de la relación laboral se tomará el SMLMV de cada año laborado, en lo que se refiere a las **comisiones por venta** las cuales estipula que se pactó la suma de $75 pesos por galón a partir de la venta que superara los 42.000 galones mensuales, si bien aporta cuadro comparativo de compras de combustible, así como cuadro de ventas de galones por mes, de la misma no se desprende que se haya pactó la comisión a la que hace referencia el actor, pues para tener en cuenta dicho reconocimiento debe existir prueba contundente que así lo demuestre, aspecto con la cual no se cuenta, por lo tanto, se **negará** este reconocimiento.

Salarios no cancelados

En cuanto a esta pretensión, se tiene que la misma no tiene vocación prosperidad teniendo en cuenta que el actor pretende el reconocimiento de los salarios correspondientes entre el 15 de enero al 15 de junio de 2015, sin embargo, como bien se mencionó con antelación no existe constancia de la prestación personal del servicio durante dicho interregno.

Acreencias laborales y prescripción

Previo a entrar a establecer las condenas respecto de las acreencias laboral legales, es necesario estudiar la **excepción de prescripción** teniendo en cuenta lo dispuesto en los artículos 488 del CST y 151 del CPT y de la S.S., en donde se establece que el actor cuenta con 3 años para demandar o para interrumpir el término prescriptivo desde el momento en que el derecho se hace exigible, que el presente caso lo es a partir de la terminación del contrato, el cual ocurrió el 16 de enero de 2015 y teniendo en cuenta que la demanda se radicó el 10 de octubre de 2016 (fl.68), es claro no operó tal fenómeno.

Explicado lo anterior, pasa la Sala analizar si se adeudan las acreencias laborales solicitadas en líbelo introductor, para lo cual es dable traer a colación nuevamente el acta de reunión ordinaria y extraordinaria de socios de fecha 14 de enero de 2015, donde se indica que al señor JORGE ALBERTO URREGO NOVOA, se le han cancelado todos los salarios y prestaciones sociales a los que tenía derecho hasta el 31 de diciembre de 2014, por parte de la empresa INVERSIONES EL ESTADIO S.A.S., declarándose paz y salvo la mencionada empresa, documento que se encuentra firmado por el actor y el cual no fue desconocido, ni tachado de falso, entendiéndose con el mismo que la sociedad demandada no le adeuda al demandante ni salarios, ni prestaciones sociales desde el inicio de la relación laboral hasta el 31 de diciembre de 2014, por lo que tan solo se adeudaría los 16 días del mes de enero de 2015, así como también se deberá reconocer las vacaciones durante toda la relación laboral teniendo en cuenta que este concepto no hace parte de una prestación social sino que corresponde a un descanso remunerado de carácter salarial. Por consiguiente, corresponde reconocerle al señor JORGE ALBERTO URREGO, las siguientes sumas y conceptos:

Vacaciones de toda la relación laboral: $ 651.592
Cesantías 2015 $26.845,83
Intereses a las cesantías 2015: $134,23
Prima de servicios legales 2015: $26.845,83

DE LOS APORTES AL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL INTEGRAL.

Pensión – Como quiera que de conformidad con el art. 15 de la Ley 100 de 1993 (modificado por el art. 3 de la Ley 797/2003) son afiliados en forma obligatoria al sistema general de pensiones, todas aquellas personas vinculadas mediante contrato de trabajo, y que el artículo 17 ibídem dispone la obligatoriedad de las cotizaciones al régimen del sistema general de pensiones, al encontrarse acreditado el vínculo laboral entre la demandante y la sociedad demandada, como fue indicado al inicio de esta decisión, era obligación de ésta la afiliación del ex trabajador al sistema general de seguridad social en pensiones.

Por lo anterior, teniendo en cuenta que no se demostró que se hubiera afiliado al actor a un fondo de pensiones por parte de la sociedad demandada, forzoso resulta condenarla a realizar la afiliación del señor JORGE ALBERTO URREGO al Fondo de Pensiones de su escogencia y el consecuente pago de la reserva actuarial que determine dicho fondo de pensiones desde el 16 de noviembre de 2012 al 16 de enero de 2015, teniendo como salario base el SMLMV.

Salud– En relación con esta temática, la Corte Suprema de Justicia ha considerado que al trabajador no le es dable solicitar que se le cancelen directamente los aportes que en su oportunidad no efectuó el empleador. Además, tal y como fue indicado en sentencia SL 3009-2017 del 15 de febrero de 2017, *"lo que procede frente al hecho consumado de la no afiliación a las contingencias de salud y riesgos laborales, es la reparación de perjuicios que el trabajador acredite haber sufrido por esa omisión del empleador, o el reintegro de los gastos que se vio obligado a llevar a cabo por no tener la atención y cubrimiento de tales riesgos."*

Por lo antes expuesto, como quiera que en el presente asunto el demandante no acreditó que se haya producido daño o perjuicio alguno por la falta de afiliación, como tampoco que se hubiera dado erogación alguna por su parte por estos conceptos, lo que se impone es absolver a la demandada por esta súplica.

Sanción por no consignación a las cesantías art. 99 Ley 50 de 1990

Ha sido reiterada la Jurisprudencia de la Honorable Corte Suprema de Justicia Sala de

Casación Laboral, al indicar que la falta de consignación de una anualidad de cesantías origina la mora hasta el momento en que ocurra la satisfacción de esa parte de la prestación o a partir de la terminación del contrato, momento en que empieza a causarse la indemnización moratoria por no pagarse acreencias labores (SL 70892/2019), en tal medida se tiene que la sanción por no consignación a las cesantías corresponde a un día de salario por cada día de retardo, en caso de que se adeuden las cesantías de años consecutivos, la indemnización se liquida desde la insatisfacción de la primera consignación, que para esos efectos, debe tenerse en cuenta el 14 de febrero de cada año, con la base salarial que debió tomarse para calcular la cesantía dejada de consignar y cuando haya incumplimiento por segunda vez, el monto de la sanción seguirá causándose con base en el salario vigente en el año en que se causó la cesantía dejada de depositar y así sucesivamente, en el presente asunto se tiene que la demandada tan solo adeuda las cesantías correspondiente a los 16 días del mes de enero de 2015, momento para el cual aún no tenía la obligación de ser consignadas, lo que le incumbía era efectuar su cancelación directamente al trabajador, razón por la cual no hay lugar a condena alguna.

Despido sin justa causa.

Frente al particular, ha de indicarse que en reiteradas oportunidades la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, ha referido sobre la carga demostrativa a la que se somete cada una de las partes en discusión sobre la legalidad o justeza de la terminación del contrato laboral y ha sostenido que la demostración del despido le corresponde al actor y la justificación o comprobación de las causales o hechos que motivaron la decisión, le corresponden a la demandada.

En el presente asunto, se tiene que el actor no logró demostrar que efectivamente hubiere sido despedido por parte de la sociedad demandada, pues del documento denominado acta de entrega del cargo de gerente administrativo (fl.14), no especifica que la terminación del contrato obedeció a un despido por parte de la empresa demandada o un despido indirecto. Así las cosas, al no cumplir con la carga probatoria que le nacía al actor, corresponde la absolución a la demandada sobre este concepto.

COSTAS:

COSTAS en ambas instancias a cargo de la parte demandada, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 4° del artículo 365 del CGP.

EN MÉRITO DE LO EXPUESTO EL TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ- SALA LABORAL, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY

R E S U E L V E:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia apelada proferida por el Juzgado 12 Laboral del Circuito de Bogotá de fecha 11 de septiembre de 2018, para en su lugar **DECLARAR** la existencia de un contrato laboral a término indefinido entre el señor JORGE ALBERTO URREGO NOVOA con la sociedad EMPRESA INVERSIONES EL ESTADIO SAS desde el 16 de noviembre de 2012 hasta el 16 de enero de 2015, devengando como salario el SMLMV, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: CONDENAR a la sociedad EMPRESA INVERSIONES EL ESTADIO SAS a reconocerle y pagarle al señor JORGE ALBERTO URREGO NOVOA, las siguientes sumas y conceptos:

-**Vacaciones de toda la relación laboral:** $ 651.592
-**Cesantías 2015** $26.845,83
-**Intereses a las cesantías 2015:** $134,23
-**Prima de servicios legales 2015:** $26.845,83

TERCERO: DECLARAR no probada la excepción de prescripción.

CUARTO: ABSOLVER a la sociedad EMPRESA INVERSIONES EL ESTADIO de las demás pretensiones incoadas en su contra, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

QUINTO: COSTAS en ambas instancias a cargo de la parte demandada, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 4° del artículo 365 del CGP.

Notifíquese y cúmplase

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

AUTO DEL PONENTE: se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de la demandada en la suma de $ 900.000.

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

República de Colombia

Rama Judicial
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
BOGOTÁ. D. C.

SALA LABORAL.

Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE AURORA FABIOLA ROZO SÁNCHEZ contra SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. Y ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES

En Bogotá D. C. a los veintinueve (29) días del mes de enero dos mil veintiuno (2021), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES

Pretende la señora **AURORA FABIOLA ROZO SÁNCHEZ,** se **declare** que la AFP SANTANDER hoy PROTECCIÓN incumplió con su deber legal de información al no brindarle una asesoría veraz, oportuna, pertinente y objetiva sobre las características y consecuencias de su traslado de régimen pensional, al igual que PORVENIR. Como consecuencia de lo anterior, solicita se declare nula o ineficaz su afiliación al RAIS a través de SANTANDER hoy PROTECCIÓN y que se encuentra válidamente afiliada al régimen de prima media con prestación definida, se **condene** a PORVENIR a trasladar a COLPENSIONES la totalidad del capital de la cuenta de ahorro individual incluidos los rendimientos, bonos y/o títulos pensionales y a esta, a activar la afiliación y recibir los aportes traslados por

PORVENIR, lo que resulte probado ultra y extra petita y las costas de procedo incluidas agencias en derecho (fls. 5 y 6).

Como hechos fundamento de las pretensiones (fls. 2 a 4), señaló que nació el 29 de julio de 1960 y el 10 de febrero de 1986 inició sus aportes en el ISS. Refiere que se trasladó a la AFP SANTANDER en el mes de abril de 2001. Sostiene que al momento del traslado, la asesora de la AFP le indicó que su pensión en esa entidad sería mayor a la que le podría reconocer el Instituto, sin embargo, dicha información no fue respaldada con proyecciones pensionales que le permitieran conocer el monto posible de su pensión, pues para la fecha del traslado tenía 716 semanas cotizadas. Afirma que el fondo omitió brindarle información completa y clara sobre los efectos y las consecuencias de su traslado de régimen, así como también de las características de ambos regímenes pensionales, a probabilidad de pensionarse en ambos regímenes y en caso de tener derecho a la pensión, cuál sería el monto de la mesada o dado el caso, de la indemnización sustitutiva o devolución de saldos, como tampoco le dijo de la probabilidad que tenía de regresar al régimen de prima media con prestación definida o incluso de retractarse de su traslado. Aduce que en septiembre de 2004 se trasladó a PORVENIR quien tampoco desplegó ninguna actividad de asesoramiento responsable y transparente a fin de brindarle información veraz, oportuna, pertinente y objetiva para prever las consecuencias futuras que le acarrearía el traslado de régimen y que en la actualidad sus aportes se encuentran en dicha AFP. Expone que el 18 de octubre de 2012 elevó solicitud de traslado a COLPENSIONES, la cual le fue negada por presentar inconsistencias, por lo que el 25 de julio de 2013 elevó nueva solicitud en la que le dijeron que no cumplía con los establecidos en la sentencia SU – 062 de 2010 para trasladarse. Menciona que en junio de 2017, a petición suya, PORVENIR le informó que el monto de la pensión sería de $737.717 al cumplir los 57 años de edad, cuando la proyección efectuada por ADECCO SAS, le arroja una mesada en el régimen de prima media de $1.210.895. Expone que el 7 de julio de 2017 solicitó a PORVENIR la anulación de su traslado y a COLPENSIONES el 7 del mismo mes y año, la activación de su afiliación en el régimen de prima media, al igual que a PROTECCIÓN le pidió la nulidad de su trasado el 24 de octubre de 2017. Solicitudes que manifiesta, le fueron negadas por

COLPENSIONES y PORVENIR, mientras que PROTECCIÓN no se pronunció al respecto.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

COLPENSIONES contestó la demanda (fls. 77 a 80), en la que se opuso a las pretensiones de esta. En cuanto a los hechos, acepta los contenidos en los numerales 1, 2, 6, 21, 23, 24 y 29 y no le constan los demás. Propuso como excepciones de mérito las del error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, prescripción, cobro de lo no debido, presunción de legalidad de los actos administrativos y buena fe.

A su turno, **PORVENIR** contestó el introductorio (fls. 99 a 107), oponiéndose a las pretensiones de éste. Sobre los hechos acepta los contenidos en los numerales 1 y 22 y niega y no le constan los demás. Formuló las excepciones de fondo de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo y enriquecimiento sin causa.

De otro lado, **PROTECCIÓN** se opuso a las pretensiones de la demanda (fls. 132 a 139). Respecto a los hechos, los niega y no le constan en su totalidad. Como excepciones de mérito, presentó las de inexistencia de la nulidad alegada por no existir vicio en el consentimiento, saneamiento por ratificación de la nulidad alegada y prescripción.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 13 de noviembre de 2018 (CD – fl. 141), **declaró** la nulidad del traslado realizado por la demandante entre el del régimen de prima media con prestación definida y el de ahorro individual con solidaridad, **condenó** a PORVENIR a transferir a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido por motivo de la afiliación de la actora contenido en su cuenta individual tales como cotizaciones, bonos pensionales, costos cobrados por administración, junto con los rendimientos que se hubieren causado, **condenó** a COLPENSIONES a admitir el traslado de régimen

pensional y a aceptar todos los valores que le sean remitos por PORVENIR, **declaró** no probada la excepción de prescripción y se relevó del estudio de las demás, **sin condena** en costas y **absolvió** a PROTECCIÓN de las pretensiones de la demanda.

Fundamentó su decisión, indicando que la Corte Suprema de Justicia ha indicado en reiterada jurisprudencia, que las administradoras de fondos de pensiones deben brindar un servicios de manera eficaz y oportuna, encontrándose dentro de sus obligaciones el deber de información y del buen consejo que comprende no solo los beneficios del régimen al que se pretende trasladar sino además las diferencias y desventajas que pueda acarrear frente al régimen de prima media con prestación definida para que se pueda tomar una decisión de manera libre y voluntaria, con la información debidamente sustentada para tal efecto y de demostrarse que la AFP no actuó de esa forma, puede verse afectado el derecho a la seguridad social sin que para ello, la persona que predica la nulidad del traslado, necesariamente tenga que ser beneficiaria del régimen de transición o tener un derecho adquirido, siendo entonces la administradora quien tiene la carga de la prueba en demostrar que brindó la información en comento. Sostiene que en el caso objeto de estudio, es un hecho cierto que la demandante no es beneficiaria del régimen de transición, empero, para el momento en que se efectuó el traslado en 2001, contaba con 716.28 semanas y la edad de 40 años, por lo que contrario a la señalado por la demandada, si se encontraba en un derecho en vía de adquisición por la densidad de semanas que tenía el momento del traslado, lo cual debió tenerse en cuenta por la accionada al momento de brindarle la asesoría cuando se trasladó. Advierte que en los términos del artículo 5° del Decreto 696 de 1994, las AFP se encuentran obligadas a prestar sus servicios en forma oportuna inherentes a su calidad, siendo responsables de los perjuicios que por su culpa leve pueden ocasionar a los afiliados. Indica que corresponde a la AFP SANTANDER hoy PROTECCIÓN demostrar que brindó la suficiente información, de lo cual solo existe el formulario de afiliación del cual ni siquiera obra la firma de la accionante, sin que del mismo se derive que se haya prestado una asesoría suficiente respecto de la afiliación de la actora y si bien del interrogatorio de la accionante se extrae que se le indicaron las características del RAIS,

ello no indica que tuviera clara las consecuencias de su traslado, más allá cuando no se le hizo una explicación suficiente, teniendo en cuenta la densidad de semanas que tenía. Frente a la afiliación con PORVENIR tampoco se denota que esta le hubiere brindado la información necesaria, tan así que en el formulario de afiliación se indica que es beneficiaria del régimen de transición cuando ya se dijo que no lo es, luego es claro que no se efectuó un análisis en su caso en particular, por lo que se declarará la nulidad de traslado y se dispondrá por parte de PORVENIR que realice la transferencia de todos los valores que hubiere recibido la demandante por motivo de su afiliación a COLPENSIONES y sobre la PROTECCIÓN se absolverá como quiera que la accionante se encuentra afiliada a PORVENIR, sumado a que la nulidad del traslado se predica sobre SANTANDER, cuando para ese entonces PROTECCIÓN no tenía nada que ver con ello.

CONSULTA

COLPENSIONES no interpuso recurso de apelación, por ende la decisión es enviada a este Tribunal a fin de que se surta el grado jurisdiccional de consulta en los términos del artículo 69 del CPL modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007.

CONSIDERACIONES

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si en virtud de la ineficacia del traslado que efectuó la demandante a la AFP SANTANER hoy PROTECCIÓN en abril de 2001 declarada por el a quo en la sentencia de primera instancia y sobre la cual, sea de paso advertir, no se presentó reparo alguno por las partes; COLPENSIONES está obligada a aceptar el traslado de la actora y a recibir el monto por concepto de aportes, saldos pensionales y rendimientos depositados en su cuenta de ahorro individual, al igual que se analizará la excepción de prescripción propuesta por el ente de seguridad social.

Consecuencias de la nulidad del traslado de régimen

En lo que respecta a COLPENSIONES dado el grado jurisdiccional de consulta que le asiste, es claro para la Sala que la aludida ineficacia implica que ésta se obligue a recibir los aportes provenientes de la AFP y reactivar la afiliación de la actora al régimen administrado por aquella, como así lo indicó la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 8 de septiembre 2008, rad. 31989, reiterada en proveídos del 22 de noviembre de 2011 RAD: 33083 y del 3 de septiembre de 2014 RAD: 46292, ésta última en la que indicó:

> *"Esta declaración trae como consecuencia su regreso automático al régimen de prima media administrado por el I.S.S., habida cuenta de tratarse de un afiliado que desde antes del traslado de régimen había cumplido con requisitos mínimos para acceder a un derecho pensional.*
>
> *Las consecuencias de la nulidad de la vinculación del actor a la Administradora de Pensiones del Régimen Individual, por un acto indebido de ésta, tiene la consecuencia de no producir sus efectos propios, sino los que en su lugar establece la ley, de conformidad con lo que se pasa a decir.*
>
> *La nulidad de la vinculación a partir de cuando esta se declara la priva hacia futuro de todo efecto, esto es, de ella no se puede derivar ningún derecho u obligación entre el actor y la entidad demandada, por mesadas pensionales o gastos de administración a partir de la fecha de notificación de esta sentencia; de esta manera la nulidad de la vinculación acarrea la del acto de reconocimiento del derecho pensional que el primero venía disfrutando, y así por tanto la Administradora queda relevada de toda obligación de pago futuro por mesadas pensionales."*

Consecuencias éstas que en nada afectan la estabilidad financiera del sistema y menos aún de la entidad, pues la ineficacia del traslado como lo indicó el a quo, implica entre otras cosas la devolución por parte de la AFP a COLPENSIONES de los dineros, cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez y gastos de administración con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C. y demás rubros que posea la accionante en su cuenta de ahorro individual rendimientos y demás rubros que integran la cuenta de ahorro individual de la demandante con los cuales, el ente de seguridad en su momento cubrirá las prestaciones a que haya lugar, de ahí que esté obligado a recibir tales emolumentos y a su vez, actualizar la historia laboral

en la medida que ese dinero producto de los aportes, corresponde a las semanas cotizadas en el régimen de prima media y por ende, deben convertirse en tales y plasmarse en el respectivo reporte.

No obstante, se hace necesario MODIFICAR, el ordinal segundo del proveído objeto de consulta, en el sentido de ordenar a PORVENIR el traslado a COLPENSIONES y ésta a su vez a recibir por parte de aquella, los rubros expuestos en precedencia, toda vez que el a quo omitió ordenar en su totalidad la devolución de los mismos, como lo dispone la sentencia en cita, pues como se dijo, estos hacen parte de la cuenta del demandante y con ellos es claro, que habrá de financiarse las prestaciones a que haya lugar por parte del ente de seguridad social.

Ahora si bien PROTECCIÓN fue absuelta, lo cierto es que en virtud del citado grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, se debe ordenar a la AFP traslade a esta última, lo relativo a gastos de administración, comisiones y seguros provisionales que le fueron descontados a la accionante, durante el tiempo que permaneció afiliada a SANTANDER, pues como se dijo, ese dinero hace parte de la financiación de los derechos pensionales que surjan en favor de la demandante y que estarán a cargo de COLPENSIONES y si bien para la fusión entre SANTANDER y PROTECCIÓN devino cuando la demandante se encontraba afiliada a PORVENIR, lo cierto es que en virtud del a figura en comento, PRIOTECCIÓN debe asumir las consecuencias de la nulidad de la afiliación a SANTANDER.

Prescripción

Sobre la excepción de prescripción, ha de advertirse que la solicitud de nulidad o ineficacia de la afiliación persigue en esencia un derecho pensional el cual es imprescriptible, por lo que someter su reclamación a un período determinado afecta gravemente los derechos fundamentales del afiliado, de ahí que el derecho de éste a elevar tal solicitud no prescriba.

Por lo anterior y sin más consideraciones, se **MODIFICARÁ y REVOCARÁ** parcialmente, la sentencia objeto de consulta, en la forma antes anotada.

COSTAS

Sin costas en este grado jurisdiccional de consulta.

EN MÉRITO DE 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:

PRIMERO: MODIFICAR EL ORDINAL SEGUNDO de la sentencia consultada, en el sentido de **ORDENAR** a PORVENIR el traslado a COLPENSIONES, de las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez y gastos de administración con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C. y demás rubros que posea la accionante en su cuenta de ahorro individual, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: REVOCAR EL ORDINAL SÉPTIMO del proveído objeto de consulta y en su lugar, **ORDENAR** a PROTECCIÓN antes SANTANDER, traslade a COLPENSIONES las sumas descontadas a la demandante por concepto de gastos de administración, comisiones y seguros provisionales, durante su permanencia en dicho fondo.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia consultada.

CUARTO: SIN COSTAS en este grado jurisdiccional de consulta.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Magistrada

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

Magistrado

República de Colombia

Rama Judicial
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
BOGOTÁ. D. C.

SALA LABORAL.

Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE MARTÍN OCTAVIO GONZÁLEZ BEDOYA contra LA NACIÓN – MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO y UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP

En Bogotá D. C. a los veintinueve (29) días del mes de enero de dos mil veintiuno (2021), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES

Pretende el señor **MARTÍN OCTAVIO GONZÁLEZ BEDOYA,** se **condene** a la demandada al pago de la pensión proporcional que le fuera reconocida mediante Resolución 112 de octubre de 1991 por la CORPORACIÓN FINCANCIERA DEL TRANSPORTE S.A., a partir del 20 de abril de 201, junto con los aumentos legales y mesadas adicionales, en cuantía de $1.8087.60, más la indexación de las sumas adeudadas y las costas del procedo incluidas agencias en derecho. Como pretensión subsidiaria, pide se fije el valor de la mesada pensional en $712.018 (fls. 2 y 3).

Como hechos fundamento de las pretensiones (fls. 3 a 5), señaló que prestó sus servicios a la CORPORACIÓN FINANCIERA DEL TRANSPORTE

S.A. en liquidación, del 1° de agosto de 1976 al 3 de julio de 1991 como trabajador oficial, devengando un salario promedio mensual a la terminación del contrato de $216.860, sin que la entidad de economía mixta adscrita al Ministerio de Desarrollo hoy de Comercio, lo hubiere afiliado al ISS. Expone que mediante Resolución 112 del 31 de octubre de 1991, la empleadora le reconoció la pensión sanción o pensión proporcional en cuantía de $84.171,27 a pagar cuando cumpliera los 60 años de edad, es decir, el 19 de abril de 2014. Afirma que el 3 de febrero de 2015 reclamó ante la accionada el pago de la pensión proporcional, la cual le fue negada por esta, bajo el argumento que no tenía derecho a la prestación. Finalmente, indica que presento demanda en contra de la Corporación, solicitando la reliquidación de la pensión incluyendo todos los factores convencionales, la cual le fue negada en sentencia del 31 de enero de 2007 por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Bogotá, confirmada por el Tribunal Superior de Bogotá en proveído del 31 de julio de 2009, este último no casado por la Corte Suprema de Justicia en providencia del 10 de septiembre de 2014.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

Mediante auto del 23 de enero de 2018 (fl. 87), se tuvo por no contestada la demanda a **LA NACIÓN – MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO.**

Así mismo, en proveído del 25 de abril de 2018, el a quo ordenó la integración del contradictorio con la **UGPP,** quien contestó la demanda (fls. 100 a 107), en la que se opuso a las pretensiones de esta. En cuanto a los hechos, acepta los contenidos en los numerales 1°, 20, 21, 23, 24 y 26 a 29 y no le constan los demás. Propuso como excepciones de mérito las de inexistencia de la obligación demandada y cobro de lo no debido, inexistencia de vulneración de principios constitucionales y legales, prescripción, imposibilidad de condena en costas, ineptitud de la demanda y no pago de intereses moratorios.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 1° de octubre de 2018 (CD – fl. 118), **condenó** a la UGPP a pagar al demandante la pensión restringida de jubilación que le fuera reconocida por la extinta CORPORACIÓN FINANCIERA DEL TRANSPORTE S.A., a partir del 20 de abril de 2014, en cuantía de $875.210, junto con los reajustes legales y mesadas adicionales, **autorizó** a la demandada a descontar del retroactivo los aportes a seguridad social en salud, **absolvió** a la NACIÓN – MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO, **declaró** no probadas las excepciones propuestas, **sin condena** en costas y adicionó la sentencia en el sentido de **ordenar** la indexación de las mesadas adeudadas.

Fundamentó su decisión, indicando que mediante Resolución 112 del 30 de octubre de 1991, la CORPORACIÓN FINANCIERA DEL TRANSPORTE S.A. le reconoció al demandante la pensión proporcional o pensión sanción a partir del 20 de abril de 2014, con fundamento en el artículo 8° de la Ley 171 de 1961, para lo cual la entidad tuvo en cuenta un tiempo de servicio de 14 años, 11 meses y 18 días, produciéndose su desvinculación el 18 de julio de 1991, por mutuo acuerdo entre las partes, afirmando que se reunían los requisitos para el actor fuera acreedor a la prestación, de ahí que la Corporación se la haya otorgado. Refiere que la citada resolución surte efectos legales, por cuanto no se evidencia que sobre la misma se hayan interpuesto recursos, o se haya ejercido alguna acción administrativa o judicial. Sostiene que no es de recibo el argumento expuesto por la demandada para no pagar la prestación, toda vez que si bien en la sentencia proferida por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Descongestión se indica en sus antecedentes que el actor reclamó en forma subsidiaria la pensión sanción y en al misma parte considerativa se dispuso un acápite de la pensión sanción en la que se indicó que la misma no prosperaba en tanto esta procedía en caso de despido sin justa causa, de las sentencias proferidas por el Tribunal se emerge con claridad que la pretensión del accionante se encontraba encaminada al reconocimiento y pago de la pensión sanción pero teniendo en cuenta para fijar su monto todos los factores convencionales devengados, es decir, únicamente

pretendió la reliquidación de la pensión sanción ya reconocida y en esos términos fue analizada por el Tribunal y la Corte Suprema de Justicia. Concluyendo que en ese proceso no se definió la pensión sanción sino su reliquidación, teniendo en cuenta el reconocimiento efectuado por el empleador, de ahí que en los términos de la Resolución 112 de 1991, debe realizarse el pago de la pensión sanción al demandante. Sobre el monto de la primera mesada, precisa que último salario promedio devengado fue de $149.971,10 el cual, una vez indexado, arroja un IBL de $1.559.534, al que se le aplica el 56.12%, para una mesada pensional de $875.210, que debe pagarse desde el 20 de abril de 2014, fecha en que cumplió la edad de 60 años. Finalmente, manifiesta que la UGPP es la responsable del pago de la prestación, de conformidad con el Decreto 1299 del 18 de junio de 2015.

APELACIÓN

La UGPP interpuso recurso de apelación, manifestando que no es posible otorgar al actor la pensión restringida de jubilación, teniendo en cuenta el artículo 8° de la Ley 171 de 1961, la Ley 100 de 1993 y el Acto Legislativo 01 de 2005, pues para acceder a la prestación, se requiere que el trabajador haya cumplido el requisito de edad y tiempo de servicio y como existe una constancia el contrato terminó por mutuo acuerdo entre las partes, al pretensión no puede prosperar, ya que esta pensión se rige sobre la base que el trabajador hubiese sido despedido sin justa causa y sin embargo, se tiene que el accionante renunció, según carta de renuncia.

CONSIDERACIONES

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si al demandante le asiste derecho a que la demandada le pague la pensión restringida de jubilación que le fue reconocida por la extinta CORPORACIÓN FINANCIERA DEL TRANSPORTE S.A., mediante Resolución 112 del 30 de octubre de 1991, a partir del 20 de abril de 2014, junto con las mesadas adicionales, reajustes legales e indexación de las mesadas adeudadas.

Del pago de la pensión sanción o restringida de jubilación

Al respecto, se tiene que mediante Resolución 112 del 30 de octubre de 1991 (fls. 12 a 14), la CORPORACIÓN FINANCIERA DEL TRANSPORTE S.A le otorgó al demandante la pensión sanción o proporcional, a partir del 20 de abril de 2014. Prestación que tuvo como fundamento el acuerdo suscrito entre las partes y el artículo 8° de la Ley 171 de 1961.

Acto administrativo que se encuentra en firme, por cuanto no se evidencia que haya sido revocado por vía administrativa o judicial.

De otro lado, revisadas las sentencias proferidas por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Descongestión de Bogotá el 31 de enero de 2007 (fls. 26 a 37), confirmada por la Sala de Descongestión de este Tribunal el 31 de julio de 2009 (fls. 38 a 55), esta última no casada por la Corte Suprema de Justicia en proveído del 10 de septiembre de 2014 (fls. 56 a 79), se observa que el accionante en ese proceso, pretendió el reintegro, con el consecuente pago de los salarios dejados de percibir, junto con los aportes a CAJANAL o el ISS, y como pretensiones subsidiarias, la reliquidación de la indemnización por despido sin justa causa, vacaciones y prestaciones sociales, además del reconocimiento de la pensión sanción, incluyendo para su liquidación todos los factores devengados según la convención colectiva de trabajo.

Sobre este último aspecto, la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia en comento, señaló:

> *"Para confirmar la absolución por la reliquidación de la pensión pagada por la entidad a la terminación del contrato de trabajo, el Tribunal halló colacionados en la base para su cuantificación* «salario devengado, auxilio de almuerzo, auxilio de transporte, prima de vacaciones, bonificación extralegal y prima de servicios»*, tal cual dispone la Ley 171 de 1961 y se abstuvo de un examen más prolijo debido a que en la demanda inicial no se precisó cuál era el componente salarial que dejó de incluir la accionada.*
>
> *En la sustentación del cargo, el demandante aduce que no era necesario precisar uno a uno los factores excluidos de la base para liquidar la pensión, pues resultaba suficiente confrontar la Resolución por la cual se le concedió la pensión con la liquidación de prestaciones*

sociales, para concluir «que existe un evidentísimo error que necesita reparación para menguar en algo la injusticia que se viene cometiendo por tantos años con este demandante».

Traduce lo anterior que el censor acepta que en el escrito inaugural no identificó los conceptos devengados que la enjuiciada dejó por fuera de la base para cuantificar la pensión, con lo cual deja libre de cuestionamiento esta premisa de la providencia que combate y tampoco denuncia la demanda como pieza procesal eventualmente mal valorada. También, carece de señalamiento de si las pruebas que menciona fueron distorsionadas en su contenido, o si se dejaron de apreciar.

Con todo, si por amplitud se abordara el fondo del problema jurídico, lo que comportaría más el examen del ejercicio de liquidación de la empresa que de la sentencia del Tribunal, se observaría que unos son los factores de salario para liquidar prestaciones sociales y otros los previstos para calcular la pensión de jubilación, en tanto para este caso el punto de referencia es la prestación regulada por la Ley 33 de 1985."

De donde se colige, que si bien el actor solicitó el reconocimiento de la pensión sanción por despido sin justa causa, lo cierto es que tanto el Tribunal como la Corte, abordaron el estudio de la reliquidación de la prestación reconocida por el empleador al demandante, teniendo en cuenta los factores convencionales devengados por este, la cual fue negada por dichas Corporaciones, dejando incólume la pensión otorgada mediante Resolución 112 de 1991; luego no es cierto como lo señaló el Ministerio en su momento al negar la misma, que esta había sido revocada en dicho proceso.

Ahora, en cuanto al argumento esgrimido por la UGPP en el sentido que no se dan los prepuestos para acceder a la prestación por haber culminado la relación laboral por renuncia del trabajador; debe precisarse que la prestación otorgada al actor si bien se asimila a la contemplada en el artículo 8° de la Ley 171 de 1961, lo cierto es que esta lo fue de carácter voluntario, en virtud al plan de retiro ofrecido por la entidad, que fue acogido por el demandante y que conllevó a que este suscribiera con la CORPORACIÓN FINANCIERA DEL TRANSPORTE S.A. el acta de terminación del contrato por mutuo acuerdo, como así lo indicó la Corte Suprema de Justicia en la sentencia expuesta en precedencia, en los siguientes términos:

"En el folio anterior, reside el *«ACTA DE TERMINACIÓN DE CONTRATO DE COMÚN ACUERDO»,* que en su parte pertinente reza:

> *La Representante Legal de la CORPORACIÓN explicó las condiciones en que ésta se encontraba y el trabajador en consecuencia manifestó su voluntad de llegar a un acuerdo con la Entidad, en el sentido de facilitar su desvinculación, recibiendo por su determinación algún beneficio.*
>
> *Después de analizados[s] los términos Convencionales y Legales los presentes resolvieron dar por terminado el Contrato de Trabajo del señor MARTÍN OCTAVIO GONZÁLEZ BEDOYA y la Corporación, de COMÚN ACUERDO, quedando para el trabajador además de su liquidación ordinaria una Bonificación Extraordinaria correspondiente a 739.36 y la Corporación reconoce la prima de antigüedad correspondiente a 15 años días de su salario y el reconocimiento de una Pensión, equivalente a la pensión sanción proporcional al tiempo trabajado, a partir de la fecha en que le corresponda como si hubiere sido despedido.* (Subraya la Sala).

(…)

"Con todo, ningún reproche cabe hacerle al análisis probatorio del Tribunal, ni a las conclusiones que obtuvo, toda vez que en realidad la propuesta de poner término al contrato de trabajo provino del trabajador, quien exigió a cambio que se le reconociera el valor de la indemnización y de una pensión de jubilación equivalente a la pensión sanción estipulada en la convención colectiva de trabajo, «como si hubiere sido despedido», de donde se sigue que el entendimiento que mejor se acopla a la literalidad de lo acordado es que en realidad la terminación de la relación de trabajo no fue unilateral, menos que tal determinación hubiera sido tomada por la empleadora."

(…)

"Sobre este tema, esta Sala de la Corte tiene adoctrinado que el ofrecimiento de planes de retiro de los asalariados, a cambio de beneficios económicos, no es contrario a la ley, siempre que no se hubiere presionado a sus destinatarios para que se acojan, situación que claramente no es la que salió a flote en este proceso."

Conforme a ello, es claro que el actor tiene derecho a que la UGPP le pague la pensión que la extinta CORPORACIÓN FINANCIERA DEL TRANSPORTE S.A. le otorgó a través de la Resolución 112 del 30 de octubre de 1991 (fls. 12 a 14), exigible al cumplimiento de los 60 años de edad, esto es, a partir del 19 de abril de 2014 (fl. 10), tal y como lo indicó la entidad en el citado acto.

Lo anterior, en los términos del Decreto 1299 de 2015, que en artículo primero, estableció:

> ***"Artículo 1°.*** *Asignación de competencias. A partir del 30 de junio de 2015, las competencias asignadas al Ministerio de Comercio, Industria y Turismo en relación con la función pensional, que incluye el reconocimiento y administración de la nómina de pensionados de la Corporación Financiera del Transporte S. A., serán asumidas por la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP).*
>
> *A más tardar en la fecha establecida en el inciso anterior, la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP), deberá recibir del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo la información de que trata el artículo 8° del presente decreto, y en el mes siguiente se efectuará el respectivo pago a través del Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional (Fopep).*
>
> *El Ministerio de Comercio, Industria y Turismo entregará un archivo plano con todos los datos necesarios donde se encuentre la nómina de pensionados, a la entidad administradora del Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional (Fopep), con antelación a la fecha en que se autorice el traslado por parte del Consejo Asesor al Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional (Fopep), y una vez se haya aprobado el correspondiente cálculo actuarial. Para los anteriores efectos, se levantará un acta de entrega que deberá ser firmada por las entidades antes del traspaso a Fopep. Dichos archivos deberán ser actualizados para la fecha en la cual se empiecen a realizar los pagos por parte del Fondo."*

En cuanto al valor de la mesada pensional, en la tan mencionada resolución se indicó que el salario devengado por el actor en el último año de servicios, ascendió a $149.971 (fl. 13), suma esta que fue ratificada por la Corte Suprema de Justicia en la referida sentencia al negar la inclusión de nuevos factores, de ahí que para todos los efectos sea ese valor el que se tome a fin de determinar la mesada pensional. Suma esta que se indexa con base entre otras en la sentencia SL 3726 de 2018, en la que estableció que la misma procede para todas las pensiones legales o extralegales así se hayan causado con anterioridad a la vigencia de la Constitución Política de 1991, aplicando para ello, la fórmula establecida por dicha Corporación en sentencias No. 34069 del 28 de mayo de 2008, que ratifica la 32020 del 6 de diciembre de 2007, reiterada entre otras el 29 de noviembre de 2017 Rad: 51350 y que corresponde a:

$149.971 x IPC FINAL (IPC diciembre 2013 – 113,98254)
IPC INICIAL (IPC diciembre 1990 – 10,96102)

Total ingreso base indexado: **$1.559.533**

Valor al que se le aplica el **56.12%** que es el porcentaje que le corresponde dado el tiempo de servicios (5388 días), arrojando una mesada pensional de **$875.210 al 19 de abril de 2014**, conforme lo indicó el a quo en el proveído apelado, cuyo cálculo devino de lo expuesto por el empleador en la Resolución que le reconoció la prestación.

Ahora en lo atinente a la mesada adicional de junio, es claro que el demandante tiene derecho a la misma, en la medida que la prestación se causó al momento de su retiro de la entidad, con la firma del acuerdo de culminación por mutuo acuerdo del contrato de trabajo, siendo la edad un requisito de exigibilidad para su pago, como se reseñó en el pluricitado acto administrativo.

Prescripción

De plano, observa la Sala que la misma no está llamada a prosperar, toda vez que el derecho a la pensión se hizo exigible el 19 de abril de 2014 cuando el actor cumplió la edad de 60 años, el 9 de marzo de 2015 la NACIÓN – MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO (fl. 25), negó el pago de la pensión y la demanda se presentó el 1° de septiembre de 2017 (fl. 81), sin que entre una fecha y otra haya trascurrido el término trienal de que trata el artículo 151 del CPL.

Finalmente, tal y como lo señaló el a quo, las mesadas que se causen desde el 20 de abril de 1994 y hasta el día de su pago, deberán ser indexadas, con base en la fórmula expuesta para ello por la Corte Suprema de Justicia, tomando como IPC INICIAL el de la anualidad anterior a la de causación de cada mesada pensional y como IPC FINAL el de la anualidad anterior al de la fecha de pago.

Así las cosas y sin más consideraciones, se **CONFIRMARÁ** la sentencia de primera instancia.

COSTAS

En esta instancia a cargo de la UGPP.

EN MÉRITO DE 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:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la UGPP.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

AUTO DE PONENTE: se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de la UGPP, la suma de $900.000.

República de Colombia

Rama Judicial
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
BOGOTÁ. D. C.

SALA LABORAL.

Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE VLADIMIR VARGAS MACIAS contra TRANSPORTADORA DE VALORES ATLAS LTDA

En Bogotá D. C. a los veintinueve (29) días del mes de enero dos mil veintiuno (2021), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES

Pretende el señor **VLADIMIR VARGAS MACIAS,** se **declare** que la terminación del contrato de trabajo es ilegal e ineficaz por no mediar autorización del Ministerio de Trabajo, debido a que se gozaba de estabilidad laboral reforzada, al igual que era beneficiario del fuero circunstancial. Como consecuencia de lo anterior, solicita se condene a la demandada a reintegrarlo a un cargo de igual o superior categoría con las mismas o mejores condiciones con las que se encontraba al momento de la terminación del contrato, junto con el pago de los salarios causados desde el momento del despido y hasta que se efectúe el reintegro, además de la indemnización de que trata el artículo 26 de la ley 361 de 1997, aportes al sistema de seguridad social integral y parafiscales, reparación integral de daños y perjuicios, lo que resulte probado ultra y extra petita y las costas del proceso incluidas agencias en derecho (fls. 63 y 64).

Como hechos fundamento de las pretensiones (fls. 64 a 68), señaló que se vinculó a la demandada mediante contrato de trabajo a término

indefinido el 19 de noviembre de 2012, desempeñando el cargo de coordinador de seguridad y centro de servicios. Refiere que el 30 de julio de 2015 sufrió un accidente de trabajo y el 11 de agosto de la misma anualidad, firmó un contrato de transacción y terminación del contrato, al ser pensionado por la empresa, empero, para ese momento se encontraba en estado de debilidad manifiesta, por lo que dicho contrato es invalido. Sostiene que presentó acción de tutela ante el Juzgado Setenta y Nueve Penal Municipal, quien ordenó su reintegro de manera transitoria, el cual se hizo efectivo el 2 de octubre de 2015. Sostiene que debido a que la orden de reintegro era transitoria y el apoderado para la época no presentó la demanda ordinaria, la demandada lo despidió nuevamente el 13 de junio de 2016. Afirma que la ARL COLPATRIA el 5 de agosto de 2016 emitió una serie de recomendaciones, en tanto presenta síndrome del manguito rotador. Expone que el 16 de noviembre de 2015 se afilió a la organización sindical SINUVICOL, quien el 28 de diciembre, presentó pliego de peticiones a la empresa y el 30 de enero de 2016, dicho ente solicita al Ministerio de Trabajo la convocatoria del Tribunal de Arbitramento. Finalmente, menciona que al momento del despido se encontraba con restricciones médico laborales emitidas por la ARL, como también gozaba de fuero circunstancial por encontrarse trabado un conflicto colectivo.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

TRANSPORTADORA DE VALORES ATLAS LTDA contestó la demanda (fls. 96 a 111), en la que se opuso a las pretensiones de esta. En cuanto a los hechos, acepta los contenidos en los numerales 1, 2, 4, 8 a 11, 13 y 14 y niega y no le constan los demás. Propuso como excepciones de fondo las de cosa juzgada, inexistencia de la obligación, buena fe de la compañía, mala fe del demandante, prescripción y compensación.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Trece Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 28 de agosto de 2018 (CD – fl. 133), **absolvió** a la demandada de las

pretensiones de la demanda y **condenó** en costas al demandante en la suma de $500.000.

Fundamentó su decisión, indicando que no existe discusión en cuanto a la relación laboral que existió entre las partes, como tampoco que fue reintegrado producto de una acción de tutela y así mismo, finiquitado nuevamente el vínculo al cesar los efectos del fallo, por no presentar la demanda ordinaria dentro de los cuatro meses, en tanto el amparo se había concedido de manera transitoria. Refiere que según lo narrado por el demandante en el interrogatorio de parte, para la fecha en que tuvo el accidente de trabajo (30 de julio de 2015), solo se le otorgó un día de incapacidad y que para la fecha en que suscribió el acuerdo transaccional en agosto de 2015, no estaba incapacitado como tampoco había sido calificado. Sostiene que según el examen médico de egreso, este fue satisfactorio, lo que permite determinar que para el momento del retiro no se encontraba discapacitado o incapacitado y por ende, el motivo del retiro no obedeció a circunstancias atinentes a una estabilidad laboral reforzada. Advierte que al no cumplir el accionante con la carga que le impuso el juez de tutela en su momento, hace que la finalización del contrato el 11 de agosto de 2015, surta efecto, por lo que los hechos posteriores al reintegro, tales como la afiliación al sindicato y las incapacidades que presentó con posterioridad al 2 de octubre de 2015, no tiene efecto jurídico para las partes, en tanto el actor estaba obligado a llevar al Juez esos mismos elementos en el término otorgado por el Juez Constitucional, de ahí que mal puede a través de esta acción judicial, buscar de forma extemporánea, una prolongación del amparo otorgado como mecanismo transitorio, trayendo elementos nuevos que no fueron debatidos en la acción de tutela como lo es el fuero circunstancial.

APELACIÓN

La parte demandante interpuso recurso de apelación, manifestando que al momento del despido se encontraba en estado de debilidad manifiesta, lo cual era de conocimiento de la empresa, al punto que se reconoce que sufrió un accidente de trabajo el 30 de julio de 2015 y la transacción se efectuó el 11 de agosto de la misma anualidad y en este caso, no se solicitó

autorización del Ministerio de Trabajo independientemente que existiera o no justa causa, al punto que se le reconoció su derecho por vía de tutela, en la que se ordenó su reintegro, siendo desvinculado nuevamente el 13 de junio de 2016, reiterando la empresa la voluntad de despedirlo sin justa causa, lo cual surgió a raíz de la disminución física y limitación. Afirma que si la demandada pretendía hacer valer una justa causa, bien pudo alegarla y demostrarla, evidenciándose a partir del accidente de trabajo una discriminación. Finalmente, expone que si se encontraba amparado por el fuero circunstancial, ya que no existe norma que sustente que no aplica los efectos jurídicos, respecto a la relación laboral hasta el 13 de junio de 2016, pues de ser así, no le hubieran reconocido prestaciones sociales, luego los derechos laborales tuvieron efecto hasta el momento de la desvinculación, esto es, hasta el 13 de junio de 2016, momento para el cual estaba vigente un conflicto colectivo.

CONSIDERACIONES

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si el demandante al momento de la terminación del contrato de trabajo con la demandada, gozaba de estabilidad laboral reforzada y fuero circunstancial y en caso afirmativo, establecer si hay lugar reintegrarlo al mismo cargo que desempeñaba al momento de la culminación del vínculo o a otro igual o de superior categoría, junto con el pago de los salarios y aportes a la seguridad social integral, causados desde la fecha de culminación del vínculo y hasta que se produzca el reintegro, además de la indemnización de que trata el artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

Contrato de trabajo

No es tema de controversia la relación laboral que existió entre las partes, lo cual fue aceptado por la demandada en la contestación de la demanda y que es corroborado con la documental de folios 112 a 118, de donde se colige que el señor VLADIMIR VARGAS MACIAS laboró al servicio de TRANSPORTADORA DE VALORES ATLAS S.A. desde el 19 de noviembre de

2012 hasta el 11 de agosto de 2015, desempeñando el cargo de coordinador de seguridad.

De otro lado, según lo manifestado por el actor en los hechos 8 a 10 de la demanda, los cuales fueron aceptados por la accionada, al igual que lo dicho por aquel en el interrogatorio de parte, más la documental de folio 27, en virtud del fallo de tutela proferido el 29 de septiembre de 2015 por el Juzgado Setenta y Nueve Penal Municipal con Función de control de Garantías, confirmado en segunda instancia el 15 de Noviembre de 2015, fue reintegrado el 2 de octubre de 2015, para luego culminar nuevamente el vínculo laboral el 13 de junio de 2016.

Estabilidad laboral

La interpretación que la Sala hará en este caso, desde el punto de vista de las nuevas orientaciones que últimamente han sosteniendo tanto la Corte Suprema de Justicia como la Corte Constitucional, en el sentido que las normas legales se deben interpretar a la luz de los principios y valores constitucionales, a partir de la Constitución Política de Colombia desde el año 1991, en cuanto a que estos priman sobre las normas legales que los contrarían, tal como lo establece el artículo 4 constitucional. Igualmente, el articulo 93 ibidem, refiere que los derechos establecidos en la carta política y la Ley se interpretaran conforme a los estándares internacionales, por lo tanto, implica darle un repaso a los valores y principios que establece la Constitución y luego, aplicar las normas laborales de carácter legal a la luz de dichos principios y normas constitucionales.

Se establece en la Constitución Política de Colombia del año 1991, que Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República, fundada en el respeto de la dignidad humana, y en el trabajo y que son fines esenciales del Estado, entre otros, servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en ella, facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica y la vigencia de un orden justo.

Así mismo, se indica que es deber de los nacionales y extranjeros en Colombia, acatar la Constitución y que uno de LOS DERECHOS FUNDAMENTALES es el trabajo, el cual constituye una obligación social y goza, en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado, de ahí que toda persona tenga derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas, además de ser libre de escoger profesión u oficio.

En igual sentido, señala la Carta política que el Congreso expedirá el estatuto del trabajo y la ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales: igualdad de oportunidades para los trabajadores, remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo, estabilidad en el empleo, irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales, facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles, situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho, primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, garantía a la seguridad social, capacitación, adiestramiento y el descanso necesario, protección especial a la mujer, maternidad y al trabajador menor de edad.

De otro lado, también es importante destacar, que los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna y que ni La ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores, por ende, es obligación del Estado y de los empleadores, ofrecer formación y habilitación profesional y técnica a quienes lo requieran, al igual que el Estado debe propiciar la ubicación laboral de las personas en edad de trabajar y garantizar a los minusválidos el derecho a un trabajo acorde con sus condiciones de salud.

Lo anterior significa, que la creación del Estado social de derecho se fundó teniendo como esencia el trabajo, es decir, una de las razones de ser de este, es el trabajo, tal como lo dice el preámbulo de la Constitución, sumado a que es tratado como un derecho fundamental, lo que implica

que toda persona tiene derecho al trabajo y así, a su estabilidad en el mismo. Este principio es absoluto y solo se puede pregonar como relativo cuando en verdad existe una justa causa, para su terminación.

Desde otra óptica, el trabajo es el que ha permitido que el ser humano se haya desarrollado hasta los estadios en los que se encuentra hoy la humanidad, en sus actuales condiciones vida y además le ha servido de sustento por la remuneración que recibe, pues sin el mismo no habría podido subsistir, por ello, resulta vital y tan esencial la conservación de un empleo para todos los seres humanos.

Dentro de las garantías inmersas en el derecho al trabajo, se encuentra la estabilidad en el empleo, pues sin este, pierde su esencia, de ahí que la Constitución establezca como principio mínimo fundamental la estabilidad en el empleo sin ninguna restricción. Estabilidad que significa un derecho positivo del trabajador a permanecer en el empleo y por ende, conlleva una idea negativa al empleador para despedirlo; por ello, se expidió la ley 319 de 1996 la cual en sus artículos 6° y 7°, señala que toda persona tiene derecho al trabajo el cual habrá de gozar en condiciones justas, equitativas y satisfactorias y que el Estado, debe garantizar de manera particular, la estabilidad de los trabajadores en sus empleos de acuerdo con las características de las industrias y profesiones, con las causas de justa separación y en casos de despido injustificado, el trabajador tendrá derecho a una indemnización, a la readmisión en el empleo o a cualesquiera otra prestación prevista por la legislación nacional.

Lo que significa, que la estabilidad en el empleo es un derecho y que, para conservarlo, deben interpretar las normas legales de conformidad con los principios y valores constitucionales y para garantizar ese derecho, no se logra con facultar el empleador para dar por terminado el contrato de trabajo, si no existe una justa causa.

Siendo ello así y en lo que se refiere a la estabilidad laboral reforzada en tratándose de trabajadores en situación de discapacidad, la Corte Constitucional en sentencia SU – 049 de 2017, indicó:

"4.7. Según lo anterior, la Constitución consagra el derecho a una estabilidad ocupacional reforzada para las personas en condiciones de debilidad manifiesta por sus problemas de salud. Ahora bien, como se pudo observar, la jurisprudencia constitucional ha señalado que se encuentran en condiciones de debilidad manifiesta no solo quienes han tenido una pérdida ya calificada de capacidad laboral en un grado moderado, severo o profundo –definido conforme a la reglamentación sobre la materia-, sino también quienes experimentan una afectación de salud que les "impide o dificulta sustancialmente el desempeño de sus labores en las condiciones regulares" *(sentencia T-1040 de 2001). La experiencia acumulada por la jurisprudencia muestra que estas personas están también expuestas a perder sus vínculos ocupacionales solo o principalmente por ese motivo y, en consecuencia, a ser discriminados a causa de sus afectaciones de salud."*

(…)

"8.1. El derecho fundamental a la estabilidad ocupacional reforzada es una garantía de la cual son titulares las personas que tengan una afectación en su salud que les impida o dificulte sustancialmente el desempeño de sus labores en las condiciones regulares, con independencia de si tienen una calificación de pérdida de capacidad laboral moderada, severa o profunda. La estabilidad ocupacional reforzada es aplicable a las relaciones originadas en contratos de prestación de servicios, aun cuando no envuelvan relaciones laborales (subordinadas) en la realidad. La violación a la estabilidad ocupacional reforzada debe dar lugar a una indemnización de 180 días, según lo previsto en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, interpretado conforme a la Constitución, incluso en el contexto de una relación contractual de prestación de servicios, cuyo contratista sea una persona que no tenga calificación de pérdida de capacidad laboral moderada, severa o profunda."

Así mismo, dicha Corporación proveído SU – 040 de 2018, expresó:

"3.2. La figura de "estabilidad laboral reforzada" tiene por titulares a: (i) mujeres embarazadas; (ii) personas con discapacidad o en condición de debilidad manifiesta por motivos de salud; (iii) aforados sindicales; y (iv) madres cabeza de familia. En el caso de las personas con discapacidad, "es el derecho que garantiza la permanencia en el empleo, luego de haber adquirido la respectiva limitación física, sensorial o sicológica, como medida de protección especial y de conformidad con su capacidad laboral." Adicionalmente, la protección especial de quienes por su condición física están en circunstancia de debilidad manifiesta se extiende también a las personas respecto de las cuales esté probado que su situación de salud les impide o dificulta sustancialmente el desempeño de sus labores en las condiciones regulares, sin necesidad de que exista una calificación previa que acredite una discapacidad. En este contexto, ***la estabilidad laboral reforzada hace ineficaz el despido o desvinculación cuando la razón del mismo es la condición especial que caracteriza al trabajador****."*

(…)

"3.3. Así las cosas, existe desconocimiento de los fundamentos constitucionales y, especialmente, de los principios de igualdad y solidaridad cuando se evidencia un trato diferente o discriminatorio a las personas en condición de debilidad manifiesta por motivos de salud y a las calificadas como personas en situación de discapacidad, con independencia de la relación laboral acordada entre las partes."

De otro lado, la Corte Suprema de Justicia cambió el criterio frente al tema de la estabilidad laboral reforzada y en sentencia SL 1360 del 11 de abril de 2018, efectuando una interpretación del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, señaló:

> *"a) La prohibición del artículo 26 de la Ley 361 de 1997 pesa sobre los despidos motivados en razones discriminatorias, lo que significa que la extinción del vínculo laboral soportada en una justa causa legal es legítima."*
>
> *"b) A pesar de lo anterior, si, en el juicio laboral, el trabajador demuestra su situación de discapacidad, el despido se presume discriminatorio, lo que impone al empleador la carga de demostrar las justas causas alegadas, so pena de que el acto se declare ineficaz y se ordene el reintegro del trabajador, junto con el pago de los salarios y prestaciones insolutos, y la sanción de 180 días de salario."*
>
> *"c) La autorización del ministerio del ramo se impone cuando la discapacidad sea un obstáculo insuperable para laborar, es decir, cuando el contrato de trabajo pierda su razón de ser por imposibilidad de prestar el servicio. En este caso el funcionario gubernamental debe validar que el empleador haya agotado diligentemente las etapas de rehabilitación integral, readaptación, reinserción y reubicación laboral de los trabajadores con discapacidad. La omisión de esta obligación implica la ineficacia del despido, más el pago de los salarios, prestaciones y sanciones atrás transcritas."*

Hechas las anteriores precisiones, lo primero que debe resaltar la Sala es que no era necesario que la demandante acreditara su estado de discapacidad entre grave, severa y profunda al momento del despido, pues si bien la Corte Suprema de Justicia tenía por sentado dicha tesis, a raíz de su último pronunciamiento como se expuso en precedencia, quedó claro que al trabajador únicamente le corresponde demostrar que estuviera en situación de discapacidad al momento del despido para que se configure la estabilidad laboral reforzada y por ende, al empleador acreditar las justas causas alegadas; de manera que, no se requiere la existencia de una calificación previa que acredite una pérdida de la capacidad laboral superior al 25%; argumento que además, coincide con lo señalado por la Corte Constitucional en las sentencias anteriormente referidas.

Refuerza lo anterior, lo dicho también por el máximo órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria, en sentencia, SL 2797 de 2020, al expresar:

"Al respecto, lo primero que cabe mencionar es que no resultaba trascendente el hecho de que el trabajador no estuviera incapacitado para la fecha de su despido, como lo resalta la recurrente, pues, como se definió en líneas anteriores, lo importante era que padeciera una condición de discapacidad en grado relevante. Y lo segundo, como también fue dilucidado, que el actor no tenía que contar con un dictamen de calificación de pérdida de capacidad laboral o con alguna certificación que lo acreditara como persona en condiciones de discapacidad para el momento del despido, de manera que el Tribunal no incurrió en error de hecho alguno al ignorar esos requerimientos."

Así mismo, en el último pronunciamiento emitido por dicho cuerpo colegiado en sentencia SL – 2586 de 2020, en los casos de estabilidad laboral de los contratos de trabajo a término fijo, reiteró su criterio frente a que no se requiere de un carné que establezca el estado de discapacidad, como tampoco la necesidad de una calificación formal al momento de la culminación del vínculo, pero si, debe demostrarse que efectivamente al momento del finiquito contractual, existió afectación en la salud del trabajador RELEVANTE conocida por el empleador, una vez acreditado ello, debe tenerse en cuenta los siguientes parámetros del contrato a término fijo:

"Por tanto, en los casos de las personas con discapacidad es necesario que la facultad del empleador para terminar los contratos a término fijo tenga una dosis mínima de racionalidad o de objetividad, precedida de motivos creíbles y objetivos, que descarten sesgos discriminatorios. De modo que, si se alega que la decisión está libre de estos prejuicios, necesariamente es el empleador quien tiene el deber de demostrar que ello es así, aportando el medio de convicción de la objetividad de su decisión. Y tal prueba no es otra que aquella que acredite que la necesidad empresarial para la que fue contratado el trabajador, desapareció, pues no de otra forma podría justificarse la no renovación del contrato.

En tal sentido, como dueño de la actividad empresarial, el empleador debe demostrar que se extinguieron o agotaron las actividades contratadas a término definido y que la determinación de no renovar el contrato de trabajo fue objetiva y sustentada. Por otro lado, al ser el empresario la parte que alega la terminación del contrato por una causa neutra, tiene, de acuerdo con el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, hoy 167 del Código General del Proceso, que probar esa objetividad, más allá del simple vencimiento del plazo.

En consecuencia, la Corte adoctrina que, en el caso de los trabajadores con discapacidad contratados a término fijo, es necesario que la decisión de no prórroga proveniente del empleador esté fundamentada en la desaparición efectiva de las actividades y procesos contratados. Por consiguiente, si el trabajador promueve juicio laboral, el empleador tiene la carga probatoria de demostrar, de manera suficiente y creíble, que en realidad la terminación del contrato fue consecuencia de la extinción de la necesidad empresarial; solo así quedará acreditado que su decisión de no renovar el contrato de trabajo estuvo desprovista de una conducta discriminadora".

Precisiones estas que se acompasan al caso bajo estudio en el entendido que no se requiere que el trabajador este previamente calificado para goza de la estabilidad laboral reforzada, cuya presunción se desvirtúa solo en el evento que el empleador alegue una justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo y que la misma se compruebe, pues de no ser así, debió solicitar ante el Ministerio de trabajo el respectivo permiso y en caso no hacerlo, deberá asumir las consecuencias que su omisión acarrea.

En ese orden de ideas, se tiene que de la documental aportada por el demandante, se evidencia que el 30 de julio de 2015, sufrió un accidente de trabajo del cual no se evidencia algún tratamiento, incapacidad, recomendación o restricción laboral derivada del mismo (fl. 24). En igual sentido, se allegó examen radiológico del 22 de enero de 2016, en el que se indica que padece ruptura de las fibras del tendón supraespinoso.

A folio 26 obra concepto medico laboral emitido por la ARL COLPATRIA el 9 de junio de 2016, en que se hace una serie de recomendaciones por un periodo de 8 semanas y se sugiere continuar el manejo por especialista.

De otro lado, aparecen ordenes de medicamentos y exámenes, que datan del 4 de septiembre, 24 de agosto, 15 de marzo de 2016, 11, 16 y 24 de mayo, 8 de junio y 30 de marzo, todas de 2016 (fls. 47 a 49, 51 a 55), al igual que incapacidades 14 de abril al 12 de junio de 2016, derivadas de la patología, síndrome del manguito rotador (fls. 50 y 56).

Finalmente, se observa que la relación laboral que unió a las partes culminó el 11 de agosto de 2015, según el acuerdo transaccional que milita a folios 112 y 113, posteriormente, según lo manifestado en los hechos 8 a 10 de la demanda, los cuales fueron aceptados por la demandada en la contestación de la demanda y lo dicho por el actor en el interrogatorio de parte, fue reintegrado el 2 de octubre de 2015 en virtud de un fallo de tutela, el cual ordenó su reintegro de manera transitoria y que sea de paso advertir, no se aportó por ninguna de las partes, para luego la accionada el 13 de junio de 2016 (fl. 27), finiquitar nuevamente el contrato de trabajo bajo el entendido

que el accionante no presentó el proceso ordinario laboral dentro de los 4 meses siguientes a la orden de tutela que concedió el amparo.

Hechas las anteriores precisiones, encuentra la Sala que de conformidad con el artículo 8° del Decreto 2691 de 1991, la acción de tutela que ordenó el reintegro del demandante, dejó se surtir efectos en la medida que el mismo no cumplió con la carga que le impuso el Juez constitucional en el sentido de acudir a la jurisdicción dentro de los 4 meses siguientes al fallo de tutela. Aspecto este que fue aceptado por el actor tanto en la demanda como en el interrogatorio de parte, de ahí que el reintegro acaecido el 2 de octubre de 2015 quedara sin efectos y por ende la accionada podía, como en efecto lo hizo el 13 de junio de 2016, culminar la relación laboral derivada de ese reintegro.

Ahora, si bien el demandante a partir de la fecha en que fue reintegrado empezó a incapacitarse, al igual que se le emitieron una serie de recomendaciones por parte de la ARL, las mismas dejaron de ser oponibles al empleador y no surten validez para acreditar una estabilidad laboral, en tanto fueron otorgadas en el periodo en que el accionante se encontraba vinculado a raíz de la orden de tutela, de ahí, que al dejar de surtir efecto perdió validez el reintegro y por ende, la accionada estaba legitimada para finiquitar el vínculo.

Precisiones estas que encuentran sustento en lo normado en el artículo 8° del Decreto 2691 de 1991, que señala:

> *"Aun cuando el afectado disponga de otro medio de defensa judicial, la acción de tutela procederá cuando se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.*
>
> *En el caso del inciso anterior, el juez señalará expresamente en la sentencia que su orden permanecerá vigente sólo durante el término que la autoridad judicial competente utilice para decidir de fondo sobre la acción instaurada por el afectado.*
>
> *En todo caso el afectado deberá ejercer dicha acción en un término máximo de cuatro (4) meses a partir del fallo de tutela.*
>
> ***Si no la instaura, cesarán los efectos de éste.***
>
> *Cuando se utilice como mecanismo transitorio para evitar un daño irreparable, la acción de tutela también podrá ejercerse conjuntamente con la*

> *acción de nulidad y de las demás procedentes ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. En estos casos, el juez si lo estima procedente podrá ordenar que no se aplique el acto particular respecto de la situación jurídica concreta cuya protección se solicita, mientras dure el proceso."* (Resaltado de la Sala)

Conforme a ello, es claro que el reintegro no quedó convalidado al no cumplir el actor como se dijo, con su obligación de acudir al Juez dentro del término establecido en la norma en cita, de ahí que los derechos que haya podido consolidar durante el periodo en que estuvo vinculado en virtud del reintegro, tales como una posible estabilidad laboral o fuero circunstancial, dada su afiliación al sindicato en ese periodo (fl. 28), no quedaron consolidados y por ende, la accionada estaba facultada para terminar el contrato de trabajo el 13 de junio de 2016.

Finalmente, cabe destacar que para la fecha en que se produjo la primera desvinculación el 11 de agosto de 2015, si bien el demandante el 30 de julio de la misma anualidad sufrió un accidente de trabajo, lo cierto es que para la data de culminación del vínculo, no se encontraba incapacitado, como tampoco tenía tratamientos o recomendaciones derivadas de ello o de cualquier otra enfermedad, tan así que en el examen médico de egreso (fl. 118), se indicó que el mismo fue satisfactorio, sin que presentara algún tipo de patología, en tanto estas junto con su afiliación al sindicato devinieron cuando se reintegró, lo cual, se itera, no surten efectos en tanto el reintegro del que fue objeto, no se convalidó, conforme a lo antes expuesto.

Así las cosas y sin más consideraciones, se confirmará la decisión de primer grado.

COSTAS

Costas en esta instancia a cargo del demandante.

EN MÉRITO DE 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:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo del demandante.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

AUTO DE PONENTE: se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo del demandante, la suma de $300.000.

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

República de Colombia

Rama Judicial
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
BOGOTÁ. D. C.

SALA LABORAL.

Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE SANDRA MILENA USAQUEN PARRA contra COMPAÑÍA DE SERVICIOS Y ADMINISTRACIÓN S.A. - SERDAN S.A.

En Bogotá D. C. a los veintinueve (29) días del mes de enero dos mil veintiuno (2021), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES

Pretende la señora **SANDRA MILENA USAQUEN PARRA,** se **declare** que la terminación del contrato de trabajo es ineficaz por no mediar autorización del Ministerio de Trabajo y que se encontraba cobijada por el fuero de estabilidad laboral reforzada en razón de su limitación física. Como consecuencia de lo anterior, solicita se **condene** a la demandada a reintegrarla en un cargo igual o de superior jerarquía, con las mismas o mejores condiciones en las que se encontraba al momento de la terminación de contrato, junto con el pago de los salarios, cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, vacaciones, aportes al sistema de seguridad social integral, reparación integral de daños y perjuicios morales y materiales, lo que resulte probado ultra y extra petita y las costas del proceso incluidas agencias en derecho. Como pretensiones subsidiarias, pide se **declare** que el contrato terminó sin justa causa y

como consecuencia de ello, se **condene** a la accionada al pago de la indemnización por despido sin justa causa e indemnización moratoria (fls. 105 y 106).

Como hechos fundamento de las pretensiones (fls. 106 a 108), señaló que ingresó a laborar para la demandada el 28 de enero de 2009 y el 12 de agosto de 2015, la empresa le dio por terminado el contrato de trabajo sin justa causa. Refiere que el contrato celebrado entre las partes era por duración de la obra o labor, desempeñándose como prevendedora de los productos de INDEGA, percibiendo un salario de $1.089.000. Sostiene que fue diagnosticada por la EPS CAFESALUD con TENDINOSIS MEDIA LATERAL BILATERAL de origen laboral, al igual que también le diagnosticaron TENDINOSIS DEL SUPRAESPINOSO Y SUBESCALPULAR, DESGARRO DEL MUSLO INFRAESPINOSO, por lo que ha tenido incapacidades periódicas. Expone que sufrió un accidente de trabajo con ocasión a la labor prestada en INDEGA, como también está siendo tratada por la EPS por la patología CONDROPATÍA PATELAR GRADO III DERRAME ARTICULAR, la cual lleva un año de evolución y se le realizó un estudio de gammagrafía ósea que arrojó CAMBIOS DEGENERATIVOS, ENTESITIS AQUILIANA BILATERAL LEVE. Afirma que el 31 de mayo de 2016 recibió un dictamen de determinación de origen de la pérdida de la capacidad laboral, en el que se estableció que la patología EPICONDILITIS LATERAL es de origen laboral. Finalmente, menciona que la accionada tenía conocimiento de las enfermedades que le fueron diagnosticadas, sin embargo la despidió sin justa causa y sin autorización de la autoridad competente.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

SERDAN S.A. contestó la demanda (fls. 131 a 142), en la que se opuso a las pretensiones de esta. En cuanto a los hechos, acepta los contenidos en los numerales 1, 2, 4 a 6 y 9 y niega y no le constan los demás. Propuso como excepciones de fondo las de cobro de lo no debido, inexistencia de las obligaciones, pago, cumplimiento de las obligaciones, indebida aplicación de las normas legales, no limitación de la demandante al momento de la terminación del contrato de trabajo, no relación de causalidad entre el

despido y el estado de salud de la actora, eficacia y validez del despido, no pérdida de la capacidad laboral, actora no sujeta a la aplicación de la ley 361 de 1997 y errónea interpretación de las normas legales.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 18 de septiembre de 2018 (CD – fl. 280), **negó** las pretensiones de la demanda y **absolvió** de las mismas a la demandada, **declaró** probadas las excepciones propuestas por esta y **condenó** en costas a la demandante, fijando como agencias en derecho la suma de $700.000.

Fundamentó su decisión, indicando que no se discutió que entre las partes existió un contrato de trabajo por duración de la obra o labor. Sostiene que de la historia clínica de la demandante se evidencia que para los años 2011 a 2014, fue tratada por varias especialidades, al igual que aparece que por parte de medicina laboral, se entregó una carta de recomendaciones a la paciente el 7 de noviembre de 2012, sin que exista prueba que permita verificar que la misma fue remitida al empleador, al igual que se evidencia que en el lapso en comento, ingresó a urgencias por diferentes situaciones médicas diferentes a las enfermedades que le fueron diagnosticadas y a las que hace referencia en la demanda, como también se denota que el 1° de agosto de emitieron recomendaciones por parte de la EPS, su última atención médica data del 27 de mayo de 2015 y el 31 de mayo de 2016, fue calificada por la Junta Regional de Calificación de Invalidez por las enfermedades laborales EPICONDILITIS MEDIA BILATERAL Y LATERAL BILATERAL. Refiere que en el presente caso se desvirtúa la presunción de que trata la Ley 361 de 1997, toda vez que la decisión de la demandada de dar por terminado el contrato de trabajo, no obedeció a su condición de salud, toda vez que no existe prueba alguna que permita establecer que para el 12 de agosto de 2015, fecha en que la empresa le comunicó la decisión de dar por terminado el contrato de trabajo, ésta estuviera enterada de la condición de salud de la trabajadora, que si bien sufrió un accidente de trabajo y recibió tratamiento por diferentes especialidades de la medicina, no acudió a ninguna cita médica entre noviembre de 2014 y mayo de 2015. Expone que si bien los testigos

indicaron que la accionante se encontraba en tratamiento médico y que la EPS le había emitido recomendaciones con carácter definitivo para la fecha de terminación del contrato de trabajo, que estuvo incapacitada por largos periodos de tiempo y que la empresa estaba enterada de sus tratamientos, tales afirmaciones no encuentran respaldo alguno, en tanto no hay documento alguno que corrobore tales aseveraciones. Señala que de la historia clínica aportada se evidencia que con posterioridad a la finalización del contrato de trabajo, la accionante retomó su tratamiento médico e inició la calificación de la pérdida de la capacidad laboral, lo que desvirtúa que la decisión de finalizar el vínculo laboral, haya obedecido a su condición de salud, cuando para ella misma, incluso sus quebrantos de salud habían sido superados, pues en el año 2015, solo visitó al médico una vez, sumado a que no existen pruebas científicas que permitan verificar la condición de discapacidad que aduce, pues el tratamiento al que había sido sometida en 2011 – 2014, había cesado, no estaba incapacitada, como tampoco existieron recomendaciones o restricciones para trabajar, concluyendo que para la fecha de terminación del contrato de trabajo no se encontraba amparada por la estabilidad laboral reforzada. Finalmente, sobre la indemnización por despido sin justa causa que reclama, aduce que la demandada la pagó al momento de dar por terminado el contrato de trabajo.

APELACIÓN

La parte demandante interpuso recurso de apelación, manifestando que, la empresa demandada acudió a una posibilidad legal que tiene de finalizar el contrato de trabajo sin justa causa previo el pago de la indemnización, abusando de esa posibilidad, pese a conocer su estado de salud y con ello, evitarse la obligación de que trata el artículo 26 de la Ley 361 de 1997. Sostiene que se encuentra demostrado que la accionada sí conocía de su condición de salud, al punto que decidió aplicarle el artículo 140 del CST. Refiere que no existe un concepto de rehabilitación, por el contrario, le empezaron a surgir una serie de patologías que le agudizaron los problemas de salud que traía. Menciona que con la documenta aportada se encuentra probado que se encontraba en situación de debilidad manifiesta y desde el momento en que empezó a recibir incapacidades y pedir permiso para sus

tratamientos médicos, se inició una persecución laboral, pues se dieron una serie de llamados de atención. Aduce que si la empresa consideraba que existía un ajusta causa, la hubiera podido alegar, sumado que para efectos de la estabilidad laboral, la misma no se puede condicionar a la existencia de un dictamen, sin embargo, nel que se aportó se evidencia que las patologías iniciaron desde 2013 y que estas son de origen laboral. Finalmente, afirma que para la fecha el trámite de calificación de la PCL no ha concluido, pero sí existe una clara evidencia que se encontraba en condición de debilidad manifiesta y disminución física, lo que denota que la desvinculación obedeció a una discriminación por esta situación.

CONSIDERACIONES

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si la demandante al momento de la terminación del contrato de trabajo con SERDAN S.A. gozaba de estabilidad laboral reforzada y en caso afirmativo, establecer si hay lugar reintegrarla al mismo cargo que desempeñaba al momento del despido o a otro igual o de superior categoría, junto con el pago de los salarios, prestaciones sociales y aportes a la seguridad social integral, causados desde la fecha de culminación del vínculo y hasta que se produzca el reintegro.

Contrato de trabajo

No es tema de controversia la relación laboral que existió entre las partes, lo cual fue aceptado por la demandada en la contestación de la demanda y que es corroborado con la documental de folio 218, de donde se colige que entre las partes existió un contrato de obra o labor, desde el 28 de enero de 2009 hasta el 12 de agosto de 2015, en el que la actora se desempeñó como prevendedor, devengando un salario de $1.375.933.

Posteriormente, mediante acta de acuerdo de reintegro laboral de fecha 9 de diciembre de 2015, la demandada en virtud del fallo de tutela 2015 – 137 proferido el 27 de noviembre de 2015 por el Juzgado 13 Penal Municipal con Función de Conocimiento, reintegró a la demandante a partir de la data en

que se suscribió el referido acuerdo. Luego, el 11 de febrero de 2016, la empresa acatando el fallo proferido en segunda instancia 2015 – 242 emanado del Juzgado Noveno Penal del Circuito de Bogotá el 28 de enero de 2016 que recovó el anterior, dio por terminado el contrato de trabajo el 11 de febrero de 2016 (fls. 220 y 242)

Estabilidad laboral reforzada

La interpretación que la Sala hará en este caso, desde el punto de vista de las nuevas orientaciones que últimamente han sosteniendo tanto la Corte Suprema de Justicia como la Corte Constitucional, en el sentido que las normas legales se deben interpretar a la luz de los principios y valores constitucionales, a partir de la Constitución Política de Colombia desde el año 1991, en cuanto a que estos priman sobre las normas legales que los contrarían, tal como lo establece el artículo 4 constitucional. Igualmente, el articulo 93 ibidem, refiere que los derechos establecidos en la carta política y la Ley se interpretaran conforme a los estándares internacionales, por lo tanto, implica darle un repaso a los valores y principios que establece la Constitución y luego, aplicar las normas laborales de carácter legal a la luz de dichos principios y normas constitucionales.

Se establece en la Constitución Política de Colombia del año 1991, que Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República, fundada en el respeto de la dignidad humana, y en el trabajo y que son fines esenciales del Estado, entre otros, servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en ella, facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica y la vigencia de un orden justo.

Así mismo, se indica que es deber de los nacionales y extranjeros en Colombia, acatar la Constitución y que uno de LOS DERECHOS FUNDAMENTALES es el trabajo, el cual constituye una obligación social y goza, en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado, de

ahí que toda persona tenga derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas, además de ser libre de escoger profesión u oficio.

En igual sentido, señala la Carta política que el Congreso expedirá el estatuto del trabajo y la ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales: igualdad de oportunidades para los trabajadores, remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo, estabilidad en el empleo, irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales, facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles, situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho, primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, garantía a la seguridad social, capacitación, adiestramiento y el descanso necesario, protección especial a la mujer, maternidad y al trabajador menor de edad.

De otro lado, también es importante destacar, que los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna y que ni La ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores, por ende, es obligación del Estado y de los empleadores, ofrecer formación y habilitación profesional y técnica a quienes lo requieran, al igual que el Estado debe propiciar la ubicación laboral de las personas en edad de trabajar y garantizar a los minusválidos el derecho a un trabajo acorde con sus condiciones de salud.

Lo anterior significa, que la creación del Estado social de derecho se fundó teniendo como esencia el trabajo, es decir, una de las razones de ser de este, es el trabajo, tal como lo dice el preámbulo de la Constitución, sumado a que es tratado como un derecho fundamental, lo que implica que toda persona tiene derecho al trabajo y así, a su estabilidad en el mismo. Este principio es absoluto y solo se puede pregonar como relativo cuando en verdad existe una justa causa, para su terminación.

Desde otra óptica, el trabajo es el que ha permitido que el ser humano se haya desarrollado hasta los estadios en los que se encuentra hoy la humanidad, en sus actuales condiciones vida y además le ha servido de sustento por la remuneración que recibe, pues sin el mismo no habría podido subsistir, por ello, resulta vital y tan esencial la conservación de un empleo para todos los seres humanos.

Dentro de las garantías inmersas en el derecho al trabajo, se encuentra la estabilidad en el empleo, pues sin este, pierde su esencia, de ahí que la Constitución establezca como principio mínimo fundamental la estabilidad en el empleo sin ninguna restricción. Estabilidad que significa un derecho positivo del trabajador a permanecer en el empleo y por ende, conlleva una idea negativa al empleador para despedirlo; por ello, se expidió la ley 319 de 1996 la cual en sus artículos 6° y 7°, señala que toda persona tiene derecho al trabajo el cual habrá de gozar en condiciones justas, equitativas y satisfactorias y que el Estado, debe garantizar de manera particular, la estabilidad de los trabajadores en sus empleos de acuerdo con las características de las industrias y profesiones, con las causas de justa separación y en casos de despido injustificado, el trabajador tendrá derecho a una indemnización, a la readmisión en el empleo o a cualesquiera otra prestación prevista por la legislación nacional.

Lo que significa, que la estabilidad en el empleo es un derecho y que, para conservarlo, deben interpretar las normas legales de conformidad con los principios y valores constitucionales y para garantizar ese derecho, no se logra con facultar el empleador para dar por terminado el contrato de trabajo, si no existe una justa causa.

Siendo ello así y en lo que se refiere a la estabilidad laboral reforzada en tratándose de trabajadores en situación de discapacidad, la Corte Constitucional en sentencia SU – 049 de 2017, indicó:

> *"4.7. Según lo anterior, la Constitución consagra el derecho a una estabilidad ocupacional reforzada para las personas en condiciones de debilidad manifiesta por sus problemas de salud. Ahora bien, como se pudo observar, la jurisprudencia constitucional ha señalado que se encuentran en condiciones de debilidad manifiesta no solo quienes han tenido una pérdida ya calificada de capacidad laboral en un grado moderado, severo o profundo –definido conforme a la reglamentación sobre la materia-, sino también*

quienes experimentan una afectación de salud que les "impide o dificulta sustancialmente el desempeño de sus labores en las condiciones regulares" *(sentencia T-1040 de 2001). La experiencia acumulada por la jurisprudencia muestra que estas personas están también expuestas a perder sus vínculos ocupacionales solo o principalmente por ese motivo y, en consecuencia, a ser discriminados a causa de sus afectaciones de salud."*

(…)

"8.1. El derecho fundamental a la estabilidad ocupacional reforzada es una garantía de la cual son titulares las personas que tengan una afectación en su salud que les impida o dificulte sustancialmente el desempeño de sus labores en las condiciones regulares, con independencia de si tienen una calificación de pérdida de capacidad laboral moderada, severa o profunda. La estabilidad ocupacional reforzada es aplicable a las relaciones originadas en contratos de prestación de servicios, aun cuando no envuelvan relaciones laborales (subordinadas) en la realidad. La violación a la estabilidad ocupacional reforzada debe dar lugar a una indemnización de 180 días, según lo previsto en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, interpretado conforme a la Constitución, incluso en el contexto de una relación contractual de prestación de servicios, cuyo contratista sea una persona que no tenga calificación de pérdida de capacidad laboral moderada, severa o profunda."

Así mismo, dicha Corporación proveído SU – 040 de 2018, expresó:

"3.2. La figura de "estabilidad laboral reforzada" tiene por titulares a: (i) mujeres embarazadas; (ii) personas con discapacidad o en condición de debilidad manifiesta por motivos de salud; (iii) aforados sindicales; y (iv) madres cabeza de familia. En el caso de las personas con discapacidad, "es el derecho que garantiza la permanencia en el empleo, luego de haber adquirido la respectiva limitación física, sensorial o sicológica, como medida de protección especial y de conformidad con su capacidad laboral." Adicionalmente, la protección especial de quienes por su condición física están en circunstancia de debilidad manifiesta se extiende también a las personas respecto de las cuales esté probado que su situación de salud les impide o dificulta sustancialmente el desempeño de sus labores en las condiciones regulares, sin necesidad de que exista una calificación previa que acredite una discapacidad. En este contexto, ***la estabilidad laboral reforzada hace ineficaz el despido o desvinculación cuando la razón del mismo es la condición especial que caracteriza al trabajador****."*

(…)

"3.3. Así las cosas, existe desconocimiento de los fundamentos constitucionales y, especialmente, de los principios de igualdad y solidaridad cuando se evidencia un trato diferente o discriminatorio a las personas en condición de debilidad manifiesta por motivos de salud y a las calificadas como personas en situación de discapacidad, con independencia de la relación laboral acordada entre las partes."

De otro lado, la Corte Suprema de Justicia cambió el criterio frente al tema de la estabilidad laboral reforzada y en sentencia SL 1360 del 11 de abril de 2018, efectuando una interpretación del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, señaló:

"a) La prohibición del artículo 26 de la Ley 361 de 1997 pesa sobre los despidos motivados en razones discriminatorias, lo que significa que la extinción del vínculo laboral soportada en una justa causa legal es legítima."

"b) A pesar de lo anterior, si, en el juicio laboral, el trabajador demuestra su situación de discapacidad, el despido se presume discriminatorio, lo que impone al empleador la carga de demostrar las justas causas alegadas, so pena de que el acto se declare ineficaz y se ordene el reintegro del trabajador, junto con el pago de los salarios y prestaciones insolutos, y la sanción de 180 días de salario."

"c) La autorización del ministerio del ramo se impone cuando la discapacidad sea un obstáculo insuperable para laborar, es decir, cuando el contrato de trabajo pierda su razón de ser por imposibilidad de prestar el servicio. En este caso el funcionario gubernamental debe validar que el empleador haya agotado diligentemente las etapas de rehabilitación integral, readaptación, reinserción y reubicación laboral de los trabajadores con discapacidad. La omisión de esta obligación implica la ineficacia del despido, más el pago de los salarios, prestaciones y sanciones atrás transcritas."

Hechas las anteriores precisiones, lo primero que debe resaltar la Sala es que no era necesario que la demandante acreditara su estado de discapacidad entre grave, severa y profunda al momento del despido, pues si bien la Corte Suprema de Justicia tenía por sentado dicha tesis, a raíz de su último pronunciamiento como se expuso en precedencia, quedó claro que al trabajador únicamente le corresponde demostrar que estuviera en situación de discapacidad al momento del despido para que se configure la estabilidad laboral reforzada y por ende, al empleador acreditar las justas causas alegadas; de manera que, no se requiere la existencia de una calificación previa que acredite una pérdida de la capacidad laboral superior al 25%; argumento que además, coincide con lo señalado por la Corte Constitucional en las sentencias anteriormente referidas.

Refuerza lo anterior, lo dicho también por el máximo órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria, en sentencia, SL 2797 de 2020, al expresar:

"Al respecto, lo primero que cabe mencionar es que no resultaba trascendente el hecho de que el trabajador no estuviera incapacitado para la fecha de su despido, como lo resalta la recurrente, pues, como se definió en líneas anteriores, lo importante era que padeciera una condición de discapacidad en grado relevante. Y lo segundo, como también fue dilucidado, que el actor no tenía que contar con un dictamen de calificación de pérdida de capacidad laboral o con alguna certificación que lo acreditara como persona en

condiciones de discapacidad para el momento del despido, de manera que el Tribunal no incurrió en error de hecho alguno al ignorar esos requerimientos."

Así mismo, en el último pronunciamiento emitido por dicho cuerpo colegiado en sentencia SL – 2586 de 2020, en los casos de estabilidad laboral de los contratos de trabajo a término fijo, reiteró su criterio frente a que no se requiere de un carné que establezca el estado de discapacidad, como tampoco la necesidad de una calificación formal al momento de la culminación del vínculo, pero si, debe demostrarse que efectivamente al momento del finiquito contractual, existió afectación en la salud del trabajador RELEVANTE conocida por el empleador, una vez acreditado ello, debe tenerse en cuenta los siguientes parámetros del contrato a término fijo:

"Por tanto, en los casos de las personas con discapacidad es necesario que la facultad del empleador para terminar los contratos a término fijo tenga una dosis mínima de racionalidad o de objetividad, precedida de motivos creíbles y objetivos, que descarten sesgos discriminatorios. De modo que, si se alega que la decisión está libre de estos prejuicios, necesariamente es el empleador quien tiene el deber de demostrar que ello es así, aportando el medio de convicción de la objetividad de su decisión. Y tal prueba no es otra que aquella que acredite que la necesidad empresarial para la que fue contratado el trabajador, desapareció, pues no de otra forma podría justificarse la no renovación del contrato.

En tal sentido, como dueño de la actividad empresarial, el empleador debe demostrar que se extinguieron o agotaron las actividades contratadas a término definido y que la determinación de no renovar el contrato de trabajo fue objetiva y sustentada. Por otro lado, al ser el empresario la parte que alega la terminación del contrato por una causa neutra, tiene, de acuerdo con el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, hoy 167 del Código General del Proceso, que probar esa objetividad, más allá del simple vencimiento del plazo.

En consecuencia, la Corte adoctrina que, en el caso de los trabajadores con discapacidad contratados a término fijo, es necesario que la decisión de no prórroga proveniente del empleador esté fundamentada en la desaparición efectiva de las actividades y procesos contratados. Por consiguiente, si el trabajador promueve juicio laboral, el empleador tiene la carga probatoria de demostrar, de manera suficiente y creíble, que en realidad la terminación del contrato fue consecuencia de la extinción de la necesidad empresarial; solo así quedará acreditado que su decisión de no renovar el contrato de trabajo estuvo desprovista de una conducta discriminadora".

Precisiones estas que se acompasan al caso bajo estudio en el entendido que no se requiere que el trabajador este previamente calificado para goza de la estabilidad laboral reforzada, cuya

presunción se desvirtúa solo en el evento que el empleador alegue una justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo y que la misma se compruebe, pues de no ser así, debió solicitar ante el Ministerio de trabajo el respectivo permiso y en caso no hacerlo, deberá asumir las consecuencias que su omisión acarrea.

En ese orden de ideas, se tiene que para agosto de 2011, se le diagnosticó SINDROME DE MANGUITO ROTATORIO; luego, en julio de 2012, además del tratamiento que traía por la patología en comento, se le diagnosticó SINDROME MESENQUIMAL – INFALAMATORIO MIEMBROS SUPERIORES, para noviembre de 2012, padecía de BURSITIS DEL HOMBRO y EPICONDILITIS LATERAL, en enero de 2013, se dijo que tenía TENDINITIS DE BICEPS, en abril de 2014 ARTROSIS y en mayo de 2015 acudió al médico por inflamación y dolor en las rodillas (fls. 30 a 86).

Finalmente, en dictamen del 31 de mayo de 2016 (fls. 95 a 94), la Junta Nacional de Calificación de Invalidez estableció que las enfermedades EPICONDILITIS MEDIA BILATERAL Y EPICONDILITIS LATERAL BILATERAL, eran de origen profesional al igual que en el citado dictamen, se hace alusión a que esa misma junta el 13 de junio de 2013, calificó las enfermedades: síndrome de manguito rotario derecho secundario a tendinosis del supraespinoso y subescapular derecho y desgarro del músculo infraespinoso derecho, de origen común, como también señaló que el 30 de junio de 2015 fue calificada por la EPS CAFESALUD y el 6 de agosto de 2015 por la ARL COLPATRIA.

De donde se colige, que las patologías presentadas por la accionante en sus miembros superiores eran de conocimiento de la demanda, pues las mismas presentaban un cuadro de evolución anterior a su desvinculación, tan así que del año 2011 al 2014, presentó múltiples incapacidades e incluso estuvo en terapias, estas últimas en horas y días laborales; luego es claro que para asistir a estas debió pedir permiso, como también acudió en varias oportunidades al servicio de urgencias en los días y horas ya indicadas.

Aunado a lo anterior, del dictamen de la Junta del cual se hizo alusión en precedencia, se dijo que esta la había calificado en 2013 y que la EPS y ARL lo hicieron lo propio en junio y agosto de 2015, respectivamente; de ahí que no pueda decirse que la accionada desconocía el estado de salud de la actora cuando es apenas lógico que tuvo que ser notificada de las aludidas calificaciones. Situaciones estas con las ya anotadas, que no pudieron pasar inadvertidas para la sociedad, de ahí que carezca de fundamento lo señalado por el a quo en el sentido que la demandada no tenía conocimiento de los padecimientos de la accionante.

De manera que, no cabe duda para la Sala, que la trabajadora gozaba de estabilidad laboral reforzada dadas sus patologías que incluso como se dijo, estaban siendo objeto de calificación, tan así que la ARL COLPATRIA 6 días antes de culminar la relación laboral, efectuó la calificación del origen de la enfermedad, sin que el hecho que para la fecha de culminación del vínculo no gozara de incapacidad, de por hecho que la demandante no gozaba de la aludida estabilidad, pues la accionante padecía una enfermedad de la cual no había sido rehabilitada en su totalidad, al punto que estaba siendo objeto de calificación, a más que en agosto de 2013 (fl. 179), SERDAN fue informada de la valoración médica ocupacional efectuada por la EPS CAFESALUD a la accionante, donde le remite unas recomendaciones medico laborales, dado los padecimientos sufridos por la actora, de los cuales le indica, fueron calificados por la Junta Nacional como de origen común.

Terminación del contrato de trabajo

Al tenor de lo dispuesto en el artículo 167 del CGP y lo dicho al respecto por la Corte Suprema de Justicia, corresponde al trabajador probar el despido y al empleador la justa causa para darlo por terminado y en tratándose de renuncia del trabajador por causa imputable al empleador, corresponde aquel demostrar las causas que motivaron su desvinculación.

Así mismo, el parágrafo del artículo 62 y el artículo 66 ambos del CST, establecen que la parte que termina el contrato de trabajo debe manifestar a la otra al momento de la extinción del vínculo, la causal o motivo de esa determinación, sin que con posterioridad puedan alegarse motivos o causales distintas.

En efecto, a folio 217 obra carta del 12 de agosto de 2015, mediante la cual SERDAN S.A. le comunica a la señora Usaquén Parra, que ha decidido terminar unilateralmente el contrato de trabajo.

Conforme a ello, es claro que si bien el artículo 64 del CST faculta al empleador para terminar unilateralmente el contrato de trabajo con el pago de la respectiva indemnización, lo cierto es que en el caso de la demandante, dado que gozaba de estabilidad laboral reforzada por sus patologías, la accionada estaba obligada a solicitar ante el Ministerio de Trabajo, la respectiva autorización a fin de culminar el vínculo, pues, se itera, la misma sabia del padecimiento de la actora, empero, decidió finiquitar la relación laboral omitiendo la respectiva autorización, lo que conlleva a que el despido se torne ineficaz, pues en virtud del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, se presume que su decisión se debió al estado de la trabajadora, máxime si las causas que dieron origen a la contratación no habían desaparecido, pues en todos los controles médicos, calificación de origen de la enfermedad y recomendaciones, claramente se dijo que podía seguir con el desempeño de su labor como prevendedora.

Ahora, si bien la demandada trató de justificar su actuar, aduciendo que la accionante no tenía ninguna pérdida de la capacidad laboral, no era discapacitada, como tampoco presentaba limitación alguna; lo cierto es que, como se indicó en precedencia, si tenía varias patologías en sus miembros superiores, sin que el hecho que no estuviera calificada o limitada físicamente, no la convierta en un sujeto de especial protección.

De suerte que al incumplir la demandada lo normado en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, deviene sin dubitación alguna la ineficacia del

despido y por ende, el reintegro de la demandante al mismo cargo que venía desempeñando al momento de la culminación del vínculo o a otro de igual o superior categoría, junto con el pago de salarios, prestaciones sociales, además de los aportes a la seguridad social integral, desde la fecha en que se produjo el despido y hasta que se haga efectivo el reintegro.

Así las cosas y sin más consideraciones, se **REVOCARÁ** la sentencia de primer grado y en su lugar, se **DECLARARÁ** la ineficacia del despido de la demandante y en consecuencia, se ordenará su reintegro en la forma antes anotada.

COSTAS

En ambas instancias estarán a cargo de la demandada de conformidad con el numeral 4° del artículo 365 del CGP.

EN MÉRITO DE 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:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia apelada y en su lugar, **DECLARAR** la ineficacia del despido de la demandante, acecido el 12 de agosto de 2015 y el 11 de febrero de 2016, este último cuya vinculación se produjo en virtud de un reintegro, cuya orden de tutela fue revocada en segunda instancia, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR a **SERDAN S.A.** a **REINTEGRAR** a la señora SANDRA MILENA USAWUEN PARRA al mismo cargo que venía desempeñando al momento de la culminación del vínculo o a otro de igual o superior categoría.

TERCERO: CONDENAR a la demandada a pagar a la accionante, los salarios, prestaciones sociales legales y aportes a la seguridad social

integral, desde la fecha de su desvinculación y hasta que se haga efectivo el reintegro.

CUARTO: COSTAS en ambas instancias a cargo de SERDAN S.A.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

AUTO DE PONENTE: se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de SERDAN S.A., la suma de $900.000 pesos.

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

República de Colombia

Rama Judicial
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
BOGOTÁ. D. C.

SALA LABORAL.

Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE FLORENTINO PARRA GONZÁLEZ contra CEMEX COLOMBIA S.A. Y ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES

En Bogotá D. C. a los veintinueve (29) días del mes de enero de dos mil veintiuno (2021), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES

Pretende el señor **FLORENTINO PARRA GONZÁLEZ,** se **condene** a CEMEX COLOMBIA S.A. a reliquidar la pensión de jubilación que le fue reconocida, indexando el salario base de liquidación, junto con la diferencia que resulta de la reliquidación y la mesada que actualmente recibe de COLPENSIONES, junto con los incrementos legales y las costas del proceso incluidas agencias en derecho (fls. 68 y 69).

Como hechos fundamento de las pretensiones (fls. 66 y 67), señaló que nació el 15 de diciembre de 1938 y laboró para INDISTRIAS E INVERSIONES SAMPER S.A. hoy CEMEX COLOMBIA S.A. desde el 3 de abril de 1962 hasta el 18 de diciembre de 1990. Refiere que la empresa mediante oficio del 13 de enero de 1994, le reconoció la pensión de jubilación teniendo en cuenta un salario devengado en el último año de

$99.355,93 al cual le aplicó una tasa de reemplazo del 75%, para una mesada pensional de $81.510 a partir del 15 de diciembre de 1993. Sostiene que la compañía no indexó el ingreso mensual devengado, por lo que señala, debe ser actualizado conforme al IPC. Afirma que la empresa le indicó que la pensión se reconocería hasta el 15 de diciembre de 1998, data en la que cumpliría 60 años y que quedaría a cargo del ISS, quien mediante Resolución 004098 de 1999 le reconoció la pensión de vejez. Finalmente, expone que el 4 de enero de 2016 le solicitó a CEMEX la reliquidación de la pensión, la cual le fue negada por esta.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

COLPENSIONES contestó la demanda (fls. 99 a 101), en la que no se opuso a las pretensiones de esta. En cuanto a los hechos, en cuanto a los hechos, acepta los contenidos en los numerales 1.1 y 1.2 y no le constan los demás. Propuso como excepciones de mérito las de falta inexistencia del derecho y de la obligación, buena fe, prescripción, cobro de lo no debido y falta de legitimación en la causa por pasiva.

A su turno, **CEMEX COLOMBIA S.A.** contestó el introductorio (fls. 174 a 187), oponiéndose a las pretensiones de este. Sobre los hechos, acepta los contenidos en los numerales 1.1, 1.2, 1.5, 1.6 y 1.10 a 1.13 y niega los demás. Formuló las excepciones de cobro de lo no debido por inexistencia de la obligación y ausencia en la causa, prescripción, cosa juzgada, buena fe y compensación.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veinticinco ocho Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 13 de septiembre de 2018 (CD – fl. 230), **condenó** a CEMEX COLOMBIA S.A. a reconocer y pagar al demandante la pensión de jubilación en cuantía de $156.797,19 a partir del 15 de diciembre de 1993, descontando los valores pagados por el mismo concepto, sin embargo, se declaran prescritas las mesadas pensionales causadas con anterioridad al 4 de enero de 2013, suma sobre la cual se deberán efectuarse los aumentos legales año a año, junto con la mesada adicional de junio,

declaró que frente a COLPENSIONES, al existir reconocimiento pensional por parte de esta, únicamente quedará a cargo de CEMEX COLOMBIA S.A. el mayor valor que pudiere existir entre un reconocimiento y otro en concordancia con las reglas de compartiblidad pensional, **declaró** probada parcialmente la excepción de prescripción, relevándose del estudio de las demás y **condenó** en costas a CEMEX COLOMBIA S.A. en la suma de $2.500.000.

Fundamentó su decisión, indicando que no existe discusión respecto a la relación laboral que existió entre el demandante e INDUSTRIAS E INVERSIONES SAMPER S.A. hoy CEMEX COLOMBIA S.A., como tampoco la calidad de pensionado frente a esta. Refiere que no existe duda en cuanto a que el actor al momento de su desvinculación en diciembre de 1990 tenía un salario de $99.355,93 y que por el fenómeno de la devaluación para la fecha en que empezó a percibir la pensión de jubilación (15 de diciembre de 1993), dicha suma no representaba el mismo valor pues la moneda se había devaluado, trayendo perjuicios económicos al demandante afectando su mesada pensional, para lo cual se remite a la sentencia de la Corte Constitucional que recogió los criterios anteriores y unifico su criterio sobre la indexación de la primera mesada pensional, esto es, en proveído SU – 1073 de 2012, lo cual también fue aceptado por la Corte Suprema de Justicia en sentencia, aceptando la indexación la indexación de la primera mesada pensional incluso para las pensiones causadas y otorgadas con anterioridad a la expedición de la CN, de ahí que le asista derecho al accionante a la indexación de la primera mesada pensional, arrojando para el efecto un ingreso actualizado de $209.062,93 al cual se le aplica el 75%, para una mesada pensional de $156.797,19. Sostiene que como la demandada canceló una mesada de $81.510, esta deberá cancelar el valor de la pensión de jubilación en la cuantía antes me mencionada, a partir del 15 de diciembre de 1993, descontando los valores pagados por el mismo concepto. Frente a COLPENSIONES, al existir un reconocimiento pensional por parte de esta, quedará a cargo de CEMEX el mayor valor que pudiera existir entre un reconocimiento y otro, en concordancia con las reglas de la compartibilidad pensional. Finalmente, en lo atinente a la excepción de prescripción, expone que el demandante reclamó ante la demandada la

reliquidación de la prestación el 4 de enero de 2016 y la demanda se presentó en mayo de 2016, encontrándose prescritas las mesadas causadas con anterioridad al 4 de enero de 2013.

APELACIÓN

La parte actora interpuso recurso de apelación, respecto a la prescripción de las mesadas pensionales, manifestando que de conformidad con la sentencia SU - 1073 de 2012, el retroactivo se causa tres años hacia atrás desde la expedición de dicha providencia y que en este caso quedaría desde el 12 de diciembre de 2009.

Por su parte, **CEMEX COLOMBIA S.A. apeló la decisión,** señalando que debe tenerse en cuenta que la pensión reconocida fue voluntaria por cuanto el demandante no llevaba más de 10 años cuando el ISS comenzó a asumir el riesgo de vejez y la prestación se liquidó teniendo en cuenta el último año de servicios, sin que exista derecho a la indexación de la base salarial, en la medida que el reconocimiento de la misma no se dio en vigencia en la constitución de 1991, sumado a que las partes acordaron que cuando el accionante cumpliera 60 años de edad, la prestación quedaría a cargo del ISS sin que hubiera lugar a la compartibilidad pensional, de ahí que no deba ser condenada por ningún concepto.

CONSIDERACIONES

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si al demandante le asiste derecho a la indexación de la primera mesada pensional que le fue reconocida por INDUSTRIAS E INVERSIONES SAMPER S.A. hoy CEMEX COLOMBIA S.A. el 15 de diciembre de 1993 y en caso afirmativo, determinar si dicha prestación es compartida con la de vejez que en la actualidad percibe el accionante por parte del ISS hoy COLPENSIONES, quedando dado el caso, solo a cargo de la empresa, el pago del mayor valor si lo hubiere. En igual sentido se analizará la excepción de prescripción propuesta por la accionada.

Status de pensionado

No es tema de controversia la calidad de pensionado del demandante, lo cual fue aceptado por la demandada en la contestación de la demanda y que es corroborado con la documental de folios 31 y 32 del expediente; de donde colige, que INDUSTRIAS E INVERSIONES SAMPER S.A. hoy CEMEX S.A. le reconoció a FLORENTINO PARRA GONZÁLEZ la pensión de jubilación a partir del 15 de diciembre de 1993, en cuantía de $81.510, equivalente al salario mínimo legal mensual vigente para la época y que la pensión estaría a cargo exclusivamente del ISS al cumplimiento de los 60 años de edad.

Tampoco se discute, que mediante Resolución 04098 del 26 de febrero de 1999 (fl. 35), el ISS hoy COLPENSIONES le otorgó al actor la pensión de vejez a partir del 15 de diciembre de 1998, en cuantía de $203.826.

Indexación de la primera mesada

Sobre el tema, la Corte Constitucional en Sentencias C-862 y C-891A de 2006 refrendó el criterio de la Corte Suprema de Justicia respecto al vacío normativo existente en torno a la indexación de la primera mesada con anterioridad a la Ley 100 de 1993 y estimó que no reconocerla contrariaba los mandatos establecidos en los artículos 48 y 53 de la Constitución que ordenan mantener el poder adquisitivo constante de los recursos destinados a pensiones y su reajuste periódico. Así lo indicó en la primera de las providencias citadas al enseñar:

> *"No ocurre lo mismo con la pensión prevista en el numeral segundo del artículo 260 del C. S. T., porque en este caso la ausencia de previsión de indexación de la mesada pensional originó numerosos problemas interpretativos como antes se reseñó. Específicamente si se acogía la postura acogida por la Corte Suprema de Justicia a partir de 1999, eso significaba que a los trabajadores cobijados por este supuesto se le reconocían pensiones con el salario devengado en el último año de servicios, pero como en este evento si podía transcurrir un lapso considerable entre el momento en que el trabajador cumplía el requisito del tiempo de servicios y el momento en que alcanzaba la edad prevista para ser titular de la pensión, en la práctica eso conducía a que se reconocieran pensiones con base en un salario que había perdido sensiblemente su poder adquisitivo con el paso del tiempo, y en muchos*

casos la pensión reconocida solamente alcanzaba el valor del salario mínimo."

Ahora, si bien como se indicó en precedencia la H. Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Laboral sostuvo de antaño la improcedencia de la indexación para aquellas pensiones voluntarias, convencionales, legales y de sanción cuyo fundamento normativo era con anterioridad a la expedición de la Ley 100 de 1993, lo cierto es que dicha Corporación recogió el anterior criterio para entonces establecer la procedencia de la actualización de la mesada pensional sin diferenciar la cualificación pensional esto es, independiente su origen o fundamento legal.

De otro lado, en cuanto a la indexación de las pensiones otorgadas con anterioridad a la expedición de la CN, la Corte Constitucional en sentencia SU – 1073 de 2012, indicó:

"2.6.1. *El derecho a la indexación de la primera mesada pensional es predicable de todas las categorías de pensionados, y por tanto, resulta vulneratorio de los principios constitucionales que informan la seguridad social y el derecho laboral negar su procedencia a aquellos que adquirieron el derecho con anterioridad a la Constitución de 1991, pero cuyos efectos irradian situaciones posteriores.*

2.6.2. *La garantía de indexación no sólo fue reconocida por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, con anterioridad de la expedición de la Carta, sino que en la Constitución de 1991 se constitucionaliza en los artículos 48 y 53.*

2.6.3. *Además, también tiene sustento en el principio de favorabilidad laboral contenido en el artículo 53 Superior. Este principio obliga a las autoridades judiciales, incluyendo las Altas Cortes, a elegir, en caso de duda, por la interpretación que más favorezca al trabajador. En el caso de la indexación, no es otra que su reconocimiento universal, inclusive de las personas que adquirieron su derecho con anterioridad a la Constitución de 1991, por cuanto el fenómeno inflacionario afecta a todos por igual.*

2.6.4. *El reconocimiento a la indexación de la primera mesada pensional también es un desarrollo del principio del Estado Social de Derecho y una garantía que desarrolla los artículos 13 y 46, que prescriben la especial protección constitucional a las personas de la tercera edad, y el derecho al mínimo vital."*

Modulación jurisprudencial que a la fecha se encuentra vigente conforme se infiere entre otras en sentencias 43831 del 25 de septiembre de 2012, SL 736 del 16 de octubre de 2013 radicado 47709, SL 4623 del 16 de marzo de 2016 radicado 54050, SL 10926 del 3 de agosto de 2016 radicado 46563 y SL 3726 de 2018, estas últimas en las que la Corte Suprema de Justicia expuso:

> *"Finalmente, en la sentencia del 31 de julio de 2007, Rad. 29022, La Corte extendió la indexación a las pensiones extralegales y, con tales fines, reiteró que la fuente de dicho derecho estaba dada en los principios de la Constitución Política de 1991, plasmados en los artículos 48 y 53, por lo que, explicó, la naturaleza legal o extralegal de la prestación no tenía trascendencia, de manera que la actualización de los salarios resultaba procedente respecto de todas las pensiones causadas en vigencia de dicha norma."*
>
> *(…)*
>
> *"De todo lo expuesto, la Sala concluye que la pérdida del poder adquisitivo de la moneda es un fenómeno que puede afectar a todos los tipos de pensiones por igual; que existen fundamentos normativos válidos y suficientes para disponer un remedio como la indexación, a pensiones causadas con anterioridad a la vigencia de la Constitución Política de 1991; que así lo ha aceptado la jurisprudencia constitucional al defender un derecho universal a la indexación y al reconocer que dichas pensiones producen efectos en vigencia de los nuevos principios constitucionales; que esa posibilidad nunca ha sido prohibida o negada expresamente por el legislador; y que, por lo mismo, no cabe hacer diferenciaciones fundadas en la fecha de reconocimiento de la prestación, que resultan arbitrarias y contrarias al principio de igualdad."*
>
> *"Todo lo anterior conlleva a que la Sala reconsidere su orientación y retome su jurisprudencia, desarrollada con anterioridad a 1999, y acepte que la indexación procede respecto de todo tipo de pensiones, causadas aún con anterioridad a la vigencia de la Constitución Política de 1991."*

En ese orden de ideas, se tiene que la prestación pensional del actor se encuentra inmersa en el límite temporal para que la misma sea indexada, pues se denota que desde la fecha de retiro del servicio (1° de enero de 1991 - fl. 34) y de reconocimiento de la pensión (15 de diciembre de 1993 – fls. 31 y 32), trascurrió un tiempo considerable en el que hubo una pérdida del poder adquisitivo de la moneda.

Conforme a ello y en la medida que ninguna de las partes presentó reparo en cuanto al monto fijado por el a quo como mesada pensional al 15 de diciembre de 1993, se tendrá como tal la suma de **$156.797,19**, establecida por este en el proveído de primer grado.

Compartibilidad

Al respecto, se tiene que INDUSTRIAS E INVERSIONES SAMPER S.A. hoy CEMEX COLOMBIA S.A. le otorgó al acto la pensión de jubilación (fls. 31 y 32), a partir del 15 de diciembre de 1993, en los siguientes términos:

> "*1) De acuerdo con la información existente en su hoja de vida, usted ingresó a prestar sus servicios como trabajador de la empresa el 3 de abril de 1962.*
>
> *2). Con fecha primero (1°) de mayo de 1971 la empresa lo afilió al Instituto de Seguros Sociales. En ese entonces usted contaba con 9 años y 28 días de servicios prestados a Samper S.A.*
>
> *3). El 18 de diciembre de 1990, usted presentó renuncia al cargo hasta la fecha desempeñado, a partir del 1° de enero de 1991.*
>
> *4). Mediante acta DRH-33711-90 del 18 de diciembre de 1990, a la cual hace usted referencia en su solicitud se acordó que disfrutaría de su pensión de jubilación cuando cumpliera el requisito de edad.*
>
> *5). En fecha posterior, esto es el 14 de enero de 1991 se llevó a cabo la audiencia pública especial de conciliación con el fin consignar los términos del arreglo de carácter laboral a que llegó usted con la empresa.*
>
> *6). Según lo consignado en el acuerdo conciliatorio a que se llegó en dicha audiencia, verificada en el Juzgado 14 Laboral del Circuito de Santafé de Bogotá, entre el doctor Iván Darío Quintero, apoderado de la empresa y usted, la pensión de jubilación reclamada se reconocería en cuanto se reunieran los requisitos exigidos por la Ley.*
>
> *7). La copia de su partida de bautismo acredita que usted nació el 15 de diciembre de 193, de como que tiene más de cincuenta y cinco (55) años de edad.*
>
> *En consecuencia Industrias e Inversiones Samper S.A. reconoce a usted la expresada pensión de jubilación desde el día 15 de diciembre de 1993 hasta el día 15 de diciembre de 1998, fecha en la que usted cumple 60 años de edad y a partir de la cual el pago de su pensión estará a cargo exclusivamente del Instituto de Seguros Sociales.*

Para efectos de definir el monto de su pensión a cargo de Industrias e Inversiones Samper S.A., su salario promedio mensual en el último año de labores fue de noventa y nueve mil trescientos cincuenta y cinco pesos con noventa y tres centavos ($99.355,93).

El setenta y cinco (75%) de dicho salario, es la suma de setenta y cuatro mil quinientos diecisiete pesos ($74.517) que resulta inferior a la pensión mínima de jubilación establecida por la Ley, que debe ser equivalente al salario mínimo legal. A partir del 15 de diciembre de 1993 es de ochenta y un mil quinientos diez pesos ($81.510) y a partir del primero 1° de enero de 1994 será de noventa y ocho mil setecientos pesos ($98.700) mensuales."

De donde se colige, que la pensión otorgada por la demandada al actor lo fue bajo los parámetros del artículo 260 del CST, que establece:

"Todo trabajador que preste servicios a una misma empresa de capital de ochocientos mil pesos ($ 800.000) o superior, que llegue o haya llegado a los cincuenta y cinco (55) años de edad, si es varón, o a los cincuenta (50) años si es mujer, después de veinte (20) años de servicios continuos o discontinuos, anteriores o posteriores a la vigencia de este Código, tiene derecho a una pensión mensual vitalicia de jubilación o pensión de vejez, equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del promedio de los salarios devengados en el último año de servicio."

Ahora en lo que se refiere a la compartibilidad de las pensiones legales, el artículo 16 del Decreto 758 de 1990, señala:

Artículo 16. ***Compartibilidad de las pensiones legales de jubilación.*** *Los trabajadores que al iniciarse la obligación de asegurarse en el Instituto de Seguros Sociales contra los riesgos de invalidez, vejez y muerte, lleven 10 años o más de servicios continuos o discontinuos en una misma empresa de capital de ochocientos mil pesos ($ 800.000.00) moneda corriente o superior, ingresarán al seguro obligatorio como afiliados para el riesgo de invalidez, vejez y muerte. Al cumplirse el tiempo de servicios y la edad exigidos por la ley para las pensiones plenas o especiales en ella consagradas, podrán exigir la jubilación a cargo del patrono y éste estará obligado a pagar dicha pensión de jubilación, pero el patrono continuará cotizando en este seguro hasta cuando el trabajador cumpla con los requisitos mínimos exigidos por el Instituto para otorgar la pensión de vejez, y en este momento, el Instituto procederá a cubrir dicha pensión, siendo de cuenta del patrono únicamente el mayor valor, si lo hubiere, entre la pensión otorgada por el Instituto y la que venía cubriendo al pensionado.*

Así mismo, en cuanto a la asunción de los riesgos de IVM por parte del ISS, la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 3444 de 2020, indicó:

"En punto a la asunción de los riesgos de Invalidez Vejez y Muerte por parte del entonces Instituto Colombiano de Seguros Sociales, debe recordarse que fue progresiva y gradual, para ello, los artículos 2, 59, 60 y 61 del Acuerdo 224 de 1966 aprobado por el art. 1 del Decreto 3041 del mismo año, clasificaron a los trabajadores en 3 grupos, en función del tiempo de servicios que tuviesen al momento de su inscripción, así:

a) Los excluidos. Aquellos que llevaban más de 20 años de servicio a la empresa para cuando inició la cobertura del ISS en los riesgos de IVM, que no estaban obligados a inscribirse en el nuevo régimen de aseguramiento y tenían derecho a la pensión de jubilación del artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo, a cargo íntegramente del empleador.

b) Afiliados con vocación de pensión compartida. Quienes tenían más de 10 y menos de 20 años de servicio a la empresa, que quedaban sometidos a un régimen especial de subrogación parcial, en virtud del cual el empleador debía reconocer la pensión de jubilación prevista en el Código Sustantivo del Trabajo, tan pronto se cumplieran los requisitos establecidos para ello, pero debía seguir cotizando al sistema hasta que el trabajador adquiriera el derecho a la pensión de vejez a cargo del ISS, «siendo de cuenta del patrono únicamente el mayor valor, si lo hubiere, entre la pensión otorgada por el instituto y la que le venía siendo pagada por el patrono» (CSJ SL, 7 feb. 1996, rad. 7641 y CSJ SL, 6 feb. 2002, rad. 16806, entre otras).

c) Afiliados con pensión a cargo exclusivo del ISS. En este grupo quedaron ubicados los trabajadores con menos de 10 años al servicio de su empleador a la fecha del inicio de la cobertura, para quienes operó la subrogación total en el Instituto de Seguros Sociales, de manera que el empleador quedó liberado del pago de la pensión de jubilación establecida en el Código Sustantivo del Trabajo, en razón a su expresa derogatoria (CSJ SL1140-2020)."

Hechas las anteriores precisiones y descendiendo al caso objeto de estudio, se tiene que el actor fue afiliado al ISS por parte de la demandada el 1° de mayo de 1971 (fls. 106 a 107), data para la cual contaba con 9 años y 28 días de servicio a la empresa, encontrándose en el tercer grupo de trabajadores establecido en la jurisprudencia en cita; luego es claro que SAMPER S.A. hoy CEMEX no estaba obliga a reconocerle la pensión de jubilación contenida en el artículo 260 del CST, en la medida que el accionante tenía menos de 10 años de servicio al momento de la cobertura del Instituto y por ende, la prestación se encontraba a cargo exclusivo del ente de seguridad social, empero, fue su voluntad otorgarla, pues así lo acordaron las partes en el acta de conciliación del 18 de diciembre de 1990

y en la audiencia de conciliación llevada a cabo el 14 de enero de 1991 ante el Juzgado 14 Laboral del Circuito de Bogotá; de ahí que pese a que la prestación se concediera con base en los requisitos contemplados en el artículo 260 del CST, la misma adquiera un carácter voluntario y por ende, la sociedad podía limitar su pago, como en efecto lo hizo al 15 de diciembre de 1998, cuando el accionante cumplió los 60 años de edad y el Instituto le reconoció la pensión de vejez, pues, como se dijo, la prestación estaba a cargo exclusivamente de este último, al acreditar un tiempo menor a 10 años al momento de asumir el riesgo el ente de seguridad social.

Bajo ese entendido, es claro que la prestación otorgada por la empresa al demandante **no es compartida** con la de vejez que le reconoció el ISS a través de la Resolución 004098 del 26 de febrero de 1999 (fl. 35).

Argumento que encuentra sustento también, en lo señalado por la Corte Suprema de Justicia en sentencia, SL 4749 de 2020, en la que hace alusión a la SL 594 de 2018, citada en la SL 5137 de 2019, que en lo pertinente, adoctrinó:

> *"La pensión convencional de jubilación otorgada por la demandada al actor era de carácter temporal, pues claramente la convención la sometió a condición extintiva, cual fue el reconocimiento de la pensión de vejez. Consecuencialmente, al tratarse de una pensión extralegal de carácter temporal, quedaba excluida la aplicación del artículo 18 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el D. 780 de 1990, puesto que la compartibilidad que trae esta norma tiene aplicación tratándose de la concurrencia en el mismo trabajador de una pensión extralegal vitalicia causada desde el 17 de octubre de 1985 y la de vejez."*

"De lo que viene de decirse, dado el carácter voluntario y temporal de la prestación, una vez configurada la condición resolutoria acordada por las partes, la misma se extinguió, como con acierto lo coligió el Tribunal, sin que ello se regule, como lo arguye el accionante bajo la égida del artículo 18 del Acuerdo 049 de 1990, por no tratarse de una pensión vitalicia. Por tanto, tampoco se encuentra quebrantamiento de los artículos 53 de la CN, 13, 14 y del CST."

De suerte, que la pensión otorgada por CEMEX al accionante, se extinguió el 15 de diciembre de 1998, cuando cumplió la edad de 60 años, como así lo acordaron las partes, dado el carácter voluntario de la prestación, a más que si en gracia de discusión se tuviera que esta fue legal, también se

extinguió en la data en comento, en tanto, se itera, la prestación estaba a cargo exclusivo del ISS dado el tiempo de servicios que tenía al momento de su afiliación al ente de seguridad social y por ende, la misma no era compartida, como se explicó en precedencia.

Prescripción

Indica el demandante, que el término prescriptivo, debe contarse al tenor de lo señalado por la Corte Constitucional en la sentencia SU 1073 de 2012, la cual, en lo relativo a este medio exceptivo, expuso:

> *"Con base en la norma mencionada, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha conocido de tutelas contra providencias judiciales que niegan la indexación de la primera mesada pensional y ha tutelado los derechos invocados, confirmando la providencia que concedió la indexación de la primera mesada en el proceso ordinario laboral. De esta manera, se ha reconocido el efecto retroactivo de las diferencias pensionales, pues al momento de conceder la pretensión referente a la indexación, los jueces ordinarios laborales determinan que el término de prescripción se interrumpió desde el momento en que el pensionado hizo el respectivo reclamo de la indexación al empleador.*
>
> *En este orden de ideas, las órdenes de pago retroactivo de indexación de la primera mesada pensional han prosperado en aquellos casos en que el actor ha agotado todos los medios de defensa judicial por la vía ordinaria, en los términos en que esta pretensión ha sido planteada por el actor dentro de la misma.*
>
> *Sin embargo, la indeterminación en la existencia del derecho a la indexación de la primera mesada pensional, y la negativa de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, frente al reconocimiento de la indexación de pensiones causadas con anterioridad a 1991, merece una consideración distinta respecto del momento desde el cual se reconoce la indexación de las mesadas pensionales a los demandantes, por las razones que se describen a continuación.*
>
> ***En primer lugar**, resalta la Sala la necesidad de garantizar el principio de seguridad jurídica en este caso, pues la indeterminación en la existencia del derecho a la indexación de la primera mesada pensional, y la negativa de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia frente al reconocimiento de la indexación de pensiones causadas con anterioridad a 1991, podría acarrear problemas en la determinación del momento a partir del cual la prestación es exigible. En efecto, sería desproporcionado reclamar a los entes obligados cancelar sumas de dinero surgidas de un derecho que por mucho tiempo fue incierto.*

Al respecto, se debe recordar que, sólo hasta que fue expedida la sentencia C-862 de 2006, la Corte definió con carácter erga omnes que a partir de la interpretación de los artículos 48 y 53 de la Constitución de 1991 debía entenderse que existe un derecho constitucional de todos los pensionados a que el monto de la primera mesada pensional se calcule sobre un salario base indexado, de acuerdo con la variación del índice de precios al consumidor. Por lo tanto, sólo a partir de tal fallo llegó a admitirse que dicho derecho beneficiaba a todos los pensionados, sin que sobre el particular pudieran hacerse distinciones discriminatorias entre beneficiarios de pensiones legales, convencionales, ordinarias, pensiones sanción, etc. Estas consideraciones, como se reitera, se basaron en la interpretación de la Carta Política de 1991.

No obstante, ni siquiera en 2006 existía una posición uniforme en relación con las pensiones causadas bajo el marco constitucional de 1886.

De manera que, es a través de esta sentencia de unificación que la Corte Constitucional consolida la jurisprudencia con el fin de proteger el principio de seguridad jurídica respecto de los fallos judiciales divergentes que han proferido distintas jurisdicciones, los cuales han impedido la realización del derecho universal de la indexación. En este sentido, es sólo hasta esta sentencia de unificación que la Corte ha resuelto las contradicciones creadas por las diferentes decisiones judiciales respecto a la indexación de la primera mesada de las pensiones reconocidas antes de 1991.

De ahí que, ***sólo hasta este momento*** *exista claridad sobre la obligatoriedad de indexar las pensiones reconocidas antes de la Constitución de 1991, de manera que desde la fecha hay certeza sobre la exigibilidad de la indexación y la obligación de las autoridades de efectuar su reconocimiento.*

En segundo lugar, *observa la Sala que, en caso de ordenar el pago retroactivo de la indexación desde la fecha en la que se presentó la primera reclamación a la entidad, se pondría en riesgo la estabilidad financiera del Sistema General de Pensiones, desconociendo otro principio constitucional: el de sostenibilidad fiscal consagrado en el artículo 334 de la Constitución Política, que ordena que el mismo debe "orientar a las Ramas y órganos del Poder Público, dentro de sus competencias, en un marco de colaboración armónica."*

Adicionalmente, el artículo 48 de la Constitución Política (modificado por el artículo 1 del Acto Legislativo 1 de 2005) consagra la obligación del Estado de garantizar los derechos, la sostenibilidad financiera del Sistema Pensional, y asumir el pago de la deuda pensional que de acuerdo con la ley esté a su cargo.

(…)

Por consiguiente, si la Corte decidiera reconocer la indexación de la primera mesada pensional contando el término de prescripción a partir de la primera reclamación al empleador –como lo hicieron algunos

jueces de instancia en los procesos laborales estudiados- se pondría en riesgo la estabilidad financiera del sistema pensional, alterando la posibilidad de pagar otras pensiones reconocidas a cargo del Estado y, por ende, afectando el principio de progresividad, y el acceso a las pensiones de todos los colombianos.

(…)

En tercer lugar, *en aras de equilibrar los intereses en pugna, el juez constitucional realiza una interpretación, no sobre la existencia misma de la prescripción, sino sobre la manera de contabilizarla.*

*Para tal fin, la Sala encuentra que la certeza del derecho es el momento a partir del cual se debe determinar el término de prescripción. Ello se encuentra en concordancia con el artículo 488 del Código Sustantivo del Trabajo que señala que "Las acciones correspondientes a los derechos regulados en este código prescriben en tres (3) años****, que se cuentan desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible****, salvo en los casos de prescripciones especiales establecidas en el Código Procesal del Trabajo o en el presente estatuto."*

En este orden de ideas, pese al carácter universal del derecho a la indexación de la primera mesada pensional, la divergencia interpretativa sobre su procedencia en aquellas causadas con anterioridad a 1991, hace que ***sólo a partir de esta decisión de unificación se genere un derecho cierto y exigible."***

Conforme a ello, es claro que la prescripción en este caso, contrario a lo señalado por el accionante, se debe contar desde la fecha en que elevó la reclamación a la empresa la cual data del 4 de enero de 2016 (fl. 36), pues si bien el derecho a la indexación de las pensiones causadas con anterioridad a la expedición de la CN de 1991, nació con la sentencia en comento, lo cierto es que en el caso de autos, la prestación que la accionada le otorgó al actor lo fue desde el 15 de diciembre de 1993, fecha para la cual ya se encontraba vigente la Constitución (4 de julio de 1991), de ahí que la misma no se le sea aplicable y si en gracia de discusión lo fuera, en nada cambiaria la forma de contabilizar la prescripción, pues la Corte hace alusión a las reclamaciones que se efectuaron con anterioridad a la expedición de dicha providencia, bajo el entendido que reconocerlas a la calenda en que se elevaron las solicitudes, afectaría la estabilidad financiera del sistema; pues resultaría ilógico, contar el término prescriptivo desde la aludida sentencia, cuando pese a que el derecho se

hizo exigible con esta, después de tres años es que se efectúa la reclamación como en el caso del demandante.

Así las cosas, pese a que el accionante tenga derecho a la indexación de la primera mesada pensional, no hay lugar a imponer condena alguna a la demandada, en la medida que la prestación se extinguió el 15 de diciembre de 1998 y al no ser compartida con la de vejez que le otorgó el ISS, no existen diferencias por pagar; motivo por el cual y sin más consideraciones, se **REVOCARÁ** la sentencia apelada para en su lugar, **ABSOLVER** a la demandada de las pretensiones de la demanda.

COSTAS

En ambas instancias estarán a cargo del demandante, de conformidad con el numeral 4° del artículo 365 del CGP.

EN MÉRITO DE 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:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia apelada y en su lugar, **ABSOLVER** a CEMEX COLOMBIA S.A. de las pretensiones de la demanda, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en ambas instancias a cargo del demandante.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Magistrada

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

Magistrado

AUTO DE PONENTE: se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo del demandante, la suma de $300.000.

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

República de Colombia

Rama Judicial
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
BOGOTÁ. D. C.

SALA LABORAL.

Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE ÁLVARO AUGUSTO DÍAZ ARENAS contra CASA EDITORAL EL TIEMPO S.A.

En Bogotá D. C. a los veintinueve (29) días del mes de enero dos mil veintiuno (2021), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES

Pretende el señor **ÁLVARO AUGUSTO DÍAZ ARENAS,** se **declare** la ilegalidad de su despido acaecido el 12 de febrero de 2016. Como consecuencia de lo anterior, solicita se condene a la demandada a reintegrarlo al cargo que venía desempeñando como coordinador de preprensa, junto con el pago de los salarios, primas de servicio, cesantías, intereses sobre las mismas y vacaciones causadas desde que se produjo el despido y hasta que se efectúe el reintegro, además de la indexación de las sumas adeudadas, lo que resulte probado ultra y extra petita y las costas del proceso (fls. 29 y 30).

Como hechos fundamento de las pretensiones (fls. 30 a 31), señaló que ingresó a laborar al servicio de la demandada el 11 de junio de 1990, mediante contrato de trabajo a término indefinido, devengando como último salario la suma de $3.182.704. refiere que el 2 de septiembre de

2014 la organización sindical ASOPRENSA, radicó pliego de peticiones ante la accionada, quien al día siguiente comunicó el recibido de la misma. Sostiene que el 7 de octubre de 2014 la empresa le comunicó al sindicato el inicio de la etapa de arreglo directo. Finalmente, afirma que el 12 de febrero de 2016 la demandada dio por terminada la relación laboral de forma unilateral y sin justa causa, fecha para la cual ASOPRENSA y el TIEMPO se encontraban en negociación del pliego de peticiones.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

CASA EDITORIAL EL TIEMPO S.A. contestó la demanda (fls. 40 a 45 y 82 a 83), en la que se opuso a las pretensiones de esta. En cuanto a los hechos, niega los contenidos en los numerales 7 y 8 y acepta los demás. Propuso como excepciones de fondo las de prescripción, falta de causa, inexistencia de la obligación y buena fe.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 30 de agosto de 2018 (CD – fl. 88), **declaró** probada la excepción de inexistencia del derecho, **absolvió** a la demandada de las pretensiones de la demanda y **condenó** en costas al demandante, fijando como agencias en derecho la suma de un salario mínimo legal mensual vigente al momento del pago.

Fundamentó su decisión, indicando que la terminación del contrato de trabajo que unió a las partes se produjo por mutuo acuerdo entre ellas, lo que genera que no se de unos de los requisitos para la garantía del fuero circunstancial como lo es precisamente el despido injusto. Advierte que dentro del proceso no se discutió que entre las partes existió una relación laboral la cual culminó el 12 de febrero de 2016 y si bien en la demanda se aporta una certificación emitida por CLAUDIA MARCELA TALERO jefe de administración de personal de la demandada en la que se deduce que el motivo del retiro fue sin justa causa, lo cierto es que también se allegó con la contestación de la demanda un convenio suscrito entre las partes en el que se señala que la terminación del contrato de trabajo se da por muto

acuerdo, al igual que se le reconoce una bonificación por $137.688.220. Documento que señala, no fue tachado en la oportunidad procesal pertinente, entendiéndose su contenido aceptado y que coincide con la liquidación de prestaciones sociales en la que se observa que el motivo del retiro fue mutuo acuerdo. Finalmente, menciona que para dar aplicación al fuero circunstancial, se hace necesario que el despido haya sido sin justa causa lo cual no se demostró en el presente caso.

CONSULTA

La parte demandante no interpuso recurso de apelación, por ende la decisión es enviada a este Tribunal a fin de que se surta el grado jurisdiccional de consulta en los términos del artículo 69 del CPL modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007.

CONSIDERACIONES

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si la terminación del contrato de trabajo del demandante devino sin justa causa y en caso afirmativo, establecer si gozaba de la garantía del fuero circunstancial y por ende, tiene derecho a ser reintegrado al mismo cargo que desempeñaba al momento de la culminación del vínculo.

Contrato de trabajo

No es tema de controversia la relación laboral que existió entre las partes, lo cual fue aceptado por la demandada en la contestación de la demanda y que es corroborado con la documental de folios 9, 10, 47 y 79, de donde se colige que el señor ÁLVARO AUGUSTO DÍAZ ARENAS laboró al servicio de CASA EDITORIAL EL TIEMPO S.A. desde el 11 de junio de 1990 hasta el 12 de febrero de 2016, desempeñando el cargo de coordinador prepensa, con un salario de $3.180.704.

Fuero circunstancial

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 37267 del 6 de julio de 2011, en la que hace alusión a la 20766 de 2003, en lo que se refiere a la garantía del fuero circunstancial, en ésta última señaló:

> *"La protección a la que se refiere el artículo 25 del Decreto 2351 de 1965 se inicia con la presentación del pliego de peticiones al empleador y termina cuando se ha solucionado el conflicto colectivo mediante la firma de la convención o el pacto, o hasta que quede ejecutoriado el laudo arbitral."*
>
> *"De conformidad con el texto anterior, se puede aseverar que en todos los casos y circunstancias en que se presente un pliego de peticiones al empleador, empieza a regir el denominado fuero circunstancial, el cual sólo se extingue, se reitera, cuando se firma la convención o el pacto colectivo, o queda en firme el laudo arbitral, si fuere el caso; según dicho entendimiento, si no se presenta ninguna de estas últimas hipótesis el conflicto sigue latente y la protección foral se perpetúa y continúa surtiendo todos sus efectos."*
>
> *"No obstante, debe tenerse en cuenta que esa exégesis resulta inobjetable únicamente en aquellos trámites en que el conflicto se ha desenvuelto normalmente, con pleno cumplimiento por las partes negociadoras tanto de las etapas respectivas como de los términos y plazos establecidos en la legislación laboral para cada una de ellas. Empero, si hay incumplimiento de alguno de esos pasos y ello por su gravedad hace imposible la continuación del curso ordinario del procedimiento del diferendo, naturalmente no puede suponerse que el conflicto sigue existiendo y de suyo también de la protección foral…"*

Revisadas las pruebas allegadas, se tiene que el 2 de septiembre de 2014 de 2014, la organización sindical ASOPRENSA presentó ante CASA EDITORIAL EL TIEMPO S.A. el pliego de peticiones, a lo que la empresa el 5 del mismo mes y año contestó acusando recibido (fl. 11), dando así inició al amparo consagrado en el artículo 25 del Decreto 2351 del 1965, que indica:

> *"Los trabajadores que hubieren presentado al patrón un pliego de peticiones no podrán ser despedidos sin justa causa comprobada, desde la fecha de la presentación del pliego y durante los términos legales de las etapas establecidas para el arreglo del conflicto."*

En ese orden de ideas, se tiene que de los documentos allegados por las partes, no se evidencia que el actor al momento de la presentación del pliego de peticiones por parte de ASOPRENSA se encontrara afiliado a esta, como

tampoco se observa que el contrato de trabajo hubiere culminado sin justa causa.

Lo anterior, teniendo en cuenta que no se aportó certificación o constancia expedida por el sindicato o algún otro documento del que se denote que el señor Díaz Arenas se encontrara afiliado a ASOPRENSA; así mismo, si bien a folio 14 obra certificación expedida el 12 de febrero de 2016 por la jefe de administración de personal de CASA EDITORIAL EL TIEMPO en la que hace constar que el motivo de retiro del trabajador lo fue por terminación sin justa causa, también lo es que a folio 47 aparece un convenio suscrito entre las partes en la fecha aludida, en que acuerdan la culminación del vínculo por mutuo acuerdo, además del pago por parte de la empresa, de una bonificación por la suma de $137.688.220. Documento que no está por demás señalar, no fue tachado ni reargüido de falso por las partes en la oportunidad procesal pertinente.

Acuerdo este que se corrobora con la liquidación final de prestaciones sociales de folio 79, en la que se indica que el contrato finiquitó por mutuo acuerdo, al igual que se efectúa el pago entre otros conceptos, de la referida bonificación.

Hechas las anteriores precisiones, no cabe duda para la Sala que el accionante no gozaba de fuero circunstancial, por cuanto además de no hacer parte del grupo de trabajadores que presentó el pliego de peticiones, si en gracia de discusión lo fuera, su contrato culminó por mutuo acuerdo, circunstancia esta última, que no se encuentra dentro de las previsiones establecidas en el artículo 25 del Decreto 2351 del 1965, para gozar de la garantía foral.

Así las cosas, como quiera que el señor Álvaro Díaz Arenas no gozaba de fuer circunstancial, tal y como lo señaló el a quo, es por lo que sin más consideraciones, se confirmará la decisión de primera instancia.

COSTAS

Sin costas en este grado jurisdiccional de consulta.

EN MÉRITO DE 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:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia consultada, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en este grado jurisdiccional de consulta.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

República de Colombia

Rama Judicial
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
BOGOTÁ. D. C.

SALA LABORAL.

Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE GUILLERMO LEÓN GIRALDO contra FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA Y LA NACIÓN – MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO

En Bogotá D. C. a los veintinueve (29) días del mes de enero de dos mil veintiuno (2021), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES

Pretende el señor **GUILLERMO LEÓN GIRALDO,** se **condene** a las demandadas al reconocimiento, liquidación y pago de la pensión restringida de jubilación por despido sin justa causa, a partir del cumplimiento de los 60 años de edad, junto con la indexación de la primera mesada, mesadas adicionales, reajustes anuales, lo que resulte probado ultra y extra petita y las costas del proceso incluidas agencias en derecho (fls. 2 y 3).

Como hechos fundamento de las pretensiones (fls. 3 y 4), señaló que existieron dos contratos de trabajo con ALCALIS DE COLOMBIA LTDA – ALCO LTDA del 3de diciembre de 1979 al 2 de abril de 1980 y del 16 de abril de 1980 al 28 de febrero de 1993, el cual culminó son justa causa

por parte de la empresa. Finalmente, refiere que nació el 24 de abril de 1957 y el último salario promedio devengado ascendió a $395.207.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

LA NACIÓN – MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO contestó la demanda (fls. 35 a 51), en la que se opuso a las pretensiones de esta. En cuanto a los hechos, manifiesta que no es un hecho el contenido en el numeral 6 y acepta los demás. Propuso como excepciones de mérito las de falta de legitimación por pasiva, inexistencia de la obligación, prescripción y buena fe.

A su turno, **el FONDO DE PASIVO SOCIAL FERROCARROLES NACIONALES DE COLOMBIA** contestó el introductorio (fls. 66 a 72), oponiéndose a las pretensiones de este. Sobre los hechos, niega los contenidos en los numerales 4 y 6 y acepta los demás. Formuló las excepciones de cobro de lo no debido, falta de causa y título para pedir, inexistencia de las obligaciones reclamadas, pago, prescripción, compensación y buena fe.

De otro lado, en auto del 11 de noviembre de 2016 (fl. 74), se ordenó integrar el contradictorio con **COLPENSIONES,** quien no se opuso a las pretensiones de la demanda (fls. 76 a 80). Respecto a los hechos, acepta el contenido en el numeral 1° y niega y no le constan los demás. Presento las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, prescripción, inexistencia del derecho y de la obligación, imposibilidad para acceder a lo solicitado y buena fe.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 24 de septiembre de 2018 (CD – fl. 130), **condenó** al FONDO DE PASIVO SOCIAL FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA a reconocer y pagar al demandante la pensión de jubilación, a partir del 24 de abril de 2017, en cuantía de $1.500.863, junto con la indexación de las mesadas causadas desde la fecha de reconocimiento, **declaró** que la

pensión tiene el carácter de compartida con la de vejez de COLPENSIONES, **absolvió** al fondo de las demás pretensiones de la demanda y a la NACIÓN – MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO de la totalidad de ellas, **declaró** no probadas las excepciones propuestas y **condenó** en costas al Fondo pasivo.

Fundamentó su decisión, indicando que no se discute la relación laboral que existió entre el demandante y la extinta ALCALIS DE COLOMBIA. En cuanto la pensión, refiere que como el vínculo laboral culminó con antelación al 1° de abril de 1994, fecha para la cual contaba con más de 13 años de servicio como trabajador oficial, por lo que la disposición que les es aplicable es el artículo 8° de la Ley 171 de 1961. En cuanto a la terminación del contrato, sostiene que ello devino por la liquidación de la empresa el 26 de febrero de 1993, a lo que la Corte Suprema ha indicado que cuando el vínculo fenece por supresión del cargo o liquidación de la empresa, este se asemeja a un despido sin justa causa, cumpliendo el actor con los requisitos para acceder a la pensión, la cual se empezará a pagar desde el 24 de abril de 2017, es decir, desde el cumplimiento de los 60 años de edad, equivalente al 49.51%, del salario promedio devengado por el accionante al momento de la terminación del contrato, esto es, $395.807 y que debe actualizarse conforme al IPC, aplicando para ello la fórmula establecida por la Corte Suprema de Justicia, arrojado una mesada pensional de $1.500.863. Afirma que las mesadas causadas desde el 24 de abril de 2017, deberán indexarse al momento de su pago, al igual que la prestación tendrá el carácter de compartida con la pensión que le llegare a reconocer COLPENSIONES. En cuanto a la mesada adicional de junio, expone que el actor no puede ser beneficiario de la misma, como quiera que la pensión se causó en 2017 y por ende, la condena se impondrá solo pro trece mesadas al año.

APELACIÓN

El FONDO DE PASIVO SOCIAL FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA interpuso recurso de apelación, manifestando que se debe revisar la tasa de reemplazo y el salario promedio que se tuvo en cuenta para calcular la mesada pensional, pues este ultimo corresponde al valor que se

tuco en cuenta para la liquidación final de cesantías, pues para las demás prestaciones se tuvo en cuenta un salario de $389.546 y que es sobre el cual se debe liquidar la pensión, como tampoco se ordenaron los descuentos por concepto de aportes a salud. Finalmente, advierte que el Decreto 2601 de 2006 faculta al FONDO DE FERROCARRILES únicamente para el reconocimiento de sustituciones, reliquidaciones o pensiones de ALCALIS pues su pago, según ese Decreto esta dado para la NACIÓN – MINISTERIO DE INDUSTRIA, COMERCIO Y TURISMO, mientras son asumidas por la UGPP y el FOPEP.

CONSIDERACIONES

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si al demandante le asiste derecho a la pensión restringida de jubilación contenida en el inciso segundo del artículo 8º de la Ley 171 de 1961 y si la misma es compartida con la de vejez que le llegare a otorgar COLPENSIONES, al igual que se estudiará lo relativo a los factores salariales que se deben tener en cuenta para el reconocimiento de la pensión.

Pensión sanción o restringida de jubilación

Respecto a la aplicación y vigencia de la Ley 171 de 1961, la Corte Suprema de Justicia entre otras en sentencia 43751 de 2014, ha indicado que la misma aplica siempre y cuando los trabajadores oficiales hayan causado su derecho con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, para lo cual necesitan acreditar únicamente el tiempo de servicios y el retiro de la entidad, ya sea de manera voluntaria por parte del trabajador o mediante despido injusto, siendo el requisito de edad simplemente de exigibilidad para su pago, sin que para el efecto se tenga en cuenta si la entidad afilió o no al trabajador en su momento al ISS en tanto tal requisito, es aplicable a la pensión sanción contenida en el artículo 133 de la Ley 100 de 1993, norma ésta que no aplica para el caso objeto de estudio.

Al constatar si el demandante cumple con los requisitos para acceder a la pensión en los términos del inciso primero del artículo 8° de la ley 171 de 1961 esto es, despido sin justa causa, 10 años y menos de 15 de servicio a la entidad y 60 años de edad (éste último solo de exigibilidad para el pago), se tiene que nació el 24 de abril de 1957 (fl. 8), cumpliendo la edad el mismo día y mes del año 2017, así mismo y en lo que al tiempo de servicio se refiere, según la documental de folios 10 a 22, se evidencia que laboró al servicio de la extinta ALCALIS DE COLOMBIA LTDA – ALCO LTDA desde el 3 de diciembre de 1979 hasta el 3 de abril de 1980 y del 16 de abril de 1980 al 28 de febrero de 1993, para un total de servicios prestados de **13 años, 2 meses y 14 días,** por lo que al culminar el contrato de trabajo con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, le es aplicable la Ley 171 de 1961.

En cuanto a las causas que dieron origen al retiro de la entidad, se tiene que a folio 9 obra copia de comunicación mediante la cual ALCALIS DE COLOMBIA LTDA – ALCO LTDA le informa al accionante que dada la situación de la empresa, cuya junta directiva se vio obligada a ordenar la liquidación de la misma, es por lo que decidió dar por terminado el contrato de trabajo. Circunstancia esta que si bien se enmarca dentro de la causal contenida en el literal f) del artículo 47 del Decreto 2127 de 1945 para culminar la relación laboral, lo cierto es que la misma es una causa legal y no justa para finiquitar el vínculo, pues no se encuentra dentro de las enlistadas como tales en el artículo 48 de la referida obra, luego al invocarse como fundamento para terminar el vínculo, hace que dicha determinación pese a ser legal se torne injusta, como así lo dijo la Corte Suprema de Justicia en sentencia 50684 del 24 de enero de 2018, en la que hace alusión a la SL 603 del 25 de enero del 2017 radicado 61091 y SL 649 del 27 de enero del 2016 radicado 49595 en las cuales cita la SL – 579 de 2014, indicando:

> *"La discusión a la que se hace referencia ha tenido por parte de esta Sala múltiples y uniformes pronunciamientos en el sentido de señalar que no obstante haberse extinguido, de manera unilateral por la entidad o en liquidación o en reestructuración la relación laboral que trabó a las partes, en atención a razones de orden legal, tal circunstancia no se halla dentro de las causales establecidas por el artículo 48 del Decreto 2127 de 1945 como «justas causas para dar por*

terminado unilateralmente el contrato de trabajo» y en virtud a ello, es decir, al carácter taxativo de la disposición no es posible valorar de justa la señalada causa legal."

(…)

"Se infiere de lo anterior que, cuando se hace referencia al despido sin causa justa, no se excluye al que se opera, por decisión unilateral del empleador, con autorización legal distinta a la que establece las justas causas de despido, porque no se puede equiparar la legalidad de la terminación del vínculo con el despido precedido de justa causa. De tal suerte que aun cuando, para el sector oficial, el artículo del Decreto 2127 de 194 (sic) establece los modos de finalización del vínculo laboral, únicamente constituyen justa causa, como ya se expresó, los consagrados en los artículos 16, 48 y 49 del mismo decreto, aludidos también en el literal g) del citado artículo 47."

Por lo anterior, es claro para la Sala que el contrato de trabajo que unió al demandante con ALCO LTDA terminó sin justa causa conforme lo indicó el a quo, pese a que la decisión de la entidad se ampare en una causa legal de terminación, de ahí que se den los presupuestos para que el actor acceda a la pensión sanción contenida en el inciso primero del artículo 8º de la Ley 171 de 1961.

En cuanto a los factores salariales a tener en cuenta para liquidar este tipo de pensiones, la Corte Suprema de Justicia entre otras en las sentencias SL 1706 del 27 de enero de 2016 radicado 61023 y en la SL 3687 del 29 de agosto de 2018 radicado 56866, indicó que los mismos deben ser los previstos en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985.

Conforme a ello, encuentra la Sala que el Salario promedio devengado por el señor Guillermo León Giraldo en el último año de servicios corresponde a la suma de **$389.546** que aparece en los folios 12 a 16, que comprende el salario, recargos y festivos. Suma ésta que se indexa con base entre otras en la sentencia SL 3726 de 2018, en la que estableció que la misma procede para todas las pensiones legales o extralegales así se hayan causado con anterioridad a la vigencia de la Constitución Política de 1991, aplicando para ello, la fórmula establecida por dicha Corporación en sentencias No. 34069 del 28 de mayo de 2008, que ratifica la 32020 del 6 de diciembre de 2007, reiterada entre otras el 29 de noviembre de 2017 Rad: 51350 y que corresponde a:

$$\$389.546 \times \frac{\text{IPC FINAL (IPC diciembre 2016 – 133,39977)}}{\text{IPC INICIAL (IPC diciembre 1992 – 17,39507)}}$$

Total ingreso base indexado: **$2.987.361**

Valor al que se le aplicaría el **49.51%** que es el porcentaje que le corresponde dado el tiempo de servicios, arrojando una mesada pensional de **$1.479.042 al 24 de abril de 2017**, la cual resulta inferior a la otorgada por el a quo, por lo que se modificará la establecida por este, dada la apelación presentada por la accionada y el grado jurisdiccional de consulta que le asiste.

Así mismo, las mesadas pensionales que se generen por concepto de retroactivo desde la fecha de reconocimiento y hasta su pago, deberán indexarse con base en la fórmula antes expuesta, tomando para el efecto como IPC FINAL el de la anualidad anterior a su pago y como IPC INICIAL el de la anualidad anterior al de causación de cada mesada pensional.

Prescripción

De plano, observa la Sala que la misma no está llamada a prosperar, toda vez que el derecho a la pensión sanción se hizo exigible el 24 de abril de 2017 y la demanda se presentó el 25 de noviembre de 2015 (fl. 30), esto es, con anterioridad a la data en comento, de ahí que aún no hubiera trascurrido el término trienal de que trata el artículo 151 del CPL.

Compartibilidad

Al respecto, es del caso advertir que de conformidad con el artículo 17 del Acuerdo 049 de 1990, la pensión aquí reconocida será compartida con la que COLPENSIONES le llegue a reconocer al demandante, pues de la documental allegada por COLPENSIONES, se evidencia que el actor a la fecha, no percibe ninguna pensión por parte de dicha entidad, quedando a cargo del Fondo y del Ministerio en la firma que a continuación se expone, solo el mayor valor si lo hubiere.

Finalmente, en lo que tiene que ver con las entidades encargadas del reconocimiento y pago de la pensión, el inciso y parágrafo primero del artículo 2.2.10.10.3 del Decreto 1833 de 2016, que compiló el artículo 3° del Decreto 2601 de 2009, señala:

> *"**ARTÍCULO 2.2.10.10.3. ENTIDAD ENCARGADA DEL RECONOCIMIENTO PENSIONAL Y ADMINISTRACIÓN DE LA NÓMINA DE PENSIONADOS.** Mientras la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP) asume el reconocimiento de las pensiones y la administración de la nómina de pensionados de Álcalis de Colombia en Liquidación, el Fondo del Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia reconocerá las pensiones que estaban a cargo de Álcalis de Colombia en Liquidación así como las cuotas partes pensionales que correspondan y adelantará las labores de revisión y revocatoria de pensiones, cuando a ello hubiere lugar, para lo cual se subrogará en la administración del contrato Fiduciario que Álcalis de Colombia en Liquidación celebre para administrar los recursos destinados a financiar los gastos de administración inherentes al reconocimiento, administración de la nómina, administración de archivos y demás actividades inherentes a esa labor."*
>
> *(…)*
>
> ***"PARÁGRAFO 1o.** El valor de dicho cálculo será cubierto con los recursos que para el efecto destine el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo."*

De donde se colige, que corresponde al FONDO DE PASIVO SOCIAL FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA el reconocimiento de la pensión en la medida que a la fecha la UGPP no ha asumido dicho riesgo y a la NACIÓN – MINISTERIO DE COMERCIO INDUSTRIA Y TURISMO proveer los recursos para su pago.

Así las cosas, se **MODIFICARÁ el ordinal primero,** en lo que al valor de la mesada pensional se refiere y se **REVOCARÁ el ordinal quinto** que absolvió al Ministerio de las pretensiones de la demanda, para en su lugar, **condenarlo** al pago de la prestación.

COSTAS

Sin costas en esta instancia, dada la prosperidad del recurso de la demandada. Se modifican las de primera las cuales estarán a cargo

también de la NACIÓN – MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO.

EN MÉRITO DE 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:

PRIMERO: MODIFICAR EL ORDINAL PRIMERO de la sentencia apelada, en el sentido de **CONDENAR** al FONDO DE PASIVO SOCIAL FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA a **reconocer** al demandante la pensión sanción establecida en el inciso primero del artículo 8° de la Ley 171 de 1961, **a partir del 24 de abril de 2017, en cuantía de $1.479.042,** según lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: REVOCAR EL ORDINAL QUINTO del proveído impugnado en el sentido de **CONDENAR** a la NACIÓN – MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO, destine los recursos pertinentes y **pague** la pensión que se ordenó reconocer en el ordinal primero.

TERCERO: **CONFIRMAR** en lo demás, el proveído impugnado.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia. Se modifican las de primera las cuales estarán a cargo también de la NACIÓN – MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Magistrada

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

Magistrado

República de Colombia

Rama Judicial
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
BOGOTÁ. D. C.

SALA LABORAL.

Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE DORIS MENDOZA GALEANO contra GUSTAVO ARDILA LATIFF, MARÍA CONSUELO ARDILA LATIFF, CLARA INÉS ARDILA LATIFF Y MARÍA JOSÉ ARDILA LATIFF.

En Bogotá D. C. a los veintinueve (29) días del mes de enero dos mil veintiuno (2021), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES

Pretende la señora **DORIS MENDOZA GALEANO,** se **declare** que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido, en calidad de herederos del señor GUSTAVO RAFAEL ARDILA LAZARO entre el 18 de febrero de 1996 y el 28 de diciembre de 2014. Como consecuencia de lo anterior, solicita se condene a los demandados al pago de las vacaciones, aportes a la seguridad social, cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, horas extras, dotación, indemnización por despido sin justa causa, indemnización moratoria, indexación de las sumas adeudadas y las costas del proceso (fls. 41 a 43).

Como hechos fundamento de las pretensiones (fls. 38 a 41), señaló que con los demandados en calidad de herederos del señor GUSTAVO RAFAEL ARDILA LAZARO, existió un contrato verbal de trabajo del 18 de febrero de

1996 al 28 de diciembre de 2014, cuyas labores consistían en desempeñar oficios varios (aseso), en la FINCA LA AÑORANZA ubicada en la vereda el placer del municipio de Fusagasugá, las cuales ejecutaba de lunes a viernes en un horario de 8 horas, como también hacia actividades adicionales de atención personal a los demandados durante su estadía en la finca, tales como la preparación de alimentos, para lo cual cumplía un horario de 18 horas diarias, como también se encargaba de la vigilancia del predio, para lo cual se le asignó como vivienda una casa auxiliar ubicada en la finca, la cual comparte actualmente con su esposo quien se desempeña como mayordomo en la referida finca. Refiere que quincenalmente se le cancelaba la suma de $113.000, la cual era depositada en una cuenta de ahorros junto con el salario de su esposo. Sostiene que el contrato terminó por orden verbal de las señoras CLARA INES y MARÍA CONSUELO ARDILA LATIFF. Finalmente, expone que no disfruto de vacaciones como tampoco se las pagaron, al igual que las demás prestaciones sociales, aportes a la seguridad social, horas extras, dotación ni indemnización por despido sin justa causa.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

GUSTAVO ARDILA LATIFF, MARÍA CONSUELO ARDILA LATIFF, CLARA INÉS ARDILA LATIFF Y MARÍA JOSÉ ARDILA LATIFF contestaron la demanda (fls. 114 a 127), en la que se opusieron a las pretensiones de esta. En cuanto a los hechos, aceptan los contenidos en los numerales 1.21 a 1.30 y niega los demás. Propusieron como excepciones de fondo las de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido y prescripción.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 30 de agosto de 2018 (CD - fl. 233), **absolvió** a los demandados de las pretensiones de la demanda, **declaró** probada la excepción de inexistencia de las obligaciones y **condenó** en costas a la demandante, fijando como agencias en derecho la suma de un salario mínimo legal mensual vigente.

Fundamentó su decisión, indicando que al estudiar los medios probatorios que se evacuaron, no existe elemento de convicción alguno del que se pueda inferir la prestación personal del servicio y por ende, la existencia de un contrato de trabajo. Refiere que si en gracia de discusión se encontrara probada la misma, tampoco existe prueba de los extremos mencionados en la demanda. Sostiene que con las documentales allegadas, se evidencia que el contrato se llevo a cabo con el esposo de la accionante, señor PEDRO MARÍA RAMÍREZ, sin que fuera obligación de la actora prestar los servicios, tan así que dentro de los contratos del esposo, se señaló que debía prestar el servicio de vigilancia de la finca y es así como las consignaciones se hacían en la cuenta de este, por lo que no se puede presumir que estos obedecían a algún servicio prestado por la accionante, de ahí que al no encontrarse acreditada la prestación personal del servicio, ni los elementos que configuran el contrato de trabajo, no prosperan las pretensiones de la demanda.

CONSULTA

La parte demandante no interpuso recurso de apelación, por ende la decisión es enviada a este Tribunal a fin de que se surta el grado jurisdiccional de consulta en los términos del artículo 69 del CPL modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007.

CONSIDERACIONES

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si entre la demandante y los demandados en calidad de herederos de GUSTAVO RAFAEL ARDILA LAZARO (q.e.p.d.), existió un contrato verbal de trabajo, desde el 18 de febrero de 1996 y el 28 de diciembre de 2014, en el que la actora, señala ejecutó labores de oficios varios y vigilancia en la finca de propiedad del causante.

Contrato de trabajo

Al respecto, se tiene que según el artículo 24 del CST, "*Se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo",* de

donde se colige que basta con que el trabajador demuestre la prestación personal del servicio a favor del empleador, para que se predique la existencia del elemento de subordinación y por ende, del contrato de trabajo, quedando la carga de la prueba en el patrono, quien deberá desvirtuar tal presunción, como así lo ha indicado la Corte Suprema de Justicia entre otras en las sentencias con radicado 44321 del 29 de octubre de 2014, donde puntualizó:

> *"Lo anterior significa, que a la parte actora le basta con probar la prestación o la actividad personal, para que se presuma el contrato de trabajo, mientras que es a la accionada a quien le corresponde desvirtuar dicha presunción con la que quedó beneficiado el trabajador."*

Al verificar si se acredita la prestación personal del servicio de la demandante para con los demandados, en la medida que estos manifiestan que su padre había celebrado un contrato de trabajo con el esposo de la actora para que se desempeñara como mayordomo, encargado del mantenimiento y vigilancia de la finca en la que aduce, prestó el servicio; se tiene que los demandados **MARÍA JOSÉ, MARÍA CONSUELO y CLARA INÉS ARDILA LATIFF** en el interrogatorio que rindieron en primera instancia, coincidieron en afirmar, que la demandante no prestó ningún servicio, pues llegó a la finca porque el padre de ellas contrató al esposo de la actora como administrador de la finca y en virtud de ello, residían en una casa que quedaba en el mismo predio. Señalan que su progenitor contrató a Pedro Ramírez (esposo de la accionante), para que estuviera al pendiente del mantenimiento de la finca y era a él al que se le consignaba lo que pedía para el mantenimiento de esta. Refieren que algunos de ellos, iban en semana santa o diciembre al predio y el resto del año permanecía solo y cuando lo hacían, era la señora Cecilia quien los atendía, hacía la comida y el aseo y al fallecer esta, la actora trajo a las señoras María y Amanda Torres para que ejercieran esas labores, pero advierten que la demandante jamás efectuó actividad alguna en la finca, pues simplemente era la esposa del administrador y residía allí por obvias razones. Finalmente, aducen que al señor Ramírez se le pago todo lo que por derecho le correspondía en virtud del contrato de trabajo que había celebrado con su progenitor y que a la actora no se le pagó nada, ya que no tuvo ningún tipo de relación ni con

ellos ni con su padre y aún así, ellos le colaboraron a la familia con la educación de los hijos y sobrinos.

De otro lado, la demandante afirmó que trabajo con Cecilia hasta cuando murió y de ahí, ella siguió con la familia y que conoce a María y Amanda Torres porque trabajan en la vereda donde queda la finca.

En igual sentido, se aportó copia del certificado de libertad y tradición de la finca la Añoranza, en el que aparecen como propietarios desde el año 2007 adjudicada por sucesión, los aquí demandados junto con la señora MARINA LATIFF DE ARDILA (fl. 3), al igual que tres fotografías, una de la demandante junto con un menor en la piscina y dos de una casa grande y pequeña (fls. 4 y 5), como también extractos de la cuenta de ahorros del BANCO CAJA SOCIAL de los meses de noviembre y julio de 2014, a nombre del señor PEDRO RAMÍREZ.

Así mismo, se allegó copia de los contratos de trabajo a término indefinido, suscritos entre el señor PEDRO RAMÍREZ y GUSTAVO ARDILA, el 18 de febrero de 1996, 1° de enero de 2001 y 1° de enero de 2002, en el que el citado señor fue contratado para ejercer labores de mayordomo, mantenimiento y vigilancia de la finca la Añoranza, vereda el Placer del municipio de Fusagasugá – Cundinamarca, además de las cláusulas adicionales en las que se especifica las labores a realizar, más un descuento de $50.000 mensuales por concepto de vivienda y servicios públicos de la casa que habita con su familia (fls. 8 a 11).

Finalmente, se adjuntaron copia de los pasaportes de las señoras, MARÍA JOSÉ, CLARA INÉS y MARÍA CONSUELO AEDILA LATIFF en los que se registran las fechas de entrada y salida del país como también certificación expedida por el BANCO DE DESARROLLO DE AMÉRICA LATINA, en la que hace constar que el señor GUSTAVO ARDILA LATIFF es funcionario internacional de la Corporación Andina de Fomento, organismo financiero multilateral desde el 17 de septiembre de 2012 (fls. 96 a 113, 128 a 143, 156 a 186 y 200).

De lo anterior se colige, que no se encuentra demostrada la prestación personal del servicio de la demandante para con los demandados, por el contrario, lo que se evidencia es que quien estuvo al servicio de estos fue el señor PEDRO RAMÍREZ esposo de la actora, quien fue contratado por el padre de los demandantes, para ejercer funciones de mayordomo, mantenimiento y vigilancia en la finca la Añoranza de propiedad de aquel.

Argumentos estos que encuentran sustento en el hecho que la accionante no aportó ningún medio de prueba que sustentara su dicho, pues de las fotografías allegadas, no se evidencia la prestación del servicio en favor de los accionados, como tampoco el hecho de residir en la casa que quedaba en la finca, pues ello obedeció a que su esposo era el administrador y dado el contrato firmado con el causante, se acordó que viviría allí junto con su familia.

Aunado a ello, de las consignaciones que le efectuaban a su consorte, se puede extraer alguna prestación del servicio en tanto no se probó que estas estuvieran destinadas a ella, tan así, que las accionadas fueron coincidentes en afirmar que esos pagos iban dirigidos al señor Ramírez producto del valor de los insumos que este pedía para el mantenimiento de la finca.

De otro lado, se pudo establecer quien efectuaba las labores de aseo y cocina era la señora Cecilia Sánchez y posteriormente, al fallecer esta, las señoras María y Amanda Torres, estas últimas recomendadas por la actora, quien en su interrogatorio manifestó conocerlas al igual que aceptó que la señora Sánchez laboró para la familia con ella, afirmación esta última como se dijo, no se probó.

Hechas las anteriores precisiones, es claro que la carga de la prueba le correspondía a la demandante, pues afirmar no es probar y era ella quien tenía que probar los supuestos de hecho de las normas cuyos efectos jurídicos persigue, al tenor de lo dispuesto en el artículo 167 del CGP.

Así las cosas, como quiera que no se probó que entre las partes existiera un contrato de trabajo, es por lo que sin más consideraciones, se **CONFIRMARÁ** la decisión de primer grado.

COSTAS

Sin costas en este grado jurisdiccional de consulta.

EN MÉRITO DE 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:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia consultada, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en este grado jurisdiccional de consulta.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

República de Colombia

Rama Judicial
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
BOGOTÁ. D. C.

SALA LABORAL.

Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.

PROCESO SUMARIO DE DISOLUCIÓN, LIQUIDACIÓN Y CANCELACIÓN DE REGISTRO SINDICAL DE BANCO BILVAO VIZCAYA ARGENTARIA COLOMBIA S.A. – BBVA COLOMBIA contra ASOCIACIÓN COLOMBIANA DE EMPLEADOS DE ENTIDADES FINANCIERAS – ACEFIN

En Bogotá D. C. a los veintinueve (29) días del mes de enero dos mil veintiuno (2021), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES

Pretende el **BANCO BILVAO VIZCAYA ARGENTARIA COLOMBIA S.A. – BBVA COLOMBIA,** la **disolución, liquidación y cancelación** de la inscripción en el registro sindical de la **subdirectiva Soacha** de la organización sindical **ASOCIACIÓN COLOMBIANA DE EMPLEADOS DE ENTIDADES FINANCIERAS – ACEFIN** (fl. 102).

Como hechos fundamento de las pretensiones (fls. 102 a 105), señaló que mediante asamblea ordinaria llevada a cabo el 23 de febrero de 2012, se confirmó la organización sindical denominada ASOCIACIÓN COLOMBIANA DE EMPLEADOS DE ENTIDADES FINANCIERAS – ACEFIN quien tiene su domicilio en Bogotá, al igual que con la Resolución 001 – 2012 del 28 de febrero de 2012, dicho sindicato autorizó la creación de la seccional Soacha, dentro de los que se encuentran 12 trabajadores del BBVA de los 27 fundadores. Sostiene que tales empleados prestan sus servicios en las instalaciones del Banco ubicadas en la ciudad de Bogotá,

como también, que la última junta directiva de la seccional que le fue reportada el 17 de junio de 2013, se encuentra conformada por 10 trabajadores de la entidad bancaria que prestan sus servicios en Bogotá. Afirma que la creación y consecuente inscripción de la seccional Soacha de la organización sindical, es improcedente, al no reunirse los requisitos señalados en el artículo 55 de la Ley 50 de 1990, en tanto 12 de sus miembros fundadores, no prestan sus servicios en el municipio de Soacha, como tampoco 10 miembros de la junta directiva. Finalmente, expone que en estricto acatamiento de la norma, es necesario que los miembros que integran la subdirectiva de un sindicato presten sus servicios en el municipio en el que esta se crea, pues no de otra manera se entendería el ejercicio de la actividad sindical y por ende la existencia de la subdirectiva, requisito que obviamente cobija a los miembros de la junta directiva.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

Mediante auto del 20 de octubre de 2015 (fl. 138), se dio por no contestada la demanda a la ASOCIACIÓN COLOMBIANA DE EMPLEADOS DE ENTIDADES FINANCIERAS – ACEFIN.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 28 de febrero de 2020 (CD – fl. 189), **ordenó** al MINISTERIO DE TRABAJO realice la cancelación del depósito de la junta directiva de la Subdirectiva Soacha de la organización sindical ASOCIACIÓN COLOMBIANA DE EMPLEADOS DE ENTIDADES FINANCIERAS – ACEFIN que fue inscrita en el registro sindical el 23 de marzo de 2012, conforme a constancia de depósito de cambio de junta directiva, obrante a folio 65 del plenario y **condenó** en costas a la demandada.

Fundamentó su decisión, indicando que de acuerdo a lo normado en el artículo 55 de la Ley 50 de 1990 y lo dicho por la Corte Constitucional en la sentencia T- 675 de 2009, la creación válida de la subdirectiva de una seccional exige: 1. Que en los estatutos de la respectiva organización sindical se autorice su creación, 2. Que la subdirectiva creada tenga su

sede en un municipio distinto a aquel en el cual el sindicato tiene su domicilio principal, 3. Que en el municipio respectivo, el sindicato tenga un número no inferior a 25 afiliados y 4. Que no exista más de una subdirectiva por cada municipio. En cuanto a la dilución, liquidación y cancelación en el registro sindical, el artículo 401 del CST, contempla las causales que pueden dar lugar a ello, no obstante, se dirige a los sindicatos, confederaciones y federaciones de sindicatos y no a sus seccionales y subdirectivas, pues nótese que dicha sanción busca sustraer de la vida jurídica la existencia de aquellas organizaciones sindicales que ostentan personería jurídica desde su creación, de manera que las acciones que se deriven de las causales contempladas en la norma en comento, deben encontrarse encaminadas a disolver, liquidar y cancelar las personería jurídica del sindicato, y no de sus comités o subdirectivas seccionales en tanto ellas al constituirse en virtud de los estatutos, no nacen como una nueva agremiación sino como una dependencia directa del sindicato que autorizó su creación y por ende, carecen de personería jurídica. Expone que si bien los cambios totales o parciales de las juntas directivas o comités seccionales de las organizaciones sindicales deben inscribirse ante el Ministerio de Trabajo, lo cierto es que ello debe hacerse como “novedad” en el registro de la asociación sindical, ya que es la que ostenta la personería jurídica, misma que es susceptible de ser cancelada y disuelta conforme los presupuestos del artículo 380 del CST, de ahí que resulte imposible ordenar la disolución y cancelación en el registro sindical de la subdirectiva, como expresamente se peticionó en la demanda, sin embargo, efectuando una interpretación del querer de la parte actora y así como un análisis integral de la demanda, se tiene que en realidad lo que persigue es la cancelación o exclusión del depósito de la junta directiva de la subdirectiva Soacha en el registro sindical de ACEFIN, lo que sería procedente, en tratándose de seccionales o subdirectivas, por lo que revisadas las pruebas aportadas al plenario, se tiene que si bien la referida subdirectiva fue constituida con 27 miembros, lo cierto es que 12 de ellos laboran al servicio del BBVA en la ciudad de Bogotá y no en el domicilio9 de la subdirectiva, sin contar que 10 de ellos confirman la totalidad de la junta directiva que se depositó ante el Ministerio de Trabajo el 23 de marzo de 2012, luego resulta palmario que la constitución de la subdirectiva Soacha y el depósito de su junta directiva, trasgredió lo plasmado en el

artículo 55 de la Ley 50 de 1990. Menciona que pese a que se haya dispuesto por parte de ACEFIN la creación de una subdirectiva en el municipio de Soacha ha de entenderse que no fue para cobijar a los trabajadores afiliados a la organización sindical que laboraran en ese municipio, razón por la cual no resulta lógico que incluya trabajadores que no presten sus servicios allí y menos aun que conforme su junta directiva, en tanto no tiene sentido que la junta directiva este confirmada por miembros que no laboran en el municipio en el que fue creada; por lo que considera, debe accederse a las pretensiones de la demanda.

APELACIÓN

La parte demandada representada por curador ad – litem interpuso recurso de apelación, manifestando que el artículo 51 de la Ley 50 de 1990, no restringe ni limita que los miembros de la subdirectiva deban laboral en el municipio en que se crea la misma, pues el límite que establece es a la cantidad mínima de miembros que han de confirmarse, de manera que no pueda afirmarse que es invalida su constitución y por un requisito que no establece la ley, pues de lo contrario se estarían vulnerando los derechos sindicales.

CONSIDERACIONES

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si hay lugar a ordenar la disolución, liquidación y cancelación de la inscripción en el registro sindical de la subdirectiva Soacha de la organización sindical ASOCIACIÓN COLOMBIANA DE EMPLEADOS DE ENTIDADES FINANCIERAS – ACEFIN.

Disolución, liquidación y cancelación de la inscripción en el registro sindical de una subdirectiva

Al respecto, sea lo primero indicar, que contrario a lo señalado por el a quo, las pretensión de la demanda es clara, pues en la misma se indica que con fundamento en lo normado en el numeral 2° del artículo 380 del CST y el artículo 401 ibidem, lo que se pretende es la disolución, liquidación y

cancelación de la inscripción en el registro sindical de la subdirectiva Soacha de la organización sindical ASOCIACIÓN COLOMBIANA DE EMPLEADOS DE ENTIDADES FINANCIERAS – ACEFIN y no cancelación del depósito de la junta directiva de la misma, tan así que en los hechos de la demanda hace alusión a que la citada subdirectiva se creó con 27 miembros delos cuales, aduce que 12 laboran en Bogotá, al punto que es ese el argumento sobre el cual edifica su pedimento y si bien expone que la junta directiva que le fue notificada en junio de 2013, esta compuesta por trabajadores de Bogotá, lo cierto es que en ninguno de sus apartes solicita la cancelación de la junta directiva constituida el 23 de marzo de 2012; luego es evidente que el juzgador de primer grado hizo una interpretación extensiva y errónea del líbelo genitor.

Hechas las anteriores precisiones y descendido al caso objeto de estudio, en cuanto a la constitución de directivas seccionales dentro de una organización sindical, el artículo 55 de la Ley 50 de 1990, dispone:

> *"Directivas Seccionales. Todo sindicato podrá prever en sus estatutos la creación de Subdirectivas Seccionales, en aquellos municipios distintos al de su domicilio principal y en el que tenga un número no inferior a veinticinco (25) miembros.*
>
> *Igualmente se podrá prever la creación de Comités Seccionales en aquellos municipios distintos al del domicilio principal o el domicilio de la subdirectiva y en el que se tenga un número de afiliados no inferior a doce (12) miembros. No podrá haber más de una subdirectiva o comité por municipio".*

Conforme a la norma en comento, es apenas evidente que las subdirectivas o comités sindicales no poseen personería jurídica, pues quien la tiene es la organización sindical como tal, en virtud de lo normado en el artículo 364 del CST, de ahí que sea esta quien se deba inscribir en el registro sindical en los términos del artículo 365 ibidem y por ende, las subdirectivas, dependan de un todo del sindicato.

Es así, como artículo 380 del CST, establece la disolución, liquidación y cancelación de la inscripción en registro sindical del sindicato, así:

"SANCIONES:

1). Cualquier violación de las normas del presente título, será sancionada así:

a) Si la violación es imputable al sindicato mismo, por constituir una actuación de sus directivas, y la infracción o hecho que la origina no se hubiere consumado, el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social prevendrá al sindicato para que revoque su determinación dentro del término prudencial que fije;

b) Si la infracción ya se hubiere cumplido, o sí hecha la prevención anterior no se atendiere, el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social procederá a imponer multas equivalentes al monto de una (1) a cincuenta (50) veces el salario mínimo mensual más alto vigente,

c) Si a pesar de la multa, el sindicato persistiere en la violación, el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social podrá solicitar de la Justicia de Trabajo la disolución y liquidación del sindicato, y la cancelación de la inscripción en el registro sindical respectivo.

2). Las solicitudes de disolución, liquidación y cancelación de la inscripción en el registro sindical, se formularán ante el juez del trabajo del domicilio del sindicato o, en su defecto, del circuito civil y se tramitarán conforme al procedimiento sumario que se señala a continuación:

a) La solicitud que eleve el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social deberá expresar los motivos invocados, una relación de los hechos y las pruebas que se pretendan hacer valer;

b) Recibida la solicitud el juez, a más tardar el día siguiente, ordenará correr traslado de ella a la organización sindical, mediante providencia que se notificará personalmente;

c) Si no se pudiere hacer la notificación personal, dentro de los cinco (5) días siguientes, el juez enviará comunicación escrita al domicilio de la organización sindical, anexando constancia del envío al expediente;

d) Si al cabo de cinco (5) días del envío de la anterior comunicación no se pudiere hacer la notificación personal, se fijará edicto en lugar público del respectivo despacho, por término de cinco (5) días cumplidos los cuales se entenderá surtida la notificación;

e) El sindicato, a partir de la notificación, dispone de un término de cinco (5) días para contestar la demanda y presentar las pruebas que se consideren pertinentes;

f) Vencido el término anterior el juez decidirá teniendo en cuenta los elementos de juicio de que disponga dentro de los cinco (5) días siguientes, y

g) La decisión del juez será apelable, en el efecto suspensivo, para ante el respectivo Tribunal Superior del Distrito Judicial, el cual deberá decidir de plano dentro de los cinco (5) días siguientes al en que sea recibido el expediente. Contra la decisión del Tribunal no cabe ningún recurso."

De suerte, que el procedimiento fijado en la norma en cita, está dado únicamente para la disolución, cancelación y liquidación de la inscripción en el registro sindical del sindicato y no de una

subdirectiva, comité seccional y menos aún, de una junta directiva, pues como se dijo, quien tiene la personería jurídica es la organización sindical.

Ahora, en cuanto a las causales de disolución, el artículo 401 del CST, prevé:

> ***ARTICULO 401. CASOS DE DISOLUCION.*** *Un sindicato o una federación o confederación de sindicatos solamente se disuelve:*
>
> *a) Por cumplirse cualquiera de los eventos previstos en los estatutos para este efecto;*
>
> *b) Por acuerdo, cuando menos, de las dos terceras (2/3) partes de los miembros de la organización, adoptado en asamblea general y acreditado con las firmas de los asistentes;*
>
> *c) Por sentencia judicial, y*
>
> *d) Por reducción de los afiliados a un número inferior a veinticinco (25), cuando se trate de sindicatos de trabajadores.*
>
> *e) En el evento de que el sindicato, federación o confederación se encontrare incurso en una de las causales de disolución, el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social o quien demuestre tener interés jurídico, podrá solicitar ante el juez laboral respectivo, la disolución y la liquidación del sindicato y la cancelación de la inscripción en el registro sindical. Al efecto se seguirá en lo pertinente el procedimiento previsto en el artículo 52 <380 c.s.t> de esta ley.*

Norma esta de cuya lectura se desprende, que las causales allí señaladas, van dirigidas únicamente a la disolución de sindicatos, federaciones y confederaciones, sin que la misma prevea su extensión a las subdirectivas o comités seccionales y menos aún, a juntas directivas.

Ahora, si en gracia de discusión se asimilara la calidad de una subdirectiva a la de un sindicato, las pretensiones de la demanda tampoco estarían llamadas a prosperar, toda vez que si bien la accionada fundamenta sus pedimentos en el artículo 401 del CST, lo cierto es que no indicó sobre cuál de ellas edifica su solicitud y en caso de haberlo hecho, no se comprobó que las mismas se hubieran dado.

Así las cosas, comoquiera que la disolución, liquidación y cancelación de la inscripción en el registro sindical, no aplica para subdirectivas, comités seccionales y menos aún, respecto a las juntas directivas de estas, es por lo que sin más consideraciones, se **REVOCARÁ** la decisión de primer grado y en su lugar, se **ABSOLVERÁ** a la demandada de las pretensiones de la demanda.

COSTAS

En ambas instancias estarán a cargo de la parte demandante BBVA COLOMBIA de conformidad con el inciso 4° del artículo 365 del CGP.

EN MÉRITO DE 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:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia apelada y en su lugar, **ABSOLVER** a la ASOCIACIÓN COLOMBIANA DE EMPLEADOS DE ENTIDADES FINANCIERAS – ACEFIN, de las pretensiones de la demanda, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en ambas instancias a cargo de la demandante BBVA COLOMBIA.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Magistrada

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

Magistrado

AUTO DE PONENTE: se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de la demandante BBVA COLOMBIA, la suma de $900.000.

República de Colombia

Rama Judicial
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
BOGOTÁ. D. C.

SALA LABORAL.

Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE DANNIA PATRICIA QUINTERO CAMPO contra IRCC LTDA INDUSTRIA DE RESTAURANTES CASUALES LTDA, COLMENA COMPAÑÍA DE SEGUROS DE VIDA S.A. Y LIBERTY SEGUROS DE VIDA S.A. HOY COMPAÑÍA DE SEGUROS BOLIVAR S.A.

En Bogotá D. C. a los veintinueve (29) días del mes de enero dos mil veintiuno (2021), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES

Pretende la señora **DANNIA PATRICIA QUINTERO CAMPO,** se **declare** que existió un contrato de trabajo a término indefinido con IRCC LTDA entre el 26 de julio de 2010 y el 1° de febrero de 2013, quien culminó el contrato unilateralmente y sin justa causa. Como consecuencia de lo anterior, solicita se condene a la demandada al pago de la indemnización por despido injusto, además de la indemnización prevista en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 y a las demandadas al pago de la indemnización por incapacidad permanente parcial a causa de la enfermedad profesional TUNEL DEL CARPO, lo que resulte probado ultra y extra petita, más las costas del proceso (fls. 3 y 4).

Como hechos fundamento de las pretensiones (fls. 2 y 3), señaló que trabajó desde el 26 de julio de 2010 al 1° de febrero de 2013, mediante contrato de trabajo a término indefinido, devengando un salario de $762.014 y una jornada rotativa de por turnos de 7:00 am a 3:00 pm y de

2.00 pm a 10:00 pm, con un día entre semana de compensatorio. Refiere que se el 3 de agosto de 2011 le fue diagnosticado TUNEL DEL CARPO y el 13 de abril de 2013, trastorno de disco lumbar. Sostiene que el 1° de febrero de 2013 la empresa la despidió sin justa causa, bajo el entendido que había consumido una cucharada de helado. Expone que el certificado de aptitud laboral dio como resultado un egreso no satisfactorio, limitado para realizar movimientos repetitivos en miembros superiores. Finalmente, menciona que la enfermedad no fue reportada a la ARL y que el 3 de mayo de 2013 elevo derecho de petición a la accionada solicitando el pago de la incapacidad permanente parcial, sin que a la fecha se haya recibido respuesta alguna al respecto.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

LIBERTY SEGUROS DE VIDA S.A. hoy COMPAÑÍA DE SEGUROS BOLIVAR S.A. contestó la demanda (fls. 112 a 116), en la que se opuso a las pretensiones de esta. En cuanto a los hechos, acepta los contenidos en los numerales 15 y 16 y no le constan los demás. Propuso como excepciones de fondo las de inexistencia de enfermedad laboral, cobro de lo no debido, buena fe y carencia de derecho para demandar.

COLMENA VIDA Y RIESGOS LABORALES contestó el introductorio (fls. 141 a 151), en el que se opuso a las pretensiones de este. Sobre los hechos, no le constan en su totalidad. Formuló las excepciones de mérito de petición antes de tiempo, inexistencia de la obligación, carencia de derecho, prescripción, cobro de lo no debido y buena fe.

IRCC LTDA contestó el líbelo (fls. 156 a 168), oponiéndose a sus pretensiones. Respecto a los hechos, acepta los contenidos en los numerales 1, 2 y 4 y niega y no le constan los demás. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido y prescripción.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 5 de septiembre de 2018 (CD – fl. 372), **absolvió** a las demandadas de las pretensiones de la demanda, **declaró** probadas las excepciones de inexistencia de la obligación e inexistencia de la enfermedad y **condenó** en costas al demandante, fijando como agencias en derecho la suma de $781.242.

Fundamentó su decisión, indicando que no existe discusión en cuanto a la relación laboral que existió entre las partes. Sostiene que según la comunicación de terminación del contrato de trabajo, se observa que el hecho que originó el despido se debió a que el 8 de enero de 2013, la trabajadora fue encontrada consumiendo productos de la compañía, sin autorización y que en la diligencia de descargos señaló que tuvo un pequeño antojo pero no midió las consecuencias y que se trataba de apenas de un vaso de 12 onzas y consumió un poco de helado viendo TV, por lo que la empleadora consideró que había incurrido en violación del artículo 45 numeral 10 del reglamento interno de trabajo. Expone que revisado el citado reglamento, se encuentra como prohibiciones para los trabajadores, el consumir alimentos de propiedad de la empresa sin previa autorización aun por primera vez; evidenciándose que en efecto la demandante incumplió con lo normado en la citada disposición. Refiere que si bien la accionante considera que el hecho de consumir helado de la empleadora sin permiso, no constituye una falta grave para este, debe tenerse en cuenta que la empresa conforme a su objeto social, se dedica a la producción, comercialización y elaboración de alimentos, por lo que tiene una gran importancia para ella que sus trabajadores no consuman los alimentos que produce o comercializa sin una previa autorización, en tanto le puede producir pérdidas de forma global. Afirma que la diligencia de descargos allegada no se encuentra suscrita por la actora, pero como esta no asistió a la audiencia donde debía absolver interrogatorio de parte, se declaró confesa respecto de los hechos que no fueron aceptados por IRCC LTDA, entre ellos el hecho noveno que indica que el contrato culminó con justa causa imputable a la trabajadora, como confesó en al diligencia de descargos llevada a cabo el 19 de enero de 2013, con lo que se prueba que si rindió descargos y que en estos aceptó el hecho que se le endilga como justa causa. Menciona que la demandante no probó que el motivo

del despido no fuera el alegado por la demandada, sino que por el contrario este se haya dado a causa de las enfermedades que padece, pues por falta de intereses de esta, no se practicó el dictamen que fuera ordenado de manera oficiosa ante la Junta Regional de Calificación de Invalidez a fin de determinar si existía un enfermedad, el origen y fecha de estructuración de la misma, a más, que solo obra un día de incapacidad (3 de diciembre de 2012), por una infiltración que se le efectuara por el túnel del carpo, sin que se evidencie que para la terminación del contrato estuviera incapacitada o en tratamiento; coligiendo que existió una justa causa para despedir a la trabajadora, distinta a su condición de salud. Sobre la indemnización de que trata el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, expone que al momento de la culminación del vínculo, la accionante no se encontraba en incapacidad y conforme a las declaraciones de los testigos y la documental aportada, así como la confesión ficta, es claro que el motivo de la desvinculación no fue por sus inconvenientes de salud, sino por incurrir en una de las prohibiciones expresamente consagradas en el reglamento interno de trabajo. Finalmente, en lo atinente al pago de la incapacidad permanente parcial manifiesta que por falta de interés de la demandante, no se practicó el dictamen a fin de determinar la existencia de la enfermedad y porcentaje de la pérdida de la capacidad laboral, por lo que al no poderse determinar tales aspectos, se absuelve a las demandadas de dicha pretensión.

CONSULTA

La parte demandante no interpuso recurso de apelación, por ende la decisión es enviada a este Tribunal a fin de que se surta el grado jurisdiccional de consulta en los términos del artículo 69 del CPL modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007.

CONSIDERACIONES

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si el contrato que unió a la demandante con IRCC LTDA terminó con justa causa imputable a la trabajadora o si por el contrario, finiquitó a causa de las afecciones de salud que presentaba la

actora y en caso afirmativo, establecer si hay lugar al pago de la indemnización por despido sin justa causa, además de la indemnización de que trata el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 y la incapacidad permanente parcial.

Contrato de trabajo

No es tema de controversia la relación laboral que existió entre las partes, lo cual fue aceptado por la demandada en la contestación de la demanda y que es corroborado con la documental de folios 209 y 272 a 274, de donde se colige que la señora DANNIA PATRICIA QUINTERO CAMPO laboró al servicio de IRCC LTDA desde el 26 de julio de 2010 al 1° de febrero de 2013, desempeñando el cargo de operario I rango III, con un salario básico de $650.000.

Estabilidad laboral

De la interpretación tanto de los hechos de la demanda, se entiende que la demandante alega que al momento de la terminación del contrato de trabajo, gozaba de estabilidad laboral reforzada y por ello, entre otras pretensiones, solicita el pago de la indemnización de que trata el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, además de indicar que su desvinculación lo fue a causa de las enfermedades que padece.

La interpretación que se hará en este caso, desde el punto de vista de las nuevas orientaciones que últimamente han sosteniendo tanto la Corte Suprema de Justicia como la Corte Constitucional, en el sentido que las normas legales se deben interpretar a la luz de los principios y valores constitucionales, a partir de la Constitución Política de Colombia desde el año 1991, en cuanto a que estos priman sobre las normas legales que los contrarían, tal como lo establece el artículo 4 constitucional. Igualmente, el articulo 93 ibidem, refiere que los derechos establecidos en la carta política y la Ley se interpretaran conforme a los estándares internacionales, por lo tanto, implica darle un repaso a los valores y principios que establece la Constitución y luego, aplicar las normas

laborales de carácter legal a la luz de dichos principios y normas constitucionales.

Se establece en la Constitución Política de Colombia del año 1991, que Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República, fundada en el respeto de la dignidad humana, y en el trabajo y que son fines esenciales del Estado, entre otros, servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en ella, facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica y la vigencia de un orden justo.

Así mismo, se indica que es deber de los nacionales y extranjeros en Colombia, acatar la Constitución y que uno de LOS DERECHOS FUNDAMENTALES es el trabajo, el cual constituye una obligación social y goza, en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado, de ahí que toda persona tenga derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas, además de ser libre de escoger profesión u oficio.

En igual sentido, señala la Carta política que el Congreso expedirá el estatuto del trabajo y la ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales: igualdad de oportunidades para los trabajadores, remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo, estabilidad en el empleo, irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales, facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles, situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho, primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, garantía a la seguridad social, capacitación, adiestramiento y el descanso necesario, protección especial a la mujer, maternidad y al trabajador menor de edad.

De otro lado, también es importante destacar, que los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna y que ni La ley, los contratos, los acuerdos y convenios

de trabajo, pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores, por ende, es obligación del Estado y de los empleadores, ofrecer formación y habilitación profesional y técnica a quienes lo requieran, al igual que el Estado debe propiciar la ubicación laboral de las personas en edad de trabajar y garantizar a los minusválidos el derecho a un trabajo acorde con sus condiciones de salud.

Lo anterior significa, que la creación del Estado social de derecho se fundó teniendo como esencia el trabajo, es decir, una de las razones de ser de este, es el trabajo, tal como lo dice el preámbulo de la Constitución, sumado a que es tratado como un derecho fundamental, lo que implica que toda persona tiene derecho al trabajo y así, a su estabilidad en el mismo. Este principio es absoluto y solo se puede pregonar como relativo cuando en verdad existe una justa causa, para su terminación.

Desde otra óptica, el trabajo es el que ha permitido que el ser humano se haya desarrollado hasta los estadios en los que se encuentra hoy la humanidad, en sus actuales condiciones vida y además le ha servido de sustento por la remuneración que recibe, pues sin el mismo no habría podido subsistir, por ello, resulta vital y tan esencial la conservación de un empleo para todos los seres humanos.

Dentro de las garantías inmersas en el derecho al trabajo, se encuentra la estabilidad en el empleo, pues sin este, pierde su esencia, de ahí que la Constitución establezca como principio mínimo fundamental la estabilidad en el empleo sin ninguna restricción. Estabilidad que significa un derecho positivo del trabajador a permanecer en el empleo y por ende, conlleva una idea negativa al empleador para despedirlo; por ello, se expidió la ley 319 de 1996 la cual en sus artículos 6° y 7°, señala que toda persona tiene derecho al trabajo el cual habrá de gozar en condiciones justas, equitativas y satisfactorias y que el Estado, debe garantizar de manera particular, la estabilidad de los trabajadores en sus empleos de acuerdo con las características de las industrias y profesiones, con las causas de justa separación y en casos de despido injustificado, el trabajador tendrá derecho a una indemnización, a la readmisión en el empleo o a cualesquiera otra prestación prevista por la legislación nacional.

Lo que significa, que la estabilidad en el empleo es un derecho y que, para conservarlo, deben interpretar las normas legales de conformidad con los principios y valores constitucionales y para garantizar ese derecho, no se logra con facultar el empleador para dar por terminado el contrato de trabajo, si no existe una justa causa.

Siendo ello así y en lo que se refiere a la estabilidad laboral reforzada en tratándose de trabajadores en situación de discapacidad, la Corte Constitucional en sentencia SU – 049 de 2017, indicó:

> *"4.7. Según lo anterior, la Constitución consagra el derecho a una estabilidad ocupacional reforzada para las personas en condiciones de debilidad manifiesta por sus problemas de salud. Ahora bien, como se pudo observar, la jurisprudencia constitucional ha señalado que se encuentran en condiciones de debilidad manifiesta no solo quienes han tenido una pérdida ya calificada de capacidad laboral en un grado moderado, severo o profundo –definido conforme a la reglamentación sobre la materia-, sino también quienes experimentan una afectación de salud que les* "impide o dificulta sustancialmente el desempeño de sus labores en las condiciones regulares" *(sentencia T-1040 de 2001). La experiencia acumulada por la jurisprudencia muestra que estas personas están también expuestas a perder sus vínculos ocupacionales solo o principalmente por ese motivo y, en consecuencia, a ser discriminados a causa de sus afectaciones de salud."*
>
> *(…)*
>
> *"8.1. El derecho fundamental a la estabilidad ocupacional reforzada es una garantía de la cual son titulares las personas que tengan una afectación en su salud que les impida o dificulte sustancialmente el desempeño de sus labores en las condiciones regulares, con independencia de si tienen una calificación de pérdida de capacidad laboral moderada, severa o profunda. La estabilidad ocupacional reforzada es aplicable a las relaciones originadas en contratos de prestación de servicios, aun cuando no envuelvan relaciones laborales (subordinadas) en la realidad. La violación a la estabilidad ocupacional reforzada debe dar lugar a una indemnización de 180 días, según lo previsto en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, interpretado conforme a la Constitución, incluso en el contexto de una relación contractual de prestación de servicios, cuyo contratista sea una persona que no tenga calificación de pérdida de capacidad laboral moderada, severa o profunda."*

Así mismo, dicha Corporación proveído SU – 040 de 2018, expresó:

> *"3.2. La figura de "estabilidad laboral reforzada" tiene por titulares a: (i) mujeres embarazadas; (ii) personas con discapacidad o en condición de debilidad manifiesta por motivos de salud; (iii) aforados sindicales; y (iv) madres cabeza de familia. En el caso de las personas con discapacidad, "es el derecho que garantiza la permanencia en el empleo, luego de haber adquirido la respectiva limitación física, sensorial o sicológica, como medida de protección especial y de conformidad con su capacidad laboral." Adicionalmente, la protección especial de quienes por su condición*

física están en circunstancia de debilidad manifiesta se extiende también a las personas respecto de las cuales esté probado que su situación de salud les impide o dificulta sustancialmente el desempeño de sus labores en las condiciones regulares, sin necesidad de que exista una calificación previa que acredite una discapacidad. En este contexto, ***la estabilidad laboral reforzada hace ineficaz el despido o desvinculación cuando la razón del mismo es la condición especial que caracteriza al trabajador****."*

(…)

"3.3. Así las cosas, existe desconocimiento de los fundamentos constitucionales y, especialmente, de los principios de igualdad y solidaridad cuando se evidencia un trato diferente o discriminatorio a las personas en condición de debilidad manifiesta por motivos de salud y a las calificadas como personas en situación de discapacidad, con independencia de la relación laboral acordada entre las partes."

De otro lado, la Corte Suprema de Justicia cambió el criterio frente al tema de la estabilidad laboral reforzada y en sentencia SL 1360 del 11 de abril de 2018, efectuando una interpretación del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, señaló:

"a) La prohibición del artículo 26 de la Ley 361 de 1997 pesa sobre los despidos motivados en razones discriminatorias, lo que significa que la extinción del vínculo laboral soportada en una justa causa legal es legítima."

"b) A pesar de lo anterior, si, en el juicio laboral, el trabajador demuestra su situación de discapacidad, el despido se presume discriminatorio, lo que impone al empleador la carga de demostrar las justas causas alegadas, so pena de que el acto se declare ineficaz y se ordene el reintegro del trabajador, junto con el pago de los salarios y prestaciones insolutos, y la sanción de 180 días de salario."

"c) La autorización del ministerio del ramo se impone cuando la discapacidad sea un obstáculo insuperable para laborar, es decir, cuando el contrato de trabajo pierda su razón de ser por imposibilidad de prestar el servicio. En este caso el funcionario gubernamental debe validar que el empleador haya agotado diligentemente las etapas de rehabilitación integral, readaptación, reinserción y reubicación laboral de los trabajadores con discapacidad. La omisión de esta obligación implica la ineficacia del despido, más el pago de los salarios, prestaciones y sanciones atrás transcritas."

Hechas las anteriores precisiones, lo primero que debe resaltar la Sala es que no era necesario que la demandante acreditara su estado de discapacidad entre grave, severa y profunda al momento del despido, pues si bien la Corte Suprema de Justicia tenía por sentado dicha tesis, a raíz de su último pronunciamiento como se expuso en precedencia, quedó claro que al trabajador únicamente le corresponde demostrar que estuviera en situación de discapacidad al momento del despido para que

se configure la estabilidad laboral reforzada y por ende, al empleador acreditar las justas causas alegadas; de manera que, no se requiere la existencia de una calificación previa que acredite una pérdida de la capacidad laboral superior al 25%; argumento que además, coincide con lo señalado por la Corte Constitucional en las sentencias anteriormente referidas.

Refuerza lo anterior, lo dicho también por el máximo órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria, en sentencia, SL 2797 de 2020, al expresar:

> *"Al respecto, lo primero que cabe mencionar es que no resultaba trascendente el hecho de que el trabajador no estuviera incapacitado para la fecha de su despido, como lo resalta la recurrente, pues, como se definió en líneas anteriores, lo importante era que padeciera una condición de discapacidad en grado relevante. Y lo segundo, como también fue dilucidado, que el actor no tenía que contar con un dictamen de calificación de pérdida de capacidad laboral o con alguna certificación que lo acreditara como persona en condiciones de discapacidad para el momento del despido, de manera que el Tribunal no incurrió en error de hecho alguno al ignorar esos requerimientos."*

Así mismo, en el último pronunciamiento emitido por dicho cuerpo colegiado en sentencia SL – 2586 de 2020, en los casos de estabilidad laboral de los contratos de trabajo a término fijo, reiteró su criterio frente a que no se requiere de un carné que establezca el estado de discapacidad, como tampoco la necesidad de una calificación formal al momento de la culminación del vínculo, pero si, debe demostrarse que efectivamente al momento del finiquito contractual, existió afectación en la salud del trabajador RELEVANTE conocida por el empleador, una vez acreditado ello, debe tenerse en cuenta los siguientes parámetros del contrato a término fijo:

> *"Por tanto, en los casos de las personas con discapacidad es necesario que la facultad del empleador para terminar los contratos a término fijo tenga una dosis mínima de racionalidad o de objetividad, precedida de motivos creíbles y objetivos, que descarten sesgos discriminatorios. De modo que, si se alega que la decisión está libre de estos prejuicios, necesariamente es el empleador quien tiene el deber de demostrar que ello es así, aportando el medio de convicción de la objetividad de su decisión. Y tal prueba no es otra que aquella que acredite que la necesidad empresarial para la que fue contratado el trabajador, desapareció, pues no de otra forma podría justificarse la no renovación del contrato.*
>
> *En tal sentido, como dueño de la actividad empresarial, el empleador debe demostrar que se extinguieron o agotaron las actividades contratadas a*

término definido y que la determinación de no renovar el contrato de trabajo fue objetiva y sustentada. Por otro lado, al ser el empresario la parte que alega la terminación del contrato por una causa neutra, tiene, de acuerdo con el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, hoy 167 del Código General del Proceso, que probar esa objetividad, más allá del simple vencimiento del plazo.

En consecuencia, la Corte adoctrina que, en el caso de los trabajadores con discapacidad contratados a término fijo, es necesario que la decisión de no prórroga proveniente del empleador esté fundamentada en la desaparición efectiva de las actividades y procesos contratados. Por consiguiente, si el trabajador promueve juicio laboral, el empleador tiene la carga probatoria de demostrar, de manera suficiente y creíble, que en realidad la terminación del contrato fue consecuencia de la extinción de la necesidad empresarial; solo así quedará acreditado que su decisión de no renovar el contrato de trabajo estuvo desprovista de una conducta discriminadora".

Precisiones estas que se acompasan al caso bajo estudio en el entendido que no se requiere que el trabajador este previamente calificado para goza de la estabilidad laboral reforzada, cuya presunción se desvirtúa solo en el evento que el empleador alegue una justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo y que la misma se compruebe, pues de no ser así, debió solicitar ante el Ministerio de trabajo el respectivo permiso y en caso no hacerlo, deberá asumir las consecuencias que su omisión acarrea.

En ese orden de ideas, se tiene que de la documental aportada por la demandante, se evidencia que registra varios ingresos por urgencias, en el año 2011 entre enero y abril, por dolencias causadas durante el embarazo, tales como dolores abdominales, vómito y diabetes gestacional; en agosto de 2011 se remite al especialista por dolencias en las muñecas asociadas a un posible síndrome del túnel del carpo. Posteriormente en abril de 2012, acude al médico por lumbago no especificado y después en junio de la misma anualidad se le da incapacidad de cuatro días discontinuos por ello y en septiembre es incapacitada nuevamente por dos días. Finalmente, el 3 de diciembre de 2012, es incapacitada debido a una infiltración a túnel carpiano bilateral (fls. 28 a 54). Es de anotar que las únicas incapacidades allegadas por la demandante son las que se expusieron en precedencia, al igual que registró otros ingresos a urgencias por problemas gastrointestinales.

Así mismo, en la copia del expediente laboral allegado por la demandada, se denotan una serie de incapacidades por licencia de maternidad y otras por enfermedad general, de uno o dos días, de forma discontinua y en meses diferentes, en las que no especifica la patología, siendo la última de ellas el 4 de enero de 2013, según lo indicado en esta, por gastritis (fls. 289 a 323).

De otro lado, a folio 344 aparece examen periódico ocupacional del 19 de julio de 2012, en el que no se hace ningún tipo de recomendación o indicación respecto a alguna patología de índole laboral o general. Finalmente, a folio 342, aparece examen médico de retiro, donde se indica que este no es satisfactorio, en tanto se encuentra limitada para efectuar movimientos repetitivos con miembros superiores.

De lo anterior se colige, que si bien la demandante en el curso de la relación laboral presentó una serie de incapacidades e ingresos por urgencias, no todos ellos se derivaron del síndrome del túnel del carpo, en tanto la mayoría fueron por problemas de gastritis y otras dolencias momentáneas, como diarreas, vómitos o brotes en la piel, no asociados con el mentado síndrome.

Aunado a ello, para la data de culminación del vinculo (1° de febrero de 2013), no se encontraba en tratamiento o con recomendaciones derivadas del túnel del carpo o de un lumbago, como tampoco estaba siendo tratada por la ARL como una enfermedad de tipo laboral, al punto que sus patologías estaban siendo tratadas como enfermedad general sin que se hubiera dispuesto por parte de la EPS, su remisión a la administradora de riesgos laborales.

De lo anterior se colige, que la demandante al momento de la culminación del vínculo laboral con IRCC LTDA no gozaba de estabilidad laboral reforzada, en tanto no tenía ninguna enfermedad reconocida por la ARL ni por la EPS, tan así que las incapacidades otorgadas por esta última, lo fueron en su mayoría por problemas durante el embarazo y padecimientos gastrointestinales, pues en lo que tiene que ver con el síndrome del túnel del carpo que estaba en estudio y lumbago, estuvo incapacitada un día por el primero y 6 días por el segundo, estas últimas de forma interrumpida y en distintos meses del año 2012.

Terminación del contrato de trabajo

Al tenor de lo dispuesto en el artículo 167 del CGP y lo dicho al respecto por la Corte Suprema de Justicia, corresponde al trabajador probar el despido y al empleador la justa causa para darlo por terminado y en tratándose de renuncia del trabajador por causa imputable al empleador, corresponde aquel demostrar las causas que motivaron su desvinculación.

Así mismo, el parágrafo del artículo 62 y el artículo 66 ambos del CST, establecen que la parte que termina el contrato de trabajo debe manifestar a la otra al momento de la extinción del vínculo, la causal o motivo de esa determinación, sin que con posterioridad puedan alegarse motivos o causales distintas.

En efecto, a folios 207 y 208 obra comunicación del 25 de enero de 2013, en la que IRCC LTDA le informa a la demandante la decisión de dar por terminado el contrato de trabajo con justa causa, bajo el argumento que el día 8 de enero de 2013 consumió un producto de la compañía sin autorización alguna, cuya conducta fue confesada en la diligencia de descargos y que constituye una violación a las obligaciones contractuales y reglamentarias, por incumplir con lo establecido en el reglamento interno de trabajo artículo 45, numeral 10. Al igual que le indica que la decisión se toma con fundamento en artículo 62 literal a) numeral 6) del CST.

Al constatar si la accionante cometió el hecho que se le endilga como justa causa por parte de la empresa para dar por terminado el contrato de trabajo, se tiene que a folios 205 a 206, obra copia de la diligencia de descargos rendida por la trabajadora el 19 de enero de 2013, la cual si bien no se encuentra suscrita por ella ni por la administradora del establecimiento, lo cierto es que no fue desconocido, tachado o reargüido de falso por ella en la oportunidad procesal pertinente, tan así al decretarse como prueba, guardó silencio, sumado, a que en audiencia del 4 de septiembre de 2018, dada la inasistencia de la demandante a rendir interrogatorio de parte, el a quo la declaró confesa respecto de los hechos que no fueron aceptados por IRCC LTDA, indicando taxativamente los numerales, dentro de los que se

encuentran el 9° y 10°, en los la citada empresa además de negarlos, señaló: "*El contrato laboral de la demandante finalizó con justa causa a ella imputable, tal y como ella lo confesó en la diligencia de descargos llevada a cabo el 19 de enero de 2013 (…)";* luego es claro, que la actora si estuvo presente en dicha diligencia y efectuó las manifestaciones contenidas en dicho documento.

Siendo ello así, de la lectura del referido documento (fls. 205 a 206), se extrae que la accionante, al contestar la pregunta 4, indicó: "*Muchas veces eh manifestado que no como dulce, para varios no es un secreto, pero no se que me paso, tuve un pequeño antojo y pues no medí las consecuencias, en un vaso pequeño de 12 onzas, me comí un poco de helado viendo t.v."* (sic).

En igual sentido, se recepcionó el testimonio de la señora LUZ MARY ZAMBRANO, administradora del establecimiento de comercio el Corral Américas y jefe de la actora para ese entonces, en el que señaló que por un video del restaurante, vio a la demandante consumiendo un helado en un vaso de 12 de onzas, lo cual fue aceptado por la trabajadora en la diligencia de descargos que ella le practicó. Finalmente, expone que los trabajadores saben que para consumir cualquier producto del establecimiento deben seguir un procedimiento, que consiste en diligenciar un documento que se llama orden de consumo, el cual debe tener la firma o autorización del administrador o jefe responsable en ese momento y una vez se autoriza, sebe hacer un pago del 50% para poder generar el consumo, sin que la actora hubiere realizado tal procedimiento, en tanto no le pidió la respectiva autorización.

De suerte, que se encuentra plenamente acredito que la señora Quintero Campo, consumió un alimento (helado) de propiedad de la empresa, sin autorización de su jefe inmediato o superior.

Conforme a ello, se tiene que la demandada fundamenta su decisión en la causal contenida en el numera 6), literal a) del artículo 62 del CST, el cual comprende dos hipótesis para dar por terminado el contrato de trabajo:

1. Cualquier violación grave de las obligaciones o prohibiciones especiales que incumben al trabajador de acuerdo con los artículos 58 y 60 del Código Sustantivo del Trabajo.
2. Cualquier falta grave calificada como tal en pactos o convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos.

Hecha la anterior precisión y en la medida que la empresa consideró que la demandante violó sus obligaciones contractuales y reglamentarias, por incumplir lo establecido en el artículo 45 numeral 10, del reglamento interno de trabajo (fls. 188 y 189), respecto a las prohibiciones de los trabajadores, el cual establece:

*"**ARTÍCULO 45.** Se prohíbe a los trabajadores:*

(…)

"10. Consumir alimentos de propiedad de la empresa sin previa autorización, aún por primera vez"

Es por lo que el caso de autos se enmarca de la segunda de las hipótesis contempladas en el referido artículo 62 y como quiera que la empresa no manifestó si tal circunstancia constituía o no una falta grave y habida cuenta que el reglamento tampoco indica taxativamente que esta conducta como tal, lo constituya, procede la Sala a analizar este aspecto a fin de determinar si había lugar o no a terminar el contrato de trabajo con justa causa.

Al respecto, el artículo 47 del reglamento interno de trabajo señala las faltas leves y sus sanciones disciplinarias, disponiendo en el literal d), lo siguiente:

"d). La violación leve por parte del trabajador de las obligaciones contractuales o reglamentarias implica por primera vez, suspensión en el trabajo hasta por ocho (8) días y por segunda vez suspensión en el trabajo hasta por dos (2) meses."

En igual sentido y en lo que a las faltas graves se refiere, el artículo 48 literal d), del citado reglamento, señala:

"d). Violación grave por parte del trabajador de las obligaciones contractuales o reglamentarias."

De acuerdo a las disposiciones del reglamento interno antes citadas, una vez revisada la hoja de vida de la actora, se observa que durante la vigencia de la relación laboral, jamás tuvo un llamado de atención o sanción disciplinaria por haber consumido alimentos producidos por la empresa sin autorización de esta, como tampoco los tuvo por cualquier otro hecho o circunstancia que ameritara una sanción, por lo que al ser la primera vez que la actora incurría en este tipo de conductas, no podía la demandada sancionarla con la terminación del contrato de trabajo; pues lo correcto era imponerle una sanción disciplinaria consistente en la suspensión del contrato hasta por ocho días por ser la primera vez que faltaba a sus obligaciones, considerándose así, una falta leve.

Así las cosas, si bien la Sala no desconoce que el actuar de la accionante va en contravía del reglamento interno de trabajo, lo cierto es que el mismo no estuvo revestido de la gravedad suficiente para ser catalogado como una falta de esa índole, pues no se trata de una conducta reiterada por la trabajadora, quien como se dijo, jamás a lo largo del vínculo contractual, incumplió con sus obligaciones, al punto de no haber sido objeto de sanciones o llamados de atención; considerando la Sala que la sanción impuesta por la empresa resulta desproporcionada a la falta cometida.

Por lo anterior, como quiera que la demandante cometió una falta leve la cual no debió sancionarse con la terminación del contrato de trabajo, es por lo que considera la Sala que el despido de la demandante se tornó injusto y por ello, se condenará a la demandada al pago de la indemnización que trata el artículo 64 del CST, para lo cual se tendrá un salario de $650.000 como aparece en la liquidación final de prestaciones sociales (fl. 209) y un tiempo de servicios de 2 años y 6 meses que van del 26 de julio de 2010 al 1° de febrero de 2013, menos 6 días de interrupción, arroja:

- Primer año: $650.000 (30 días)
- Segundo año: $433.333 (20 días)
- Fracción de año – 6 meses: $216.666 (10 días)

Total: $1.299.999

Incapacidad permanente parcial

Sobre el tema, el artículo 5° de la Ley 776 de 2002, dispone:

> ***"ARTÍCULO 5o. INCAPACIDAD PERMANENTE PARCIAL.*** *Se considera como incapacitado permanente parcial, al afiliado que, como consecuencia de un accidente de trabajo o de una enfermedad profesional, presenta una disminución definitiva, igual o superior al cinco por ciento 5%, pero inferior al cincuenta por ciento 50% de su capacidad laboral, para lo cual ha sido contratado o capacitado.*
>
> *La incapacidad permanente parcial se presenta cuando el afiliado al Sistema General de Riesgos Profesionales, como consecuencia de un accidente de trabajo o de una enfermedad profesional, sufre una disminución parcial, pero definitiva en alguna o algunas de sus facultades para realizar su trabajo habitual, en los porcentajes establecidos en el inciso anterior."*

Revisadas las pruebas obrantes en el proceso, observa la Sala que no aparece dictamen expedido por la ARL o por las Juntas Regional y Nacional de Calificación de Invalidez, en el que se determine que la accionante posee una enfermedad de índole laboral, calificada entre el 5 y el 49% de la pérdida de la capacidad laboral.

De suerte que, al no acreditarse los presupuestos establecidos en la norma en cita para acceder a la incapacidad solicitada, es por lo que sobre este punto se confirmará la sentencia objeto de consulta.

Indemnización del artículo 26 de la Ley 361 de 1997

De plano, observa la Sala que dicha pretensión no está llamada a prosperar, pues como se determinó en líneas anteriores, la demandante al momento de la terminación del contrato de trabajo, no gozaba de estabilidad laboral alguna y si en gracia de discusión la tuviera, tampoco habría lugar a imponer condena alguna al respecto, pues quedó demostrado, que la demandada finiquitó el vínculo aduciendo razones ajenas al estado de salud que pudiera tener la accionante momento, independientemente que aquí se determinara que la sanción impuesta por la falta cometida, no era la indicada.

Prescripción

Al respecto, la misma no está llamada a prosperar, toda vez que la relación laboral culminó el 1° de febrero de 2013 y la demanda se presentó el 15 de enero de 2014 (fl. 89), sin que entre a fecha y otra haya trascurrido el término trienal de que tratan los artículos 488 del CST y 151 del CPL.

Así las cosas y sin más consideraciones, se **REVOCARÁ** la decisión de primer grado y en su lugar, se **CONDENARÁ** a IRCC LTDA al pago de la indemnización por despido sin justa causa.

COSTAS

Sin costas en este grado jurisdiccional de consulta, las de primera instancia estarán a cargo de IRCC LTDA.

EN MÉRITO DE 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:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia objeto de consulta y en su lugar, **CONDENAR** a **IRCC LIMITADA INDUSTRIA DE RESTAURANTES CASUALES LTDA** a pagar a la demandante, la suma de **$1.299.999** por concepto de indemnización por despido sin justa causa, al tenor de lo dispuesto en el artículo 64 del CST, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: ABSOLVER a COLMENA COMPAÑÍA DE SEGUROS DE VIDA S.A. y a LIBERTY SEGUROS DE VIDA S.A. HOY COMPAÑÍA DE SEGUROS BOLIVAR S.A., de las pretensiones de la demanda.

TERCERO: DECLARAR no probada la excepción de prescripción.

CUARTO: SIN COSTAS en este grado jurisdiccional de consulta, las de primera instancia estarán a cargo de IRCC LTDA.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada
(Aclara voto)

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

República de Colombia

Rama Judicial
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
BOGOTÁ. D. C.

SALA LABORAL.

Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE VERÓNICA TOASURA SAMACA Y HELENA TAYDEE MEZA GUEVARA contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES

En Bogotá D. C. a los veintinueve (29) días del mes de enero dos mil veintiuno (2021), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES

Pretende la señora **VERÓNICA TOASURA SAMACA,** se **condene** a COLPENSIONES al reconocimiento y pago de la sustitución pensional en calidad de compañera permanente del señor FERNANDO DAZA JIMÉNEZ (q.e.p.d.), a partir del 19 de junio de 2012, junto con los intereses moratorios, lo que resulte probado ultra y extra petita y las costas del proceso incluidas agencias en derecho (fls. 4 y 5 cuaderno 1).

Como hechos fundamento de las pretensiones (fls. 5 y 6 cuaderno 1), señaló que mediante Resolución 6400 del 1° de enero de 1998 el ISS le concedió la pensión al señor FERNANDO DAZA JIMÉNEZ (q.e.p.d.), quien falleció el 12 de junio de 2012. Refiere que con la Resolución GNR 113409 del 28 de mayo de 2013, COLPENSIONES le negó la sustitución pensional, junto con la señora HELENA TEYDEE MEZA GUEVARA. Sostiene que era beneficiaria en salud del causante y en declaración extra-juicio del 8 de septiembre de 2012, los señores LIMBANIA RODRÍGUEZ MINA y PABLO

EMILIO MENDOZA manifestaron lo relacionado a la convivencia y dependencia entre ella y su compañero fallecido. Finalmente, expone que el 26 de julio de 2013 elevó reclamación ante la accionada.

De otro lado, en auto del 13 de octubre de 2016 (fls. 96 y 97 cuaderno 1), el a quo ordenó la acumulación del proceso 10 2014 601 de HELENA TEYDEE MEZA GUEVARA contra COLPENSIONES y la aquí demandante.

Es así, como la señora **HELENA TEYDEE MEZA GUEVARA**, solicita se **condene** a COLPENSIONES al reconocimiento y pago de la sustitución pensional en calidad de compañera permanente, a causa del fallecimiento del señor FERNANDO DAZA JIMÉNEZ (q.e.p.d.), a partir del 19 de junio de 2012, junto con los intereses moratorios, lo que resulte probado ultra y extra petita y las costas del proceso incluidas agencias en derecho (fls. 21 y 22 cuaderno 2).

Como hechos fundamento de las pretensiones (fls. 20 y 21 cuaderno 2), indico que mediante Resolución 6400 del 2 de enero de 1998, el ISS le reconoció la pensión de vejez al señor FERNANDO DAZA JIMÉNEZ (q.e.p.d), quien falleció el 19 de junio de 2012. Refiere que con la Resolución GNR 113409 del 28 de mayo de 2013, COLPENSIONES le negó la sustitución pensional, por lo que contra dicho acto, interpuso recurso de apelación, el cual se resolvió de manera negativa. Sostiene que procreo con el causante una hija quien en la actualidad es mayor de edad. Finalmente, aduce que agotó ante la accionada la vía gubernativa y adelantó todas las acciones encaminadas a obtener la sustitución pensional.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

COLPENSIONES contestó ambas demandas (fls. 26 a 31 cuaderno 1 y 40 a 45 cuaderno 2), en la que se opuso a las pretensiones de estas. En cuanto a los hechos expuestos por la señora VERÓNICA TOASURA no le constan en su totalidad y frente a los enunciados por HELENA MEZA expresa que el 6° no es un hecho y acepta los demás. Propuso las excepciones de prescripción, inexistencia de la obligación, cobro de lo no

debido, falta de causa y título en los derechos reclamados, imposibilidad del ente de seguridad social de disponer de patrimonio de los coadministrados por fuera de los cánones legales, buena fe, presunción de legalidad de los actos administrativos, no configuración del derecho al pago de indexación o reajuste e intereses moratorios e inexistencia de la obligación por falta de causa y título para pedir.

HELENA TEYDEE MEZA GUEVARA contestó el líbelo (fls. 36 a 41 cuaderno 1), oponiéndose a sus pretensiones. Sobre los hechos, acepta los contenidos en los numerales 2, 4 y 5 y niega, no le consta y señala que son hechos los demás. Formuló las excepciones de inexistencia de las obligaciones demandadas, falta de legitimación en la causa por pasiva e ineptitud de la demanda.

VERONICA TOASURA SAMACA contestó el introductorio (fls. 52 a 56 cuaderno 2), oponiéndose a las pretensiones de este. Respecto a los hechos, no le consta el contenido en el numeral 8° y acepta los demás. No propuso excepciones.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 20 de junio de 2018 (CD – fl. 128), **declaró** que la señora VERONICA TOASURA SAMACA es la única beneficiaria de la pensión de sobrevivientes, **condenó** a COLPENSIONES al reconocimiento y pago a la citada señora, de la sustitución pensional como compañera permanente del causante FERNANDO DAZA JIMÉNEZ en un 100% de valor de la mesada pensional, a partir del 19 de junio de 2012, junto con las mesadas adicionales y reajustes legales, indexadas al momento de su pago, **absolvió** a la demandada de las pretensiones de la demanda incoadas por la señora HELENA TAYDEE MEZA GUEVARA, **sin condena** en costas.

Fundamentó su decisión, indicando que del contenido de la prueba testimonial, luego de ser valorada, se evidencia que no se encuentra acreditada la convivencia de la señora HELENA MEZA en tanto esta convivió con el causante hasta el año 1999, mientras que la señora

VERÓNICA TOASURA acredita los 5 años de convivencia hasta el fallecimiento, pues de lo dicho por los deponentes PABLO EMILIO MENDOZA, LIMBANIA RODRÍGUEZ y ELIZABETH BENAVIDES se extrae que conocieron a la pareja cuya convivencia inició en el año 2006, siempre estuvieron juntos y no se separaron, sabían que el señor Daza Jiménez tenía una hija cuya mama residía en España. Frente a los interrogatorios de parte, sostiene que la señora HELENA MEZA manifestó que distingue a Verónica cono la tía de su nieta y la conoció en el bautizo hace aproximadamente 6 años, que el señor Fernando Daza fue su compañero hace 35 años, con quien procreó una hija, que ella se ausentó del país en el año 1999 hasta hace 5 años que estaba en España; por su parte, la señora VARÓNICA TOASURA señaló que conoció a HELENA MEZA, porque Fernando le contó que era la madres de su hija Luisa y que no convivían porque la señora vivía fuera del país en España, al igual que indicó que conoció al causante en el año 2005 y a mediados de 2006 se hicieron pareja, en el mes de junio de ese año se fueron a vivir juntos hasta el día del fallecimiento. Menciona, que son más las razones que dejan al descubierto la existencia de una convivencia entre VERÓNICA TOASURA y FERNANDO DAZA (q.e.p.d.), dentro de los 5 años anteriores a su fallecimiento, compartiendo techo, lecho y mesa de forma permanente, mientras que HELENA MEZA solamente convivió con el causante hasta el año 1999, cuando se fue para España, pese a las declaraciones extra juicio aportadas por ella, ya que del mismo dicho de la señora en el interrogatorio de parte, indicó que regresó al país hace 5 años, luego se infiere que fue para el año 2012 cuando falleció el señor Daza Jiménez, motivo por el cual considera, que la pensión se debe reconocer a la señora VERÓNICA TOASURA, a partir del 19 de junio de 2012, equivalente al 100% del valor de la mesada pensional que recibía el causante. Finalmente, expone que no se encuentra probada la excepción de prescripción, ya que no trascurrieron más de 3 años desde la fecha del fallecimiento del pensionado y la de presentación de la demanda, al igual que menciona, no hay lugar al pago de intereses moratorios, ya que la negativa de la demandada a reconocer la prestación, devino no por capricho de esta, sino porque existía controversia entre las aquí demandantes.

APELACIÓN

La demandante HELENA TAYDEE MEZA GUEVARA interpuso recurso de apelación, manifestando que de las pruebas que se aportaron inicialmente al expediente que se llevó a cabo ante el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá, se evidencia con claridad la disponibilidad, voluntad, apoyo y acto de compartir del causante, que siempre estuvo dirigido a su pareja de origen la estuvo con ella. Refiere que se aportó el registro civil de nacimiento de su hija junto con el de su nieta, siendo esa la familia que tenían en común y si bien se fue del país, lo fue con la única finalidad de buscar una nueva vida y no de abandonar, pues desde el exterior se siguió una vida en común. Sostiene que se aportaron las declaraciones extra-juicio de LUISA FERNANDA DAZA MEZA y ALBERTO DAZA JIMÉNEZ, hija y hermano del causante, cuyas declaraciones no fueron tachadas ni controvertidas, de las cuales se extrae que la convivencia siempre se mantuvo hasta el momento del fallecimiento, tratándose de una convivencia real y efectiva. Expone que la señora Verónica señaló que se fue a vivir donde su señora madre, pero en la realidad el causante siempre vivió con su hija, lo que indicaría que ella también convivió con ellos en esa casa, lo que no se probó, pro el contrario, de las piezas procesales aportadas se vislumbra que la voluntad de Fernando fue el respaldo para su pareja HELENA MEZA. Aduce que cuando se interrogó a la señora Verónica, esta titubeo cuando se le pregunto sobre el inicio de la convivencia, hasta cando y las condiciones en que se dio, sin tener pleno convencimiento de lo que dijo, al igual que la última testigo, nunca los visitó de forma permanente ni pernocto con ellos como para saber cómo fue esa convivencia, pues simplemente era una clienta y le vendía perfumes. Finalmente, menciona que se deben analizar todas las pruebas en especial las declaraciones extra-juicio, en los cuales no se falta a la verdad, pues el acto de haberse ido a otro lugar a buscar una mejor vida no quiera decir que exista una ruptura de pareja y si bien se fue desde el año 1999, no se debe desconocer que pasó de ese año hacia atrás, como también debe observarse que su hija quien lo acompañó en los momentos de debilidad, lo llevó al médico y estuvo pendiente en sus últimos días.

CONSULTA

COLPENSIONES no interpuso recurso de apelación, por ende la decisión es enviada a este Tribunal a fin de que se surta el grado jurisdiccional de consulta en los términos del artículo 69 del CPL modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007.

CONSIDERACIONES

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si las demandantes tienen derecho en calidad de compañeras permanentes del señor FERNANDO DAZA JIMPENEZ (q.e.p.d.), a la sustitución pensional a causa del fallecimiento de este, a partir del 19 de junio de 2012.

Status de pensionado del causante

No es tema de controversia la calidad de pensionado del señor FERNANDO DAZA JIMÉNEZ (q.e.p.d.), conforme se infiere de la copia de la Resolución GNR 113409 del 28 de mayo de 2013 (fls. 14 y 15 cuaderno 1), en la que se hace alusión que a través de la Resolución 6400 del 1° de enero de 1998, el ISS le reconoció la pensión de vejez a partir del 1° de octubre de 1996, en cuantía de $966.984.

Sustitución pensional

Sobre el tema, es menester precisar que viene sentado por la Corte Suprema de Justicia, que es la fecha de fallecimiento la que determina la norma aplicable al caso, siendo ésta el 19 de junio de 2012 (fl. 12 cuaderno 1) por lo que al que al ser una sustitución pensional, ya que se trata de la muerte del pensionado, se debe estudiar si los posibles beneficiarios cumplen los requisitos establecidos en este caso, en los literales a) y b) del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la ley 797 de 2003, para ser acreedores a la prestación reclamada.

Norma esta que estipula:

"a) En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad. En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte;

b) En forma temporal, el cónyuge o la compañera permanente supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga menos de 30 años de edad, y no haya procreado hijos con este. La pensión temporal se pagará mientras el beneficiario viva y tendrá una duración máxima de 20 años. En este caso, el beneficiario deberá cotizar al sistema para obtener su propia pensión, con cargo a dicha pensión. Si tiene hijos con el causante aplicará el literal a).

Si respecto de un pensionado hubiese un compañero o compañera permanente, con sociedad anterior conyugal no disuelta y derecho a percibir parte de la pensión de que tratan los literales a) y b) del presente artículo, dicha pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido.

En caso de convivencia simultánea en los últimos cinco años, antes del fallecimiento del causante entre un cónyuge y una compañera o compañero permanente, la beneficiaria o el beneficiario de la pensión de sobreviviente será la esposa o el esposo. Si no existe convivencia simultánea y se mantiene vigente la unión conyugal pero hay una separación de hecho, la compañera o compañero permanente podrá reclamar una cuota parte de lo correspondiente al literal a en un porcentaje proporcional al tiempo convivido con el causante siempre y cuando haya sido superior a los últimos cinco años antes del fallecimiento del causante. La otra cuota parte le corresponderá a la cónyuge con la cual existe la sociedad conyugal vigente;"

Conforme a ello, es del caso precisar que al tratarse de la convivencia simultánea entre dos compañeras permanentes, las mismas deben acreditar que hicieron vida marital con el causante, por lo menos dentro de los 5 años anteriores al fallecimiento de este, pues la exigencia de 5 años de convivencia en cualquier tiempo, solo aplica para la cónyuge separada de hecho, situación que no se acompasa a ninguna de las aquí deponentes en tanto ninguna de ellas, fungió como cónyuge del pensionado fallecido.

Al constatar si la señora **VERÓNICA TOASURA SAMACA** es acreedora de la pensión de deprecada, se tiene que en el interrogatorio que rindió ante el Juez de primera instancia, señaló que no conoce a HELENA MEZA, que

supo de ella porque el causante se la nombraba de vez en cuando vivieron juntos y se empezaron a conocer, a lo que le decía que era la exmujer y tenía una hija con ella, que hacía mucho tiempo no convivían porque se había ido a vivir a España y la conoció en el bautismo de la nieta. Afirma que conoció al señor Fernando Daza como en el año 2002 – 2005 y vivía solo o a veces con la mamá. Sostiene que más o menos para el año 2006 por ahí en el mes de junio, él le ayudó con un negocio que tenía, convivieron en la casa de la mamá de ella, donde él pagaba todo y se hizo cargo de ella. Expone que convivieron hasta el día del fallecimiento del señor Daza el 19 de junio de 2012. Aduce que era quien lo acompañaba y le hacía seguimiento en su estado de salud, al igual que era su beneficiaria en el sistema de salud desde enero de 2012, pues antes estaba en SALUD TOTAL y él era quien lo pagaba. Finalmente, indica que la hija y hermano del causante estuvieron pendientes de las exequias de este.

PABLO MENDOZA, amigo de la señora Verónica, manifestó que conoció al causante desde el año 2002, quien tuvo una relación con la demandante como desde el año 2005 – 2006 mediados de enero, hasta el día del fallecimiento y vivían en la casa de la mamá de la actora. Indica que algunas veces vio a la señora HELENA MEZA pero no sabía que tenía una relación con FERNANDO DAZA. Señala que el señor Daza pagaba todo y lo veía con la demandante en el centro comercial, no se separaron y el señor tiempo después la afilió a la NUEVA EPS. Sostiene que el causante inicialmente vivía con la mamá y después se fue con la accionante a vivir en la casa de la mamá de ella a mediados de enero de 2006, época para al cual la señora tenía un negocio que estaba decaído y cuando llegó Fernando, lo levantó y después lo manejaban los dos. Refiere que no recuerda al momento de la declaración extra-juicio lo que dijo, es decir, que la convivencia de la pareja data del 15 de enero de 2007. Finalmente, menciona que Verónica antes del causante, era casada, al igual que el señor Daza inicialmente convivió con la mamá y con la hija y después se fue a vivir con Verónica.

LIMBANIA RODRÍGUEZ MINA, señaló que conoce a la demandante hace 22 años cuando llegó a vivir al conjunto Santa Clara, que queda al frente

de donde reside la demandante, quien vivía con el hijo y el causante, a quien conoce desde el año 2005 – 2006, en virtud a que era el compañero de la accionante y quien convivía con ella desde mediados de 2006, hasta junio de 2012 cuando falleció. Refiere que no conoció ni vio a la señora HELENA MEZA, como tampoco tuvo conocimiento que la pareja se hubiere separado y vivían en un apartamento ubicado en el primer piso de una casa, de propiedad de la mamá de Verónica, a quien le pagaban arriendo. Indica que de lo que le contó la accionante, estuvo afiliada a una EPS y posteriormente el causante la afilió a la de él, quien era quien sufragaba los gastos del hogar, pues ella hablaba con ellos con frecuencia. Señala que Fernando Daza falleció de un Cáncer terminal en la clínica Mederi. Finalmente, aduce que el causante vivió con la mamá de él del 2002 al 2004, al igual que tiene una hija la cual conoció donde vive Verónica.

ELIZABETH BENAVIDES BETANCOURT, indicó que conoció a la accionante desde el año 2005, ya que vivió atrás de la casa donde Verónica residía con el causante. Expone que no conoció a HELENA MEZA. Que si bien conoció a la pareja en 2005, la relación de estos inició a mediados de junio de 2006, vivían en arriendo el cual cancelaban a la mamá de la actora. Sostiene que ella vendía perfumería y cuando iba a la casa de la pareja, ya que el causante le compraba perfumes, lo veía también pagando servicios públicos y a los dos haciendo compras en el Éxito, al igual que él la tenía afiliada a la EPS. Que el señor Daza falleció en unió de 2012 a causa de un cáncer en el hospital. Afirma que compartió con la pareja y siempre los vio celebrando o compartiendo, como también conoció a la hija del causante a quien trató una vez y no le consta que viviera con Fernando y tenía entendido que la mamá estaba fuera del país. Sostiene que la hija de Fernando tuvo una hija con Diego, sobrino de Verónica. Finalmente, expone que la pareja jamás se separó y que verónica y la hija del causante, atendieron la enfermedad de este.

Así mismo, a folio 176, se aportó copia de los carnés de la NUEVA EPS, donde aparece que la demandante y su hijo NICOLAS GARCÍA, son beneficiarios del causante, con fecha de afiliación 1° de agosto de 2012 (fl. 17 cuaderno 1), además del formato de afiliación a esta (fl. 64 cuaderno 2), en el que aparece la demandante como compañera del pensionado

fallecido. En igual sentido, se aportaron declaraciones extra - juicio rendidas por la señora VERÓNICA TOASURA, LIMBANIA RODRÍGUEZ MINA y PABLO EMILIO MENDOZA, en los que coinciden en afirmar que la pareja convivió en unión marital de hecho, compartiendo mesa, techo y lecho de forma permanente, continua e ininterrumpida, desde el 15 de enero de 2007 hasta el 19 de junio de 2012, fecha del deceso del señor Daza (fls. 20 y 21 cuaderno 1), como también se allegó declaración rendida por la accionante y el causante 3 de marzo de 2012 ante la Notaría 60 del Círculo de Bogotá, donde manifiestan que conviven de forma permanente, continua e ininterrumpida, compartiendo techo, lecho y mesa de cuya unión no procrearon hijos y que la señora junto con el hijo de ella, dependen económicamente de él (fl. 61 cuaderno 2).

Finalmente, se allegó copia de la historia clínica del señor FERNANDO DAZA, de fecha 19 de junio de 2012, en la que aparece la señora Toasura como su acompañante (fl. 62 cuaderno 2).

De lo anterior se colige, que se encuentra plenamente acreditado que la señora VERÓNICA TOASURA SAMACA convivió con el señor FERNANDO DAZA JIMÉNEZ (q.e.p.d.), dentro de los 5 años anteriores al fallecimiento de este, pues si bien existe una contradicción en lo dicho por la actora y los testigos ante el juzgador de primer grado y en las declaraciones extra – juicio en canto a la fecha de inicio de la convivencia, en tanto en la primera señalan que la misma se dio a mediados de junio de 2006 mientras que en la segunda afirman que fue el 15 de enero de 2007, lo cierto es que tal diferencia se encuentra dentro del rango de los 5 años que exige la norma, sin que tal circunstancia afecte los demás aspectos que rodearon la convivencia de la pareja, pues todos fueron consistentes en afirmar que el señor Daza era quien veía por la señora Toasura, que vivían en una apartamento ubicado en al casa de la progenitora de la actora, a quien le pagaban un arriendo, que la accionante tenía un negocio que el causante le ayudo a sostener, que siempre vivieron juntos y jamás se separaron, como también que aquel tenía una hija cuya mamá residía fuera del país y que el causante falleció en una clínica en junio de 2012 a causa de una enfermedad terminal.

Colorario a lo expuesto, de la documental allegada se denota que el mismo causante reconocía a la demandante como su compañera quien, de la historia clínica en comento y que data de mismo día del fallecimiento, se evidencia lo acompañó hasta su lecho de muerte.

Ahora, en lo que se refiere a la señora **HELENA TAYDEE MEZA GUEVARA,** se observa que la misma en el interrogatorio que rindió ante el Juzgador de primer grado, señaló que distingue a Verónica porque es tía se su nieta y la conoció hace 6 años en el bautizo de la menor. Indicó que el señor Daza Jiménez fue su compañero durante 35 años, lo conoció en 1980, con quien procreó una hija y que no sabía de la relación de Fernando con Verónica. Sostiene que estuvo fuera del país desde 1999 hasta hace 5 años que regresó (2012 teniendo en cuenta que la audiencia se llevó a cabo en 2017), ya que se fue para España en aras de buscar un mejor futuro y apoyo para su familia. Indica que los gastos eran compartidos y cuando ella residió fuera del país, le enviaba dinero a él y a su hija. Expone que Fernando falleció en una clínica el 19 de junio de 2012 de cáncer en la médula y para esa fecha no se encontraba en el país, por canto ella regresó poco tiempo después. Finalmente, indica que el causante tenía cubierto los gastos funerarios y que su hija, hermano y cuñado estuvieron pendientes de la enfermedad de su compañero. salud de su compañero.

De otro lado, obran declaraciones extra – juicio rendidas por ALBERTO DAZA JIMÉNEZ y LUISA FERNANDA DAZA MEZA, hermano e hija del pensionado fallecido, en la que manifiestan en el caso del primero, que la demandante convivió con su hermano bajo el mismo techo, lecho y mesa desde el 18 de octubre de 1982 hasta el 19 de junio de 2012, que de esa unión procrearon una hija, quien además de la actora y la nieta, dependían económicamente del causante, mientras que la segunda de las declarantes, indica que sus padres convivieron en unión libre hasta el día del fallecimiento de su progenitor (fls. 9 y 10 cuaderno 2).

Aunado a ello, obra declaración rendida por el señor Daza Jiménez y la señora Meza Guevara del año 1998, en la que señalan que se encuentran "*vinculados en unión libre"* (sic), por más de 15 años, como también

aparecen formularios de afiliación al ISS – SALUD del 18 de agosto de 1998 y del 21 de septiembre de 1999, en el que la demandante y su hija, son beneficiarias de aquel en salud (fls. 12 y 13 cuaderno 2).

Finalmente a folio 16 cuaderno 2, está la certificación expedida por COORSEPACK SAS, en el que hace constar que el señor FERNANDO DAZA tenía un plan exequial con dicha empresa, en la que estuvo afiliado del 1° de agosto de 2008 al 14 de septiembre de 2012 y en la que aparecen como beneficiarios, JULIO CESAR CAICEDO, LUZ HELENA DAZA JIMÉNEZ, LUISA FERNANDA DAZA MEZA, FLOR BERTILDA JIMÉNEZ DE DAZA y HELENA TAYDEE MEZA GUEVARA.

Analizadas las pruebas en comento, encuentra la Sala que no se probó por parte de la señora HELENA MEZA GUEVARA, que hubiere convivido con el causante dentro de los 5 años anteriores al fallecimiento de este, pues si bien su cuñado e hija señalaron en las declaraciones extra – juicio que la pareja convivió hasta el día del fallecimiento del señor Daza Jiménez, lo cierto es que tales afirmaciones se desvirtuaron con lo dicho por la misma demandante en su interrogatorio, junto con las declaraciones de los testigos relacionados en precedencia, en sentido que la accionante para la fecha del fallecimiento del causante y desde el año 1999, residía en España.

Ahora, si bien la actora refiere que se fue del país para buscar una mejor vida para ella y su familia incluido el señor Fernando Daza y que les enviaba dinero, lo cierto es que esta última circunstancia no encuentra respaldo probatorio alguno, como tampoco se evidencia que durante su estadía en España, la convivencia con el causante hubiere perdurado, en el sentido de brindarse ayuda mutua como pareja, pues el hecho de tener una hija y común y velar por ella, no implica una convivencia entre los padres, pues la manutención de los hijos hace parte de las obligaciones que tiene aquellos para con estos, como tampoco puede inferirse una convivencia por el simple hecho de ser beneficiaria de un plan exequial, del cual también eran beneficiarios, un tercero y otros familiares del señor Daza.

Refuerza lo anterior, le hecho que la accionante no indicó o hizo alusión, como fue la convivencia de ellos mientras ella estuvo fuera del país, es decir, si se comunicaban y con qué frecuencia, si estuvo pendiente de su enfermedad o le brindó apoyo pese a la distancia; luego es claro que cuando la señora Meza Guevara se radicó en España en 1999, dejó de convivir con el causante.

Sin que el hecho que haber convivido con anterioridad a 1999, la haga acreedora de la pensión deprecada, en tanto como se explicó en líneas anteriores, al predicar la calidad de compañera permanente del fallecido, debía acreditar una convivencia por lo menos, dentro de los 5 años anteriores al fallecimiento, lo cual, como se dijo, no se probó.

Finalmente, en cuanto a que su hija y cuñado estuvieron pendientes del causante durante su enfermedad, tal circunstancia tampoco implica una convivencia de la señora Meza con el señor Daza, ya que es apenas lógico que ellos como familiares de este y en virtud del vínculo sanguíneo que los une y no por disposición de la demandante, estuvieran al tanto de los quebrantos de salud del fallecido, luego no es dable, pretender como lo afirma la recurrente, probar una convivencia por el simple hecho que los demás familiares de este, lo asistieran durante su enfermedad.

Valor de la mesada y prescripción

Sobre la excepción de prescripción, encuentra la Sala que la misma no está llamada a prosperar, toda vez que el señor Daza Jiménez falleció el 19 de junio de 2012 (fl. 12 cuaderno 1), el 13 de junio de 2013 la señora Verónica Toasura se notificó de la Resolución GNR 11034089 del 28 de mayo de 2013 mediante la cual COLPENSIONES le negó la pensión (fl. 16 cuaderno 1) y el 17 de septiembre de la misma anualidad presentó la demanda (fl. 1 cuaderno 1), sin que entre una fecha y otra haya trascurrido el término trienal de que trata el artículo 151 del CPL, de ahí que la prestación deba otorgarse desde el **19 de junio de 2012.**

Respecto al valor de la mesada pensional, como quiera que se trata de una sustitución pensional (muerte del pensionado), de conformidad con el

inciso primero del artículo 48 de la Ley 100 de 1993, la misma corresponderá al 100% de la pensión que aquel disfrutaba.

Así las cosas, como quiera que se encuentra demostrado que la señora HELENA MEZA GUEVARA no convivió con el señor FERNANDO DAZA JIMÉNEZ (q.e.p.d.), dentro de los 5 años anteriores al fallecimiento de este y en la medida que quien sí demostró tal circunstancia fue la señora VERÓNICA TOASURA SAMACA, tal y como lo indicó el a quo, es por lo que sin más consideraciones se **CONFIRMARÁ** la decisión de primera instancia.

COSTAS

Costas en esta instancia a cargo de la señora HELENA TAYDEE MEZA GUEVARA.

EN MÉRITO DE 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:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada y consultada, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de HELENA TAYDEE MEZA GUEVARA.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Magistrada

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

Magistrado

AUTO DE PONENTE: se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de la demandante HELENA TAYDEE MEZA GUEVARA, la suma de $300.000.

República de Colombia

Rama Judicial
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
BOGOTÁ. D. C.
SALA LABORAL.

Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE ALCIRA RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ contra LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES y como tercera ad excludendum AURORA CUCUNUBÁ FERNÁNDEZ

En Bogotá D. C. a los veintinueve (29) días del mes de enero de dos mil veintiuno (2021), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA
ANTECEDENTES

Pretenden las señoras **ALCIRA RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ** y **AURORA CUCUNUBÁ FERNÁNDEZ** se **reconozca** la pensión de sobrevivientes la primera en calidad de cónyuge y a la segunda como compañera permanente del causante PEDRO LUIS BRAN ACUÑA a partir del 4 de febrero de 2008, se **condene** al pago de intereses moratorios e indexación y al **pago** de costas y agencias en derecho, la señora ALCIRA RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ **solicitó** adicionalmente perjuicios morales y materiales causados en la tardanza en el reconocimiento pensional (fls. 3 y 131 a 132).

Como hechos fundamento de las pretensiones (fls. 2 a 3 y 119 a 144), se señalaron en síntesis los siguientes; la señora **ALCIRA RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ** narra que el día 22 de enero de 1972 contrajo matrimonio con

LUIS BRAN ACUÑA, quien falleció el día 4 de febrero de 2008 y con quien estuvo conviviendo hasta el día de su deceso, que mediante resolución No. 1680 del 26 de enero de 2011, el ISS hoy COLPENSIONES le negó el reconocimiento a la pensión de sobrevivientes a la señora AURORA CUCUNUBÁ FERNÁNDEZ y mediante resolución No. 11196 del 28 de marzo de 2012, le fue negada la pensión, que mediante resolución No. 4534 del 16 de febrero de 2010, el ISS le reconoció la pensión de sobrevivientes al menor FREDY ALEXANDER BRAN CUCUNUBÁ y mediante resolución No. GNR 29306 del 31 de enero de 2014, nuevamente se negó el reconocimiento a la cónyuge y compañera del causante por existir controversia.

De otro lado, la señora **AURORA CUCUNUBÁ FERNÁNDEZ** indicó que convivió con el señor PEDRO LUIS BRAN ACUÑA en unión libre aproximadamente desde febrero de 1991 con quien convivió de forma continua en la ciudad de Bogotá hasta el año 2001, ya que por cuestiones de trabajo tenía que viajar a la ciudad de Yopal, que a raíz de su convivencia nació FREDY ALEXANDER BRAN CUCUNUBÁ el día 24 de octubre de 1992.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

COLPENSIONES contestó las demandas presentadas por las actoras oponiéndose a las pretensiones formuladas por ambas y en cuanto a los hechos manifestó ser ciertos los numerales 7, 9 a 10, 12 a 16; y no contarle los demás, propuso como excepciones de fondo inexistencia del derecho y de la obligación, inexistencia de cobro de intereses moratorios, cobro de lo no debido, buena fe, prescripción e innominada o genérica (fls. 137 a 146).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juez 20 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 17 de septiembre de 2018, **declaró** que la señora AURORA CUCUNUBÁ FERNÁNDEZ es beneficiaria de la pensión de sobrevivientes conforme lo dispone el artículo 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por los artículos 12 y 13 de la Ley 797 de 2003, con ocasión al fallecimiento del señor PEDRO LUIS BRAN ACUÑA, **condenó** a COLPENSIONES al reconocimiento y pago de

la sustitución pensional a la señora AURORA CUCUNUBÁ FERNÁNDEZ consistente en el derecho pensional dejado en suspenso con ocasión al fallecimiento del señor PEDRO LUIS BRAN ACUÑA equivalente al 50% de un salario mínimo legal mensual vigente desde el 4 de febrero de 2008 y hasta octubre de 2010, y en adelante se acrecentará en un 100% de la mesada pensional, junto con las mesadas pensionales y respectivos reajustes de Ley, sumas que deben ser indexadas al momento del pago conforme al IPC certificado por el DANE, **absolvió** a la demandada de las demás pretensiones y se **abstuv**o de condenar en costas **(CD fl. 172).**

Como fundamentó su decisión, el *a quo* trajo a colación las pruebas documentales, testimoniales e interrogatorios de parte obrantes dentro del proceso, frente a lo cual concluyó que fue la señora AURORA CUCUNUBÁ FERNÁNDEZ quien realmente demostró la convivencia con el causante, aspecto que no logró acreditar la señora ALCIRA RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ ya que obraba sentencia de separación de cuerpos y disolución de la sociedad conyugal sin que se demostrará una convivencia durante los 5 años anteriores al fallecimiento, situación que sí acreditó la señora AURORA CUCUNUBÁ FERNÁNDEZ de manera que la hacía merecedora del 50% de la mesada pensional desde el 4 de febrero de 2008 y hasta el 24 de octubre de 2010 y en adelante debía acrecentarse a un 100%, teniendo en cuenta que el menor FREDY ALEXANDER BRAND CUCUNUBÁ ya había llegado a su mayoría de edad.

En cuanto a la excepción de prescripción adujo que la prestación se hizo exigible el 4 de febrero de 2008 y la señora AURORA CUCUNUBÁ FERNÁNDEZ se había presentado a reclamar el 18 de abril de 2008, según daba cuenta la resolución número 1680, solicitud que se resolvió finalmente el 20 de abril de 2015, teniendo en cuenta el recurso de apelación interpuesto y la demanda se había presentó el 8 de julio de 2015, sin que transcurriera así el término prescriptivo. En relación a los intereses moratorios, manifestó que no había lugar a ellos, teniendo en cuenta que la negación al derecho se debió a la controversia que existió entre las demandantes.

CONSULTA

Las partes no interpusieron recurso de apelación, por ende, la decisión es enviada a este Tribunal a fin de que se surta el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES y la de la señora ALCIRA RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ en los términos del artículo 69 del CPL modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007.

C O N S I D E R A C I O N E S

Conforme a los antecedentes enunciados en precedencia corresponde a esta Sala de Decisión en grado jurisdiccional consulta a favor de COLPENSIONES estudiar si la señora AURORA CUCUNUBÁ FERNÁNDEZ cumplió con los requisitos para acceder a la pensión de sobrevivientes en calidad de compañera permanente del señor PEDRO LUIS BRAN ACUÑA, en caso afirmativo, analizar si operó o no el fenómeno prescriptivo. Así mismo, se estudiará si la demandante ALCIRA RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ en calidad de cónyuge supérstite cumple los requisitos para ser acreedora a la pensión deprecada.

PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES

No son materia de controversia los siguientes aspectos: ***1.)*** que mediante resolución No. 004534 del 16 de febrero de 2010, el ISS hoy COLPENSIONES le reconoció al menor FREDRY ALEXANDER BRAN CUCUNUBÁ el 50% de la mesada pensional en calidad de hijo sobreviviente del causante señor PEDRO LUIS BRAN ACUÑA por reunir 11.060 días cotizados para el momento del deceso y negó el derecho a la señora AURORA CUCUNUBÁ FERNÁNDEZ dejando en suspenso el 50% restante al no establecerse desde que fecha convivía con el asegurado (fls. 22 a 25), ***2.)*** que a través de resolución No. 001680 del 26 de enero de 2011, la entidad demandada nuevamente negó el reconocimiento pensional al no haber asistido la demandante AURORA CUCUNUBÁ FERNÁNDEZ a la cita agendada por la accionada para llevar a cabo su declaración (fls. 12 a 13), ***3.)*** que, en relación a lo anterior, la demandante interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación. Sin

embargo, mediante resolución No.11196 del 28 de marzo de 2012, se indicó que al no haber interpuesto el recurso durante los 5 días siguientes a la notificación de la resolución de negación se entendería como una nueva solicitud, de igual manera, en ese mismo acto administrativo se resolvió la solicitud presentada por la señora ALCIRA RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, decidiéndose dejar en suspenso el 50% de la mesada pensional al existir controversia entre las peticionarias, ***4.)*** frente a la anterior decisión, se interpuso recurso de apelación la cual se resolvió mediante acto administrativo No. VPB 34992 del 20 de abril de 2015, en la cual se decidió que hasta tanto no existiera una decisión judicial en firme era improcedente el reconocimiento de la prestación (fls. 5 a 8).

5.) Tampoco es objeto de discusión que la señora ALCIRA RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ estuvo casada con el causante bajo los ritos católicos como se deprende de la documental obrante a folios 102 a 106 que contiene la sentencia de separación de cuerpos proferida por el Juzgado Noveno de Familia de Bogotá de fecha 20 de abril de 1994, en la cual se establece que la pareja estuvo casada desde el año 1972, sentencia en la cual se decidió decretar la separación indefinida de cuerpos y disolución de la sociedad conyugal.

Planteadas, así las cosas, debe comenzar la Sala por señalar, que la norma que gobierna la situación pensional aquí debatida, no es otra que la Ley 797/2003, art. 13, que modificó la Ley 100/1993, art. 47 si se tiene en cuenta que el señor PEDRO LUIS BRAN ACUÑA falleció el 4 de febrero de 2008 *(fl.50).* Dicha preceptiva reguló íntegramente lo referente a los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, en los siguientes términos:

> ***"Beneficiarios de la pensión de sobrevivientes****. Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:*
>
> *"a) En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad. En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su*

muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte";

Ahora, frente al **requisito de convivencia**, la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral ha señalado que este requisito es indispensable para otorgar la prestación de sobrevivientes, la cual comprende aspectos que van más allá del meramente económico, pues implica el acompañamiento espiritual permanente, proyecto familiar común, apoyo económico, el compartir la vida de pareja y la cohabitación bajo el mismo techo, que es la regla. Es cierto, que la jurisprudencia en casos excepcionalísimos ha eximido del requisito de la cohabitación, pero siempre y cuando el concepto de pareja, con vocación verdadera de conformar una familia y proyecto de vida en común en los términos del artículo 42 superior, subsista ***(CSJ SL rad. 42792 del 22 de noviembre de 2011)***.

También ha recalcado la CSJ Sala de Casación Laboral que, no es el simple hecho de la residencia en una misma casa lo que la configura, sino otras circunstancias que tienen que ver con la continuidad consciente del vínculo, el apoyo moral, material y afectivo, y en general el acompañamiento espiritual permanente que den la plena sensación de que no ha sido la intención de los esposos finalizar por completo su unión matrimonial, sino que por situaciones ajenas a su voluntad que en muchos casos por solidaridad, familiaridad, hermandad y diferentes circunstancias de la vida, muy lejos de pretender una separación o ruptura de la pacífica cohabitación, hacen que, la unión física no pueda mantenerse dentro de un mismo lugar.

Precisa y reitera que, la convivencia entre esposos o compañeros permanentes puede verse afectada en la unión física, es decir, por no convivir bajo un mismo techo, por circunstancias que la justifiquen **pero que no den a entender que el vínculo matrimonial o de hecho ha finalizado definitivamente,** el requisito de la convivencia o comunidad de vida es el elemento central y estructurador del derecho ***(CSJ SL14237-2015, SL6519-2017).***

Así mismo, la CSJ SL en ***sentencia SL 1399 del 25 de abril de 2018,*** estableció que, la convivencia real y efectiva entraña una comunidad de vida estable, permanente y firme, de mutua comprensión, soporte en los pasos de la vida, apoyo espiritual y físico, y camino hacia un destino común. Lo anterior, **excluye los encuentros pasajeros**, **casuales o esporádicos, e incluso las relaciones que, a pesar de ser prolongadas, no engendren las condiciones necesarias de una comunidad de vida.** En cuanto a la **compañera permanente**, reiteró que era **indispensable la convivencia dentro de los 5 años anteriores al fallecimiento**, teniendo en cuenta que, al no cumplirse dicho requisito, no podía considerarse como miembro del grupo familiar, considerando que en el caso de la o él compañero permanente, por tratarse de una situación de facto, derivada de la decisión libre y espontánea, es necesario el cumplimiento de tal requisito previo al fallecimiento**.**

No obstante, en su último pronunciamiento estableció la CSJ Sala de Casación Laboral de manera textual que el **pensionado**, que con un derecho consolidado, deja causada la prestación a los miembros de su núcleo familiar con el solo hecho de la muerte, circunstancia en la que adquiere relevancia la exigencia de un mínimo de tiempo de convivencia, para evitar fraudes al sistema pensional, proteger su núcleo familiar de reclamaciones artificiosas y contener conductas dirigidas a la obtención injustificada de beneficios económicos del Sistema, cuya sostenibilidad debe salvaguardarse de tales actuaciones, precisamente para que sea posible el cumplimiento de los fines para los cuales fue previsto, fijando que la convivencia **mínima de cinco (5) años**, en el supuesto previsto en el literal a) del art. 13 de la Ley 797 de 2003, **solo es exigible en caso de muerte del pensionado (*SL 1730 del 3 de junio de 2020).***

De acuerdo a los anteriores precedentes jurisprudenciales, resulta claro que en el presente caso no era necesaria la acreditación de 5 años de convivencia en el caso de la compañera permanente, por cuanto según se desprende de la resolución No. No. 004534 del 16 de febrero de 2010, el causante para el momento de su deceso aún no se encontraba pensionado,

por lo tanto, se trataba de un afiliado fallecido. Así las cosas, teniendo en cuenta que con las pruebas arrimadas al proceso se puedo establecer que la señora AURORA CUCUNUBÁ FERNÁNDEZ convivió con el causante y procreó un hijo de nombre FREDY ALEXANDER BRAN CUCUNUBÁ, son circunstancias que la hacen acreedora a la mesada pensional solicitada la cual deberá reconocerse a partir del 4 de febrero de 2008, fecha de fallecimiento del señor LUIS BRAN ACUÑA en un 50% hasta el 24 de octubre de 2010, momento para el cual FREDRY ALEXANDER BRAN CUCUNUBÁ cumplió la mayoría de edad y de ahí en adelante deberá reconocerse en un 100%, al no demostrarse que el hijo estuviere estudiando.

En relación a la **cónyuge**, la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral ha definido que la convivencia por un lapso no inferior a 5 años puede ocurrir *en cualquier tiempo*, ***siempre que el vínculo matrimonial se mantenga intacto*** *(SL 1399/2018-SL 4047/2019)*, al considerar que la separación de cuerpos solo extingue el deber de cohabitación, más no es un obstáculo para que él o la cónyuge que haya convivido durante 5 años con el causante, acceda a la prestación, por cuanto, no extingue de suyo los deberes recíprocos de los cónyuges de entrega mutua, apoyo incondicional y solidaridad, los cuales perviven hasta tanto se disuelva el vínculo matrimonial. Entendiéndose que con tal aspecto se da alcance a la finalidad de proteger a quien desde el matrimonio aportó a la construcción del beneficio pensional del causante, en virtud del principio de solidaridad que rige el derecho a la seguridad social ***(SL 5169 del 27 de noviembre de 2019)***.

Ahora, respecto a la **cónyuge separada de hecho o de cuerpos**, la alta Corporación ha clarificado que para que pueda acceder a la pensión de sobrevivientes es la vigencia o subsistencia del vínculo matrimonial, que otras figuras del derecho de familia, tales como la separación de bienes o la disolución y liquidación de la sociedad conyugal no son relevantes en clave a la adquisición del derecho.

Refiriendo, que no es adecuado atar el derecho a la pensión de sobrevivientes a la pervivencia de la sociedad conyugal o de la sociedad de

bienes, figuras que responden a contenidos netamente económicos, sino más bien a la vigencia del contrato matrimonial, dado que es esta unión la que confiere derechos y asigna obligaciones personales y subjetivos a los consortes, y, por consiguiente, permite incluirlos como *miembros de su grupo familiar* **(SL 1399/2018 reiterada en sentencia SL 5141 del 16 de octubre de 2019)**.

No obstante, la Corte Constitucional declaró exequible lo dispuesto en el inciso final del literal b) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, en la sentencia **C-515 del 30 de octubre de 2019**, señalando:

> *"* En *primer lugar, señala la Corte que estos dos grupos de sujetos están en un diferente plano jurídico y fáctico. Por un lado, el cónyuge separado de hecho con sociedad conyugal vigente mantiene en su totalidad los efectos de orden patrimonial. Si bien existe una ruptura de la cohabitación o convivencia y apoyo mutuo -a pesar de haber existido por lo menos 5 años-, los cónyuges no han expresado su deseo de dar por terminada su sociedad conyugal, al punto que preservan el vínculo económico y los derechos que de este se derivan. Por otro lado, en el caso del cónyuge separado de hecho con sociedad conyugal disuelta, por decisión libre de los cónyuges se extinguen los efectos patrimoniales del vínculo matrimonial, aunado a la separación de hecho, por lo que, no existen en este caso vínculos afectivos o económicos que permitan inferir su calidad de beneficiario.*
>
> *En segundo lugar, los grupos cuya comparación se propone no pueden ser considerados equiparables en el supuesto previsto en la disposición acusada –convivencia no simultánea-, en razón a que el requisito de la vigencia de la sociedad conyugal tiene la finalidad de concretar el objeto de la pensión de sobrevivientes, esto es, proteger el núcleo familiar del causante que resulta afectado por su deceso (ver supra, numerales 54 y 55). La configuración normativa de esta prestación económica tiene como base el requisito de convivencia efectiva con el causante. **Sin embargo, en los supuestos de convivencia no simultánea entre el cónyuge y la compañera o compañero permanente, la ausencia de una convivencia efectiva dentro de los 5 años anteriores a la muerte del causante, justifica que el legislador, en ejercicio del amplio margen de configuración en materia pensional (ver supra, numerales 56 y 57), establezca la vigencia de la sociedad conyugal como una condición necesaria para reconocer este derecho pensional al cónyuge supérstite, que separado de hecho, mantuvo el vínculo patrimonial con el causante, guiada por los principios que definen la pensión de sobrevivientes**. Por lo anterior, es dado concluir que le asisten razones al legislador para distinguir en situaciones donde no es posible que el cónyuge acredite la convivencia hasta la muerte del causante –convivencia no simultánea-, que el cónyuge supérstite acredite la vigencia del vínculo patrimonial –sociedad conyugal-, que de manera voluntaria decidieron mantener con el causante, pese a la separación de hecho". (subrayado y negrilla fuera del texto original)*

Concluyendo la Corte Constitucional, lo siguiente:

> *"Sobre la base de los anteriores fundamentos abordó el estudio del caso concreto. Al respecto, la Sala constató que los argumentos expuestos por los demandantes no demostraron la existencia de un grupo comparable (tertium comparationis), que comprobara que son asimilables los grupos de cónyuges con convivencia simultánea, con cónyuges sin convivencia simultánea al momento de la muerte del causante. En opinión de la Sala Plena, dichos grupos se encuentran en situaciones de hecho y de derecho diferentes, debido a la inexistencia de vínculos afectivos o económicos entre cónyuges separados de hecho y con sociedad conyugal disuelta. Por lo cual, el requisito de existencia del vínculo patrimonial (sociedad conyugal vigente) hasta el fallecimiento del causante es el criterio relevante en el contexto de convivencia no simultánea, y el mismo corresponde con: (i) la amplia potestad de configuración del legislador en materia pensional; y (ii) los efectos que se derivan de la Constitución y la disolución de la sociedad conyugal, sobre las pensiones como derecho a suceder del cónyuge supérstite". (subrayado y negrilla fuera del texto original)*

Por consiguiente, en el presente caso al existir disolución de la sociedad conyugal voluntaria y separación de hecho, deja sin derecho a la señora ALCIRA RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ al reconocimiento de la pensión solicitada. Por tales motivos, se **CONFIRMARÁ** la decisión del *a quo* respecto de la negativa al reconocimiento de la pensión a favor de la señora ALCIRA RODRÍGUEZ.

Prescripción

En lo que respecta a la excepción de prescripción, se tiene que el derecho se causó el 4 de febrero de 2008, la demandante reclamó por primera vez el 18 de abril de 2008, la cual se resolvió negativamente mediante resolución No. 004534 del **16 de febrero de 2010,** nuevamente reclamó el 3 de junio de 2010, solicitud que se negó en resolución No. 001680 del 26 de enero de 2011, interponiéndose el 26 de abril de 2011, los recursos de reposición y en subsidio apelación, los cuales no fueron resueltos, aduciendo la entidad demandada que esto se debió a que no se interpusieron dentro de los 5 días hábiles siguientes, entendiéndose el escrito presentado por la demandante de fecha 26 de abril de 2011, como una nueva solicitud, la cual se resolvió negativamente mediante resolución No. 11196 del 28 de marzo de 2012, frente a la cual se interpusieron los recursos de Ley, los cuales se desataron mediante las resoluciones GNR

29306 del 31 de enero de 2014 y VPB 34992 del 20 de abril de 2015 y la demanda se radicó el 13 de enero de 2015 (fl.11).

Conforme a lo anterior, se tiene que las mesadas pensionales se encuentran prescritas al tenor de los dispuesto en los artículos 151 del CPTSS y 489 del CST, pues estas normatividades establecen que la prescripción se interrumpirá por una sola vez, de manera que al haberse hecho exigible el derecho el 4 de febrero de 2008, haber reclamado el 18 de abril de 2008, solicitud que se resolvió mediante resolución No. 004534 del 16 de febrero de 2010, la actora contaba a partir de dicha data con 3 años para interponer los recursos de ley o prestar la demanda, situación que tan solo ocurrió el 13 de enero de 2015, de manera que las mesadas causadas con anterioridad al 13 de enero de 2012, se encuentran prescritas.

COSTAS:

SIN COSTAS en esta instancia por tratarse del grado jurisdiccional consulta.

EN MÉRITO DE 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:

PRIMERO: REVOCAR parcialmente el ordinal segundo de la sentencia consultada proferida por el Juzgado 20 Laboral del Circuito de Bogotá, de fecha 17 de septiembre de 2018, para en su lugar **CONDENAR** a COLPENSIONES a reconocerle a la señora AURORA CUCUNUBÁ FERNÁNDEZ la pensión de sobrevivientes con ocasión al fallecimiento del señor LUIS BRAN ACUÑA a partir del 13 de enero de 2012, en un 100% de la mesada pensional, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: ADICIONAR la sentencia consultada, para en su lugar declarar probada parcialmente probada la excepción de prescripción respecto de las mesadas causadas con anterioridad al 13 de enero de 2012, conforme a lo señalado en la parte motiva de esta decisión.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia consultada.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia por tratarse del grado jurisdiccional de consulta.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

República de Colombia

Libertad y Orden

Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL

Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE – MARÍA ADELIA DEL CARMEN REYES SALAMANCA en representación de la menor SARAH VICTORIA GARZÓN REYES contra PORVENIR S.A.

En Bogotá D. C. a los veintinueve (29) días del mes de enero de dos mil veintiuno (2021), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES

Pretende la señora **MARÍA ADELIA DEL CARMEN REYES SALAMANCA en representación de la menor SARAH VICTORIA GARZÓN REYES,** se **condene** a la entidad demandada se **condene** a la pensión de sobrevivientes a que tiene derecho la menor SARAH VICTORIA GARZÓN REYES por el fallecimiento de su madre la señora CLAUDIA ELVIRA GARZÓN REYES, se **condene** al reconocimiento de las mesadas dejadas de percibir desde el 6 de agosto de 2015, momento del fallecimiento de su progenitora, se **condene** a que las sumas adeudadas sean debidamente indexadas, se **condene** al pago de intereses moratorios y se **condene** al pago de costas procesales (fl.2 a 3).

Como hechos fundamento de las pretensiones (fl. 2), indicó que la señora CLAUDIA ELVIRA GARZÓN REYES trabajó en la Alcaldía de Mosquera-Cundinamarca por más de 10 años, que tuvo una hija quien para el momento de la presentación de la demanda contaba con 3 años de edad, que falleció el 6 de agosto de 201, momento para el cual se encontraba cotizando para

pensión con HORIZONTE S.A. hoy PORVENIR S.A., que la menor se encuentra en el momento en representación de su abuela la señora MARÍA ADELIA DEL CARMEN REYES SALAMANCA.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

PORVENIR S.A. contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones de la misma, en cuanto a los hechos manifestó ser ciertos los numerales 2 y 4, en cuanto a los demás manifestó no constarle, propuso como excepciones de fondo pago de lo no debido, compensación, prescripción y buena fe (fls. 39 a 47).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 39 Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 12 de septiembre de 2018 (CD – fl. 109), **condenó** a PORVENIR S.A. a pagar a la menor SARAH VICTORIA GARZÓN REYES representada legalmente por MARÍA ADELIA DEL CARMEN REYES SALAMANCA la pensión de sobrevivientes a partir del 6 de agosto de 2015, en cuantía de $1.463.806,30, por 13 mesadas al año, con los reajustes anuales correspondientes, **condenó** a PORVENIR S.A. a pagar a la menor SARAH VICTORIA GARZÓN REYES representada legalmente por MARÍA ADELIA DEL CARMEN REYES SALAMANCA los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, contados desde el 28 de septiembre de 2016, sobre las mesadas pensionales que se adeudan hasta el momento en que se haga efectivo el pago, **declaró** no probadas las excepciones de pago de lo no debido, compensación, prescripción y buena fe, **absolvió** a la demandada al pago de la indexación y la **condenó** al pago de costas procesales en la suma de $1.600.000.

Fundamentó su decisión, el *a quo* indicando que la causante durante el 6 de agosto de 2012 al 6 de agosto de 2015, cotizó un total de 154,28 semanas razón por la cual se cumplían con los requisitos para acceder la pensión de sobrevivientes, al contar con 50 semanas cotizadas durante los 3 años anteriores al deceso. Aseguró, que se encontraba acreditado que la menor SARAH VICTORIA GARZÓN REYES es su hija y que se encuentra representada legalmente por la señora MARÍA ADELIA DEL CARMEN REYES SALAMANCA.

Refirió, que también se había podido observar que el 28 de julio de 2016, la demandante había solicitado la pensión ante la entidad demandada, la cual no había sido resuelta de manera concreta en cuanto si la menor era o no beneficiaria de la pensión de sobrevivientes y de no ser beneficiaria manifestar los motivos por los cuales no se cumplía con los requisitos para acceder la misma, por el contrario tan solo se había limitó a solicitar una serie de trámites administrativos y solicitud de documentos que la demandante había adjuntado desde el mismo momento de la solicitud. En cuanto al IBL indicó que el mismo correspondía a lo establecido en el artículo 48 de la Ley 100 de 1993.

En relación a los intereses moratorios, señaló que la entidad demandada no había accedido a la pensión, bajo el argumento de que con la solicitud debía haberse aportado certificado de defunción de la causante, certificado y registro civil de matrimonio, declaración extra juicio y registro civil de los menores hijos, sin embargo, la entidad no había tenido en cuenta que el 28 de julio de 2016, la demandante presentó una petición de manera formal sobre la pensión de sobrevivientes y en donde se aportó: registro civil de nacimiento y defunción de la causante, registro civil de la menor, registro civil de la abuela, fotocopia de las cédulas y sentencia del fallo proferido por Juzgado de Familia de Funza –Cundinamarca, siendo dicha petición resulta a través de una tutela que fue presentada por la demandante, en donde fue sometida a presentar actos administrativos innecesarios, pues si bien solamente faltaba la constancia de la causa de la muerta, tal requisito se hubiera podido solicitar dentro de la investigación realizada por la entidad para el reconocimiento pensional.

Sobre la excepción de prescripción, manifestó que esta no surgió por cuanto la muerte de la causante ocurrió el 6 de agosto de 2015 y la solicitud se elevó el 28 de julio de 2016 y la demanda se interpuso el 5 octubre de 2016.

RECURSO DE APELACIÓN

La **parte demandada** inconforme con la decisión interpuso recurso de apelación señalando que no debió haberse condenada a la entidad al pago de intereses moratorios, si bien el despacho hizo referencia a la acción de tutela impetrada por la demandante, en la misma se había declarado carencia de

objeto por hecho superado, lo cual quería decir que PORVENIR S.A. ya había dado respuesta a la demandante, tampoco se había valorado en el presente proceso que la entidad tenía conocimiento del origen del accidente sufrido a la causante de acuerdo a lo emitido por la Fiscalía en donde se corroboraba que no había sido por accidente laboral, solicitud que si se hubiera hecho al momento de haberse llenado los documentos pertinentes por parte de la demandante, como lo era el formulario de solicitud emitido por PORVENIR S.A. a sus beneficiarios, el mismo ya se hubiera obtenido, de manera que fue durante el transcurso del proceso que el Despacho oficio a la Fiscalía a fin de conocer la muerte de la causante, lo que demostraba que no estaba claro el origen y causa de la muerte, razón por la cual no se puede ordenar el pago de los intereses moratorios, por no tenerse conocimiento del origen de la muerte, lo cual se hubiera obtenido al llenado de manera correcta la solicitud para que la entidad pudiera realizar la investigación correspondiente.

Agrega que en la sentencia no se hizo referencia sobre los descuentos a seguridad social en salud, aspecto sobre el cual debe aclararse a fin de que no exista controversia al momento del pago de la pensión.

CONSIDERACIONES

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si la demandante SARAH VICTORIA GARZÓN REYES en calidad de hija de la causante CLAUDIA ELVIRA GARZÓN REYES representada legalmente por la señora MARÍA ADELIA DEL CARMEN REYES SALAMANCA tiene derecho al pago de los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, por la mora en el pago de su mesada pensional y si hay lugar a descontar del retroactivo el pago de aportes a salud.

Status de pensionado

No es tema de controversia la calidad de pensionada de la menor SARAH VICTORIA GARZÓN REYES, lo cual fue aceptado por la demandada al no haber sido controvertido en primera instancia, pensión que se otorgó a partir del 6 de agosto de 2015, en cuantía de $1.463.806,30, al haber acreditado

154,28 semanas con anterioridad a los 3 años del deceso, aspecto que además de corrobora con la documental que milita a folios 53 a 58 del expediente.

Intereses moratorios

Sobre el tema, ésta **Sala decisión ha considerado desde tiempo atrás que independientemente de la naturaleza de la pensión reconocida, es procedente el pago de los mismos**, cuando se prueba la mora injustificada por parte de la entidad pensional, tal y como se unificó en el actual criterio jurisprudencia emitido por la alta Corporación de la Jurisdicción Ordinaria Laboral en sentencia **SL 1681 del 3 de junio de 2020**, en la donde la Corte replanteo su criterio señalando que el pago oportuno de las mesadas pensionales es un derecho universal de los pensionados, que el propósito útil del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, es clarificar y sentar pautas para la liquidación de todas las pensiones legales, incluidas las del régimen de transición y que las pensiones adquiridas en virtud del régimen de transición.

Así mismo, tiene por sentada la Alta Corporación de la Jurisdicción Ordinaria Laboral que éstos intereses deben ser impuestos con independencia de la buena o mala fe en el comportamiento en que haya incurrido el deudor, siempre y cuando, se demuestre el retardo injustificado en la cancelación de la prestación pensional, en cuanto se trata simplemente de un resarcimiento económico encaminado a aminorar los efectos adversos que produce al acreedor la mora del deudor en el cumplimiento de las obligaciones (Sentencia SL13388-2014, SL7893-2015 y SL5079-2018).

Aclarado lo anterior, procede la Sala a verificar si efectivamente se encuentra demostrada la mora alegada por la parte actora, frente a lo cual establece el artículo 1° de la Ley 797 de 2003, que la entidad pensional deberá efectuar a más tardar dos **(2) meses** después de radicada la solicitud, el reconocimiento de la pensión. Así las cosas, se observa que en el presente asunto la actora elevó reclamación el día 28 de julio de 2016 (fls. 59 a 60), por lo que la entidad demandada tenía hasta el 28 de septiembre de 2016 para resolver positivamente el derecho pensional.

Si bien alega la parte demandada, que la solicitud no puedo ser resuelta porque la parte actora no diligenció el formulario exigido por la entidad para dar trámite oficial a la solicitud y con la cual se hubiera podido establecer el origen del accidente que ocasionó el fallecimiento de la causante, la cual tan solo se vino a saber con el oficio ordenado por el Juez de primera instancia, frente a tales postulados, esta Sala de decisión no comparte sus argumentos y por el contrario, se acoge a lo decidido por el *a quo,* por las siguientes razones; si bien la promotora del proceso no diligenció el respectivo formulario, ello no significa que no hubiere elevado de manera formal la solicitud, tal y como se evidencia del escrito presentado el día 28 de julio de 2016 (fls. 59 a 60), se puede ver allí que de manera clara y concisa solicita le sea otorgada la pensión a la menor SARAH VICTORIA GARZÓN REYES como beneficiaria sobreviviente de la señora CLAUDIA ELVIRA GARZÓN REYES aportando registro civil de defunción de la causante, registro civil de la menor, registro civil de la abuela y representante legal, fotocopia de la cédula de ciudadanía de la causante y representante de la menor y sentencia del Juzgado de Familia de Funza –Cundinamarca, tal como consta a folios 64 a 70 del plenario.

Documentos que según se indica en la contestación de la demanda son los solicitados por la entidad para el trámite de la pensión (fl.46), si bien allí también se solicita constancia del origen de la muerte, que es el documento al que hace referencia el apelante, que tan solo se supo con el trámite del proceso, este no era motivo suficiente para que no le hubiera dado trámite a la solicitud pensional, ya que como bien lo refirió la Juez, tal documento puedo haber sido aportado durante el trámite investigativo de la pensión, situación que no fue la que realizó la demandada, por el contrario tan solo le contestó mediante correo electrónico "*en atención a su solicitud como apoderada de la señora MARÍA ADELARIA DEL CARMEN REYES SALAMANCA relacionada con la solicitud de pensión de sobrevivencia de la señora CLAUDIA ELVIRA GARZÓN, para la menor SARAH VICTORIA GARZÓN, de manera atenta informamos que se hace necesario radicar documentos correspondientes a trámite de reclamación (adjunto formatos) ante esta administradora de Fondos de Pensiones, documentación que debe ser allegada en original*", adjuntando formulario emitido por la entidad para ser diligenciado por la actora (fl.65 a 71), como bien se puede ver, no se mencionó si se cumplía o no con los requisitos para la pensión, requiriéndose documentación que ya había sido

aportada y otras que como bien ya se dijo podían solicitarse con posterioridad. Ahora, en lo que se refiere a la acción de tutela, el hecho que se hubiere declarado como hecho superado según lo informado por la recurrente, no es elemento suficiente para ser absuelta al pago de los intereses moratorios, pues de lo aquí analizado queda más que demostrado que la entidad si bien contestó el derecho de petición de la actora en tiempo, la misma no resolvió lo requerido y tan solo se limitó exigir requisitos adicionales para dar trámite a la petición, cuando perfectamente podían adelantarse durante su trámite como bien se pude evidenciar en el devenir de este proceso, razones más que suficientes para **CONFIRMAR** la decisión de primera instancia.

En cuanto a los descuentos a salud sobre el valor del retroactivo, se tiene que de conformidad con el art 143 inciso 2 de la ley 100/93 y lo dispuesto por la Corte Suprema de Justicia –Sala de Casación Laboral CSJ SL 2376 de 2018 que rememoró la CSJ SL12037 de 2015, entre otros, es dable autorizar a la entidad pensional que sobre el retroactivo efectué el descuento legal por aportes a salud.

COSTAS

COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandada como quiera que su recurso de alzada no salió avante.

EN MÉRITO DE 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,

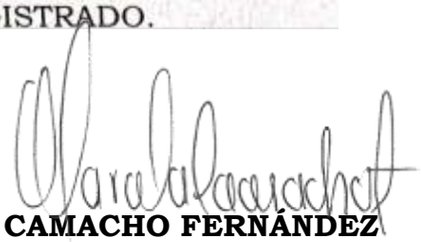
RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia apelada proferida por el Juzgado 39 Laboral del Circuito de Bogotá de fecha 12 de septiembre de 2018, en el sentido de autorizar a PORVENIR S.A. descontar del retroactivo reconocido los aportes a salud y **CONFIRMAR** en lo demás, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la demandada como quiera que su recurso de alzada no salió avante.

Notifíquese y cúmplase,

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

AUTO DE PONENTE: se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de la parte demandada en la suma de $900.000 pesos.

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

República de Colombia

Libertad y Orden

Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL

Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE JORGE ENRIQUE ROBAYO RODRÍGUEZ contra ALNORTE FASE 2 S.A., EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO TRANSMILENIO S.A., llamada en garantía LIBERTY SEGUROS S.A.

En Bogotá D. C. a los veintinueve (29) días del mes de enero de dos mil veintiuno (2021), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente:

S E N T E N C I A

LO PRETENDIDO EN LA DEMANDA

El señor **JORGE ENRIQUE ROBAYO RODRÍGUEZ** solicita se **declare** que el contrato de trabajo a término indefinido con la empresa ALNORTE FASE 2 S.A., se **declare** la nulidad de la carta de renuncia firmada el 11 de junio de 2013, se **declare** el despido indirecto con la empresa ALNORTE FASE 2 S.A., se **declare** que la EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO TRANSMILENIO S.A. fue beneficiaria de le relación laboral. Como consecuencia de lo anterior, solicita se **condene** a la empresa ALNORTE FASE 2 S.A. y a la empresa de TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO TRANSMILENIO S.A. al reintegro al cargo que desempeñaba o similar anterior al despido, a cancelar debidamente indexado los salarios, cesantías, intereses a las cesantías, vacaciones y prima de servicios dejados de percibir desde el 11 de junio de 2013 hasta la fecha de la sentencia, se **condene** a las demandadas a cancelar al suma de 25 SMLMV por concepto de daño moral, se **condene** ultra y extra petita y se **condene** al pago de costas procesales. **De manera subsidiaria**, solicita se **declare** el despido sin justa causa y como consecuencia, se **condene** a la indemnización contenida en el artículo 65 del CST (fls. 47 a 49).

Los hechos fundamento de las pretensiones se observan a fls. 49 a 51 del plenario en los cuales se señalaron; que celebró un contrato a término indefinido el 24 de febrero de 2012 con la empresa ALNORTE FASE 2 S.A. para desempeñarse en el cargo de operador de vehículos de servicio público al servicio de TRANSMILENIO S.A. devengado un salario para el año 2013 en la suma de $770.000 más bono de cumplimiento en la suma de $450.000, que pasado 6 meses de estar laborando para el operador fue obligado a firmar en agosto de 2012, una carta de renuncia sin fecha, carta que también fue firmada por otros 20 compañeros, que la empresa ALNORTE FASE 2 S.A. adulteró la carta de renuncia colocándole como fecha 11 de junio de 2013, momento para el cual procedió a despedirlo, que el día 13 de junio de 2013, en la oficina de ALNORTE FASE 2 S.A. al recibir la instrucción para la respectiva entrega de informe, expresó su indignación por el despido, que el día 26 de junio de 2013 en la oficina de gerencia de ALNORTE FASE 2 S.A. con presencia de la Doctora NUBIA GONZÁLEZ jefe de Recursos Humanos, con presencia de testigos allegados de la Doctora NUBIA GONZÁLEZ para la entrega de la respectiva liquidación, momento para el cual recalcó su indignación de la forma como fue despedido, que el día 12 de febrero de 2015, denunció ante la Fiscalía General de la Nación la conducta engañosa para ser despedido, que el despido injusto le ha ocasionado perjuicios económicos dentro de su entorno familiar.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

TRANSMILENIO S.A. contestó oponiéndose a las pretensiones de la demanda, en cuanto a los hechos manifestó ser parcialmente cierto el numeral 12 y no constándole los demás, propuso como excepciones de fondo inexistencia de la relación laboral, falta de legitimación en la causa por pasiva inexistencia de solidaridad, inexistencia de las obligaciones, indebida integración del contradictorio, buena fe y genérica (fls. 77 a 86).

ALNORTE FASE 2 S.A. contestó también oponiéndose a las pretensiones de la demanda, en cuanto a los hechos manifestó ser ciertos los numerales 1, 3, 7, 13 y 14, no ser ciertos los numerales 2, 4, 5, 6, 8 a 10 y 19; en cuanto a los demás manifestó no constarle, propuso como excepciones de fondo cobro de lo no debido, buena fe y prescripción (fls.187 a 194).

La llamada en garantía LIBERTY SEGUROS S.A. se opuso igualmente, a las pretensiones de la demanda, en cuanto a los hechos manifestó ser ciertos los numerales 1 a 4 y 6, en cuanto a los demás indicó no constarle, propuso como excepción de fondo limitación de cobertura de la póliza expedida por LIBERTY SEGUROS S.A., falta de legitimación en la causa por activa (fls. 248 a 252).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 34 Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 5 de septiembre de 2018, **declaró** la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre la sociedad ALNORTE FASE 2 S.A. y el demandante, **declaró** la responsabilidad solidaria entre las sociedades ALNORTE FASE 2 S.A. liquidada, TRANSMILENIO S.A. y la llamada en garantía LIBERTY SEGUROS S.A. respecto al reconocimiento y pago de las obligaciones reconocidas, **declaró** la ineficacia del acto de renuncia presentado por el actor el 11 de junio de 2013. En consecuencia, **condenó** a las demandadas y a la llamada en garantía al reconocimiento y pago de los salarios, prestaciones sociales y aportes al sistema de seguridad social entre esa fecha y el 1° de diciembre de 2017, cuando operó la liquidación final de la sociedad demandada, tal como consta en el certificado de existencia y representación legal de la sociedad ALNORTE FASE 2 S.A., **condenó** en costas a la parte demandada y las **absolvió** de las demás pretensiones **(**CD fl. 297).

Como **argumento de su decisión**, la *a quo* señaló que el motivo por el cual se había dado por terminado el vínculo laboral se encontraba contenido en la comunicación del 11 de junio del 2013, frente a la cual manifestaba el demandante que había sido forzado junto a 6 u 8 trabajadores más en el mes de julio de 2012 a firmar, igualmente obraba dentro del plenario denuncia penal instaurada por el actor en contra de Diego Martínez Montoya, quien fungía para la época como gerente general de ALNORTE FASE 2 y la jefe de recursos humanos NUBIA GONZÁLEZ ROJAS, al considerar que su contrato de trabajo fue terminado de manera fraudulenta, haciendo uso de una carta de renuncia sin fecha y elaborada totalmente en las oficinas de ALNORTE FASE 2 S.A, que para obtener una copia de la misma debió acudir a una acción de tutela.

En razón a lo anterior, la Juez consideró que al ser puesta de presente la mencionada carta de renuncia por parte de la apoderada judicial de ALNORTE FASE 2 al demandante, éste si bien reconocía como suya la rúbrica puesta en la misma, negaba rotundamente que hubiere sido su voluntad presentar la renuncia para la fecha en

que se dio por terminado el contrato de trabajo, por lo que, al analizarse la prueba testimonial recaudada se tenía que el actor no había tenido la intención libre y espontánea de dar por terminado el contrato de trabajo a través de la suscripción de una carta de renuncia, obrando dentro del plenario abundantes elementos de convicción que permitían llegar a tal conclusión, ya que no encontraba coherencia entre la decisión de dar por terminado la relación laboral plasmada por el actor en la supuesta carta de despido en donde expuso su decisión pura y simple de darlo por finalizado atendiendo razones estrictamente personales, aspectos que el actor controvirtió en la liquidación de prestaciones sociales y en la carta de explicaciones elevada ante la sociedad Transmilenio S.A el día 14 de junio de 2013, en que reclamaba entre otras cosas su reintegro laboral, así como su decisión de interponer una acción de tutela para obtener una copia de la carta de renuncia que insólitamente no le fue entregada por la sociedad empleadora y la consecuente denuncia penal instaurada en contra del representante legal de la sociedad Alnorte Fase 2 y su jefe de recursos humanos, ante una conducta fraudulenta y delictiva, aspectos por los cuales debía declararse la ineficacia del despido tal y como lo había hecho la CSJ Sala de Casación Laboral en sentencia SL 3089 de 2014, en la cual había ocurrido un caso similar al estudiado, considerándose que el contrato de trabajo debía ser restituido al mismo estado en que se hallaba por haber existido un acto viciado de nulidad, conforme lo establece el artículo 1746 del Código Civil, norma que resulta aplicable en tal situación, por virtud de lo dispuesto en el artículo 19 del CST, lo cual concierne el restablecimiento del contrato de trabajo.

De otro lado, en cuanto a que la sociedad ALNORTE FASE 2 S.A se encontraba liquidada actualmente, estableció que no era procedente el reintegro físico del trabajador al cargo que venía desempeñando, pero sí el reconocimiento y pago de los salarios y prestaciones sociales causados desde la fecha en que operó el despido indirecto, hasta la fecha en que fue liquidada, lo cual ocurrió el 1° de diciembre del 2017, según se desprendía del certificado de existencia y representación legal allegada por la pasiva al expediente. En cuanto a la responsabilidad solidaria entre la sociedad ALNORTE FASE 2 S.A y la empresa TRANSMILENIO S.A., adujó que las mismas habían celebrado un contrato con número 445 de 2003, referente a la explotación económica del transporte masivo urbano de pasajeros, bajo la modalidad terrestre automotor mediante la operación de alimentación del sistema TRANSMILENIO, por lo que de acuerdo al contrato y a los otros que formaban parte de él y cuya ejecución estaba en cabeza del actor mediante la suscripción de un contrato de trabajo a término indefinido, se establecía en su cláusula segunda que el trabajador se sometería al

reglamento interno de trabajo, el código de tránsito y las disposiciones que en cualquier momento expidiera Transmilenio S.A, así como también, se encontraba demostrado que su labor había tenido conexidad con el objeto social de la empresa TRANSMILENIO S.A..

Finalmente, en cuanto al llamamiento en garantía se pretendía hacer efectivas las garantías constituidas en la póliza número 517873 bajo la modalidad de cumplimiento a favor de entidades estatales, según la Ley 80 de 1993 a su favor por la Sociedad demandada ALNORTE FASE 2 S.A y que fuera suscrita con ocasión de vigencia del contrato de concesión número 445 de 2003, en cuyas condiciones generales se pactó el cumplimiento de pago de salarios, prestaciones e indemnizaciones, con vigencia garantizada hasta el 25 de marzo del 2019, siendo entonces jurídicamente viable hacer efectivo el pago por el riesgo amparado.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión la **parte demandante**, interpuso recurso de apelación manifestando que el presente recurso se soportaba en el artículo 85 A del CPTSS, teniendo en cuenta que en la audiencia del 25 de junio de 2018, el apoderado de la Sociedad ALNORTE FASE 2 S.A. aportó al proceso certificado de existencia y representación de la sociedad, en la cual establecía que la sociedad fue liquidada el 1° de diciembre de 2017, documento frente al cual no se corrió traslado, razón por la cual en un momento posterior a la audiencia se dispuso analizar los hechos correspondientes del cual tiene una repercusión directa en la Litis en la medida que impide la efectividad de la sentencia a partir del correspondiente análisis.

Agrega, que el 25 de mayo de 2016 ALNORTE FASE 2 S.A. fue notificado de la demanda en su contra, motivo por el cual el 9 de junio del mismo año, el demandado a través de su apoderado presentó la correspondiente contestación de la demanda, que en el acta 7 de la asamblea general de accionistas el cual se encuentra mencionado en el registro mercantil expedido por Cámara de Comercio, aportado por apoderado en los folios 274 y 275, se celebró asamblea accionista con fecha del 30 de octubre del año 2017, en la cual se aprobó la cuenta final de la liquidación y fue inscrita el 1° de diciembre de 2017 a pesar de que la Sociedad ALNORTE FASE 2 S.A., se encontraba disuelta 6 meses antes de que se celebrara la audiencia el día 25 de junio del año 2018, por lo que la apoderada de la parte demandada omitió al despacho y a la contraparte dicha circunstancia, lo anterior denota una deslealtad procesal y

un acto tendiente a impedir la efectividad de la sentencia, en la medida que la póliza que presentó en garantía se dio exclusivamente para asegurar a TRANSMILENIO S.A., en el evento de que éste resultará condenado.

Que, durante la audiencia del 25 de junio del año 2018, la apoderada de la empresa ALNORTE FASE 2 S.A, no demostró ante el despacho que la sociedad haya constituido la reserva bancaria que establece el artículo 245 del código de comercio, para garantizar las obligaciones litigiosas en el evento de una liquidación voluntaria, tal y como ocurrieron en los presentes hechos, en la medida que TRANSMILENIO no resultará solidariamente responsable por los hechos de la demanda, máxime cuando hay apelación y al encontrarse la sociedad ALNORTE FASE 2 S.A liquidada, la sentencia proferida por la señora juez resultaría completamente ineficaz, en la medida que no existe sujeto pasivo o patrimonio autónomo vigente, sobre el cual pueda la parte actora ejecutar el cumplimiento de la obligación. Por lo anterior, resulta imperioso solicitar en aras de garantizar el cumplimiento de los derechos reconocidos se imponga la caución ALNORTE FASE 2 S.A, del 50 % del valor de las pretensiones de la demanda contenida en el artículo 85 A del CPTSS.

En relación a lo anterior, la Juez de primera instancia se pronuncia señalando la improcedencia absoluta de poder asumir conocimiento y decidir en derecho la solicitud de aplicación de medida cautelar, en cumplimiento de lo dispuesto en artículo 85 A del CPTSS, dado a que a partir del momento en que se notificó en estrados la sentencia de primera instancia, la suscrita juez perdió competencia para resolver lo conducente de cualquier trámite correspondiente al presente asunto, en tanto se decidió y dictó sentencia que puso fin a la instancia.

ALNORTE FASE 2 S.A. interpuso recurso de apelación argumentando que no se encontraba de acuerdo con la sentencia por cuanto se hablaba de un problema jurídico consistente en declarar la nulidad de la carta de renuncia, cuando realmente existían dos problemas jurídicos, el primero; en si debía declararse la nulidad de la carta de renuncia y el segundo, si existe adulteración de la carta de renuncia.

Respecto de la primera, que es la nulidad es importante tener en cuenta que el consentimiento del señor Robayo, toda vez que en ningún momento estuvo viciado, como quiera que él mismo presenta y firma su carta de renuncia, la cual reconoce dentro de la audiencia de interrogatorio de parte que firmó y que luego firma su

liquidación de prestaciones sociales donde aparece el retiro voluntario, la certificación laboral y la carta de cesantías, que dentro del acta administrativa del 11 de junio 2013, lo que se relata es el proceder del señor Robayo como lo fue su permanencia dentro de la organización, su decisión finalmente y como obviamente se demostró dentro de la audiencia, es que es una persona que actúa sin pensar los efectos que tiene su decisiones, haciendo alusión a situaciones injuriosas, ese día decidió retirarse de la empresa, razón por la cual el acto no se encuentra viciado de consentimiento, pero más allá de todo eso manifiesta que había sido coaccionado a firmar dicha carta en agosto de 2012, en otra parte dice que junio y en otra parte dice que julio, sin especificar cuando fue que firmó el documento, sin realizar ninguna actuación para solicitar la devolución o anulación de esa carta, por lo tanto no está claro si finalmente es nulidad de la carta o es una adulteración de la carta, cuya prueba obviamente se podría demostrar con una prueba grafológica, aspecto que no es competencia del juez laboral.

Respecto al testimonio o a las pruebas que están soportando este proceso, la única prueba que se aportó fue el testimonio del señor JORGE MONSALVE, el cual durante todo su declaración hace unas apreciaciones respecto de la relación laboral y disciplinarias que tuvo con la empresa, no siendo imparcial, como quiera que fue compañero del señor JORGE ROBAYO y que no pertenece a la organización, basando su declaración en aspectos personales de cosas que le sucedieron dentro de la organización sin ningún tipo de acervo probatorio.

Indica que debe tenerse en cuenta que la empresa ALNORTE FASE 2 S.A ya se encuentra liquidada lo cual sucedió en diciembre de 2017, frente a lo cual el demandante tuvo conocimiento como lo manifestó dentro de su declaración, aspecto que no se presentó dentro de este proceso, razón por la cual era su obligación hacerlo, situación que conlleva a deducir que si no lo hizo en su momento y en su oportunidad, el tema ya prescribió para haberse hecho parte de la liquidación, indica que dentro de las pruebas aportadas por el demandante, también allegó unos CD'S las cuales se adquirieron de manera ilegal, toda vez que nunca solicitó autorización, pero igual dentro de ellos se puede escuchar que él obviamente hablaba de una carta, pero nadie absolutamente nadie de la organización acepta ni comunica nada relacionado con ninguna carta, por ende para ALNORTE FASE 2 S.A no está claro que se hubiera resuelto de fondo el problema jurídico.

TRANSMILENIO S.A. arguye que respecto de la condena que se efectuó contra la demandada ALNORTE FASE 2 S.A., considera que no se hizo un estudio integral del material probatorio arrimado al expediente, en principio porque se dejó sin atender las manifestaciones por parte del demandante en el sentido de indicar su intención, de ascender dentro del sistema, es decir, su intención estaba encaminada a tratar de conducir un bus diferente a los que ofrecía o al servicio que prestaba el concesionario ALNORTE FASE 2, es así, como él mismo aceptó que tramitó con su propio dinero la categoría respectiva de su licencia de conducción, lo que indica que él sí tenía intención de buscar y de aplicar en otros concesionarios.

Así mismo, él mismo afirma que se sentía coaccionado, pero manifiesta que no se sentía bien respecto a los llamados de atención y procesos disciplinarios que se le efectuaron, sin ni siquiera atender una consideración de tipo importante, como es que el presta un servicio público, estaba al servicio de transporte y de conducción, con el cual debía entender que transportaba pasajeros y el hecho de frenar, el hecho de ocasionar lesiones a terceros, el hecho de generar inconvenientes en vía, lo único que podía generar era perjuicios a las personas usuarias, en ese sentido y respecto a las otras pruebas que fueron aportadas al proceso y que no fueron estudiadas en su integralidad resultaron a favor del demandante.

Por otro lado, respecto al tema de la declaración de responsabilidad solidaria de qué trata el artículo 34 del código sustantivo del trabajo, respecto de Transmilenio S.A con el concesionaria ALNORTE FASE 2, su planteamiento en principio parte de una idea equivocada, toda vez que en principio cuando empieza explicar el tema del contrato de trabajo, indica el extremo temporal y al final concluye que se trata del servicio Transmilenio S.A., en ese sentido, se arranca de manera acertada refiriendo el objeto social de la empresa ALNORTE FASE 2, pero se omite revisar el objeto social de TRANSMILENIO S.A., evitando de esta manera hacer un estudio conjunto del objeto contractual de contrato de concesión 445 de 2003 en donde existe una prohibición legal contenida en el numeral 6° del artículo 3, en la cual TRANSMILENIO no puede ser operador o socio del transporte terrestre urbano automotor, por sí mismo o por interpuesta persona, ya que la operación del sistema está contratada con empresas privadas y en consecuencia está facultado para celebrar contratos necesarios para la prestación del servicio de transporte público masivo, de conformidad con el numeral 4° de ese mismo artículo 3 y la determinación de las condiciones y estándares de funcionamiento del sistema Transmilenio, en todos los aspectos que se relacionan con

la operatividad en condiciones de seguridad, continuidad y regularidad del servicio, tal como lo indica el artículo 8° del Decreto Reglamentario Distrital 831 de 1999.

Por lo tanto, dentro del objeto social no se incluyen la explotación, dicha actividad no corresponde al objeto social de TRANSMILENIO y eso tiene asidero en la iniciativa de contratación con empresas privadas, que se materializa con la facultad otorgada en el numeral 4 del artículo 32 de la Ley 80 del 93 para celebrar contratos de concesión, con el objeto de otorgar a otra persona llamada concesionario, en este caso ALNORTE FASE 2 S.A la prestación, operación, explotación, organización o gestión total o parcial de un servicio público, en este caso Transmilenio presta el servicio público de transporte, en desarrollo de esto, la prohibición expresa contenida en dicho acuerdo, se concluye que el demandante no prestó ningún servicio a favor de la empresa TRANSMILENIO S.A, pues la ejecución de esa labor que es la explotación fue contratada por el concesionario y por ende resulta ajena al objeto social.

De manera que, a dicho concesionario le correspondió operar los vehículos automotores, así como encargarse de la explotación del servicio público de transporte terrestre urbano masivo de pasajeros del SITP, para lo cual debía cumplir con la normatividad laboral y de seguridad social integral, cumplir y hacer cumplir a sus empleados, agentes dependientes, contratistas, subcontratistas, los manuales y reglamentos vigentes que llegase a expedir Transmilenio, vale la pena indicar que dentro del contrato de concesión, se establece parte integral del mismo constituye los reglamentos y manuales de operación, es así como aparecen dentro de ellos el manual de operación del sistema Transmilenio y el manual de operación de los zonales, en ese sentido, para garantizar que la prestación se haga en condiciones de seguridad, toda vez que el servicio es un servicio público de transporte que afecta y beneficia a la ciudadanía, es por ello que se tienen que aplicar unos estándares sin que ello signifique que Transmilenio sea responsable en la operación y en la explotación del sistema, son parámetros que dan precisamente es para que esa prestación la ejecuten esas personas privadas llamadas concesionarias y que fueron determinados en la Ley 80, en tanto, Transmilenio no puede asumir dicho papel por consiguiente, no se generan ningún tipo de responsabilidad, ni tampoco debe entenderse que hace parte del objeto social de Transmilenio, debiéndose estudiar por parte del superior el contrato de concesión 445 de 2003, las normas de creación de Transmilenio, el objeto social de Transmilenio, el objeto social de Alnorte Fase 2.

LIBERTY SEGUROS S.A argumenta su recurso manifestando que coadyuva los argumentos de la apoderada de Transmilenio, en el sentido de que no se declare la solidaridad de Transmilenio y Alnorte Fase 2, toda vez que existe una independencia económica, jurídica y por su objeto social, entre ambas empresas, por lo tanto, no es posible condenar a Transmilenio al pago de las prestaciones sociales que se le deben al demandante en el fallo. Adicionalmente, tampoco existe una subordinación y entre el demandante y Transmilenio S.A, en el acervo probatorio el mismo demandante manifestó que jamás tuvo ninguna comunicación o subordinación con Transmilenio y que él no tenía ninguna relación jurídica o laboral con esa empresa, siendo entonces imposible decretar la solidaridad como se hizo en la sentencia.

De otro lado, dentro de la sentencia se estableció una solidaridad entre ambas demandadas Transmilenio S.A, Alnorte Fase 2 y Liberty Seguros S.A como llamado en garantía, siendo un planteamiento erróneo porque Liberty Seguros S.A no es demandada y está vinculada a este proceso con base en la expedición de la póliza de cumplimiento a favor de entidades estatales número 517873, en la cual figura como tomador y agenciado ALNORTE FASE 2 y como asegurado la empresa de transporte TERCER MILENIO TRANSMILENIO S.A, es decir, no es por la relación laboral que está vinculada Liberty Seguros al proceso, sino por el contrato de seguro, por lo tanto, las obligaciones que eventualmente puedan surgir no pueden enmarcarse dentro del ámbito de la solidaridad, en tal sentido, si no se logra revocar la sentencia en el sentido de que hay solidaridad entre ambas demandadas, no tiene por qué incluirse a la llamada en garantía, ya que fue vinculada al proceso por el contrato de seguro, de manera que, Liberty Seguros no es para nada solidaria en la obligación laboral, en caso de que con el amparo de la póliza, la aseguradora cubriera a la entidad estatal contratante de los perjuicios que se le ocasionen como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones laborales a que este obligado el contratista garantizado, resultan ser dos génesis completamente diferentes.

En ese orden de ideas, al no existir como se está alegando solidaridad entre Transmilenio y Alnorte Fase 2, la póliza solamente entra a cubrir las condenas que se profieran exclusivamente en contra de Transmilenio, las condenas proferidas en contra de Alnorte Fase 2 no están cubiertas por la póliza, porque esta cubre es el contratante Transmilenio S.A., por lo tanto, solicita se revocada la sentencia en el sentido de que Liberty Seguros no es solidariamente responsable, en el evento de que no prospere dicha argumentación, solicita se declare que el amparo que tiene Liberty de salarios, prestaciones sociales legales e indemnizaciones laborales y cualquier otro

concepto que no esté comprendido dentro de este amparo específico y que este contenido en la sentencia no corresponde a Liberty asumirlo.

Finalmente, en el punto de la solidaridad de Liberty, tan claro es que no existe solidaridad de Liberty con los demandados, que en las costas se condena solamente a la parte demandada y Liberty quien no ostenta la calidad de demandada, sino de llamada en garantía, eso significa que Liberty Seguros no es solidariamente responsable.

CONSIDERACIONES

Previo a determinar los problemas jurídicos a resolver en el presente asunto, debe precisarse que no existió recurso interpuesto por la parte actora, pues lo solicitado corresponde a que se trámite la medida cautelar que trata el artículo 85 A del CPTSS, solicitud que se encuentra encabeza exclusiva del Juez de primera instancia, quien se abstuvo de resolver la misma, sin que sobre ello la parte actora hiciera reparo alguno, de manera que esta instancia no tiene competencia para resolver la solicitud, pues de hacerlo afectaría su derecho de defensa al no poder acceder a una segunda instancia.

Ahora, si en gracia de discusión se tuviera en cuenta dicha solicitud argumento de recurso en contra de la decisión de primera instancia, debe decirse que la misma resulta extemporánea, pues si bien manifiesta la parte actora que conoció de la liquidación de la empresa ALNORTE FASE 2 en la audiencia celebrada el día 25 de junio del año 2018, cuando la apoderada de la empresa aportó el certificado de Cámara y Comercio en donde se indica que se aprobó la cuenta final de la liquidación y fue inscrita el 1° de diciembre de 2017, era en ese momento que debió solicitar la medida cautelar que en esta oportunidad pretende, pues es claro que al ser aceptada la documental donde consta la liquidación de la empresa por parte de la *a quo* e incorporada al plenario, la misma ya hacía parte del mismo, por lo tanto, no se necesitaba de traslado, más aun cuando la parte actora compareció a dicha diligencia.

Problema jurídico

Aclarado lo anterior, se tiene que los problemas jurídicos a resolver consisten en determinar en primera medida si existió ineficacia del despedido o alteración de la carta de renuncia, de otra parte, si existe solidaridad entre la demandada ALNORTE FASE 2 y

la empresa de TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO TRANSMILENIO S.A. y si la llamada en garantía LIBERTY SEGUROS S.A. debe cubrir la póliza No. 517863 suscrita entre las demandadas.

EXISTENCIA DE LA RELACIÓN LABORAL

No existe discusión en cuanto a la relación laboral que ató a las partes, pues la misma fue aceptada por la parte demandada ALNORTE FASE 2, además de corroborarse con las documentales que militan a folios 2 a 13, de donde se puede colegir que tuvo lugar entre el 24 de febrero de 2012 al 11 de junio de 2013, a través de un contrato laboral a término indefinido para desempeñarse en el cargo de operador de bus alimentador.

Ineficacia del despedido o alteración de la carta de renuncia

Pues bien, en el presente asunto el hecho que motivó la presente Litis correspondió a la carta de renuncia voluntaria que fue presentado por el actor el día 11 de junio de 2013 (fl.6), en la cual manifiesta que el motivo de su decisión corresponde a razones estrictamente personales, sobre la cual en este momento el promotor del proceso manifiesta que dicha renuncia fue firmada de manera coaccionada en el año 2012, siendo usada por la empresa demandada ALNORTE FASE 2 en dicha oportunidad a fin de lograr su despido, al revisarse las pretensiones de la demanda, se puede ver que allí claramente solicita que se declare la nulidad de dicha carta, de manera que fue así como se estableció en el problema jurídico resuelto por la Juez de primera instancia, si bien el actor ha manifestado durante el transcurso del proceso que la fecha de la renuncia fue alterada por la empresa, dicho asunto como lo menciona el recurrente en efecto escapa de la competencia del Juez Laboral, razón por la cual no era un motivo de discusión del proceso.

Contrario sensu ocurre ante la falta de voluntariedad que alega el actor por la cual se llevó a cabo la presentación de la renuncia, aspecto que en efecto sí hace parte de esta jurisdicción, pues lo alegado consiste en un vicio de consentimiento, que como bien lo ha tenido por sentado la alta Corporación de la Jurisdicción Ordinaria Laboral en sentencia **SL 3089 del 12 de marzo de 2014**, es posible solicitar, plasmando:

"Sobre los efectos de la renuncia presentada con vicios del consentimiento:

Asentó en dicha oportunidad esta Corte:

Con todo, en relación con las demás disposiciones acusadas y con los argumentos planteados en el cargo acerca de los efectos de la renuncia por vicios del consentimiento, conviene destacar que, con la excepción que tal norma precisa, a partir de la vigencia del artículo 6° de la Ley 50 de 1990 el despido sin justa causa no tiene como consecuencia el reintegro, como sí lo disponía el artículo 8° del Decreto 2351 de 1965 en beneficio del trabajador que fuera despedido sin justa causa después de haberle prestado sus servicios a la empresa por más de diez años continuos. Pero esa regulación no significó la desaparición de la legislación nacional de figuras jurídicas que conduzcan a la reincorporación del trabajador a su empleo, porque tal precepto legal es específico para el despido sin justa causa, pero no contempla otro tipo de situaciones.

De hecho, el artículo 25 del Decreto 2351 de 1965, sobre protección en conflictos colectivos, y el artículo 67 de la Ley 50 de 1990, sobre protección en casos de despidos colectivos, son dos ejemplos que indican que la expedición del señalado artículo 6° de la Ley 50 de 1990 no significó establecer como principio general la eliminación en las relaciones laborales del reintegro de un trabajador a sus labores.

Cumple precisar, por otra parte, que la renuncia afectada por un vicio del consentimiento no puede equipararse al despido sin justa causa. Tiene como fundamento la ineficacia de la declaración de voluntad emitida por el trabajador y cuando se da esa situación, la conclusión lógica, y legal, como se verá, es considerar que el contrato de trabajo debe ser restituido al mismo estado en que se hallaría de no haber existido el acto viciado de nulidad, conforme lo establece el artículo 1746 del Código Civil, norma que resulta aplicable en tal situación por virtud de lo dispuesto por el artículo 19 del Código Sustantivo del Trabajo*. Y esa restitución supone, desde luego, el restablecimiento del contrato de trabajo. El despido sin justa causa, por el contrario, es un acto de declaración de voluntad del empleador y, en principio, produce un efecto extintivo del contrato y la propia ley le reconoce virtualidad suficiente para ello y para generar en favor del trabajador el derecho a una indemnización tarifada, como regla general.*

De lo anterior fluye que la renuncia presentada como resultado de la irresistible presión ejercida por el empleador, es una declaración de voluntad que adolece de un vicio del consentimiento[1], por tanto no ha de producir efectos; es decir, para ser más exactos en esta oportunidad, conforme al artículo 1740 del CC, el acto es nulo y, al ser declarada judicialmente nula la renuncia, en los términos del artículo 1746 ibídem, las partes tienen el derecho «para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo…», lo que equivale concluir que el contrato de trabajo no finalizó a consecuencia de la nulidad de la renuncia". ***(subrayado y negrilla fuera del texto original).***

Lo anterior, se ratificó en sentencia **SL 3827 del 23 de septiembre de 2020**, en la cual la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, señaló:

"Ahora bien, si la terminación consensuada adolece de algún vicio del consentimiento, se sigue la consecuencia prevista en los artículos 1740, 1741 y 1746 del Código Civil, aplicables en materia laboral por autorización expresa del artículo 19 del Código Sustantivo del Trabajo, lo que significa que «produce nulidad relativa, y da derecho a la rescisión del acto o contrato». En este evento, el acto existe, pero está viciado por falta de alguno o algunos de los elementos de validez y «da a las

partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo» (CSJ SL4360-2019).

De cara a lo anterior, la recurrente confunde el despido injusto que produce la extinción definitiva del contrato de trabajo y genera para el trabajador el derecho a recibir la indemnización prevista en la ley, con los casos en que se acuerda la terminación del contrato de trabajo, pero tal convenio es nulo relativamente, porque, en este último supuesto, el acuerdo de terminación no produce efectos, se rescinde y da derecho a restituciones mutuas, con lo cual la relación laboral pervive, pues nunca se extinguió. Así lo enseñó esta Corporación al analizar la invalidez de la dimisión del trabajador en sentencia CSJ SL, 23 oct. 1995, rad. 7782 (…)"

Conforme a lo citado, revisado el material probatorio obrante dentro del proceso, esta Sala de decisión llegada a la misma conclusión a la que arribó la Juez de primer grado, por las siguientes razones; no resulta razonable el hecho de que si en la carta de despido el actor manifestó su voluntad de retirarse de la empresa por razones estrictamente personales a los 2 días siguientes presentará una queja ante TRANSMILENIO S.A. en la cual plasmó su inconformidad frente a la renuncia aduciendo que no medio voluntad en la decisión y que la misma se firmó no en esa oportunidad, sino mucho tiempo atrás (fls. 11 a 13), igualmente se observa que formuló denuncia penal de fecha 12 de febrero de 2015, en contra de DIEGO MARTINEZ MONTOYA en calidad de Gerente y de la señora NUBIA GONZÁLEZ en calidad de Jefe de recursos humanos de la empresa ALNORTE FASE 2 ante la Fiscalía General de la Nación, en la cual se indicó la misma inconformidad (fls. 15 a 22), aseverando además no contar con copia de la carta de renuncia, ni del contrato, ni con ningún otro documento que certificará su dicho, lo cual resulta bastante extraño, pues si la decisión de dar por terminada la relación laboral se llevó a cabo por decisión voluntaria, debía contar con la copia de la misma, sin rectificarse de su decisión.

En contraste, al analizarse el acta de diligencia administrativa que se llevó a cabo el mismo día en que se presentó la renuncia por parte del trabajador, se puede ver que el actor fue citado a rendir descargos frente a varios hechos ocurridos durante sus laborales y que para la compañía resultaron ser inapropiados, indicándose en dicho documento que el señor ROBAYO afirma que tiene que hacer sus "*consultas"* y que prefiere irse antes de aceptar cualquier tipo de responsabilidad, que atendiendo su solicitud de renuncia es que se elabora la carta, la firma y una vez hizo sus mencionadas *"consultas"*, se le hizo entrega de la copia de la carta de paz y salvo, la cual no quiso firmar aduciendo que no se iba, anotándose por parte de la demanda en la carta que la empresa le estaba teniendo consideración al aceptarle la renuncia, al existir suficientes motivos para iniciar un proceso disciplinario (fls, 213 a 214), lo narrado conlleva a corroborar que en efecto la renuncia presentada por el actor no lo

fue de manera facultativa como allí se plasma, sino coaccionado ante un futuro despido, por los llamados de atención que obraban en su hoja de vida y que fueron el motivo de la diligencia de descargos, si bien tales motivos pudieron conllevar a un posible despido con justa causa, la empresa no tenía por qué coaccionarlo a presentar la renuncia, pues es evidente que la misma no emerge de voluntariedad.

Como tampoco, resulta motivo de excusa el hecho de que el actor hubiere aplicado a una licencia para conducir los buses rojos de Transmilenio y que la misma hubiera sido aceptada, pues si bien para poder optar para dicho cargo debía retirarse de la empresa demandada ALNORTE FASE 2, por cuanto este solamente operaba buses alimentadores, lo cierto es que no se demostró que el actor se hubiere ido a ejercer dicho cargo siendo ese el motivo de su renuncia, por el contrario, manifestó en declaración de parte que ha optado varias veces a dicho cargo sin obtener respuesta favorable, por cuanto en su sentir se necesitaba del aval de ALNORTE FASE 2, de suerte que, no resulte de recibo los argumentos de la apoderada de TRANSMILENIO S.A., como tampoco el hecho de haber firmado la liquidación de prestaciones, ya que la misma se firmó el mismo día de la renuncia (fl.8), por lo que no puede predicarse que la firmó también de manera potestativa.

En lo concerniente al testimonio del señor JORGE ARMANDO MONSALVE RODRÍGUEZ contrario lo señalado por el apelante, resulta ser un testigo clave que confirma las malas prácticas de la empresa ALNORTE FASE 2 para lograr la renuncia de sus trabajadores, pues éste fue compañero de trabajo del actor, quien también narró haber firmado su acta de renuncia sin su consentimiento y por el contrario coaccionado por la empresa, aduciendo además que esto también ocurrió con otros de sus compañeros, y si bien cuenta parte de su experiencia durante su vinculación laboral, ello no conlleva a establecer que su versión no resulte pertinente al caso, de lo contrario, afirma lo dicho por el actor al ser situaciones similares. Así las cosas, se tiene que sí se resolvió el problema jurídico planteado por la Juez, por lo tanto, habrá de **CONFIRMARSE** la decisión de primera instancia en cuanto a la ineficacia del despido.

Por otra parte, debe decirse que no era obligación del demandante informar la liquidación de la empresa ALNORTE FASE 2 para hacerse parte del proceso liquidatario, toda vez que al momento en que esto ocurrió aun no contaba con un derecho consolidado, ya que este surgió con la sentencia de primera instancia y la cual incluso aún se encuentra en discusión.

Responsabilidad Solidaridad (ponencia compartida)

Tanto TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO TRANSMILENIO S.A. y la llamada en garantía LIBERTY SEGUROS S.A. discreparon de la solidaridad declarada en primera instancia, básicamente, bajo la tesis de que TRANSMILENIO no es responsable en la operación y explotación del sistema, las cuales se ejecutan en personas privadas llamadas concesionarias, como tampoco la labor ejecutada por el actor hace parte del objeto social de TRANSMILENIO, debiéndose estudiar el contrato de concesión 445 de 2003.

Para resolver lo pertinente, establece el artículo 34 del CST, lo siguiente:

> *"**Art. 34. CONTRATISTAS INDEPENDIENTES.***
>
> *1o) Son contratistas independientes y, por tanto, verdaderos empleadores y no representantes ni intermediarios, las personas naturales o jurídicas que contraten la ejecución de una o varias obras o la prestación de servicios en beneficios de terceros, por un precio determinado, asumiendo todos los riesgos, para realizarlos con sus propios medios y con libertad y autonomía técnica y directiva. Pero el beneficiario del trabajo o dueño de la obra, a **menos que se trate de labores extrañas a las actividades normales de su empresa o negocio, será solidariamente responsable con el contratista por el valor de los salarios y de las prestaciones e indemnizaciones a que tengan derecho los trabajadores**, solidaridad que no obsta para que el beneficiario estipule con el contratista las garantías del caso o para que repita contra él lo pagado a esos trabajadores […]" (subrayado fuera del texto original).*

Conforme a dicha norma, existe solidaridad entre el beneficiario de la obra y el contratista independiente, respecto de las obligaciones laborales de los trabajadores de éste, siempre que las actividades contratadas por el dueño de la obra tengan una relación directa con aquellas que derivan del giro ordinario de sus negocios, de manera que el ejercicio que se debe emprender a fin de resolver la *litis* en ese puntal aspecto, consiste en comparar el objeto social de una y otra empresa para establecer si las actividades de la contratista son extrañas o ajenas al giro ordinario de los negocios de la usuaria. Así lo ha definido la CSJ Sala de Casación Laboral, entre otras, en la sentencia SL601-2018.

Descendiendo al caso concreto, y al no existir discusión en cuanto a la calidad de contratista independiente de ALNORTE FASE 2, en virtud del contrato de concesión celebrado con Transmilenio S.A., pues así lo definió el *a quo* y no se efectúa ningún reparo en el recurso de apelación, procede la Sala a verificar el objeto social de cada una de las empresas convocadas, para lo cual advierte que ALNORTE FASE 2 tiene

por objeto social la operación y prestación del servicio de trasporte público urbano masivo de pasajeros, en todas las modalidades sistemas y subsistemas, a nivel distrital, nacional e internacional con vehículos adecuado para conducir personas o bienes de un lugar a otro, propios o tomados en administración o arrendamiento o vinculados en la operación de acuerdo a las normas correspondientes (fols. 39 y s.s.).

Lo anterior, resulta extraño y ajeno al objeto social de Transmilenio S.A., pues si bien esta empresa se dedica a la gestión, organización y planeación del servicio integrado de transporte terrestre automotor, transporte terrestre férreo y sistemas alternativos de movilidad como el cable aéreo, entre otros, lo cierto es que como lo aduce la demandada en mención en su apelación, conforme al numeral 6º del artículo 3º del Acuerdo 04 de 1999, *"TRANSMILENIO S.A. no podrá ser operador ni socio del transporte masivo terrestre urbano automotor por sí mismo o por interpuesta persona, ya que la operación del sistema estará contratada con empresas privadas"*, siendo claro que a la entidad le está vedado explotar la prestación del servicio público de transporte de pasajeros dentro del esquema SITP, por disposición normativa.

Conforme a lo anterior, se equivocó el Juzgado de primera instancia al declarar solidariamente responsable a Transmilenio S.A., de las acreencias laborales adeudadas a la demandante, siendo lo procedente revocar la decisión de primera instancia sobre este puntual aspecto.

Obligaciones de la llamada en garantía

Finalmente, en lo que tiene que ver con la póliza de cumplimiento a favor de entidades estatales suscrita entre TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO TRANSMILENIO S.A. y ALNORTE FASE 2, con la llamada en garantía LIBERTY SEGUROS S.A., es un asunto que carece de competencia el Juez Laboral, teniendo en cuenta que son obligaciones emanadas de una póliza de cumplimiento; situación que se escapa de la órbita del derecho laboral, en tanto al Juzgador le queda vedado entrar a determinar el incumplimiento del contratista o hacer efectiva el pago de la póliza, pues son aspectos contractuales de otra índole distinta a la laboral, que deberán ventilarse ante la jurisdicción competentes a fin de hacerla efectiva, aspecto que le corresponderá realizar a TRANSMILENIO S.A. en caso de que así lo considere por resultar afectada en la decisión que aquí se está tomando, por consiguiente, habrá de **revocarse** lo decidido por el Juez frente a este aspecto, pues no debió haberse pronunciado al respecto.

COSTAS:

Costas en esta instancia estarán a cargo de ALNORTE FASE 2.

EN MÉRITO DE LO EXPUESTO EL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY

R E S U E L V E:

PRIMERO: REVOCAR el ordinal segundo y parcialmente el ordinal tercero de la sentencia apelada proferida por el Juzgado 34 Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar **ABSOLVER** a TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO TRANSMILENIO S.A. y LIBERTY SEGUROS S.A. de ser condenadas a responsabilidad solidaria frente a las condenas impuestas en primera instancia y frente al pago de costas procesales, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de ALNORTE FASE 2

Notifíquese y cúmplase,

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

(Salva voto parcial en cuanto a la solidaridad)

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

AUTO DE PONENTE: se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de ALNORTE FASE 2 en la suma de $900.000 pesos.

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

República de Colombia

Rama Judicial
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
BOGOTÁ. D. C.
SALA LABORAL.

Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE – LUZ MARINA SOTELO RUEDA contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS y PORVENIR S.A.

En Bogotá D. C. a los veintinueve (29) días del mes de enero de dos mil veintiuno (2021), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES

Pretende la señora **LUZ MARINA SOTELO RUEDA,** se **declare** la nulidad del contrato de afiliación en pensiones suscrito con la AFP PORVENIR S.A. por cuanto no existió una decisión informada, verdaderamente autónoma y consiente. Como consecuencia de lo anterior, se **condene** a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y OLD MUTUAL a trasladar todos los aportes, junto con sus rendimientos a COLPENSIONES, se **condene** a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS y PROTECCIÓN S.A. a enviar a COLPENSIONES el detalle del traslado de aportes como consecuencia de la declaratoria de nulidad de traslado, se **condene** a COLPENSIONES que como consecuencia de la declaratoria de nulidad de traslado y de la afiliación al régimen de ahorro individual, a aceptar y recibir el traslado de

todos los aportes, se **condene** ultra y extra petita y se **condene** al pago de costas procesales (fls. 3 a 5).

Como hechos fundamento de las pretensiones (fls. 5 a 7), señaló que nació el 24 de septiembre de 1959, que se afilió al ISS hoy COLPENSIONES el 31 de enero de 1980, que ha cotizado 1,830 semanas de las cuales 872 corresponden a COLPENSIONES, que el 1° de mayo de 1998 a la entrada en operación de las AFP selecciona a COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A. como su nueva administradora de pensiones, oportunidad en la cual se le ocultó información de vital importancia respecto de los requisitos que allí debía cumplir para acceder a la pensión de vejez, asegurándole que el ISS se iba acabar y que en la AFP se podría pensionar con una mejor mesada pensional; posteriormente se trasladó a SKANDIA hoy OLD MUTUAL y después a PORVENIR S.A. donde se encuentra afiliada actualmente.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

COLPENSIONES contestó el introductorio (fls. 103 a 115), oponiéndose a las pretensiones de éste. Sobre los hechos, acepta los contenidos en los numerales 1, 2 y 9, frente a los demás señaló no constarle, propuso como excepciones de fondo inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media, improcedencia de la declaratoria de nulidad del contrato de traslado pretendida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, compensación e innominada o genérica.

OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS contestó también oponiéndose a las pretensiones de la demanda, en cuanto a los hechos manifestó no constarle y propuso como excepciones de fondo prescripción, cobro de lo no debido, buena fe, pago y genérica (fls. 130 a 141).

De otro lado, **PORVENIR S.A.** contestó también oponiéndose a las pretensiones de la demanda, en cuanto a los hechos manifestó ser ciertos los numerales 1, 2, 5, 9 y 10, no ser ciertos los numerales 11 a 13 y no constarle los demás, propuso como excepciones de fondo prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones, buena fe, enriquecimiento sin justa causa e innominada o genérica (fls. 161 a 168).

PROTECCIÓN S.A. se opuso igualmente a las pretensiones de la demanda, en cuanto a los hechos señaló no ser ciertos los numerales 5 a 8, 11 y 12; y no constarle los demás, propuso como excepciones prescripción, cobro de lo no debido, buena fe y compensación (fls. 191 a 203).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 18 Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 14 de noviembre de 2018 (CD – fl. 236), **absolvió** a las demandadas de las pretensiones de la demanda, **declaró** probadas las excepciones de inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, improcedencia de la declaratoria de nulidad del contrato de traslado pretendida, inexistencia de causal de nulidad y cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, relevándose del estudio de las demás excepciones, **condenó** en costas a la demandante en la suma de $200.000 para cada una de las demandadas.

Fundamentó su decisión, indicando que la demandante el día 30 de abril de 1998, solicitó a la AFP COLMENA su afiliación, en marzo de 2011 se trasladó a la AFP OLD MUTUAL y en el mes de junio de 2012, se trasladó a la AFP PORVENIR S.A, advirtiendo el *a quo* que a su sentir el cambio de régimen a es un acto libre y voluntario, el cual puede ser nulo cuando carece de algunos de los requisitos contemplados en los artículos 1740 y 1741 del Código Civil, por lo tanto, al revisarse el traslado realizado por la demandante se tenía que el mismo cumplía con los requisitos dispuestos en la norma, sin que se evidenciara error, fuerza o dolo, además de contar con la mayoría de edad.

Establece el sentenciador que no es posible en este caso dar aplicación a la sentencia del 9 de septiembre de 2008 rad. 31314 proferida por la CSJ Sala de Casación Laboral, por cuanto en esa oportunidad se trató de una persona beneficiaria del régimen de transición, situación que no es la demandante, como tampoco a las sentencias con radicado 31989 del 3 de septiembre de 2014, ni a la sentencia del 18 de octubre de 2017 SL 17545, por cuanto no se trata de situaciones similares a las de la actora, siendo la última sentencia una recopilación de las anteriores, de igual manera, no se trata

de una tendencia jurisprudencial. Por otra parte, refirió que la Corte Constitucional en sentencia C-993 del 2006, dispuso que el error de derecho no vicia el consentimiento, siendo entonces que fue la demandante quien decidió afiliarse de manera voluntaria a COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A., aspecto que ocurrió en el año 1998 cuando aún no se tenía certeza de su futuro pensional, debiéndose tener en cuenta también que la actora permaneció más de 20 años en el régimen de ahorro individual tiempo más que suficiente para se informará de las ventajas y desventajas de este tipo de régimen, así mismo, la obligación de información del traslado únicamente surtió a partir de la Ley 1748 del año de 2014 y el Decreto 2071 del 2015, aspecto que demuestran que no existió el vicio del consentimiento alegado.

APELACIÓN

La parte demandante interpuso recurso de apelación, manifestando que aunque sea voluntaria la decisión de traslado, lo cierto era que la AFP no le había informado que si quería pensionarse con el régimen de prima media debía trasladarse durante 10 años antes del cumplimiento de la edad para pensionarse, igualmente debía tenerse en cuenta que de acuerdo con lo establecido en el artículo 10 del Decreto 720 de 1994, normatividad que se encontraba vigente con anterioridad a la primera vez que se trasladó al régimen de ahorro individual, refería que cualquier infracción por error u omisión, en especial en aquello que implicará prejuicio a los intereses de los afiliados y en los cuales estuviera incursos los promotores de las sociedades administradoras del sistema general de pensiones en desarrollo de su gestión compromete la responsabilidad de estas y es aquí donde se evidenciaba que por más voluntad en la firma del formulario de traslado, nunca se demostró por parte de la administradora pensional el cálculo que podría tener la mesada de la actora, induciéndose con ello a un perjuicio en su calidad de vida y futuro pensional.

CONSIDERACIONES

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad que hizo la demandante a través de la AFP

COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A. es ineficaz por falta de información y si como consecuencia de ello, hay lugar a trasladar a COLPENSIONES los dineros, frutos, rendimientos y demás emolumentos que posee la actora en su cuenta de ahorro individual.

Previo a resolver lo pertinente, debe precisar la Sala que si bien es cierto en la demanda se solicitó la nulidad del traslado de régimen por falta de información al momento en que la accionante se trasladó al RAIS, lo cierto es que tal circunstancia debe abordarse desde su ineficacia y no mediante la nulidad, toda vez que resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, como así lo ha indicado la Corte Suprema de Justicia de manera reiterada entre otras en las sentencias con radicado Nº 31.989 del 8 de septiembre del 2008 y en la SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

Ineficacia del traslado de régimen por falta de información

Sobre el tema, la Corte Suprema de Justicia en sentencias del 22 de noviembre de 2011 RAD: 33083, del 3 de septiembre de 2014 RAD: 46292, del 18 de octubre de 2017 SL 17595 y en la más reciente SL 1452 del 3 de abril de 2019 RAD: 68852, en lo que a la información que las AFP deben suministrar a sus afiliados y demás aspectos relacionados con ello, indicó que es obligación de las administradoras de fondos de pensiones suministrar la información completa para que el afiliado tome la decisión respecto del cambio de régimen e incluso, la de anteponer los derechos del trabajador sobre su interés propio de ganar un afiliado, pues el hecho de firmar el formulario de afiliación no implica *per se*, que el traslado se haya realizado de manera libre, voluntaria e informada en tanto tal expresión solo se refiere al consentimiento que debe dar la persona para el mismo lo cual no prueba que la información se haya suministrado; luego son dichas entidades quienes tienen la carga de la prueba en demostrar que brindaron la información en los términos anotados en la jurisprudencia en comento, a más que no es necesario que quien predica la nulidad o ineficacia de su traslado, deba tener

una expectativa legitima para pensionarse o ser beneficiario del régimen de transición.

Descendiendo al caso objeto de estudio, se tiene que la señora LUZ MARINA SOTELO RUEDA el 30 de abril de 1998 (fl. 171), se trasladó del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad a través de la AFP COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A, posteriormente se traslada a OLD MUTUAL el 11 de marzo de 2011 (fl.142) y el 1 de agosto de 2012 se traslada a PORVENIR S.A. (fl.169), encontrándose afiliada en la actualidad a ésta, efectuando cotizaciones en el RAIS desde mayo de 1998 a la fecha (fls. 44). Así mismo, aportó al régimen de prima media con prestación definida a través del ISS hoy COLPENSIONES de forma interrumpida del 31 de enero de 1980 al 31 de marzo de 1998 (fls. 120 a 121).

Conforme a ello, encuentra la Sala que si bien del formulario de afiliación a la AFP obrante a folio 38 se denota que la accionante al momento de suscribirlo dejó constancia que la selección del RAIS la hacía de manera libre y espontánea y que había sido asesorada sobre las implicaciones del régimen, ello no significa que haya recibido la información suficiente por parte de la Administradora respecto de las consecuencias que conllevaba su decisión, pues en su momento COLMENA, estaba en la obligación de informarle sobre las ventajas y desventajas que conllevaba el traslado, las pérdidas o ganancias en lo que a rendimientos podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, los casos en que procede la devolución de aportes, las diferentes modalidades de pensión y los requisitos para acceder a esta, entre otros aspectos,

Aunado a ello, tampoco se evidencia que se le haya indicado la forma en que se calcularía la pensión esto es, con base en la modalidad y rendimientos recibidos y que porcentaje del aporte entraría a la cuenta y cual se destinaría para gastos de administración y seguros provisionales entre otros; pues si bien para la época del traslado no existía la obligación de elaborar una proyección del valor de la mesada, lo cierto es que para brindarle la asesoría sobre los aspectos en mención, no requería de la misma, como también señalarle que en virtud del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, podía regresar

al régimen deprima media cuando le faltaren menos de 10 años para cumplir la edad para pensionarse.

Ahora, si bien la demandante era mayor de edad al momento del traslado, contrario a lo señalado por el *a quo*, tal situación no implica que tuviera conocimiento del tema o por el hecho de permanecer 20 años o más en el RAIS, de por cierto que tuvo el tiempo suficiente para documentarse sobre el régimen, pues para ello estaba el asesor, para explicarle todo lo relacionado con el régimen, habida cuenta que el deber de información data independientemente de la edad o del grado de conocimiento que sobre el tema tenga el afiliado; siendo el deber de la AFP asesorarla y no de esta, de buscar la información por sus propios medios.

Bajo esa perspectiva es claro que la carga de la prueba le asistía a PROTECCIÓN S.A., pues es ella quien tenía que demostrar que tipo de información le dio a la accionante al momento de su traslado y si la misma fue verás, sin que el hecho de firmar el formulario, de por cierto que las circunstancias antes anotadas hayan sido de su conocimiento; de ahí que el traslado se torne ineficaz.

En cuanto a las consecuencias que implica el traslado en lo referente a COLPENSIONES, es claro que la aludida ineficacia trae consigo que ésta se obligue a recibir los aportes provenientes de la AFP y reactivar la afiliación de la actora al régimen administrado por aquella, como así lo indicó también la Corte Suprema de Justicia en la referida sentencia, reiterada en proveídos del 22 de noviembre de 2011 RAD: 33083 y del 3 de septiembre de 2014 RAD: 46292.

Consecuencias éstas que en nada afectan la estabilidad financiera del sistema y menos aún del ente de seguridad social, pues la ineficacia del traslado, implica entre otras cosas la devolución por parte de la AFP a COLPENSIONES de las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la seguradora, rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez y gastos de administración con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C. y demás rubros que posea la accionante en su cuenta de ahorro individual, con los

cuales el ente de seguridad en su momento cubrirá las prestaciones a que haya lugar (sentencia del 8 de septiembre 2008, rad. 31989)

Prescripción

Sobre la excepción de prescripción, ha de advertirse que la solicitud de nulidad o ineficacia de la afiliación persigue en esencia un derecho pensional el cual es imprescriptible, por lo que someter su reclamación a un período determinado afecta gravemente los derechos fundamentales del afiliado, de ahí que el derecho de éste a elevar tal solicitud no prescriba.

Así las cosas y sin más consideraciones, se **REVOCARÁ** la sentencia apelada y en su lugar, se **DECLARARÁ** la ineficacia del traslado que hizo la actora del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad a través de la AFP COLMENA S.A. hoy PROTECCIÓN S.A., OLD MUTUAL y PORVENIR S.A., con las consecuencias que ello implica.

COSTAS

En ambas instancias estarán a cargo de PROTECCIÓN S.A., OLD MUTUAL, PORVENIR y COLPENSIONES, de conformidad con el numeral 4° del artículo 365 del CGP.

EN MÉRITO DE 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:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia apelada proferida por el Juzgado 18 Laboral del Circuito de Bogotá y en su lugar, **DECLARAR LA INEFICACIA** del traslado que hiciere el demandante del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad, conforme las razones expuestas en esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR a **PROTECCIÓN S.A.** a trasladar a COLPENSIONES las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la seguradora, rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez y gastos de administración con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C. y demás rubros que posea la accionante en su cuenta de ahorro individual.

TERCERO: CONDENAR a **OLD MUTUAL Y PORVENIR S.A.** a trasladar a COLPENSIONES las sumas descontadas al demandante por concepto de gastos de administración, comisiones y seguros provisionales, durante su permanencia en dicho fondo.

CUARTO: ORDENAR a **COLPENSIONES** que una vez reciba de las AFPS los emolumentos indicados en el ordinal anterior, reactive la afiliación del accionante al régimen de prima media con prestación definida y actualice la historia laboral con las cotizaciones devueltas.

QUINTO: DECLARAR no probada la excepción de prescripción.

SEXTO: COSTAS en ambas instancias a cargo de PROTECCIÓN S.A., OLD MUTUAL, PORVENIR S.A. y COLPENSIONES.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

Magistrado

AUTO DE PONENTE: se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de PROTECCIÓN S.A., OLD MUTUAL, PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, la suma de $900.000 pesos, para cada una.

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR

MAGISTRADO.

República de Colombia

Libertad y Orden

Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL
Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.

PROCESO ORDINARIO LABORAL INSTAURADO POR JUAN ARMANDO FONSECA contra AGUAS DE BOGOTÁ S.A. ESP y EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ ESP

En Bogotá D. C. a los veintinueve (29) días del mes de enero de dos mil veintiuno (2021), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

LO PRETENDIDO EN LA DEMANDA

Solicita el señor **JUAN ARMANDO FONSECA** se **declare** que entre la empresa AGUAS DE BOGOTÁ S.A. ESP existió un contrato de trabajo a término fijo, se **declare** que ejerció sus labores de manera conjunta con la empresa AGUAS DE BOGOTÁ S.A. ESP y la empresa DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ ESP, se **declare** que las demandadas son solidariamente responsables por el pago de la indemnización prevista en el artículo 64 del CST. Como consecuencia de lo anterior, se **condene** a las demandadas a la indemnización prevista en el artículo 64 del CST consistente en los salarios correspondientes al tiempo que le faltare para cumplir con el plazo estipulado en el contrato desde septiembre de 2013 a enero de 2014, se **condene** ultra y extra petita, se **condene** a que las sumas sean debidamente indexadas y se **condene** al pago de costas y agencias en derecho (fls. 4 a 5).

Como **hechos** fundamento de sus pretensiones (fls. 2 a 4) se señalaron, que el día 4 de diciembre de 2012, entre AGUAS DE BOGOTÁ S.A. ESP y la empresa DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ ESP se suscribió un contrato interadministrativo No. 1-07-10200-0809-2012 el cual tiene como objetivo principal la operación, el mantenimiento y administración del servicio público de aseo, realizando las actividades operativas requeridas para ello, que para el cumplimiento de los objetivos convenidos en el contrato mencionado AGUAS DE BOGOTÁ S.A. ESP aparece como encargado de la contratación del personal capacitado no solo para gestión técnica, sino también para la administración y organización necesaria para la realización de actividades contratadas, que el contrato interadministrativo ha sufrido varias modificaciones entre las cuales se ha prorrogado el plazo del contrato, medio por el cual se demuestra que la obra o labor contratada no ha finalizado, que el 14 de enero de 2013, se suscribió entre el actor y AGUAS DE BOGOTÁ S.A. ESP un contrato de prestación de servicios a término fijo inferior a un año, por el término de 3 meses y 17 días, devengando como una salario mensual la suma de $8.000.000, por lo que el contrato finalizaba el 30 de abril de 2013, ese mismo día fue modificado dicho contrato con una prorroga hasta el día 30 de mayo de 2013, que el día 20 de mayo de 2013, por medio de decisión de gerencia No. 104 le fue informado que mientras durara la ausencia temporal del gerente se le delegarían las funciones estipuladas para ese cargo, por lo que el 29 de mayo de 2013, es realizada la modificación No. 2 del contrato inicialmente suscrito estableciendo como prorroga hasta el 30 de junio de 2013, el 1° de julio de 2013 se suscribió un contrato a término fijo el cual tenía terminación el día 31 de diciembre de 2013, que razón a la presión, imposición, constante maltrato a los que se vio sometido durante la permanencia en la empresa y a la implementación de una oficina jurídica alterna a la gerencia con personal ajeno a la empresa AGUAS DE BOGOTÁ S.A. ESP, el día 30 de septiembre de 2013 tomó la decisión de presentar carta de renuncia, informando que desde el 16 de octubre de 2013, se desvincularía de la empresa, que el día 14 de noviembre de 2013, dirigió memorando al doctora RICARDO AGUDELO SEDANO manifestando por escrito las múltiples razones extralegales para dar por terminado de forma unilateral el contrato, que el día 18 de noviembre de 2013, le anunciaron por medio de memorando la terminación y no prorroga de su contrato, el cual finalizaba el día 31 de diciembre de 2013, que el día 27 de marzo de 2014, por medio de memorando AB-3423-2014 destino su renuncia

como representante legal suplente de la empresa AGUAS DE BOGOTÁ S.A. ESP justificando contantes maltratos y comentario desobligantes a los que se veía sometido, que el día 14 de abril de 2014, radica renuncia dirigida al Doctor OSCAR PARRA ERAZO.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

La **EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ ESP** contestó oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, en cuanto a los hechos manifestó ser ciertos los numerales 1, 2, 12 a 16, 21 y 22, no ser ciertos los numerales 4, 5 y 17; y no constarle los demás, propuso como excepciones de fondo buena fe, cobro de lo no debido, falta de legitimación en la causa por activa, prescripción y compensación (fls. 95 a 104).

AGUAS DE BOGOTÁ S.A. ESP contestó también oponiéndose a las pretensiones de la demanda, en cuanto a los hechos manifestó ser ciertos los numerales 1, 2, 4 a 10, 12 a 15, 18, 19 y 21, parcialmente cierto el numeral 17; y no ser ciertos los demás, propuso como excepciones de fondo pago, buena fe, prescripción, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, inexistencia del derecho reclamado, compensación, improcedencia al pago de la indemnización del artículo 64 del CST e innominada o genérica (fls. 129 a 139).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 18 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 23 de agosto de 2018, **absolvió** a las demandadas de todas y cada una de las pretensiones de la demanda, **declaró** probadas las excepciones de cobro de lo no debido e inexistencia del derecho reclamado y **condenó** en costas a la parte demandante en la suma de $200.000 (CD fl.245).

Como **argumento de su decisión** el *a quo* manifestó que lo solicitado correspondía a un despido indirecto, para lo cual se tenía que el demandante había renunciado a su cargo a partir del 31 de mayo de 2014, mediante escrito que fue radicado el día 14 de abril del año 2014, frente a lo cual consideraba que si bien era cierto que la parte demandante señalaba haber recibido constantes desaires e incluso insultos por parte de sus superiores de la

empresa AGUAS DE BOGOTÁ, tal como la parte actora lo relataba en su interrogatorio de parte, no era menos cierto que ninguna de las situaciones narradas en la demanda y en su interrogatorio de parte fueron incluidas en su carta de terminación de contrato de trabajo, requisito que resultaba indispensable a fin de poderse configurar el despido indirecto, arguye que si bien en principio se ha señalado que al trabajador tan solo le basta con acreditar la terminación del contrato para impetrar judicialmente los efectos de su terminación injusta, en este caso también le correspondía demostrar que la decisión de renunciar obedeció a justas causas imputables al empleador.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior decisión, la **parte demandante** interpuso recurso de apelación indicando que el juez de primera instancia aceptaba la demostración de unas circunstancias en contra del trabajador consistentes en persecución, inclusive llegando hasta los golpes, por lo que era importante que se tuviera en cuenta todos los elementos probatorios obrantes en la demanda, contestación e interrogatorio de parte, teniendo en cuenta que en la carta de terminación se motivaban unas irregularidades las cuales se encontraban relacionadas con las denuncias penales que fueron aportadas al plenario, también debía tenerse en cuenta que la última renuncia no fue la única que presentó el señor JUAN ARMANDO FONSECA, ya que existía dentro del proceso otra renuncia en donde se establecían también motivos y circunstancias por medio de las cuales renunciaba a una gerencia, por lo cual se demostraba claramente que se cumplían con los requisitos jurisprudenciales y legales contemplados también en el artículo 62 del CST, así las cosas solicita se revoque la decisión de primera instancia.

CONSIDERACIONES

Problema jurídico

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar si el contrato de trabajo que unió a las partes culminó por renuncia motivada del trabajador debido por causales imputables al empleador.

Contrato de Trabajo

No es tema de controversia la relación laboral que existió entre el demandante y la empresa AGUAS DE BOGOTÁ S.A. E.S.P, tal y como se desprende de las documentales que militan a folios 40 a 41, 45 a 46, 148 a 151 a 160, de donde se observa que estuvo vinculado mediante un contrato a término fijo inferior a un año del 14 de enero de 2013 al 30 junio de 2013, contrato a término fijo del 1° de julio de 2013 al 31 de diciembre de 2013 y un contrato a término fijo el cual se suscribió por 9 meses y se firmó el 1° de enero de 2014, éste último contrato que finalizó por renuncia presentada por el actor el día 30 mayo de 2014, momento para el cual se desempeñaba en el cargo de Gerente Jurídico con un salario mensual de $8.235.200.

Despido indirecto

A establecido la jurisprudencia de la Jurisdicción Ordinaria Laboral, que el trabajador que alega el despido indirecto, debe demostrar que suministró al empleador las razones que lo llevaron a ello y, será el juez, con base en el análisis del acervo probatorio, quien defina si los motivos expuestos, corresponden a la realidad. Así se señaló en la sentencia SL1514-2018 reiterada en sentencia SL 4661 del 30 de octubre de 2019, en la cual se dijo:

> *"En tal sentido, esta Corte ha señalado que quien dimite de un empleo tiene pleno derecho para redactar a su albedrío la comunicación correspondiente. También tiene adoctrinado que la carta de terminación debe contener las razones o motivos aducidos por el empleador o trabajador para dar por terminado el contrato de trabajo, lo cual no significa que los hechos en ella expuestos hayan ocurrido de esa manera. Entonces, el escrito prueba la terminación unilateral del contrato de trabajo, pero no la justificación del mismo y es el juez, por el sendero procesal, quien determina si los supuestos fácticos en que se funda la decisión constituyen o no justa causa"*

Así mismo, el parágrafo del artículo 62 y el artículo 66 ambos del CST, establecen que la parte que termina el contrato de trabajo debe manifestar a la otra al momento de la extinción del vínculo, la causal o motivo de esa determinación **sin que con posterioridad puedan alegarse motivos o causales distintas**.

Teniendo en cuenta lo antes citado, en el presente asunto la renuncia presentada por el actor y la cual finalmente dio por terminada la relación laboral con la empresa AGUAS DE BOGOTÁ S.A. E.S.P., es la que milita a folio 56 del expediente, la cual se radicó el día 14 de abril de 2014 y que señala como motivos de terminación del vínculo contractual, lo siguiente:

"quiero presentar a usted mi renuncia irrevocable al cargo de Gerente Jurídico de la empresa AGUAS DE BOGOTÁ S.A. E.S.P. con efectividad a partir del 31 de mayo de los corrientes; no sin antes manifestarle a usted, que durante el tiempo en que estuvo al frente del cargo me correspondió acompañar a un Gerente Doctor RICARDO AGUDELO SEDANO quien recibió una empresa descompuesta y desarticulada, la que de manera improvisada contrato 4.223 trabajadores, sin previamente verificar un sistema de reclutamiento de personal y la existencia de un software de manejo de nóminas; la empresa contrato de manera además improvisada y sin planeación alguna más de 500 volquetas, mientras adquiría un equipo adecuado; el cual llegó solo después del mes de abril de 2013, y mientras tanto operó alternativamente con volquetas y compactadores alquilados.

El 14 de enero de 2013, fecha de mi vinculación, la empresa no tenía una estructura administrativa adecuada para enfrentar de manera eficiente el reto de ser el operador público de manera adecuada para enfrentar de manera eficiente el reto de ser el operador público de aseo en la ciudad capital.

Solamente la entereza y tenacidad del Gerente del momento, pudo iniciar un verdadero proceso de planeación para la construcción de una empresa y la prestación de un servicio de manera adecuada.

Tuve la fortuna de trabajar al lado del Doctor AGUDELO y contribuirle en su propósito de la refundación de la empresa AGUAS DE BOGOTÁ S.A. E.S.P. y convertir una idea incipiente en una realidad jurídica, política y social; funda el servicio público esencial a cargo del Estado.

Tengo que agradecer al Dr. AGUDELO haber confiado en mí y haberme permitido trabajar a su lado construyendo un verdadero proyecto socialdemócrata. Como liberal, le hago un reconocimiento de admiración y respeto por haber sido visionario dentro de un esquema que inició mal y tuvo la valentía de enderezarlo.

Le corresponde a usted Dr. PARRA, consolidar lo que hizo su antecesor".

Verificada la audiencia de interrogatorio de parte rendida por el actor, se tiene que éste alega como motivos para presentar su carta de renuncia al cargo que venía ocupando en la empresa AGUAS DE BOGOTÁ S.A. E.S.P. las discrepancias con tuvo con el Gerente de la empresa señor OSCAR PARRA ERAZO a quien conocía con anterioridad a su vinculación a la demandada y

quien, según su dicho, lo tuvo entre ojos por no haberle contratado sus servicios ofrecidos mientras estuvo vinculado en un empresa española, por cuanto eran servicios que a su sentir no se necesitaban en ese momento, aduce también que una vez el señor OSCAR PARRA ERAZO ingresó a laborar a la empresa AGUAS DE BOGOTÁ S.A. E.S.P. comenzaron varios contratiempos que conllevaron denuncias penales por adulteración de contratos, así como también enfrentamientos fisicos entre ellos, refiere también amenazas de su parte, como prueba de su dicho aportó prueba documental que milita a folio 189 a 200, en donde se encuentran las referidas denuncias y memorandos que fueron presentados a sus subalternos frente a las irregularidades en los contratos.

Como bien se puede apreciar de lo mencionado, no se vislumbra un razonamiento diferente al del fallo de primera instancia, comoquiera que, de la comunicación traída por el recurrente, no se establecen las inconformidad descritas en su declaración, ni siquiera se aprecia de la misma inconformidad alguna que lo motivara a su renuncia, de lo contrario de lo allí manifestado lo que se logra apreciar son sus buenas apreciaciones frente a las labores desarrolladas por el anterior gerente de AGUAS DE BOGOTÁ S.A. E.S.P., sin que se mencione la presencia de alguna justa causa imputable al empleador las cuales se encuentran previstas en el literal b.) del artículo 62 del CST.

De manera que, como bien lo menciona las normas indicadas al inició de la presente decisión, el trabajador no puede señalar motivos distintos a los contenidos en la carta de terminación del contrato, como sucede en el presente caso, debe resaltarse que si bien en el expediente aparecen otras renuncias presentadas por el actor las mismas como bien lo menciona el promotor del litigio en su declaración de parte era presentadas como requisitos para poder iniciar una nueva contratación laboral y si bien de la renuncia dirigida el 27 de marzo de 2014 (fl.52) al Presidente Junta Directiva de AGUAS DE BOGOTÁ S.A. E.S.P. se indican como razones de su decisión "*los constantes maltratos y comentarios desobligantes a los que personalmente se vio sometido, así como la poca confianza en su gestión como Gerente Jurídico de la empresa (…)",* no se evidencia de dicha documental constancia de radicación y si hubiera sido así, pues allí tampoco se especifican las razones que se argumentaron en su declaración de parte, de suerte que, la renuncia que verdaderamente se hizo

oponible fue la que se presentó el 14 de abril de 2014, pues fue con esta con la cual verdaderamente se dio por finalizada la relación laboral.

Al margen de lo dicho, y como bien se anotó en precedencia la figura del despido indirecto, se presenta cuando el empleador incurre en alguna o algunas de las causales previstas en el literal b) del artículo 7º del Decreto 2351 de 1965 que modificó el artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo, las cuales no se vislumbran ni en la carta de renuncia presentada, ni en las razones señaladas en su declaración, pues de esta última lo que se logra apreciar son razones de índole personal en relación al manejo de las labores efectuadas por el señor OSCAR PARRA ERAZO dentro de la empresa, que para el actor afectan sus convicciones éticas y profesionales, que si bien resultan justificables para que tome la decisión de renunciar, tal situación no se encuentra contenida dentro de las causales previstas en la norma, pues a lo que se refiere el numeral 3° del literal b.) *"3. Cualquier acto del {empleador} o de sus representantes que induzca al trabajador a cometer un acto ilícito o contrario a sus convicciones políticas o religiosas",* hace alusión cuando se **ordena** por parte del empleador **cometer** el acto que afecten sus convicciones políticas o religiosas, aspecto que no se encuentra plenamente demostrado en el presente asunto.

Por lo anteriormente expuesto se **CONFIRMA** la decisión de primera instancia.

COSTAS:

Costas en esta instancia estarán a cargo de la parte demandante, como quiera que su recurso de alzada no salió avante.

EN MÉRITO DE LO EXPUESTO EL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY

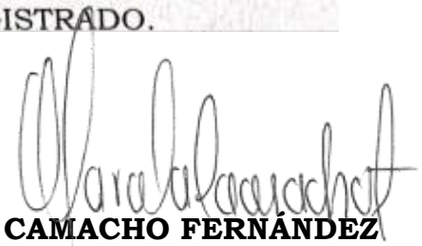
R E S U E L V E:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada proferida por el Juzgado 18 Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: COSTAS a cargo de la parte demandante.

Notifíquese y cúmplase,

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

AUTO DE PONENTE: se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de la parte demandante en la suma de $300.000 pesos.

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

República de Colombia

Rama Judicial
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
BOGOTÁ. D. C.

SALA LABORAL.

Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE GILMA JUDITH VELÁSQUEZ SALAMANCA contra SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS – PORVENIR S.A., ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. Y ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES

En Bogotá D. C. a los veintinueve (29) días del mes de enero de dos mil veintiuno (2021), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES

Pretende la señora **GILMA JUDITH VELÁSQUEZ SALAMANCA,** se **declare** la existencia del vicio en el consentimiento en la que fue inducida al momento de firmar el formulario de afiliación a cargo de la AFP PORVENIR S.A. al cual se trasladó al régimen de ahorro individual, se **declare** la nulidad o invalidez de la acta o formulario de afiliación suscrito, de **declare** que para efectos pensionales continuó afiliada al régimen de prima media con prestación definida. Como consecuencia de lo anterior, se **condene** a la AFP PORVENIR S.A. a efectuar nula o invalida el acta o formulario de afiliación suscrito mediante el cual se trasladó al régimen de ahorro individual, se **condene** a la AFP PORVENIR S.A. a realizar la devolución de los aportes hechos al RAIS a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, se **condene** ultra y extra petita y se **condene** al pago de costas procesales (fl. 3 a 4).

Como hechos fundamento de las pretensiones (fls. 4 a 5), señaló que nació el 26 de julio de 1963, que empezó aportar al sistema de seguridad social en pensiones en el régimen de prima media con el ISS hoy COLPENSIONES desde el 27 de agosto de 1986 hasta el 31 de marzo de 2000, que aproximadamente en el mes de abril del año 2000 cuando laboraba para el Banco Caja Social, fue reunida junto con otros compañeros de trabajo en horario laborar por un representante de la AFP PORVENIR S.A. el cual les iba a explicar los supuestos beneficios de este fondo privado, induciéndola a realizar el traslado de régimen, afirmándole que el Seguro Social, hoy COLPENSIONES estaba quebrado y que el Estado no tenía la capacidad de responder por la carga pensional que tenía en su momento, ni mucho menos las proyecciones futuras, que ellos eran un fondo con un capital privado donde ofrecían una alta rentabilidad, devengando constantemente rendimientos para lograr una cuantía muy superior a las que en ese momento el ISS podía ofrecer, que el promotor de ventas no le brindo una información veraz efectuando la afiliación a ese fondo, basándose en mentiras para generarle angustia y temor, que se encuentra afiliada a la AFP PORVENIR S.A. aproximadamente desde el mes de julio de 2005, que el 9 de diciembre de 2016, elevó solicitud ante COLPENSIONES solicitando la nulidad de traslado y el 13 de diciembre de 2016, presentó la solicitud ante la AFP PORVENIR S.A.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

COLPENSIONES contestó la demanda oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones, en cuanto a los hechos manifestó ser ciertos los numerales 1, 9, 10 y 11, parcialmente cierto el numeral 2 y no constarle los demás, propuso como excepciones de fondo prescripción y caducidad, compensación, cosa juzgada, inexistencia del derecho y de la obligación por falta de causa y título para pedir, cobro de lo no debido, buena fe y declaratoria de otras excepciones.

La **AFP PORVENIR S.A.** contestó también oponiéndose a las pretensiones de la demanda, en cuanto a los hechos manifestó ser ciertos los numerales 1 y 11, no constarle los numerales 2, 8 y 10; y no ser ciertos los demás,

propuso como excepciones de fondo prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones reclamadas, buena fe, enriquecimiento sin justa causa e innominada o genérica (fls. 104 a 110).

De otro lado, la **AFP PROTECCIÓN S.A.** también contestó el líbelo demandatorio oponiéndose a las pretensiones, en relación a los hechos indicó no sr ciertos los numerales 8 y 10; y no costarle los demás, propuso como excepciones de fondo validez de la afiliación con ING hoy PROTECCIÓN, buena fe, prescripción e innominada o genérica (fls. 131 a 137).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado quince Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 24 de octubre de 2018 (CD – fl. 153), **declaró** nula o invalida la afiliación efectuada por la señora demandante el día 31 de marzo del año 2000 con efectividad a partir del 1° de mayo del año 2000, ante la AFP PORVENIR S.A. como consecuencia de lo anterior, **ordenó** a la AFP PROTECCIÓN S.A. en el cual se encuentra actualmente afiliado, trasladar los aportes o sumas que obren en la cuenta de ahorro individual de la demandante y a COLPENSIONES, **recibir estos aportes** y activar nuevamente la afiliación, acreditar como semanas efectivamente cotizadas ante el régimen de prima media con prestación definida, teniendo en cuenta para todos los efectos legales como si nunca se hubiera trasladado al régimen de ahorro individual y se abstuvo de condenar en costas.

Fundamentó su decisión, indicando que la demandante empezó sus cotizaciones al régimen de prima media el día 27 de mayo de 1986, a través del ISS, la cual se mantuvo hasta el mes de abril del año 2000, toda vez que el 31 de marzo del año 2000 inscribió formulario de traslado de régimen, afiliándose a la AFP PORVENIR S.A., la cual se hizo efectiva a partir del mes de mayo y el día 31 de mayo de 2005, decidió trasladarse al Fondo de Cesantías Santander hoy representado por la AFP PROTECCIÓN S.A.

Seguidamente, el *a quo* hizo referencia a los presupuestos legales y jurisprudenciales que rigen la materia, concluyendo que la parte

demandada no cumplió con la carga de la prueba, esto es, con el deber de información, que del testimonio rendido por ANGELITA GONZÁLEZ se señaló que la información se dio de manera general, de manera que no se le dio una información completa y veraz sobre las consecuencias de su decisión, razón por la cual debía declararse la nulidad de la afiliación, adujo también que no resultaba ser un presupuesto para aplicar la línea jurisprudencia el que la demandante fuera beneficiaria o no del régimen de transición. Finalmente, manifestó que no se procedía la excepción de prescripción por ser un derecho imprescriptible al estar ligado con el derecho a la pensión.

CONSULTA

COLPENSIONES no interpuso recurso de apelación, por ende, la decisión es enviada a este Tribunal a fin de que se surta el grado jurisdiccional de consulta en los términos del artículo 69 del CPL modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007.

CONSIDERACIONES

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si en virtud de la ineficacia del traslado que efectuó la demandante a la AFP PORVENIR el 31 de marzo del año 2000 efectiva a partir del 1° de mayo del mismo año, declarada por el *a quo* en la sentencia de primera instancia y sobre la cual, sea de paso advertir, no se presentó reparo alguno por las partes; COLPENSIONES está obligada a aceptar el traslado de la actora y a recibir el monto por concepto de aportes, saldos pensionales y rendimientos depositados en su cuenta de ahorro individual, al igual que se analizará la excepción de prescripción propuesta por el ente de seguridad social.

Consecuencias de la nulidad del traslado de régimen

En lo que respecta a COLPENSIONES dado el grado jurisdiccional de consulta que le asiste, es claro para la Sala que la aludida ineficacia implica que ésta se obligue a recibir los aportes provenientes de la AFP y reactivar

la afiliación de la actora al régimen administrado por aquella, como así lo indicó la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 8 de septiembre 2008, rad. 31989, reiterada en proveídos del 22 de noviembre de 2011 RAD: 33083 y del 3 de septiembre de 2014 RAD: 46292, ésta última en la que indicó:

> *"Esta declaración trae como consecuencia su regreso automático al régimen de prima media administrado por el I.S.S., habida cuenta de tratarse de un afiliado que desde antes del traslado de régimen había cumplido con requisitos mínimos para acceder a un derecho pensional.*
>
> *Las consecuencias de la nulidad de la vinculación del actor a la Administradora de Pensiones del Régimen Individual, por un acto indebido de ésta, tiene la consecuencia de no producir sus efectos propios, sino los que en su lugar establece la ley, de conformidad con lo que se pasa a decir.*
>
> *La nulidad de la vinculación a partir de cuando esta se declara la priva hacia futuro de todo efecto, esto es, de ella no se puede derivar ningún derecho u obligación entre el actor y la entidad demandada, por mesadas pensionales o gastos de administración a partir de la fecha de notificación de esta sentencia; de esta manera la nulidad de la vinculación acarrea la del acto de reconocimiento del derecho pensional que el primero venía disfrutando, y así por tanto la Administradora queda relevada de toda obligación de pago futuro por mesadas pensionales."*

Consecuencias éstas que en nada afectan la estabilidad financiera del sistema y menos aún de la entidad, pues la ineficacia del traslado como lo indicó el a *quo*, implica entre otras cosas la devolución por parte de la AFP a COLPENSIONES de los dineros, rendimientos y demás rubros que integran la cuenta de ahorro individual de la demandante con los cuales, el ente de seguridad en su momento cubrirá las prestaciones a que haya lugar, de ahí que esté obligado a recibir tales emolumentos y a su vez, actualizar la historia laboral en la medida que ese dinero producto de los aportes, corresponde a las semanas cotizadas en el régimen de prima media y por ende, deben convertirse en tales y plasmarse en el respectivo reporte.

No obstante, se hace necesario ADICIONAR y por ende MODIFICAR, el ordinal primero del proveído objeto de consulta, en el sentido de ordenar a la AFP PROTECCIÓN S.A. el traslado a COLPENSIONES y ésta a su vez a recibir por parte de esta, las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez y gastos de administración con todos sus

frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C. y demás rubros que posea la accionante en su cuenta de ahorro individual, toda vez que el *a quo* omitió ordenar en su totalidad la devolución de los mismos, como lo dispone la sentencia en cita, pues como se dijo, estos hacen parte de la cuenta de la demandante y con ellos es claro, que habrá de financiarse las prestaciones a que haya lugar por parte de COLPENSIONES.

Prescripción

Sobre la excepción de prescripción, ha de advertirse que la solicitud de nulidad o ineficacia de la afiliación persigue en esencia un derecho pensional el cual es imprescriptible, por lo que someter su reclamación a un período determinado afecta gravemente los derechos fundamentales del afiliado, de ahí que el derecho de éste a elevar tal solicitud no prescriba.

Por lo anterior y sin más consideraciones, se **ADICIONARÁ Y MODIFICARÁ** la sentencia objeto de consulta en la forma antes anotada.

COSTAS

Sin costas en este grado jurisdiccional de consulta.

EN MÉRITO DE 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:

PRIMERO: ADICIONAR Y MODIFICAR el ordinal primero de la sentencia consultada, ordenar a la AFP PROTECCIÓN S.A. el traslado a COLPENSIONES y ésta a su vez a recibir por parte de esta, las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez y gastos de administración con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C. y demás rubros que posea la accionante en su cuenta de ahorro individual, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás, la sentencia objeto de consulta.

TERCERO: SIN COSTAS en este grado jurisdiccional de consulta.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado