



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE: GENARA CARREÑO JIMÉNEZ
DEMANDADO: COLPENSIONES Y EDIFICIO EL PORTAL DEL COUNTRY PH
RADICACIÓN: 1100131050-36-2018-00431-01
ASUNTO: APELACIÓN SENTENCIA DEMANDANTE Y COLPENSIONES
TEMA: CONTRATO DE TRABAJO + PENSIÓN DE VEJEZ

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

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 *"Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"*, se procede a proferir el siguiente,

AUTO

Se reconoce personería para actuar a la Dra. MARÍA MARCELA PÉREZ MONTERO como apoderada sustituta de Colpensiones, en los términos y para los efectos del poder conferido conforme lo dispone el art. 74 del CGP, el cual fue allegado mediante correo electrónico.

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Genara Carreño Jiménez instauró demanda ordinaria contra el Edificio el Portal del Country PH y Colpensiones con el fin de que se reconozca que existió una relación laboral con la PH entre el 1° de diciembre de 1997 y el 30 de enero de 1998 y que su empleador no la afilió a seguridad social; se declare que Colpensiones debe elaborar el correspondiente cálculo actuarial, el cual debe ser pagado en su totalidad por la PH. Como consecuencia se condene a Colpensiones a habilitar las semanas que no fueron pagadas por la PH y a reconocer y pagar a la demandante una pensión de vejez en los términos del Decreto 758 de 1990 junto con los intereses moratorios y las costas del proceso. (fol. 5 y s.s.).

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que nació el 29 de enero de 1949; que Colpensiones mediante la Resolución GNR 385935 del 21 de diciembre del 2016 le negó la pensión de vejez reclamada; que la razón de Colpensiones es que la demandante no cuenta con 500 semanas dentro de los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad requerida, sino únicamente 496 semanas; que el 12 de

mayo del 2017 estableció contacto con su empleador Edificio el Portal del Country PH quien manifestó estar dispuesto a realizar el pago del correspondiente cálculo actuarial; sin embargo, posteriormente le solicitan que presente el contrato de trabajo, lo cual no es posible pues el contrato fue verbal; que su empleador después de reunirse con la demandante radicó el 10 de noviembre del 2017 ante Colpensiones una carta solicitando la emisión del cálculo actuarial; que Colpensiones no ha elaborado el correspondiente cálculo actuarial, pues se ha limitado a pedirle documentos que ya fueron aportados.

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (fol. 120), sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación del Edificio el Portal del Country PH. Contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda argumentando que entre las partes no existió un contrato de trabajo, sino un contrato de prestación de servicios verbal, por lo que no omitió ninguna afiliación. Propuso como excepciones de fondo las de buena fe del demandado, abuso del derecho, inexistencia de las obligaciones reclamadas, prescripción, temeridad y mala fe, enriquecimiento sin causa, pago y la genérica. (fol. 125 y s.s.)

4. Contestación de COLPENSIONES. Contestó Colpensiones la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda argumentando que la demandante no cumple con los requisitos para acceder a una pensión de vejez. Propuso como excepciones de fondo las de inexistencia del derecho reclamado, cobro de lo no debido, buena fe, presunción de legalidad de los actos administrativos, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios, ni indemnización moratoria, no configuración del derecho al pago del IPC, ni de indexación o reajuste alguno, carencia de causa para demandar, prescripción, compensación y la genérica. (fol. 144 y s.s.)

5. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 20 de enero del 2020, en la que el fallador de primera instancia declaró que entre el Edificio el Portal del Country y la demandante existió un contrato de trabajo entre el 1° de diciembre de 1997 al 30 de enero de 1998; condenó a Colpensiones a reconocer y pagar a la demandante una pensión de vejez a partir del 1° de noviembre del 2017 con una mesada de salario mínimo, junto con dos mesadas adicionales al año; declaró no probada la excepción de prescripción y absolvió de las demás pretensiones de la demanda.

La decisión del Juez se basó en que el empleador en la audiencia del 22 de agosto del 2019 se allanó a las pretensiones aceptando la existencia de la relación laboral y los extremos de la misma y probó que ya pago la suma liquidada por Colpensiones a título de cálculo actuarial por los meses reclamados por la demandante; por lo que no se imparte ninguna condena en contra del Edificio el Portal del Country PH.

Indicó que la demandante nació el 29 de enero de 1949; que al 1° de abril de 1994 contaba con 42 años por lo que es beneficiaria del régimen de transición. Que cumplió los requisitos del Acuerdo 049 de 1990, por lo que tiene derecho a que se le reconozca y pague una pensión de vejez, que conforme al AL 01 del 2005 la demandante tiene derecho a que se le paguen 14 mesadas al año. Que la desafiliación al sistema se entiende en la última cotización, por lo que se reconoce

su pensión a partir del 1° de noviembre del 2017. Que no tiene derecho a que se le reconozca y paguen intereses moratorios pues la culpa recaía exclusivamente en el empleador, pues Colpensiones no tenía forma de conocer la relación laboral que existía entre la demandante y la PH; que se autoriza a descontar del retroactivo los aportes a salud. Señala que se debe declarar no probada la excepción de prescripción, pues no alcanzó a transcurrir el término trienal de 3 años. No condenó en costas a las demandadas.

6. Impugnación y límites del ad quem.

6.1. Recurso de apelación demandante. Interpuso recurso de apelación manifestando que interpone recurso de apelación (i) en cuanto a los descuentos a salud autorizados del retroactivo; (ii) los intereses moratorios y (iii) las costas del proceso.

Señaló que el empleador el 10 de noviembre del 2017 solicitó ante Colpensiones la elaboración de un cálculo actuarial; que Colpensiones no lo hizo y dilató el pago que debía realizar el empleador; que al no hacer el cálculo obstruyó la posibilidad de que el empleador lo pagara; por lo que si se le debe condenar al pago de intereses moratorios y costas del proceso. Que Colpensiones tenía todos los documentos para elaborar el cálculo actuarial y no lo hicieron, por lo que solicita se les condene a pagar los correspondientes intereses moratorios a partir del 4° mes de haberse solicitado la elaboración del cálculo actuarial. Que la demandante siguió cotizando porque se le negó la pensión en virtud del principio de confianza legítima; por lo que solicita se reconozca la pensión de vejez desde la fecha en que solicitó la pensión de vejez. Que la pensión de la demandante es de SMMLV y que las semanas adicionales no sirven para aumentar el valor de su mesada pensional.

6.2. Recurso de apelación Colpensiones. Impugnó la decisión señalando que el Despacho dijo que reconocía la pensión del actor a partir de la última cotización, pero que tuvo como última cotización la del año 2017, cuando la última cotización fue del año 2019. Que la demandante ni siquiera ha pasado la novedad de retiro.

7. Alegatos Decreto 806 del 2020

7.1. Alegatos Colpensiones. Señala que no es procedente acceder a las pretensiones de la demanda como quiera que la demandante aún no se encuentra desafiada del sistema.

7.2. Alegatos demandante. Indica que la fecha a partir de la cual debe realizarse el pago de la pensión, teniendo en cuenta que la fecha de causación y de disfrute no siempre coinciden, debe ser el 25/11/2016, fecha de la solicitud inicial de reconocimiento de la pensión de vejez, pues de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, la aplicación exegética del artículo 13 del Decreto 758 de 1990, no siempre es la respuesta justa a determinadas situaciones en las que se evidencia una clara intención de retiro del sistema por parte del afiliado.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurso de apelación interpuesto por la demandante y COLPENSIONES se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por los recurrentes y se estudiará en consulta en favor de Colpensiones en lo que le haya sido desfavorable y no haya sido apelado.

Así las cosas, corresponde a la Sala dilucidar los siguientes **problemas jurídicos**: (i) ¿La demandante es beneficiaria del régimen de transición?; (ii) ¿Cumple con los requisitos para acceder a una pensión bajo los parámetros del Acuerdo 049 de 1990, en caso positivo a partir de qué fecha?; (iii) ¿Se debe declarar probada la excepción de prescripción?; (iv) ¿Se debe condenar a Colpensiones a reconocer y pagar a la demandante los intereses moratorios de que trata el art. 141 de la Ley 100 de 1993? y (v) ¿Se debe condenar a Colpensiones a pagar las costas del proceso?

Régimen de Transición.

Como acertadamente lo encontró el a quo, la demandante es beneficiaria del régimen de transición consagrado en el art. 36 de la Ley 100 de 1993, como quiera que a la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones de la Ley 100 de 1993, esto es, el 1º de abril de 1994, contaba con 45 años de edad, pues nació el 29 de enero de 1949, tal y como aparece en la fotocopia de su cédula de ciudadanía, visible a folio 17.

Régimen que sólo conservó hasta el 31 de julio del 2010, pues cuando entró a regir el AL 01 del 2005 -29 de julio del 2005- no contaba con más de 750 semanas, sino únicamente con 571.79 conforme a la historia laboral visible a folio 198 y s.s.

Pensión de vejez –art. 12 Acuerdo 049 de 1990-.

Teniendo en cuenta que la actora es beneficiaria del régimen de transición, es claro que su pensión debe estudiarse a la luz del art. 12 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, la cual establece como requisitos (i) el cumplimiento de 60 años de edad si es varón o 55 años de edad si es mujer y (ii) un mínimo de 500 semanas de cotización pagadas durante los últimos 20 años anteriores al cumplimiento de la edad mínima o haber acreditado 1000 semanas de cotización en cualquier tiempo.

a) edad

La demandante cumple el requisito de la edad, pues alcanzó los 55 años de edad el 29 de enero del 2004, teniendo en cuenta que nació el mismo día y mes del año 1949, como se observa en la fotocopia de la cédula de ciudadanía, visible a folio 3.

b) semanas de cotización

También cumple con este requisito como quiera que, en los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad, esto es, entre el 29 de enero de 1984 y el 29 de enero del 2004, logró cotizar **502.95 semanas** (494.29 semanas reportadas en la historia laboral visible a folio 198 + 8.66 semanas pagadas mediante calculo actuarial por el empleador Edificio el portal del Country PH fol. 197).

Por tanto, acertó el fallador de primera instancia cuando condenó a Colpensiones a reconocerle al actor una pensión bajo los parámetros del Decreto 758 de 1990.

Disfrute de la pensión

El artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año dispone que es necesaria la desafiliación del sistema para entrar a disfrutar de la pensión; lo cual es diferente a la causación que se consolida cuando el afiliado cumple con los requisitos para acceder a una pensión.

En los casos en que no aparece la novedad de retiro, la H. Corte Suprema de Justicia ha indicado que, aunque no obre el acto de desafiliación, siempre y cuando el afiliado haya cumplido con los requisitos de edad y densidad de cotizaciones, puede acudir a cualquier medio de prueba que demuestre la intención del afiliado de no volver a cotizar para acceder a la prestación pensional. (Sentencia H. Corte Suprema de Justicia SL 12863-2017)

En el presente caso, si bien al revisar la historia laboral actualizada del actor allegada por Colpensiones, visible a folios 198 y s.s., no se advierte la novedad de retiro, lo cierto es, que la demandante tiene derecho a disfrutar de su pensión a partir del día siguiente a la última cotización, como acertadamente lo señaló el fallador de primera instancia. Sin embargo, el error del A quo estuvo al reconocer la pensión a partir del 1° de noviembre del 2017, como quiera que conforme a la historia laboral actualizada al 16 de enero del 2020, visible a folio 198 y s.s. se evidencia que el último ciclo cotizado fue en noviembre del 2019, por lo que la demandante sólo puede entrar a disfrutar de su pensión a partir del **1° de diciembre del 2019**; razón por la cual se modificará la decisión proferida en primera instancia.

Ahora, en relación con la manifestación de la apoderada de la activa, según la cual se debe reconocer la pensión desde que la demandante causó el derecho o desde que solicitó la pensión a Colpensiones, por considerar que la entidad de seguridad social demandada la indujo a error y la hizo seguir cotizando bajo el convencimiento de que aún no cumplía con las semanas necesarias para acceder a la pensión deprecada, no es de recibo para la Sala, pues nótese que para el 25 de noviembre del 2016, fecha en que solicitó el reconocimiento de su pensión, su empleador EDIFICIO EL PORTAL DEL COUNTRY PH aún no la había **afiliado** al Sistema General de pensiones, ni había solicitado a Colpensiones el pago del correspondiente cálculo actuarial derivado de tal omisión, motivo por el cual Colpensiones no la podía haber inducido en error, ya que obviamente el estudio debía efectuarse con las semanas que se encontraban en su historia laboral.

En ese orden de ideas, no se le puede endilgar algún tipo de responsabilidad a Colpensiones, pues se reitera, que no estamos frente a empleador moroso sino ante

un empleador omiso del cual la entidad pensional no tenía por qué tener conocimiento.

Monto de la pensión

Respecto al monto de la pensión, no se discute que tiene derecho en cuantía de un salario mínimo legal mensual vigente.

Mesadas adicionales

Conforme al parágrafo transitorio 6° del Acuerdo 049 de 1990, las personas cuyas pensiones se causen antes del 31 de julio del 2011 y perciban una pensión igual o inferior a 3 salarios mínimos legales mensuales vigentes, como es el caso de la demandante, tienen derecho a recibir 14 mesadas pensionales al año.

Prescripción

En cuanto al problema jurídico relacionado con determinar si se debe declarar o no la excepción de prescripción, es necesario indicar que al haberse reconocido la pensión al actor a partir del 1° de diciembre del 2019, fecha posterior a la radicación de la demanda, es claro que no alcanzó a transcurrir el término trienal establecido en el art. 151 del CPT y de la SS, por lo que acertó el fallador de primera instancia al declarar no probada la excepción de prescripción.

Retroactivo

Una vez establecido lo anterior, debe cuantificarse el retroactivo conforme lo exige el art. 283 del CGP. Una vez realizadas las operaciones aritméticas encuentra la Sala que Colpensiones adeuda al actor la suma de **\$15'762.526** por las mesadas causadas entre el 1° de diciembre del 2019 y el 28 de febrero del 2021. Y deberá continuar pagando las mesadas que se sigan causando.

Retroactivo mesadas causadas entre el 1° de diciembre del 2019 y el 29 de febrero del 2021			
Año	salario	N° mesadas	Total
2019	\$ 828.116,00	2	\$ 1.656.232,00
2020	\$ 877.803,00	14	\$ 12.289.242,00
2021	\$ 908.526,00	2	\$ 1.817.052,00
Total retroactivo			\$ 15.762.526,00

Intereses moratorios art. 141 de la Ley 100 de 1993

De conformidad con el art. 141 de la Ley 100 de 1993, a partir del 1° de enero de 1994, en caso de mora en el pago de las mesadas pensionales la entidad correspondiente deberá reconocer y pagar al pensionado además de la obligación a su cargo y sobre el importe de ella, la tasa máxima de interés moratorio vigente en el momento en que se efectúe el pago.

En cuanto al término que tiene Colpensiones para reconocer la pensión de vejez, la Sala Mayoritaria tiene sentado que conforme al art. 9º de la Ley 797 de 2003 debe ser en un tiempo no superior a 4 meses después de radicada la solicitud.

En el presente caso, no son de recibo los argumentos expuestos por el fallador de primera instancia para exonerar a Colpensiones del pago de los intereses moratorios deprecados, señalando que como su empleador Edificio el Portal del Country PH no había afiliado a la demandante al sistema de seguridad social en pensión, Colpensiones no tenía conocimiento de dicha relación y por tanto, no podía reconocer la pensión pues la demandante no cumplía con las semanas exigidas, pues como acertadamente lo indica la apoderada de la demandante el empleador en reiteradas ocasiones solicitó a Colpensiones el pago del cálculo actuarial y Colpensiones no realizó el trámite correspondiente.

No obstante lo anterior, lo cierto es que se estableció que la demandante sólo podía entrar a disfrutar de su pensión a partir del 1º de diciembre del 2019, por lo que para la fecha en que le solicitó a Colpensiones el reconocimiento de su pensión de vejez -25 de noviembre del 2016- no cumplía con todos los requisitos, ni siquiera los cumplía en el momento en que radicó la demanda que aquí nos ocupa al no encontrarse desafiada del sistema; razón por la cual no se generan en el presente caso intereses moratorios; por lo que se confirmará la absolución impartida en primera instancia, aunque por las razones aquí expuestas.

Descuento de aportes en salud

No se hará ningún pronunciamiento frente a los descuentos en salud sobre el retroactivo generado, como quiera que este punto no fue sustentado por la apoderada de la parte demandante, por lo que se declara desierto

Costas procesales

De conformidad con el numeral 1º del art. 365 del CGP es procedente la condena en costas a la parte vencida en el proceso, que en este caso fue Colpensiones, por lo que se accederá a la petición de la apoderada de primera instancia y se revocará parcialmente la sentencia apelada y consultada para condenar a Colpensiones al pago de las costas de primera instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia proferida el 20 de enero del 2020, por el Juzgado 36 Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia, en el sentido de condenar a COLPENSIONES a reconocer y pagar la pensión de vejez a la señora GENARA CARREÑO JIMÉNEZ a partir del **1º de diciembre del 2019**.

SEGUNDO: ADICIONAR la sentencia apelada y consultada para CONDENAR a COLPENSIONES a pagar a la accionante la suma de **\$15'762.526** por las mesadas causadas entre el 1° de diciembre del 2019 y el 28 de febrero del 2021. Y deberá continuar pagando las mesadas que se sigan causando.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia. Las de primera instancia quedan a cargo de COLPENSIONES.

CUARTO: CONFIRMAR en todo lo demás.

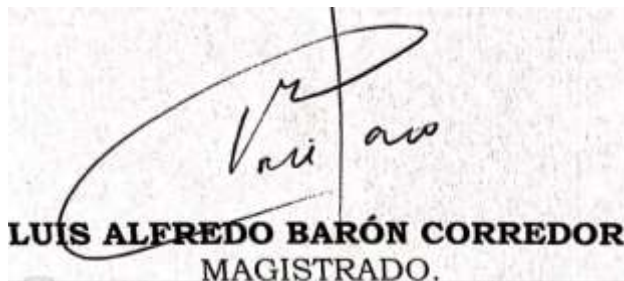
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUIS ALEREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE: MARTHA LIGIA CARPINTERO CASTILLO
DEMANDADO: COLPENSIONES, AFP COLFONDOS S.A. Y AFP PROTECCIÓN S.A.
RADICACIÓN: 1100131050-23-2018-00106-01
ASUNTO: APELACIÓN SENTENCIA AFP PROTECCIÓN
TEMA: INEFICACIA TRASLADO

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

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 *"Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"*, se procede a proferir el siguiente,

AUTO

Se reconoce personería para actuar a la Dra. MARÍA CLAUDIA TOBITO MONTERO como apoderada sustituta de Colpensiones, en los términos y para los efectos del poder conferido conforme lo dispone el art. 74 del CGP, el cual fue allegado mediante correo electrónico.

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Martha Ligia Carpintero Castillo instauró demanda ordinaria contra Colpensiones, la AFP PROTECCIÓN y la AFP COLFONDOS con el fin de que declare la AFP COLFONDOS incumplió con su deber legal de información al no brindar una asesoría veraz, oportuna, pertinente, objetiva y comprensible a la demandante sobre las características y consecuencias de su traslado de régimen pensional. Como consecuencia, declarar nula e ineficaz la afiliación al RAIS; condenar a la AFP COLFONDOS y a la AFP PROTECCIÓN S.A. a registrar en su sistema de información que la afiliación en pensión de la demandante es nula e ineficaz; condenar a la AFP PROTECCIÓN a trasladar a COLPENSIONES la totalidad del capital de la cuenta de ahorro individual de la demandante incluidos los rendimientos, bonos y/o títulos pensionales a los que hubiere lugar; condenar a COLPENSIONES a activar la afiliación de la demandante; condenar a COLPENSIONES a recibir la totalidad de los aportes a pensión de la demandante incluidos los rendimientos, bonos y/o títulos pensionales a los que hubiere lugar; condenar a la demandada sobre los demás hechos que resulten probados conforme a las facultades ultra y extra petita y las costas del proceso. (fol. 3 y s.s.).

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que nació el 17 de noviembre de 1963; que inició sus aportes a pensión en el ISS el 3 de septiembre de 1986; que

se trasladó a la AFP COLFONDOS desde el mes de febrero de 1997; que en la actualidad los aportes a pensión de la demandante son administrados por la AFP PROTECCIÓN; que a la fecha del traslado contaba con 33 años y tenía cotizadas 453.71 semanas en el ISS; que en el año 1997 al ingresar al IDRD a laborar un asesor de COLFONDOS le informó que el ISS estaba pasando por una crisis estructural que eventualmente conllevaría a la liquidación de dicha entidad; que le dijo que si se trasladaba al RAIS podría obtener una pensión de mayor cuantía a la que le reconocería el ISS; que el asesor no desplegó ninguna actividad de asesoramiento responsable y transparente, ni le brindó la información necesaria al momento del traslado; que posteriormente se trasladó a la AFP ING hoy AFP PROTECCIÓN; que solicitó la nulidad de su traslado sin obtener una respuesta favorable.

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (fol. 76), sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de COLPENSIONES. Contestó la demanda argumentando que no se opone, ni se allana por cuanto no es su deber realizar un pronunciamiento frente a las pretensiones, pues la AFP donde se afilió la demandante, es quien debe responderlas, ya que es un tercero ajeno a dicha entidad. Que se opone a que se declare que actualmente la demandante esta válidamente afiliada a COLPENSIONES, pues se encuentra debidamente acreditada la voluntad de la demandante de trasladarse al RAIS. Propuso como excepciones de fondo las de carencia de causa para demandar, prescripción, buena fe, inexistencia de intereses moratorios e indexación, validez del negocio jurídico, compensación y al genérica. (fol. 80 y s.s.)

4. Contestación de la AFP PROTECCIÓN S.A. Dio respuesta a la demanda oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones argumentando que al momento del vinculación se le brindó una asesoría amplia, completa, clara, comprensible e integral sobre el RAIS, sus características, su funcionamiento, la forma de construir la pensión y sus diferencias respecto del RPMPD. Propuso las excepciones de mérito de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones y la genérica. (fol. 115)

5. Contestación de la AFP COLFONDOS S.A. Manifestó al contestar la demanda que se opone a todas y cada una de las pretensiones, como quiera que dicha entidad si le brindó la información necesaria a la demandante al momento del traslado. Propuso como excepciones de fondo las de falta de legitimación en la causa por pasiva, no existe prueba de causal de nulidad alguna, prescripción, buena fe, compensación y pago, saneamiento de cualquier presunta nulidad, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al RAIS, obligación a cargo exclusivamente de un tercero, nadie puede ir contra sus propios actos y la genérica. (fol. 162)

6. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 14 de marzo del 2019, en la que el fallador de primera instancia declaró la nulidad de la afiliación al RAIS; condenó a la AFP COLFONDOS a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiera recibido por motivo de la afiliación de la demandante como cotizaciones, bonos pensionales, saldos de la cuenta de ahorro individual, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses, esto es, con los rendimientos que se hubieran causado, sin la posibilidad de efectuar ningún descuento por gastos de administración, ni cualquier otro concepto, dadas las consecuencias de la nulidad. Condenó a la AFP PROTECCIÓN a devolver a COLPENSIONES todos los valores que

hubiera recibido por motivo de la afiliación de la demandante como cotizaciones, bonos pensionales, saldos de la cuenta de ahorro individual, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses, esto es, con los rendimientos que se hubieran causado, sin la posibilidad de efectuar ningún descuento por gastos de administración, ni cualquier otro concepto, dadas las consecuencias de la nulidad. Declaró que la demandante se encuentra válidamente afiliada al RPMPD y declaró no probadas las excepciones propuestas en la demanda. (fol. 219)

La decisión del Juez se basó en que quien tiene la carga probatoria es la AFP privada. Que no puede hablarse de que el traslado se realizó de manera libre y voluntaria como quiera que no se demostró haber brindado la información necesaria a la demandante. Que no bastaba con la firma del formulario. Que no era necesario ser beneficiaria del régimen de transición.

7. Impugnación y límites del ad quem. Recurso de apelación AFP PROTECCIÓN. Interpuso recurso de apelación manifestando que la demandante confesó en el interrogatorio de parte que estuvo debidamente asesorada por dicha entidad, lo que la llevó a realizar el traslado horizontal dentro del RAIS. Que dentro de los anexos de la contestación de la demanda se aportó certificación con los rendimientos de la cuenta de ahorro individual donde se vislumbra la eficiente gestión de dicha entidad. Que los gastos de administración se descontaron bajo una disposición legal. Que si todo vuelve al estado anterior no se deben devolver los rendimientos.

8. Alegatos Decreto 806 del 2020

8.1. Alegatos demandante. Solicita se confirme el fallo de primera instancia, señalando que tal y como se desprende de las pruebas practicadas en el juicio, los fondos de pensiones demandados no lograron acreditar el cumplimiento de su deber profesional y legal de brindar una información completa, clara y oportuna a la demandante, en el momento previo a su traslado de régimen pensional.

8.2. Alegatos Colpensiones. Pide que no se invierta la carga probatoria y, por lo tanto, dado que dentro del trámite del proceso no se demostró la concurrencia de vicio alguno al momento en que la señora MARTHA LIGIA CARPINTERO CASTILLO efectuó su traslado al RAIS se declare la validez del mismo y se absuelva a Colpensiones.

8.3. Alegatos AFP PROTECCIÓN S.A. Indicó que el traslado se efectuó de manera libre y voluntaria y que una vez la demandante se trasladó tuvo la oportunidad de regresarse al RPMPD y no lo hizo. Señala que no es procedente hacer ningún descuento por gastos de administración y comisiones.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurso de apelación interpuesto por la AFP PROTECCIÓN se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por el recurrente y se estudiará en consulta en favor de Colpensiones en lo que le haya sido desfavorable, por no haber apelado.

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar el siguiente **problema jurídico principal** ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen

de ahorro individual con solidaridad, efectuado por la accionante? Para lo cual se abordarán los siguientes problemas **jurídicos secundarios**: (i) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP PRIVADA hubiera omitido su deber de información al momento en que la accionante se trasladó de régimen? (ii) ¿Se debe probar la existencia de un vicio del consentimiento para que proceda la declaratoria de ineficacia del traslado?; (iii) ¿Para poder declarar la ineficacia del traslado es necesario que la accionante fuera beneficiaria del régimen de transición, o tuvieran un derecho adquirido o una expectativa legítima?; (iv) ¿La AFP privada está obligada a devolver a Colpensiones las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos?; (v) ¿Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante? (vi) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita?

Ineficacia del traslado de régimen - no nulidad del traslado

Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, debe precisar la Sala que si bien en la demanda se solicitó la nulidad del traslado de régimen por falta de requisitos legales y error al momento de suscribir la actora el formulario de afiliación y así lo declaró el Juez, lo cierto es, que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su ineficacia y no desde la nulidad, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 ibidem, por tanto, 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, conforme lo ha expuesto nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado N.º 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que mantiene actualmente entre otras en la sentencia SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

Afiliación, cotización y traslado

Se encuentra acreditado en el plenario que la señora **Martha Ligia Carpintero Castillo** cotizó al ISS desde 3 de septiembre de 1986 al 31 de enero de 1997, conforme aparece en la historia laboral expedida por Colpensiones (fl. 42); y que se trasladó a la AFP COLFONDOS el día 31 de enero de 1997, como aparece en formulario de afiliación (fl. 180) y que posteriormente, se trasladó a la AFP ING hoy AFP PROTECCIÓN el 30 de noviembre del 2010 tal y como da cuenta el formulario de afiliación suscrito por la demandante (fol. 128).

Carga probatoria y deber de información

No se controvierte en esta instancia que la carga probatoria recae en cabeza de la AFP privada, lo cual no fue objeto de alzada por ninguna de las partes. Tampoco se discute que la AFP COLFONDOS no brindó la información necesaria en los términos anotados por nuestra CSJ, entre otras, en la SL 2324-2019 a la demandante, pues la AFP COLFONDOS ni siquiera se opuso a las pretensiones de la demanda, ni tampoco atacó el fallo proferido en primera instancia.

En este punto es necesario indicarle al apoderado de la AFP PROTECCIÓN que sí bien era su obligación brindar la información necesaria al momento del traslado horizontal

que realizó la demandante dentro del RAIS, lo cierto es, que esta información no sana la falta de información al momento en que la demandante se trasladó del RPMPD al RAIS, la cual debió haber sido brindada por la AFP COLFONDOS previo al traslado, pues nuestra CSJ ha sido clara al señalar que lo que se debe verificar es si se brindó o no la información al momento del traslado al RAIS.

Devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos

Frente al tópico encaminado a determinar si las AFP privadas están obligadas a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adocinado, entre otras, en la sentencia SL 14911-2019, que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, **junto con los rendimientos financieros**, por lo que no es de recibo la solicitud de la AFP PROTECCIÓN S.A. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad **a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades**, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones. (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019)

Aceptación de aportes y activación de la afiliación

En relación con el asunto que gira en torno a establecer si Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante, es necesario precisar, que al quedar sin efecto su afiliación al RAIS es claro que su vinculación con COLPENSIONES quedó incólume de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de las AFP los aportes efectuados por la accionante a ésta a fin que reposen en la historia laboral de la administradora de pensiones Colpensiones, quien está en la obligación de activarlos en el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en la sentencia SL4360 de 2019

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, ni afecta su **sostenibilidad financiera**, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante de manera íntegra a COLPENSIONES, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y comisiones los cuales deberá asumir las AFP PRIVADAS de sus propias utilidades, pues, al dejarse sin valor y efecto la afiliación, esta declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al régimen, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia-)

Excepción de prescripción

Se debe precisar que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible y así se dejó sentado por nuestra H. Corte

Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL1421 de 2019 y SL1689 de 2019.

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral primero de la sentencia proferida el 14 de marzo del 2019, por el Juzgado 23 Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de declarar la INEFICACIA del traslado al RAIS y no su nulidad, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este proveído, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

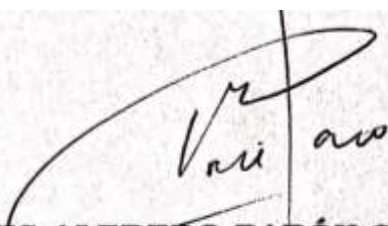
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUIS ALEREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE: MARÍA DEL CARMEN ZAMORA DE MEJIA
DEMANDADO: COLPENSIONES
RADICACIÓN: 1100131050-15-2017-00626-01
ASUNTO: APELACIÓN SENTENCIA DEMANDANTE Y CONSULTA COLPENSIONES
TEMA: DEUDA APORTES COMO INDEPENDIENTE Y DE VARIOS TRABAJADORES

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

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 *"Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"*, se procede a proferir el siguiente,

AUTO

Se reconoce personería para actuar al Dr. FELIPE ALBERTO GRANADOS PRECIADO como apoderado sustituto de COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido conforme lo dispone el art. 74 del CGP, el cual fue allegado mediante correo electrónico.

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. María del Carmen Zamora de Mejía instauró demanda ordinaria contra Colpensiones con el fin de que declare (i) que la obligación laboral por concepto deuda real, deuda presunta y pagos no vinculados relacionados con pagos al sistema de seguridad social (intereses moratorios, inconsistencias en el tipo de afiliado reportado, ciclos no cancelados y falta de presentación de novedades de retiro o traslado en el último ciclo cancelado) correspondiente a los años de 1995 a 2014 se encuentra prescrita; (ii) que la demandante no se encuentra obligada a cotizar por concepto de pensión desde el 1° de octubre del 2010; (iii) que no adeuda a COLPENSIONES ningún aporte, interés moratorio o sanción por concepto de pensión desde el 1° de octubre del 2000 a la fecha, ni a la fecha subsiguiente. (fol. 2 y s.s. y 131 y s.s. subsanación).

Como pretensiones subsidiarias solicita que se declare (i) que realizó dentro del término legal los pagos por concepto de pensión; (ii) que no presenta inconsistencia en el tipo de afiliado reportado; que ha cancelado todos los ciclos por concepto de

pensión y (iv) que presentó la novedad de retiro o traslado en el último ciclo cancelado oportunamente.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que solicitó ante Colpensiones la declaratoria de la prescripción respecto de las obligaciones por concepto de deuda real, deuda presunta y pago no vinculados que figuraban a su nombre o en su defecto la actualización de su estado de cuenta; que Colpensiones le dio respuesta señalándole que la obligación relacionada con el pago de cotizaciones no prescribe; que según Colpensiones adeuda por concepto de DEUDA REAL la suma de \$234.486 pesos señalando que los pagos que hizo los realizó de manera extemporánea generando intereses moratorios, los cuales no ha cancelado; que según COLPENSIONES la demandante adeuda la suma de \$18'587.266 por concepto de DEUDA PRESUNTA la cual manifiesta la demandada obedece a la inconsistencia en el tipo de afiliado reportado, en ciclos que no fueron cancelados y en que no se presentaron novedades de retiro o traslado en el último ciclo cancelado; que según COLPENSIONES adeuda la suma de \$1'940.445 por concepto de PAGO NO VINCULADOS; que según COLPENSIONES adeuda varios ciclos por deuda presunta por cotizaciones no pagadas; que ella nunca ha sido su misma empleadora; que el Seguro Social hoy Colpensiones mediante la Resolución N° 014720 del 2000 le reconoció una pensión de vejez a partir del 1° de septiembre del 2000; que el 24 de noviembre del 2000 radicó ante Colpensiones una misiva informándole que había sido pensionada y les solicitó que su aporte a salud fuera trasladado a COMPENSAR; que la trabajadora pago como independiente hasta el ciclo de octubre del 2000; que con posterioridad a esa fecha no estaba obligada a cancelar cotizaciones por concepto de pensión ya que se encontraba pensionada desde el 1° de septiembre del 2000; que todos los pagos que realizó relacionados con cotizaciones de aportes a pensión los hizo dentro del término ordenado por la Ley; que los valores pagados por concepto de pensión corresponden al porcentaje que debía cancelarse; que en ningún momento presenta inconsistencias relacionadas con el tipo de afiliado reportado y que las obligaciones adeudadas con anterioridad al 2014 se encuentran prescritas.

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (fol. 146), sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de COLPENSIONES. Contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda argumentando que si bien es cierto no existe en materia laboral una disposición legal que expresamente señale un término que extinga la posibilidad de accionar jurídicamente contra el empleador que no cancele oportunamente sus cotizaciones o para las personas que cotizan como independiente como es el caso de la demandante, lo cierto es que no se puede alegar su propia culpa para evadir aportes parafiscales, los cuales no prescriben conforme lo tiene sentado diferentes pronunciamientos de nuestras altas Cortes. Que no es cierto que la demandante no deba realizar cotizaciones con posterioridad al 1° de octubre del 2000, pues si está haciendo aportes a salud, igualmente debe realizar aportes a pensión. Señala que se atienen a lo que se logre probar dentro del proceso, pues conforme al cobro coactivo que se le está realizando la demandante sí adeuda todas las sumas de dinero. Que no obra prueba dentro del expediente que demuestre que la demandante pagó los ciclos que Colpensiones le está cobrando. Propuso como excepciones de fondo las de prescripción, inexistencia del derecho y de la obligación por falta de reunir los requisitos legales, cobro de lo no debido,

enriquecimiento sin causa, pago, presunción de legalidad de los actos administrativos, buena fe y declaratoria de otras excepciones. (fol. 148 y s.s.)

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 16 de mayo del 2019, en la que la falladora de primera instancia (i) declaró que ha cesado cualquier obligación de pago de aportes a seguridad social en pensiones por parte de la demandante como persona natural y cotizante independiente a partir del 1º de septiembre del 2000 y que no adeuda suma por concepto de deuda en materia pensional de la demandante; (ii) dispuso que Colpensiones se abstenga de cobrar los ciclos que se reseñaron como acreditados cumplidos por la demandante como empleadora y se le autoriza a Colpensiones para que en los ciclos en que no se encontró acreditado el pago completo o su pago, conforme lo expuesto en la parte motiva, continúe con el cobro de los mismos dado que no ha operado el fenómeno jurídico de la prescripción frente a esos cobros y (iii) condenó en costas a la parte demandada.

La decisión del Juez se basó en que el derecho a reclamar los aportes a seguridad social es imprescriptible, pues está íntimamente ligado a la consolidación del derecho pensional; razón por la cual pasa a estudiar las excepciones subsidiarias de la siguiente manera:

- Indica que los cobros que se le hacen a la demandante como independiente después del 1º de septiembre del 2000 no son procedentes pues la Ley señala que cesa la obligación de cotizar aportes a pensión en el momento en que se adquiere el status de pensionado, por lo que los aportes en mora que aparecen con posterioridad a esa fecha se declara que no hay lugar a pagarlos.
- Señaló que Colpensiones debía abstenerse de cobrar los aportes que se encontró ya fueron pagados por la demandante en su condición de empleadora.

5. Impugnación y límites del ad quem.

5.1. Recurso de apelación demandante. Interpuso recurso de apelación manifestando en cuanto a la pretensión principal que el pago de aportes a pensión si prescribe, pues con ello no se ve afectado el derecho del trabajador, toda vez que la CSJ ha indicado que la entidad administradora de pensiones tiene la carga de reconocer la prestación económica cuando por su responsabilidad no activó los mecanismos para el cobro de aportes a pensión al empleador. Manifiesta que así se declare prescrito el pago de aportes adeudados por el empleador, el derecho del trabajador a pensionarse no se va a ver afectado. Que se debe aplicar la norma general en materia laboral de prescripción de 3 años. Que en una decisión del Tribunal de Cundinamarca y en una de Pereira se accedió a pretensiones similares a las que aquí nos ocupa. Que, si no se aplica la norma laboral, entonces que se aplique el Estatuto tributario que dice que el cobro de obligaciones fiscales tiene una prescripción de 5 años o finalmente, que se aplique la prescripción contenida en el C.C. de 10 años para ordinarios 5 años para ejecutivos.

En cuanto a la pretensión subsidiaria señaló que dentro del expediente se vislumbran los pagos de los aportes que no encontró el fallador de primera instancia. Que los aportes en los que no se debe el ciclo completo si opera el fenómeno de prescripción.

Solicita que en uso de las facultades ultra y extra petita se ordene la compensación por los ciclos que el actor pagó un mayor aporte al que le correspondía.

6. Alegatos Colpensiones. Indica que no existe una disposición de orden legal que en materia de seguridad social expresamente señale un término que extinga la posibilidad de accionar jurídicamente contra el empleador que no cancela oportunamente las cotizaciones.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurso de apelación interpuesto por la demandante se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por el recurrente y se estudiará en consulta en favor de Colpensiones en lo que le haya sido desfavorable y no haya sido apelado.

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar los siguientes **problemas jurídicos** (i)¿El fenómeno prescriptivo opera sobre los aportes a pensión adeudados por la empleadora o por el contrario son imprescriptibles?; (ii) ¿La demandante está obligada a pagar los aportes que Colpensiones aduce que adeuda como independiente con posterioridad al 1º de septiembre del 2000, fecha en la que fue reconocida pensión de vejez por parte de Colpensiones? y (iii) ¿La demandante adeuda como empleadora los aportes a pensión que le está cobrando Colpensiones?

Prescripción frente a los aportes adeudados por el empleador

Frente a este punto debe la Sala indicar que nuestra CSJ, entre otras, en la sentencia SL 1689-2019 ha definido el fenómeno jurídico de la prescripción como *"...la tardanza en el ejercicio de la acción durante el lapso consagrado en las leyes para tal efecto, lo que hace presumir el abandono del derecho"*, es decir, que como lo explica la Corte si, quien es titular de un derecho no lo ejerce en el término establecido en la Ley para ello, torna improcedente la acción.

Ahora, no son de recibo los argumentos expuestos por la parte demandante, teniendo en cuenta que en materia laboral no es posible acudir a las normas del Estatuto Tributario ni del Código Civil para establecer el término de prescripción de los derechos laborales, como quiera que nuestro estatuto laboral contiene norma expresa sobre el tema conforme se desprende del contenido del artículo 488 del CST y 151 del C. P. del T. y de la S.S., los cuales establecen que en materia laboral la prescripción es de 3 años.

Pese a lo anterior, nuestra CSJ ha tenido la oportunidad de crear una amplia jurisprudencia frente al tema de cobro de aportes a pensión, estableciendo de manera clara y expresa, entre otras, en la sentencia SL 2514-2019 que el cobro de aportes a pensión adeudados por los empleadores es imprescriptible. Así lo dijo: *"...mientras el derecho pensional esté en formación, la acción para reclamarlos no está sometida a prescripción"*

Por su parte, en la sentencia SL 2944-2019 señaló *"[...] el pago de los aportes pensionales al sistema de seguridad social, en tanto se constituyen como parte fundamental*

para la consolidación del derecho a la pensión de jubilación, no están sometidos a prescripción [...]”.

En la sentencia SL 738-2018 fue clara en decir que los aportes debidos no prescriben, señalando: “... la Corte considera prudente precisar su doctrina, en cuanto a **que, por tratarse de aportes pensionales, que constituyen capital indispensable para la consolidación y financiación de la prestación y, como consecuencia, están ligados de manera indisoluble con el estatus de pensionado, no pueden estar sometidos a prescripción.**”

Así mismo, en la sentencia SL1689-2019, la Corte indicó los aspectos que no son prescriptibles en materia pensional, aduciendo:

“En efecto, como es sabido, la exigibilidad judicial del derecho a la pensión o a obtener su valor real es imprescriptible (CSJ SL8544-2016); por tanto, puede reclamarse en cualquier tiempo, siempre que se llenen los requisitos legales establecidos. Tal carácter deriva de la protección de los derechos adquiridos, la irrenunciabilidad del derecho a la seguridad social consignado en el artículo 48 de la Constitución Política, y de los mandatos de protección especial y solidaria hacia los sujetos en circunstancias de debilidad manifiesta.

Luego, una vez nace el derecho a determinada pensión por el cumplimiento de los presupuestos legales vigentes al momento de causarse se torna irrenunciable, y si bien el beneficiario puede abstenerse de reclamar el pago efectivo de las mesadas, no puede despojarse de la titularidad del mismo, ni de la facultad de reclamar en el futuro el pago periódico de su prestación.

En esa dirección, esta Sala ha construido una sólida y reiterada jurisprudencia relativa a que todas aquellas cuestiones innatas al derecho pensional no pueden verse afectadas por el transcurso del tiempo, tales como el porcentaje de la misma, los topes máximos pensionales, los linderos temporales para determinar el IBL, la actualización de la mesada pensional, su reajuste por inclusión de nuevos factores salariales e, incluso, el reconocimiento de títulos pensionales – bonos y cálculos actuariales- (CSJ SL 23120, 19 de may. 2005; CSJ SL 28552, 5 dic. 2006; CSJ SL 40993, 22 en. 2013; CSL SL6154-2015, CSJ SL8544-2016, CSJ SL3937-2018).

En tal sentido, quien no pone en funcionamiento el aparato judicial para reclamar un derecho fundamental e indisponible como la pensión, así como los elementos indisolubles de su estructuración dentro de los tres años siguientes a su exigibilidad, se encuentra habilitado para requerirlo en cualquier momento a las entidades obligadas a su satisfacción.

Conforme a toda la reseña anterior, es claro para la Sala que acertó el fallador de primera instancia al señalar que los aportes en mora adeudados por la demandante no se ven afectados por el fenómeno de la prescripción, por ser imprescriptibles conforme al criterio de nuestra CSJ. Y si bien la jurisprudencia de la CSJ ha sentado la postura de que en los casos en que exista mora patronal Colpensiones debe responder por el reconocimiento de la pensión por no haber efectuado los cobros de aportes al empleador oportunamente, esto no exime a los empleadores de su obligación de pagar los aportes adeudados, razón por la cual se confirma la decisión impartida en primera instancia.

Cobro de aportes como cotizante independiente

Respecto de la obligatoriedad de las cotizaciones al Sistema General de Pensiones el art. 17 de la Ley 100 de 1993, modificado por el art. 4º de la Ley 797 del 2003, ha establecido:

"Durante la vigencia de la relación laboral y del contrato de prestación de servicios, deberán efectuarse cotizaciones obligatorias a los regímenes del sistema general de pensiones por parte de los afiliados, los empleadores y contratistas con base en el salario o ingresos por prestación de servicios que aquellos devenguen.

La obligación de cotizar cesa al momento en que el afiliado reúna los requisitos para acceder a la pensión mínima de vejez, o cuando el afiliado se pensione por invalidez o anticipadamente.

Lo anterior sin perjuicio de los aportes voluntarios que decida continuar efectuando el afiliado o el empleador en los dos regímenes..."

De la anterior normatividad, se desprende de su inciso primero, la regla general según la cual mientras éste vigente la relación laboral o el contrato de prestación de servicios es obligatorio realizar aportes al Sistema General de Pensiones y en su inciso segundo, se contempla una excepción, la cual permite cesar las cotizaciones de las personas que hayan cumplido los requisitos mínimos pensionales.

Frente a este tema nuestra CSJ en la sentencia SL 2556-2020 precisó:

"Del texto transcrito se deduce lo siguiente:

El inciso 1.º ratifica la regla base del sistema pensional según la cual los aportes al sistema general de pensiones son obligatorios, mientras esté vigente la relación laboral o el contrato de prestación de servicios. Esta directriz obliga a que los empleadores y los trabajadores dependientes e independientes contribuyan a la seguridad social en proporción a sus ingresos salariales u honorarios, en los porcentajes previstos en la ley. De esta forma, la actividad productiva es un hecho jurídicamente relevante para la protección social, pues obliga a quienes la desarrollan y obtienen beneficios de ella, a participar en la financiación de las prestaciones otorgadas y los esquemas solidarios del sistema.

El inciso 2.º permite cesar las cotizaciones de las personas que hayan cumplido con los requisitos mínimos pensionales. En este evento, el legislador considera que quienes han satisfecho con su esfuerzo laboral el deber solidario de contribuir a la financiación del sistema, durante el lapso mínimo que la ley prevé, están exentos de dicha obligación.

En paralelo a esta facultad de suspender los aportes ante el lleno de los requisitos pensionales mínimos, el inciso 3.º faculta al afiliado o al empleador para continuar cotizando al sistema, en cualquiera de los dos regímenes.

Como puede advertirse, el artículo 17 de la Ley 100 de 1993 permite ejercer esa opción no obstante el cumplimiento de los requisitos pensionales, lo que significa que, si el trabajador desea continuar cotizando para incrementar la cuantía de su pensión o el capital ahorrado, esa decisión es vinculante para el empleador, quien deberá retener el 4% de su salario y trasladarlo a la administradora junto con el 12% que le corresponde. Dicho de otro modo, la

determinación del trabajador de seguir aportando al sistema obliga a ambos a cotizar en los porcentajes que por ley les corresponde (4% trabajador y 12% empleador).

A su vez, si el empleador decide continuar cotizando al sistema, esa determinación también es vinculante para el trabajador, lo que implica que ambos deben seguir aportando al sistema en los porcentajes ordenados en la ley.”

Planteado lo anterior, es necesario precisar frente al caso que aquí no ocupa, que COLPENSIONES le inició un cobro coactivo a la demandante por los aportes a pensión dejados de cancelar a partir del 1° de septiembre del 2000 como cotizante independiente.

A folio 128, la demandante allegó la Resolución N° 014720 del 2000, mediante la cual el Seguro Social hoy Colpensiones le reconoció en su favor una pensión de vejez a partir del 1° de septiembre del 2000; fecha para la cual se entiende que no sólo cumplía los requisitos para acceder a la pensión que le fue reconocida, sino que además se encontraba desafiada del sistema en los términos del art. 13 de la Ley 100 de 1993.

Por tanto, a partir del 1° de septiembre del 2000 cesó la obligación de la demandante para realizar aportes a pensión; por lo que acertó el fallador de primera instancia al declarar que no hay lugar a que la demandante pague los aportes cobrados por Colpensiones en su calidad de cotizante independiente; razón por la cual se confirma este punto.

Aportes que se le están cobrando a la demandante en calidad de empleadora

En el presente caso la demandante no discute que sea responsable del pago de los aportes que le está cobrando COLPENSIONES en calidad de empleadora bajo el título de deuda presunta y deuda real, pues su inconformidad radica en que considera que con las pruebas aportadas al proceso se logra demostrar que ya pagó todos los aportes que le están siendo cobrados.

Planteado lo anterior, procede la Sala a revisar cada uno de los aportes cobrados por COLPENSIONES para determinar si efectivamente se demostró o no su pago, de la siguiente manera:

Aportes cobrados por Colpensiones- Liquidación fol. 14 y s.s.				
DEUDA REAL				
Ciclo	Valor cotizado esperado por Colpensiones	Valor cotización pagada	Diferencia adeudada	Fol.
95-06	\$ 74.500	\$ 74.350	\$ 150	28
96-04	\$ 96.000	\$ 95.935	\$ 65	29
96-12	\$ 96.000	\$ 115.126	\$ 0	30
97-02	\$ 139.326	\$ 139.326	\$ 0	31

98-12	\$ 165.102	\$ 165.096	\$ 6	32
99-03	\$ 159.610	\$ 191.532	\$ 0	33
99-04	\$ 191.532	\$ 191.532	\$ 0	34
99-05	\$ 191.532	\$ 191.532	\$ 0	35
99-06	\$ 191.532	\$ 191.532	\$ 0	36
01-06	\$ 270.270	\$ 288.288	\$ 0	37
04-01	\$ 363.370	\$ 338.310	\$ 25.060	38
04-02	\$ 363.370	\$ 338.310	\$ 25.060	39
05-01	\$ 343.350	\$ 331.908	\$ 11.442	40
07-01	\$ 470.568	\$ 442.680	\$ 27.888	41
07-05	\$ 471.100	\$ 471.100	\$ 0	42
07-10	\$ 538.400	\$ 538.400	\$ 0	44
07-11	\$ 538.400	\$ 538.400	\$ 0	46
08-01	\$ 517.440	\$ 591.200	\$ 0	48
08-02	\$ 516.880	\$ 590.720	\$ 0	50
08-03	\$ 516.880	\$ 590.720	\$ 0	52
08-04	\$ 516.880	\$ 590.720	\$ 0	54
08-05	\$ 590.720	\$ 590.720	\$ 0	56
08-07	\$ 590.720	\$ 603.840	\$ 0	58
12-12	\$ 660.100	\$ 0	\$ 660.100	0

Conforme a la tabla anterior, se observa que contrario a lo dicho por el fallador de primera instancia no aparece prueba dentro del expediente que permita inferir que la demandante pago de manera completa los siguientes ciclos: 1995-06, 1996-04, 1998-12, 2004-01, 2004-02, 2005-01, 2007-01,2012-12; razón por la cual COLPENSIONES puede seguir con el respectivo cobro coactivo frente a estos períodos.

Ahora, procede la Sala a revisar el cobro efectuado por concepto de DEUDA PRESUNTA liquidada por COLPENSIONES, encontrando lo siguiente:

Aportes cobrados por Colpensiones Liquidación fol. 16 y s.s.						
DEUDA PRESUNTA						
Ciclo	Afiliado	IBC	Deuda presunta	Valor cotización pagada	Diferencia adeudada	Fol.
1996-02	Alvaro Mejía Zamora	\$ 142.125	\$ 19.187	\$ 19.187	\$ 0	62
1996-08	Alvaro Mejía Zamora	\$ 142.125	\$ 19.187	\$ 19.187	\$ 0	63
	Angela Patricia Mejía Zamora	\$ 142.125	\$ 19.187	\$ 19.187	\$ 0	63
1996-09	Alvaro Mejía Zamora	\$ 142.125	\$ 19.187	\$ 19.187	\$ 0	64
	Angela Patricia Mejía Zamora	\$ 142.125	\$ 19.187	\$ 19.187	\$ 0	64
1996-11	Alvaro Mejía Zamora	\$ 142.125	\$ 19.187	\$ 19.187	\$ 0	65
	Angela Patricia Mejía Zamora	\$ 142.125	\$ 19.187	\$ 19.187	\$ 0	65
1996-12	Néstor Raúl Mejía Zamora	\$ 142.125	\$ 19.187	\$ 19.187	\$ 0	66
	José Alexander Rodríguez Bustacara	\$ 142.125	\$ 19.187	\$ 19.187	\$ 0	66

1997-01	Alvaro Mejía Zamora	\$ 172.005	\$ 23.221	\$ 23.221	\$ 0	67
	Angela Patricia Mejía Zamora	\$ 172.005	\$ 23.221	\$ 23.221	\$ 0	67
1997-02	Alvaro Mejía Zamora	\$ 172.005	\$ 23.221	\$ 23.221	\$ 0	68
	Angela Patricia Mejía Zamora	\$ 172.005	\$ 23.221	\$ 23.221	\$ 0	68
	Héctor Marín Collante Rodríguez	\$ 172.005	\$ 23.221	\$ 23.221	\$ 0	68
1997-05	Alvaro Mejía Zamora	\$ 172.005	\$ 23.221	\$ 0	\$ 23.221	No se aportó
	Angela Patricia Mejía Zamora	\$ 172.005	\$ 23.221	\$ 0	\$ 23.221	No se aportó
	Héctor Marín Collante Rodríguez	\$ 172.005	\$ 23.221	\$ 0	\$ 23.221	No se aportó
	Luz Mejía Zamora	\$ 172.005	\$ 23.221	\$ 0	\$ 23.221	No se aportó
	José Alexander Rodríguez Bustacara	\$ 172.005	\$ 23.221	\$ 0	\$ 23.221	No se aportó
	Néstor Raúl Mejía Zamora	\$ 172.005	\$ 23.221	\$ 0	\$ 23.221	No se aportó
1997-06	Alvaro Mejía Zamora	\$ 172.005	\$ 23.221	\$ 23.221	\$ 0	70
	Angela Patricia Mejía Zamora	\$ 172.005	\$ 23.221	\$ 23.221	\$ 0	70
	Héctor Marín Collante Rodríguez	\$ 172.005	\$ 23.221	\$ 23.221	\$ 0	70
1997-07	Héctor Marín Collante Rodríguez	\$ 172.005	\$ 23.221	\$ 23.221	\$ 0	71
1997-08	Alvaro Mejía Zamora	\$ 172.005	\$ 23.221	\$ 23.221	\$ 0	72
	Angela Patricia Mejía Zamora	\$ 172.005	\$ 23.221	\$ 23.221	\$ 0	72
	Héctor Marín Collante Rodríguez	\$ 172.005	\$ 23.221	\$ 23.221	\$ 0	72
1997-09	Héctor Marín Collante Rodríguez	\$ 172.005	\$ 23.221	\$ 23.221	\$ 0	73
1997-10	Alvaro Mejía Zamora	\$ 172.005	\$ 23.221	\$ 23.221	\$ 0	74
	Angela Patricia Mejía Zamora	\$ 172.005	\$ 23.221	\$ 23.221	\$ 0	74
	Héctor Marín Collante Rodríguez	\$ 172.005	\$ 23.221	\$ 23.221	\$ 0	74
1997-11	Héctor Marín Collante Rodríguez	\$ 172.005	\$ 23.221	\$ 23.221	\$ 0	75
1997-12	Alvaro Mejía Zamora	\$ 172.005	\$ 23.221	\$ 23.221	\$ 0	76
	Angela Patricia Mejía Zamora	\$ 172.005	\$ 23.221	\$ 23.221	\$ 0	76
	Héctor Marín Collante Rodríguez	\$ 172.005	\$ 23.221	\$ 23.221	\$ 0	76
1998-01	Héctor Marín Collante Rodríguez	\$ 203.825	\$ 27.516	\$ 27.516	\$ 0	77
1998-02	Héctor Marín Collante Rodríguez	\$ 203.825	\$ 27.516	\$ 27.516	\$ 0	78
1998-03	Héctor Marín Collante Rodríguez	\$ 203.825	\$ 27.516	\$ 27.516	\$ 0	79
1998-04	Héctor Marín Collante Rodríguez	\$ 203.825	\$ 27.516	\$ 27.516	\$ 0	80
1998-05	Alvaro Mejía Zamora	\$ 203.825	\$ 27.516	\$ 27.516	\$ 0	81
	Angela Patricia Mejía Zamora	\$ 203.825	\$ 27.516	\$ 27.516	\$ 0	81
	Héctor Marín Collante Rodríguez	\$ 203.825	\$ 27.516	\$ 27.516	\$ 0	81
	Luz Mejía Zamora	\$ 203.825	\$ 27.516	\$ 27.516	\$ 0	81
	Néstor Raúl Mejía Zamora	\$ 203.825	\$ 27.516	\$ 27.516	\$ 0	81
	José Alexander Rodríguez Bustacara	\$ 203.825	\$ 27.516	\$ 27.516	\$ 0	81
1998-06	Alvaro Mejía Zamora	\$ 203.825	\$ 27.516	\$ 27.516	\$ 0	82
	Angela Patricia Mejía Zamora	\$ 203.825	\$ 27.516	\$ 27.516	\$ 0	82
	Héctor Marín Collante Rodríguez	\$ 203.825	\$ 27.516	\$ 27.516	\$ 0	82
1998-07	Alvaro Mejía Zamora	\$ 203.825	\$ 27.516	\$ 27.516	\$ 0	83
	Angela Patricia Mejía Zamora	\$ 203.825	\$ 27.516	\$ 27.516	\$ 0	83
	Héctor Marín Collante Rodríguez	\$ 203.825	\$ 27.516	\$ 27.516	\$ 0	83
1998-08	Héctor Marín Collante Rodríguez	\$ 203.825	\$ 27.516	\$ 27.516	\$ 0	84
1998-09	Héctor Marín Collante Rodríguez	\$ 203.825	\$ 27.516	\$ 27.516	\$ 0	85
1998-10	Héctor Marín Collante Rodríguez	\$ 203.825	\$ 27.516	\$ 27.516	\$ 0	86
1998-11	Héctor Marín Collante Rodríguez	\$ 203.825	\$ 27.516	\$ 27.516	\$ 0	87

1998-12	Héctor Marín Collante Rodríguez	\$ 203.825	\$ 27.516	\$ 0	\$ 27.516	No se aportó
1999-01	Héctor Marín Collante Rodríguez	\$ 236.460	\$ 31.922	\$ 0	\$ 31.922	No se aportó
1999-02	Héctor Marín Collante Rodríguez	\$ 236.460	\$ 31.922	\$ 0	\$ 31.922	No se aportó
1999-03	Héctor Marín Collante Rodríguez	\$ 236.460	\$ 31.922	\$ 31.922	\$ 0	33
1999-04	Héctor Marín Collante Rodríguez	\$ 236.460	\$ 31.922	\$ 31.922	\$ 0	34
1999-07	Héctor Marín Collante Rodríguez	\$ 236.460	\$ 31.922	\$ 0	\$ 31.922	No se aportó
	Alvaro Mejía Zamora	\$ 236.460	\$ 31.922	\$ 0	\$ 31.922	No se aportó
	José Alexander Rodríguez Bustacara	\$ 236.460	\$ 31.922	\$ 0	\$ 31.922	No se aportó
2000-04	Angela Patricia Mejía Zamora	\$ 260.100	\$ 35.114	\$ 0	\$ 35.114	No se aportó
2000-05	Angela Patricia Mejía Zamora	\$ 260.100	\$ 35.114	\$ 0	\$ 35.114	No se aportó
2000-06	Angela Patricia Mejía Zamora	\$ 260.100	\$ 35.114	\$ 0	\$ 35.114	No se aportó
2000-07	Angela Patricia Mejía Zamora	\$ 260.100	\$ 35.114	\$ 0	\$ 35.114	No se aportó
2000-11	Angela Patricia Mejía Zamora	\$ 260.100	\$ 35.114	\$ 0	\$ 35.114	No se aportó
2000-12	Angela Patricia Mejía Zamora	\$ 260.100	\$ 35.114	\$ 0	\$ 35.114	No se aportó
2001-01	Angela Patricia Mejía Zamora	\$ 286.000	\$ 38.610	\$ 0	\$ 38.610	No se aportó
	Héctor Marín Collante Rodríguez	\$ 286.000	\$ 38.610	\$ 0	\$ 38.610	No se aportó
2001-02	Angela Patricia Mejía Zamora	\$ 286.000	\$ 38.610	\$ 0	\$ 38.610	No se aportó
	Héctor Marín Collante Rodríguez	\$ 286.000	\$ 38.610	\$ 0	\$ 38.610	No se aportó
	José Alexander Rodríguez Bustacara	\$ 286.000	\$ 38.610	\$ 0	\$ 38.610	No se aportó
	Luz Mejía Zamora	\$ 286.000	\$ 38.610	\$ 0	\$ 38.610	No se aportó
	Néstor Raúl Mejía Zamora	\$ 286.000	\$ 38.610	\$ 0	\$ 38.610	No se aportó
2001-03	Angela Patricia Mejía Zamora	\$ 286.000	\$ 38.610	\$ 38.610	\$ 0	88
2001-04	Angela Patricia Mejía Zamora	\$ 286.000	\$ 38.610	\$ 38.610	\$ 0	89
	Héctor Marín Collante Rodríguez	\$ 309.000	\$ 38.610	\$ 38.610	\$ 0	89
	Alvaro Mejía Zamora	\$ 309.000	\$ 38.610	\$ 38.610	\$ 0	89
	José Alexander Rodríguez Bustacara	\$ 309.000	\$ 38.610	\$ 38.610	\$ 0	89
	Luz Mejía Zamora	\$ 309.000	\$ 38.610	\$ 38.610	\$ 0	89
	Néstor Raúl Mejía Zamora	\$ 309.000	\$ 38.610	\$ 38.610	\$ 0	89
2001-06	José Alexander Rodríguez Bustacara	\$ 309.000	\$ 38.610	\$ 38.610	\$ 0	37
2003-03	Alvaro Mejía Zamora	\$ 332.000	\$ 44.820	\$ 0	\$ 44.820	No se aportó
	Luz Mejía Zamora	\$ 332.000	\$ 44.820	\$ 0	\$ 44.820	No se aportó
	Néstor Raúl Mejía Zamora	\$ 332.000	\$ 44.820	\$ 0	\$ 44.820	No se aportó
2003-06	Alvaro Mejía Zamora	\$ 332.000	\$ 44.820	\$ 0	\$ 44.820	No se aportó
	Luz Mejía Zamora	\$ 332.000	\$ 44.820	\$ 0	\$ 44.820	No se aportó
	Néstor Raúl Mejía Zamora	\$ 332.000	\$ 44.820	\$ 0	\$ 44.820	No se aportó
	Héctor Marín Collante Rodríguez	\$ 332.000	\$ 44.820	\$ 0	\$ 44.820	No se aportó
	José Alexander Rodríguez Bustacara	\$ 332.000	\$ 44.820	\$ 0	\$ 44.820	No se aportó
2016-06	Steven Alejandro Gil Bogota	\$ 689.455	\$ 110.313	\$ 0	\$ 110.313	No se aportó
2016-07	Steven Alejandro Gil Bogota	\$ 689.455	\$ 110.313	\$ 110.313	\$ 0	96-97
2016-08	Steven Alejandro Gil Bogota	\$ 689.455	\$ 110.313	\$ 110.313	\$ 0	98-99
2016-09	Steven Alejandro Gil Bogota	\$ 689.455	\$ 110.313	\$ 110.313	\$ 0	100-101
2016-10	Steven Alejandro Gil Bogota	\$ 689.455	\$ 110.313	\$ 110.313	\$ 0	102-103
2016-11	Steven Alejandro Gil Bogota	\$ 689.455	\$ 110.313	\$ 110.313	\$ 0	104-105
2016-12	Steven Alejandro Gil Bogota	\$ 689.455	\$ 110.313	\$ 110.313	\$ 0	106-107
2017-01	Steven Alejandro Gil Bogota	\$ 737.717	\$ 118.035	\$ 7.900	\$ 110.135	No se aportó
2017-02	Steven Alejandro Gil Bogota	\$ 737.717	\$ 118.035	\$ 0	\$ 118.035	No se aportó
2017-03	Steven Alejandro Gil Bogota	\$ 737.717	\$ 118.035	\$ 0	\$ 118.035	No se aportó

En las casillas sombreadas del anterior cuadro se observa el valor que está cobrando Colpensiones a la demandante, señalando que no ha pagado el aporte a pensión para determinados ciclos y algunos de sus trabajadores. Igualmente aparecen reflejados los ciclos que la demandante probó haber pagado para cubrir el riesgo de pensión de sus trabajadores, los cuales corresponden a las casillas sin sombra.

Sin embargo, contrario a lo dicho por el apoderado de la parte actora en su apelación no se allegó prueba de haber pagado todos los ciclos cobrados por Colpensiones, pues nótese, por ejemplo, que para el ciclo de mayo de 1997 a pesar de que el fallador señaló que a folio 69 aparecía el pago de este ciclo, se observa que el ciclo pagado fue el de abril y no el de mayo de 1997, por tanto, se tendrá como adeudado a Colpensiones.

Por tanto, respecto de los ciclos de 1997-05, 1998-12, 1999-01, 1999-02, 1999-07, 2000-04, 2000-5, 2000-6, 2000-07, 2000-11, 2000-12, 2001-01, 2001-02, 2003-03, 2003-06, 2016-06 no aparece prueba dentro del expediente del pago de aportes a pensión por los trabajadores relacionados en la liquidación de Colpensiones; razón por la demandada puede continuar con el respectivo cobro.

En cuanto a los ciclos 2017-01, 2017-02 y 2017-03 por el trabajador Steven Alejandro Gil Bogotá no se autoriza a Colpensiones realizar el cobro, como quiera que en la planilla de pago para el ciclo de 2017-01 se observa que la demandante pagó los días laborados por su trabajador y pasó la novedad de retiro al sistema.

En consecuencia, se modificará parcialmente la sentencia para establecer cuáles son los períodos frente a los cuales no aparece que la demandante haya realizado el respectivo pago de aportes a pensión, frente a los cuales Colpensiones queda autorizada para que continúe con el cobro de los mismos.

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia proferida el 16 de mayo del 2019, por el Juzgado 15 Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia, para en su lugar DECLARAR que la señora MARÍA DEL CARMEN ZAMORA DE MEJÍA no probó haber pagado los ciclos que se relacionan a continuación, por lo que Colpensiones esta autorizada a continuar con el respectivo cobro:

- Frente a la liquidación de deuda real no demostró haber pagado los ciclos de 1995-06, 1996-04, 1998-12, 2004-01, 2004-02, 2005-01, 2007-01, 2012-12; razón por la cual COLPENSIONES puede seguir con el respectivo cobro coactivo frente a estos períodos.
- Respecto a la liquidación de deuda presunta no demostró haber pagado los ciclos de 1997-05, 1998-12, 1999-01, 1999-02, 1999-07, 2000-04, 2000-5,

2000-6, 2000-07, 2000-11, 2000-12, 2001-01, 2001-02, 2003-03, 2003-06, 2016-06.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

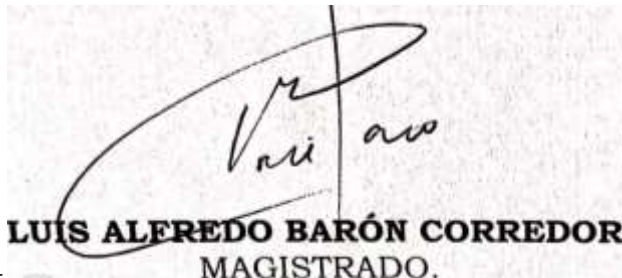
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUIS ALEREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE: OSCAR JAVIER CAMACHO GARCÍA
DEMANDADO: ARCOMP SAS
RADICACIÓN: 1100131050-06-2017-00510-01
ASUNTO: APELACIÓN SETENCIA DEMANDANTE
TEMA: CONTRATO DE TRABAJO

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

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 "*Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica*", se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. OSCAR JAVIER CAMACHO GARCÍA instauró demanda ordinaria contra ARCOMP SAS con el fin de que declare la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido desde el 2 de junio del 2009 al 4 de septiembre del 2015, el cual terminó por decisión unilateral del demandante ante los constantes incumplimientos con el pago de los aportes a seguridad social, a la caja de compensación familiar, el pago de prestaciones sociales, horas extras y recargo nocturno. Como consecuencia, solicita se condene a la demandada a reconocer y pagar al actor las horas extras diurnas y nocturnas, prestaciones sociales y demás prestaciones debidas, indemnización moratoria, la sanción por no consignación de las cesantías, indexación de las sumas adeudadas, lo que resulte probado extra y ultra petita y las costas del proceso. (fol. 2 y s.s.)

Como fundamentos facticos de las pretensiones señaló que fue vinculado laboralmente a la demandada mediante contrato de trabajo verbal a término indefinido a pesar de que el empleador refiere que fue contratado mediante contratos de prestación de servicios; que su vinculación inició el 2 de junio del 2009 y terminó el 4 de septiembre del 2015 de manera unilateral por parte del trabajador, teniendo en cuenta los constantes incumplimientos por parte de su empleador con el pago de aportes a seguridad social, a la caja de compensación familiar, no pago de horas extras y prestaciones sociales; que sólo lo afilió a la EPS en marzo del 2015; que tenía un horario de trabajo de lunes a domingo de 13 horas diarias; que atendía sus funciones de manera personal, siguiendo las instrucciones y órdenes de su empleador; que cumplía las funciones de operario de planta las cuales eran de despachador, descargar bultos

de cemento, mezclar, fungir y desmolar; que el salario devengado fue el mínimo legal vigente y que trabajó un promedio de 25 horas extras a la semana.

2. Contestación de la demanda. Contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones argumentando que el actor fue vinculado a la empresa mediante diferentes contratos de prestación de servicios y que tan sólo el 6 de marzo del 2015 se vinculó mediante un contrato de trabajo a término indefinido. Indica que en la carta de renuncia el trabajador señaló que renunciaba por motivos personales. Que durante su vinculación laboral fue afiliado a seguridad social. Señala que durante la vinculación inicial a través de contratos de prestación de servicios no se le debían cancelar prestaciones sociales; que durante la ejecución de esos contratos no cumplió horario, ni estuvo subordinado. Propuso como excepciones de fondo las de pago, inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido y prescripción. (fol. 46 y s.s.)

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 28 de mayo del 2019, en la que la falladora de primera instancia absolvió a la demandada de todas y cada una de las pretensiones de la demanda. (CD fol. 107)

Su decisión se basó en que se logra probar la prestación del servicio con los contratos de prestación de servicios celebrados por las partes, por lo que nace la presunción de existencia de un contrato de trabajo, la cual no fue desvirtuada. Señala que a pesar de que existe una certificación por parte del empleador en la que se señalan los extremos aducidos por el demandante, no puede pasar por alto que conforme a los diferentes contratos de prestación de servicios existieron varios contratos y no uno sólo como lo pretende el actor. Señala que al no probarse un único contrato como lo pretende el actor sino varios contratos, no puede impartirse ningún tipo de condena.

4. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión el apoderado de la parte demandante interpuso recurso de apelación argumentando que

"... si hubo un contrato de trabajo del 2 de junio de 2009 hasta el 4 de septiembre de 2015, la relación laboral fue continua a pesar obviamente que en el transcurso de dicha relación se tomaron varios contratos, pero se dio con la finalidad de desconocer la relación de continuidad que se tenía.

Por otra parte he de manifestar que en el interrogatorio de parte que se hizo a la parte demanda, acepta situaciones obviamente con dicho vínculo con el trabajador, con lo que trato obviamente de encubrir de que el trabajador Oscar Camacho estaba haciendo su labor independiente y por tanto no tenía ningún vínculo laboral entre la empresa y el trabajador por la relación contractual se dio, alguno de los testigos de los periodos que hace mención la señora juez de que fueron diferentes los tiempos he de manifestar que hubo personas que estuvieron muy presentes y sabían y conocían la empresa ya que tenían vínculos laborales muy similares al señor Oscar Camacho, es por eso es importante que los testimonios debe enfocarse de diferente manera, para que el superior jerárquico tenga en cuenta que lo que realmente sucedió fue una relación laboral constante obviamente encubierta por un contrato de prestación de servicios que al final se dio un contrato realidad que hubo una continuidad en el vínculo entre Oscar Camacho y la empresa hasta septiembre de 2015.

Considera este apoderado que le están vulnerando derechos al trabajador con relación obviamente se le está desconociendo lo que por ley le pertenece, las acreencias prestacionales, lo relacionado con la seguridad social, acreencias que son irrenunciables para el trabajador. Sabemos que hubo subordinación laboral y una prestación del servicio y una remuneración. Todo lo que se cancelaba era el señor Camargo Representante legal de ARCOMP LTDA.

Se le solicita al Honorable Tribunal que revoque la decisión que la señora juez acaba de proferir y por el contrario se dé a favor del trabajador las pretensiones de la demanda, y de forma ultra y extra petita. Se han desconocido relaciones laborales que son irrenunciables y también obviamente sometidas a la OIT organización obviamente que el gobierno colombiano y la justicia colombiana está obligada a respetar, además de ciertas normas que pertenecen al bloque constitucional, qué se enmarcan dentro de organismos internacionales. En ningún momento se ha desvirtuado ese vínculo”

5. Alegatos demandada. Señala que lo que pretende la parte demandante en su recurso de apelación no fue probado dentro del proceso, por lo que se debe confirmar la absolución.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

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

Los **problemas jurídicos** que centra la atención de la Sala consisten en establecer: (i) ¿La relación laboral entre las partes en Litis se verificó dentro de los extremos propuestos por el demandante?; en caso negativo, (ii) ¿El hecho de no establecerse los mismos extremos solicitados en la demanda impide impartir condena por las acreencias laborales reclamadas? y (iii) ¿Cuáles son las acreencias laborales que se adeudan al demandante y las mismas se encuentran afectadas por el fenómeno de la prescripción?

Existencia de un contrato de trabajo

La parte demandada al contestar el libelo incoatorio aceptó la existencia de una relación laboral con el señor OSCAR JAVIER CAMACHO GARCIA durante el periodo comprendido entre el 12 de marzo del 2015 al 4 de septiembre del 2015.

La a quo concluyó que se encontraba probada la prestación personal del servicio del actor y dio aplicación a la presunción de existencia de contrato de trabajo, encontrando que, al no desvirtuarse la presunción, era procedente determinar que la relación que unió a las partes estuvo regida por un contrato de trabajo; decisión que no fue controvertida en esta instancia. Sin embargo, decidió absolver de las pretensiones incoadas bajo el argumento de no haberse acreditado una sola relación laboral como se solicitó en la demanda, en virtud de la suscripción de varios contratos de prestación de servicio entre las partes.

Conforme a lo anterior, corresponde a esta instancia definir si la relación laboral entre las partes en Litis se verificó dentro de los extremos propuestos por el demandante, esto es, entre el 2 de junio de 2009 y el 4 de septiembre de 2015, sin solución de continuidad, o si por el contrario estuvo regida por varios contratos, como lo afirma la juzgadora primigenia. En este último caso, se establecerá si éste hecho impide impartir condena por las acreencias laborales reclamadas.

Extremos de la relación laboral

Sobre los extremos de la relación laboral la CSJ, entre otras, en la sentencia SL2536-2018, indicó que si bien los extremos laborales no se encuentran explícitamente enunciados en el artículo 23 del CST, como elemento constitutivo de la relación de trabajo, su determinación es inherente a la misma vigencia de la prestación del servicio, pues solo a través de su conocimiento es posible establecer el interregno por el que se prolongó la relación laboral y el quantum de las obligaciones correlativas que le incumben al empleador, por el mismo periodo. Por tanto, su carga probatoria le concierne al trabajador, en virtud del principio general de que quien pretende un derecho debe acreditar los hechos en que se funda, según el artículo 167 del CGP, aplicable a los juicios del trabajo por remisión analógica del artículo del 145 del CPT y de la S.S.

En los casos en que no se logre probar una única relación laboral como se pretende en la demanda, nuestra CSJ, entre otras, en la sentencia SL 4515-2020 ha sido clara al hacer hincapié en que *"en los casos donde se discute la existencia de una relación de trabajo, si se demuestra un tiempo de servicios inferior al pretendido, el juez tiene el deber de dictar una condena minus petita o infra petita, es decir, donde se acepten parcialmente las pretensiones por lo probado."*, lo cual resulta contrario a lo considerado por la falladora primigenia, quien de manera equivocada decidió absolver bajo el argumento de que no es posible impartir condena cuando se acredita la existencia de más de un contrato laboral entre las partes y no uno como se pretende en la demanda.

De igual forma, la CSJ dejó sentado lo anterior, en la sentencia bajo el radicado 38.182 del 2008, en la que dijo *"No está demás advertir por la Sala que nada obsta para que el juez declare la existencia de dos contratos de trabajo, pese a que el demandante invocó la existencia de uno solo, pues es bien sabido que el principio de consonancia contenido en el artículo 305 del CPC que informa las sentencias de instancia respecto de las pretensiones solicitadas, no excluye la posibilidad de que se profiera un fallo infra petita"*

Para determinar los extremos de la relación laboral, encontramos dentro del expediente las siguientes pruebas:

- Certificación expedida el 17 de septiembre del 2015 por el Representante Legal de la empresa ARCOMP S.A.S. en la que se indicó:

"El suscrito representante legal de la compañía ARCOMP S.A.S. con Nit. 830.139.882-9, certifica que el señor OSCAR JAVIER CAMACHO GARCÍA, identificado con la cédula de ciudadanía N° 1012356852 de Bogotá, laboró en esta entidad desde 02 de junio de 2009 hasta 11 de marzo del 2015, con modalidad de contrato civil por prestación de servicios, que fue vinculado a nómina desde el 12 de marzo del 2015 hasta la fecha de su retiro unilateral por parte del trabajador el día 4 de septiembre del 2015, que su ingreso salarial fue de un salario mínimo legal mensual vigente" (fol. 17)

- Carta de renuncia presentada por el actor a la empresa ARCOMP S.A.S. el 4 de septiembre del 2015 en la que señaló:

"Por medio de la presente me permito informar a ustedes que a partir de la fecha renuncio al cargo como operario de morteros, por motivos personales." (fol. 18)

- Formulario único de Afiliación y novedades a la EPS (fol. 27) con sello de recibido del 6 de marzo del 2015 con el cual se afilia al actor a la EPS COMPENSAR y el cual se encuentra con firma del empleador ARCADIO CAMARGO representante legal de la

empresa demandada conforme al certificado de existencia y representación legal allegado a folio 14 y s.s.

- Diferentes contratos de prestación de servicios celebrados entre las partes por los siguientes períodos: (i) del 16 de mayo del 2012 al 15 de mayo del 2013; (ii) del 2 de enero del 2014 al 31 de diciembre del 2014 y (iii) del 12 de enero del 2015 al 31 de marzo del 2015 (fol. 57)

- Solicitud de vinculación al Fondo de Pensiones Obligatorios de la AFP PROTECCION del 25 de marzo del 2015 en el cual se afilia al actor como empleado de la empresa ARCOMP SAS (fol. 69)

- Liquidación del contrato de trabajo de trabajo celebrado entre las partes en el que aparecen como extremos de la relación laboral el 12 de marzo del 2015 al 4 de septiembre del 2015. (fol. 77)

- Diferentes comprobantes de pagos de servicios que le hizo la empresa demandada al actor por concepto de "SERVICIOS PRESTADOS EN TALLER ARCOMP LTDA SEGÚN CONTRATO SUSCRITO POR LAS PARTES" desde el año 2012. (fol. 79 y s.s.)

De los anteriores documentos se desprende que el actor sí logró probar la existencia de una única relación laboral entre el 2 de junio del 2009 al 4 de septiembre del 2015 como lo pretende en la demanda, pues así se extrae de la certificación expedida por la pasiva el 17 de septiembre del 2015 (fol. 17), la cual no fue objeto de desconocimiento ni de tacha de falsedad, en cuyo contenido se dejó sentado que el señor OSCAR CAMACHO GARCIA laboró para ARCOMP SAS durante el mencionado interregno.

En este punto, es necesario precisar que aunque en la certificación se señaló que en el período comprendido entre el 2 de junio del 2009 y el 11 de marzo del 2015, la labor se ejerció bajo la modalidad de prestación de servicios, lo cierto es que, en el decurso procesal no se desvirtuó la presunción legal de existencia de contrato de trabajo derivada de la prestación personal del servicio, conforme a lo preceptuado en el art. 23 del CST, presunción amparada igualmente por el Artículo 53 de la Constitución Política que consagra la primacía de la realidad sobre formalidades, cuyos efectos no son otros que relevar al demandante de toda actividad probatoria en torno a la existencia del vínculo contractual, como lo señala nuestra Corte Constitucional en la sentencia C-665 de 1998 y nuestra CSJ en sentencias de rad. 40270 de 2011 y 39259 de 2013, trasladándole la carga probatoria al demandado quien debió acreditar que el actor gozaba de total autonomía e independencia, característica del contrato de prestación de servicios, sin que para ese efecto probatorio sea suficiente la sola exhibición de los contratos suscritos por las partes; por ello, desde la primera la primera instancia se anunció que, en virtud del mencionado principio, la relación que existió entre los contendientes fue de carácter laboral.

A lo anterior debe sumarse que ésta Sala acoge el criterio de nuestra CSJ, contenido en las sentencias SL 22259-2004, SL 14426-2014 y SL 6621-2017, según las cuales, los hechos consignados en los certificados laborales deben reputarse ciertos *«pues no es usual que una persona falte a la verdad y dé razón documental de la existencia de aspectos tan importantes que comprometen su responsabilidad»*, paralelamente también se ha sostenido que el empleador tiene la posibilidad de desvirtuar su

contenido mediante una labor demostrativa y persuasiva sólida, que en el *examine* brilla por su ausencia.

En este caso, específico no entiende la Sala porque pasó por alto la falladora de primera instancia la certificación expedida por el empleador, pues no existe ninguna prueba dentro del expediente que permita desvirtuar su contenido y probar unos extremos diferentes a los allí consignados, los cuales no son otros que los pretendidos por el actor en su demanda.

Y es que si bien el empleador allegó tres contratos de prestación de servicios por los siguientes períodos: (i) del 16 de mayo del 2012 al 15 de mayo del 2013; (ii) del 2 de enero del 2014 al 31 de diciembre del 2014 y (iii) del 12 de enero del 2015 al 31 de marzo del 2015, con ellos no se logra desvirtuar la no solución de continuidad perseguida en la demanda, que se reitera fue certificada por la empresa accionada.

Adicionalmente, los testigos traídos al proceso también dan cuenta de la prestación del servicio por parte del actor durante el tiempo en que laboraron en ARCOMP S.A.S.. Es así como el testigo JHON JAIRO GARCÍA manifiesta que vio al actor prestando sus servicios para la demandada durante los 2 meses que laboró en el año 2011 en dicha empresa y el testigo DIEGO ALEJANDRO CAMACHO GARCÍA señaló que durante el tiempo que él laboró del año 2009 al 2012 el actor también se encontraba laborando en ARCOMP S.A.S..

En consecuencia, se declara la existencia de una única relación laboral entre el **2 de junio del 2009 al 4 de septiembre de 2015**.

Excepción de prescripción

Teniendo en cuenta que el contrato de trabajo estuvo vigente entre el 2 de junio del 2009 al 11 de marzo del 2015 y que la prescripción se interrumpió con la radicación de la demanda el 10 de agosto del 2017 (fol. 1), se debe declarar probada parcialmente la excepción de prescripción en relación a las acreencias laborales exigibles con anterioridad al **10 de agosto del 2014**.

Lo anterior, con excepción de las **cesantías** cuyo término se cuenta desde la finalización del contrato por ser la fecha en que se hacen exigibles (Criterio expuesto por la CSJ entre otras en la sentencia SL 472-2020), debiéndose declarar **no probada la excepción de prescripción** frente a esta acreencia.

Frente a los aportes a seguridad social debe señalarse que los mismos son imprescriptibles, como quiera que constituyen el capital indispensable para la consolidación y la financiación de la pensión de vejez del trabajador. (Criterio expuesto en la sentencia de la CSJ SL 5544-2019)

Acreencias laborales adeudadas

Sea lo primero recordar, que la demandada desde la contestación de la demanda aceptó la relación laboral, pero únicamente entre el 12 de marzo del 2015 al 4 de septiembre del 2015, interregno que le fue liquidado al actor, como se observa a folio 77, documento que demuestra que se le canceló la suma de \$256.784 por concepto de prestaciones sociales, salarios pendientes de cancelar y las vacaciones. Por tanto,

teniendo en cuenta que el accionante no manifestó ninguna inconformidad frente a dicha liquidación, esta Sala únicamente liquidará el período faltante **con anterioridad al 12 de marzo del 2015**, teniendo en cuenta la prescripción declarada anteriormente, para lo cual se tendrá como salario base de liquidación el correspondiente al mínimo legal vigente decretado por el Gobierno Nacional.

Por consiguiente, se procede a liquidar las acreencias laborales reclamadas frente a las cuales no existe ninguna prueba de que hayan sido canceladas al actor, de la siguiente manera:

Horas extras y nocturnas reclamadas

No es procedente impartir condena por concepto de horas extras, como quiera que el demandante no cumplió con su carga probatoria de demostrar cuáles y cuántas horas extras laboró durante la relación laboral en los términos exigidos por el art. 167 del CGP al cual nos remitimos por disposición expresa del art. 145 del CPT y de la SS, pues nuestra CSJ tiene sentado, entre otras, en la sentencia SL3709-2020 que es necesario demostrar la real y efectiva prestación de las mismas para que proceda su reconocimiento, pues no le es dable al juzgador hacer cálculos o suposiciones para deducirlas.

Auxilio de Cesantías

Todo empleador está obligado a pagar a sus trabajadores, y a las demás personas que se indican en este capítulo, al terminar el contrato de trabajo, como auxilio de cesantía, un mes de salario por cada año de servicios y proporcionalmente por fracción de año. (Art. 249 CST)

Para liquidar el auxilio de cesantías debe tomarse como base el último salario mensual, siempre y cuando éste no haya tenido variación en los 3 meses anteriores. En el caso contrario, y en el de los salarios variables se tomará como base el promedio mensual de lo devengado en el último año de servicios o en todo el tiempo servido si fuere menor de un año. (Art. 253 CST)

El auxilio de transporte forma parte de la base para liquidar el auxilio de cesantías, sin embargo, para que sea tomado en cuenta deberá demostrarse que fue percibido o que se reúnen los presupuestos contenidos en el art. 2º de la Ley 15 de 1959, esto es, devengar hasta 2 SMLMV, sin residir en el mismo lugar de trabajo, que el traslado no le implique un mayor costo o esfuerzo y que no le sea suministrado de manera gratuita por su empleador, supuestos que ni siquiera se enunciaron en la presente Litis y en consecuencia, no fueron debatidos judicialmente.

Una vez realizadas las operaciones aritméticas encuentra la Sala que la demandada le adeuda al actor la suma de **\$3'238.186,32** por concepto de auxilio de cesantías entre el 2 de junio del 2009 y el 11 de marzo del 2015.

Auxilio de Cesantías					
Auxilio de Cesantías	Salario	Auxilio de transporte	Tota (salario + auxilio de transporte)	Días laborados	Valor cesantías
2009	\$ 496.900,00	\$ 0,00	\$ 496.900,00	209	\$ 288.367,63
2010	\$ 515.000,00	\$ 0,00	\$ 515.000,00	360	\$ 515.360,00

2011	\$ 535.600,00	\$ 0,00	\$ 535.600,00	360	\$ 535.960,00
2012	\$ 566.700,00	\$ 0,00	\$ 566.700,00	360	\$ 567.060,00
2013	\$ 589.500,00	\$ 0,00	\$ 589.500,00	360	\$ 589.860,00
2014	\$ 616.000,00	\$ 0,00	\$ 616.000,00	360	\$ 616.360,00
2015	\$ 644.350,00	\$ 0,00	\$ 644.350,00	70	\$ 125.218,68
Total Auxilio de cesantías					\$ 3.238.186,32

Intereses a las cesantías y sanción por no pago de los intereses a las cesantías

Todo empleador que esté obligado al pago de cesantías deberá pagar a sus trabajadores intereses sobre las mismas, lo cual se encuentra vigente desde la Ley 52 de 1975, en la que se estipuló que:

"A partir del primero de enero de 1975 todo patrono obligado a pagar cesantía a sus trabajadores conforme al Capítulo VII Título VIII, Parte 1º. del Código Sustantivo del Trabajo y demás disposiciones concordantes, les reconocerá y pagará intereses del 12% anual sobre los saldos que, en 31 de diciembre de cada año, o en las fechas de retiro del trabajador o de liquidación parcial de cesantía, tenga este a su favor por concepto de cesantía.

2º. Los intereses de que trata el inciso anterior deberán pagarse en el mes de enero del año siguiente a aquel en que se causaron; o en la fecha del retiro del trabajador o dentro del mes siguiente a la liquidación parcial de cesantía, cuando se produjere antes del 31 de diciembre del respectivo período anual, en cuantía proporcional al lapso transcurrido del año.

3º. Si el patrono no pagare al trabajador los intereses aquí establecidos, salvo los casos de retención autorizados por la Ley o convenidos por las partes, deberá cancelar al asalariado a título de indemnización y por una sola vez un valor adicional igual al de los intereses causados.

4º. Salvo en los casos expresamente señalados en la ley, los intereses a las cesantías regulados aquí estarán exentos de toda clase de impuestos y serán irrenunciables e inembargable

Actualmente, se encuentran contenidos en el numeral 2 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, en el que se señala *"El empleador cancelará al trabajador los intereses legales del 12% anual o proporcionales por fracción, en los términos de las normas vigentes sobre el régimen tradicional de cesantía, con respecto a la suma causada en el año o en la fracción que se liquide definitivamente."*

Conforme a lo anterior, los trabajadores que tengan derecho al pago de cesantías tienen derecho a que se les pague un interés del 12% anual a más tardar el 31 de enero de cada año, sobre la suma que el trabajador cause por concepto de cesantías el año inmediatamente anterior.

El valor de los intereses será el resultado de multiplicar la suma que el trabajador cause por concepto de cesantías el año inmediatamente anterior, por la tasa de interés del 12% anual y se divide por 360 días.

Una vez realizadas las operaciones aritméticas encuentra la Sala que la demandada adeuda la suma de **\$88.989,36** por los intereses a las cesantías causados con posterioridad al 10 de agosto del 2014.

Intereses a las cesantías				
Cesantías año	Intereses a las cesantías causados	Días laborados	Valor cesantías	Valor intereses a las cesantías
2014	ene-15	360	\$ 616.360,00	\$ 73.963,20
2015	finalización relación laboral	70	\$ 125.218,00	\$ 15.026,16
Total Intereses a las cesantías				\$ 88.989,36

Prima de servicios

El empleador está obligado a pagar a su empleado la prima de servicios que corresponde a 30 días de salario por año, la cual deberá reconocerse en dos pagos, así: (i) 15 días de salario los cuales deberá pagar a más tardar el 30 de junio y (ii) los otros 15 días deberá cancelarlos los 20 primeros días de diciembre. Su reconocimiento se hará por todo el semestre trabajado o proporcionalmente al tiempo trabajado. (Art. 306 CST)

El salario base de liquidación es el promedio de lo devengado en el respectivo semestre o en lapso trabajado. El auxilio de transporte forma parte de la base para liquidar la prima de servicios, con la advertencia que se efectuó en el acápite de cesantías.

Una vez realizadas las operaciones aritméticas encuentra la Sala que se adeuda la suma de **\$433.218,68** por concepto de prima de servicios causadas con posterioridad al 10 de agosto del 2014.

Prima de servicios				
Prima causada	Salario	Auxilio de transporte	Tota (salario + auxilio de transporte)	Valor prima
dic-14	\$ 616.000,00	\$ 0,00	\$ 616.000,00	\$ 308.000,00
jun-15	\$ 644.350,00	\$ 0,00	\$ 644.350,00	\$ 125.218,68
Total Prima de servicio				\$ 433.218,68

Indemnización moratoria y sanción por no consignación de cesantías

Para resolver este problema jurídico, cumple recordar que conforme al artículo 65 del CST, si a la terminación del contrato, el empleador no paga al trabajador los salarios y prestaciones debidas, salvo los casos de retención autorizados por la ley o convenidos por las partes, debe pagar al asalariado, una indemnización moratoria. Por su parte, el art. 99 de la Ley 50 de 1990 establece que el empleador que no consigne las cesantías antes del 15 de febrero del año siguiente, deberá pagar a título de sanción un día de salario por cada día de retardo.

En relación con las indemnizaciones en mención, la jurisprudencia reiterada y pacífica de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia bajo el radicado 32529

del 5 de marzo del 2009 ha explicado que, las mismas no son una respuesta judicial automática frente al hecho objetivo de que el empleador, al terminar el contrato de trabajo, no cancele al trabajador la totalidad de salarios y prestaciones sociales adeudados o no consigne las cesantías en la fecha debida, por ello, ha insistido en que el juez debe, en cada caso, de acuerdo con el material probatorio, establecer si se revela o evidencia la buena fe de aquel frente a tal conducta omisiva.

Criterio que coincide con lo planteado por la Corte Constitucional, entre otras, en la sentencia T-459 del 2017, en la que señaló que la jurisprudencia constitucional establece que es posible eximir al empleador del pago de la indemnización moratoria cuando se compruebe que éste actuó de buena fe al momento de la terminación del contrato, esto es, que tenía la conciencia de haber obrado legítimamente y con ánimo exento de fraude.

Descendiendo al caso objeto de estudio, se advierte que no existe ninguna prueba dentro del expediente que permita establecer la buena fe en el actuar de la demandada, por el contrario, lo que dejó ver el presente proceso fue la intención de la empresa ARCOMP S.A.S. de disfrazar la existencia de una relación laboral a través de contratos de prestación de servicios, para con ello evadir su responsabilidad en el pago de prestaciones sociales y vacaciones.

Así las cosas, no encuentra la Sala ninguna prueba que permita evidenciar la buena fe de la demandada y, por ende, exonerarla del pago de la indemnización moratoria y de la sanción por no consignación de cesantías.

Cuantificación sanción por no consignación de las cesantías

El numeral 3º del art. 99 de la Ley 50 de 1990 establece que el valor liquidado por concepto de cesantía se consignará antes del 15 de febrero del año siguiente, en cuenta individual a nombre del trabajador en el fondo de cesantía que el mismo elija. El empleador que incumpla el plazo señalado **deberá pagar un día de salario por cada día de retardo.**

Una vez realizadas las operaciones aritméticas encuentra la Sala que se adeuda a la demandante la suma de **\$4'274.188,33** por sanción por no consignación de las cesantías.

Sanción por no consignación de cesantías					
Cesantías causadas	Cesantías (Fecha en que se debían consignar)	Salario	Día de salario	Días en mora	Valor Sanción
2014	15/02/2015	\$ 644.350,00	\$ 21.478,33	199	\$ 4.274.188,33
2015	se debían pagar a la finalización relación laboral	\$ 0,00	\$ 0,00	0	\$ 0,00
Total sanción por no consignación de las cesantías					\$ 4.274.188,33

Cuantificación indemnización moratoria

En cuanto a la indemnización moratoria, como quiera que el contrato de trabajo finalizó el 4 de septiembre del 2015 y el demandante devengaba un salario mínimo legal mensual vigente tiene derecho a que se le reconozca a título de indemnización moratoria un día de salario por cada día de mora hasta que las prestaciones sociales sean canceladas en su totalidad, de conformidad con lo preceptuado en el art. 65 del CST.

Por tanto, se condena a la demandada a pagar la suma de \$21.478 diarios a partir del 5 de septiembre del 2015 y hasta que se haga efectivo el pago de salarios y prestaciones sociales adeudados.

Indexación de las sumas adeudadas

En cuanto a la indexación de las sumas adeudadas no es procedente en el presente asunto, como quiera que la indexación de las prestaciones sociales resulta incompatible con la indemnización moratoria del artículo 65 del CST, conforme lo tiene sentado nuestra CSJ entre otras en la sentencia SL 4743-2020.

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 28 de mayo del 2019, por el Juzgado 6° Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este proveído, para en su lugar DECLARAR la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre el señor OSCAR JAVIER CAMACHO GARCÍA y la empresa ARCOMP S.A.S. entre el 2 de junio del 2019 al 4 de septiembre del 2015, cuyo salario pactado fue el mínimo legal vigente.

SEGUNDO: CONDENAR a la empresa ARCOMP S.A.S. a pagar las siguientes sumas de dinero:

- | | |
|-----------------------------|----------------|
| • Cesantías | \$3'545.970,83 |
| • Intereses a las cesantías | \$88.989,36 |
| • Prima de servicios | \$433.218,68 |

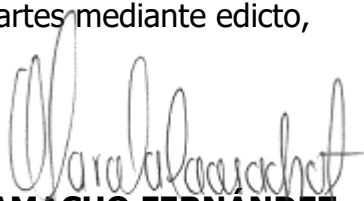
TERCERO: CONDENAR a la empresa ARCOMP SAS a pagar por concepto de indemnización moratoria **un día de salario por cada día de mora** hasta que las prestaciones sociales sean canceladas en su totalidad y por concepto de sanción por no consignación de cesantías la suma de **\$4'274.188,33**.

CUARTO: DECLARAR PARCIALMENTE probada la excepción de prescripción, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

QUINTO: ABSOLVER de las demás pretensiones de la demanda.

SEXTO: SIN COSTAS en esta instancia. Las de primera instancia quedan a cargo de la parte demandada.

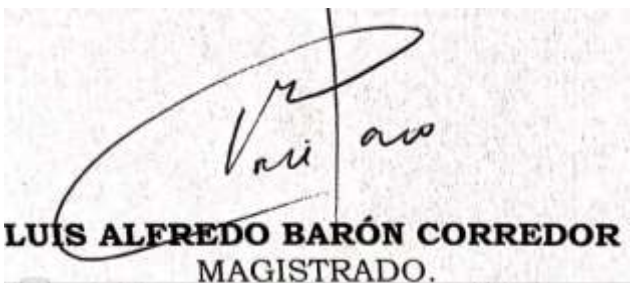
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE: LIDA VIANEY ENRIQUEZ DE ROJAS
DEMANDADO: COLPENSIONES, AFP COLFONDOS S.A., AFP PROTECCIÓN Y AFP PORVENIR
RADICACIÓN: 1100131050-11-2016-00339-01
ASUNTO: APELACIÓN SENTENCIA COLPENSIONES
TEMA: INEFICACIA TRASLADO

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

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 *"Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"*, se procede a proferir el siguiente,

AUTO

Se reconoce personería para actuar a la firma CAL & NAF ABOGADOS S.A.S., representada legalmente por la Dra. CLAUDIA LILIANA VELA, como apoderada principal de COLPENSIONES y al Dr. SAMUEL EDUARDO MEZA MORENO, como apoderado sustituto de dicha entidad, en los términos y para los efectos del poder conferido conforme lo dispone el art. 74 del CGP, el cual fue allegado junto con los alegatos mediante correo electrónico.

Se reconoce personería para actuar al Dr. FRANCISCO JOSÉ MOLANO ACHURY como apoderado sustituto de la AFP COLFONDOS, en los términos y para los efectos del poder conferido conforme lo dispone el art. 74 del CGP, el cual fue allegado mediante correo electrónico.

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Lida Vianey Enríquez de Rojas instauró demanda ordinaria contra Colpensiones, la AFP PORVENIR, la AFP PROTECCIÓN y la AFP COLFONDOS con el fin de que se declare la nulidad del traslado al RAIS. Como consecuencia, se ordene su retorno con efectos ex tunc al RPMPD, se devuelvan todos los valores que hubiera recibido por motivo de la afiliación como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora con todos sus frutos e intereses y asumir las mermas sufridas en el capital como gastos de administración, lo que resulte probado extra y ultra petita y las costas del proceso. (fol. 3 y s.s.).

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que para la época en que entró a regir la Ley 100 de 1993 se encontraba laborando en el sector público en el Hospital San Rafael de Facatativá; que se afilió al ISS desde el 1° de julio de 1995; que el 22 de noviembre de 1999 se trasladó a la AFP PORVENIR, quien no le brindó la información necesaria al momento del traslado; que en enero del 2001 se trasladó a la AFP COLFONDOS y en marzo del 2006 a la AFP ING hoy AFP PROTECCIÓN donde actualmente se encuentra vinculada.

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (fol. 240), sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de la AFP COLFONDOS. Contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda argumentando que no es procedente el traslado de la demandante, pues se encuentra dentro de la prohibición legal para los afiliados que les falte menos de 10 años para cumplir la edad necesaria para acceder a una pensión de vejez. Propuso como excepciones de fondo los de falta de legitimación en la causa por pasiva, prescripción, caducidad, ratificación de la causal de nulidad alegada, inexistencia del derecho reclamado y la genérica. (fol. 121 y s.s.)

4. Contestación de la AFP PROTECCIÓN S.A. Presentó contestación de la demanda señalando que se opone toda vez la demandante en el año 2006 se trasladó de manera libre y voluntaria desde la AFP COLFONDOS a dicha entidad, sin que exista constancia de una situación anómala o de algún tipo de constreñimiento. Propuso como excepción de mérito la de buena fe por parte de la demandada. (fol. 191 y s.s.)

5. Contestación AFP PORVENIR. Contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda argumentando que la afiliación de la demandante a dicha entidad es un acto válido en la medida que la demandante suscribió solicitud de vinculación a dicha entidad de manera libre, espontánea y sin presiones, luego de haber recibido la correspondiente asesoría. Indica que es importante tener en cuenta que la demandante no es beneficiaria del régimen de transición. Propuso como excepciones de fondo las de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia del derecho, inexistencia de la obligación, buena fe, ausencia de responsabilidad atribuible a la demandada y la genérica. (fol. 200 y s.s.)

6. Contestación de COLPENSIONES. Dio respuesta a la demanda señalando que se opone a todas y cada una de las pretensiones, toda vez que no existió una coerción al momento de su traslado al RAIS; que su traslado fue un acto voluntario y por lo tanto válido. Propuso como excepciones las de inexistencia del derecho, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad y la genérica. (fol. 241 y s.s.)

7. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 15 de septiembre del 2020, en la que el fallador de primera instancia declaró la ineficacia de la afiliación de la demandante al RAIS. Condenó a la AFP PROTECCIÓN sociedad en la cual la demandante se encuentra afiliada actualmente que traslade a COLPENSIONES todos los valores que se encuentran en la cuenta de ahorro individual de la demandante tales como aportes o cotizaciones, bonos pensionales que se hubiera solicitado, gastos de administración y sumas adicionales con

intereses y rendimientos. Ordenó a COLPENSIONES admitir el traslado y declaró no probada la excepción de prescripción. (CD fol. 317)

La decisión del Juez se basó en que quien tiene la carga probatoria es la AFP. Que no puede hablarse de que el traslado se realizó de manera libre y voluntaria como quiera que no se demostró haber brindado la información necesaria a la demandante, que no bastaba con la firma del formulario y que no importaba si la demandante era o no beneficiaria del régimen de transición.

8. Impugnación y límites del ad quem.

8.1. Recurso de apelación COLFONDOS. Interpuso recurso de apelación manifestando que la ineficacia es un hecho según el cual no ocurren los efectos del acto. Que conforme al art. 1501 del CC se necesita que concurren los elementos esenciales para dar validez a un acto. Que el artículo 1502 dice que se necesita que las partes sean capaces, consentimiento libre de vicio y un objeto y causa lícita. Que no se logró probar ningún vicio del consentimiento. Que estamos frente a un error de derecho que no vicia el consentimiento. Que la afiliación a Colfondos se dio conforme a la legislación y la jurisprudencia de la época en que se realizó el traslado. Que con la firma del formulario se demuestra que se brindó la información necesaria.

8.2. Recurso de apelación de la AFP PROTECCIÓN. Impugnó la decisión señalando que solicita se revoque lo relacionado con los gastos de administración y pólizas de seguros previsiones, las cuales se estipularon en la Ley 100 de 1993 y se ratificaron con la Ley 797 del 2003. Que se desconoce el principio de igualdad, pues se está olvidando y desconociendo la gestión realizada por la AFP. Que las demás entidades a las cuales estuvo afiliada la demandante no le trasladaron las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones, por lo que se debe condenar a dichas entidades para que sean ellas quienes devuelvan las sumas descontadas durante el tiempo en que la demandante estuvo afiliada en cada una.

8.3. Recurso de apelación de COLPENSIONES. Inconforme con la anterior decisión interpuso recurso de apelación señalando que con la decisión del fallador de primera instancia se afecta la sostenibilidad financiera. Solicita se ordene que se realice un cálculo actuarial para que garantice la financiación de la pensión de la demandante el cual debe estar a cargo ya sea del fondo privado o de la actora. Solicita se le absuelva de todas las pretensiones de la demanda.

9. Alegatos Decreto 806 del 2020

9.1. Alegatos demandante. Solicita se confirme la decisión proferida en primera instancia.

9.2. Alegatos AFP PORVENIR. Indica que la afiliación de la demandante al Fondo de Pensiones Obligatorias administrado por PORVENIR, es un acto válido en la medida en que fue efectuado de manera libre, espontánea y sin presiones, luego de haber recibido asesoría integral y completa sobre la decisión que iba a tomar, tal y como deja constancia, de manera expresa, la misma demandante al imponer su firma en el formulario de afiliación, como puede observarse en la documental obrante dentro del plenario.

9.3. Alegatos Colpensiones. Señala que lo pretendido por el accionante debe probarse en el proceso. Que no se probó ningún vicio del consentimiento. Que con la decisión de aceptar la ineficacia del traslado se ve afectada la sostenibilidad financiera.

9.4. Alegatos AFP PROTECCIÓN. Solicita se revoque la condena impuesta en cuanto a la devolución de los gastos de administración y el pago de las pólizas de los seguros provisionales, toda vez que dicha devolución va en contravía de una norma superior, como lo es la Ley 100 de 1993. Que los gastos de administración se descuentan tanto en el RAIS como en el RPMPD, por lo que no es procedente hacer devolución de los mismos. Que se está desconociendo la gestión que hizo la administradora de pensiones.

9.5. Alegatos AFP COLFONDOS. Señaló que no es procedente declarar la ineficacia del traslado como quiera que la demandante no es beneficiaria del régimen de transición, ni cumple con los requisitos establecidos por la Corte Constitucional en la sentencia SU 062 del 2010 y SU 130 del 2013. Que la demandante se encuentra dentro de la prohibición legal de trasladarse cuando le falten menos de 10 años. Que no se probó ningún vicio del consentimiento y que cualquier acción tendiente a declarar la nulidad del traslado se encuentra prescrita.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurso de apelación interpuesto por la AFP COLFONDOS, la AFP PROTECCIÓN y COLPENSIONES se estudiarán de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por los recurrentes y se estudiará en consulta en favor de Colpensiones en lo que le haya sido desfavorable y no haya sido apelado.

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar el siguiente **problema jurídico principal** ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por la accionante? Para lo cual se abordarán los siguientes problemas **jurídicos secundarios**: (i) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP PRIVADA hubiera omitido su deber de información al momento en que la accionante se trasladó de régimen? (ii) ¿Se debe probar la existencia de un vicio del consentimiento para que proceda la declaratoria de ineficacia del traslado?; (iii) ¿La AFP privada está obligada a devolver a Colpensiones las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos?; (iv) ¿Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante? (v) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita?

Ineficacia del traslado de régimen - no nulidad del traslado

Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, debe precisar la Sala que si bien en la demanda se solicitó la nulidad del traslado de régimen por falta de requisitos legales y error al momento de suscribir la actora el formulario de afiliación, lo cierto es, que tal y como lo manifestó el fallador de primera instancia, el estudio

del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su ineficacia y no desde la nulidad, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 ibidem, por tanto, resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, como lo pretende el apoderado de la AFP COLFONDOS, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado N.º 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que mantiene actualmente entre otras en la sentencia SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

Afiliación, cotización y traslado

Se encuentra acreditado en el plenario que la señora **LIDA VIANEY ENRIQUEZ DE ROJAS** cotizó al ISS desde 1º de julio de 1995 al 31 de diciembre de 1999, conforme aparece en la historia laboral expedida por Colpensiones (fl. 255); que se trasladó a la AFP PORVENIR el día 22 de noviembre de 1999, como aparece en formulario de afiliación (fl. 216), que posteriormente, se trasladó el 20 de febrero del 2005 a la AFP COLFONDOS (fol. 140) y, finalmente el 29 de marzo del 2006 se trasladó a la AFP SANTANDER hoy AFP PROTECCIÓN, conforme aparece en el formulario de vinculación (fol. 199)

Carga probatoria y deber de información

No se controvierte en esta instancia que la carga probatoria recae en cabeza de la AFP privada, lo cual no fue objeto de alzada por ninguna de las partes.

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 1999- la CSJ ha señalado que las AFP debían hacer una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado.

La información en los términos anotados no fue brindada por parte de la AFP PORVENIR S.A. como acertadamente lo encontró el fallador de primera instancia, pues no existe ninguna prueba dentro del expediente que permita inferir que para el momento del traslado se le dio explicación a la señora **Lida Vianey Enríquez de Rojas**, acerca de las diferentes modalidades de pensión, su cálculo, las pérdidas o ganancias en lo que al rendimiento podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, el porcentaje que se destina para gastos de administración y seguros previsionales, los casos en que procede la devolución de aportes, las variables que podía tener la prestación con el paso del tiempo y demás aspectos a los que se hizo mención, los cuales se han dejado sentados por nuestra CSJ en una sólida línea jurisprudencial frente al tema. Ni tampoco lo confesó la demandante al absolver su interrogatorio de parte.

Adicionalmente es necesario indicar que, la Sala no desconoce que para el momento en que la demandante se trasladó al RAIS se encontraba vigente el Decreto 692 de

1994 “Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 100 de 1993” en cuyo artículo 11 señala que para adelantar el proceso de vinculación a la AFP se debe diligenciar el formulario previsto por la Superintendencia Bancaria y que en el mismo deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones, siendo posible que el formulario contenga la leyenda preimpresa en ese sentido, sin embargo, como lo ha indicado la CSJ desde la sentencia bajo el radicado N.º 31989 del 2008, la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994 y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo impone el art. 1603 del C.C.

Señaló además la Corte en la sentencia SL 2324-2019 al reiterar la sentencia bajo el radicado N.º 33.083 del 2011, que por la doctrina se han elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de transparencia, vigilancia y el deber de información; éste último –información- debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Por tanto, la AFP sí estaba en la obligación de proporcionar a la demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarla como potencial afiliada, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarla de tomar una opción que claramente le perjudica, lo cual no hizo la **AFP PORVENIR** quien ni siquiera se opuso al fallo proferido en primera instancia.

Devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos

Frente al tópico encaminado a determinar si las AFP privadas están obligadas a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adoctrinado, entre otras, en la sentencia SL 14911-2019, que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, **junto con los rendimientos financieros**. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad **a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades**, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones. (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019)

Conforme a lo anterior, se adicionará el fallo para establecer que no sólo la AFP PROTECCIÓN debe hacer la devolución de las sumas descontadas por concepto de gastos de administración y comisiones, sino también las demás AFP a las cuales estuvo afiliada la demandante, cada una de ellas por el tiempo en que la señora Enríquez estuvo afiliada.

Aceptación de aportes y activación de la afiliación

En relación con el asunto que gira en torno a establecer si Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante, es necesario precisar, que al quedar sin efecto su afiliación al RAIS es claro que su vinculación con COLPENSIONES quedó incólume de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de las AFP los aportes efectuados por la accionante a ésta a fin que reposen en la historia laboral de la administradora de pensiones Colpensiones, quien está en la obligación de activarlos en el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en la sentencia SL4360 de 2019

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, ni afecta su **sostenibilidad financiera**, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante de manera íntegra a COLPENSIONES, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y comisiones los cuales deberá asumir las AFP PRIVADAS de sus propias utilidades, pues, al dejarse sin valor y efecto la afiliación, esta declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al régimen, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia-)

Excepción de prescripción

Se debe precisar que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible y así se dejó sentado por nuestra H. Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL1421 de 2019 y SL1689 de 2019.

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral tercero de la sentencia proferida el 15 de septiembre del 2020, por el Juzgado 11 Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia, para establecer que la AFP PROTECCIÓN únicamente está obligada a devolver las sumas descontadas a la señora LIDA VIANEY ENRÍQUEZ DE ROJAS por concepto de gastos de administración y comisiones por el tiempo que estuvo afiliada a dicha entidad.

SEGUNDO: ADICIONAR la sentencia apelada y consultada para CONDENAR a la AFP COLFONDOS y a la AFP PORVENIR a obligada a devolver las sumas descontadas a la señora LIDA VIANEY ENRÍQUEZ DE ROJAS por concepto de gastos de administración y comisiones por el tiempo que estuvo afiliada en cada una de ellas.

TERCERO: CONFIRMAR en todo lo demás.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

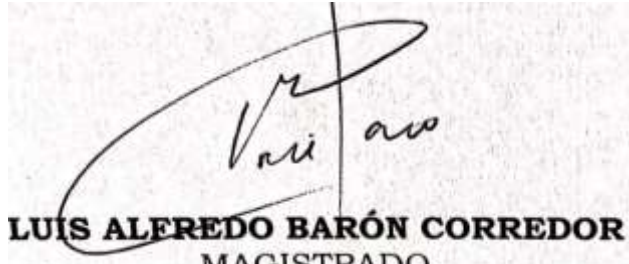
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUIS ALEREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE: DEAVY ALEXANDER MAZO
DEMANDADO: CENCOSUD COLOMBIA S.A.
RADICACIÓN: 1100131050-09-2016-00374-01
ASUNTO: CONSULTA DEMANDANTE
TEMA: CONTRATO DE TRABAJO -NIVELACIÓN SALARIAL

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

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 "*Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica*", se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Deavy Alexander Mazo instauró demanda ordinaria contra CENCOSUD COLOMBIA S.A. con el fin de que se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo entre el 21 de julio del 2006 al 30 de julio del 2014, el cual finalizó por causa imputable al empleador. Que se declare que con ocasión de su nombramiento como Director de Tienda se le debió reconocer la asignación salarial interna de la empresa o el equivalente a la remuneración devengada por su antecesor u otro homologo que recibió el mismo cargo, la cual se estima en \$8'008.000. Que se declare que existió un despido indirecto teniendo en cuenta que se le desconoció el salario que debía devengar con ocasión de su ascenso. Que debía liquidarle su contrato teniendo como salario el promedio de los últimos 3 meses lo cual arroja la suma de \$7'366.400. Como consecuencia, se condene a la reliquidación de sus prestaciones sociales, indemnización por terminación del contrato de trabajo, ajustes a pagos de seguridad social, lo que resulte probado extra y ultra petita y las costas del proceso. (fol. 36 y s.s.).

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que el 21 de julio del 2006 suscribió contrato de trabajo con la demandada mediante un contrato de trabajo a término fijo de 3 meses; que fue contratado para desempeñar el oficio de auxiliar de informática en las instalaciones de la entidad demandada; que el 22 de noviembre del 2006 mediante otro sí las partes decidieron pasar el contrato de trabajo a término indefinido; que fue promovido salarial y profesionalmente en varios cargos de la empresa; que la labor la ejecutó de manera personal; que siempre atendió las instrucciones del empleador; que nunca se le hizo un llamado atención; que el 12 de mayo del 2014 el Director de Operaciones Tiendas Jumbo y Metro envió un correo

electrónico institucional copiado a todos los gerentes y Directores de las diferentes tiendas JUMBO y demás gerencias de la organización informando que el actor había sido promovido a Director de Tienda a partir del 19 de mayo del 2014; que el 2 de junio del 2014 realizaron una reunión donde asistieron todos los Directores y Gerentes de las tiendas de la región Bogotá SUR incluyendo Neiva, Ibagué y Villavicencio; que el Director Regional de la región metro Bogotá Sur le notificó verbalmente que se realizaron nuevos cambios y movimientos internos de la empresa entre los que se encontraba que el demandante ya no pasaba a la sede Metro Jordán Ibagué, sino que se quedaba en Bogotá en el Almacén Metro Bogotá San Cayetano; que se le informó también que la señora Nelly Orjuela quien era directora de tienda de Villavicencio iba a ser trasladada a Metro Jordán Ibagué; que con motivo del nombramiento que se le revocó al actor, este tuvo que trasladarse desde la ciudad de Sogamoso (Boyacá) hacia la ciudad de Bogotá; que el 30 de julio del 2014 el demandante procedió a entregar una carta a la demandada solicitando la terminación de su contrato de trabajo por justa causa imputable al empleador y la correspondiente liquidación, apoyado en el art. 62 literal b); que la demandada negó liquidar el contrato del actor sobre la base salarial correspondiente al cargo de director de tienda.

2. Contestación de la demandada. Contestó aceptando la existencia de la relación laboral, los extremos del mismo y los cargos desempeñados. Se opone a que se declare la nivelación salarial a la suma de \$8'000.000, pues el salario que se le asignó fue de \$4'800.00, el cual obedeció y estuvo acorde al cargo desempeñado de acuerdo al establecimiento de comercio del cumpliría las labores como Director de Tienda. Que existen criterios utilizados por la demandada para fijar la asignación mensual de los distintos directores de tienda, sin que esto vulnere el derecho de igualdad. Que se opone a la pretensión dirigida a que se declare que existió un despido indirecto, pues en ningún momento se hizo un ascenso del demandante, sino un movimiento geográfico en cuanto al sitio que debía prestar los servicios para los cuales fue contratado, lo cual es totalmente válido en virtud del ius variandi. Que la liquidación final del contrato se realizó con el salario devengado por el actor. Que no existe ninguna prueba de que las partes hayan pactado un salario de \$8'000.000; que el salario del cargo para el que fue contratado era de \$4'800.000. Que la demandada pagó todas las acreencias laborales del actor. Propuso como excepciones de fondo las de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, pago, prescripción y la genérica. (fol. 112 y s.s.)

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 9 de mayo del 2019, en la que el fallador de primera declaró que entre las partes existió una relación laboral entre el 21 de julio del 2006 y el 30 de julio del 2014 en el cual el actor desempeñó el cargo de Gerente General de Tienda Sana Cayetano y devengó un salario de \$4'800.000 y se absolvió a la demandada de las demás pretensiones de la demanda.

(CD fol. 219)

Su decisión se basó en que no se discute la existencia de una relación laboral entre las partes y los extremos de la misma. Tampoco se controvierte que al actor se le comunicó que había sido designado como Directo de Tienda en Ibagué, sin embargo, ese traslado no se realizó y lo terminaron trasladando como Director de Tienda de Metro San Cayetano (Bogotá). Que la demandada logró probar que la diferencia de sueldo con un Director de Tienda que gana \$8'008.000 con el del actor es que, aunque todos los Directores de Tienda tienen las mismas funciones, el salario depende de la tienda que tienen a su cargo, los metros de la tienda, el personal que tienen a cargo y las ventas que maneja cada tienda. Que se probó que el salario de los Directores de tienda oscila entre \$2.562.000 y \$15.556.900 pesos; por lo que hay razones objetivas para que no todos los Directores de Tienda ganen el mismo salario.

En cuanto al despido indirecto consideró que no se encuentra que la causal invocada esté catalogada como justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo por parte del trabajador, pues no se probó que haya existido algún engaño en la suma pagada como salario. Que se probó que la demandada le pagó al actor todas las acreencias laborales a las que tenía derecho durante la relación laboral.

4. Impugnación y límites del ad quem.

Ninguna de las partes presentó recurso de apelación, por lo que el presente proceso se conoce en consulta en favor del demandante.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El presente proceso se conoce en consulta en favor del demandante de conformidad a lo establecido en el art. 69 del CPTSS.

Los **problemas jurídicos** que centra la atención de la Sala consisten en establecer: (i) ¿El salario del actor debe nivelarse con el salario devengado por los demás Gerentes Generales de Tienda de la demandada? y (ii) ¿Se debe declarar que existió un despido indirecto y, por tanto, condenar al pago de la indemnización por despido sin justa causa?

Contrato de trabajo y sus extremos

No se discute en esta instancia, que entre el señor Deavy Alexander Mazo y CENCOSUD COLOMBIA S.A. existió un contrato de trabajo a término indefinido entre el 21 de julio del 2006 y el 30 de julio del 2014, hechos que fueron aceptados por la demandada desde la contestación de la demanda y se corroboran con el contrato de trabajo celebrado entre las partes (fol. 4 y s.s.), el otro sí al contrato de trabajo (fol. 26) y la renuncia presentada por el actor.

De la nivelación salarial

El artículo 143 del CST, modificado por el artículo 7° de la ley 1496 del 2011, establece que: *"A trabajo igual desempeñado en puesto, jornada y condiciones de eficiencia también iguales, debe corresponder salario igual, comprendiendo este todos los elementos a los que se refiere el artículo 127"*.

No obstante, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en su jurisprudencia ha indicado que *"(...) es legítimo que existan diferencias razonables en la remuneración de los trabajadores, siempre y cuando estén fundadas en razones objetivas, como el régimen jurídico que se les aplica o sugeridas de aspectos relativos a la cantidad y la calidad de trabajo realizado, tales como la antigüedad del trabajador, la capacidad profesional, las condiciones de eficiencia, el rendimiento, la jornada laboral"* (SALA LABORAL CSJ RAD. 29.468 DEL 3 DE AGOSTO DE 2007)

Señala además, nuestra CSJ en la sentencia SL17442 del 2014, reiterada en la SL 15023-2016, frente al tema de la carga probatoria en este tipo de procesos, que al trabajador que pretenda una nivelación salarial por aplicación del principio «a trabajo

igual salario igual», le corresponde demostrar el «puesto» que desempeña y la existencia de otro trabajador que desempeña o desempeñó el mismo puesto o cargo con similares funciones y al empleador le corresponde –dado que está en mejores condiciones para producir la prueba–, justificar la razonabilidad de dicho trato.

Caso Concreto

En el presente caso esta probado que el señor Deavy Alexander Mazo desempeñó el cargo de Gerente General de Tienda en el almacén Metro Bogotá San Cayetano recibiendo una asignación salarial de \$4'324.400, lo cual no controvierte la empresa demandada.

Ahora, el actor pretende una nivelación salarial, sin embargo, en los hechos de la demanda no manifiesta con que trabajador pretende se le nivele su salario, entendiendo esta Sala, al igual que lo hizo el fallador de primera instancia, que lo que pretende el actor es que se nivele su salario al de los demás trabajadores que ostentan al igual que él, el cargo de Gerente General de Tienda en la demandada, los cuales perciben una asignación salarial de \$8'008.000.

Planteado lo anterior, le corresponde al empleador justificar la razonabilidad de dicho trato, explicando por qué de la diferencia de salario entre los diferentes Gerentes Generales de Tienda.

Para éste fin arrimó la declaración de la señora Francy Helena García Gaitán Gerente de Recursos Humanos de la demandada desde enero del 2013, testigo que no fue objeto de tacha de sospecha por la parte activa y quien fue clara al señalar que la asignación salarial para el cargo de Gerente de Tienda, que fue el último cargo desempeñado por el actor, oscila aproximadamente entre 4 millones y 20 millones y que si bien todos los Gerentes de Tienda tienen básicamente las mismas funciones, la justificación para que devenguen un salario diferente, radica en que la demandada asignó una escala salarial conforme a los clúster de negocios, es decir, conforme a las cifras de venta de cada almacén, así como también se tiene en cuenta para la asignación salarial del gerente General de tienda, los metros cuadrados que tiene la tienda asignada y el personal a su cargo; explica que no es lo mismo tener 50 personas a cargo que tener 400 personas, ni tampoco es lo mismo estar asignado a una tienda que vende 800 millones a una tienda que vende más de \$12.000 millones.

Y es que conforme se observa en el listado visible a folio 201 y s.s. no todos los gerentes de Tienda tienen la misma asignación salarial; este documento refleja que los salarios oscilan entre \$2'562.000 y \$15'566.900. Así mismo, a folio 203 aparecen los tamaños de tienda, encontrando que la demandada clasifica sus tiendas dependiendo el promedio de las ventas en 4 gamas, pequeña, mediana y grande, catalogando al almacén Metro San Cayetano como una empresa pequeña, por el promedio de ventas que maneja esa sucursal. Adicionalmente, dependiendo el promedio de ventas de la sucursal se encuentra asignado el salario asignado para el cargo de Gerente General de Tienda, que para el caso del almacén en el que se encontraba el actor oscilaba entre 4 a 5.5 millones de pesos en el año 2017.

Conforme a lo anterior, considera la Sala que las diferencias que existen en la remuneración de los diferentes Gerentes Generales de Tienda de la demandada están fundadas en razones objetivas y no en motivos de nacionalidad, sexo, edad, religión, opinión política o actividad sindical, pues se encontró demostrado que tal diferencia

estaba respaldada en las diferencias que presentan los almacenes que maneja la demandada, asignación salarial que se realiza en consideración a los metros cuadrados de cada tienda, el personal a su cargo y el volumen de ventas. Siendo claro también, como lo refiere la testigo enunciada precedentemente, que dependiendo de la experiencia laboral y académica se asigna el almacén en que se prestará el servicio y, por tanto, la asignación salarial a la que tiene derecho.

En consecuencia, considera la Sala acertada la decisión del fallador de primera instancia de absolver de esta pretensión, pues se reitera que la diferencia salarial entre los diferentes Gerentes de Tienda no son producto del arbitrio del empleador o de odiosas diferencias originadas en el sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica del trabajador, tal y como lo prohíbe el artículo 13 de la CP y lo consagran los convenios 100 y 111 de la OIT ratificados por Colombia.

Teniendo en cuenta que no se accede a la nivelación salarial, no hay lugar a reliquidar salarios, prestaciones sociales, vacaciones y aportes a la seguridad social.

De la Indemnización por despido sin justa causa (despido indirecto)

El artículo 61 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 6º del Decreto 2351 de 1965 y subrogado por el 5º de la Ley 50 de 1990 consagró en su literal h) que una forma de terminación del contrato de trabajo sería la «*decisión unilateral*» tanto del trabajador como del empleador.

En cuanto al Despido indirecto o renuncia motivada nuestra CSJ ha señalado, entre otras, en la sentencia SL 4886-2020 que se presenta en los casos en que el trabajador se ve obligado a finalizar unilateralmente el vínculo, aun sin desearlo, viéndose compelido a ello por haber incurrido el empleador en alguna de las justas causas previstas en el literal B) del artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el 7º del Decreto 2351 de 1965. Señalando además que:

"...si es el empleador quien toma la determinación de finalizar el contrato de trabajo de forma unilateral, podrá hacerlo, atendiendo alguna de las justas causas para ello imputables al trabajador en los términos del literal A) del último artículo citado, o sin justa causa si, precisamente, carece de aquella motivación, asumiendo las consecuencias pecuniarias previstas en el artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo.

*Ahora bien, **cuando la decisión del trabajador corresponde a una renuncia motivada, aquel estará en la obligación de demostrar los hechos en los que se funda y que imputa al empleador**, caso en el cual, de lograrlo, la consecuencia no será otra sino desatar los efectos económicos que están previstos para el despido injusto a cargo del empleador en los términos del citado artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo o aquellos pactados extralegalmente por las partes.*

*Precisamente, sobre la terminación unilateral del contrato de trabajo por parte del trabajador, con justa causa, o lo que es lo mismo, el «despido indirecto», la Sala ha tenido la oportunidad de pronunciarse en el sentido de señalar que se configura 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 62 del Código Sustantivo del Trabajo y, aunque, en principio se ha señalado que al trabajador le basta con acreditar la terminación del contrato de trabajo para impetrar judicialmente los efectos de su terminación injusta, en este caso también **le***

corresponde demostrar que la decisión de renunciar obedeció a justas causas o motivos imputables al empleador.

Pero si este último, a su vez, alega hechos con los cuales pretende justificar su conducta, es incuestionable que le corresponde el deber de probarlos; situación muy diferente acontece cuando es el empleador quien rompe el vínculo contractual en forma unilateral invocando justas causas para esa decisión, en cuyo caso el trabajador sólo tiene que comprobar el hecho del despido y el empresario las razones o motivos por él señalados (CSJ SL16561-2017, CSJ SL12499-2017, CSJ SL15927-2017, CSJ SL16281-2017, CSJ SL16373-2017, CSJ SL14877-2016, CSJ SL14877-2016, CSJ SL, 22 abril 1993 radicado 5272, reiterada en sentencia CSJ SL, 9 agosto 2011, radicado 41490 y CSJ SL18344-2016)."

En el *sub judice*, el texto de la renuncia presentada por el accionante señala:

"Por medio de la presente me permito comunicarles que he decidido dar por terminado el contrato de trabajo con justa causa imputable a la empresa.

Esta terminación es efectiva a la finalización de la jornada de trabajo del día de hoy 30 de julio del 2014.

Para esta decisión me apoyo en lo establecido en el Código Sustantivo del trabajo en su artículo 62, literal B) por parte del trabajador numeral 1. El haber sufrido engaño por parte del patrono, respeto de las condiciones del trabajo; 6. El incumplimiento sistemático sin razones válidas por parte del patrono, de sus obligaciones convencionales o legales; 8. Cualquier violación grave de las obligaciones o prohibiciones que incumben al patrono, de acuerdo con los artículos 57 y 59 del Código Sustantivo del Trabajo, o cualquier falta grave calificada como tal en pactos o convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos.

Estas causales tienen fundamento en los siguientes hechos:

1. El día 12 de mayo del 2014 el señor CRISTIAN SIEGMUD, en su calidad de Director de Operaciones tienda Jumbo Cencosud Colombia, a través de un comunicado me informó un cambio en mi contrato de trabajo al pasar de Gerente General de Metro Sogamoso a ser Director Metro Avenida Jordán – Ibagué.

*2. El día 3 de junio llegue a Bogotá donde en Comité Regional el señor Alejandro Patiño actual Director de la Región Bogotá Sur me comunicó de manera verbal que yo ya no iba para Ibagué como Director, por el contrario que me dejaban en Bogotá en la tienda Metro San Cayetano, **pero sin aclarar las condiciones salariales.***

El día 26 de junio de 2014 los señores CRISTIAN SIEGMUD en su calidad de Director de Operaciones Tiendas Jumbo y DAVID TORRES en su calidad de Director de operaciones tiendas Metro Cencosud Colombia mediante comunicado me informaron efectivamente el cambio anunciado en el punto dos, sobre el desmejoramiento de mis condiciones laborales, pues el nombramiento como Director fue echado para atrás.

Posteriormente, recibo carta donde me hablan de nivelación salarial a partir del 1º de junio del 2014, pero no como Director según lo anunciado el pasado 12 de mayo de los corrientes, lo cual considero una violación grave a mis derechos laborales previamente adquiridos". (fol. 13),

En este punto, debemos recordar que entre las justas causas para dar por terminado el contrato de trabajo por parte del trabajador de conformidad a lo establecido en el

art. 62 CST subrogado por el artículo 7° del decreto 2351 de 1965, se encuentran las siguientes:

"1. El haber sufrido engaño por parte del trabajador, mediante la presentación de certificados falsos para su admisión o tendientes a obtener un provecho indebido.

6. 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, o cualquier falta grave calificada como tal en pactos o convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos.

8. Cualquier violación grave de las obligaciones o prohibiciones que incumben al patrono, de acuerdo con los artículos 57 y 59 del Código Sustantivo del Trabajo, o cualquier falta grave calificada como tal en pactos o convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos..."

Por su parte el numeral 2° del art. 57 del CST establece entre las obligaciones especiales del patrono:

"4. Pagar la remuneración pactada en las condiciones, períodos y lugares convenidos."

De la carta de terminación del vínculo laboral presentada por el actor, entiende la Sala que la renuncia se presenta no por el hecho de que inicialmente se le había informado que iba a ser Gerente General de la Tienda Jordán de Ibagué y que posteriormente, al llegar a la ciudad de Bogotá, se le asigna la tienda Metro San Cayetano en esta ciudad, pues el actor aceptó laborar en Bogotá; su inconformidad radica en la asignación salarial que recibió al desempeñar el cargo de Gerente General en Metro San Cayetano, percibiendo la suma de \$4'324.400 y no de \$8'008.000 que era la devengada por Gerentes Generales de otras tiendas de la demandada.

Ahora, siendo su carga probatoria el actor no demostró haber sufrido un engaño por parte del empleador, pues no existe ninguna prueba dentro del expediente que permita inferir que el dador del laborio le había prometido un salario de \$8'008.000, pues de ello no da cuenta los documentos, ni los testimonios aportados a la presente Litis. Por el contrario, los testigos Darlington Muñoz y Adriana Rocío Ortega, manifestaron que para laborar en la Tienda de Ibagué se le había ofrecido al actor como asignación salarial la suma de \$4'324.400, que fue el salario que le sostuvo la empresa en Bogotá.

Analizado en conjunto el material probatorio recaudado se evidencia que la demandada pagó al actor su salario conforme al rango salarial que tiene determinado para la tienda San Cayetano, la cual está catalogada como una tienda pequeña. Y es que precisamente, conforme lo manifestó la testigo Francy Helena García Gaitán, Gerente de Recursos Humanos de la accionada, no fue remitido a la Tienda de Jordán de Ibagué en atención a que aún no cumplía con el perfil para ese cargo, dada su poca experiencia y, por tanto, se asignó a otra persona para ese cargo.

En consecuencia, no encuentra la Sala probada la justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo, pues de las pruebas allegadas como son los comprobantes de pago y la liquidación de su contrato, lo que se observa es que el empleador cumplió con todas las obligaciones que tenía a su cargo y que la asignación recibida correspondía al rango salarial que tiene la demandada para los Gerentes Generales de sus diferentes tiendas.

Virtud de lo dicho no queda otro camino que confirmar la absolución impartida en primera instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 9 de mayo del 2019, por el Juzgado 9° Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este proveído

SEGUNDO: SIN COSTAS en este grado jurisdiccional.

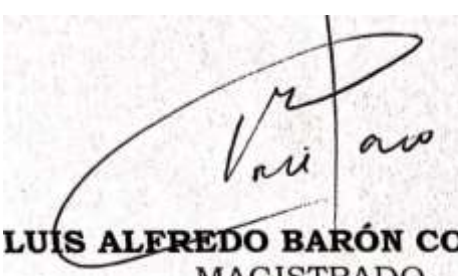
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

*Se suscribe con firma escaneada por emergencia sanitaria y estado de emergencia
Res. 380 y 885/20 Min. Salud y Protección Social y D. 417/20*



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE: MARIA CLEMENCIA DIAZ TORRES
DEMANDADO: COLPENSIONES
RADICACIÓN: 1100131050-35-2017-00351-02
ASUNTO: APELACIÓN SENTENCIA COLPENSIONES
TEMA: PENSIÓN DE SOBREVIVIENTE

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

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 *"Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"*, se procede a proferir el siguiente,

AUTO

Se reconoce personería para actuar a la Dra. LEIDY CAROLINA FUENTES SUÁREZ como apoderada sustituta de Colpensiones, en los términos y para los efectos del poder conferido conforme lo dispone el art. 74 del CGP, el cual fue allegado mediante correo electrónico.

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. María Clemencia Díaz Torrez en calidad de compañera permanente instauró demanda ordinaria contra COLPENSIONES con el fin de que se declare que tiene derecho a la pensión de sobrevivientes del Sr. Gildardo Hernando Hernández (q.e.p.d). Como consecuencia, solicita se condene a Colpensiones a reconocer y pagar el respectivo retroactivo pensional desde el 13 de junio de 2015 hasta su inclusión en nómina, junto con los intereses moratorios, la indexación de las mesadas adeudadas, las costas del proceso y lo que resulte probado extra y ultra petita. (fol. 4 y s.s. exp. digital).

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que: el día 13 de junio de 2015 falleció el Sr. Gildardo Hernando Hernández; que el 25 de junio de 2015 se presentó a Colpensiones a reclamar la pensión de sobreviviente en calidad de compañera permanente; que mediante la resolución GNR 272055 del 4 de septiembre de 2015 resolvió negar la pensión de sobreviviente, por existir controversia entre las solicitantes Ana Amanda Neira Cifuentes y María Clemencia

Díaz Torres, hasta que se determine quien es la beneficiaria; que la Sra. María Clemencia Díaz Torres convivió con el Sr. Gildardo Hernando Hernández por más de 5 años; que convivieron bajo el mismo techo hasta el día de su muerte, siendo reconocida su relación de manera pública por sus amigos, vecinos, personal médico y hospitalario; que fue la persona que cuidó y acompañó hasta su fallecimiento al señor Hernández; que Colpensiones le reconoció al Sr. Gildardo Hernando Hernández una pensión de vejez mediante la resolución No 41433 del 17 de junio de 2003; que la demandada le adeuda las prestaciones aquí reclamadas.

2. Auto admisorio de la demanda. Mediante auto del 18 de agosto del 2017 el fallador de primera instancia admitió la demanda en contra de COLPENSIONES y ordenó vincular a la señora ANA AMANDA NEIRA CIFUENTES como interviniente ad excludendum. (fol. 59).

3. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (fol. 61), sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

4. Contestación de COLPENSIONES. Contestó la demanda señalando que se opone a todas y cada una de las pretensiones, que Colpensiones carece de competencia para resolver de fondo el derecho reclamado, por existir controversia entre beneficiarios de la pensión de sobreviviente por el fallecimiento del señor Hernández. Propuso como excepciones de mérito las de prescripción, inexistencia del derecho reclamado, buena fe, cobro de lo no debido y la genérica. (fol. 65 y ss.)

5. Demanda de intervención ad excludendum. Ana Amanda Neira Cifuentes en calidad de conyugue supérstite del Sr. Gildardo Hernando Hernández instauró demanda de intervención ad excludendum en contra COLPENSIONES con el fin de que se declare que es beneficiaria de la pensión de sobreviviente en forma vitalicia y en la proporción del 100%; que se niegue la pensión de sobreviviente solicitada por la demandante María Clemencia Díaz Torres; que se condene a Colpensiones a reconocer y pagar el respectivo retroactivo pensional, desde el 13 de junio de 2015 hasta su inclusión en nómina, junto con los intereses moratorios, la indexación de las mesadas adeudadas, las costas del proceso a Colpensiones y a la señora María Clemencia Díaz Torres, y lo que resulte probado extra y ultra petita. (fol. 165 y s.s. exp. digital).

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que: el 13 de junio de 2015 falleció el Sr. Gildardo Hernando Hernández (q.e.p.d.); que el 14 de agosto de 2015 se presentó ante Colpensiones a reclamar la pensión de sobrevivientes en su calidad de cónyuge; que mediante la resolución N° 27255 del 4 de septiembre de 2015 Colpensiones resolvió negar la pensión de sobreviviente solicitada; que fue vinculada como tercera ad excludendum mediante auto del 18 de agosto de 2017; que contrajo matrimonio con el Sr. Gildardo Hernando Hernández (q.e.p.d.) el día 22 de diciembre de 1975 ante el Juzgado Tercero Municipal del Chorrillo (República de Panamá); que el mencionado matrimonio fue registrado en la notaría primera de Bogotá el día 13 de febrero del año 2018, el cual se encuentra en trámite para la expedición del documento en donde consta el registro; que Ana Amanda Neira y el causante compartieron techo, lecho y mesa durante 24 años y hubo una separación de hecho, sin que se realizara la liquidación de la sociedad conyugal; que María Clemencia Díaz no hizo vida marital de hecho con el señor Gildardo Hernando Hernández, que habitó

solo y de forma permanente en el Condominio Campestre el Peñón de la ciudad de Girardot desde el 2007 hasta 8 días anteriores a su fallecimiento; que sus hijos fueron quienes estuvieron pendientes de su bienestar y de sus asuntos; que el Sr. Gildardo Hernando Hernández (q.e.p.d.) se conoció con la demandante en el segundo semestre de 2011, por lo que si hubo una relación entre ellos, es inferior a los 5 años anteriores a su fallecimiento.

6. Contestación de la señora María Clemencia Díaz Torres. Contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, argumentando que el documento válido para aducir la calidad de "cónyuge" es el registro civil de matrimonio expedido por la autoridad competente que en Colombia es la registraduría Nacional del Estado Civil. Que la tercera ad excludendum no demostró su condición de cónyuge. Propuso como excepción de fondo la de carencia de sustento legal (fol. 33 y s.s. subsanación fol. 40)

7. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 20 de mayo del 2020, en la que el fallador de primera instancia condenó a COLPENSIONES al reconocimiento y pago del 17,81% a la María Clemencia Díaz Torres y el 82,19% a la señora Ana Amanda Neira Cifuentes sobre el 100% de la mesada pensional que disfrutaba el señor Gildardo Hernando Hernández Madrid (q.e.p.d.) en forma mensual y vitalicia, a partir del 14 de junio del 2015.

Condenó a Colpensiones al reconocimiento y pago del retroactivo correspondiente a favor de María Clemencia Díaz Torres y Ana Amanda Neira Cifuentes, por el periodo comprendido entre el 14 de junio del 2015 al 31 de mayo del 2020, en los porcentajes antes descritos para cada una y debidamente indexado. A partir del 01 de junio del 2020 le deberá ser pagada de la mesada pensional correspondiente. Absolvió a Colpensiones de las demás pretensiones.

Su decisión se basó en que la normatividad aplicable es la Ley 100 de 1993 modificada por la Ley 797 del 2003, atendiendo el fallecimiento del sr. Hernández; que la demandante logró demostrar su condición de compañera permanente y haber convivido con el causante los 5 años anteriores a su fallecimiento con las declaraciones extrajuicio aportadas. Indicó que la tercera ad excludendum logró probar que en calidad de cónyuge convivió 5 años en cualquier tiempo y que es acreedora de una parte de la pensión, toda vez que nunca rompieron el vínculo matrimonial. Declara no probada la excepción de prescripción al no haber transcurrido el término trienal establecido en el art. 151 del CPT y de la SS.

8. Impugnación de Colpensiones Inconforme con la anterior decisión Colpensiones interpuso recurso de apelación argumentando, que la señora María Clemencia Diaz Torres no probó la unión marital de hecho y la convivencia en los 5 años anteriores al fallecimiento del señor Hernández. Y que la tercera ad excludendum no demostró la ayuda mutua después de su separación en el año 1995.

9. Alegatos Decreto 806 del 2020.

9.1. Alegatos tercera ad excludendum. Señala que tal y como quedo demostrado la señora Neira Cifuentes tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente por el fallecimiento del señor Hernández Madrid, por

cuanto la sociedad conyugal que existió entre ellos no se ha disuelto, lo que le da derecho a reclamar en calidad de cónyuge supérstite.

9.2. Alegatos Colpensiones. Señala que no es procedente la pensión de sobreviviente reclamada como quiera que la señora Díaz Torres no cumple requisitos en condición de compañera permanente pues no cumple el requisito de convivencia y que la señora Neira Cifuentes tampoco tiene derecho en calidad de cónyuge supérstite pues hace más de 30 años no convivía con el causante.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS que consagra el principio de

consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por el recurrente y se estudiará en consulta a favor de COLPENSIONES lo que no haya sido apelado y le sea desfavorable.

Corresponde a la sala dilucidar los siguientes **problemas jurídicos**: (i) ¿Cuál es la normatividad aplicable al presente caso?; (ii) ¿La señora María Clemencia Díaz Torres y la señora Ana Amanda Neira lograron acreditar los requisitos exigidos para ser beneficiarias de la pensión que venía percibiendo el señor Hernández Madrid?; (iii) ¿Se debe declarar no probada la excepción de prescripción? y (iv) ¿Es procedente condenar a Colpensiones a pagar las mesadas adeudadas de manera indexada?

Calidad de Pensionado

No se discute que el señor **GILDARDO HERNANDO HERNÁNDEZ MADRID** (q.e.p.d.), ostentaba el estatus de pensionado, según da cuenta la Res. GNR 41433 del 17 de junio del 2003, como consta a folio 27, en la cual Colpensiones le reconoció una pensión de vejez al causante; hecho que fue aceptado desde la contestación de la demanda.

Fallecimiento señor Gildardo Hernando Hernández Madrid

Tampoco se controvierte que el señor GILDARDO HERNANDO HERNÁNDEZ MADRID (q.e.p.d.) falleció el 13 de junio del 2015, como da cuenta el registro defunción que milita a folio 37.

Normatividad aplicable

La normatividad aplicable para decidir el objeto de la Litis, son los artículos 46 y 47 de la ley 100 de 1993, modificados por los artículos 12 y 13 de la ley 797 de 2003, por ser las normas vigentes al momento del óbito ocurrido en junio del 2015. (Criterio expuesto por nuestra CSJ en la sentencia SL 701-2020)

Requisitos sustitución pensional – María Clemencia Díaz Torres (compañera permanente)

La demandante aduce haber sido la compañera permanente del causante, en consecuencia, la norma precitada establece los requisitos para acceder a la pensión de sobrevivientes de manera vitalicia, que en tal calidad son fundamentalmente dos: de una parte, la edad, esto es, acreditar 30 o más años de edad al momento del fallecimiento y, de otra parte, acreditar vida marital y convivencia no menos de 5 años continuos con anterioridad a la muerte del pensionado.

1) Edad

Con relación al primer requisito no existe reparo alguno, puesto que la señora María Clemencia Díaz Torres, nació el 3 de enero de 1961, según da fe la Resolución GNR 272055 del 4 de septiembre del 2015, luego para la muerte del señor GILDARDO HERNANDO HERNÁNDEZ MADRID (q.e.p.d.), contaba con 54 años cumplidos, punto que no fue objeto de controversia por la pasiva.

2) Convivencia

Respecto al requisito de la convivencia, la demandante manifestó desde la presentación de la demanda que convivió con el señor Gildardo Hernando Hernández Madrid desde el 1º de abril del 2010 en unión marital de hecho hasta la fecha de su fallecimiento 13 de junio de 2015; convivencia que considera Colpensiones no se encuentra acreditada dentro del proceso.

Para demostrar la convivencia en los 5 años anteriores a su fallecimiento, la señora María Clemencia Díaz Torres aporta las siguientes pruebas:

- Declaración juramentada rendida por el señor Gildardo Hernando Hernández Madrid (q.e.p.d.) ante el Notario 39 del Círculo de Bogotá el día 3 de junio del 2015, en donde manifestó que desde el año 1995 no convive, ni existe ningún vínculo afectivo, ni ninguna responsabilidad económica con la señora Ana Amanda Neira. (fol.

33)

- Declaración juramentada rendida por el señor Gildardo Hernando Hernández Madrid (q.e.p.d.) y la señora María Clemencia Díaz Torres el 9 de octubre del 2014, en el que manifiestan que hacen vida marital y conviven como pareja bajo el mismo techo desde el 1º de abril del 2010. (fol. 35)

- Documento suscrito por el causante con destino a la EPS SANITAS en el que manifiesta *"Certifico que desde el año 1995 NO convivo con la señora ANA AMANDA NEIRA CIFUENTES...Que la señora Amanda esta pensionada con Colpensiones por lo tanto debe tener su EPS...Solicito que la señora MARÍA CLEMENCIA DÍAZ TORRES...quien es mi compañera permanente desde el año 2010 sea incluida como mi beneficiaria de mi EPS. Yo realice en el año 2014 un certificado extrajuicio el cual se encuentra en Colfondos y en la EPS COLSANITAS"* (fol. 41)

- Certificado médico N° 954302 del 11 de junio del 2015 en el que el Dr. Jorge Andrés Guevara Vega, Médico de cuidados palativos, certificó que a todas las citas a las que había asistido el señor Hernández siempre había sido acompañado por la señora María Clemencia Díaz Torres. (fol. 45)
- Declaración extrajuicio rendida por la señora Estrella de Jesús Jiménez Burgos ante el Notario 39 del Círculo de Bogotá, quien manifestó ser amiga de la señora María Clemencia Díaz Torres desde el año 2008 y por esa amistad conocer que la señora Díaz convivió y compartió techo, lecho y mesa con el causante desde el mes de abril del 2010 hasta el 13 de junio del 2015 fecha del fallecimiento del señor Hernández. Indica que puede dar fe de esa convivencia porque en varias oportunidades compartieron en la finca de la testigo ubicada en la Vereda de Garavito (Municipio de Saboya) y en el apartamento de la pareja ubicado en el Peñón o en sus respectivas casas en la ciudad de Bogotá. Señala además que le consta que fue la demandante quien estuvo pendiente de su compañero permanente el señor Hernández durante todas sus entradas a la clínica y durante todo el tiempo de su enfermedad y que lo sabe porque cuando la llamaba la señora Díaz estaba en el Hospital y que cuando la testigo iba al Hospital allí estaba la demandante con el señor Hernández. (fol. 47)
- Declaración extrajuicio rendida por la señora Olga Lucía Romero Ballesteros ante el Notario 39 del Círculo de Bogotá, quien manifestó ser la administradora del Edificio Elite 118 ubicado en la carrera 9A N° 117A-55; señala que conoce de trato, vista y comunicación a la señora María Clemencia Díaz Torres y al causante quienes residían como pareja en el apartamento 102 del edificio Elite. Señaló que el causante era quien se encargaba de cancelar los pagos de administración y que incluso lo hacía en efectivo y que ella tiene todos los soportes de los pagos. Que le consta la convivencia de la pareja, pues es testigo de sus actividades como pareja antes de que se enfermara el señor Hernández y durante su enfermedad. Que puede dar fe de la convivencia de la pareja desde el mes de abril del 2010 hasta el día 13 de junio del 2015. Que le consta que la demandante estuvo pendiente de su compañero permanente el señor Hernández durante sus entradas a la clínica y su enfermedad. Que el jueves 11 de junio del 2015 pasó a buscar a la demandante pero el vigilante JUAN CARLOS ARANZAZU le informó que se habían llevado al señor Hernández muy delicado de salud; que a él le había tocado ayudar a sacarlo y montarlo en su carro el cual era conducido por la accionante y que también le consta que el día domingo 14 de junio del 2015 los hijos del señor Hernández quienes nunca habían ido a visitar a su padre se aparecieron en el apartamento y se llevaron la ropa de su padre y su carro. (fol. 51)
- Declaración juramentada de la señora Carmen Luz Yadira Aldana Ávila el 12 junio del 2015 ante la Notaría 39 del Círculo de Bogotá, en la que señaló que conoce desde hace más de 20 años a la demandante y que en el año 2009 conoció al señor Hernández; que le consta que convivieron bajo el mismo techo en unión libre en forma permanente e ininterrumpida desde el mes de abril del 2010, teniendo como lugar de domicilio el Edificio Elite; que la pareja convivió hasta el 13 de junio del 2015, fecha del fallecimiento del señor Hernández y que la demandante siempre estuvo con el causante durante su enfermedad. (fol. 55)

Los anteriores documentos tienen pleno valor probatorio, debiéndose apreciar sin necesidad de ratificar su contenido, ya que la parte contraria no la solicitó, pues así se desprende del contenido del art. 262 del CGP.

A través de éste tipo de declaración, las señoras Estrella de Jesús Jiménez Burgos, Olga Lucía Romero Ballesteros y Carmen Luz Yadira Aldana Ávila fueron contestes en señalar que la señora María Clemencia Díaz Torres convivió con el causante desde abril del 2010 hasta la fecha del fallecimiento el 13 de junio del 2015.

Con las anteriores declaraciones, la Sala logra tener el convencimiento de que entre la señora MARIA CLEMENCIA DIAZ TORRES y el causante GILDARDO HERNANDO HERNANDEZ, existió una convivencia de un poco más de 5 años con anterioridad al óbito; convencimiento que no logra derruir el testimonio de los hijos del causante quienes manifestaron que su padre los últimos años de vida vivió sólo, pues es claro que su dicho no es del todo imparcial, como quiera que su progenitora también se encuentra pretendiendo la pensión de sobreviviente en la presente Litis.

Ahora, en este momento conviene recordar que conforme al art. 61 del CPT y de la SS el Juez no está sujeto a la tarifa legal de pruebas y, por lo tanto, puede formar libremente su convencimiento. Frente a este tema nuestra CSJ ha indicado en la sentencia SL 4514-2017 reiterada en la SL 4938-2020, lo siguiente:

"El artículo 61 del Código de Procedimiento Laboral les concede a los falladores de instancia la potestad de apreciar libremente las pruebas aducidas al juicio, para formar su convencimiento acerca de los hechos debatidos con base en aquellas que los persuadan mejor sobre cuál es la verdad real y no simplemente formal que resulte del proceso. Todo ello, claro está, sin dejar de lado los principios científicos relativos a la crítica de la prueba, las circunstancias relevantes del litigio y el examen de la conducta de las partes durante su desarrollo.

Pueden, pues, los jueces de las instancias al evaluar las pruebas fundar su decisión en lo que resulte de algunas de ellas en forma prevalente o excluyente de lo que surja de otras, sin que el simple hecho de esa escogencia permita predicar en contra de lo resuelto así la existencia de errores por falta de apreciación probatoria y, menos aún, con la vehemencia necesaria para que esos errores tengan eficacia en el recurso extraordinario de casación como fuente del quebranto indirecto que conduzca a dejar sin efecto la decisión que así estuviera viciada.

La eficiencia de tales errores en la evaluación probatoria para que lleven a la necesidad jurídica de casar un fallo no depende pues simplemente de que se le haya concedido mayor fuerza de persuasión a unas pruebas con respecto de otras sino de que, aun de las mismas pruebas acogidas por el sentenciador o de otras que no tuvo en cuenta, surja con evidencia incontestable que la verdad real del proceso es radicalmente distinta de la que creyó establecer dicho sentenciador, con extravío en su criterio acerca del verdadero e inequívoco contenido de las pruebas que evaluó o dejó de analizar por defectuosa persuasión que sea configurante de lo que la ley llama el error de hecho."

Teniendo en cuenta la libertad probatoria que tienen los Jueces, esta Sala da total credibilidad a las declaraciones extrajuicio traídas al proceso por la demandante, quienes de manera unánime señalaron que la pareja convivió por más de 5 años antes del fallecimiento del señor Hernández, a las cuales no se les puede restar valor

probatorio con ocasión de la declaración extrajuicio aportada por la tercera ad excludendum, en la que el señor Gustavo Carrasco Luna, manifiesta que el causante convivió desde el año 2007 en Girardot en el mismo edificio que él y que quienes lo visitaban y pasaban allí vacaciones eran la señora Amanda Neira y sus hijos, pues en su declaración no aparece ninguna circunstancia de tiempo, modo y lugar que permita establecer la veracidad de su dicho, contrario a lo que ocurre con las declaraciones extra proceso traídas al proceso por la demandante y a las cuales esta Sala les da plena credibilidad.

Por tanto, acertó el A quo al señalar que la demandante probó la convivencia exigida, por lo que tiene derecho a que se le reconozca y pague la pensión de sobreviviente en su favor.

Requisitos sustitución pensional- Ana Amanda Neira Cifuentes (cónyuge supérstite)

La señora Neira Cifuentes, tercera ad excludendum manifiesta haber sido cónyuge del señor Hernandez. La norma antes citada, establece los requisitos para acceder a la pensión de sobrevivientes de manera vitalicia, que en tal calidad son fundamentalmente tres: (i) acreditar la calidad de cónyuge, (ii) la edad, esto es, acreditar 30 o más años de edad al momento del fallecimiento, y (iii) acreditar vida marital y convivencia no menos de 5 años continuos con anterioridad a la muerte del pensionado.

Al respecto, es necesario tener en cuenta que, conforme al criterio de nuestra CSJ, entre otras, en la sentencia SL 4499-2020 la cónyuge supérstite con vínculo matrimonial vigente, separada de hecho tiene derecho al reconocimiento de la pensión de sobreviviente, siempre que acredite convivencia con el causante por un lapso no inferior a 5 años en cualquier tiempo.

1. Calidad de cónyuge

La señora ANA AMANDA NEIRA CIFUENTES contrario a lo señalado por Colpensiones acreditó ser la cónyuge del causante con el registro civil de matrimonio, visible a folio 153, en el que aparece que contrajeron matrimonio el 22 de diciembre de 1975. No existe ninguna prueba que permita inferir que el vínculo matrimonial haya sido disuelto.

2. Edad

En cuanto a la edad, la tercera ad excludendum probó que nació el 23 de abril de 1954, según da fe la copia de su cedula de ciudadanía que obra a folio 101 exp. digital, luego para la muerte del señor GILDARDO HERNANDO HERNÁNDEZ MADRID (q.e.p.d.), contaba con 61 años cumplidos, punto que no fue objeto de controversia.

3. Convivencia

Respecto al requisito de la convivencia, la apoderada de COLPENSIONES manifiesta que luego de separarse de hecho la demandante no continuó con el ánimo de ayuda mutua y socorro frente al causante, por lo que no tiene derecho a que se le reconozca la sustitución pensional pretendida.

En el presente caso, como ya se dijo está probado que la señora Ana Amanda Neira Cifuentes contrajo matrimonio con el señor Gildardo Hernando Hernández Madrid (q.e.p.d.) el 22 de diciembre de 1975 y que convivieron desde su matrimonio por más de 5 años como lo relatan los testigos traídos al proceso, entre los que se encuentra Daniel Hernández y Juan Carlos Hernández, hijos de la pareja.

Ahora, no se puede concluir que dicha convivencia se extendió hasta el año 2007, como lo manifiestan los hijos de la pareja, pues es el mismo causante quien en declaración extrajuicio rendida ante el Notario 39 del Círculo de Bogotá, manifestó el 3 de junio del 2015, que convivió con la señora Neira Cifuentes hasta el año 1995 y que desde ese momento no habían vuelto a convivir, ni a tener ningún vínculo ni afectivo, ni económico.

Por tanto, lo que se encuentra probado es que la pareja conformada por la señora Neira Cifuentes y el causante convivieron desde el 22 de diciembre de 1975 hasta el año 1995, es decir, por espacio de 20 años; con lo cual se acredita el requisito para la cónyuge separada de hecho de acreditar 5 años de convivencia en cualquier tiempo.

Aunado a lo anterior, encuentra la Sala que, acertó el fallador de primera instancia al reconocer la pensión de sobreviviente a la señora Neira Cifuentes, no siendo necesario revisar como lo tiene sentado la CSJ, entre otras, en la sentencia SL 5150-2019, que la cónyuge separada de hecho haya seguido siendo parte de la familia del causante o que siguió la ayuda mutua entre ellos hasta el fallecimiento, ya que este tema ha sido revaluado por la Corte Constitucional, como se observa en la sentencia T- 409 del 2018, oportunidad en la cual el máximo órgano de la jurisdicción constitucional dejó sentado que no se pueden exigir requisitos diferentes a los consagrados en el ordenamiento jurídico, el cual exige para la cónyuge separada de hecho:

- (i) Acreditar la vigencia del vínculo matrimonial y
- (ii) Haber convivido 5 años en cualquier tiempo,

Como fundamento de la decisión señala que con la reforma introducida por el inciso 3º del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, se mantiene el derecho a la prestación de quien estaba haciendo vida en común con el causante para cuando falleció, dando con ello realce a la efectiva y real vida de pareja -fundada en vínculos de amor y cariño y forjada en la solidaridad, la colaboración y el apoyo mutuo- constituyéndola en el fundamento esencial del derecho a la prestación por muerte. Pero, al mismo tiempo, se reconoce que, quien en otra época de la vida del causante convivió realmente con él, en desarrollo de una relación matrimonial formal, que sigue siendo eficaz, tenga derecho, por razón de la subsistencia jurídica de ese lazo, a obtener una prestación en caso de muerte de su esposo.

Así las cosas, es claro que la señora Ana Amanda Neira Cifuentes logró demostrar la convivencia exigida, por lo que acertó el fallador de primera instancia al condenar a Colpensiones a reconocerle la sustitución pensional proporcional deprecada a partir del 13 de junio de 2015, fecha del fallecimiento.

Porcentaje que le corresponde a cada una de las beneficiarias

El inciso 3° del art. 47 de la Ley 100 de 1993 modificado por el art. 13 de la Ley 797 del 2003 establece que sí respecto de un pensionado hubiese un compañero o compañera permanente, con sociedad conyugal anterior no disuelta y derecho a percibir parte de la pensión, dicha pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido.

Es necesario precisar que el fallador de primera instancia estableció que a la señora María Clemencia Díaz Torres le correspondía un 17.81% y a la señora Ana Amanda Neira Cifuentes un 82.19% de la pensión que venía percibiendo el señor Hernández, lo cual no fue objeto de apelación por lo que no se hace ningún pronunciamiento.

Excepción de prescripción

En relación a la señora María Clemencia Díaz Torres, tenemos que presentó la reclamación el 25 de junio del 2015 (fol. 27) y que radicó la demanda el 12 de junio del 2017 (fol. 57), por lo que es claro que no alcanzó a transcurrir el término trienal establecido en el art. 151 del CPT y de la SS, por lo que se debe declarar no probada la excepción de prescripción.

Lo mismo ocurre con la señora Ana Amanda Neira Cifuentes quien presentó reclamación el 14 de agosto del 2015 (fol. 27) y radicó la demanda el 14 de febrero del 2018 (fol. 165).

Retroactivo pensional

Si bien el artículo 283 del CGP establece que se debe cuantificar la condena, lo cierto es que en este caso no aparece dentro del expediente a cuánto ascendía el valor de la mesada que venía percibiendo el causante, por lo que será el ente de seguridad social quien lo defina atendiendo los parámetros definidos en esta sentencia.

Indexación de las sumas adeudadas

Ante la evidente devaluación monetaria acertó el fallador de primera instancia al condenar a COLPENSIONES a pagar las mesadas adeudadas de manera indexada desde el momento en que cada mesada se hizo exigible hasta el momento en que se efectúe su pago.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 20 de mayo del 2020, por el Juzgado 35 Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

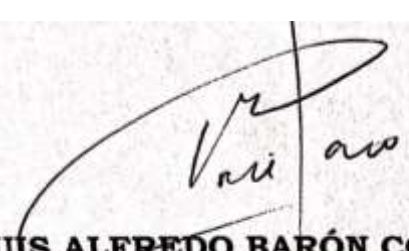
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUIS ALEREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE: PAMELA FLORES PRIETO
DEMANDADO: COLPENSIONES, AFP PORVENIR S.A.
RADICACIÓN: 1100131050-30-2019-00515-01
ASUNTO: APELACIÓN SENTENCIA AFP PORVENIR S.A. Y CONSULTA COLPENSIONES
TEMA: INEFICACIA TRASLADO

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

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1º del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1º de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 *"Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"*, se procede a proferir el siguiente,

AUTO

Se reconoce personería para actuar a la Dra. ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES como apoderada sustituta de Colpensiones, en los términos y para los efectos del poder conferido conforme lo dispone el art. 74 del CGP, el cual fue allegado mediante correo electrónico.

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Pamela Flóres Prieto instauró demanda ordinaria contra Colpensiones y la AFP PORVENIR con el fin de que se DECLARE la nulidad del traslado al RAIS toda vez que en la etapa precontractual no se le brindó la información veraz, completa y oportuna acerca de las ventajas y desventajas de uno y otro sistema de pensiones. Como consecuencia, se retrotraigan las cosas a su estado anterior y se ordene a COLPENSIONES a tener entre sus afiliados a la demandante como si nunca se hubiese trasladado; lo que resulte probado extra y ultra petita y las costas del proceso. (fol. 36 y s.s.).

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que se trasladó del RPMPD al RAIS el 25 de agosto de 1998; que el asesor comercial no le brindó la información necesaria clara completa y oportuna acerca de las ventajas y

desventajas que se otorgaban en cada uno de los regímenes; que firmó formulario para trasladarse a la AFP PORVENIR el 27 de junio del 2001; que luego se trasladó a la AFP HORIZONTE hoy AFP PORVENIR el 20 de diciembre del 2000; que nació el 18 de octubre de 1956; que solicitó la nulidad sin obtener una respuesta favorable.

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (fol. 51), sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de COLPENSIONES. Contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones, argumentando que se probó que el traslado al RAIS se efectuó de manera libre y voluntaria, así como que el respectivo asesor del fondo privado suministró la totalidad de la información de manera clara y precisa. Propuso como excepciones de mérito las de prescripción, inexistencia del derecho y de la obligación, buena fe y la genérica. (fol. 53 y s.s.)

4. Contestación de la AFP PORVENIR S.A. Presentó contestación de la demanda con oposición a las pretensiones, argumentando que no se allegó prueba siquiera sumaria de las razones de hecho que sustentan la nulidad de la afiliación. Que la demandante pretende imponer una carga adicional que para la fecha del traslado no estaba a cargo de las AFP. Propuso como excepciones de fondo las de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe. (fol. 80 y s.s.)

5. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 1º de diciembre del 2020, en la que el fallador de primera instancia declaró la ineficacia del traslado al RAIS y como consecuencia condenó a la AFP PORVENIR a trasladar la totalidad de los dineros que recibió por motivo de la afiliación incluyendo los rendimientos y sin hacer ningún descuento por gastos de administración. Condenó a COLPENSIONES activar la afiliación del demandante y actualizar su historia laboral. Declaró no probada la excepción de prescripción.

La decisión del Juez se basó en que quien tiene la carga probatoria es la AFP. Que no puede hablarse de que el traslado se realizó de manera libre y voluntaria como quiera que no se demostró haber brindado la información necesaria a la demandante.

6. Impugnación y límites del ad quem.

6.1. Recurso de apelación AFP PORVENIR S.A. Impugnó la decisión señalando que si bien es cierto para la fecha del traslado si existía el deber de información, lo cierto es que dicho deber no tenía el alcance establecido después del año 2010. Que dicha entidad si le brindó a la demandante la información que se exigía para ese momento. Que la afiliación fue libre y voluntaria. Indica que los gastos de administración ya cumplieron con la finalidad que tenían, que era generar rendimientos. Que la demandante es una persona capaz para suscribir el formulario de afiliación. Que no puede hablarse de que existió un vicio del consentimiento.

7. Alegatos Decreto 806 del 2020.

7.1. Alegatos demandante. Señala que tiene derecho a que se le declare la ineficacia y/o nulidad del traslado efectuado el 25 de agosto del año 1998 con la Sociedad Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. y los posteriores traslados entre AFP, toda vez que en la etapa precontractual no se le brindó información veraz, completa y oportuna acerca de las ventajas como de las desventajas de uno y otro sistema de pensiones y en especial de su situación personal y concreta, y como consecuencia de la declaratoria de nulidad de dichos traslados, solicita se retrotraigan las cosas a su estado anterior y se ordene a Colpensiones a tener al demandante en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida como si nunca me hubiera trasladado en virtud del regreso automático.

7.2. Alegatos AFP PORVENIR. Señala que el traslado efectuado por la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) se realizó de manera libre, voluntaria y consiente, tal y como se expresa en el formulario de afiliación, cuya forma preimpresa se encuentra autorizada por la ley. Solicita que no se le condene a la devolución de gastos de administración y concepto de primas de los seguros previsionales durante el tiempo de vinculación de la demandante con Porvenir, para ello, debe indicarse que la orden respecto de la devolución de los gastos de administración resulta improcedente, como parte de las prestaciones mutuas que correspondan, y de las sumas que la AFP demandada ha pagado a las aseguradoras por concepto de primas de los seguros previsionales que legalmente ha estado obligada a contratar.

7.3. Alegatos Colpensiones. Afirma que no es procedente declarar que el contrato de afiliación suscrito entre la demandante la señora **PAMELA FLORES PRIETO** y la AFP PORVENIR S.A. es nulo, toda vez que obran dentro del presente proceso medios de prueba documentales suficientes, los cuales conllevan a determinar que el traslado efectuado por la accionante al Régimen de Ahorro Individual, se llevó a cabo de manera libre y voluntaria, así como que el respectivo asesor del fondo privado, suministro la totalidad de la información clara y precisa, respecto de los efectos jurídicos que le acarrearía el trasladarse del Régimen de Prima media administrado por el Instituto de los Seguros Sociales, con destino al régimen de Ahorro Individual.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurso de apelación interpuesto por la AFP PORVENIR se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por el recurrente y se estudiará en consulta en favor de Colpensiones en lo que le haya sido desfavorable y no haya sido apelado.

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar el siguiente **problema jurídico principal** ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por la accionante? Para lo cual se abordarán los siguientes problemas **jurídicos secundarios**: (i) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la

AFP PRIVADA hubiera omitido su deber de información al momento en que la accionante se trasladó de régimen? (ii) ¿Se debe probar la existencia de un vicio del consentimiento para que proceda la declaratoria de ineficacia del traslado?; (iii) ¿La AFP privada está obligada a devolver a Colpensiones las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos?; (iv) ¿Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación del demandante? (v) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita?

Ineficacia del traslado de régimen - no nulidad del traslado

Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, debe precisar la Sala que si bien en la demanda se solicitó la nulidad del traslado de régimen por falta de requisitos legales y error al momento de suscribir la actora el formulario de afiliación, lo cierto es, que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su ineficacia y no desde la nulidad, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 ibídem, por tanto, 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, conforme lo ha expuesto nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado N.º 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que mantiene actualmente entre otras en la sentencia SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

Afiliación, cotización y traslado

Se encuentra acreditado en el plenario que la señora Pamela Flores Prieto cotizó al ISS desde 1º de septiembre de 1984 al 30 de septiembre de 1998, conforme aparece en la historia laboral expedida por Colpensiones (fl. 8); que posteriormente, se trasladó a la AFP PORVENIR el día 25 de agosto de 1998, a la AFP COLPATRIA el 21 de enero del 2000; a la AFP PORVENIR el 27 de junio del 2001; a la AFP HORIZONTE el 20 de diciembre del 2012; a la AFP PORVENIR el 30 de enero del 2004, a la AFP HORIZONTE hoy AFP PORVENIR el de febrero del 2005, como aparece en los diferentes formularios de afiliación (fl. 3 y s.s.)

Carga probatoria y deber de información

No se controvierte en esta instancia que la carga probatoria recae en cabeza de la AFP privada, lo cual no fue objeto de alza por ninguna de las partes.

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 1998- la CSJ ha señalado que las AFP debían hacer una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado.

La información en los términos anotados no fue brindada por parte de la AFP PORVENIR S.A. como acertadamente lo encontró el fallador de primera instancia, pues no existe ninguna prueba dentro del expediente que permita inferir que para el momento del traslado se le dio explicación a la señora **Pamela Flores Prieto**, acerca de las diferentes modalidades de pensión, su cálculo, las pérdidas o ganancias en lo que al rendimiento podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, el porcentaje que se destina para gastos de administración y seguros previsionales, los casos en que procede la devolución de aportes, las variables que podía tener la prestación con el paso del tiempo y demás aspectos a los que se hizo mención, los cuales se han dejado sentados por nuestra CSJ en una sólida línea jurisprudencial frente al tema. Ni tampoco lo confesó la demandante al absolver su interrogatorio de parte.

Adicionalmente es necesario indicar que, la Sala no desconoce que para el momento en que la demandante se trasladó al RAIS se encontraba vigente el Decreto 692 de 1994 "Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 100 de 1993" en cuyo artículo 11 señala que para adelantar el proceso de vinculación a la AFP se debe diligenciar el formulario previsto por la Superintendencia Bancaria y que en el mismo deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones, siendo posible que el formulario contenga la leyenda preimpresa en ese sentido, sin embargo, como lo ha indicado la CSJ desde la sentencia bajo el radicado N.º 31989 del 2008, la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994 y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo impone el art. 1603 del C.C.

Señaló además la Corte en la sentencia SL 2324-2019 al reiterar la sentencia bajo el radicado N.º 33.083 del 2011, que por la doctrina se han elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de transparencia, vigilancia y el deber de información; éste último –información- debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Por tanto, las AFP sí estaban en la obligación de proporcionar a la demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarla como potencial afiliada, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarla de tomar una opción que claramente le perjudica, lo cual no hizo la **AFP PORVENIR**.

Devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos

Frente al tópico encaminado a determinar si las AFP privadas están obligadas a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adocinado, entre otras, en la sentencia SL 14911-2019, que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, **junto con los rendimientos financieros**. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a

las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad **a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades**, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones. (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019)

Aceptación de aportes y activación de la afiliación

En relación con el asunto que gira en torno a establecer si Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación del demandante, es necesario precisar, que al quedar sin efecto su afiliación al RAIS es claro que su vinculación con COLPENSIONES quedó incólume de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de las AFP los aportes efectuados por la accionante a fin que reposen en la historia laboral de la administradora de pensiones Colpensiones, quien está en la obligación de activarlos en el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en la sentencia SL4360 de 2019

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, ni afecta su **sostenibilidad financiera**, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante de manera íntegra a COLPENSIONES, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y comisiones los cuales deberá asumir las AFP PRIVADAS de sus propias utilidades, pues, al dejarse sin valor y efecto la afiliación, esta declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al régimen, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 – sentencia de instancia-)

Excepción de prescripción

Se debe precisar que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible y así se dejó sentado por nuestra H. Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL1421 de 2019 y SL1689 de 2019.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 1º de diciembre del 2020, por el Juzgado 30 Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

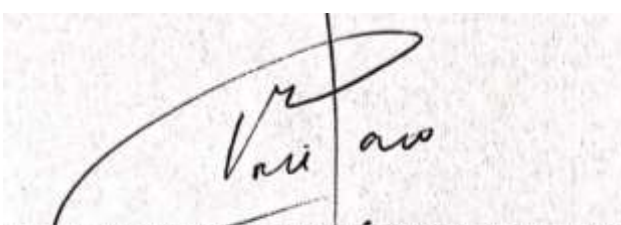
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUIS ALEREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE: DANILO DE JESÚS LÓPEZ FERREIRA
JOLMAN MORALES HERNÁNDEZ
DEMANDADO: DRUMMOND LTDA
RADICACIÓN: 1100131050-33-2017-00212-01
ASUNTO: APELACION SENTENCIA DEMANDANTE
TEMA: CONTRATO DE TRABAJO - DESPIDO

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

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 "Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica", se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Danilo de Jesús López Ferreira y Jolman Morales Hernández instauraron demanda ordinaria contra la empresa DRUMMOND LTDA con el fin de que se declare ineficaz el despido de los demandantes. En consecuencia, se condene a la demandada a reintegrarlos al cargo que tenían o a uno de mayor jerarquía y a pagarles los salarios y prestaciones desde que se les dio por terminado el contrato hasta la fecha en que sean reintegrados; sumas que deben pagarse de manera indexada junto con las costas del proceso. (fol. 2 y s.s. y 110 y s.s. subsanación).

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que los demandantes laboraron de manera ininterrumpida para la empresa DRUMMOND LTDA de la siguiente manera:

Nombre	Fecha de inicio	Fecha de terminación	Último cargo ocupado
Danilo de Jesús López Ferreira	24 de febrero del 2004	25 de julio del 2013	Soldador
Jolman Morales Hernández	20 de agosto del 2004	12 de diciembre del 2012	Operador de buldocer

Que la empresa les comunicó a los demandantes que los despedía por encontrarse incursos en una justa causa de despido consagrada en el numeral 14 del literal a) del artículo 7° del Decreto 2351 de 1965 (reconocimiento de una pensión); que los demandantes se encontraban afiliados al momento del despido al SINDICATO NACIONAL DE TRABAJADORES DE LA INDUSTRIA MINERA, PETROQUIMICA, AGROCOMBUSTIBLE Y ENERGETICA "SINTRAMIENERGETICA"; que al momento del

despido se encontraba vigente la convención colectiva de trabajo; que la empresa demandada no llevó a cabo el procedimiento establecido en la convención colectiva de trabajo para poder dar por terminado el contrato de trabajo; que el art. 6° de la convención colectiva de trabajo sanciona con ineficacia el despido de los trabajadores a los cuales no se les siga el procedimiento establecido en la convención colectiva; que el salario promedio del señor López Ferreira era de \$4'645.159 y el del señor Morales Hernández era de \$3'484.289.

2. Contestación de la demandada. Contestó la demanda aceptando la existencia de una relación laboral con los demandados y los extremos de las mismas. También aceptó el cargo desempeñado por el actor y que les dio por finalizado el contrato de trabajo teniendo en cuenta que a los demandantes les fue reconocida una pensión de invalidez. Señala, además, que es cierto que al momento en que se dio por finalizado el vínculo laboral se encontraba vigente la convención colectiva de trabajo suscrita entre el empleador y SINTRAMIENERGETICA. Se opone a las pretensiones de la demanda indicando que el art. 6° de la Convención Colectiva de Trabajo se refiere al procedimiento establecido cuando la empresa conozca que algún trabajador subordinado ha incurrido en una presunta infracción al reglamento Interno de Trabajo vigente o en una causal legal de terminación del contrato de trabajo, es decir, que el procedimiento resulta obligatorio para los casos de investigación de presuntas faltas. Arguye que la terminación de los contratos de los demandantes no se originó en una falta sino en el reconocimiento de su pensión de invalidez, por lo que resultaba inaplicable el referido trámite convencional. Propuso como excepciones perentorias las de cobro de lo no debido, prescripción, inexistencia de la obligación y la genérica. (fol. 140 y s.s.)

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 4 de marzo del 2019, en la que el fallador de primera instancia absolvió a la demandada de todas y cada una de las pretensiones de la demanda. (CD fol. 172)

Su decisión se basó en que el artículo 62 del CST establece como justa causa para dar por terminado el contrato el reconocimiento de una pensión. Que se allegó la convención colectiva con el correspondiente sello de depósito. Que el art. 6° de la convención colectiva indica el procedimiento para la imposición de sanciones disciplinarias y terminación del contrato con justa causa legal. Que la Corte Constitucional ha dicho que se puede dar por terminado el contrato de trabajo una vez el trabajador haya sido incluido en nómina de pensionados. Que si bien el art. 6° de la Convención Colectiva se titula procedimiento para la imposición de sanciones disciplinarias y terminación del contrato con justa causa legal, dentro del procedimiento lo que se busca es garantizar el derecho de defensa para verificar si se constituyó o no una causal, por lo que considera que no se aplica ese procedimiento para los casos en que se da por terminado el contrato por reconocimiento de una pensión. Que en la convención no se establece de manera expresa la obligación para la empresa de aplicar el procedimiento en estos casos. Que el despido fue con posterioridad a la inclusión en nómina.

4. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión la parte demandante interpuso recurso de apelación argumentando que las convenciones son ley para las partes. Que se acordó en la convención que se debía aplicar el procedimiento para 3 eventos: (i) sanciones disciplinarias; (ii) terminación del contrato con justa causa legal y (iii) suspensión del contrato con justa causa legal. Que los demandantes fueron despedidos bajo una causa legal, como es el reconocimiento de una pensión de invalidez, por lo que para despedirlos se debía dar aplicación a la

Convención Colectiva de Trabajo. Que el reconocimiento de una pensión no es una falta, pero si una justa causa para dar por terminado el contrato, por lo que se debía aplicar el procedimiento dispuesto en la convención colectiva.

5. Alegatos Decreto 806 del 2020. La empresa demandada presentó alegatos en los cuales solicita confirmar la sentencia proferida en primera instancia, pues conforme quedo acreditado con las pruebas decretadas y practicadas dentro del proceso, la terminación de los contratos de trabajo de los señores **DANILO DE JESUS LOPEZ FERREIRA Y JOLMAN MORALES HERNANDEZ**, se fundamentó en el reconocimiento de la pensión de invalidez de origen común, por parte del fondo de pensiones y la inclusión de los demandantes en la nómina de pensionados de la entidad.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

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

El **problema jurídico** que centra la atención de la Sala consiste en establecer: ¿En la convención colectiva de trabajo se encuentra establecido un procedimiento para la terminación del contrato de trabajo cuando se aduce una justa causa? En caso positivo, ¿Resulta ineficaz el despido de los accionantes?

De la existencia de contrato de trabajo

No se discute, pues así fue aceptado desde la contestación de la demanda, que entre los demandantes y la empresa DRUMMOND LTDA existió un contrato de trabajo a término indefinido en los siguientes extremos y cargos:

Demandante	Extremo inicial	Extremo Final	Cargo
Danilo de Jesús López Ferreira	24 de febrero del 2004	25 de julio del 3013	Soldador
Jolman Morales Hernández	20 de agosto del 2004	12 de diciembre del 2012	Operador de Buldocer

Lo cual se corrobora con los contratos de trabajo allegados (fol. 146 y s.s.), la liquidación de prestaciones sociales (fol. 149 y s.s.) y las cartas de terminación del contrato de trabajo (fol. 154 y s.s.).

De la terminación del contrato de trabajo

No se controvierte que la terminación del contrato de trabajo tuvo lugar por el reconocimiento de la pensión de invalidez a los demandantes, como tampoco que para la fecha en que ocurrió el despido se encontraban incluidos en nómina, conforme se evidencia de los oficios remitidos el 19 de marzo del 2019, por la AFP PORVENIR. (fol. 157 y 168)

De la convención Colectiva de Trabajo

Tampoco existe reparo respecto a que la Convención Colectiva de Trabajo celebrada entre la empresa DRUMMOND LTDA y el Sindicato SITRAMIENERGETICA 2010-2013, la cual fue allegada con el correspondiente sello de depósito, conforme lo exige el art. 469 del CST, se encontraba vigente para la fecha en que los demandantes fueron despedidos y les era aplicable.

De la ineficacia del despido ante la omisión en el procedimiento contemplado en la Convención Colectiva de Trabajo

La Convención Colectiva de Trabajo celebrada entre la empresa DRUMMOND LTDA y el Sindicato SITRAMIENERGETICA 2010-2013, en su artículo 6º establece:

"Procedimiento para imposición de sanciones disciplinarias y terminaciones de contrato con justa causa legal.- Cuando la Empresa DRUMMOND LTD conozca que algún trabajador subordinado ha incurrido en presunta infracción al Reglamento Interno de Trabajo vigente y aprobado por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social o en una causa legal de terminación o suspensión del contrato de trabajo, efectuara el siguiente procedimiento:

1. Comunicará por escrito la presunta falta imputada al trabajador en un término no mayor a tres (3) días hábiles de oficina, para que se presente a rendir descargos en forma personal. Si el trabajador al cumplirse ese término no se encuentra laborando, el término se correrá al primer día hábil de oficina siguiente a su reintegro.

Si el trabajador es sindicalizado, se enviará copia de la comunicación de manera simultánea al sindicato (seccional a la cual se encuentra afiliado), y si es acogido a la convención, se notificará a las seccionales de la sede de trabajo en que labora, entendiéndose que la notificación a una sola de las seccionales es suficiente para darle validez a esta etapa del procedimiento. El sindicato a su elección escogerá a los dos (2) representantes de la organización sindical que asistirán a la diligencia. El sindicato deberá informar en la copia de la notificación el nombre de las personas que asistirán a los descargos.

En el llamado a descargos se especificará la falta que se le imputa al trabajador, con una descripción detallada de los hechos basada en el reporte del funcionario a cuya solicitud se genera la llamada a descargos, indicando además la hora, fecha y lugar en que se rendirán los mismos, siendo entendido que dichos descargos se efectuarán en horas hábiles de trabajo, siempre y cuando tanto los representantes sindicales como el trabajador en descargos desempeñen funciones en diferentes clases de equipo, excepto en los casos en que los representantes del sindicato sean miembros de la Junta Directiva de las Seccionales.

El sindicato o la empresa podrán requerir en la diligencia, la presencia del funcionario a cuya solicitud se genera la llamada a descargos. Este funcionario deberá asistir a la diligencia de descargos si se encuentra en la sede de trabajo respectiva; de no encontrarse allí, la Empresa designará otro funcionario del mismo Departamento. En el evento en que la presencia del funcionario afecte seriamente la operación, la Empresa podrá posponer la diligencia de descargos para facilitar su asistencia.

En esta instancia del procedimiento, no se registrará copia del llamado a descargos en la hoja de vida del trabajador.

2. Si el trabajador no se presenta a rendir los descargos sin excusa en la fecha en la cual fue citado, se entenderá que da por aceptada su responsabilidad y en consecuencia la empresa podrá proceder a tomar la decisión que sea del caso. No obstante, si el trabajador presenta excusa justificada según el procedimiento que tenga establecido la empresa para tal efecto, podrá ser convocado para una nueva fecha.

(...)

3. En los casos de suspensión del contrato de trabajo, el trabajador, dentro de los dos (2) días hábiles de oficina siguientes a la comunicación de la sanción, podrá apelar por escrito ante el inmediato superior de la persona que la impuso, caso en el cual la sanción notificada no se hará efectiva hasta que se resuelva dicha apelación.

(...)

4. Para la aplicación de sanciones disciplinarias se utilizará la siguiente escala de sanciones (...)

5. No serán tenidas en cuenta para efectos de la escala de sanciones establecida en este procedimiento, las sanciones consistentes en llamados de atención que hayan cumplido uno (1) o más años de haber sido impuestas, las suspensiones del contrato de trabajo por un término inferior o igual a ocho (8) días, que hayan cumplido cinco (5) o más años de haber sido impuestas, o las sanciones superiores a ocho (8) días que hayan cumplido nueve (9) o más años de haber sido impuestas.

6. No producirá efecto alguno la sanción o despido que se aplique pretermitiendo el anterior procedimiento"

De la anterior norma convencional, encuentra la Sala que las partes acordaron cuál sería el procedimiento que debía surtir en los casos en que se ha incurrido en una causal legal de terminación del contrato. El art. 61 del CST dispone que el contrato puede ser terminado "h) Por decisión unilateral en los casos de los artículos 7º del Decreto 2351 de 1965, y 6º de esta ley". En el art. 62 del CST subrogado por el art. 7º del D.L. 2351 de 1965 se especificaron las justas causas para dar por terminado el contrato de trabajo de manera unilateral por parte del patrono, entre las que se encuentran en el numeral 14 "El reconocimiento al trabajador de la pensión de jubilación o invalidez estando al servicio de la empresa".

Por su parte, el párrafo 3º del art. 9º de la Ley 797 del 2003 dispuso que "Se considera justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo o la relación legal o reglamentaria, que el trabajador del sector privado o servidor público cumpla con los requisitos establecidos en este artículo para tener derecho a la pensión. El empleador podrá dar por terminado el contrato de trabajo o la relación legal o reglamentaria, cuando sea reconocida o notificada la pensión por parte de las administradoras del sistema general de pensiones."

Frente a la terminación del contrato de trabajo ante el reconocimiento al trabajador de la pensión de jubilación o invalidez, nuestra CSJ ha tenido la oportunidad de referirse, entre otras, en la sentencia SL 4284-2020, señalando:

"En este sentido, se tiene que esta Corporación desarrolló recientemente la línea de criterio referente al reconocimiento de la pensión de vejez **como causal autónoma para la terminación de las relaciones laborales alegando justa causa**. Concretamente, sostuvo que esta era una posibilidad que le asistía al

empleador siempre que los derechos del trabajador no se vieran afectados, en el sentido de dejar de recibir por un tiempo los ingresos mínimos que garantizaran su subsistencia.

En consecuencia, el parágrafo 3º del artículo 9º de la Ley 797 de 2003 es aplicable una vez al trabajador le sea notificada la resolución de reconocimiento pensional y sea efectivamente ingresado en la nómina de pensionados, pues el propósito esencial es que no exista solución de continuidad entre la fecha de su retiro y aquella en la que empieza a percibir la pensión.” (negrilla y subraya fuera de texto)

Criterio que se acompasa con lo decidido por la H. Corte Constitucional en la sentencia C 1037 del 2003 al estudiar la exequibilidad del art. 9º de la Ley 797 del 2003.

Asimismo, la CSJ en la sentencia SL 3108-2019 se refirió a la causal precitada indicando los siguiente:

*“...Lo anterior permite dar cuenta que el despido por reconocimiento de la pensión de vejez **es una causal autónoma de terminación del contrato de trabajo** o de la relación legal y reglamentaria; su procedencia se encuentra enmarcada en la garantía de que, entre la terminación del contrato y la percepción de la prestación pensional, el trabajador pensionado no deje de recibir los ingresos que garantizan su subsistencia; además, una vez se han cumplido sus condiciones, **otorga al empleador la posibilidad de usarla «cuando estime conveniente que el servidor ha cumplido su ciclo laboral en la empresa o entidad»**, es decir, en cualquier momento.” (negrilla y subraya fuera de texto)*

Y en la sentencia bajo el radicado N° 33501 del 4 de junio de 2008, dijo:

*“La interpretación del Tribunal, resulta razonable y plausible, pues cuando la norma habla de que antes de imponer la sanción disciplinaria o proceder al despido deberá escucharse al trabajador “en diligencia en descargos”, no se refiere a todo tipo de despidos, sino a aquellos llamados por la doctrina como “despido disciplinario”, es decir por haber incurrido el trabajador en algún acto u omisión que esté prohibido en la legislación laboral, el contrato de trabajo, el reglamento interno o cualquier otra fuente normativa, o en alguna de las conductas que da lugar a la terminación del contrato con justa causa, **pues obviamente la expresión “descargos”, en el marco de una relación subordinada significa presentación de excusas y explicaciones frente a un cargo del empleador o de sus superiores jerárquicos.***

*Por ello, no resulta de recibo que en casos como el presente en que la terminación del contrato se produjo por el uso de la facultad legal y discrecional del empleador, previo el pago de la correspondiente indemnización de perjuicios, se pretenda que también estén cubiertos por la norma convencional, pues en tal hipótesis **no hay ningún cargo que se le atribuya al trabajador, ni éste, por supuesto, tiene que presentar por lo tanto ningún descargo**” (negrilla y subraya fuera de texto)*

Teniendo en cuenta lo anterior, es necesario precisar que para este caso en particular, en el cual la finalización del contrato se da ante el reconocimiento de una pensión de jubilación o invalidez, y si bien no se desconoce que la convención colectiva es Ley para las partes, esta Sala de Decisión tiene sentado el criterio, según el cual a pesar que esta causal se encuentra incluida dentro de las justas causas para finalizar el vínculo laboral, no se trata de aquellas causales que dan vía a una sanción o que avalan al empleador para realizar actos tendientes a castigar la conducta cometida por su

trabajador o para despedirlo por una acción u omisión en las funciones que le fueron encomendadas, pues se trata de una causal autónoma.

Por eso, el reconocimiento de una pensión de jubilación o invalidez no puede entenderse en iguales condiciones a las demás causales contempladas en el art. 62 del CST como justas causas para dar por terminado el contrato por parte del empleador, pues en esta causal a diferencias de las otras el trabajador no requiere de una defensa para demostrar por ejemplo que no incumplió con las funciones que le fueron asignadas o que no realizó actos contrarios a los permitidos en la esfera laboral.

Por consiguiente, apoya la Sala la decisión proferida en primera instancia, según la cual para los casos en que la relación laboral finaliza por el reconocimiento de una pensión de jubilación o invalidez no es necesario que el empleador adelante el procedimiento establecido en la convención colectiva de trabajo, pues no estamos frente a un acto que implica la necesidad de que el trabajador ejerza su derecho de defensa o rinda descargos.

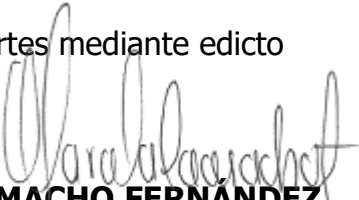
En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

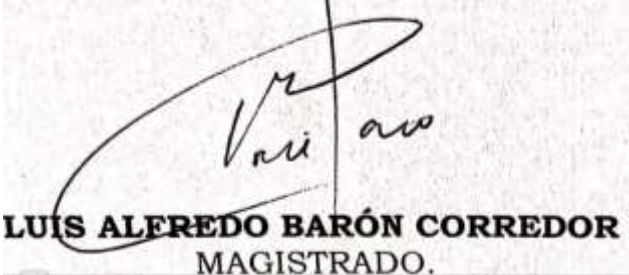
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 4 de marzo del 2019, por el Juzgado 33 Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandante. Se fijan como agencias en derecho la suma de \$570.000, las cuales serán liquidadas en primera instancia de conformidad con el art. 366 del CGP.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada


EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado


LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE: DIANA MARCELA RIAÑO ACEVEDO
DEMANDADO: PELUQUERIA MACHO S.S.A.
RADICACIÓN: 1100131050-31-2017-00357-02
ASUNTO: CONSULTA SENTENCIA EN FAVOR DEL DEMANDANTE
TEMA: CONTRATO DE TRABAJO

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

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 "*Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica*", se procede a proferir el siguiente,

AUTO

Se reconoce personería para actuar a la firma ATURIAS ABOGADOS SAS S.A.S., representada legalmente por el Dr. DOUGLAS HARVEY RAMÍREZ TIBABUSO, como apoderada sustituto del demandante, en los términos y para los efectos del poder conferido conforme lo dispone el art. 74 del CGP, el cual fue allegado junto con los alegatos mediante correo electrónico.

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Diana Marcela Riaño Acevedo instauró demanda ordinaria contra la PELUQUERIA MACHO S.S.A. y los señores Javier Murillo Idarraga, Javier Munevar Cuca, Carmen Rosa Hernández de Socha, Álvaro Rojas Chisco y Juan Manuel Hernández Rodríguez con el fin de que se declare que existió una relación laboral entre la PELUQUERIA MACHO S.S.A. del 18 de enero del 2015 al 12 de enero del 2016. Que se declare como responsables solidarios de las acreencias laborales adeudadas a los señores Javier Murillo Idarraga, Javier Munevar Cuca, Carmen Rosa Hernández de Socha, Álvaro Rojas Chisco y Juan Manuel Hernández Rodríguez en calidad de socios de la empresa demandada. Como consecuencia, se condene a los demandados a pagar a la demandante las sumas de dinero correspondiente por concepto de cesantías, primas de servicios, vacaciones, intereses a las cesantías, la indexación de las sumas adeudadas y lo que resulte probado extra y ultra petita y las costas del proceso. (fol. 2 y s.s. y 30 y s.s. subsanación).

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que se vinculó a la PELUQUERIA MACHO S.S.A. desde el 18 de enero del 2015 hasta el 12 de enero del 2016 para desempeñar el cargo de manicurista; que los elementos utilizados por la demandante eran suministrados por la PELUQUERIA MACHO S.S.A.; que la PELUQUERIA MACHO S.S.A. ofrece servicios de manicure, pedicura, tintura, corte de cabello, etc.; que prestaba sus servicios de manera personal; que cumplía un horario de trabajo; que recibía una remuneración mensual de \$1'000.000; que si no cumplía el horario de trabajo, se le hacían llamados de atención; que en el turno de trabajo se le asignaban los clientes que debía atender; que no podía ausentarse sin solicitar permiso; que recibía órdenes de la administradora encargada; que los demandados como personas naturales eran socios de la demandada; que se le adeudan las acreencias laborales pretendidas en la demanda.

2. Contestación de la demandada PELUQUERIA MACHO S.S.A.. Contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda argumentando que la demandante jamás ha prestado sus servicios personales para dicha empresa, por lo que no se puede declarar la existencia de una relación laboral. Que la empresa es una sociedad de capital por lo que no hay lugar a la declaratoria de responsabilidad solidaria. Que los demandados como persona natural actualmente no son socios de la empresa demandada. Propuso como excepciones de mérito las de falta de legitimación en la causa por pasiva, cobro de lo no debido, prescripción y la genérica. (fol. 70 y s.s.)

3. Contestación de la demanda por parte de los señores Jesús Antonio Lara Mayorga, Carmen Rosa Hernández Socha y Álvaro Rojas Chisco. Dieron respuesta con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda en los mismos términos de la PELUQUERIA MACHO S.S.A., es decir, negando la existencia de la relación laboral con la peluquería y señalando que los demandados como persona natural actualmente no son socios de la empresa demandada. Propuso como excepciones de fondo las de falta de legitimación en la causa por pasiva, cobro de lo no debido, prescripción y la genérica. (fol. 80 y s.s.)

4. Notificación de los señores Javier Murillo Idarraga, Javier Munevar Cuca y Juan Manuel Hernández Rodríguez. Teniendo en cuenta que las notificaciones arrojaron que no residían en la dirección aportada por el demandante y que se manifestó bajo la gravedad de juramento que se desconocía su dirección, se les designó curador ad litem y se ordenó su emplazamiento.

El curador ad litem designado contestó la demanda con oposición a las pretensiones señalando que no están demostrados los elementos del contrato de trabajo tales como la prestación de servicios, subordinación y remuneración. Señala que desconoce las sociedades S.S.A., pero que en todo caso la Ley no prevé solidaridad de los socios en sociedades anónimas o sociedades por acciones simplificadas. Y que desconoce si las personas que representa son socios de la empresa demandada. Propuso como excepciones de fondo las de inexistencia del vínculo de la relación laboral, inexistencia de la obligación, prescripción, falta de legitimación en la causa por pasiva, compensación y la genérica. (fol. 118 y s.s.)

5. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 7 de febrero del 2019, en la que el fallador de primera instancia absolvió a la demandada de todas y cada una de las pretensiones de la demanda. (CD fol. 200)

Su decisión se basó en que no existe ninguna prueba dentro del expediente que permita inferir que la demandante efectivamente prestó sus servicios para la PELUQUERIA MACHO S.S.A.

6. Impugnación y límites del ad quem. Ninguna de las partes interpuso recurso de apelación, por lo que el proceso se envió en grado jurisdiccional de consulta en favor del demandante por haberle sido desfavorable el fallo de primera instancia de conformidad con lo establecido en el art. 69 del CPT y de la SS.

7. Alegatos Decreto 806 del 2020.

7.1. Alegatos curador ad litem de los señores JAVIER MURILLO IDÁRRAGA, JAVIER MUNEVAR CUCA y JUAN MANUEL HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ. Manifiesta que NO existe prueba sobre la prestación personal del servicio de la demandante a favor de los demandados, así como la subordinación y remuneración; estando esta carga en cabeza de la demandante, de conformidad con el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo.

7.2. Alegatos PELUQUERIA MACHOS SA, ALVARO ROJAS CHISCO, JESUS ANTONIO LARA MAYORGA Y CARMEN ROSA HERNANDEZ DE SOCHA. Indica que en el presente caso, se logró demostrar que los demandados ALVARO ROJAS CHISCO, JESUS ANTONIO LARA MAYORGA Y CARMEN ROSA HERNANDEZ DE SOCHA son accionista de la sociedad PELUQUERIA MACHOS SA, sociedad que se encuentra registrada como sociedad anónima, es decir, como una sociedad de Capital y no de personas, que se caracteriza porque el patrimonio societario y el de los accionistas se separa radicalmente, de suerte que la responsabilidad de los accionistas se encuentra limitada al monto de sus aportes. Que no es posible atribuir una responsabilidad solidaria a los accionistas de una sociedad de capital, pues por mandato legal la responsabilidad solidaria de las obligaciones que emanen del contrato de trabajo se encuentra limitada para el caso de las sociedades de personas, y solo hasta el límite de responsabilidad de cada socio.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El presente proceso se conoce en grado jurisdiccional de consulta en favor del demandante, teniendo en cuenta que la totalidad de las pretensiones le fueron adversas y no presentó apelación de conformidad con lo establecido en el art. 69 del CPT y de la SS.

El **problema jurídico** que centran la atención de la Sala consiste en establecer: ¿Entre la demandante y la empresa demandada existió un contrato de trabajo?

De la existencia de contrato de trabajo

Para resolver el problema jurídico encaminado a establecer si entre las partes existió o no una relación de trabajo, debe precisar la Sala que la jurisprudencia de la CSJ, entre las que se encuentra la sentencia SL9801-2015, ha sido insistente en destacar que la característica principal que diferencia el contrato de trabajo con otros de disímil naturaleza jurídica, es la condición subordinante a la cual se encuentra expuesta la persona que presta su fuerza de trabajo a cambio de una contraprestación,

entendiendo que los demás elementos normal o regularmente concurren en cualquier contrato, bien sea de naturaleza laboral, civil, comercial, e incluso del sector solidario.

El artículo 23 del CST, indica que para que exista contrato de trabajo se requiere la concurrencia de los tres elementos del contrato, estos son la prestación personal del servicio, la subordinación y el salario.

Por su parte, el artículo 24 del C.S. del T. subrogado por el artículo 2º de la ley 50 de 1990 establece que *"Se presume que toda relación de trabajo está regida por un contrato de trabajo"*

Frente a lo cual, la H. Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL 1657-2019 dejó sentado que la demostración de la prestación personal del servicio por parte del demandante desencadena la consecuencia jurídica contemplada en el artículo 24 del CST, esto es, la de presumirse la subordinación jurídica propia del contrato de trabajo, y en consecuencia, se deben examinar las pruebas para determinar si ellas tienen la capacidad de desvirtuar la presunción legal, demostrando que el trabajo lo ejecutó el promotor de la litis de forma independiente, es decir, sin estar sujeto al cumplimiento de órdenes en cuanto al modo, tiempo, lugar y cantidad de trabajo, o sometido a reglamentos.

En el presente caso, como acertadamente lo señaló la falladora de primera instancia, no se logró probar siquiera la prestación personal del servicio de la señora DIANA MARCELA RIAÑO ACEVEDO para la empresa PELUQUERIA MACHO S.S.A., pues fue tanta la inactividad probatoria de la parte activa, que únicamente aportó como documental el certificado de existencia y representación legal de la demandada (fl. 31 y s.s.) y la escritura pública en la que se constituye la empresa demandada (fl. 11 y s.s.).

Al revisar la demanda se observa que el demandante ni siquiera solicitó se decretara como prueba algún testimonio que pudiera dar fe de los hechos que pretendía probar en el presente proceso.

Por el contrario, la empresa demandada al contestar la demanda solicitó se decretara prueba testimonial en su favor, por lo que se escucharon las declaraciones de los señores **Ricardo Esteban Nova**, quien manifestó ser el tesorero de la empresa demandada desde el 20 de enero de 1997 y no tener conocimiento de quien es la demandante, además, de manera enfática negó que la demandante haya prestado algún servicio para la empresa demandada; señaló que se verificaron los libros de contabilidad y no encontraron vínculo alguno con la demandante. Testimonio que concuerda con la declaración de los señores **José Rodríguez** quien afirmó ser Auxiliar de oficina de la empresa demandada desde el año 2001 y **Jairo Abel Novoa López**, quien adujo ser Asistente de Gerencia y Analista contable de la empresa demandada desde marzo de 1995, los cuales coincidieron en señalar que no conocen a la demandante, que ella nunca ha prestado sus servicios a la empresa demandada y que revisados todos los registros de la sociedad de proveedores, de contratistas, concesionarios y empleados, no se encontró que la demandante haya tenido algún tipo de vínculo con la PELUQUERIA MACHO S.S.A.

Aunado a lo anterior, llama la atención de la Sala que a folio 122 la parte demandante trató de reformar la demanda para solicitar que el contrato de trabajo se declarara no con la PELUQUERIA MACHO S.S.A. como se solicitó en la demanda, sino con la empresa INVERSIONES STYLE S.A.S. señalando que fue a dicha empresa a quien le prestó sus servicios del 18 de enero del 2015 al 12 de enero del 2016 (fl. 122 y s.s.); reforma que

fue rechazada mediante auto del 29 de mayo del 2018, en atención a que lo pretendido era formular una demanda totalmente nueva. (fl. 147), sin embargo, dicha manifestación concuerda con el dicho de los testigos, esto es, que la demandante nunca prestó sus servicios para la PELUQUERIA MACHO S.S.A.

Por tanto, al no haberse demostrado ni siquiera la prestación personal del servicio, carga probatoria que recae en la parte demandante conforme al art. 167 del CGP, es claro que no queda otro camino que confirmar la absolución impartida en primera instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 7 de febrero del 2019, por el Juzgado 31 Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: SIN COSTAS en este grado jurisdiccional.

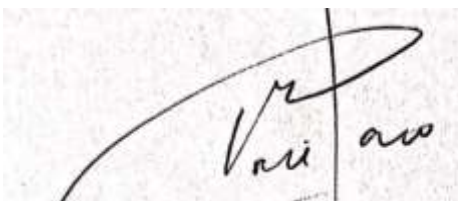
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

*Se suscribe con firma escaneada por emergencia sanitaria y estado de emergencia
Res. 380 y 885/20 Min. Salud y Protección Social y D. 417/20*



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE: BEATRIZ SUÁREZ GÓMEZ
DEMANDADO: COLPENSIONES Y AFP PROTECCIÓN S.A.
RADICACIÓN: 1100131050-37-2018-00590-01
ASUNTO: APELACIÓN SENTENCIA DEMANDANTE
TEMA: INEFICACIA TRASLADO

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

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 *"Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"*, se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Beatriz Suárez Gómez instauró demanda ordinaria contra Colpensiones y la AFP PROTECCIÓN S.A. con el fin de que se declare la nulidad de la vinculación a la AFP PROTECCIÓN S.A.. Como consecuencia, solicita se condene a la AFP PROTECCIÓN S.A. que envíe el valor de los saldos o aportes pensionales que se hayan consignado en la cuenta pensional de la demandante y que reembolse en forma íntegra las sumas descontadas por gastos de administración. Se condena a COLPENSIONES que reciba las sumas provenientes de la AFP PROTECCIÓN. Solicita además que la AFP PROTECCIÓN S.A. le reconozca y pague la suma de 50 SMMLV de que trata el art. 13 literal b) y art. 271 de la Ley 100 de 1993 como consecuencia de la conducta atentatoria contra el derecho pensional del demandante, lo que resulte probado extra y ultra petita y las costas del proceso. (fol. 2 y s.s.).

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que ha prestado sus servicios como empleada de MERK COLOMBIA S.A.; que desde el inicio de su actividad laboral estuvo vinculada al RPMPD; que la AFP PROTECCIÓN contrató un sinnúmero de vendedores o asesores comerciales para la captación de trabajadores y su respectiva afiliación a la AFP; que los vendedores o asesores contratados no tenían un amplío, perito e idóneo conocimiento en temas de seguridad social; que indujeron a la demandante de manera equivocada a trasladarse al RAIS; que el asesor de la AFP le

indicó que al trasladarse no perdía los beneficios del RPMPD; que desde su afiliación ha tratado de gestionar su traslado nuevamente al RPMPD; que no se le brindó la información necesaria al momento del traslado; que solicitó la nulidad del traslado, sin obtener una respuesta favorable.

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (fol. 94), sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de COLPENSIONES. Contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda argumentando que la afiliación a la AFP PROTECCIÓN S.A. es plenamente válida y no probó error, fuerza o dolo en la afiliación, toda vez que la demandante nunca dejó de cotizar y no se observa que durante estos años haya presentado algún tipo de queja o reclamo en relación con su traslado de régimen pensional. Propuso como excepciones de fondo las del error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, buena fe y, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público. (fol. 75 y s.s.)

4. Contestación de la AFP PROTECCIÓN S.A. Dio respuesta a la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda señalando que la demandante optó por afiliarse a la AFP PROTECCIÓN una vez los asesores le suministraron información precisa, veraz y de fondo sobre las implicaciones del traslado de régimen. Que luego de la asesoría la demandante de manera libre y voluntaria decidió afiliarse suscribiendo la solicitud de afiliación. Propuso como excepciones de fondo las de inexistencia de causal de nulidad de la afiliación, declaración de manera libre y espontánea de la demandante al momento de la afiliación a la AFP, buena fe, prescripción y la genérica. (fol. 104 y s.s.)

5. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 6 de julio del 2020, en la que el fallador de primera instancia absolvió de la demandada de todas y cada una de las pretensiones de la demanda. (CD fol. 135)

La decisión del Juez se basó en que para aplicar el criterio jurisprudencial de la CSJ se debe revisar cada caso en particular. Que la demandante no era beneficiaria del régimen de transición. Que en formulario esta toda la información que se exigía para el momento del traslado. Que la demandante aceptó que suscribió el formulario de manera voluntaria. Que la demandante realizó un traslado horizontal dentro del RAIS. Que, si bien no se probó que al momento del traslado al RAIS la AFP privada le haya brindado la información necesaria, lo cierto es que la falta de información se saneó con el traslado horizontal que hizo y porque la demandante al absolver el interrogatorio de parte demostró que sabía la edad para pensionarse y el sistema de financiamiento del RAIS.

6. Impugnación y límites del ad quem.

6.1. Recurso de apelación demandante. Interpuso recurso de apelación manifestando que existe una indebida valoración probatoria, por lo que el Juez saca unas conclusiones equivocadas. Que la demandante no era una persona experta, ni sabía el manejo del sistema pensional por el sólo hecho de mencionar al absolver su interrogatorio que en Colpensiones se podían pensionar a los 55 años de edad, lo cual ni siquiera es cierto, porque al no ser beneficiaria del régimen de transición se debía pensionar es a los 57 años. Que no le dieron la información necesaria. Que no se puede desconocer el precedente jurisprudencial de la CSJ. Que el formulario de afiliación no demuestra cuál fue la asesoría brindada a la demandante.

7. Alegatos Decreto 806 del 2020.

7.1. Alegatos demandante. Solicita se revoque la decisión proferida en primera instancia como quiera que la carga probatoria en este tipo de procesos esta en cabeza de la AFP quien no probó haberle brindado la información a la parte activa.

7.2. Alegatos Colpensiones. Indicó que es evidente que el deber de información se integra, por una parte con la obligación de asesoría y buen consejo que deben suministrar las administradoras de pensiones a los posibles afiliados, pero también con la información que deben adquirir de manera autónoma los consumidores financieros, acerca de las condiciones, modalidades y sistemas que integran los regímenes pensionales, que permita tomar decisiones, con el debido cuidado y atención que merece la decisión por ejemplo de afiliarse, trasladarse o escoger una modalidad particular, acorde a las expectativas pensionales de cada afiliado.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

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

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar el siguiente **problema jurídico principal** ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por la accionante? Para lo cual se abordarán los siguientes problemas **jurídicos secundarios**: (i) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP PRIVADA hubiera omitido su deber de información al momento en que la accionante se trasladó de régimen? (ii) ¿Se debe probar la existencia de un vicio del consentimiento para que proceda la declaratoria de ineficacia del traslado?; (iii) ¿Para poder declarar la ineficacia del traslado es necesario que el accionante fuera beneficiaria del régimen de transición, o tuvieran un derecho adquirido o una expectativa legítima?; (iv) ¿si la ineficacia del traslado se sana con el traslado entre las AFP del RAIS?; (v) ¿La AFP privada está obligada a devolver a Colpensiones las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos?; (vi) ¿Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la

demandante? (vii) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita?

Afiliación, cotización y traslado

Se encuentra acreditado en el plenario que la señora **Beatriz Suárez Gómez** cotizó al ISS desde el 3 de enero de 1991 al 30 de septiembre de 1996, conforme aparece en la historia laboral expedida por Colpensiones (fl. 93); y que se trasladó a la AFP DAVIVIR hoy AFP COLFONDOS el día 27 de septiembre de 1996, como aparece en formulario de afiliación (fl. 113).

Carga probatoria y deber de información

Para resolver el problema jurídico relacionado con la carga probatoria, debe decirse que la misma sí recae en la AFP privada no en la demandante, en primer lugar, porque la omisión en torno al **deber de información** expuesta en el libelo incoatorio tiene la connotación de una negación indefinida, exenta de prueba de conformidad con lo preceptuado en el art. 167 del C.G. del P., en segundo lugar, porque la **custodia de la documentación** así como la obligación legal de brindar información se encuentra en cabeza del fondo, conforme a lo dispuesto desde el Decreto 663 de 1993, y en tercer lugar, porque el literal b) del art 11 de la Ley 1328 de 2009, considera una práctica abusiva la imposición de dicha **carga a los consumidores financieros**, teniendo en cuenta que los afiliados se encuentran en desventaja probatoria además de ser la parte débil de la relación contractual, quien en este tipo de procesos se enfrentan a una entidad financiera, que cuenta con posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL 1897-2019, ha considerado que son las entidades de seguridad social las que deben garantizar, en caso de estar frente a un traslado de régimen pensional, que existió una decisión informada, que fue verdaderamente autónoma, consciente y objetivamente verificable, en el entendido de que los afiliados puedan conocer los **riesgos** que ello implica, así como los beneficios que le reportaría.

Dicho de otra manera, no se puede predicar la existencia de una manifestación libre y voluntaria cuando quiera que un afiliado al sistema no conoce la incidencia que la decisión de trasladarse de régimen pensional pueda tener, frente a eventuales derechos prestacionales; de ahí que no le corresponda a él sino a la administradora de fondos de pensiones dar cuenta de que brindó la correspondiente información, que fue clara y suficiente, ya que un engaño no sólo se produce en lo que se dice, sino en el silencio que guarda el respectivo asesor, quien ha de tener la iniciativa de proporcionar todo aquello que resulte relevante y fundamental, tanto lo favorable como lo desfavorable para tomar

la decisión e incluso, desanimar al afiliado en caso de que el traslado resulte perjudicial para su derecho pensional.

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 1996- la CSJ ha señalado que las AFP debían hacer una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado.

La AFP PROTECCIÓN no demostró haber brindado la información requerida a la señora **Beatriz Suárez Gómez** al momento del traslado al RAIS, como acertadamente lo entendió el fallador de primera instancia.

Adicionalmente es necesario indicar que, la Sala no desconoce que para el momento en que la demandante se trasladó al RAIS se encontraba vigente el Decreto 692 de 1994 *"Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 100 de 1993"* en cuyo artículo 11 señala que para adelantar el proceso de vinculación a la AFP se debe diligenciar el **formulario** previsto por la Superintendencia Bancaria y que en el mismo deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones, siendo posible que el formulario contenga la leyenda preimpresa en ese sentido, sin embargo, como lo ha indicado la CSJ desde la sentencia bajo el radicado N° 31989 del 2008, la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994 y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo impone el art. 1603 del C.C.

Señaló además la Corte en la sentencia SL 2324-2019 al reiterar la sentencia bajo el radicado N° 33.083 del 2011, que por la Doctrina se han elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de transparencia, vigilancia y el deber de información; éste último –información- debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Por tanto, la AFP sí estaba en la obligación de proporcionar a la demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarla como potencial afiliada, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarla de tomar una opción que claramente le perjudica. Siendo necesario señalarle al apoderado de Colpensiones que el paso del tiempo no sana la falta de información al momento del traslado.

Finalmente, es claro para la Sala que se equivoca el A quo cuando señala que se sana la falta de información al momento del traslado, porque la demandante tenía conocimiento de la edad y semanas para pensionarse en el RPMPD o la forma en que se financiaba su pensión en el RAIS como quiera que ella fue enfática en señalar que no se le habían dado ninguna información al momento del traslado y que tuvo que

buscar asesoría por su cuenta, lo cual de ninguna manera repara la omisión de la AFP privada.

Necesidad de ser beneficiario del régimen de transición, derecho adquirido o expectativa legítima como presupuesto para declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional

Respecto del tema relacionado con demostrar la calidad de beneficiario del **régimen de transición** o tener una expectativa legítima como presupuesto para que sea procedente la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, debe decirse que nuestra CSJ tiene sentado entre otras en la sentencia SL 2955-2019 que para que proceda la ineficacia deprecada **no se exige que al tiempo del traslado el usuario cuente con un derecho consolidado, un beneficio transicional o que esté próximo a pensionarse**, señalando que ni la legislación ni la jurisprudencia establecen tales condiciones, pues como ya se dijo, lo que importa son las circunstancias en que se hizo el ofrecimiento al actor, las condiciones en que se le otorgó el traslado, si le brindó la información veraz y oportuna frente a las implicaciones del mismo y sobre la verdadera situación que tenía frente a los dos regímenes pensionales.

Saneamiento de la ineficacia ante el traslado de diferentes AFP dentro del RAIS

En relación con el asunto que busca establecer si existe saneamiento de la ineficacia generada por la falta de información cuando se produce el traslado del afiliado entre diferentes AFP del RAIS, debe señalarse, conforme lo tiene adocinado la CSJ entre otras en la sentencia SL 1688-2019, que el hecho de que el demandante se hubiese trasladado a diferentes AFP, no tiene la virtualidad o aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP inicial al momento del traslado, toda vez que la **oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado**, no con posterioridad, pues como se vio, el afiliado requiere para tomar decisiones la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato solo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente y, por tanto, pierde su utilidad, ello equivale a la ausencia de información.

Devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos

Frente al tópico encaminado a determinar si la AFP privada está obligada a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adocinado, entre otras, en la sentencia SL 14911-2019, que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad

del capital ahorrado, **junto con los rendimientos financieros**. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad **a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades**, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones. (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019)

Aceptación de aportes y activación de la afiliación

En relación con el asunto que gira en torno a establecer si Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante, es necesario precisar, que al quedar sin efecto su afiliación al RAIS es claro que su vinculación con COLPENSIONES quedó incólume de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de las AFP los aportes efectuados por la accionante a ésta a fin que reposen en la historia laboral de la administradora de pensiones Colpensiones, quien está en la obligación de activarlos en el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en la sentencia SL4360 de 2019

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, ni afecta su **sostenibilidad financiera**, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante de manera íntegra a COLPENSIONES, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y comisiones los cuales deberá asumir las AFP PRIVADAS de sus propias utilidades, pues, al dejarse sin valor y efecto la afiliación, esta declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al régimen, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia-)

Excepción de prescripción

Se debe precisar que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible y así se dejó sentado por nuestra H. Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL1421 de 2019 y SL1689 de 2019.

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 21 de marzo del 2019 por el Juzgado 37 Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia, para en su lugar **DECLARAR** la ineficacia del traslado al RAIS realizado por la señora MYRIAN TELLEZ CASAS y en consecuencia, se ordena a la AFP PORVENIR S.A. que traslade todos los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante de manera íntegra a COLPENSIONES, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y comisiones las cuales debe asumir de sus propias utilidades.

SEGUNDO: CONDENAR a la AFP PROTECCIÓN S.A. a devolver los gastos de administración que en su momento descontó de la cuenta de ahorro individual de la demandante.

TERCERO: CONDENAR a COLPENSIONES a recibir los aportes provenientes de la AFP PORVENIR S.A. y los gastos de administración y comisiones provenientes de la AFP PROTECCIÓN S.A. y a reactivar la afiliación del demandante al régimen administrado por ésta.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia. Las de primera instancia a cargo de la AFP PROTECCIÓN, AFP PORVENIR y de COLPENSIONES.

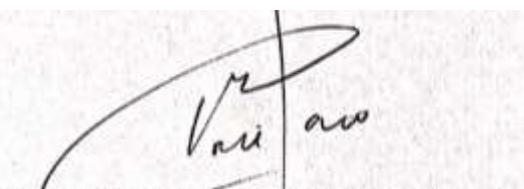
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE: ALFONSO COLMENARES TRIANA
DEMANDADO: COLSUBSIDIO
RADICACIÓN: 1100131050-22-2016-00374-01
ASUNTO: APELACIÓN SENTENCIA DEMANDANTE Y DEMANDADO
TEMA: CONTRATO DE TRABAJO -DESPIDO

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

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 "*Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica*", se procede a proferir la siguiente,

AUTO

Se reconoce personería para actuar a la Dra. MARIANA ZAYAS PUERTO como apoderada del demandante, en los términos y para los efectos del poder conferido conforme lo dispone el art. 74 del CGP, el cual fue allegado mediante correo electrónico.

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Alfonso Colmenares Triana instauró demanda ordinaria contra COLSUBSIDIO con el fin de que se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido entre el 3 de enero de 1994 y el 3 de marzo del 2014, el cual finalizó por causa imputable al empleador. Como consecuencia, solicita se condene a la demandada a pagar la indemnización de que trata el art. 65 CST. (fol. 103 y s.s.).

Solicitó como pretensiones subsidiarias reintegrar al actor al cargo de analista auditoria dos, junto con el pago de salarios, incrementos salariales, prestaciones sociales legales y extralegales desde la terminación del contrato hasta la fecha en que sea reintegrado; junto con lo que resulte probado extra y ultra petita y las costas del proceso.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que el 3 de enero de 1994 ingresó a trabajar en Colsubsidio desempeñando el cargo de auditor en el Departamento de Auditoría Interna con un sueldo de \$270.000; que inició trabajando en el Área de Auditoría de Mercadeo Social y Recreación y Turismo; que la demandada decidió implementar el sistema SAP para lo cual fue escogido con otros tres compañeros; que el señor Colmenares recibía la capacitación para posteriormente replicar a sus compañeros.

Indicó que posteriormente, fue trasladado a la Sección de Auditoría Financiera en donde formó un equipo de trabajo con los Auditores Luz Angela González y Esperanza Barrero; que debían reportarse diariamente con la Dra. Eneyda Silva de Cavas; que fue seleccionado como un trabajador excelente; que fue designado para manejar la Auditoría de Fondos Sociales y de manera simultánea para que continúe con Auditoría Financiera en cuya labor duró aproximadamente 4 años; que el Auditor General Dr. Bernardo Rodríguez Laverde le asignó labores y responsabilidades de Jefe de Sección de Auditoría en modalidad de senior con personal a cargo.

Que ante la reestructuración de la entidad tuvo que volver a desempeñar el cargo de Analista de Auditoría Interna, cargo que desempeñó durante su último año de servicios; que en diciembre del 2013 observó errores en los descuentos que se le harían en la nómina; que la anterior situación la evidenció utilizando una opción de consulta que tenía habilitada en el sistema SAP; que el demandante sólo realizó la consulta de su nómina; que con el fin de aclarar la situación se dirigió al área de relaciones laborales y manifestó la situación observada.

Que en nómina le informaron que se trataba de un error el cuál sería corregido al día siguiente; que en el mes de diciembre y enero también se presentó un error en su nómina; que fue citado a diligencia de descargos el 24 de febrero, argumentando una eventual extralimitación de deberes y obligaciones en ejercicio de sus funciones y responsabilidades asignadas, al considerar que había utilizado de manera indebida su clave para acceso al SAP al consultar el extracto de nómina que le correspondía; que el 24 de febrero del 2014 se presentó a rendir los descargos y radicó una comunicación escrita dando respuesta al acta de descargos; que en los descargos argumentó que no cometió ninguna falta, ni omisión de sus responsabilidades y funciones; que lo único que realizó fue una consulta por SAP la cual le estaba permitida; que no uso ningún procedimiento fraudulento y sólo fue utilizado un proceso de consulta que tenía habilitada.

Afirmó que el 3 de marzo del 2014 la empresa demandada decidió notificarle que le daba por terminado su contrato de trabajo, argumentando una justa causa, invocando el supuesto incumplimiento de manera grave de las obligaciones y deberes que como trabajador tenía asignadas por el empleador. Que durante los 20 años que laboró para la demandada nunca se le realizó un llamado de atención. Que la consulta de la nómina la realizó de buena fe. Que al momento del retiro devengaba la suma de \$3'426.800. que con el despido se causó un perjuicio irremediable pues es padre cabeza de familia y está a cargo de su hija menor de edad. Que al momento del despido se encontraba atravesando por un fuerte dolor por la muerte de su cónyuge.

2. Contestación de la demandada. Contestó aceptando la existencia de la relación laboral y los extremos de la misma. Señaló que se oponía a las demás pretensiones de la demanda, pues la finalización de la relación laboral se dio con justa causa con fundamento en las gravísimas faltas cometidas por el actor en el ejercicio de sus funciones descritas en la carta de fecha 3 de marzo del 2014, mediante las cuales violó de manera grave sus obligaciones legales y contractuales por cuanto actuando de forma irregular utilizó de manera indebida y para su beneficio personal el usuario asignado a la auditoria, consultando antes del cierre de nómina los pagos y novedades que se estaban generando a su favor, siendo de su conocimiento que el acceso a consultas en SAP únicamente le estaba autorizado para el uso exclusivo de los procesos de validación y seguimiento, propios de las labores de auditoría interna que debía efectuar en función de su cargo.

Que el demandante vulneró de manera grave las políticas de uso de usuarios y contraseñas definidas por la Corporación, las cuales habilitan la utilización de cualquier sistema de información única y exclusivamente para el desarrollo de las funciones propias del cargo desempeñado.

Que las conductas indebidas del extrabajador implicaron una omisión a las obligaciones laborales definidas y pactadas por las partes en el compromiso de confidencialidad suscrito por el actor y el cual establece claramente "... Tener conocimiento de las responsabilidades y obligaciones de confidencialidad sobre las cuentas y claves de acceso a los sistemas de información que me sean asignados durante mi permanencia en la entidad y **el manejo exclusivo que debo darle a las mismas**, las cuales son únicamente para el desarrollo de las actividades autorizadas por Colsubsidio".

(...) Cualquier transgresión o incumplimiento total o parcial de las obligaciones que adquiero con este documento se consideran como falta grave y por lo tanto constituirá justa causa para que Colsubsidio de por terminado el contrato de trabajo que me vincula con tal entidad...)

Indicó que en el documento suscrito por el extrabajador el 19 de agosto de 2008 para la entrega del equipo portátil que para el desarrollo de las funciones de aquél le fue asignado, aceptó expresamente que se obligaba a cumplir, aplicar y respetar las políticas definidas por COLSUBSIDIO en relación a la seguridad y uso apropiado de la información y tecnología, las cuales además declaró conocer.

Que quebrantó la declaración de independencia que como auditor suscribía anualmente, en la que aceptó conocer el código de ética y buen gobierno de COLSUBSIDIO del cual se desprende claramente que "se **considera falta grave por parte del trabajador**, la elaboración de cualquier tipo de copia no autorizada de cualquier documento o archivo contenido en papeles, cintas magnetofónicas, videos, discos de computadora o cualquier otro medio, así como, **su sustracción sin la autorización de su inmediato superior**, o el revelar la información por cualquier clase de medio; esto acarreará las correspondientes consecuencias disciplinarias y legales, según el caso.

Propuso como excepciones de fondo las de cobro de lo no debido, inexistencia de las obligaciones pretendidas, ausencia de título y de causa en las pretensiones del demandante, ausencia de obligación en la demandada, pago de lo debido, buena fe y prescripción. (fol. 149 y s.s.)

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 11 de diciembre del 2018, en la que el fallador de primera instancia declaró que el contrato de trabajo que existió entre las partes terminó sin justa causa por parte del empleador. Condenó a Colsubsidio a reconocer y pagar al actor la suma de \$47'207.342,96 por concepto de indemnización por despido sin justa causa, suma que deberá pagar de manera indexada desde el 3 de marzo del 2014 al momento en que se efectúe el pago.

(CD fol. 316)

Su decisión se basó en que no existe discusión en cuanto a la existencia de la relación laboral y los extremos de la misma. Que la demandada en la carta de despido del 3 de marzo del 2014 adujo que el demandante había incumplido el numeral 6° del artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo, en concordancia con el numeral 5° del artículo 58 de la misma obra sustantiva laboral, dado que consultó antes del cierre de nómina

los pagos que para la primera quincena de enero del 2014, estaban generando a su favor utilizando de manera indebida y para su beneficio personal el usuario que le había sido otorgado para el ejercicio de la función de auditoría.

Señala también, que lo anterior implicó claramente una omisión a las obligaciones laborales definidas, las que expresamente se plantearon en el compromiso de confidencialidad suscrito con la entidad obrante en su hoja de vida, documento en la cual el actor dice tener conocimiento de las responsabilidades y obligaciones de confidencialidad sobre las cuentas y claves de acceso a los sistemas de información, que se le han asignado durante su permanencia en la entidad y el manejo exclusivo que debe darle a las mismas, las cuales son únicamente para el desarrollo de las actividades autorizadas.

Indica que Colsubsidio también refiere que en el documento suscrito por el actor el 19 agosto del 2008, para la entrega del equipo portátil, para el desarrollo de sus funciones aceptó expresamente que se obligaba a cumplir y aplicar y respetar las políticas definidas por la Corporación con relación a la seguridad y el uso apropiado de la información y tecnología. Las que además declaró conocer ante la firma del mismo, obligaciones que incumplió como ya se citó, y que vulneró el Código ética y de buen gobierno de la entidad,

Que la falta que se le imputa al demandante en síntesis, es el hecho que utilizó la clave del usuario asignado a la auditoría para consultar antes del cierre la nómina, los pagos y novedades que se estaban generando a su favor, siendo de su conocimiento que el acceso a consulta en SATP, únicamente le está autorizado para el uso exclusivo de los procesos de validación y seguimiento propias de la labor de auditoría interna que debía efectuar en función de su cargo, y que al momento de la consulta realizada por el demandante este no tenía ningún proceso a su cargo.

Señala que en el expediente está plenamente demostrado que el demandante, consultó antes del cierre de nómina, los pagos y novedades que se estaban generando para la primera quincena de enero de 2014, mediante el sistema SATP cuando no tenía proyecto de auditoría a su cargo, pues así lo confesó en el interrogatorio de parte al indicar "que era cierto que en el mes de diciembre del año 2013 se acercó al área de nómina a preguntar sobre los descuentos que le fueron realizados en el desprendible de nómina, que para el mes de enero de 2014 se acercó al área de nómina a preguntar sobre los descuentos; que es cierto que consultó su nómina mediante el sistema SATP, diciembre del año 2013 y enero del 2014 y que para dicha fecha no se había dado cierre de nómina y que tampoco tenía ningún proyecto de auditoría a su cargo relativo al área de nómina y contratación."

Que además el actor acepta en el interrogatorio de parte que el usuario asignado para consultar SATP, tenía como único fin la revisión de aspectos relacionados con sus funciones laborales.

Señala que el interrogante entonces, que se pone de presente es determinar, si la conducta cometida por el actor infringe la ley el contrato de trabajo, el compromiso de confidencialidad, el Código de buen gobierno de la empresa o ética y reglamento interno de trabajo.

Que del compromiso de confidencialidad suscrito por el demandante visible a folio 180, se puede extraer claramente que el demandante conocía el carácter personal único intransferible de las claves que le fueron asignadas y se comprometió a no divulgarlas

a ninguna persona natural o jurídica. Asimismo, de este compromiso de confidencialidad, se establece el compromiso del demandante en el manejo exclusivo que debió darle a las mismas, las cuales deben ser únicamente para el desarrollo de las actividades autorizadas por Colsubsidio.

Que uno los compromisos del trabajador es la confidencialidad, que puntualiza “durante la vigencia del contrato laboral, y de manera indefinida todos los trabajadores de la empresa se comprometen a no comunicar a terceros ni usar en su propio provecho las informaciones de naturaleza reservada que tenga o lleguen a conocer, en razón o con ocasión de su vinculación laboral y cuya divulgación pueda ocasionar perjuicios a la empresa.”

Considera el fallador de primera instancia que las causales endilgadas en la carta de terminación no constituyen, en sí, una justa causa para la terminación del vínculo laboral que por más de 20 años perduró sin un llamado de atención o sanción disciplinaria, pues se probó que en el mes de diciembre de 2013, el demandante alertó al área de Recursos Humanos o equivalentes de algunas irregularidades que contenía su nómina, el cual pudo verificar bajo la utilización del sistema SATP, sin embargo pese al pleno conocimiento de la demandada de la utilización de ese sistema, al cual se accede mediante la clave en el ejercicio de su condición o función de auditor ningún reproche le causó o le generó al demandante en diciembre del año 2013.

Conducta que, en el contexto, debe ser tenida en cuenta como un acto tácito de autorización de Colsubsidio, frente a la utilización de dicho sistema para tal fin, de ahí que la conducta desplegada por el actor en el mes de enero del 2014, para realizar idéntica verificación de su nómina por el mismo sistema, a la que ya había hecho en diciembre de 2013, no pueda ser considerada como un acto vulneratorio del compromiso de confidencialidad o del código de ética y buen gobierno de la empresa o del reglamento interno de trabajo, dado que contaba con una autorización tacita para tal fin.

Que con la utilización de la clave el demandante en ningún momento obtuvo un provecho o beneficio, pues nótese que no fue alterada cifra alguna de dinero, ni modificada alguna información a favor de este, sino por el contrario con su actuar previno a la empresa, del perjuicio que pudo haber generado con los errores que encontró en el momento de realizar la consulta, tal y como fue asentado por el representante legal de la empresa cuando indicó en su interrogatorio de parte, que los errores indicados por el actor fueron corregidos y que Colsubsidio no perdió ninguna suma de dinero con el actuar el demandante no generando ningún perjuicio.

Por el contrario, la conducta desplegada por el actor en enero del 2014 se encuadra en una de las obligaciones que como trabajador le asistían, por ejemplo, la prevista en el Reglamento Interno de Trabajo artículo 88, que señala el deber de comunicar oportunamente a la corporación las observaciones que estime conducentes a fin de evitar daños y perjuicios, obligación reiterada en numeral 5º del artículo 58 del Código Sustantivo del Trabajo que contradictoriamente se le alude al demandante como justa causa de terminación del contrato de trabajo, pues nótese, como informó el actor de manera previa, los errores encontrados en la nómina a fin de evitar un perjuicio económico a su empleador, pues conforme al comprobante nómina visible a folio 14, se advierte un valor a pagar a favor del demandante para diciembre del 2013, que ascendía a \$2.361.685 pesos y el valor efectivamente consignado según el movimiento de cuenta personal del demandante de folio 15, ascendió a \$662.435 pesos, es decir menor al que se indicaba en el comprobante de pago en su momento.

De igual manera, sucedió para la segunda quincena en diciembre de 2013 pagada en enero del 2014, dado que según el comprobante de pago obrante a folio 16, el valor a favor del demandante ascendía a \$2.679.944 y fue consignado el valor de \$732.488 pesos, por lo que efectivamente el actuar del demandante previno un desequilibrio financiero de la demandada, además de encontrarse demostrada que su actuar estuvo acompañado del compromiso de la lealtad con su empleador, que la clave nunca fue divulgada a un tercero, ni este hecho fue indilgado en la carta de renuncia como causal de despido.

4. Impugnación y límites del ad quem.

4.1. Impugnación demandante. Su apelación va dirigida exclusivamente al monto de la indemnización por despido sin justa causa, señalando que se debía calcular con la normativa vigente para el año de 1994, fecha en que se da inicio formal a la relación laboral.

4.2. Impugnación demandada. Solicitó se revoque la sentencia proferida por el juez de primera instancia, teniendo en cuenta que las partes pactaron como justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo el incumplimiento en la utilización del usuario para fines diferentes a sus funciones como auditor. Que el actor vulneró de manera grave las políticas de uso de usuarios y contraseñas definidas por dicha entidad.

Que con su actuar se omitieron las obligaciones pactadas por las partes en el compromiso de confidencialidad. Que las partes pactaron el incumplimiento en el uso de las claves como una falta grave, que constituye justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo.

Que cuando le fue entregado el equipo portátil para el desarrollo de sus funciones aceptó de manera expresa que se obligaba a cumplir, aplicar y respetar las políticas definidas por Colsubsidio en cuanto a la seguridad y uso apropiado de la información y tecnología, las cuales, además declaró conocer.

Que en la Declaración de Independencia que como auditor suscribía anualmente aceptó conocer el código de ética y buen gobierno de Colsubsidio, el cual se desprende claramente que se considera falta grave para el trabajador la elaboración de cualquier tipo de copia no autorizada, de cualquier documento o archivo contenido en papeles, cintas magnetofónicas, vídeos, discos de computadora o cualquier otro medio así como su sustracción sin la autorización de su inmediato superior o revelar la información que por cualquier clase de medio.

Que no existe ninguna autorización tácita como lo refiere el fallador de primera instancia, pues en el documento se estipuló que para un uso diferente de las claves era necesario contar con la autorización de su inmediato superior, sin embargo, el inmediato superior no conocía que había ingresado al sistema.

Que se probó la falta grave cometida por el actor. Que la CSJ ha indicado que si las partes catalogan una falta como grave el Juez no puede entrar a calificar la conducta.

Que además se está vulnerando el principio de congruencia al condenar a la caja a una indemnización que no fue pedida y que mucho menos opera el reintegro que solicita el actor como pretensión subsidiaria.

Finalmente, dice que en caso de no prosperar su recurso no se puede modificar el monto de la indemnización por despido sin justa causa como lo pretende el actor.

5. Alegatos del Decreto 806 del 2020

5.1. Alegatos Colsubsidio. Señaló que contrario a lo manifestado por el Juez de primera instancia el actor no logró desvirtuar los argumentos registrados por Colsubsidio en la carta de terminación del contrato de trabajo por justa causa y no lo hizo toda vez que es evidente que transgredió sus obligaciones laborales como se observa con la prueba documental que reposa en el expediente y los testimonios escuchados que acreditan y ratifican las conductas reprochables del demandante. Que se demostró y es más el demandante confesó en el interrogatorio de parte y descargos, que hizo uso del usuario y clave asignado para su cargo, en la revisión de pagos y novedades generados a su favor siendo de su conocimiento que los usuarios de SAP solamente eran de uso para el ejercicio de funciones.

5.2. Alegatos demandante. Solicita se REVOQUE la sentencia de primera instancia proferida en su numeral QUE HACE REFERENCIA UNICAMENTE, en el que se establece la condena pecuniaria al demandado que debe pagar a título de indemnización al demandante ALFONSO COLMENARES TRIANA como consecuencia de haberse declarado la terminación del contrato de trabajo en causa imputable a la COMPAÑÍA DEL SUBSIDIO FAMILIAR COLSUBSIDIO. En razón única y exclusiva de la normatividad que regía para el momento de la firma del contrato de trabajo. Esto como derechos adquiridos artículo 16 del CST.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

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

Los **problemas jurídicos** que centra la atención de la Sala consisten en establecer: (i) ¿La conducta cometida por el actor fue catalogada como falta grave por las partes y, por ende, el contrato de trabajo que las unió finalizó con justa causa?, en caso negativo, (ii) ¿La conducta que se endilga al actor constituye una justa causa para darle por terminado el contrato de trabajo?

Contrato de trabajo y sus extremos

No se discute en esta instancia, que entre el señor Alfonso Colmenares Triana y Colsubsidio existió un contrato de trabajo a término indefinido entre el 3 de enero de 1994 al 3 de marzo del 2014, lo cual fue aceptado por la demandada desde la contestación de la demanda y se corrobora con el contrato de trabajo celebrado entre las partes (fol. 162) y la carta de terminación del mismo (fol. 167).

Conducta endilgada por el empleador para dar por terminado el contrato

La conducta alegada por el empleador para dar por terminado el contrato fue el hecho de que el trabajador utilizara la clave del usuario asignado a la auditoría para consultar antes del cierre la nómina, los pagos y novedades que se estaban generando a su favor. Se aduce que el trabajador conocía que el acceso a consulta en SATP, únicamente le está autorizado para el uso exclusivo de los procesos de validación y seguimiento propias de la labor de auditoría interna que debía efectuar en función de su cargo, y que al momento de la consulta realizada no tenía ningún proceso a su cargo, pues así se extrae del contenido de la carta de terminación del contrato, visible a folio 24.

La comisión de la conducta endilgada no se discute por parte del actor, quien, por el contrario, la confiesa en diligencia de interrogatorio de parte, sin embargo, alude que su actuación no constituye justa causa para la terminación de su contrato de trabajo.

De la terminación del contrato de trabajo

Sea lo primero indicar, que el parágrafo del art. 62-63 del CST establece que la parte que termina unilateralmente el contrato debe manifestar a la otra, en el momento de la extinción, la causal o motivo de esa determinación, y que posteriormente no puede alegar válidamente causales o motivos distintos. Artículo que fue declarado exequible por la Corte Constitucional en la sentencia C594 de 1997, precisando que la parte debe indicar la causal o motivo que fundamenta la decisión de terminar el contrato, no siendo suficiente con invocar genéricamente una de las causales, sino que es necesario precisar los hechos específicos que fundamentan tal determinación.

El numeral 8° literal b) del art. 62-63 CST contiene como justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo *"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, **o cualquier falta grave, calificada como tal en pactos o convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos**"*.

Frente a lo anterior, nuestra CSJ ha tenido la oportunidad de referirse, entre otras, en la sentencia SL 2457-2018 reiterada en la sentencia SL 411-2019, en la que señaló:

"Al respecto, debe recordar esta Corporación, que cuando se invoca la violación de las obligaciones que le incumben al trabajador, la misma debe ser grave para que constituya justa causa de despido, como lo prevé la norma antes referida. Dicha gravedad es dable evaluarla al juez del trabajo, como bien lo coligió el Tribunal, contrario a cuando se aduce la comisión de una falta grave, pues ésta requiere previa calificación como tal en convención colectiva, contrato o reglamento de trabajo y no por parte del fallador. Así se explicó en sentencia CSJ SL 10 mar. 2003 rad. 35105, reiterada en fallos CSJ SL670-2018 y CSJ SL 187-2018:

Sobre la hermenéutica del citado texto normativo ya ha tenido oportunidad de pronunciarse esta Corporación, entre otras sentencias en la proferida el 18 de septiembre de 1973, en la cual se dijo:

Es indudable que en el numeral 6° del aparte a) del artículo 7° del Decreto 2351 de 1965, se consagran dos situaciones diferentes que son causas de terminación unilateral del contrato de trabajo. Una es <cualquier violación grave de las obligaciones y prohibiciones que incumben al trabajador de acuerdo con los

artículos 58 y 60 del Código Sustantivo del Trabajo> y otra es <... cualquier falta grave calificada como tal en pactos o en convenciones colectivas, fallos arbitrales, contractuales o reglamentos...>.

En cuanto a la primera situación contemplada por el numeral señalado, es posible la calificación de la gravedad de la violación (...) En cuanto a la segunda situación contemplada por el numeral referido, es claro que la calificación de la gravedad de la falta corresponde a los pactos, convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentarios en que se consagran esas faltas con tal calificativo...'

'El diccionario de la Lengua de la Real Academia Española, edición 1970 dice que falta en su segunda acepción es: <Defecto en el obrar, quebrantamiento de la obligación de cada una> y en cuanto a la violación indicada: <Acción y efecto de violar>, y define el verbo violar como <infringir> o quebrantar una ley o precepto'.

Por lo anterior se concluye que la diferencia entre violación de las obligaciones del trabajador y la falta cometida por el mismo, no es lo que determina la diferencia entre las dos partes del numeral indicado. La violación de las obligaciones y prohibiciones a que se refieren los artículos 58 y 60 del Código Sustantivo del Trabajo, constituye por sí misma una falta, pero esa violación ha de ser grave para que resulte justa causa de terminación del contrato. Por otra parte, cualquier falta que se establezca en pactos o convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos, implica una violación de lo dispuesto en tales actos, que si se califica en ellos de grave, constituye justa causa para dar por terminado el contrato.

En el primer concepto la gravedad debe ser calificada por el que aplique la norma, en el segundo la calificación de grave ha de constar en los actos que consagran la falta ...'

Y en sentencia de 19 de septiembre de 2001, radicación 15822, así razonó esta Corporación:

"Sobre esta facultad, la Corte Suprema de Justicia, en su Sala de Casación Laboral ha esbozado en múltiples fallos que la calificación de la gravedad de la falta corresponde a los pactos, convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos en los que se estipulan esas infracciones con dicho calificativo. Por ello, cualquier incumplimiento que se establezca en aquéllos, implica una violación de lo dispuesto en esos actos, que si se califican de grave, constituye causa justa para fenecer el contrato; no puede, el juez unipersonal o colegiado, entrar de nuevo a declarar la gravedad o no de la falta. Lo debe hacer, necesariamente, cuando la omisión imputada sea la violación de las obligaciones especiales y prohibiciones a que se refieren los artículos 58 y 60 del C.S. del T. Lo importante es que el asalariado incurra en una de las faltas calificadas de graves por el reglamento interno de trabajo, sin importar si ella, produjo daño o beneficio para la entidad patronal"(Subraya la Sala).

Caso en concreto

En el presente caso, a folio 167 aparece escrito dirigido al accionante en la que la COLSUBSIDIO le da por terminado su contrato de trabajo, de la siguiente manera:

"Esta Corporación ha decidido dar por terminado con justa causa su contrato de trabajo a partir del tres (3) de marzo de 2014, situación que deriva de los hechos establecidos ante el reporte efectuado por la Sección de Nómina y contratación de la entidad el pasado 31 de enero de 2014, las explicaciones brindadas en la

comunicación aportada en la diligencia de descargos realizada el 24 de febrero y la investigación interna efectuada, donde se pudo evidenciar que incumplió de manera grave las obligaciones y deberes que como trabajador tenía asignadas, todo lo cual se puntualiza así:

1. Desempeñándose usted en el cargo de Auditor, le fue autorizado el uso de una clave y usuario genérico para generar consultas en SAP en virtud de las funciones que debía realizar, esto para el uso exclusivo de los procesos de validación y seguimiento propios de la auditoría interna.

El usuario citado estaba autorizado para que ante las (sic) validación de los procesos de auditoría, se pudiera conocer entre otros procesos, el de la nómina de los trabajadores de la entidad mientras se realizaba el cargue de las novedades que quincenalmente se generan, es decir, antes de que se efectuara el cierre. Las atribuciones concedidas al usuario eran para su uso única y exclusivamente, cuando existiera una validación o revisión de la auditoría.

Una vez efectuado el cierre de nómina, se habilitan para todos los trabajadores de la Corporación los comprobantes de pago a través del SIGHU, siendo ésta la única vía autorizada para que se conozcan oficialmente los pagos y novedades registradas.

2. Ante la validación realizada se pudo establecer que usted, el pasado 11 de enero de 2014, consultó antes del cierre de la nómina los pagos y novedades que para la 1a quincena de enero de 2014 se estaban generando a su favor, ello utilizando de manera indebida y para su beneficio personal, el usuario asignado a la auditoría.

Así las cosas, el 11 de enero de 2014 se dirigió a la Coordinación de Nómina e indagó sobre las novedades que estaban causándose (FEC), ante ello se le informó que aún el cargue de la información de pagos no se había cerrado y por ende, lo registrado podría variar.

Por lo inusual de la consulta y dado que para esa fecha ningún trabajador de la entidad podía acceder a los comprobantes de pago, se le cuestionó del porqué conocía las novedades de nómina aplicadas a usted, ante lo cual señaló que; al ser funcionario de la auditoría interna, tenía acceso a esta información, tal como lo aceptó en el documento aportado a la diligencia en el numeral octavo del mismo.

3. Ante estos hechos, se procedió por la Corporación a realizar la validación pertinente, estableciéndose que usted omitió gravemente las obligaciones y responsabilidades que como trabajador tiene definidas y que de manera específica le aplican por su rol de auditor, todo ello conforme con lo que a continuación se puntualiza:

3.1. Se evidenció que pese a que el usuario general otorgado para la validación de procesos era exclusivo para este tipo de funciones, usted aprovechándose del mismo, consultó las novedades de su nómina en beneficio personal, vulnerando con ello las políticas de uso de usuarios y contraseñas definidas por la Corporación. Las que habilitan a que la utilización de cualquier sistema de información sea única y exclusivamente para el desarrollo de las funciones propias del cargo realizado.

Lo anterior, implicó claramente una omisión a las obligaciones laborales definidas, la que expresamente se pactaron en el compromiso de confidencialidad suscrito con la entidad y obrante en su hoja de vida, documento en el cual señaló: "... tener conocimiento de las responsabilidades y obligaciones de confidencialidad

sobre las cuentas y claves de acceso a los sistemas de información que me sean asignados durante mi permanencia en la entidad y el manejo exclusivo que debo darle a las mismas, las cuales son únicamente para el desarrollo de las actividades autorizadas por Colsubsidio”, compromiso que hace parte integral de este carta.

Aunado a esto, en el documento suscrito por usted el 19 de agosto de 2008 para la entrega del equipo portátil que para el desarrollo sus funciones le fue asignado, aceptó expresamente que se obligaba a cumplir, aplicar y respetar las políticas definidas por la Corporación con relación a la seguridad y al uso apropiado de la información y tecnología, las que además declaró conocer ante la firma del mismo, obligaciones que incumplió, tal como ya se citó.

3.2. Se estableció que vulneró gravemente el código de ética y buen gobierno de la entidad, ello ante lo señalado en los compromisos del trabajador Colsubsidio, que señala el deber de confidencialidad durante la vigencia del contrato laboral y de manera indefinida para todos los trabajadores de la Corporación, texto en el cual se prohibía hacer uso en provecho propio de las informaciones de naturaleza reservada que tengan o lleguen a conocer en razón o con ocasión de su vinculación laboral.

3.1. Se estableció que vulneró la declaración de independencia que como auditor suscribe anualmente, documento que hace parte integral de esta carta y en el cual aceptó conocer el Código de Ética del IIA y de la ISACA, precisando no tener ningún conflicto de intereses ante las funciones que realizaba.

4. Ante los hechos citados, es claro que se ha perdido por parte de la Corporación la confianza en usted depositada, pues para el 11 de enero de 2014 no tenía usted asignado ningún proceso de auditoria que lo facultara generar las consultas que hizo, siendo importante señalar que al ser la auditoría interna un área de control, no existe justificación alguna que permita aceptar su actuar abiertamente irregular, abusando

del perfil funcional y del rol asignado, lo quedó plenamente demostrado ante los hechos que aceptó en la comunicación presentada en los descargos.

5. Aunado a todo lo citado, para corroborar el uso abusivo e inconsulto de su parte al proceso de nómina, ello con el usuario y clave asignado para los procesos de auditoria, se validó si a través del SIGHU había realizado consultas a sus comprobantes de pago evidenciándose que el 15 de enero de 2014 fue cuando los revisó, fecha en la cual ya se encontraban habilitados para consulta, es decir, 4 días después de haber ingresado al sistema SAP.

Como ya se indicó la situación presentada ha generado la perdida absoluta de la confianza en usted depositada, no siendo de recibo las explicaciones brindadas en la comunicación entregada en la diligencia de descargos, pues de la validación realizada se estableció que conocía a cabalidad las funciones del cargo y que era consciente que el usuario y clave asignados era solo para procesos de auditoria aunado a que fueron consultas realizadas por su cuenta y riesgo, sin el aval de su jefe inmediato.

Los hechos anteriores se enmarcan de manera conjunta e independiente en lo establecido en el numeral 6o primera parte del Literal A) del Artículo 70 del Decreto 2351 de 1965, en concordancia con lo dispuesto en el numeral 5 del Artículo 58 del Código Sustantivo del Trabajo.

De esta forma su liquidación de sus derechos laborales le será entregada en un plazo prudencial a través de la Gerencia de Servicios Compartidos, junto con la orden para que le practiquen el examen médico de egreso, y la relación de pago

de aportes efectuados a la Seguridad Social en Salud, Pensiones, Riesgos Profesionales y Parafiscales, de los meses anteriores.”

De la documental anterior se infiere, que Colsubsidio decidió finalizar el contrato laboral aduciendo que el ahora demandante cometió una falta grave en el ejercicio de sus funciones como Auditor, sustentada en el hecho de que el trabajador utilizó para inspeccionar los procesos de nómina que se estaban generando en su favor, el usuario y contraseña que se le había asignado únicamente para revisar los procesos de auditoría que tenía a su cargo, pese a tener conocimiento que el usuario y clave solamente lo podía utilizar para la labor encomendada por su empleador.

Conducta que como ya se dijo no se discute cometió el demandante pues la acepta al absolver su interrogatorio de parte, no siendo motivo de discusión en esta instancia, por ende, pasa este Despacho a determinar si la conducta endilgada constituye o no una justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo.

Es necesario precisar, que la demandada alega que dicha conducta fue catalogada por las partes como falta grave, por lo que existía justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo del señor Colmenares Triana, no pudiendo de nuevo el Juez entrar de nuevo a calificar la conducta como lo efectuó en su fallo.

Al respecto, lo primero que observa la Sala es que, en la carta de terminación del contrato, el empleador en ningún momento le manifestó al actor que la conducta endilgada se encontraba catalogada por las partes como una falta grave, como lo alega en este proceso, pues le señaló únicamente que incumplió de manera grave las obligaciones y deberes que como trabajador tenía asignadas.

En segundo lugar, al revisar las documentales arrimadas no se encuentra que las partes hayan catalogado la conducta alegada como falta grave en el contrato de trabajo celebrado el 3 de enero de 1994 (fol. 162 Y S.S.) ni en el reglamento interno de trabajo (fol. 233 y s.s.)

Ahora, a folio 180 se observa que el demandante suscribió un documento denominado “COMPROMISO DE CONFIDENCIALIDAD”, el cual tiene el siguiente tenor:

"yo Alfonso Colmenares Triana identificado como aparece al pie de mi firma, en mi calidad de trabajador de Colsubsidio, declaro tener conocimiento de las responsabilidades y obligaciones de confidencialidad sobre las cuentas y claves de acceso a los sistemas de información que me sean asignados durante mi permanencia en la entidad y el manejo exclusivo que debo darle a las mismas, las cuales son únicamente para el desarrollo de las actividades autorizadas por Colsubsidio.

Acepto y conozco el carácter personal, único e intransferible de las claves que me sean asignadas y me comprometo a no divulgarlas a ninguna persona natural o jurídica.

Cualquier transgresión o incumplimiento total o parcial de las obligaciones que adquiero con este documento se consideran como falta grave y por lo tanto constituirá justa causa para que Colsubsidio de por terminado el contrato de trabajo que me vincula con la entidad, sin requerirse preaviso alguno y sin perjuicio de las acciones penales y civiles.”
(negrilla y subrayado fuera de texto)

Entiende la Sala, que el anterior legajo, el cual se reputa autentico de conformidad con el art. 54A del CPT y de la SS, es un otro sí al contrato de trabajo, mediante el cual el actor acepta que las claves asignadas por su empleador son únicamente para el desarrollo de las actividades autorizadas por Colsubsidio y que su **incumplimiento está catalogado como una falta grave**, lo que generaría una justa causa para dar por terminado el contrato.

Sin embargo, surge para la Sala la inquietud de determinar ¿cuáles eran las actividades que el actor tenía autorizadas por Colsubsidio?, ¿cuáles eran sus funciones u obligaciones específicas?, ¿el trabajador en calidad de auditor tenía prohibido consultar antes del cierre de nómina los pagos que se le iban a efectuar y las novedades? Todo ello con miras a establecer si el actor incumplió o no las obligaciones a su cargo, ya que la cláusula precitada resulta muy genérica y no permite entender sin lugar a equívocos que era exactamente lo que quería catalogar el empleador como falta grave.

Para dar respuesta a estos interrogantes, se revisaron los documentos aportados por las partes, encontrándose en el estatuto de la auditoria interna de Colsubsidio, en el cual se asignaron las obligaciones y responsabilidades del auditor, lo siguiente: (fol. 30 y s.s.)

"Para el ejercicio de su actividad, el personal de Auditoría Interna se encuentra autorizado para:

*a) **Tener acceso irrestricto a todas las funciones, los registros, procesos, los activos y el personal de la Corporación...**" (negrilla y subraya fuera de texto)*

Así mismo, se observa que en el Código de Ética y Buen Gobierno Corporativo se estableció como falta grave por parte del trabajador *"la elaboración de cualquier **tipo de copia no autorizada** de cualquier documento o archivo contenido en papeles, cintas magnetofónicas, videos, discos de computadora o cualquier otro medio, así como su sustracción sin la autorización de su inmediato superior, o el revelar la información por cualquier clase de medio; esto acarreará las correspondientes consecuencias disciplinarias y legales, según el caso"*.

Analizadas las anteriores probanzas, se concluye claramente que el actor en su calidad de auditor se encontraba autorizado para tener acceso **sin restricción** alguna a todos los procesos, por ello, considera la Sala que el hecho de haber revisado su propia nómina con las claves que le fueron asignadas no genera un incumplimiento en las obligaciones que contrajo al firmar el compromiso de confidencialidad, máxime cuando dicha información no fue divulgada en forma indebida, por el contrario, sirvió de alerta a la persona encargada del manejo de nómina, lo cual demuestra el compromiso y lealtad del trabajador para con la compañía y el cumplimiento de la obligación especial contenida en el numeral 5 del art. 58 del CST, que dispone el deber de comunicar oportunamente al patrono las observaciones que estime conducentes a evitarle daños y perjuicios, como acertadamente lo estimó el juez primigenio.

De acuerdo a lo anterior, acertó el A quo al señalar que no existió justa causa para la terminación del contrato del señor Alberto Colmenares.

Norma aplicable para liquidar la indemnización por despido sin justa causa

Contrario a lo dicho por la apoderada de la parte demandante en su apelación, le asiste razón al fallador de primera instancia cuando liquidó la indemnización por despido sin justa causa conforme lo establece el art. 64 del CST, modificado por el art. 28 de la Ley 789 del 2002, por ser la norma vigente al momento en que se produjo el despido.

Virtud de lo dicho, no existiendo más puntos de inconformidad, esta Sala confirmara la decisión proferida en primera instancia en su integridad.

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

RESUELVE

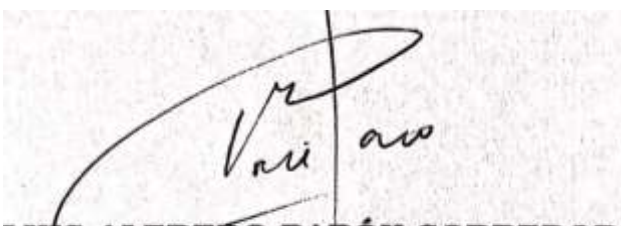
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 11 de diciembre del 2018, por el Juzgado 22 Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada


EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado


LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

*Se suscribe con firma escaneada por emergencia sanitaria y estado de emergencia
Res. 380 y 885/20 Min. Salud y Protección Social y D. 417/20*



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE: ANA JULIA DELGADO SUÁREZ
DEMANDADO: COLPENSIONES Y AFP COLFONDOS S.A.
RADICACIÓN: 1100131050-28-2019-00691-01
ASUNTO: APELACIÓN SENTENCIA COLPENSIONES
TEMA: INEFICACIA TRASLADO

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

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 *"Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"*, se procede a proferir el siguiente,

AUTO

Se reconoce personería para actuar a la Dra. ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES como apoderada sustituta de Colpensiones, en los términos y para los efectos del poder conferido conforme lo dispone el art. 74 del CGP, el cual fue allegado mediante correo electrónico.

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Ana Julia Delgado Suárez instauró demanda ordinaria contra Colpensiones y la AFP COLFONDOS con el fin de que se declare "la anulación por ineficacia" del traslado al RAIS por omisión del fondo privado del deber de información; se ordene el traslado de la demandante al RPMPD administrado por COLPENSIONES; se ordene a la AFP COLFONDOS que devuelva los dineros que recibió con motivo de la afiliación de la demandante como cotizaciones y bonos pensionales con todos sus rendimientos, gastos de administración, etc., debiendo asumir de su propio patrimonio la disminución en el capital de financiación de la pensión; ordenar a COLFONDOS en caso de reconocer la pensión de la demandante que le siga asumiendo hasta sea incluida en nómina de pensionados de Colpensiones. Adicionalmente, solicitó se condene a las demandadas a las costas del proceso y a todo lo que resulte probado extra y ultra petita. (fol. y s.s.).

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que se afilió a seguridad social en pensiones a partir del 10 de octubre de 1990; que se trasladó al RAIS a la AFP COLFONDOS el 24 de agosto del 2000; que la AFP COLFONDOS a través de su promotor al momento de la afiliación se limitó a llenar el formulario preestablecido sin entregarle

una información completa y comprensible; que solicitó la anulación del traslado, sin obtener una respuesta favorable.

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (fol. 229), sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de COLPENSIONES. Contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda argumentando que se atenderá a lo que resulte probado en el proceso, por cuanto fue la misma actora quien hizo el traslado por voluntad propia y Colpensiones no tiene por qué asumir los errores de omisión de la demandante y de la administradora del RAIS. Propuso como excepciones de fondo las de falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia del derecho para regresar al RPMPD; prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, buena fe y la genérica. (fol. 231 y s.s.)

4. Contestación de la AFP COLFONDOS S.A. Dio respuesta a la demanda señalando que se ALLANA a las pretensiones de la demanda, en atención al artículo 98 del C. G. del P., aplicable por remisión analógica del art. 145 del CPT y de la S.S. (fol. 227)

5. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 24 de noviembre del 2020, en la que la falladora de primera instancia declaró la ineficacia del traslado al RAIS y como consecuencia condenó a la AFP COLFONDOS a trasladar los aportes pensionales, cotizaciones o bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y seguro de invalidez y sobrevivencia, contenidos en la cuenta de ahorro individual de la demandante. Condenó a Colpensiones a activar la afiliación de la demandante en el RPMPD y actualizar su historia laboral. Y finalmente, declaró no probadas las excepciones propuestas. (CD fol. 258)

La decisión del Juez se basó en que quien tiene la carga probatoria es la AFP. Que no puede hablarse de que el traslado se realizó de manera libre y voluntaria como quiera que no se demostró haber brindado la información necesaria a la demandante. Que no era suficiente con la firma del formulario de afiliación.

6. Impugnación y límites del ad quem.

6.1. Recurso de apelación COLPENSIONES. Interpuso recurso de apelación manifestando que siendo el presente caso valorado bajo la figura de la ineficacia y no de la nulidad, se evidencia que con el paso del tiempo la parte actora nunca ha realizado actos tendientes a mostrar su inconformidad. Y que no se observa la falta de información que alega la demandante, pues ésta no la probó.

7. Alegatos Colpensiones. Señala que no es procedente declarar que el contrato de afiliación suscrito entre la demandante la señora **ANA JULIA DELGADO SUAREZ** y la AFP COLFONDOS S.A. es nulo, toda vez que obran dentro del presente proceso medios de prueba documentales suficientes, los cuales conllevan a determinar que el traslado efectuado por la accionante al Régimen de Ahorro Individual, se llevó a cabo de manera libre y voluntaria, así como que el respectivo asesor del fondo privado, suministro la totalidad de la información clara y precisa, respecto de los efectos

jurídicos que le acarrearía el trasladarse del Régimen de Prima media administrado por el Instituto de los Seguros Sociales, con destino al régimen de Ahorro Individual.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por el recurrente y se estudiará en consulta en favor de Colpensiones en lo que le haya sido desfavorable y no haya sido apelado.

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar el siguiente **problema jurídico principal** ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por la accionante? Para lo cual se abordarán los siguientes problemas **jurídicos secundarios**: (i) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP PRIVADA hubiera omitido su deber de información al momento en que la accionante se trasladó de régimen? (ii) ¿Se debe probar la existencia de un vicio del consentimiento para que proceda la declaratoria de ineficacia del traslado?; (iii) ¿La AFP privada está obligada a devolver a Colpensiones las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos?; (iv) ¿Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante? (v) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita?

Afiliación, cotización y traslado

Se encuentra acreditado en el plenario que la señora **Ana Julia Delgado Suárez** cotizó al ISS desde el día 10 de octubre de 1990 al 31 de marzo de 1999, conforme aparece en la historia laboral expedida por Colpensiones (fl. 46); y que se trasladó a la AFP COLFONDOS el día 24 de agosto del 2000, como aparece en formulario de afiliación (fl. 63).

Carga probatoria y deber de información

Para resolver el problema jurídico relacionado con la carga probatoria, debe decirse que la misma sí recae en la AFP privada no en la demandante, en primer lugar, porque la omisión en torno al **deber de información** expuesta en el libelo incoatorio tiene la connotación de una negación indefinida, exenta de prueba de conformidad con lo preceptuado en el art. 167 del C.G. del P., en segundo lugar, porque la **custodia de la documentación** así como la obligación legal de brindar información se encuentra en cabeza del fondo, conforme a lo dispuesto desde el Decreto 663 de 1993, y en tercer lugar, porque el literal b) del art 11 de la Ley 1328 de 2009, considera una práctica abusiva la imposición de dicha **carga a los consumidores financieros**, teniendo en cuenta que los afiliados se encuentran en desventaja probatoria además de ser la parte débil de la relación contractual, quien en este tipo de procesos se enfrentan a una entidad financiera, que cuenta con posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL 1897-2019, ha considerado que son las entidades de seguridad social las que deben

garantizar, en caso de estar frente a un traslado de régimen pensional, que existió una decisión informada, que fue verdaderamente autónoma, consciente y objetivamente verificable, en el entendido de que los afiliados puedan conocer los **riesgos** que ello implica, así como los beneficios que le reportaría.

Dicho de otra manera, no se puede predicar la existencia de una manifestación libre y voluntaria cuando quiera que un afiliado al sistema no conoce la incidencia que la decisión de trasladarse de régimen pensional pueda tener, frente a eventuales derechos prestacionales; de ahí que no le corresponda a él sino a la administradora de fondos de pensiones dar cuenta de que brindó la correspondiente información, que fue clara y suficiente, ya que un engaño no sólo se produce en lo que se dice, sino en el silencio que guarda el respectivo asesor, quien ha de tener la iniciativa de proporcionar todo aquello que resulte relevante y fundamental, tanto lo favorable como lo desfavorable para tomar la decisión e incluso, desanimar al afiliado en caso de que el traslado resulte perjudicial para su derecho pensional.

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 2000- la CSJ ha señalado que las AFP debían hacer una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado.

La AFP COLFONDOS no demostró haber brindado la información requerida a la señora **Ana Julia Delgado Suárez** al momento del traslado al RAIS.

Adicionalmente es necesario indicar que, la Sala no desconoce que para el momento en que la demandante se trasladó al RAIS se encontraba vigente el Decreto 692 de 1994 *"Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 100 de 1993"* en cuyo artículo 11 señala que para adelantar el proceso de vinculación a la AFP se debe diligenciar el **formulario** previsto por la Superintendencia Bancaria y que en el mismo deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones, siendo posible que el formulario contenga la leyenda preimpresa en ese sentido, sin embargo, como lo ha indicado la CSJ desde la sentencia bajo el radicado N° 31989 del 2008, la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994 y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo impone el art. 1603 del C.C.

Señaló además la Corte en la sentencia SL 2324-2019 al reiterar la sentencia bajo el radicado N° 33.083 del 2011, que por la Doctrina se han elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de transparencia, vigilancia y el deber de información; éste último –información- debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Por tanto, la AFP sí estaba en la obligación de proporcionar a la demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarla como potencial afiliada, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarla de tomar una opción que claramente le perjudica. Siendo necesario

señalarle al apoderado de Colpensiones que el paso del tiempo no sana la falta de información al momento del traslado.

Devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos

Frente al tópico encaminado a determinar si la AFP privada está obligada a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adocrinado, entre otras, en la sentencia SL 14911-2019, que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, **junto con los rendimientos financieros**. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad **a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades**, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones. (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019)

Aceptación de aportes y activación de la afiliación

En relación con el asunto que gira en torno a establecer si Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante, es necesario precisar, que al quedar sin efecto su afiliación al RAIS es claro que su vinculación con COLPENSIONES quedó incólume de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de las AFP los aportes efectuados por la accionante a ésta a fin que reposen en la historia laboral de la administradora de pensiones Colpensiones, quien está en la obligación de activarlos en el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en la sentencia SL4360 de 2019

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, ni afecta su **sostenibilidad financiera**, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante de manera íntegra a COLPENSIONES, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y comisiones los cuales deberá asumir las AFP PRIVADAS de sus propias utilidades, pues, al dejarse sin valor y efecto la afiliación, esta declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al régimen, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia-)

Excepción de prescripción

Se debe precisar que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible y así se dejó sentado por nuestra H. Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL1421 de 2019 y SL1689 de 2019.

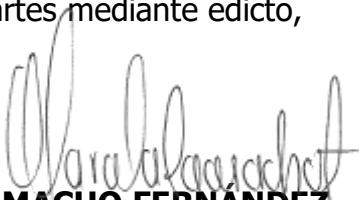
En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 24 de noviembre del 2020, por el Juzgado 28 Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

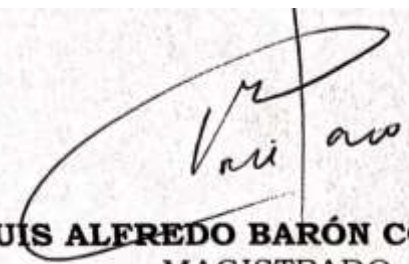
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUIS ALEREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE: RICHARD HENRY SERRANO SILVA
DEMANDADO: COLPENSIONES Y AFP COLFONDOS S.A.
RADICACIÓN: 1100131050-09-2018-00301-01
ASUNTO: APELACIÓN SENTENCIA COLPENSIONES
TEMA: INEFICACIA TRASLADO

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

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 *"Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"*, se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Richard Henry Serrano Silva instauró demanda ordinaria contra Colpensiones y la AFP COLFONDOS con el fin de que se declare la nulidad del traslado al RAIS por haberse omitido el deber de información. Como consecuencia, se condene a la AFP COLFONDOS a realizar el traslado de todos los recursos que se encuentren en la cuenta de ahorro individual al RPMPD incluyendo los gastos de administración. Condenar a Colpensiones a admitir el retorno del demandante, junto con las costas del proceso. (fol. 45 y s.s.).

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que nació el 8 de noviembre de 1960, por lo que a la presentación de la demanda contaba con 51 años; que el 19 de noviembre de 1987 se afilió al Sistema General de Pensiones del RPMPD; que fue abordado por un promotor de la AFP COLFONDOS, quien le planteó la posibilidad de obtener una mesada superior y en menor tiempo; que no se le brindó una información completa y comprensible; que el 1° de mayo de 1998 se consolidó su traslado al RAIS; que durante el tiempo que lleva afiliado no se le ha brindado ninguna asesoría; que si COLFONDOS es la entidad que le reconoce su pensión, ésta sería inferior a la que tendría derecho en el RPMPD; que solicitó la nulidad del traslado, sin obtener una respuesta favorable.

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (fol. 62), sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de COLPENSIONES. Contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda argumentando que obran medios de prueba suficientes que conllevan a determinar que el traslado de efectuado por el demandante al RAIS se llevó a cabo de manera libre y voluntaria y que el asesor del fondo privado suministró la totalidad de la información de tallada, clara, precisa y oportuna respecto de los efectos jurídicos que le acarrearía al accionante el trasladarse de régimen. Propuso como excepciones las de imposibilidad de declaratoria de nulidad del traslado y ausencia de vicios del consentimiento en la suscripción del contrato de afiliación, imposibilidad jurídica de efectuar la activación de la afiliación del demandante en el RPMPD, buena fe, prescripción, compensación y la genérica. (fol. 74 y s.s.)

4. Contestación de la AFP COLFONDOS S.A. Dio respuesta la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones, señalando que sí brindó al demandante una asesoría integral y completa respecto de todas las implicaciones de su decisión de trasladarse a un fondo privado y que la afiliación de la demandante fue libre y espontánea. Propuso como excepciones de fondo las de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, prescripción, no se presentan los presupuestos legales, ni jurisprudenciales para ser merecedora de un traslado al RPMPD, buena fe, validez de la afiliación al RAIS, compensación, pago, obligación a cargo exclusivamente de un tercero, nadie puede ir en contra de sus propios actos, petición antes de tiempo y ausencia de vicios del consentimiento. (fol. 96)

5. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 11 de septiembre del 2020, en la que la falladora de primera instancia declaró la ineficacia del traslado al RAIS y como consecuencia condenó a la AFP COLFONDOS a trasladar la totalidad de los aportes junto con sus rendimientos, así como las demás sumas que se encuentran depositadas en la cuenta de ahorro individual del actor, sin descuento alguno por gastos de administración y seguros de invalidez y sobrevivencia y se ordenará a Colpensiones reactivar su afiliación y recibir los conceptos que le fueron trasladados. Declaró no probadas las excepciones propuestas. (CD fol. 258)

La decisión del Juez se basó en que quien tiene la carga probatoria es la AFP. Que no puede hablarse de que el traslado se realizó de manera libre y voluntaria como quiera que no se demostró haber brindado la información necesaria a la demandante.

6. Impugnación y límites del ad quem.

6.1. Recurso de apelación COLPENSIONES. Interpuso recurso de apelación manifestando que no se probó ningún vicio del consentimiento; que el demandante no era beneficiario del régimen de transición, ni tenía una expectativa legítima; que no se probó que el fondo le hubiera brindado una información equivocada; que lo que existió fue un descuido del demandante.

7. Alegatos Decreto 806 del 2020.

7.1. Alegatos Colpensiones. Señala que no existen elementos que evidencien vicios del consentimiento o dolo en el presente caso, pues no había una expectativa legítima para el actor, como quiera que a la hora del traslado el demandante contaba

con menos de 750 semanas, y le faltaban más de 25 años para acceder a la pensión, por lo que no es procedente declarar la ineficacia del traslado.

7.2. Alegatos demandante. Solicita se confirme en su integridad el fallo proferido en primera instancia.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por el recurrente y se estudiará en consulta en favor de Colpensiones en lo que le haya sido desfavorable y no haya sido apelado.

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar el siguiente **problema jurídico principal** ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por el accionante? Para lo cual se abordarán los siguientes problemas **jurídicos secundarios**: (i) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP PRIVADA hubiera omitido su deber de información al momento en que el accionante se trasladó de régimen? (ii) ¿Se debe probar la existencia de un vicio del consentimiento para que proceda la declaratoria de ineficacia del traslado?; (iii) ¿Para poder declarar la ineficacia del traslado es necesario que el accionante fuera beneficiario del régimen de transición, o tuvieran un derecho adquirido o una expectativa legítima?; (iv) ¿La AFP privada está obligada a devolver a Colpensiones las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos?; (iv) ¿Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación del demandante? (v) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita?

Ineficacia del traslado de régimen - no nulidad del traslado

Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, debe precisar la Sala que si bien en la demanda se solicitó la nulidad del traslado de régimen por falta de requisitos legales y error al momento de suscribir la actora el formulario de afiliación, lo cierto es, que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su ineficacia y no desde la nulidad, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 ibidem, por tanto, 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, conforme lo ha expuesto nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado N.º 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que mantiene actualmente entre otras en la sentencia SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

Afiliación, cotización y traslado

Se encuentra acreditado en el plenario que el señor **Richard Henry Serrano Silva** cotizó al ISS desde 19 de noviembre de 1987 al 31 de marzo de 1998, conforme aparece en la historia laboral expedida por Colpensiones (fl. 37); y que se trasladó a la AFP COLFONDOS el día 27 de marzo de 1998, como aparece en formulario de afiliación (fl. 94).

Carga probatoria y deber de información

Para resolver el problema jurídico relacionado con la carga probatoria, debe decirse que la misma sí recae en las AFP no en el demandante, en primer lugar, porque la omisión en torno al **deber de información** expuesta en el libelo incoatorio tiene la connotación de una negación indefinida, exenta de prueba de conformidad con lo preceptuado en el art. 167 del C.G. del P., en segundo lugar, porque la **custodia de la documentación** así como la obligación legal de brindar información se encuentra en cabeza del fondo, conforme a lo dispuesto desde el Decreto 663 de 1993, y en tercer lugar, porque el literal b) del art 11 de la Ley 1328 de 2009, considera una práctica abusiva la imposición de dicha **carga a los consumidores financieros**, teniendo en cuenta que los afiliados se encuentran en desventaja probatoria además de ser la parte débil de la relación contractual, quien en este tipo de procesos se enfrentan a una entidad financiera, que cuenta con posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL 1897-2019, ha considerado que son las entidades de seguridad social las que deben garantizar, en caso de estar frente a un traslado de régimen pensional, que existió una decisión informada, que fue verdaderamente autónoma, consciente y objetivamente verificable, en el entendido de que los afiliados puedan conocer los **riesgos** que ello implica, así como los beneficios que le reportaría.

Dicho de otra manera, no se puede predicar la existencia de una manifestación libre y voluntaria cuando quiera que un afiliado al sistema no conoce la incidencia que la decisión de trasladarse de régimen pensional pueda tener, frente a eventuales derechos prestacionales; de ahí que no le corresponda a él sino a la administradora de fondos de pensiones dar cuenta de que brindó la correspondiente información, que fue clara y suficiente, ya que un engaño no sólo se produce en lo que se dice, sino en el silencio que guarda el respectivo asesor, quien ha de tener la iniciativa de proporcionar todo aquello que resulte relevante y fundamental, tanto lo favorable como lo desfavorable para tomar la decisión e incluso, desanimar al afiliado en caso de que el traslado resulte perjudicial para su derecho pensional.

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 1998- la CSJ ha señalado que las AFP debían hacer una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado.

La AFP COLFONDOS no demostró haber brindado la información requerida al señor **Richard Henry Serrano Silva** al momento del traslado al RAIS.

Adicionalmente es necesario indicar que, la Sala no desconoce que para el momento en que EL demandante se trasladó al RAIS se encontraba vigente el Decreto 692 de 1994 *"Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 100 de 1993"* en cuyo artículo 11 señala que para adelantar el proceso de vinculación a la AFP se debe diligenciar el **formulario** previsto por la Superintendencia Bancaria y que en el mismo deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones, siendo posible que el formulario contenga la leyenda preimpresa en ese sentido, sin embargo, como lo ha indicado la CSJ desde la sentencia bajo el radicado N° 31989 del 2008, la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994 y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo impone el art. 1603 del C.C.

Señaló además la Corte en la sentencia SL 2324-2019 al reiterar la sentencia bajo el radicado N° 33.083 del 2011, que por la Doctrina se han elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de transparencia, vigilancia y el deber de información; éste último –información- debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Por tanto, la AFP sí estaba en la obligación de proporcionar al demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarlo como potencial afiliado, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarlo de tomar una opción que claramente le perjudica.

Necesidad de ser beneficiario del régimen de transición, derecho adquirido o expectativa legítima como presupuesto para declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional

Respecto del tema relacionado con demostrar la calidad de beneficiario del **régimen de transición** o tener una expectativa legítima como presupuesto para que sea procedente la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, debe decirse que nuestra CSJ tiene sentado entre otras en la sentencia SL 2955-2019 que para que proceda la ineficacia deprecada **no se exige que al tiempo del traslado el usuario cuente con un derecho consolidado, un beneficio transicional o que esté próximo a pensionarse**, señalando que ni la legislación ni la jurisprudencia establecen tales condiciones, pues como ya se dijo, lo que importa son las circunstancias en que se hizo el ofrecimiento al actor, las condiciones en que se le otorgó el traslado, si le brindó la información veraz y oportuna frente a las implicaciones del mismo y sobre la verdadera situación que tenía frente a los dos regímenes pensionales.

Devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos

Frente al tópico encaminado a determinar si la AFP privada está obligada a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adoctrinado, entre otras, en la sentencia SL 14911-2019, que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, **junto con los rendimientos financieros**. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad **a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades**, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones. (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019)

Aceptación de aportes y activación de la afiliación

En relación con el asunto que gira en torno a establecer si Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación del demandante, es necesario precisar, que al quedar sin efecto su afiliación al RAIS es claro que su vinculación con COLPENSIONES quedó incólume de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de las AFP los aportes efectuados por el accionante a ésta a fin que reposen en la historia laboral de la administradora de pensiones Colpensiones, quien está en la obligación de activarlos en el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en la sentencia SL4360 de 2019

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, ni afecta su **sostenibilidad financiera**, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante de manera íntegra a COLPENSIONES, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y comisiones los cuales deberá asumir las AFP PRIVADAS de sus propias utilidades, pues, al dejarse sin valor y efecto la afiliación, esta declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al régimen, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia-)

Excepción de prescripción

Se debe precisar que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible y así se dejó sentado por nuestra H. Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL1421 de 2019 y SL1689 de 2019.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 11 de septiembre del 2020, por el Juzgado 09 Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

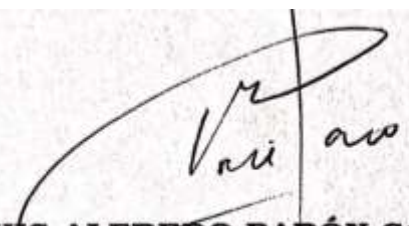
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUIS ALEREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: **ORDINARIO LABORAL**
DEMANDANTE: **DEISY NAYIBE FIGUEROEDO LAGOS**
DEMANDADO: **CONJUNTO RESIDENCIAL CAPELLANIA RESERVADO PH**
RADICACIÓN: **1100131050-21-2016-00631-01**
ASUNTO: **CONSULTA EN FAVOR DEL DEMANDANTE**
TEMA: **CONTRATO DE TRABAJO**

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

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 "*Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica*", se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Deisy Nayibe Figueredo Lagos instauró demanda ordinaria contra CONJUNTO RESIDENCIAL CAPELLANIA RESERVADO -PROPIEDAD HORIZONTAL con el fin de que se declare la existencia de un contrato de trabajo, el cual terminó sin justa causa por parte del empleador. Como consecuencia, se condene a la demandada a pagar las sumas correspondientes por concepto de indemnización por despido sin justa causa, cesantías, prima de servicios, intereses a las cesantías, vacaciones, subsidio de transporte, aportes a pensión, aportes a seguridad social, lo que resulte probado extra y ultra petita y las costas del proceso. (fol. 2 y s.s. y 20 y s.s. subsanación).

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que suscribió contrato de prestación de servicios con la demandada a través del señor Henry Clavijo quien ostentaba la calidad del presidente del Consejo de Administración; que el objeto del contrato era prestar sus servicios como administradora; que el contrato tenía una duración de 12 meses, es decir, del 1° de abril del 2011 al 31 de marzo del 2012; que en el contrato se pactó que no existía horario, ni subordinación; que al poco tiempo de iniciar la ejecución del contrato se le impuso por parte del Presidente del Consejo el cumplimiento de un horario fijo y asistencia permanente dentro del conjunto; que el salario devengado al inicio de la relación laboral fue de \$750.000 mensuales; que el último salario fue de \$950.000; que laboró hasta el 16 de agosto del 2014 fecha en que recibió comunicación por parte del Presidente del Consejo de Administración junto con otros miembros del Consejo quienes decidieron dar por terminado su contrato de trabajo a partir del 31 de agosto del 2014; que cumplía un horario de trabajo.

2. Contestación de la demandada. Contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda argumentando que nunca existió entre las partes una relación de carácter laboral y menos un contrato de trabajo. Que la demandante actuaba por cuenta propia y tenía plena autonomía para el desarrollo de sus funciones. Que no tenía que cumplir ningún horario, ni se encontraba subordinada. Propuso como excepciones de fondo las de inexistencia de la relación laboral alegada, falta de causa, cobro de lo no debido, justa causa en la terminación del contrato de trabajo y prescripción. (fol. 45 y s.s.)

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 12 de agosto del 2019, en la que el fallador de primera instancia declaró probada la excepción de inexistencia de la relación laboral y cobro de lo no debido y absolvió a la demandada de todas y cada una de las pretensiones de la demanda. (CD fol. 280)

Su decisión se basó en que, aunque se probó la prestación del servicio, lo cierto es que la demandada por la labor que ejecutaba no se encontraba subordinada, pues ella misma era quien determinaba su horario; razón por la cual se debe absolver de las pretensiones de la demanda.

4. Impugnación y límites del ad quem. Ninguna de las partes interpuso recurso de apelación; razón por la cual el presente proceso se conoce en grado jurisdiccional de consulta en favor de la demandante.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Se conoce el presente proceso en consulta en favor de la demandante a quien le salieron desfavorables todas y cada una de las pretensiones.

El **problema jurídico** que centran la atención de la Sala consiste en establecer: ¿La demandada logró desvirtuar la presunción de existencia de un contrato de trabajo demostrando que la demandante no se encontraba subordinada?

De la presunción de existencia de una relación laboral

No se controvierte en esta instancia que la demandante prestó sus servicios para el Conjunto Residencial Capellanía Reservado como administradora, lo cual dejó sentado el fallador de primera instancia y no fue apelado por la pasiva, además, esto se corrobora con la contestación de la demanda, el contrato de prestación de servicios firmado por las partes (fol. 11), los comprobantes de egreso (fol. 85 y s.s.) y las declaraciones de los testigos Claudia del Pilar Martínez, Emma Marcela Velandia, Wilson Miguel Guevara, Martha Isabel Mejía de Alba, Jairo García y Víctor Hugo Díaz Rendón, quienes residían o trabajaban en el conjunto en el cual la demandada se encontraba vinculada.

Así entonces, se tiene que el accionado concentró su energía en afirmar que el servicio personal prestado por el actor, no se ejecutó en virtud de un contrato laboral, sino que tuvo origen civil amparado en la autonomía de la voluntad.

De la subordinación

El artículo 24º del Código Sustantivo del Trabajo y de la Seguridad Social, consagra como presunción legal que toda relación de trabajo está regida por un contrato de trabajo. La

anterior máxima, representa por supuesto una situación jurídica susceptible de ser desvirtuada, es decir, que admite prueba en contrario. Su virtud consiste en relevar al trabajador de la carga de la prueba sobre la naturaleza de la prestación del servicio considerando ésta, de aparecer probado aquel, de carácter laboral. En consecuencia, quien pretenda alegar que una eventual prestación personal de un servicio se dio bajo una modalidad contractual diferente a la laboral, deberá probarla, esto es, desvirtuar la presunción antedicha demostrando que la prestación personal del servicio tuvo origen en un contrato ajeno al ámbito laboral.

Al respecto, nuestra H. CSJ, entre otras, en la sentencia SL 1657-2019, dejó sentado que la demostración de la prestación personal del servicio por parte del demandante desencadena la consecuencia jurídica contemplada en el artículo 24 del CST, esto es, la de presumirse la subordinación jurídica propia del contrato de trabajo, y en consecuencia, **se deben examinar las pruebas para determinar si ellas tienen la capacidad de desvirtuar la presunción legal, demostrando que el trabajo lo ejecutó el promotor de la litis de forma independiente, es decir, sin estar sujeto al cumplimiento de órdenes en cuanto al modo, tiempo, lugar y cantidad de trabajo, o sometido a reglamentos.**

Es necesario recordar que los jueces del trabajo y de la seguridad social están facultados para formar libremente su convencimiento con el acervo probatorio que estimen pertinente, *«inspirándose en los principios científicos que informan la crítica de la prueba y atendiendo a las circunstancias relevantes del pleito y a la conducta procesal observada por las partes»*.

Sobre el tema la CSJ en sentencia SL4514-2017, señaló: *“El artículo 61 del Código de Procedimiento Laboral les concede a los falladores de instancia la potestad de apreciar libremente las pruebas aducidas al juicio, para formar su convencimiento acerca de los hechos debatidos con base en aquellas que los persuadan mejor sobre cuál es la verdad real y no simplemente formal que resulte del proceso. Todo ello, claro está, sin dejar de lado los principios científicos relativos a la crítica de la prueba, las circunstancias relevantes del litigio y el examen de la conducta de las partes durante su desarrollo.”*

En el presente caso, para desvirtuar la subordinación se allegaron como pruebas el contrato de prestación de servicios firmado por las partes (fol. 11 y s.s.), y los comprobantes de egreso (fol. 85 y s.s.), documentos que no resultan suficientes para derruir la presunción, teniendo en cuenta que lo perseguido en la presente Litis es demostrar la existencia de un contrato de trabajo, en virtud de la primacía de la realidad. Sin embargo, llama la atención de la Sala que en su contenido se dejó sentado que debería cumplir en forma eficiente y oportuna los trabajos encomendados y aquellas obligaciones que se generarán de acuerdo con la naturaleza del servicio y, que el contratante supervisaría la ejecución del servicio encomendado, lo que en la práctica se tradujo a impartirle órdenes, controlar su labor y su horario.

Tampoco se logra desvirtuar la presunción con las declaraciones de los testigos traídos por la parte demandada, señores **Víctor Hugo Díaz Rondón, Jairo García y Martha Isabel Mejía de Alba**, quienes son residentes del conjunto donde la demandante prestó sus servicios y además, hacen parte del consejo de administración, pues lo primero, que debe tenerse en cuenta, es que precisamente al hacer parte del Consejo de administración, por ejemplo, el señor Víctor en calidad de Presidente, eran quienes en un momento dado podían ejercer la subordinación que aquí se pretende derruir.

Ahora, si bien los declarantes refieren que la accionante no se encontraba subordinada y no se le había establecido por parte del conjunto residencial un horario de trabajo

para atender a los residentes, sino que ella decidió de manera libre y espontánea implantar uno; lo cierto es, que su dicho no genera credibilidad a la Sala, pues contrario a lo afirmado, aparece en el expediente a folios 189 y s.s. acta de sesión de consejo de administración del conjunto demandado, llevada a cabo el 30 de marzo del 2011, en la que se dejó plasmado la solicitud elevada a la administradora para que modificara su horario de atención en el conjunto y en el acta N° 059 del 3 de abril del 2014 del Consejo de Administración, se observa que se le “sugiere” a la demandante que su horario sea en la mañana o en la noche y se le indica que debe hacer una oferta del nuevo horario atendiendo las sugerencias del consejo; de lo que se desprende que el Consejo si le solicitó a la demandante que tuviera un horario y se le dieron unos parámetros de cómo debía ser el mismo, es decir, que la demandante no decidió a mutuo propio tener un horario, como lo pretende hacer ver la demandada.

Adicionalmente, al tratarse de una administradora de una propiedad horizontal debemos remitirnos a la Ley 675 de 2001 la cual regula lo atinente a la propiedad horizontal, norma que en su Capítulo Noveno desarrolla lo atinente a la naturaleza del cargo del Administrador, sus funciones y responsabilidades; puntualmente en su artículo 51 determina cuales son las funciones del administrador, como son, entre otros los de 1) convocar a la asamblea a reuniones ordinarias y extraordinarias y someter a su consideración los balances de gastos, ingresos y presupuesto, 2) llevar los libros de acta de asamblea y atender la correspondencia relativa al conjunto; 3) elaborar y someter a consideración del consejo de administración el presupuesto de ingresos y egresos, el balance general, 4) llevar bajo su responsabilidad la contabilidad del conjunto; 5) cuidar y vigilar los bienes comunes y ejecutar los actos de conservación y disposición de los mismos de conformidad con las facultades que en este sentido le haya otorgado la asamblea, 6) cobrar y recaudar las cuotas ordinarias y extraordinarias, multas y cualquier obligación de carácter económico a cargo de los residentes del conjunto; 7) elevar a escritura pública y registrar las reformas al reglamento de propiedad horizontal e inscribir ante la autoridad competente los actos relacionados con la existencia y representación legal de la persona jurídica, 8) representar judicial y extrajudicialmente a la persona jurídica; 9) expedir paz y salvos de cuentas con la administración del conjunto cuando sea del caso y 10) las demás funciones previstas en la citada ley así como las que defina la asamblea general de copropietarios.

En relación con lo expuesto, los testigos de la parte demandada manifiestan que las funciones desarrolladas por la activa eran las establecidas en la Ley precitada, siendo realizadas de manera autónoma, sin embargo, no encuentra la Sala en cuál de ellas se encuadran las órdenes impartidas por parte del Consejo a la promotora del juicio, según las cuales debía estar a cargo del suministro de la mercancía (gaseosas) que se vendían en la portería del conjunto demandado y, recoger el dinero de las ventas y consignarlo; funciones que el señor Víctor Díaz, presidente del Consejo de administración del Conjunto accionado, acepta le fueron asignadas a la demandante, por tanto, lo que evidencia la Sala es que en este caso en particular la señora Deisy Figueredo si se encontraba subordinada al tener que cumplir las órdenes impartidas por el Consejo, pues éste tipo de instrucciones son totalmente incomprensibles en el contexto de un contrato de prestación de servicios.

Finalmente, debe precisarse que, con los testigos arrimados al proceso por parte de la demandante, señora Emma Marcela Velandia Pérez, quien ejerció el cargo de contadora del conjunto demandado y señor Wilson Miguel Guevara, quien ejercía la labor de “todero” del conjunto demandado tampoco se logra desvirtuar la presunción antedicha, por el contrario, ellos refieren que la demandante debía cumplir un horario de trabajo y recibía órdenes del Presidente del Consejo de Administración.

Conforme a lo anterior, se configuraron entonces, los elementos del artículo 23 del CST, como son:

a) **Prestación personal del servicio**, por cuanto la trabajadora prestó sus servicios como administradora para la demandada.

b) La **subordinación**, que no sólo se limitó a la exigencia, ya por relación de jerarquía o de interventoría o supervisión, de las funciones propias al cargo de administradora, sino que también se extendió a impartirle órdenes e instrucciones para el cumplimiento de sus funciones. Por lo que, de conformidad con los documentos tales como los CPS no queda duda que esa prestación de servicios giró y estuvo transversalizada por la subordinación, traducida en continua disposición y exposición del servicio prestado por la accionante a la autoridad de los integrantes del Consejo, quedando demostrado que no gozaba de autonomía para el desarrollo de la labor ni para el establecimiento de su propio horario, limitantes de hecho que coartan toda libertad de movilidad de la trabajadora. Y en lo que se refiere a la dependencia, no hay duda de que se trató durante todo el tiempo de la vinculación como una relación laboral.

c) Una **remuneración**, cualquiera que sea la denominación que se le dé, la forma o requisitos de cobro y de pago, sólo que en el derecho laboral se le denomina salario. Lo que en realidad interesa es que constituya la contraprestación a una prestación de servicio, relación de causa a efecto, que no se desconfigura porque esté pactado globalmente o por períodos de pago o por su forma o moneda en que se pague; la cual se encuentra acreditada en el presente caso con los contratos de prestación de servicios (fol. 19 y s.s.), que dan cuenta que la accionante percibió los siguientes salarios:

Mes	Valor
2011	\$750.000
2012	\$850.000
2013	\$900.000
2014	\$992.800

Reunidos los elementos del artículo 23 del CST, contrario a lo dicho por la falladora de primera instancia, no hay duda que la prestación de servicios personales de la actora se dio en el contexto de una relación laboral, que de acuerdo con el artículo 53 de la Constitución Política de 1991, sobrepasa las **formalidades** de los documentos que la demandada hizo firmar a la señora **DEISY NAYIBE FIGUEREDO LAGOS**, quien sólo por asegurar el ingreso personal y familiar, se vio sometida a suscribir textos que no se avienen con la realidad, y que por el contrario, son totalmente adversos a lo que la realidad procesal lleva al conocimiento del fallador.

Extremos de la relación laboral

Con el contrato de prestación de servicios (fol. 11), la carta de terminación del contrato (fol. 14) y lo señalado por los testigos **Víctor Hugo Díaz Rondón, Jairo García y Martha Isabel Mejía de Alba** se logra establecer que la demandante prestó sus servicios para el Conjunto demandado del 1º de abril de 2011 al 31 de agosto del 2014.

De la excepción de prescripción

Para resolver este problema jurídico debemos remitirnos al art. 488 y 489 del CST los cuales establecen que las acciones laborales prescribirán en 3 años, que se contarán desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible y señala que el simple reclamo escrito del trabajador recibido por el empleador **sobre un derecho o prestación debidamente determinado** interrumpirá la prescripción pero sólo por un lapso igual.

Dentro del expediente aparece que la demandante citó a la demandada a un centro de conciliación el día 20 de noviembre del 2014, diligencia a la cual asistió la representante Legal del conjunto demandado; sin embargo, dicha citación no puede tenerse en cuenta para interrumpir la prescripción, como quiera que en dicha oportunidad la demandante solicitó el pago de unos honorarios y no las acreencias laborales que aquí pretende.

Por consiguiente, es claro que la prescripción sólo fue interrumpida con la radicación de la demanda el día **17 de noviembre del 2016**, es decir, que se debe declarar probada la excepción de prescripción en relación con los intereses a las cesantías y prima de servicios causados con anterioridad al **17 de noviembre del 2013**.

En relación a las **cesantías**, como quiera que el término se cuenta desde la finalización del contrato por ser la fecha en que se hacen exigibles (Criterio expuesto por la CSJ entre otras en la sentencia SL 472-2020), se debe declarar **no probada la excepción de prescripción**.

En cuanto a las vacaciones, en razón a que el empleador cuenta con un año para concederlas (art. 187 CST y sentencia CSJ SL 2149-2020) se declara probada la excepción de prescripción en relación con las causadas con anterioridad al **17 de noviembre del 2012**.

Frente a los aportes a seguridad social debe señalarse que los mismos son imprescriptibles, como quiera que constituyen el capital indispensable para la consolidación y la financiación de la pensión de vejez del trabajador. (Criterio expuesto en la sentencia de la CSJ SL 5544-2019)

De las acreencias laborales adeudadas

Se procede a liquidar las acreencias laborales reclamadas frente a las cuales no existe ninguna prueba de que hayan sido canceladas a la actora, teniendo en cuenta los siguientes salarios conforme a los comprobantes de egreso, allegados a folio 85 y s.s.:

Mes	Valor
2011	\$750.000
2012	\$850.000
2013	\$900.000
2014	\$992.800

Subsidio de transporte

Los requisitos para tener derecho al pago del auxilio de transporte se encuentran contenidos en el art. 2º de la Ley 15 de 1959, esto es, devengar hasta 2 SMLMV, sin

residir en el mismo lugar de trabajo, que el traslado no le implique un mayor costo o esfuerzo y que no le sea suministrado de manera gratuita por su empleador, supuestos que ni siquiera se enunciaron en la presente Litis y en consecuencia, no fueron debatidos judicialmente; por lo que se absuelve a la demandada de esta pretensión.

Auxilio de Cesantías

Todo empleador está obligado a pagar a sus trabajadores, y a las demás personas que se indican en este capítulo, al terminar el contrato de trabajo, como auxilio de cesantía, un mes de salario por cada año de servicios y proporcionalmente por fracción de año. (Art. 249 CST)

Para liquidar el auxilio de cesantías debe tomarse como base el último salario mensual, siempre y cuando éste no haya tenido variación en los 3 meses anteriores. En el caso contrario, y en el de los salarios variables se tomará como base el promedio mensual de lo devengado en el último año de servicios o en todo el tiempo servido si fuere menor de un año. (Art. 253 CST)

Una vez realizadas las operaciones aritméticas encuentra la Sala que la demandada le adeuda al actor la suma de **\$3'024.366,67** por concepto de auxilio de cesantías entre el 1° de abril del 2011 al 31 de agosto del 2014.

Auxilio de Cesantías					
Auxilio de Cesantías	Salario	Auxilio de transporte	Tota (salario + auxilio de transporte)	Días laborados	Valor cesantías
2011	\$ 750.000,00	\$ 0,00	\$ 750.000,00	270	\$ 562.500,00
2012	\$ 850.000,00	\$ 0,00	\$ 850.000,00	360	\$ 850.000,00
2013	\$ 950.000,00	\$ 0,00	\$ 950.000,00	360	\$ 950.000,00
2014	\$ 992.800,00	\$ 0,00	\$ 992.800,00	240	\$ 661.866,67
Total Auxilio de cesantías					\$ 3.024.366,67

Intereses a las cesantías

Todo empleador que esté obligado al pago de cesantías deberá pagar a sus trabajadores intereses sobre las mismas, lo cual se encuentra vigente desde la Ley 52 de 1975, en la que se estipuló que:

"A partir del primero de enero de 1975 todo patrono obligado a pagar cesantía a sus trabajadores conforme al Capítulo VII Título VIII, Parte 1º. del Código Sustantivo del Trabajo y demás disposiciones concordantes, les reconocerá y pagará intereses del 12% anual sobre los saldos que, en 31 de diciembre de cada año, o en las fechas de retiro del trabajador o de liquidación parcial de cesantía, tenga este a su favor por concepto de cesantía.

2º. Los intereses de que trata el inciso anterior deberán pagarse en el mes de enero del año siguiente a aquel en que se causaron; o en la

fecha del retiro del trabajador o dentro del mes siguiente a la liquidación parcial de cesantía, cuando se produjere antes del 31 de diciembre del respectivo período anual, en cuantía proporcional al lapso transcurrido del año.

3º. Si el patrono no pagare al trabajador los intereses aquí establecidos, salvo los casos de retención autorizados por la Ley o convenidos por las partes, deberá cancelar al asalariado a título de indemnización y por una sola vez un valor adicional igual al de los intereses causados.

4º. Salvo en los casos expresamente señalados en la ley, los intereses a las cesantías regulados aquí estarán exentos de toda clase de impuestos y serán irrenunciables e inembargable

Actualmente, se encuentran contenidos en el numeral 2 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, en el que se señala *"El empleador cancelará al trabajador los intereses legales del 12% anual o proporcionales por fracción, en los términos de las normas vigentes sobre el régimen tradicional de cesantía, con respecto a la suma causada en el año o en la fracción que se liquide definitivamente."*

Conforme a lo anterior, los trabajadores que tengan derecho al pago de cesantías, tienen derecho a que se les pague un interés del 12% anual a más tardar el 31 de enero de cada año, sobre la suma que el trabajador cause por concepto de cesantías el año inmediatamente anterior.

El valor de los intereses será el resultado de multiplicar la suma que el trabajador cause por concepto de cesantías el año inmediatamente anterior, por la tasa de interés del 12% anual y se divide por 360 días.

Una vez realizadas las operaciones aritméticas encuentra la Sala que la demandada adeuda la suma de **\$193.424** por concepto de intereses a las cesantías causados con posterioridad al 17 de noviembre del 2013.

Intereses a las cesantías				
Cesantías año	Intereses a las cesantías causados y exigibles	Días laborados	Valor cesantías	Valor intereses a las cesantías
2013	31/01/15	360	\$ 950.000,00	\$ 114.000,00
2014	finalización relación laboral	240	\$ 661.866,67	\$ 79.424,00
Total Intereses a las cesantías				\$ 193.424,00

Prima de servicios

El empleador está obligado a pagar a su empleado la prima de servicios que corresponde a 30 días de salario por año, la cual deberá reconocerse en dos pagos, así: (i) 15 días de salario los cuales deberá pagar a más tardar el 30 de junio y (ii) los otros 15 días deberá cancelarlos los 20 primeros días de diciembre. Su reconocimiento se hará por todo el semestre trabajado o proporcionalmente al tiempo trabajado. (Art. 306 CST)

El salario base de liquidación es el promedio de lo devengado en el respectivo semestre o en lapso trabajado. El auxilio de transporte forma parte de la base para liquidar la prima de servicios, con la advertencia que se efectuó en el acápite de cesantías.

Una vez realizadas las operaciones aritméticas encuentra la Sala que se adeuda la suma de **\$1'136.866,67** por concepto de prima de servicios causadas con posterioridad al 17 de noviembre del 2013.

Prima de servicios				
Prima causada	Salario	Auxilio de transporte	Tota (salario + auxilio de transporte)	Valor prima
dic-13	\$ 950.000,00	\$ 0,00	\$ 950.000,00	\$ 475.000,00
jun-14	\$ 992.800,00	\$ 0,00	\$ 992.800,00	\$ 496.400,00
Jul y agt-14 terminación contrato	\$ 992.800,00	\$ 0,00	\$ 992.800,00	\$ 165.466,67
Total Prima de servicio				\$ 1.136.866,67

Vacaciones

Todo empleador está obligado a conceder a sus trabajadores por cada año de servicios, quince (15) días hábiles consecutivos de vacaciones remuneradas. La época de las vacaciones debe ser señalada por el empleador a más tardar dentro del año siguiente a aquel en que se causaron, y deben ser concedidas oficiosamente o a petición del trabajador sin perjudicar el servicio y la efectividad del descanso. (Art. 186 y s.s. CST)

Los trabajadores que cesen en sus funciones o hayan terminado sus contratos de trabajo, sin que hubieren causado las vacaciones por año cumplido, tendrán derecho a que estas se le reconozcan y compensen en dinero proporcionalmente por el tiempo efectivamente trabajado.

De conformidad con el art. 189 del CST para la compensación en dinero de las vacaciones se tomará como base el último salario devengado por el trabajador. Siendo necesario señalar que para el cálculo de esta acreencia no se tendrá en cuenta el auxilio de transporte.

Como quiera que, en el presente caso no se probó que fueron disfrutadas las vacaciones, una vez realizadas las operaciones aritméticas encuentra la Sala que se adeuda al demandante la suma de **\$1'696.033,33** por su compensación en dinero.

Vacaciones -inició el contrato el 1° de abril del 2011-				
Tiempo laborado tenido en cuenta	Vacaciones (fecha en que se hacen exigibles)	Salario	Días laborados	Valor vacaciones
1-04-2011 a 31-03-2012	1/04/2013	\$ 992.800,00	360	\$ 496.400,00
1-04-2012 a 31-03-2013	1/04/2014	\$ 992.800,00	360	\$ 496.400,00
1-04-2013 a 31-03-2014	finalización contrato	\$ 992.800,00	360	\$ 496.400,00
1-04-2014 a 31-08-2014		\$ 992.800,00	150	\$ 206.833,33

Total Vacaciones	\$ 1.696.033,33
------------------	-----------------

De la justeza del despido de la demandante

En cuanto al problema relacionado con la justeza del despido de la demandante, debe la Sala rememorar que de tiempo atrás la jurisprudencia ha explicado que, para el evento del despido, al trabajador le corresponde demostrar que la iniciativa de ponerle fin a la relación provino del empleador y, a éste le incumbe acreditar la justificación del hecho o hechos que lo originaron.

Igualmente, se tiene que el parágrafo del art. 62 del CST establece que la parte que termina unilateralmente el contrato debe manifestar a la otra, en el momento de la extinción, la causal o motivo de esa determinación, y que posteriormente no puede alegar válidamente causales o motivos distintos; artículo que fue declarado exequible por la Corte Constitucional en la sentencia C-594 de 1997, siendo enfática en determinar que la parte debe indicar la causal o motivo que fundamenta la decisión de terminar el contrato, no siendo suficiente con invocar genéricamente una de las causales, sino que es necesario precisar los hechos específicos que fundamentan tal determinación.

En el presente caso a folio 12 aparece carta de terminación del contrato en la cual le señalaron a la demandante que no había cumplido con las expectativas sobre las cuales habían puesto la continuidad de su cargo endilgándole que (i) se equivocó en la facturación del mes de abril del 2014; (ii) que no presentó estudio de cotizaciones para la colocación de tubos para asegurar en parqueadero de visitantes; (iii) que no ha mostrado solución frente al Disco Duro que se averió; (iv) falta de conocimiento de los temas de administración del conjunto; (v) la no entrega de cuenta de cobro del arriendo de la valla del mes de diciembre; (vi) mala colocación del aviso sobre prohibición de vendedores, ect; sin embargo, el conjunto demandado no probó ninguna de las conductas endilgadas a la demandante, por lo que es claro que el contrato termino sin justa causa.

Así las cosas, procede la condena a la indemnización por despido injusto de que trata el artículo 64 CST, la cual arroja la suma de **\$2’592.201.**

Aportes a salud y riesgos profesionales

Conforme lo tiene sentado nuestra CSJ en la sentencia SL 4632-2020 no hay lugar a ordenar su pago, pues *"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 (...)"* y en el presente caso ni siquiera señalaron cuáles fueron los perjuicios sufridos.

Aportes a seguridad social

Teniendo en cuenta que la demandante no fue afiliada por su empleador, se condenará a la demandada a pagar previo calculo actuarial elaborado por la AFP en la cual se encuentra afiliada la promotora del juicio los aportes dejados de cancelar entre el 1º de abril del 2011 y el 31 de agosto del 2014, teniendo en cuenta los salarios ya definidos.

En lo atinente al descuento del porcentaje del 25% que le correspondía sufragar al demandante por concepto de aportes a pensión, ha de advertirse el mismo no procede y, por ende, corresponde a la accionada sufragar la totalidad del aporte, como así lo indicó la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 2791 del 28 de julio de 2020, en la que expresó:

"Lo anterior se traduce en que es el empleador quien debe asumir íntegramente el valor del cálculo actuarial, por cuanto en el periodo en que no medió afiliación, independiente de la razón para ello, era el único responsable del riesgo pensional, en tanto que, en tal interregno la obligación estuvo a su cargo. De ahí que, no le asista razón a la censura de pretender que el valor del cálculo actuarial sea distribuido entre él y el extrabajador en la misma proporción prevista legalmente para los aportes pensionales (sentencias CSJ SL3807-2019 y CSJ SL1179-2020).

Aunado a lo anterior, recuérdese que la obligación de cubrir los tiempos servidos por el actor cuando no hubo cobertura del Instituto de Seguros Sociales, a través de cálculo actuarial, se derivada del artículo 76 de la Ley 90 de 1946 y de las previsiones del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, como se explicó ampliamente en el ataque anterior, disposiciones estas que no previeron que el trabajador deba concurrir en su pago.

(...)

En los términos del citado precepto legal, corresponde al «empleador o la caja» el traslado del cálculo actuarial, sin que en parte alguna haga alusión a obligación de ese pago también en cabeza del trabajador, cuyos riesgos, se itera, antes de la cobertura del ISS, estaban a cargo exclusivo del primero.

De ahí, que el Juez de alzada no haya incurrido en aplicación indebida del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9º de la Ley 797 de 2003.

Además, sería desproporcionado pensar en que el trabajador deba concurrir con el pago del cálculo actuarial, en razón a que éste como parte débil de la relación laboral, tendría al final que asumir por su cuenta parte del derecho y todas las gestiones administrativas para satisfacerlo, lo cual podría afectar la materialización del derecho pensional. En consecuencia, por todo lo expuesto, el Tribunal no cometió el error jurídico que se le endilga, por ende, el cargo no prospera”.

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 12 de agosto del 2019, por el Juzgado 21 Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este proveído, para en su lugar DECLARAR la existencia de un contrato de trabajo entre

DEISY NAYIBE FIGUEREDO LAGOS y CONJUNTO RESIDENCIAL CAPELLANIA RESERVADO PROPIEDAD HORIZONTAL, entre el 1º de abril del 2011 al 31 de agosto del 2014.

SEGUNDO: CONDENAR a CONJUNTO RESIDENCIAL CAPELLANIA RESERVADO PROPIEDAD HORIZONTAL a pagar a la señora DEISY NAYIBE FIGUEREDO LAGOS las siguientes sumas de dinero:

- Cesantías \$3'024.366,67
- Intereses a las cesantías \$193.424
- Prima de servicios \$1'136.866,67
- Vacaciones \$1'696.033,33
- Indemnización por despido injusto \$2'592.201

TERCERO: CONDENAR a CONJUNTO RESIDENCIAL CAPELLANIA RESERVADO PROPIEDAD HORIZONTAL a pagar a COLPENSIONES en favor de la señora DEISY NAYIBE FIGUEREDO LAGOS los aportes a pensión del contrato aquí declarado previo calculo actuarial elaborado por Colpensiones, conforme a la parte motiva de este proveído.

CUARTO: ABSOLVER de las demás pretensiones de la demanda.

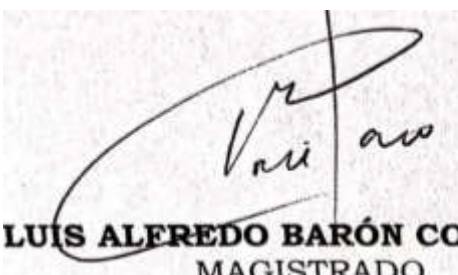
QUINTO: DECLARAR PROBADA PARCIALMENTE LA EXCEPCION DE PRESCRIPCIÓN conforme se explicó en la parte motiva de este proveído.

SEXTO: SIN COSTAS en esta instancia. Las de primera instancia quedan a cargo de la demandada CONJUNTO RESIDENCIAL CAPELLANIA RESERVADO PROPIEDAD HORIZONTAL.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada


EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado


LUIS ALEREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

*Se suscribe con firma escaneada por emergencia sanitaria y estado de emergencia
Res. 380 y 885/20 Min. Salud y Protección Social y D. 417/20*



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE: MARÍA DEL PILAR CASTAÑEDA AGREDO
DEMANDADO: ARL SURA – SALUDCOOP EPS – AXA COLPATRIA
RADICACIÓN: 1100131050-15-2017-00277-01
ASUNTO: CONSULTA SENTENCIA EN FAVOR DEL DEMANDANTE
TEMA: PAGO DE INCAPACIDADES

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

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 "*Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica*", se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. María del Pilar Castañeda Agredo instauró demanda ordinaria contra la ARL SURA y la EPS SALUDCOOP EN LIQUIDACIÓN con el fin de que se declare que las demandadas no han reconocido y pagado las incapacidades médico-laborales expedidas entre el 1° de marzo del 2012 al 6 de marzo del 2014. Como consecuencia, se ordene el pago de las incapacidades que se le han otorgado, junto con los intereses moratorios y las costas del proceso. (fol. 3 y s.s. y fol. 208 y s.s.).

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que tanto la EPS SALUDCOOP como la ARL SURA se han negado a pagarle las incapacidades que se le generaron; que la ARL SURA le señaló que debía acreditar el origen de su patología y que la EPS SALUDCOOP se negó a pagarlas señalando que las incapacidades eran consecuencia de un accidente de trabajo; que el valor de esas incapacidades corresponde a su sustento; que el 19 de noviembre del 2014 la AFP PROTECCIÓN le otorgó una pensión de invalidez.

2. Contestación de la demandada ARL SURA. Contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda argumentando que cumplió con todas sus obligaciones de otorgar prestaciones asistenciales y económicas a la demandante con ocasión del accidente de trabajo que sufrió en enero del año 2008. Que no puede asumir obligaciones que corresponden a otros sistemas de la seguridad en lo que respecta a enfermedades calificadas como de origen común. Interpuso como excepción previa la de falta de integración del litisconsorcio necesario con AXA COLPATRIA. Propuso como excepciones de mérito las de pago de la ARL SURA de todas las prestaciones asistenciales y económicas atribuibles al sistema de seguridad social en riesgos laborales, improcedencia de reconocimiento de prestaciones económicas adicionales por la ARL SURA, existencia de enfermedades de origen común, falta de legitimación por pasiva, buena fe, prescripción y caducidad. (fol. 315 y s.s.)

3. Contestación de la demanda SALUDCOOP EPS EN LIQUIDACIÓN. Dio respuesta a la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda argumentando que el pago de las incapacidades reclamadas corresponde a la aseguradora de riesgos profesionales, puesto que el origen de las incapacidades se deriva de un accidente de trabajo. Interpuso como excepción previa la de falta de legitimación en la causa por pasiva y las de mérito de inexistencia de la obligación del pago de incapacidades de origen profesional, cumplimiento de obligaciones a cargo de SALUDCOOP EPS, prescripción y la innominada. (fol. 419 y s.s.)

4. Vinculación Litisconsorte necesario. Teniendo en cuenta la solicitud realizada por la ARL SURA, el fallador de primera instancia mediante providencia del 11 de abril del 2018, ordenó la vinculación de AXA COLPATRIA. (fol. 455)

5. Contestación demandada AXA COLPATRIA. Contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda señalando que no es la responsable del pago de las incapacidades reclamadas por la demandante, por lo que solicita su desvinculación del presente proceso. Propuso como excepciones de fondo las de falta de legitimación en la causa por pasiva, AXA COLPATRIA no es la administradora de riesgos laborales llamada a responder por las incapacidades expedidas a la demandante, las demás patologías que sufre la demandante son de origen común, prescripción y la genérica. (fol. 462 y s.s.)

6. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 11 de febrero del 2019, en la que el fallador de primera instancia absolvió a las demandadas de todas y cada una de las pretensiones de la demanda y declaró probada la excepción de prescripción. (CD fol. 512)

Su decisión se basó en que se está reclamando el pago unas incapacidades por el periodo comprendido entre el 1° de marzo de 2012 y el 6 de marzo del año 2014, las cuales se encuentran prescritas, como quiera que a la presentación de la demanda ya habían transcurrido más de 3 años.

7. Impugnación y límites del ad quem. La parte demandante no interpuso recurso de apelación, por lo que el proceso se envió en grado jurisdiccional de consulta en su favor por haberle sido desfavorable el fallo de primera instancia de conformidad con lo establecido en el art. 69 del CPT y de la SS.

8. Alegatos Decreto 758 del 2020. La ARL SURA señala que no le asiste ninguna obligación de asumir prestaciones asistenciales y/o económicas frente a la demandante, en tanto estamos ante una enfermedad calificada como de ORIGEN COMÚN o frente a secuelas que ya fueron calificadas y pagadas, y por tanto la Administradora de Riesgos Laborales no tiene ninguna obligación asistencial ni económica frente a la accionante, ya que quien asume dichas prestaciones es la Entidad Promotora de Salud EPS o la Administradora del Fondo Pensiones AFP según la ley.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El presente proceso se conoce en grado jurisdiccional de consulta en favor del demandante, teniendo en cuenta que la totalidad de las pretensiones le fueron adversas y no presentó apelación de conformidad con lo establecido en el art. 69 del CPT y de la SS.

El **problema jurídico** que centran la atención de la Sala consiste en establecer: ¿La demandante tiene derecho a que se le paguen las incapacidades que se le expidieron entre el 1° de marzo del 2012 y el 6 de marzo del 2014 o se encuentran prescritas?

De las incapacidades reclamadas

Sobre el problema jurídico relacionado con el pago de las incapacidades reclamadas por la demandante, ha de rememorar la Sala que el certificado de incapacidad temporal es una prestación que resulta de la existencia de un concepto médico que acredita la falta temporal de capacidad laboral del trabajador, es decir, que surge de *"un acto médico (...) independiente del trámite administrativo del reconocimiento de la prestación económica."*¹ En la emisión de este último *"el criterio médico prevalece para definir el número de días de incapacidad recomendada con el fin de proteger los derechos fundamentales a la salud y la vida del paciente."*²

Ahora bien, una vez expedido el certificado de incapacidad laboral, sus pagos y los de las respectivas prórrogas, deben ser asumidos por distintos agentes del Sistema General de Seguridad Social, dependiendo de la prolongación de la situación de salud del trabajador.

El parágrafo 3° del art. 5° de la Ley 1562 del 2012 establece que *"El pago de la incapacidad temporal será asumido por las Entidades Promotoras de Salud, en caso de que la calificación de origen en la primera oportunidad sea común; o por la Administradora de Riesgos Laborales en caso de que la calificación del origen en primera oportunidad sea laboral y si existiese controversia continuarán cubriendo dicha incapacidad temporal de esta manera hasta que exista un dictamen en firme por parte de la Junta Regional o Nacional si se apela a esta, cuando el pago corresponda a la Administradora de Riesgos Laborales y esté en controversia, esta pagará el mismo porcentaje estipulado por la normatividad vigente para el régimen contributivo del Sistema General de Seguridad Social en Salud, una vez el dictamen esté en firme podrán entre ellas realizarse los respectivos reembolsos y la ARP reconocerá al trabajador la diferencia en caso de que el dictamen en firme indique que correspondía a origen laboral."*

En el presente caso, se observa que la EPS SALUDCOOP le expidió a la demandante diferentes incapacidades entre el 28 de enero del 2008 y el 6 de marzo del 2014, en las cuales aparece que el origen es "Accidente de trabajo". (fol. 63 y s.s.)

Asimismo, se observa el Dictamen de Pérdida de Capacidad Laboral emitido por la Junta regional de calificación de Invalidez N° 52364448 del 17 de agosto del 2010 en el que se califica la PCL de la demandante como de origen *"Accidente de Trabajo"* (fol. 337 y s.s.)

Por tanto, considera la Sala que las incapacidades reclamadas están a cargo de la Aseguradora de Riesgos Profesionales y no de la EPS.

Prescripción

El artículo 22 de la Ley 1562 del 2012 establece que las prestaciones establecidas en el Sistema General de Riesgos profesionales prescriben en el término de tres (3) años, contados a partir de la fecha en que se genere, concrete y determine el derecho.

¹ Ministerio de la Protección Social. Concepto 295689. 04-10-2010. Asunto: Radicado 264518. En cita en: CASTELLANOS RAMÍREZ, Julio César. La incapacidad como acto médico. Universitas Médica, 54(1), 26-38. Bogotá, 2013.

² CASTELLANOS RAMÍREZ, Julio César. La incapacidad como acto médico. Universitas Médica, 54(1), 26-38. Bogotá, 2013.

Teniendo en cuenta que las incapacidades aquí reclamadas se ordenaron entre 1º de marzo del 2012 y el 6 de marzo del 2014; que la reclamación administrativa ante la ARL se elevó el **18 de marzo del año 2013** (fol. 11 y s.s.), con la cual se logra interrumpir la prescripción de las incapacidades generadas con anterioridad a esa fecha, y que la demanda fue formulada el **26 de mayo del año 2017** (fol. 205), es decir, pasados más de 3 años entre la reclamación y la radicación de la demanda, es claro que en el presente caso se encuentra probada la excepción de prescripción propuesta por la ARL como acertadamente lo encontró la falladora de primera instancia.

En cuanto a las incapacidades generadas con posterioridad a la reclamación también se encuentran prescritas como quiera que al momento de radicar la demanda habían transcurrido más de 3 años.

Colofón de lo dicho, no queda otro camino que confirmar la sentencia consultada.

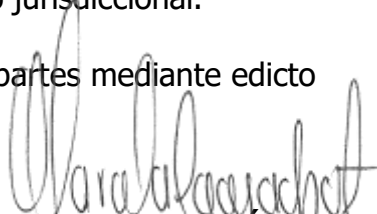
En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

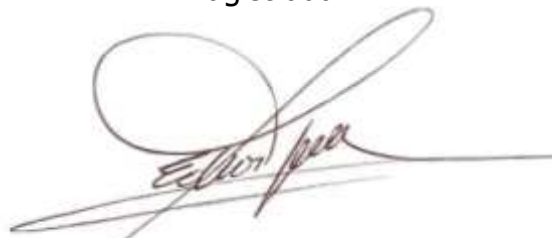
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 11 de febrero del 2019, por el Juzgado 15 Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: SIN COSTAS en este grado jurisdiccional.

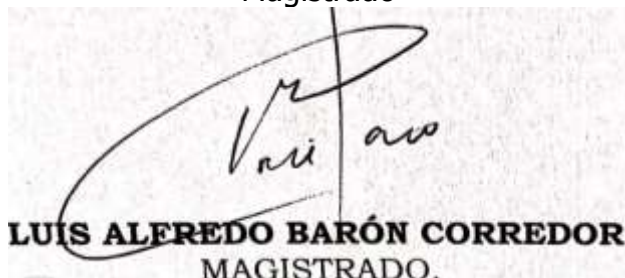
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

*Se suscribe con firma escaneada por emergencia sanitaria y estado de emergencia
Res. 380 y 885/20 Min. Salud y Protección Social y D. 417/20*



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE: NORMA SIRLEY LINARES HERNÁNDEZ
DEMANDADO: ANTEK S.A.S.
RADICACIÓN: 1100131050-23-2016-00407-01
ASUNTO: APELACIÓN DEMANDADA
TEMA: CONTRATO DE TRABAJO

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

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 "*Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica*", se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Norma Sirley linares Hernández instauró demanda ordinaria contra ANTEK S.A.S. con el fin de que se declare la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido desde el 4 de julio del 2012. Como consecuencia, se condene a la demandada a pagar las sumas correspondientes por concepto de salarios, cesantías, prima de servicios, vacaciones, aportes a pensión, indemnización moratoria, indemnización por no consignación de las cesantías, indexación, intereses, lo que resulte probado extra y ultra petita y las costas del proceso. (fol. 3 y s.s.).

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que fue contratada desde el 4 de julio del 2012 mediante contrato de trabajo a término indefinido; que el último salario devengado fue de \$2'000.000; que por compensación flexible no salarial le cancelaban bonos de alimentación por \$500.000; que el último cargo que desempeñó fue el de ejecutiva de facturación; que desde abril del 2016 la empresa demandada ANTEK S.A.S. no le ha cancelado los salarios, que desde febrero del 2016 no le ha pagado los bonos de alimentación; que desde mayo del 2016 no ha realizado los pagos de pensiones, riesgos profesionales y parafiscales; que desde junio del 2016 no ha consignado los aportes a salud; que existen meses en que no se pagó la seguridad social; que la AFP PORVENIR no ha realizado los cobros de aportes; que la demandante cumple un horario de trabajo de lunes a viernes de 7 a.m. a 5 p.m.; que se le adeudan las acreencias laborales que pretende en esta demanda.

2. Contestación de la demandada. A pesar de haberse notificado por conducta concluyente, no contestó la demanda; razón por la cual el fallador de primera instancia mediante auto del 7 de marzo del 2019, la tuvo por no contestada. (fol. 145 y s.s.)

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 8 de mayo del 2019, en la que el fallador de primera instancia declaró la existencia de un contrato de trabajo a término fijo entre el 4 de julio del 2012 al 30 de agosto del 2016. Condenó a la demandada a pagar las sumas correspondientes por concepto de salarios, cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, compensación de vacaciones, indemnización moratoria y sanción por no consignación de cesantías y los aportes a pensión. (CD fol. 280)

Su decisión se basó en que, no se probó la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido como lo pretendía la demandante, pues lo que se logra probar es un contrato a término fijo del 4 de julio del 2012 al 30 de agosto del 2016; que se logró probar que la demandante tenía un salario de \$1'500.000 y que recibía un bono de alimentación por \$500.000 el cual no constituía salario. Que el cargo desempeñado por la actora fue de Ejecutiva de facturación. Que el liquidador al absolver el interrogatorio de parte confesó que se debe a la demandante todas las acreencias laborales desde el 1° de enero del 2016 excepto las vacaciones las cuales se le deben desde el 4 de julio del 2015. En cuanto a la indemnización moratoria señaló que el actuar de la demandada no estuvo revestido de buena y por ende era procedente condenar por este concepto y que la condena debía limitarse al 5 de mayo del 2018 fecha en que comenzó la liquidación obligatoria de la demandada. En cuanto a la sanción por no consignación de cesantías señaló que las cesantías del año 2015 sólo se consignaron hasta agosto del 2016, por lo que se debe condenar a un día de salario por cada día de retardo desde el 15 de febrero del 2016 al 10 de agosto del 2016. Que se debe condenar a pagar los aportes a pensión faltantes.

4. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión el apoderado de la parte demandada interpone recurso de apelación argumentando lo siguiente (i) afirma que las cesantías del año 2015 se consignaron el 10 de febrero del 2015 y que aunque a folio 155 aparece un certificado de la AFP PORVENIR en el que aparece una consignación de cesantías, no hay prueba de que dicho pago corresponda a las cesantías del año 2015; (ii) señala que su actuar si estuvo revestido de buena fe y que se le debe absolver del pago de la indemnización moratoria señalando que sus cuentas se encuentran embargadas desde noviembre del 2015, por lo que no tenía fluidez de capital para hacer pagos. Que las caídas de los precios del crudo afectaron todas las empresas y las hizo perder liquidez por lo que vinieron los embargos.

5. Alegatos Decreto 806 del 2020. Señala que se encuentra demostrada y probada la relación contractual de la demandante con la accionada **ANTEK S.A.S., Hoy en Liquidación**, como el no pago de todas las acreencias laborales peticionadas en el líbello de la demanda, como se evidencia al momento del autodespido por parte de la accionante la empresa accionada en liquidación no se encontraba en ningún proceso de reorganización ni mucho menos de liquidación, esto ocurrió de manera posterior.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

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

Los **problemas jurídicos** que centran la atención de la Sala consisten en establecer: (i) ¿La demandada logró probar que consignó las cesantías del año 2015 el día 10 de

febrero del 2015? y (ii) ¿El actuar de la demandada estuvo revestido de buena fe y, por ende, se le debe exonerar de la condena por concepto de indemnización moratoria?

De la existencia de una relación laboral

No se controvierte en esta instancia que entre las partes existió una relación laboral entre el 4 de julio del 2012 al 30 de agosto del 2016, en la cual desempeñó el cargo de Ejecutiva de Facturación y devengó un salario mensual de \$1'500.000 y un bono de alimentación de \$500.000 el cual no constituía salario, pues así lo declaró el juez de primer grado, sin que hubiera sido objeto de alzada por las partes.

De la consignación de las cesantías del año 2015

El art. 99 de la Ley 50 de 1990 establece que el empleador que no consigne las cesantías antes del 15 de febrero del año siguiente, deberá pagar a título de sanción un día de salario por cada día de retardo.

Para el fallador de primera instancia, las cesantías del año 2015 tan sólo se consignaron en agosto del 2016, por lo que procede la sanción por no consignación de las cesantías; decisión con la que no está de acuerdo la parte demandada, pues señala que si bien en la certificación expedida por la AFP PORVENIR aparece una consignación de cesantías el 16 de agosto del 2016, lo cierto es que, no existe certeza a que año de cesantías corresponde, sí a las del año 2015 o un año diferente, por lo que no se puede tener en cuenta. Además, señala que consignó las cesantías del año 2015 en febrero del 2016, conforme lo ordena la Ley.

Efectivamente, le asiste razón al apoderado de la parte demandada al señalar que con la certificación expedida por la AFP PORVENIR el 1º de abril del 2019, visible a folio 155, no se puede probar que la empresa demandada haya consignado en agosto de 2016 las cesantías correspondientes al año del 2015, pues en dicha certificación únicamente se señaló:

**"SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y
CESANTÍAS PORVENIR S.A.
NIT 800.144.331-3**

CERTIFICA QUE:

*EL (la) señor (a) **NORMA SIRLEY LINARES HERNÁNDEZ**, identificado (a) con Cédula de Ciudadanía 1.014.195.739, estuvo afiliado (a) al **FONDO DE CESANTÍAS PORVENIR** con la empresa **ANTEK S A S** y presenta el siguiente movimiento:*

(...)

Fecha	Concepto	Portafolio	Valor
20140816	DISTRIBUCION MASIVA DEBITO EN	Corto plazo	\$1.032.025,76

(...)

La presente certificación se expide a solicitud del interesado a los 01 días del mes de Abril de 2019"

Sin embargo, lo que olvida la pasiva es que de acuerdo al contenido del art. 167 del C. G. del P. al cual nos remitimos por disposición expresa del art. 145 del CPT y de la SS, la carga probatoria de demostrar que efectivamente se realizó la consignación de cesantías del año 2015 en febrero del 2016, recae en su cabeza. Sin embargo, en el cartulario no aparece ninguna prueba de dicha consignación, ni para la mencionada data ni para otra diferente, razón por la cual no queda otro camino que confirmar la condena impuesta por el fallador de primera instancia por concepto de sanción por no consignación de cesantías del año 2015 dentro del término legal.

Siendo necesario precisar, que si bien, no se encuentra probado el pago de las cesantías del año 2015, no hay lugar a impartir condena por este concepto ni a ampliar la condena por indemnización moratoria hasta la fecha del finiquito, como quiera que la parte accionante no interpuso recurso de apelación contra la decisión del fallador de primera instancia y se está conociendo de este proceso por la apelación interpuesta por la convocada al juicio, a quien no se le puede hacer más gravosa su situación, conforme lo tiene sentado nuestra CSJ entre otras en la sentencia SL 3985-2020.

De la indemnización moratoria

Para resolver este problema jurídico, cumple recordar que conforme al artículo 65 del CST, si a la terminación del contrato, el empleador no paga al trabajador los salarios y prestaciones debidas, salvo los casos de retención autorizados por la ley o convenidos por las partes, debe pagar al asalariado, una indemnización moratoria.

En relación con las indemnizaciones en mención, la jurisprudencia reiterada y pacífica de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia bajo el radicado 32529 del 5 de marzo del 2009 ha explicado que, las mismas no son una respuesta judicial automática frente al hecho objetivo de que el empleador, al terminar el contrato de trabajo, no cancele al trabajador la totalidad de salarios y prestaciones sociales adeudados o no consigne las cesantías en la fecha debida, por ello, ha insistido en que el juez debe, en cada caso, de acuerdo con el material probatorio, establecer si se revela o evidencia la buena fe de aquel frente a tal conducta omisiva.

Criterio que coincide con lo planteado por la Corte Constitucional, entre otras, en la sentencia T-459 del 2017, en la que señaló que la jurisprudencia constitucional establece que es posible eximir al empleador del pago de la indemnización moratoria cuando se compruebe que éste actuó de buena fe al momento de la terminación del contrato, esto es, que tenía la conciencia de haber obrado legítimamente y con ánimo exento de fraude.

Descendiendo al caso objeto de estudio, se advierte que no existe ninguna prueba dentro del expediente que permita establecer la buena fe en el actuar de la demandada, como quiera que la relación laboral que unió a la demandante con la empresa aquí demandada finalizó el 30 de agosto del 2017 y conforme lo informa el liquidador de la empresa demandada al absolver su interrogatorio de parte, la reorganización de la empresa comenzó en octubre del año 2017, es decir, con posterioridad a la finalización de la relación laboral.

Adicionalmente, si bien es cierto aparece a folio 183 unos oficios del 13 de mayo del 2016 en el que se ordena el embargo de unas cuentas bancarias de la demandada, no existe certeza de que dichas medidas se hayan hecho efectivas, ni la fecha en que

fueron tramitados dichos oficios, tampoco si las cuentas que se ordenaron embargar correspondían a todas las cuentas bancarias de la demandada. Aunado a que los trabajadores no deben asumir las consecuencias de los malos manejos que haya podido tener la empresa demandada, tal y como lo señaló el fallador de primera instancia; razón por la cual al no evidenciarse que el actuar de la demandada estuvo revestido de buena fe se confirmará la condena impartida en primera instancia.

Finalmente, es necesario precisar que aunque la Sala no comparte la decisión del fallador de primera instancia de limitar la sanción por no consignación de cesantías a agosto del 2016, pues como lo dice el mismo demandado en su apelación, no existe prueba de que la suma consignada en esa data corresponda a las cesantías del año 2015, lo cierto es, que no se puede modificar la condena hasta la fecha en que se terminó el contrato, toda vez que el demandante no presentó recurso de apelación y no puede hacerse más gravosa la situación del único recurrente.

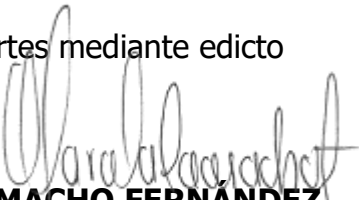
En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

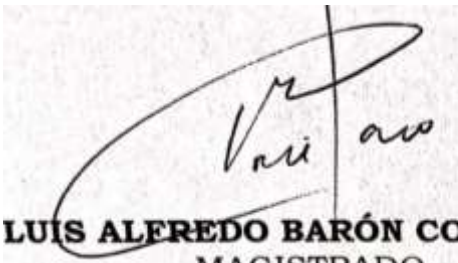
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 8 de mayo del 2019, por el Juzgado 23 Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandada. Se fijan como agencias en derecho la suma de \$600.000 las cuales serán liquidadas en primera instancia de conformidad con lo establecido en el art. 366 del CGP.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada


EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado


LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

*Se suscribe con firma escaneada por emergencia sanitaria y estado de emergencia
Res. 380 y 885/20 Min. Salud y Protección Social y D. 417/20*



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE: CARLOS ALFONSO PEREZ
DEMANDADO: COLPENSIONES Y AFP PORVENIR S.A.
RADICACIÓN: 1100131050-23-2019-00676-01
ASUNTO: APELACIÓN SENTENCIA COLPENSIONES
TEMA: INEFICACIA TRASLADO

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

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 *"Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"*, se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Carlos Alfonso Pérez instauró demanda ordinaria contra Colpensiones y la AFP PORVENIR con el fin de que se declare la anulación por ineficacia del traslado al RAIS ante el deber profesional de información por parte de la AFP PORVENIR. Como consecuencia, se ordene el traslado a Colpensiones del demandante y se haga la devolución de todos los dineros que recibió con motivo de su afiliación como cotizaciones y bonos pensionales, con todos los rendimientos que se le hubiesen causado, devolviendo las sumas descontadas por la AFP PORVENIR por concepto de gastos de administración, junto con lo que resulte probado extra y ultra petita y las costas del proceso. (fol. 1 y s.s.).

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que se afilió al Sistema de Seguridad Social en Pensiones a partir del 1° de abril de 1977; que el 16 de diciembre de 1999 se trasladó a la AFP PORVENIR; que la AFP PORVENIR no le brindó la información necesaria al momento del traslado; que solicitó la anulación de su afiliación ante las demandadas, sin obtener una respuesta favorable.

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (fol. 229), sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de la AFP PORVENIR. Contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda argumentando que el demandante no allega prueba siquiera sumaria de las razones de hecho que sustentan su ineficacia. Que el demandante pretende se le imponga a dicha entidad una carga que no existía al momento del traslado, pues sólo hasta la expedición del Decreto 2555 del 2010 las

administradoras de fondo de pensiones adquirieron en su cabeza la obligación de asesoría. Propuso como excepciones de fondo la de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe. (fol. 251 y s.s.)

4. Contestación de COLPENSIONES. Dio respuesta a la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones, argumentando que la afiliación del demandante cuenta con validez en tanto obra como soporte de dicha afiliación las cotizaciones efectuadas por el mismo a dicho fondo de manera libre, espontánea y voluntaria y que no obra soporte alguno en el expediente que demuestre lo contrario. Propuso como excepciones de mérito las de cobro de lo no debido, prescripción, falta de causa para demandar, presunción de legalidad de los actos jurídicos, buena fe en las actuaciones de Colpensiones, inexistencia de la obligación, inobservancia del principio constitucional adicionado por el Acto Legislativo 01 del 2005, hecho de un tercero, calidades del demandante para conocer las consecuencias de su traslado y la genérica. (fol. 310 y s.s.)

5. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 19 de octubre del 2020, en la que el fallador de primera instancia declaró la ineficacia del traslado al RAIS y como consecuencia condenó a la AFP PORVENIR a devolver todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante como cotizaciones, saldos de la cuenta de ahorro individual, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, sin la posibilidad de efectuar descuento alguno, ni por gastos de administración, ni por cualquier otro concepto. Declaró que el accionante se encuentra válidamente afiliado a Colpensiones. Declaró no probadas las excepciones propuestas y condenó en costas a la AFP PORVENIR. (CD fol. 258)

La decisión del Juez se basó en acoge la postura de la CSJ sobre la inversión de la prueba. Que la carga probatoria esta en cabeza de la AFP PORVENIR. Que no importa si el demandante es beneficiario del régimen de transición o tiene un derecho adquirido o está pensionado. Que la AFP PORVENIR no demostró haber brindado la información necesaria al actor al momento del traslado. Que no hay confesión del promotor del juicio.

6. Impugnación y límites del ad quem.

6.1. Recurso de apelación AFP PORVENIR. Interpuso recurso de apelación manifestando que el demandante suscribió el formulario de afiliación de manera libre y voluntaria. Que no puede declararse la nulidad, pues no se probó un vicio del consentimiento. Que no probó que se le haya ocasionado un perjuicio al actor. Que PORVENIR cumplió a cabalidad con sus obligaciones y le brindó la información al demandante que se exigía para el momento del traslado. Solicita se revoque la condena por gastos de administración, pues ellos tienen una destinación específica, la cual ya cumplió la demandada que era generar rendimientos. Que no se ordene la devolución de los seguros previsionales, pues las sumas descontadas por este concepto ya pasaron a las aseguradoras.

6.1. Recurso de apelación COLPENSIONES. Inconforme con la decisión del fallador de primera instancia impugnó la sentencia señalando que el Tribunal de Pereira dijo que el simple hecho de que su mesada es inferior con ello no se prueba la falta de información. Que el demandante no probó cuál era la información equivocada que se le había brindado. Que hubo fue un descuido por parte del actor y que no es beneficiario del régimen de transición.

7. Alegatos Decreto 806 del 2020.

7.1. Alegatos Colpensiones. Solicita se revoque la decisión proferida en primera instancia señalando que el demandante no es beneficiario del régimen de transición y que lo que se puede evidenciar del interrogatorio es la negligencia del demandante con respecto a consultar su situación pensional, por lo tanto y sabiendo las obligaciones del accionante como consumidor financiero y dado que la ignorancia de la ley no sirve de excusa, no quedaría otra alternativa sino la de concluir que en el caso se presentó un error de derecho el cual, a voces de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, no vicia el consentimiento y por lo tanto la afiliación del señor **CARLOS ALFONSO PEREZ** al RAIS resulta ser totalmente válida.

7.2. Alegatos AFP PORVENIR. Señala que no se configuran los presupuestos del traslado de régimen pensional y por ende tampoco de la nulidad del mismo. Que como se pudo ver en el interrogatorio de parte, la inconformidad del demandante con el Régimen de Ahorro Individual se derivada del monto de la mesada pensional. Factor que no es suficiente para ser considerado como un elemento para viciar la voluntad del demandante. Que la devolución de los gastos de administración y de lo pagado por concepto de prima del seguro previsional resulta improcedente de conformidad con lo conceptualizado por la Superintendencia Financiera de Colombia.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurso de apelación interpuesto por las demandadas se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por el recurrente y se estudiará en consulta en favor de Colpensiones en lo que le haya sido desfavorable y no haya sido apelado.

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar el siguiente **problema jurídico principal** ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por el accionante? Para lo cual se abordarán los siguientes problemas **jurídicos secundarios**: (i) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP PRIVADA hubiera omitido su deber de información al momento en que el accionante se trasladó de régimen? (ii) ¿Se debe probar la existencia de un vicio del consentimiento para que proceda la declaratoria de ineficacia del traslado?; (iii) ¿Para poder declarar la ineficacia del traslado es necesario que el accionante fuera beneficiario del régimen de transición, o tuvieran un derecho adquirido o una expectativa legítima?; (iv) ¿La AFP privada está obligada a devolver a Colpensiones las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos?; (v) ¿Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación del demandante? (vi) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita?

Ineficacia del traslado de régimen - no nulidad del traslado

Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, debe precisar la Sala que si bien en la demanda se solicitó la nulidad del traslado de régimen por falta de información al momento del traslado, lo cierto es, que contrario a lo pretendido por la AFP PORVENIR, el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su ineficacia y no desde la nulidad, conforme se

extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 ibidem, por tanto, 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, conforme lo ha expuesto nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado N.º 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que mantiene actualmente entre otras en la sentencia SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

Afiliación, cotización y traslado

Se encuentra acreditado en el plenario que el señor **Carlos Alfonso Pérez** cotizó al ISS desde 1º de abril de 1977 al 31 de enero del 2000, conforme aparece en la historia laboral expedida por Colpensiones (fl. 45); y que se trasladó a la AFP PORVENIR el día 16 de diciembre de 1999, como aparece en formulario de afiliación (fl. 71).

Carga probatoria y deber de información

Para resolver el problema jurídico relacionado con la carga probatoria, debe decirse que la misma sí recae en las AFP no en el demandante, en primer lugar, porque la omisión en torno al **deber de información** expuesta en el libelo incoatorio tiene la connotación de una negación indefinida, exenta de prueba de conformidad con lo preceptuado en el art. 167 del C.G. del P., en segundo lugar, porque la **custodia de la documentación** así como la obligación legal de brindar información se encuentra en cabeza del fondo, conforme a lo dispuesto desde el Decreto 663 de 1993, y en tercer lugar, porque el literal b) del art 11 de la Ley 1328 de 2009, considera una práctica abusiva la imposición de dicha **carga a los consumidores financieros**, teniendo en cuenta que los afiliados se encuentran en desventaja probatoria además de ser la parte débil de la relación contractual, quien en este tipo de procesos se enfrentan a una entidad financiera, que cuenta con posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL 1897-2019, ha considerado que son las entidades de seguridad social las que deben garantizar, en caso de estar frente a un traslado de régimen pensional, que existió una decisión informada, que fue verdaderamente autónoma, consciente y objetivamente verificable, en el entendido de que los afiliados puedan conocer los **riesgos** que ello implica, así como los beneficios que le reportaría.

Dicho de otra manera, no se puede predicar la existencia de una manifestación libre y voluntaria cuando quiera que un afiliado al sistema no conoce la incidencia que la decisión de trasladarse de régimen pensional pueda tener, frente a eventuales derechos prestacionales; de ahí que no le corresponda a él sino a la administradora de fondos de pensiones dar cuenta de que brindó la correspondiente información, que fue clara y suficiente, ya que un engaño no sólo se produce en lo que se dice, sino en el silencio que guarda el respectivo asesor, quien ha de tener la iniciativa de proporcionar todo aquello que resulte relevante y fundamental, tanto lo favorable como lo desfavorable para tomar la decisión e incluso, desanimar al afiliado en caso de que el traslado resulte perjudicial para su derecho pensional.

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 1999- la CSJ ha señalado que las AFP debían hacer una descripción de las características, condiciones,

acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado, sin embargo, la AFP PORVENIR no demostró haber brindado la información requerida al señor **Carlos Alfonso Pérez** al momento del traslado al RAIS.

Adicionalmente es necesario indicar que, la Sala no desconoce que para el momento en que el demandante se trasladó al RAIS se encontraba vigente el Decreto 692 de 1994 *"Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 100 de 1993"* en cuyo artículo 11 señala que para adelantar el proceso de vinculación a la AFP se debe diligenciar el **formulario** previsto por la Superintendencia Bancaria y que en el mismo deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones, siendo posible que el formulario contenga la leyenda preimpresa en ese sentido, sin embargo, como lo ha indicado la CSJ desde la sentencia bajo el radicado N° 31989 del 2008, la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994 y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo impone el art. 1603 del C.C.

Señaló además la Corte en la sentencia SL 2324-2019 al reiterar la sentencia bajo el radicado N° 33.083 del 2011, que por la Doctrina se han elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de transparencia, vigilancia y el deber de información; éste último –información- debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Por tanto, la AFP sí estaba en la obligación de proporcionar al demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarlo como potencial afiliado, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarlo de tomar una opción que claramente le perjudica. Siendo necesario precisarle a la apoderada de Colpensiones que está Sala no acoge la postura del Tribunal de Pereira como lo solicita en su apelación, pues se basa íntegramente en la postura expuesta por nuestra CSJ quien es el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral.

Necesidad de ser beneficiario del régimen de transición, derecho adquirido o expectativa legítima como presupuesto para declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional

Respecto del tema relacionado con demostrar la calidad de beneficiario del **régimen de transición** o tener una expectativa legítima como presupuesto para que sea procedente la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, debe decirse que nuestra CSJ tiene sentado entre otras en la sentencia SL 2955-2019 que para que proceda la ineficacia deprecada **no se exige que al tiempo del traslado el usuario cuente con un derecho consolidado, un beneficio transicional o que esté próximo a pensionarse**, señalando que ni la legislación ni la jurisprudencia establecen tales condiciones, pues como ya se dijo, lo que importa son las circunstancias en que se hizo el ofrecimiento al actor, las condiciones en que se le otorgó el traslado, si le brindó la información veraz y oportuna frente a las implicaciones

del mismo y sobre la verdadera situación que tenía frente a los dos regímenes pensionales.

En este punto es necesario precisar que, la CSJ no exige que el demandante pruebe que se le está ocasionando un perjuicio como lo pretende la AFP PORVENIR.

Devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos

Frente al tópico encaminado a determinar si la AFP privada está obligada a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adocrinado, entre otras, en la sentencia SL 14911-2019, que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, **junto con los rendimientos financieros**. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad **a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades**, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones. (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019)

Aceptación de aportes y activación de la afiliación

En relación con el asunto que gira en torno a establecer si Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación del demandante, es necesario precisar, que al quedar sin efecto su afiliación al RAIS es claro que su vinculación con COLPENSIONES quedó incólume de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de las AFP los aportes efectuados por el accionante a ésta a fin que reposen en la historia laboral de la administradora de pensiones Colpensiones, quien está en la obligación de activarlos en el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en la sentencia SL4360 de 2019

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, ni afecta su **sostenibilidad financiera**, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual del accionante de manera íntegra a COLPENSIONES, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y comisiones los cuales deberá asumir las AFP PRIVADAS de sus propias utilidades, pues, al dejarse sin valor y efecto la afiliación, esta declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al régimen, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia-)

Excepción de prescripción

Se debe precisar que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible y así se dejó sentado por nuestra H. Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL1421 de 2019 y SL1689 de 2019.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 19 de octubre del 2020, por el Juzgado 23 Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

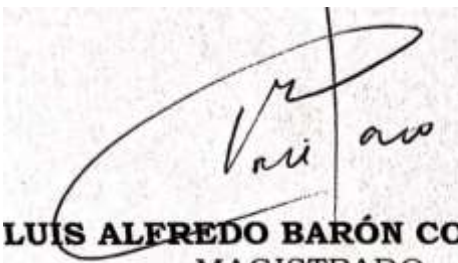
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUIS ALEREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE: MARIA JANETH BULLA GARZÓN
DEMANDADO: COLPENSIONES -AFP PORVENIR – AFP PROTECCIÓN
RADICACIÓN: 1100131050-21-2019-00744-01
ASUNTO: APELACIÓN SENTENCIA COLPENSIONES -AFP PORVENIR – AFP PROTECCIÓN
TEMA: INEFICACIA TRASLADO

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

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 *"Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"*, se procede a proferir la siguiente,

AUTO

Se reconoce personería para actuar a la firma CAL & NAF ABOGADOS S.A.S., representada legalmente por la Dra. CLAUDIA LILIANA VELA, como apoderada principal de COLPENSIONES y a la Dra. AMANDA LUCIA ZAMUDIO VELA, como apoderada sustituta de dicha entidad, en los términos y para los efectos del poder conferido conforme lo dispone el art. 74 del CGP, el cual fue allegado junto con los alegatos mediante correo electrónico.

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. María Janeth Bulla Garzón instauró demanda ordinaria contra COLPENSIONES, la AFP PORVENIR y la AFP PROTECCIÓN para que se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado al RAIS. Como consecuencia, se condene a la AFP PORVENIR a retornar a Colpensiones todos los montos aportados junto con sus rendimientos, sin efectuar ningún descuento. Se condene a COLPENSIONES a recibir a la demandante, junto con lo que resulte probado extra y ultra petita y las costas del proceso. (fol. 2 y s.s.).

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que nació el 13 de julio de 1962; estuvo afiliada al ISS del 12 de diciembre de 1983 al 31 de julio de 1999; que se trasladó el 1° de agosto de 1999 al RAIS específicamente a la AFP COLMENA hoy AFP PROTECCIÓN S.A.; que se afilió a la AFP HORIZONTE hoy AFP PORVENIR el 1° de agosto del 2001; que no le brindaron la información suficiente al momento del traslado; que solicitó la nulidad de su afiliación, sin obtener una respuesta favorable.

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (fol. 87), sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de COLPENSIONES. Contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones, argumentando que no obra prueba alguna de que efectivamente la demandante se le hubiese hecho incurrir en error (falta al deber de información) por parte de las AFP, o de que se está en presencia de algún vicio del consentimiento (error, fuerza o dolo). Que no se evidencia dentro de las solicitudes nota de protesto o anotación alguna que permita inferir con probabilidad de certeza que hubo una inconformidad por parte de la demandante, al contrario, se observa que las documentales se encuentra sujetas a derecho, y que se hizo de manera libre y voluntaria, sin dejar observaciones sobre constreñimientos o presiones indebidas. Propuso como excepciones de mérito las de descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al RPMPD, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, errónea e indebida aplicación del art. 1604 CC, no procedencia al pago de costas en Instituciones administradoras de Seguridad Social del orden público y la genérica. (CD fol. 99)

4. Contestación de la AFP PROTECCIÓN S.A. Dio respuesta con oposición a las pretensiones de la demanda señalando que su actuar siempre ha estado conforme a la ley y a la voluntad de la demandante. Que la afiliación de la demandante fue libre, voluntaria y exenta de cualquier vicio del consentimiento. Propuso como excepciones de fondo las de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del Sistema General de Pensiones y reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP e inexistencia de la obligación de devolver la prima de seguro previsional cuando se trata de nulidades y/o ineficacias de traslado y la genérica. (CD fol. 122)

5. Contestación de la AFP PORVENIR S.A. Se opuso a las pretensiones señalando que nos encontramos frente a un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo. Propuso como excepciones de mérito las de Inexistencia de la obligación, falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de recursos públicos y del Sistema general de Pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP e inexistencia de la obligación de devolver la prima de seguro previsional cuando se trata de nulidades y/o ineficacias de traslado. (CD fol. 130)

6. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 30 de noviembre del 2020, en la que la falladora de primera instancia declaró la ineficacia del traslado al RAIS y como consecuencia condenó a la AFP PORVENIR a trasladar los aportes pensionales, cotizaciones o bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración. Condenó a la AFP PROTECCIÓN a devolver las sumas descontadas por gastos de administración. Condenó a Colpensiones a activar la afiliación de la demandante en el RPMPD y actualizar su historia laboral. Y finalmente, declaró no probadas las excepciones propuestas. (CD fol. 172)

La decisión del Juez se basó en que acoge el criterio de la CSJ; que quien tiene la carga probatoria es la AFP. Que no puede hablarse de que el traslado se realizó de manera libre y voluntaria como quiera que no se demostró haber brindado la información necesaria a la demandante. Que no era suficiente con la firma del formulario de afiliación.

7. Impugnación y límites del ad quem.

7.1. Recurso de apelación la AFP PORVENIR. Interpuso recurso de apelación manifestando básicamente que los efectos de la ineficacia son taxativos y se encuentran en el art. 271. Que los gastos de administración no deben ser restituidos. Que la ineficacia lo que hace es que las cosas vuelvan al estado anterior como si nunca hubiesen existido, luego no hay ningún fundamento jurídico para ordenar que se devuelvan los rendimientos los cuales sólo se generan en el RAIS. Que la prescripción debió operar si quiera sobre los gastos de administración, pues ese dinero corresponde al capital de la pensión.

7.2. Recurso de apelación la AFP PROTECCIÓN. Impugnó la decisión argumentando que no está de acuerdo en que se descuenten los gastos de administración y comisiones. Que esas sumas ya no se encuentran en la cuenta de la AFP ya surtieron sus efectos. Que ese dinero también se descuenta en el RPMPD. Señala que existen dos escenarios para resolver el presente caso los cuales son excluyentes entre sí: i) se entiende que la afiliación nunca existió no se devuelven los rendimientos sino únicamente las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones o ii) se entiende que la afiliación nunca existió se devuelven los rendimientos pero no hay lugar a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y rendimientos.

7.3. Recurso de apelación COLPENSIONES. Inconforme con la anterior decisión, presentó recurso de apelación argumentando que con la decisión del juez se ve afectada la sostenibilidad financiera. Que la demandante no es beneficiaria del régimen de transición. Que el traslado entre diferentes fondos en el RAIS ratifica su intención de pertenecer a él. Solicita se adicione el fallo para que se autorice a COLPENSIONES a que le reclame a las AFP privadas los perjuicios que le generaron.

8. Alegatos Decreto 806 del 2020.

8.1. Alegatos AFP PORVENIR. Señala que no le asiste razón al fallador de primera instancia, por cuanto en este asunto no se acreditó la existencia de algún vicio del consentimiento con el cambio de régimen de la parte demandante, pues no se alegó y menos probó ningunas de las causales previstas en el artículo 1741 del Código Civil, lo que conduce a que el acto jurídico de vinculación es eficaz. Que jurídicamente no es viable imponerle cargas distintas a las previstas en las leyes existentes al momento en que sucedió la afiliación de la parte demandante, pues constituye una violación al debido proceso y a la confianza legítima, ya que para cuando se celebró el acto jurídico de vinculación, no solo el afiliado para ese momento era jurídicamente capaz, sino que además, el citado acto contiene objeto y causa lícita, y ahora por cuenta de interpretaciones y el alcance que se hace de algunas normas, se desconocen instituciones primarias de un estado social de Derecho como son la validez y los efectos de los actos jurídicos. Que no se debe ordenar la devolución de sumas diferentes a las indicadas en citado literal b) del artículo 113 de la Ley 100 de 1993, por cuanto ninguna otra está destinada a financiar la prestación del afiliado, por lo que condenar a pagar valores adicionales, configura un enriquecimiento sin causa a favor de un tercero dentro del negocio jurídico celebrado entre la parte demandante y PORVENIR S.A.

8.2. Alegatos COLPENSIONES. Indica que de acuerdo con las pretensiones incoadas en la demanda el asunto a tratar no es otro diferente que la declaración de la **nulidad del traslado de régimen del demandante a la administradora de fondos de**

pensiones. Solicita se absuelva de la totalidad de las pretensiones de la demandante a COLPENSIONES , toda vez que la señora **MARIA JANETH BULLA GARZON**, quien ostenta la calidad de demandante no hizo efectivo uno de los derechos que poseen los afiliados, como es **el retracto**, el cual le permite al afiliado la posibilidad de dejar sin efecto alguno la elección realizada, tanto de una administradora de cualquiera de los regímenes o de un plan o fondo de pensiones en un término de cinco (5) días hábiles siguientes a la fecha en la cual aquél haya manifestado por escrito la correspondiente selección. Que no le asiste derecho a la demandante de regresar al régimen de prima media, con el fin de que se le reconozca su pensión por este régimen, ya que la demandante se encuentra debidamente afiliada AL RAIS.

8.3. Alegatos demandante. Señaló que con las pruebas recaudadas dentro del proceso no se había logrado probar que la AFP privada hubiese cumplido con el deber legal de brindarle la información necesaria al momento del traslado, por lo que se debe confirmar el fallo proferido en primera instancia.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurso de apelación interpuesto por los demandados se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por los recurrentes y se estudiará en consulta en favor de Colpensiones en lo que le haya sido desfavorable y no haya sido apelado.

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar el siguiente **problema jurídico principal** ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por la accionante? Para lo cual se abordarán los siguientes problemas **jurídicos secundarios**: (i) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP PRIVADA hubiera omitido su deber de información al momento en que la accionante se trasladó de régimen? (ii) ¿Se debe probar la existencia de un vicio del consentimiento para que proceda la declaratoria de ineficacia del traslado?; (iii) ¿Para poder declarar la ineficacia del traslado es necesario que la accionante fuera beneficiaria del régimen de transición, o tuvieron un derecho adquirido o una expectativa legítima?; (iv) ¿La ineficacia del traslado se sana con el traslado entre las AFP del RAIS?; (v) ¿La AFP privada está obligada a devolver a Colpensiones las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos?; (vi) ¿Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante? (vii) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita?

Ineficacia del traslado de régimen - no nulidad del traslado

Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, debe precisar la Sala que si bien en la demanda se solicitó la nulidad del traslado de régimen por falta de información al momento del traslado, lo cierto es, que tal y como lo manifestó la falladora de primera instancia, el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su ineficacia y no desde la nulidad, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 ibidem, por tanto, resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, como lo pretende el apoderado

de la AFP COLFONDOS, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado N.º 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que mantiene actualmente entre otras en la sentencia SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

Afiliación, cotización y traslado

Se encuentra acreditado en el plenario que la señora **María Janeth Bulla Garzón** realizó aportes al ISS desde el día 12 de diciembre de 1983 al 31 de agosto de 1999, conforme aparece en la historia laboral expedida por Colpensiones (fl. 99); y que se trasladó a la AFP COLMENA hoy AFP PROTECCIÓN el día 12 de agosto de 1999 y posteriormente a la AFP HORIZONTE hoy AFP PORVENIR en julio del 2001 como aparece en los formularios de afiliación (fl. 122-126).

Carga probatoria y deber de información

No se controvierte en esta instancia que la carga probatoria recae en cabeza de la AFP privada, lo cual no fue objeto de alza por ninguna de las partes.

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 1999- la CSJ ha señalado que las AFP debían hacer una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado.

La información en los términos anotados no fue brindada por parte de la AFP COLMENA hoy AFP PROTECCIÓN S.A. como acertadamente lo encontró la falladora de primera instancia, pues no existe ninguna prueba dentro del expediente que permita inferir que para el momento del traslado se le dio explicación a la señora **María Janeth Bulla Garzón**, acerca de las diferentes modalidades de pensión, su cálculo, las pérdidas o ganancias en lo que al rendimiento podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, el porcentaje que se destina para gastos de administración y seguros previsionales, los casos en que procede la devolución de aportes, las variables que podía tener la prestación con el paso del tiempo y demás aspectos a los que se hizo mención, los cuales se han dejado sentados por nuestra CSJ en una sólida línea jurisprudencial frente al tema.

Adicionalmente es necesario indicar que, la Sala no desconoce que para el momento en que la demandante se trasladó al RAIS se encontraba vigente el Decreto 692 de 1994 “Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 100 de 1993” en cuyo artículo 11 señala que para adelantar el proceso de vinculación a la AFP se debe diligenciar el formulario previsto por la Superintendencia Bancaria y que en el mismo deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones, siendo posible que el formulario contenga la leyenda preimpresa en ese sentido, sin embargo, como lo ha indicado la CSJ desde la sentencia bajo el radicado N.º 31989 del 2008, la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial

las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994 y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo impone el art. 1603 del C.C.

Señaló además la Corte en la sentencia SL 2324-2019 al reiterar la sentencia bajo el radicado N.º 33.083 del 2011, que por la doctrina se han elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de transparencia, vigilancia y el deber de información; éste último –información- debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Por tanto, la AFP sí estaba en la obligación de proporcionar a la demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarla como potencial afiliada, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarla de tomar una opción que claramente le perjudica, lo cual no hizo la **AFP COLMENA hoy AFP PROTECCIÓN**.

Necesidad de ser beneficiario del régimen de transición, derecho adquirido o expectativa legítima como presupuesto para declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional

Respecto del tema relacionado con demostrar la calidad de beneficiaria del **régimen de transición** o tener una expectativa legítima como presupuesto para que sea procedente la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, debe decirse que nuestra CSJ tiene sentado entre otras en la sentencia SL 2955-2019 que para que proceda la ineficacia deprecada **no se exige que al tiempo del traslado el usuario cuente con un derecho consolidado, un beneficio transicional o que esté próximo a pensionarse**, señalando que ni la legislación ni la jurisprudencia establecen tales condiciones, pues como ya se dijo, lo que importa son las circunstancias en que se hizo el ofrecimiento a la demandante, las condiciones en que se le otorgó el traslado, si le brindó la información veraz y oportuna frente a las implicaciones del mismo y sobre la verdadera situación que tenía frente a los dos regímenes pensionales.

Saneamiento de la ineficacia ante el traslado de diferentes AFP dentro del RAIS

En relación con el asunto que busca establecer si existe saneamiento de la ineficacia generada por la falta de información cuando se produce el traslado del afiliado entre diferentes AFP del RAIS, debe señalarse, conforme lo tiene adoctrinado la CSJ entre otras en la sentencia SL 1688-2019, que el hecho de que la accionante se hubiese trasladado a diferentes AFP, no tiene la virtualidad o aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP inicial al momento del traslado, toda vez que la **oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado**, no con posterioridad, pues como se vio, el afiliado requiere para tomar decisiones la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato solo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad.

Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente y, por tanto, pierde su utilidad, ello equivale a la ausencia de información.

Devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos

Frente al tópico encaminado a determinar si la AFP privada está obligada a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adoctrinado, entre otras, en la sentencia SL 14911-2019, que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, **junto con los rendimientos financieros**. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad **a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades**, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones. (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019)

Aceptación de aportes y activación de la afiliación

En relación con el asunto que gira en torno a establecer si Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante, es necesario precisar, que al quedar sin efecto su afiliación al RAIS es claro que su vinculación con COLPENSIONES quedó incólume de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de las AFP los aportes efectuados por la actora a ésta a fin que reposen en la historia laboral de la administradora de pensiones Colpensiones, quien está en la obligación de activarlos en el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en la sentencia SL4360 de 2019

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, ni afecta su **sostenibilidad financiera**, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante de manera íntegra a COLPENSIONES, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y comisiones los cuales deberá asumir las AFP PRIVADAS de sus propias utilidades, pues, al dejarse sin valor y efecto la afiliación, esta declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al régimen, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia-)

Excepción de prescripción

Se debe precisar que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible y así se dejó sentado por nuestra H. Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL1421 de 2019 y SL1689 de 2019. Tampoco se puede declarar la prescripción de la devolución de los gastos de administración como quiera que su devolución es una consecuencia de la ineficacia del traslado.

Finalmente, se le debe indicar al apoderado de Colpensiones que si considera que es procedente demandar el pago de perjuicios no es necesario solicitar autorización a esta Corporación, como quiera que es un proceso independiente a lo que aquí se está debatiendo en donde no se solicitó ninguna indemnización de perjuicios.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 30 de noviembre del 2020, por el Juzgado 21 Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

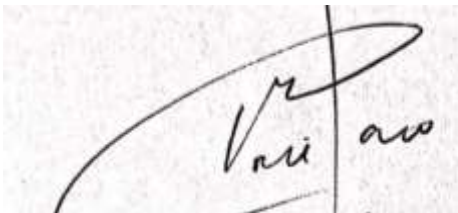
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUIS ALEREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE: ANTONIO PEDRO SWOBODA GARCÍA
DEMANDADO: COLPENSIONES -AFP PORVENIR – AFP PROTECCIÓN
RADICACIÓN: 1100131050-21-2019-00639-01
ASUNTO: APELACIÓN SENTENCIA COLPENSIONES -AFP PORVENIR – AFP PROTECCIÓN
TEMA: INEFICACIA TRASLADO

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

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 *"Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"*, se procede a proferir el siguiente,

AUTO

Se reconoce personería para actuar a la firma CAL & NAF ABOGADOS S.A.S., representada legalmente por la Dra. CLAUDIA LILIANA VELA, como apoderada principal de COLPENSIONES y a la Dra. BELCY BAUTISTA FONSECA, como apoderada sustituta de dicha entidad, en los términos y para los efectos del poder conferido conforme lo dispone el art. 74 del CGP, el cual fue allegado junto con los alegatos mediante correo electrónico.

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Antonio Pedro Swoboda García instauró demanda ordinaria contra COLPENSIONES, la AFP PORVENIR y la AFP PROTECCIÓN para que se declare la nulidad del traslado al RAIS, por el incumplimiento de los deberes legales de información y deber asesoría al demandante. Como consecuencia, se declare que se encuentra válidamente afiliado al RPMPD; que la AFP PORVENIR debe devolver todas las sumas que se encuentren en la cuenta de ahorro individual del demandante, incluidos los rendimientos y sumas adicionales a las que haya lugar, lo que resulte probado extra y ultra petita y las costas del proceso. (fol. 1 y s.s.).

Como pretensión subsidiaria solicita se declare la ineficacia del traslado al RAIS.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que nació el 29 de junio de 1959; que empezó a cotizar en el RPMPD a través de la DIAN realizando aportes a CAJANAL desde el 10 de junio de 1994; que la AFP HORIZONTE hoy AFP PORVENIR lo persuadió en octubre de 1994 para que se vinculara a dicho régimen de pensiones; que no se le brindó la información necesaria al momento del traslado; que en mayo del

2003 se trasladó a la AFP PROTECCIÓN S.A.; que dicha AFP no le brindó información sobre las implicaciones de su permanencia en el RAIS; que en noviembre del 2008 regresó a la AFP PORVENIR; que solicitó ante las demandadas la nulidad del traslado sin obtener una respuesta favorable.

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (fol. 229), sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de COLPENSIONES. Contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda argumentando que no obra prueba alguna de que efectivamente al demandante se le hubiese hecho incurrir en error (falta al deber de información) por parte de las AFP, o de que se está en presencia de algún vicio del consentimiento (error, fuerza o dolo). Que no se evidencia dentro de las solicitudes nota de protesto o anotación alguna que permita inferir con probabilidad de certeza que hubo una inconformidad por parte del demandante, al contrario, se observa que las documentales se encuentra sujetas a derecho, y que se hizo de manera libre y voluntaria, sin dejar observaciones sobre constreñimientos o presiones indebidas. Propuso como excepciones de mérito las de descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al RPMPD, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, errónea e indebida aplicación del art. 1604 CC, no procedencia al pago de costas en Instituciones administradoras de Seguridad Social del orden público y la genérica. (CD fol. 120)

4. Contestación de la AFP PORVENIR S.A. Dio respuesta con oposición a las pretensiones de la demanda señalando que la demandante no probó ni siquiera sumariamente las razones de hecho que sustentan la nulidad que pretende. Que no se le puede imponer a la demandada una carga adicional la cual no existía al momento del traslado. Que no puede pasarse por alto que el demandante realizó 4 traslados horizontales dentro del RAIS. Propuso como excepciones de fondo las de prescripción, prescripción de la acción y buena fe. (CD fol. 122)

5. Contestación de la AFP PROTECCIÓN S.A. Se opuso a las pretensiones señalando que nos encontramos frente a un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo. Propuso como excepciones de mérito las de Inexistencia de la obligación, falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de recursos públicos y del Sistema general de Pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP e inexistencia de la obligación de devolver la prima de seguro previsional cuando se trata de nulidades y/o ineficacias de traslado. (CD fol. 130)

6.Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 23 de noviembre del 2020, en la que la falladora de primera instancia declaró la ineficacia del traslado al RAIS y como consecuencia condenó a la AFP PORVENIR a trasladar los aportes pensionales, cotizaciones o bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración. Condenó a la AFP PROTECCIÓN a devolver las sumas descontadas por gastos de administración. Condenó a Colpensiones a activar la afiliación del demandante en el RPMPD y actualizar su historia laboral. Y finalmente, declaró no probadas las excepciones propuestas. (CD fol. 245)

La decisión del Juez se basó en que quien tiene la carga probatoria es la AFP. Que no puede hablarse de que el traslado se realizó de manera libre y voluntaria como quiera

que no se demostró haber brindado la información necesaria a la demandante. Que no era suficiente con la firma del formulario de afiliación.

7. Impugnación y límites del ad quem.

7.1. Recurso de apelación la AFP PORVENIR. Interpuso recurso de apelación manifestando que la parte actora no se puede beneficiar de su propia culpa o negligencia. Que su inconformidad realmente es por el monto de la pensión. Que se sometió a las nuevas características y condiciones del RAIS al momento en que se trasladó. Que se debe dar pleno valor probatorio al formulario. Que no se puede pasar por alto el traslado horizontal. Que todo lo que conlleva el traslado está en la Ley y que la ignorancia de la Ley no es excusa. Solicita se le exonere del pago de gastos de administración y comisiones.

7.2. Recurso de apelación la AFP PROTECCIÓN. Impugnó la decisión argumentando que los gastos de administración son autorizados por la Ley. Que obran los rendimientos donde se observa que los aportes del demandante dieron fruto. Que se hizo una buena restitución mutua. Que cuando se declara la nulidad o ineficacia del traslado no es procedente la devolución de los gastos de administración.

7.3. Recurso de apelación COLPENSIONES. Inconforme con la anterior decisión, presentó recurso de apelación argumentando que el demandante tenía capacidad para firmar el formulario y trasladarse de régimen. Que con la decisión del juez se ve afectada la sostenibilidad financiera. Solicita se adicione el fallo para que se autorice a COLPENSIONES a que le reclame a las AFP privadas los perjuicios que le generaron.

8. Alegatos Decreto 806 del 2020.

8.1. Alegatos AFP PROTECCIÓN. Afirma que con la condena de primera instancia que le ordena devolver los dineros de la cuenta de ahorro individual de la parte demandante más los rendimientos financieros generados y adicionalmente lo descontado por comisión de administración, se estaría constituyendo un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones, por recibir una comisión que ni siquiera es destinada a financiar la pensión de vejez de la parte demandante, y adicionalmente ya se le están trasladando los rendimientos de la cuenta de ahorro individual, fruto de la buena gestión de administración realizada por PROTECCIÓN, por lo que tiene derecho a conservar esta comisión como restitución mutua a su favor y no hay razón para tenérsela que trasladar a Colpensiones.

8.2. Alegatos Colpensiones. Señala que al momento de la solicitud del retorno al RPM, la demandante se encontraba dentro de la prohibición legal descrita en el 2 de la Ley 797 de 2003, la cual modificó el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, el cual manifiesta que después de un (1) año de vigencia de dicha ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión". Dice además que la demandante no probó que existiera un vicio del consentimiento en el traslado.

8.3. Alegatos AFP PORVENIR. Manifiesta que el traslado efectuado por el demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) se realizó de manera libre, voluntaria y consiente, tal y como se expresa en el formulario de afiliación, cuya forma preimpresa se encuentra autorizada por la ley, siendo dicho documento prueba de la libertad de afiliación. Que la orden respecto de la devolución de los gastos de administración

resulta improcedente, como parte de las prestaciones mutuas que correspondan, y de las sumas que la AFP demandada ha pagado a las aseguradoras por concepto de primas de los seguros previsionales que legalmente ha estado obligada a contratar. Lo anterior, por cuanto las sumas correspondientes a los gastos de administración, tienen una destinación específica por mandato legal, la cual fue cumplida plenamente por mi representada, de tal suerte que esas sumas ya fueron debidamente invertidas en la forma exigida por la ley y no se encuentran ya en poder de la demandada, pues fueron destinadas a cubrir todos los gastos que implicaron la correcta administración de los recursos aportados a la cuenta individual del demandante, principalmente el manejo de las inversiones tendientes a obtener el incremento o rentabilidad de esos recursos, y cuyos rendimientos fueron reconocidos al accionante.

8.4. Alegatos demandante. Solicita se confirme la decisión proferida en primera instancia y se aplique el precedente jurisprudencial de la CSJ.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurso de apelación interpuesto por los demandados se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por los recurrentes y se estudiará en consulta en favor de Colpensiones en lo que le haya sido desfavorable y no haya sido apelado.

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar el siguiente **problema jurídico principal** ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por el accionante? Para lo cual se abordarán los siguientes problemas **jurídicos secundarios**: (i) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP PRIVADA hubiera omitido su deber de información al momento en que el accionante se trasladó de régimen? (ii) ¿Se debe probar la existencia de un vicio del consentimiento para que proceda la declaratoria de ineficacia del traslado?; (iii) ¿La ineficacia del traslado se sana con el traslado entre las AFP del RAIS?; (iv) ¿La AFP privada está obligada a devolver a Colpensiones las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos?; (v) ¿Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación del demandante? (vi) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita?

Ineficacia del traslado de régimen - no nulidad del traslado

Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, debe precisar la Sala que si bien en la demanda se solicitó la nulidad del traslado de régimen por falta de información al momento del traslado, lo cierto es, que tal y como lo manifestó la falladora de primera instancia, el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su ineficacia y no desde la nulidad, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 ibidem, por tanto, resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, como lo pretende el apoderado de la AFP COLFONDOS, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia

bajo el radicado N.º 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que mantiene actualmente entre otras en la sentencia SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

Afiliación, cotización y traslado

Se encuentra acreditado en el plenario que el señor **Antonio Pedro Swoboda García** realizó aportes a CAJANAL desde el día 10 de junio de 1994 al 30 de septiembre de 1994, conforme aparece en el certificado de tiempos laborados expedido por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público (fl. 216); y que se trasladó a la AFP HORIZONTE hoy AFP PORVENIR el día 12 de septiembre de 1994, a la AFP COLPATRIA hoy AFP PORVENIR el 3 de septiembre de 1998, a la AFP PORVENIR el 30 de agosto de 1999, a la AFP SANTANDER hoy AFP PROTECCIÓN el 29 de mayo del 2003 y a la AFP HORIZONTE hoy AFP PORVENIR el 3 de octubre del 2008, como aparece en los diferentes formularios de afiliación (fl. 122-130).

Carga probatoria y deber de información

No se controvierte en esta instancia que la carga probatoria recae en cabeza de la AFP privada, lo cual no fue objeto de alza por ninguna de las partes.

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 1994- la CSJ ha señalado que las AFP debían hacer una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado.

La información en los términos anotados no fue brindada por parte de la AFP HORIZONTE hoy AFP PORVENIR S.A. como acertadamente lo encontró la sentenciadora de primer grado, pues no existe ninguna prueba dentro del expediente que permita inferir que para el momento del traslado se le dio explicación al señor **Antonio Pedro Swoboda García**, acerca de las diferentes modalidades de pensión, su cálculo, las pérdidas o ganancias en lo que al rendimiento podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, el porcentaje que se destina para gastos de administración y seguros previsionales, los casos en que procede la devolución de aportes, las variables que podía tener la prestación con el paso del tiempo y demás aspectos a los que se hizo mención, los cuales se han dejado sentados por nuestra CSJ en una sólida línea jurisprudencial frente al tema.

Adicionalmente es necesario indicar que, la Sala no desconoce que para el momento en que el demandante se trasladó al RAIS se encontraba vigente el Decreto 692 de 1994 “Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 100 de 1993” en cuyo artículo 11 señala que para adelantar el proceso de vinculación a la AFP se debe diligenciar el formulario previsto por la Superintendencia Bancaria y que en el mismo deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones, siendo posible que el formulario contenga la leyenda preimpresa en ese sentido, sin embargo, como lo ha indicado la CSJ desde la sentencia bajo el radicado N.º 31989 del 2008, la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial

las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994 y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo impone el art. 1603 del C.C.

Señaló además la Corte en la sentencia SL 2324-2019 al reiterar la sentencia bajo el radicado N.º 33.083 del 2011, que por la doctrina se han elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de transparencia, vigilancia y el deber de información; éste último –información- debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Por tanto, la AFP sí estaba en la obligación de proporcionar al demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarlo como potencial afiliado, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarlo de tomar una opción que claramente le perjudica, lo cual no hizo la **AFP HORIZONTE hoy AFP PORVENIR**, pues el hecho de que la información requerida se encuentre en la Ley esto no lo exonera del deber de información a sus futuros afiliados.

Saneamiento de la ineficacia ante el traslado de diferentes AFP dentro del RAIS

En relación con el asunto que busca establecer si existe saneamiento de la ineficacia generada por la falta de información cuando se produce el traslado del afiliado entre diferentes AFP del RAIS, debe señalarse, conforme lo tiene adoctrinado la CSJ, entre otras, en la sentencia SL 1688-2019, que el hecho de que el demandante se hubiese trasladado a diferentes AFP, no tiene la virtualidad o aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP inicial al momento del traslado, toda vez que la **oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado**, no con posterioridad, pues como se vio, el afiliado requiere para tomar decisiones la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato solo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente y, por tanto, pierde su utilidad, ello equivale a la ausencia de información.

Devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos

Frente al tópico encaminado a determinar si la AFP privada está obligada a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adoctrinado, entre otras, en la sentencia SL 14911-2019, que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, **junto con los rendimientos financieros**. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad **a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades**, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado

por Colpensiones. (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019)

Aceptación de aportes y activación de la afiliación

Respecto del problema jurídico que gira en torno a si Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación del demandante, debe señalarse que, en este caso particular, el demandante antes de trasladarse al RAIS no se encontraba afiliado a Colpensiones sino a Cajanal. En este punto conviene advertir que al quedar sin efecto la afiliación del actor al RAIS, en principio su vinculación con CAJANAL, administradora a la cual se encontraba afiliado al momento del traslado de régimen, quedaría incólume. No obstante, como quiera que el proceso de liquidación de Cajanal finalizó el 12 de junio del 2013, mediante Resolución 4911 del 11 de julio del 2013, publicada en el Diario Oficial 48.828 del 28 de junio de la misma anualidad, es claro que existe una imposibilidad jurídica para ordenar el retorno de los aportes efectuados por el actor a dicha entidad.

Conforme a lo anterior, y de conformidad con el artículo 4º del Decreto 2196 de 2009 encuentra la Sala que la obligación de aceptar el traslado y activar la afiliación del accionante compete a Colpensiones, pues nótese que Cajanal debía adelantar todas las acciones necesarias para el traslado de sus afiliados cotizantes, a más tardar dentro del mes siguiente a la vigencia de la mencionada norma, a la Administradora del Régimen de Prima Media del ISS hoy Colpensiones.

Ahora, sentado lo anterior es necesario precisar, que al quedar sin efecto la afiliación del actor al RAIS nace la necesidad de trasladar por parte de la AFP PORVENIR S.A. los aportes efectuados por el actor a ésta a fin que reposen en la historia laboral de la administradora de pensiones Colpensiones.

Conforme a lo anterior, y teniendo en cuenta el criterio adoctrinado por la CSJ entre otras en la sentencia SL4360-2019 se debe ordenar a Colpensiones aceptar el traslado y activar en el régimen de prima media al convocante, pues resulta claro que la consecuencia de la ineficacia es el regreso automático del promotor del juicio al régimen de prima media administrado por el I.S.S, quedando sin efectos la vinculación que se realizó al RAIS y todas las actuaciones que se hayan generado con posterioridad a ello.

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual del demandante de manera íntegra a COLPENSIONES, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y comisiones los cuales deberá asumir la AFP PROTECCIÓN S.A. de sus propias utilidades, pues, al dejarse sin valor y efecto la afiliación, esta declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al régimen, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia-)

Excepción de prescripción

Se debe precisar que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha

causado y, por tanto, resulta imprescriptible y así se dejó sentado por nuestra H. Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL1421 de 2019 y SL1689 de 2019.

Finalmente, se le debe indicar al apoderado de Colpensiones que si considera que es procedente demandar el pago de perjuicios no es necesario solicitar autorización a esta Corporación, como quiera que es un proceso independiente a lo que aquí se está debatiendo en donde no se solicitó ninguna indemnización de perjuicios.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 23 de noviembre del 2020, por el Juzgado 21 Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

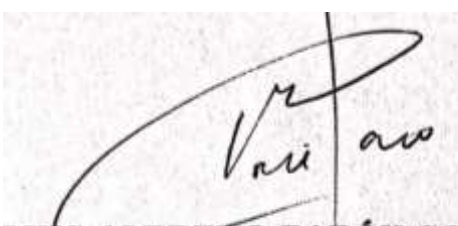
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUIS ALEREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE: VIRGINIA GIRALDO KARANAUSKAS
DEMANDADO: SK SOPORTE KAPITAL S.A.
RADICACIÓN: 1100131050-21-2015-00154-01
ASUNTO: APELACION SENTENCIA DEMANDANTE
TEMA: CONTRATO DE TRABAJO

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

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 *"Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"*, se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Virginia Giraldo Karanauskas instauró demanda ordinaria contra la SK SOPORTE KAPITAL S.A. con el fin de que se declare la existencia de una relación laboral desde el 11 de julio del 2012 al 30 de marzo del 2013. Como consecuencia, se condene a la demandada (i) a reliquidar las sumas correspondientes por concepto de cesantías, intereses a las cesantías y primas de servicios causadas hasta el 31 de diciembre del 2012, pues al liquidarlas no se tuvo en cuenta las comisiones de venta por el contrato Portal de Lisboa suscrito el 14 de diciembre del 2012; (ii) se le paguen las comisiones de venta pendientes (iii) se le paguen las prestaciones sociales por el período comprendido entre el 1° de enero del 2013 al 23 de septiembre del 2013; (iv) se le reliquiden los aportes a pensión; (v) la indemnización moratoria, junto con lo que resulte probado extra y ultra petita y las costas del proceso. (fol. 62 y s.s.).

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que entre las partes existió un contrato de trabajo verbal en el cual se desempeñó como coordinadora comercial de soluciones al Constructor a partir del día 11 de julio del 2012 hasta el 30 de marzo del 2013; que se pactó un salario básico de \$900.000 más la suma de \$289.500 por rodamiento y valor de unas comisiones por suscripción de contratos, de acuerdo a unas tablas establecidas por la empresa; que durante su relación laboral logró que se suscribieran los siguientes contratos:

- Portal de Lisboa, contrato N° 339 de fecha 14 de diciembre del 2012 por un valor total de contrato de \$402.336.600 pactándose una comisión del 0.6%.

- Fortenovo Hierro, contrato N° 329 de fecha 19 de febrero del 2013 por un valor total del contrato de \$343'702.287, pactándose una comisión del 0.5%.
- Fortenovo concreto, contrato N° 329 del 19 de febrero del 2013 por un valor total del contrato de \$686.828.400, pactándose una comisión del 0.5%.
- Fortenovo M.O., contrato N° 329 de fecha 19 de febrero del 2013, por un valor total de contrato de \$439.765.271, pactándose una comisión del 0.5%.

Indicó que a partir del 1° de abril del 2013 se suscribió un contrato individual de trabajo a término fijo por el término de 6 meses, con fecha de terminación 30 de octubre del 2013. Que del 1° de abril del 2013 al 30 de octubre del 2013 logró que se suscribiera el contrato Riviera N° 412 del 12 de julio del 2013 por un valor total del contrato N° 8.335.309.559 pactándose una comisión del 0.5%; que mediante escrito del 23 de septiembre del 2013 renunció al cargo que venía desempeñando como Coordinadora Comercial de Soluciones al Constructor; que a la fecha de terminación del contrato de trabajo las comisiones en venta causadas fueron por un valor total de \$51'442.047; que al momento de finalizar la relación laboral y a la fecha quedan pendientes por pagar por concepto de comisiones de venta la suma de \$22'622.604 por los contratos Portal de Lisboa y Riviera.

Afirmó que, durante la ejecución del primer contrato laboral, es decir, del 11 de julio del 2012 al 31 de diciembre del 2012, en la liquidación de las prestaciones sociales y en la consignación de las cesantías al fondo, no se le tuvieron en cuenta las comisiones causadas por el contrato del Portal Lisboa.

2. Contestación de la demandada. A pesar de que el citatorio y el aviso fueron enviados mediante correo certificado el cual dio como resultado "LA (S) PERSONA (S) A NOTIFICAR SI LABORA (N) LA ENTIDAD SI FUNCIONA EN ESTA DIRECCIÓN"; la demandada a través de su Representante Legal no se acercó a notificarse personalmente; razón por la cual el fallador de primera instancia mediante auto del 3 de abril del 2018 le designó curador ad litem. (fol. 173 y s.s.)

El curador ad litem designado dio respuesta a la demanda señalando que no le constan los hechos y manifestó que se atenía a lo que resultara probado. No propuso excepciones, sin embargo, solicitó que de encontrarse probados hechos que puedan configurar excepciones de mérito, se declararán. (fol. 190 y s.s.)

4. Notificación de los señores Javier Murillo Idarraga, Javier Munevar Cuca y Juan Manuel Hernández Rodríguez. Teniendo en cuenta que la empresa postal certificó con respecto al envío de las notificaciones, que no residían en la dirección aportada por el demandante y que la activa manifestó bajo la gravedad de juramento que se desconocía su dirección, el juzgado primigenio procedió a designarles curador ad litem y se ordenó su emplazamiento.

El curador ad litem contestó la demanda con oposición a las pretensiones, señalando que no están demostrados los elementos del contrato de trabajo tales como la prestación de servicios, subordinación y remuneración. Manifestó que desconoce las sociedades S.S.A., pero que en todo caso la Ley no prevé solidaridad de los socios en sociedades anónimas o sociedades por acciones simplificadas. Afirmo que desconoce si las personas que representa son socios de la empresa demandada. Propuso como excepciones de fondo las de inexistencia del vínculo de la relación laboral, inexistencia de la obligación, prescripción, falta de legitimación en la causa por pasiva, compensación y la genérica. (fol. 118 y s.s.)

5. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 5 de marzo del 2019, en la que el fallador de primera instancia declaró que entre la señora VIRGINIA GIRALDO KARANAUSKAS y la sociedad SK SOPORTE KAPITAL S.A. existió un contrato de trabajo desde el 11 de julio del 2012 hasta el 23 de septiembre del 2013. Declaró probada la excepción de cobro de lo no debido y absolvió a la demandada de las demás pretensiones de la demanda. (CD fol. 204)

Su decisión se basó en que se logró probar la existencia de un contrato de trabajo entre las partes del 11 de julio del 2012 al 23 de septiembre del 2013. Que si bien el demandante pidió el contrato hasta marzo del 2013 en uso de las facultades ultra y extra petita se declaraba hasta septiembre del 2013. Que se probó que del 11 de julio del 2012 a marzo del 2013, la demandante devengaba un salario básico de \$600.000 y que a partir de abril del 2013, su salario básico ascendió a la suma de \$900.000.

Que, si bien en el contrato de trabajo ni el otro sí al contrato aparece que las partes pactaron comisiones, lo cierto es que se allegó prueba de varios pagos que se le hicieron por este concepto; razón por la cual se encuentra probado que además de su salario básico, el salario de la demandante tenía un componente por comisiones.

Señala que la demandante persigue se le paguen unas comisiones por unos proyectos específicos que afirma hicieron falta al momento de la liquidación de sus prestaciones; sin embargo, no cumplió con la carga probatoria pues no demostró cual fue el porcentaje que pactaron por comisiones, ni tampoco que ella efectivamente hubiera realizado la venta de los proyectos que cita en la demanda, por lo que no se sabe ni siquiera si se generaron unas comisiones o no.

Que a folio 60 aparece una lista de proyectos con números de contrato, valores de inmuebles, junto a valores de comisiones y unos totales pendientes de cancelar, pero que no existe certeza de que la demandante haya efectuado esas ventas. Que no aparecen los porcentajes de las comisiones pactadas. Que ese documento no es válido pues ni siquiera se encuentra firmado para saber quién lo suscribió. Que en la audiencia del art. 77 del CPT y de la SS, no se declaró confesó al demandado ni se le impartió ninguna sanción.

6. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión el apoderado de la parte demandante interpuso recurso de apelación argumentando que *"basado en que los documentos que se anexaron si se encuentra el contrato de trabajo y los contratos que se elaboraron a través de las empresas dónde se están cobrando las comisiones y también tenemos una certificación de SK, donde nos certifica el tiempo de vinculación del trabajo donde dice "esta vincula a la empresa por contrato a término fijo desde el 11 de julio de 2012 hasta la fecha desempeñando el cargo de Coordinadora Comercial, devengando un salario promedio mensual" y aquí nos habla de un salario, de un subsidio de transporte, un rodamiento y también nos habla de unas comisiones y la presente certificación la expidieron 24 días del mes de julio de 2013. Aquí estamos demostrando que hay más de 18 meses de trabajo, en relación con eso. Por lo consiguiente, solicito también tener en cuenta el cuadro que se hizo la liquidación de las comisiones, ya ellos en el momento no daban ningún soporte sobre la comisión que se iba a devengar, le decían verbalmente cuanto se iba a ganar por cada cuadro, por eso se armó cada cuadro y se sustentó de esa manera."*

CONSIDERACIONES DE LA SALA

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

El **problema jurídico** que centran la atención de la Sala consiste en establecer: ¿La demandante logró probar acuerdo y causación de comisiones y, por tanto, hay lugar a reliquidar sus acreencias laborales?

De la existencia de contrato de trabajo

No existe controversia en cuanto a la existencia de un contrato de trabajo entre las partes durante el período comprendido entre el 11 de julio del 2012 y el 23 de septiembre del 2013, cuyo salario básico entre julio del 2012 y enero del 2013 fue de \$600.000 y a partir de abril del 2013 ascendió a la suma de \$900.000. Tampoco se discute que el salario devengado por la demandante estaba compuesto por el básico más unas comisiones, pues el sentenciador de primer grado arribó a la conclusión de que en algunos meses se le pagaron sumas de dinero por concepto de comisiones, lo cual no fue objeto de reparo por los contendientes.

Lo anterior, se corrobora con el contrato de trabajo celebrado por las partes (fol. 9 y s.s.), el otro sí al contrato (fol. 8), los aportes a seguridad social (fol. 14 y s.s.), la certificación de la EPS (fol. 17), los comprobantes de nómina (fol. 18 y s.s.), la certificación laboral expedida por el empleador (fol. 55), la renuncia presentada por el actor (fol. 56) y la liquidación de prestaciones sociales. (fol. 57).

De las Comisiones

La demandante solicita (i) se le reliquiden sus acreencias laborales causadas entre el 11 de julio del 2012 al 31 de diciembre del 2012 debido a que en el momento de la liquidación no se tuvieron en cuenta las comisiones de ventas por el contrato Portal de Lisboa suscrito el 14 de diciembre del 2012; (ii) se le pague la suma de \$22'622.604 por concepto de comisiones en ventas pendientes por pagar; (iii) que se le reliquiden las acreencias laborales por el período comprendido entre el 1° de enero del 2013 y el 23 de septiembre del 2013, teniendo en cuenta el valor de las comisiones.

En los hechos de la demanda señaló que al finalizar la relación laboral quedaron pendientes de pago las comisiones por venta, cuyo valor corresponde a \$22'622.604, por los siguientes contratos:

- Portal de Lisboa, Contrato N° 339 del 14 de diciembre del 2012, por un saldo de \$1'524.765
- Riviera, Contrato N° 415 (no especificó fecha), por un saldo de \$21'097.839

Una vez revisadas las pruebas allegadas al proceso entre las que se encuentra el contrato de trabajo celebrado por las partes (fol. 9 y s.s.), el otro sí al contrato (fol. 8), los aportes a seguridad social (fol. 14 y s.s.), la certificación de la EPS (fol. 17), los

comprobantes de nómina (fol. 18 y s.s.), la certificación laboral expedida por el empleador (fol. 55), la renuncia presentada por la actora (fol. 56) y la liquidación de prestaciones sociales. (fol. 57); es claro, conforme lo indicó el fallador de primera instancia, que con ninguna de ellas se logra probar que fue la accionante quien logró la venta de los contratos correspondientes al Portal Lisboa y Riviera, ni el valor de los mismos, pues los documentos adosados no demuestran siquiera que la demandante haya tenido alguna injerencia en su celebración, por tanto, no cumplió con su carga probatoria en los términos del artículo 167 del C. G. del P. al cual nos remitimos por disposición expresa del art. 145 del CPT y de la SS, en el cual se establece que incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.

Ahora, en su apelación la parte demandante refiere que aportó el contrato de trabajo y una certificación donde aparece el tiempo laborado, el cargo desempeñado y el salario promedio, lo cual no se discute, pues el fallador de primera instancia valoró el documento, encontrando probada la existencia de una relación laboral entre el 11 de julio del 2012 al 23 de septiembre del 2013, sin embargo, su contenido no demuestra que la accionante tenga derecho a las comisiones que reclama, pues no existe registro del acuerdo entre las partes sobre los contratos Lisboa y Riviera, ni el porcentaje pactado, menos aún la gestión de la actora sobre la celebración de los mismos.

Siendo necesario señalar, además, que no es cierto que se hayan aportado los contratos que se elaboraron a través de las empresas donde se están cobrando las comisiones, pues al revisar el expediente no se encuentra ninguno de ellos, siendo es precisamente una de las pruebas que extraño el A quo para verificar si efectivamente la demandante tiene derecho o no a las comisiones solicitadas.

En cuanto a su solicitud de que se tenga en cuenta como prueba, el cuadro que la misma accionante elaboró en cuyo contenido se registra los contratos que supuestamente celebró y las comisiones a las que tenía derecho, es claro que ello no resulta procedente, pues conforme lo tiene sentado nuestra CSJ, entre otras, en la sentencia SL 194-2019, nadie puede derivar un beneficio de su propia declaración así la documente, porque a nadie le está dado crear su propia prueba. Por tanto, la simple mención de la demandante en un documento no constituye prueba de esa circunstancia.

Virtud de lo dicho al no haberse probado que efectivamente tenía derecho a las comisiones reclamadas, no queda otro camino que confirmar la decisión proferida en primera instancia.

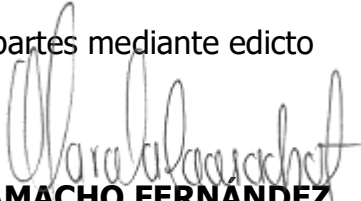
En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 5 de marzo del 2019, por el Juzgado 21 Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandante. Se fijan como agencias en derecho la suma de \$500.000 las cuales serán liquidadas en primera instancia de conformidad con lo establecido en el art. 366 del CGP.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUIS ALEREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

*Se suscribe con firma escaneada por emergencia sanitaria y estado de emergencia
Res. 380 y 885/20 Min. Salud y Protección Social y D. 417/20*



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE: LUZ MERY ROJAS
DEMANDADO: ABOGADOS ESPECIALIZADOS EN COBRANZAS S.A.
RADICACIÓN: 1100131050-21-2018-00444-01
ASUNTO: APELACION SENTENCIA DEMANDANTE
TEMA: CONTRATO DE TRABAJO – INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO

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

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 "*Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica*", se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Luz Mery Rojas instauró demanda ordinaria contra ABOGADOS ESPECIALIZADOS EN COBRANZA S.A. con el fin de que se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido entre el 1° de abril del 2001 y el 31 de marzo del 2017; que el contrato finalizó de manera unilateral y por justa causa adjudicable a la empresa demandada. Como consecuencia, solicita se condene a la accionada a pagar las sumas correspondientes por concepto de indemnización por terminación del contrato sin justa causa y perjuicios. (fol. 62 y s.s.).

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que se vinculó a la empresa demandada el 1° de abril del 2001, mediante contrato de trabajo a término indefinido; que el último cargo desempeñado fue el de Coordinador de Recepción; que el último salario devengado fue de \$1'600.000; que durante su relación laboral no ha recibido ningún llamado de atención; que el 30 de enero del 2017 fue citada a la oficina de la Vicepresidenta de la empresa demandada en donde de manera irregular y junto con un supuesto funcionario de la policía se le acusó de estar entregando información a personas extrañas que presuntamente estaban haciendo seguimiento a los directivos de la empresa; que producto de lo anterior presentó un cuadro de ansiedad generalizada por la cual fue incapacitada el 1° de febrero del 2017; que ante su ausencia por intermedio del Gerente de Gestión Humana se le envió una comunicación a la casa donde la requerían para que justificara su inasistencia; que producto de esta situación solicitó sus vacaciones, las cuales le fueron negadas por la empresa; que el 8 de marzo del 2017 puso en conocimiento de la fiscalía los anteriores hechos y pidió que se investigara al Representante Legal de la empresa demandada por calumnia;

que el 9 de marzo del 2017 la demandada le entregó un escrito donde le manifiestan que ella es sospechosa de los seguimientos a los directivos y que ella se estaba extralimitando en sus funciones; que producto de las acusaciones realizadas por la empresa demandada se vio obligada a pasar la carta de renuncia el 9 de marzo del 2017; que el 14 de marzo del 2017 desiste de la acción penal; que dicha situación afectó su hogar e hizo que su relación sentimental terminara.

2. Contestación de la demandada. Aceptó la existencia de una relación laboral a término indefinido y los extremos de la misma. Se oponen a que se les condene por indemnización por despido sin justa causa teniendo en cuenta que el contrato no finalizó por causa imputable a la empresa demandada, pues lo cierto es que la demandante el 9 de marzo del 2017 presentó carta de renuncia de manera voluntaria la cual fue aceptada por la empresa demandada. Indica que cuando el trabajador es quien renuncia no se genera ningún tipo de indemnización y que no se probó que se le haya causado ningún perjuicio. Propuso como excepciones de fondo las de prescripción, pago, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe, inexistencia de daños causados por falta de pruebas en la demostración de los mismos y la genérica. (fol. 46 y s.s.)

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 20 de noviembre del 2019, en la que el fallador de primera instancia declaró que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido desde el 1º de abril del 2001 al 9 de marzo del 2017. Declaró probadas las excepciones de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, y buena fe. Absolvió a la demandada de las demás pretensiones de la demanda y condenó en costas a la demandante. (CD fol. 204)

Su decisión se basó en que no existe discusión en cuanto a la existencia de un contrato a término indefinido y los extremos del mismo. Que los hechos de la demanda permiten establecer que lo que pretende la demandante es que se declare que existió un despido indirecto. Que en estos casos la prueba se invierte y la demandante debe demostrar la justa causa para haber dado por terminado la relación laboral. Que la demandante debía probar que fue ella quien dio por terminado el contrato y que en la carta expuso los motivos por los cuales renunciaba a su cargo. Que al revisar la carta de renuncia la demandante simplemente colocó que renunciaba de manera voluntaria al cargo que venía desempeñando, sin exponer ningún motivo para su renuncia, por lo que no son procedentes sus pretensiones pues no pueden venir alegar unos hechos que no expuso en la carta de terminación del vínculo laboral. Que no se pretendió que se declarara ningún vicio del consentimiento frente a la renuncia presentada, por lo que se debe absolver a la demandada de la pretensión de indemnización por despido sin justa causa y perjuicios.

4. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión el apoderado de la parte demandante interpuso recurso de apelación argumentando que, si bien la demandante presentó su renuncia de manera voluntaria, lo cierto es, que lo hizo por desespero y que hasta ahora está empezando su enfermedad. Señala que previo a la renuncia se presentó un procedimiento indebido con el cual se le violó el debido proceso. Que la renuncia tiene relación directa con la persecución que sufría la demandante y la forma indebida en la que le endilgaron acusaciones, lo cual está probado. Que es fácil deducir cuál fue la razón por la cual la demandante renunció y que debido a su situación especial no tomó la decisión con claridad ni se asesoró.

5. Alegatos Decreto 806 del 2020

5.1. Alegatos demandada. Que con las pruebas allegadas al proceso no se logran demostrar los hechos y las pretensiones solicitadas.

5.2. Alegatos demandante. Señaló que la renuncia presentada por la demandante no obedeció a un acto libre, consiente y voluntario, sino, por el contrario, se derivó después de presentarse agresiones directas por parte del patrono a su dignidad y confianza, hechos que la sometieron a una profunda crisis psicológica. Que si el Juez advirtió que lo que se configuraba allí era un vicio de la voluntad y en consecuencia ese acto de renuncia gozaba de nulidad, pues así, debía de haberlo fallado en virtud de sus facultades ultra y extra petita, pues de lo contrario, se continuaría vulnerando el derecho que le asiste a mi mandante de percibir la respectiva indemnización por los actos desmedidos del patrono.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

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

El **problema jurídico** que centran la atención de la Sala consiste en establecer: ¿La demandante tiene derecho a que se le reconozca y pague una indemnización por despido indirecto a pesar de no haber motivado su carta de renuncia?

De la existencia de contrato de trabajo

No existe controversia en cuanto a la existencia de un contrato de trabajo entre las partes entre el 1º de abril del 2001 al 9 de marzo del 2017, en el cual la demandante se desempeñó en el cargo de Coordinadora de Recepción y devengó la suma de \$1'600.000, lo cual es aceptado por la empresa demandada desde la contestación de la demanda y se corrobora con el contrato de trabajo firmado por las partes (fl. 59), la certificación laboral expedida por el empleador (fl. 14), la renuncia presentada por la demandante (fl. 23) y la liquidación del contrato de trabajo (fl. 24).

Indemnización por despido sin justa causa (despido indirecto)

El artículo 61 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 6º del Decreto 2351 de 1965 y subrogado por el 5º de la Ley 50 de 1990 consagró en su literal h) que una forma de terminación del contrato de trabajo sería la «*decisión unilateral*» tanto del trabajador como del empleador.

El párrafo del art. 62 y 63 CST modificados por el art. 7º del Decreto 2351 de 1965 establece que la parte que termina unilateralmente el contrato de trabajo debe manifestar a la otra, en el momento de la extinción, la causal o motivo de esa determinación. Señalando además de manera expresa que posteriormente no pueden alegarse válidamente causales o motivos distintos.

En cuanto al Despido indirecto o renuncia motivada nuestra CSJ ha señalado entre otras en la sentencia SL 4886-2020 que se da en los casos en que el trabajador se ve obligado a finalizar unilateralmente el vínculo, aun sin desearlo, viéndose compelido a

ello por haber incurrido el empleador en alguna de las justas causas previstas en el literal B) del artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el 7º del Decreto 2351 de 1965. Señalando además que:

"...si es el empleador quien toma la determinación de finalizar el contrato de trabajo de forma unilateral, podrá hacerlo, atendiendo alguna de las justas causas para ello imputables al trabajador en los términos del literal A) del último artículo citado, o sin justa causa si, precisamente, carece de aquella motivación, asumiendo las consecuencias pecuniarias previstas en el artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo.

*Ahora bien, **cuando la decisión del trabajador corresponde a una renuncia motivada, aquel estará en la obligación de demostrar los hechos en los que se funda y que imputa al empleador, caso en el cual, de lograrlo, la consecuencia no será otra sino desatar los efectos económicos que están previstos para el despido injusto a cargo del empleador en los términos del citado artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo o aquellos pactados extralegalmente por las partes.***

*Precisamente, sobre la terminación unilateral del contrato de trabajo por parte del trabajador, con justa causa, o lo que es lo mismo, el «despido indirecto», la Sala ha tenido la oportunidad de pronunciarse en el sentido de señalar que se configura 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 62 del Código Sustantivo del Trabajo y, aunque, en principio se ha señalado que al trabajador le basta con acreditar la terminación del contrato de trabajo para impetrar judicialmente los efectos de su terminación injusta, en este caso también **le corresponde demostrar que la decisión de renunciar obedeció a justas causas o motivos imputables al empleador.***

Pero si este último, a su vez, alega hechos con los cuales pretende justificar su conducta, es incuestionable que le corresponde el deber de probarlos; situación muy diferente acontece cuando es el empleador quien rompe el vínculo contractual en forma unilateral invocando justas causas para esa decisión, en cuyo caso el trabajador sólo tiene que comprobar el hecho del despido y el empresario las razones o motivos por él señalados (CSJ SL16561-2017, CSJ SL12499-2017, CSJ SL15927-2017, CSJ SL16281-2017, CSJ SL16373-2017, CSJ SL14877-2016, CSJ SL14877-2016, CSJ SL, 22 abril 1993 radicado 5272, reiterada en sentencia CSJ SL, 9 agosto 2011, radicado 41490 y CSJ SL18344-2016)."

En el presente caso se allegó a folio 71 la renuncia presentada por la promotora del litigio a la empresa demandada en el cual se señaló lo siguiente:

"Por medio de la presente renuncio de manera voluntaria al cargo que desempeñé en la compañía desde 01/04/2001."

Conforme a lo anterior, es claro para la Sala, que acertó el fallador de primera instancia, cuando señaló que en el presente caso no se puede hablar de la existencia de un despido indirecto y pretender que se le pague a la demandante una indemnización por la extinción del vínculo laboral, cuando su renuncia no fue motivada, pues la normatividad de manera expresa dispuso que la parte que termina unilateralmente el contrato debe manifestar a la otra las razones por las cuales decide dar por finalizado lo mismo lo cual no hizo la demandante.

Tampoco es de recibo la manifestación del apoderado de la parte demandante quien manifiesta que la señora Rojas presentó renuncia de esa forma ante su "desespero"

pues en ningún momento se adujo que la renuncia presentara algún vicio del consentimiento que afectara su validez y tampoco puede concluirse que existió una persecución de la empresa demandada cuando la demandante nada en dijo en su carta de renuncia ni acreditó dicha situación con ningún otro medio probatorio.

Virtud de lo dicho no queda otro camino que confirmar la absolución impartida en primera instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 20 de noviembre del 2019, por el Juzgado 21 Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandante. Se fijan como agencias en derecho la suma de \$500.000 las cuales serán liquidadas en primera instancia de conformidad con lo establecido en el art. 366 del CGP.

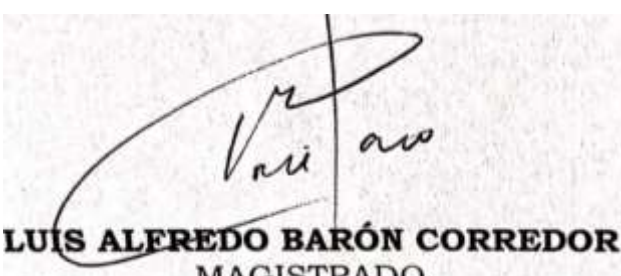
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

*Se suscribe con firma escaneada por emergencia sanitaria y estado de emergencia
Res. 380 y 885/20 Min. Salud y Protección Social y D. 417/20*



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE: WILLIAM HUMBERTO SARMIENTO MARTÍNEZ
DEMANDADO: CENCOSUD COLOMBIA S.A.
RADICACIÓN: 36-2017-00391-01
ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA DEMANDADA
TEMA: NIVELACIÓN SALARIAL

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

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 "*Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica*", se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. William Humberto Sarmiento Martínez, instauró demanda ordinaria contra CENCOSUD COLOMBIA S.A., con el propósito de que se declare que la relación laboral se terminó por causa justa causa imputable al empleador; que tiene derecho al reconocimiento y pago de la indemnización por despido sin justa causa; a que le sea reconocido y cancelado el valor del salario dejado de percibir, conforme al cargo y funciones desempeñadas a partir del 21 de octubre de 2013, como Jefe de Recepción, así como la reliquidación de las prestaciones sociales y vacaciones.

Como consecuencia de lo anterior, solicitó se dispusiera el pago de la indemnización por despido sin justa causa, moratoria, sanción por la no consignación completa de las cesantías, los salarios dejados de percibir, conforme al cargo y funciones desempeñadas como Jefe de Recepción, así como a la reliquidación de las prestaciones sociales y vacaciones, la indemnización por despido injusto, desde el 31 de julio de 2015 hasta que se profiera sentencia definitiva, indexación y costas procesales.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que se vinculó laboralmente con la sociedad demandada el 1 de octubre de 2010, mediante un contrato de trabajo a término indefinido, para desempeñar el cargo de Operador Logístico Técnico, con una asignación salarial mensual de \$730.000; que posteriormente fue designado para ocupar el cargo de Jefe Jr. de Recepción, por lo que a partir del 21 de octubre de 2013 debió recibir como asignación mensual la suma de \$2.300.000, situación que no ocurrió así.

Refirió que el día 16 de julio de 2015, el actor fue citado a diligencia de descargos, en razón a una presunta falta grave al código de ética, sin embargo, la demandada superó el término legal establecido, atentando contra el principio de inmediatez, ya que la falta que se le endilgaba ocurrió el 4 de mayo de 2015; que finalmente el 31 de julio del mismo año, se dio por terminado el contrato de trabajo a termino indefinido, sin justa causa y de forma unilateral por el empleador. Por último, aseguró que la demandada adeuda la indemnización por no consignación oportuna del valor total de las cesantías a partir del año 2013 (fls. 3 a 21 y 102 a 111).

2. Contestaciones de la demandada. Al contestar la demanda se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Sobre los supuestos fácticos manifestó que mediante comunicación del 21 de octubre de 2013 le informó al actor que había sido designado como Jefe Jr. de Recepción en entrenamiento y con efectos a partir de dicha data, sin embargo, era claro que la asignación salarial no debía ser nivelada hasta tanto no pasara las respectivas evaluaciones que determinarían si era apto para desempeñar el cargo. Lo anterior, con base en la Política Regional de Compensaciones, misma en la que se describe que la nivelación salarial por promoción de trabajadores no procede inmediatamente, tampoco cuando se ratifica al trabajador, sino que se realizan por un aumento del 40% cada periodo de 6 a 9 meses hasta llegar al tope salarial establecido para el cargo.

Por último, respecto de la terminación del contrato de trabajo subrayó que el 16 de julio de 2015 se llevó a cabo diligencia de descargos, por los hechos relacionados con la vinculación con Cencosud Colombia S.A. de un vehículo de propiedad del demandante, cuyo fin iba ser utilizado para prestar los servicios de despachos programados a tienda, situación que se configuró en un conflicto de intereses prohibido por el Código de Ética, por lo que tan pronto se tuvo conocimiento de los hechos realizó la respectiva citación. (fol. 131 a 164)

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 25 de enero de 2019, en la que la falladora absolvió a la demandada de todas y cada una de las pretensiones de la demanda, condenando en costas procesales al demandante. (CD fol. 262)

Para arribar a tal decisión, indicó que dentro del asunto no se discutió la existencia de la relación laboral, sus extremos temporales, ni el salario devengado por el actor, por lo que adujo que el punto de la controversia recae sobre las diferencias salariales que se reclaman en la demanda. En relación con ello indicó que de conformidad con el artículo 143 del C.S.T. el actor no probó cuales eran las funciones que debía cumplir un Jefe de Recepción, ni mucho menos acreditó que en efecto haya cumplido esas labores, máxime cuando no cuenta con un dato concreto de otra persona que laborara en la compañía que ejerciera el cargo y cumpliera las mismas funciones del actor, sin embargo, que percibiera una suma superior a él.

Consideró con respecto a la pretensión de indemnización por despido sin justa causa, que de conformidad con la diligencia de descargos y la carta de terminación del contrato, el trabajador reconoció haberse comunicado con otra empresa para lograr que su vehículo personal fuera tenido en cuenta con fines económicos, situación esta corroborada con los correos electrónicos institucionales y el interrogatorio de parte practicado, por lo que apareció probado que el demandante incurrió en varias conductas falta graves, lo que dio lugar al despido con justa causa.

4. Alegatos de conclusión. Las partes no presentaron alegatos de conclusión dentro del término concedido para tal fin.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El presente proceso se estudia en grado jurisdiccional de consulta en favor del demandante, por ser la sentencia de primera instancia totalmente desfavorable y no haber apelado.

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar los siguientes **problemas jurídicos**:

- (i) ¿El salario del actor quien desempeñaba el cargo de Jefe Jr. de Recepción debe nivelarse con el salario devengado por el Jefe de Recepción de la demandada?
- (ii) En caso positivo, ¿le asiste al actor el derecho al pago de los salarios dejados de percibir, la reliquidación de prestaciones sociales y vacaciones, indemnización moratoria y sanción por la no consignación completa del auxilio de cesantía?
- (iii) ¿El despido del trabajador por parte de la demandada fue injusto?, en consecuencia ¿le asiste derecho a la indemnización que pretende?

Nivelación Salarial

Para resolver el primer problema jurídico que concita la atención de la Sala, es preciso señalar que las partes no cuestionan las reflexiones en torno a la existencia de la relación laboral, tampoco sus extremos temporales, ni el salario devengado al interior de ella, hechos que fueron no solo aceptados por la demandada en su contestación, sino también se logran corroborar del contrato de trabajo (folios 39 a 44), certificado laboral expedido por la demandada (folio 76 y 92), comunicación de terminación (folio 93 a 95), así como de la liquidación de prestaciones sociales (folio 98).

Hecha tal precisión, debe empezar la Sala por advertir que el artículo 143 del CST, modificado por el artículo 7° de la ley 1496 del 2011, establece que: *"A trabajo igual desempeñado en puesto, jornada y condiciones de eficiencia también iguales, debe corresponder salario igual, comprendiendo este todos los elementos a los que se refiere el artículo 127"*.

No obstante, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en su jurisprudencia ha indicado que *"(...) es legítimo que existan diferencias razonables en la remuneración de los trabajadores, siempre y cuando estén fundadas en razones objetivas, como el régimen jurídico que se les aplica o sugeridas de aspectos relativos a la cantidad y la calidad de trabajo realizado, tales como la antigüedad del trabajador, la capacidad profesional, las condiciones de eficiencia, el rendimiento, la jornada laboral"* (SALA LABORAL CSJ RAD. 29.468 DEL 3 DE AGOSTO DE 2007)

Señala además, nuestra CSJ en la sentencia SL17442 del 2014, reiterada en la SL 15023-2016, frente al tema de la carga probatoria en este tipo de procesos, que al trabajador que pretenda una nivelación salarial por aplicación del principio *«a trabajo igual salario igual»*, le corresponde demostrar el «puesto» que desempeña y la

existencia de otro trabajador que desempeña o desempeñó el mismo puesto o cargo con similares funciones y al empleador le corresponde –dado que está en mejores condiciones para producir la prueba-, justificar la razonabilidad de dicho trato.

Caso Concreto

Conforme a los presupuestos señalados y atendiendo esa distribución de cargas probatorias, corresponde en primer lugar al actor, la acreditación del trato diferenciado en materia salarial, y la identidad de cargo y funciones con referencia a otro trabajador, para que una vez establecida aquella desigualdad analizar, si la demandada a quien se desplaza la carga probatoria, justificó los factores objetivos de esa diferenciación salarial.

En ese orden, se debe advertir desde ya, que tal y como lo señaló la Juez de primer grado,

en la demanda no se expone con claridad respecto de que trabajador pretende se le nivele su salario, para así establecer si las funciones encargadas a cada uno de ellos son similares, si se trató de una jornada de trabajo análoga y en condiciones de eficiencia equivalentes. Sin embargo, ello no resta para que la Sala entienda, que lo que pretende el actor es que se nivele su salario al de los demás trabajadores que ostentan el cargo de Jefe de Recepción en la demandada, los cuales perciben una asignación salarial superior.

Planteado lo anterior, le corresponde al empleador justificar la razonabilidad de dicho trato, explicando el fundamento de la diferencia de salario entre los diferentes Jefes de Recepción.

Así las cosas, es menester precisar que el Contrato de Trabajo Individual a término indefinido suscrito entre la encartada y el señor Sarmiento Ramírez el 5 de octubre de 2010, estableció que desempeñaría labores como “Operador Logístico Técnico” (folio 39), circunstancia que fue modificada por el mismo empleador, en tanto que para el 21 de octubre de 2013 se le comunicó al aquí demandante que fue designado como Jefe Jr. de Recepción en Entrenamiento, efectivo a partir del 21 de octubre de 2013, cargo que sería ratificado en dos meses de acuerdo al desempeño demostrado por éste (folio 201).

De otra parte, a folio 188 a 200 del plenario obra Política Regional de Compensaciones, en el que se enuncia en su numeral 5.2.3.2. que la promoción es dable cuando un colaborador asume un rol en una posición con un nivel de cargo mayor, lo cual conlleva a un estudio de incremento salarial. En tal sentido, se dispuso que el monto máximo aprobado para una promoción fuese del 40% sobre la compensación total bruta anual, aclarando que en caso de aplicar el ajuste máximo del rango se deberá considerar un plan de ajuste especial, de acuerdo con el presupuesto y desempeño, y en periodos de 6 o 9 meses.

De lo transcrito, se tiene que conforme a dicha política en principio da entender que la remuneración del cargo es diferente del que ha sido contratado directamente y del trabajador que es promovido, pues lo que se busca en este último es reconocer las condiciones particulares del trabajador en la actividad laboral, lo que implicó que para el caso en concreto la remuneración fuese incrementada en un 40%, pues paso de una remuneración de \$803.000 a un salario de \$1.124.000, luego de que fuese ratificado su cargo el 15 de diciembre del año 2013 (folio 64).

Así las cosas, el salario tuvo un incremento, no solo a partir de esa data, sino con posterioridad, conforme a las documentales obrantes a folios 202 a 206, por lo que contrario a lo dicho por el demandante, ciertamente si constituye un criterio notable que justifica en modo alguno la desigualdad salarial que dice atribuirse, en tanto, que el salario incrementó periódicamente y de acuerdo con el desempeño en las actividades laborales, hecho que no fue desconocido por el mismo actor, pues aseguró al rendir declaración, que se le hicieron los ajustes cada seis meses.

No obstante, si bien en el libelo genitor se informó que el salario devengado de quien ocupaba el mismo cargo a partir del 21 de octubre de 2013 correspondía a la suma de \$2.300.000, cierto es que resultaba imprescindible contar con los suficientes elementos de prueba que permitieran dilucidar no solo que el otro par percibía dicha suma, sino además, que a pesar de la diferencia en la denominación del cargo, esto es, entre, Jefe Jr de Recepción y Jefe de Recepción, tenían identidad de funciones, jornada laboral similar, y las mismas condiciones de eficiencia de la prestación del servicio, sin que para ello basten las declaraciones de los señores David Stiven Martín y Plinio Cuncanchón, a quienes no les consta hecho alguno relacionado con la labor que ejecutaba el demandante, menos aún las circunstancias de orden factico expuestas en líneas precedentes, puesto que se limitaron a indicar lo mal remunerado que se encontraba el demandante.

En tal contexto y al no encontrarse reunidos los presupuestos jurídicos ni facticos para que proceda la igualdad solicitada, se confirmará en este punto la sentencia consultada.

Indemnización por despido sin justa causa.

Analizado lo anterior, corresponde entonces a esta Sala establecer si la finalización del vínculo contractual de forma unilateral por parte del empleador acaeció sin justa causa.

En ese sentido, es menester señalar que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, tiene definido que que en tratándose de discusiones relativas a la legalidad o justeza de la terminación del contrato laboral, al trabajador le corresponde la demostración del despido, en tanto, al empleador le incumbe la carga de probar que para adoptar dicha decisión se ajustó en un todo a los parámetros legales, convencionales o contractuales consagrados para tal efecto.

En efecto, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral, ha sido pacífica y reiterativa en señalar la carga probatoria que corresponde a cada una de las partes. Precisamente, en sentencia SL180-2018, se señaló lo siguiente:

"Debe recordarse que en asuntos como el presente, corresponde al empleador, quien decide finalizar el vínculo de trabajo de manera unilateral invocando justas causas para ello, allegar las pruebas que den cuenta certera de la ocurrencia de los hechos endilgados como soporte de tal determinación. Esto, si pretende exonerarse de la indemnización prevista en el artículo 64 del CST, una vez demostrado el hecho del despido, tal como lo ha considerado esta Corporación de manera reiterada. En sentencia CSJ SL 13260-2016, se recordó cual es la carga de la prueba que le compete a cada una de las partes, cuando se discute la procedencia de la mencionada indemnización, al precisar lo siguiente:

Ahora bien, jurisprudencialmente se ha establecido que a la luz del artículo 177 del C.P.C., la carga de la prueba referente al despido le corresponde al trabajador, pues sobre él gravita el deber de demostrar que la terminación del contrato fue a instancia del empleador, y a este, si es que anhela el éxito de su excepción, le incumbe

justificarlo o, de lo contrario, habrá de responder por el hecho que dio al traste con la estabilidad laboral.

En igual sentido se pronunció la Corte en sentencias CSJ SL5523-2016, CSJ SL 15094-2015 y CSJ SL 592-2014.”

Resaltando que con arreglo al parágrafo del artículo 62 y el artículo 66 del C.S.T., se ha indicado que la parte que termina el contrato de trabajo debe comunicar a la otra al momento de la finalización del vínculo, la causal o motivo de su terminación, sin que posteriormente pueda alegar causales o motivos distintos, en tanto que, “... *no basta con invocar genéricamente una de las causales previstas por la ley laboral para tal efecto sino que es necesario precisar los hechos específicos que sustentan la determinación, ya que el sentido de la norma es permitir que la otra parte conozca las razones de la finalización unilateral de la relación de trabajo*” (Corte Constitucional, sentencia C-594-97.)

Siendo ello así, a folios 93 y 94 se encuentra la carta de terminación del contrato de trabajo al actor emitida por la encartada, donde se expone que realiza la misma de manera unilateral y con justa causa como quiera que con su conducta quebranto el Código de Ética de la empresa, en tanto, que hubo una situación de conflicto de intereses.

Indicó que la anterior decisión obedeció, que al “*haberse aprovechado del cargo que ostenta en la compañía para tratar de forzar o influenciar la inscripción de un vehículo de su propiedad al servicio de la empresa de transportes encargada de la logística de reparto de la empresa, la cual a pesar de ser externa tiene un vínculo directo con el desarrollo del negocio y una dependencia de los niveles jerárquicos de la empresa sobre la distribución de rutas o servicios contratados*”, y haber utilizado “*herramientas de la empresa como su correo electrónico para realizar estas solicitudes o gestiones personales e irregulares, aprovechando que por medio de este actuaba bajo el cargo y nombre de la empresa.*”; “*realizar estas acciones en pleno de desarrollo de su jornada laboral*”; lo que implicó “*infringir las políticas del conflicto de intereses del Código de Ética de la empresa el cual firmo en señal de aceptación sobre cada una de sus condiciones*”

Como se observa la demandada comunicó a su trabajadora los hechos y motivos que dieron lugar a la terminación del contrato de trabajo, los cuales se fundamentaron en la citación y descargos realizados por la empleadora, pues así se predica de su simple lectura. Al evidenciarse que la demandada cumplió con el deber de comunicarle a su trabajador las causas y motivos de su decisión, surge para la Sala estudiar si la encartada acreditó que la terminación fue como consecuencia de una justa causa; para ello, es decir, con el fin de establecer si los hechos invocados ocurrieron, se examinará las pruebas aportadas al plenario:

A folio 207 del expediente obra citación a rendir descargos del 14 de julio de 2015, relacionados con el manejo no adecuado de su posición de jefatura para tratar de introducir un vehículo de su propiedad con a la empresa que le presta el servicio de despachos programados a la tienda, creando un conflicto.

Con tal fin, a folios 210 a 212 aparece el acta de descargos rendidos por el actor, donde le fue indagado sobre los hechos que con posterioridad motivaron su despido; al respecto señaló que no solicitó a la empresa Transmares vincular su vehículo, sino que habló un día “*con la señora Carmen Lucia Pardo y le comente del tipo de vehículo que tenía, la respuesta de ella fue que era muy poco lo que podía ayudar porque ella manejaba transporte de carga y mi vehículo era de pasajeros, me dijo que le enviara la hora de vida que ella revisaba con quien me podía ayudar, pero que la empresa de ella no podía porque ella no manejaba ni a mi para entrevista o vinculación del vehículo*”. En tal sentido, refirió que dicha

comunicación que tuvo con Carmen Lucia Pardo se hizo personalmente y en reunión que se hacía en las instalaciones de la tienda y que utilizó los correos institucionales para tal fin, aclarando que *"no sabía que no se podía hacer"*. Además, argumentó que, si bien no tenía conocimiento del Código de Política ni los reglamentos de trabajo, en tanto que nunca se le brindó capacitación alguna cuando fue promovido de puesto, si aceptó la falta y las implicaciones que ello involucraba.

Del mismo modo, en el plenario obra diligencia de interrogatorio del demandante, en la que expuso que no tuvo un conflicto de interés, como tampoco mandó a registrar vehículos de su propiedad puesto que su automotor era de pasajeros, sin embargo, aclaró haber enviado un correo electrónico de su cuenta institucional a Carmen Lucia Pardo, para buscar una alternativa con posibles empresas que prestaran el servicio de transporte de pasajeros, ya que su vehículo es una vans de seis pasajeros.

De conformidad con el material probatorio antes anotado, no cabe duda alguna a esta Sala que la conducta endilgada al trabajador hoy demandante por parte de la demandada en la carta de terminación del contrato de trabajo, con fundamento en Código de Ética, se encuentra ajustada a la realidad, siendo factible concluir, que aquél fue despedido con justa causa. Lo anterior, por cuanto a que el demandante aceptó ante su empleador la conducta que se le reprocha, en tanto, que adujo que en efecto conversó con la señora Carmen Lucia Pardo, para efectos de incluir su automotor al servicio de la empresa demandada y a pesar de que la citada respondió que no podía ayudarlo dado que su actividad era la del transporte de carga y no de pasajeros, si le solicitó que le enviara la hoja de vida, para efectos de apoyarlo con otra empresa; documento que el demandante envió a través de su correo institucional el 5 de mayo de 2015, tal y como obra a folios 208 y 209, mismo en el que se dejó constancia de su recibo: *"Confirmando recibo de tu mail, envió la hoja al departamento de transporte para que nos ayuden"*.

Por consiguiente, independiente de que el automotor de su propiedad fuese de pasajeros o no, si utilizó los recursos de la empresa con tal fin, de tal suerte aprovechándose de las calidades de su cargo, hecho que sin duda permitió al empleador colegir el quebramiento del Código de Ética, mismo en el que se expone:

"Como Compañía dependemos de la confianza de nuestros clientes, proveedores, accionistas y público en general, siendo los casos de conflictos de interés, riesgos potenciales a nuestra reputación. Nuestro deber es el de informar toda situación que sea, parezca, o pudiese convertirse en un potencial conflicto entre los propios intereses y los de la Compañía. No se deberá tomar parte en ninguna decisión comercial cuando pudiera presentarse un conflicto de interés. En caso que el colaborador tenga dudas acerca de una relación con algún proveedor en particular, debe exponer la mencionada situación ante el superior inmediato. Las personas que trabajen en las áreas relacionadas con "Compras" y los ejecutivos de CENCOSUD deben informar al superior inmediato, una vez presentada la situación, y además formalizarlo, en la "Declaración de Conflicto de Interés". ¡Ante la más mínima duda, DECLARE un potencial conflicto de interés!

No se mantendrá una relación social con los proveedores, si dicha relación pudiera simbolizar algún tipo de conflicto de interés. Queda expresamente prohibido recomendar o solicitar trabajo a un proveedor, para un familiar o amigo."

Fuente normativa de conocimiento del demandante, pues este al suscribir la "Carta de compromiso", que milita a folio 186, dejó constancia, entre otras, haber leído el Código de Ética, comprender su importancia y el contexto de las reglas contenidas, formar parte de las condiciones y prácticas que tiene la empresa; documento aquel que no fue

tachado ni desconocido material o ideológica por la parte actora, por lo que debe dársele pleno valor probatorio, conforme a lo dispuesto en el artículo 61 del C.P.T. y de la S.S.

Así las cosas, al estar plenamente acreditado que el demandante, en su calidad Jefe Jr de Recepción, incumplió con su compromiso de abstenerse de mantener conflicto de interés con los proveedores de la empresa, comportamiento que constituye una falta a las obligaciones, permitió al empleador que hiciera uso del Código de Ética y dar por terminado el contrato de trabajo con justa causa, norma que se armoniza con las obligaciones contenidas en los numerales primero y quinto del artículo 58 del CST, que exigen al trabajador acatar las órdenes e instrucciones que imparte su empleador y comunicarle, oportunamente, las observaciones que tiendan a evitarle daños y perjuicios.

Ahora, en punto a la extemporaneidad del despido, es dable precisar que si bien, debe existir inmediatez entre los hechos invocados como justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo y la materialización de la medida, también lo es que esa relación de temporalidad se debe valorar no solo a partir de la ocurrencia de los hechos, sino además a partir del momento en que el empleador se entera de la ocurrencia de las faltas. (SL2351-2020, SL10137-2015, SL15245-2014)

Conforme a ello, analizado el caudal probatorio en su conjunto, se observa que si bien la enjuiciada citó al demandante a descargos, para el 16 de julio de 2015, en comunicación que data del 14 del mismo mes y año, que sirvió para el despido del trabajador el 31 de julio, en relación con los hechos ocurridos el 5 de mayo de 2015, concurriendo 71 días después de la comisión de la presunta falta, lo cierto es que en criterio de esta Sala el principio de inmediatez no se quebrantó por el hecho de haber transcurrido el citado tiempo, por el contrario, fue proporcional y razonable como quiera que previo a la citación y diligencia de descargos, la empresa debió realizar una investigación y confirmación de los hechos irregulares aducidos, en tanto, que como lo señaló el demandante, la reunión que sostuvo con la proveedora se realizó en forma personal, enviándose la hoja de vida a través de un correo electrónico, luego no era posible que la empresa el mismo 5 de mayo de 2015, tuviera conocimiento inmediato del tal acontecimiento.

Corolario de lo expuesto y demostrado como se encuentra que el señor WILLIAM HUMBERTO SARMIENTO MARTÍNEZ no le asiste el derecho a la indemnización pretendida pues no se demostró que su despido fuera injusto a la luz de la legislación sustantiva nacional, se confirmará en su integridad la sentencia proferida en primer grado, misma que absolvió a la demandada respecto a todas y cada una de las pretensiones dirigidas en su contra por la parte actora.

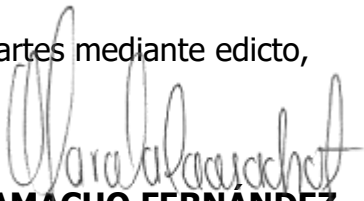
En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 25 de enero de 2019, por el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en la alzada.

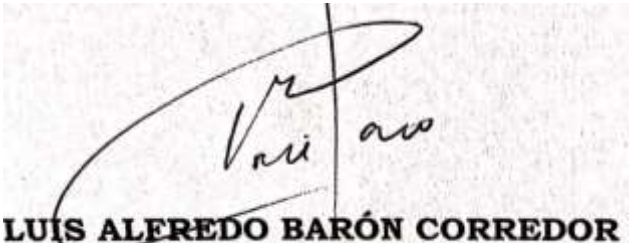
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE: ALBERTO GUERRERO ROMERO
DEMANDADO: EDIFICIO CENTRO SATURNO
RADICACIÓN: 17-2017-00227-02
ASUNTO: APELACIÓN SENTENCIA DEMANDADA
TEMA: ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA

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

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 "*Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica*", se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Alberto Guerrero Romero, instauró demanda ordinaria contra Edificio Centro Saturno, con el propósito de que se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo que principió el 1 de septiembre de 2013, sin solución de continuidad; que goza de estabilidad laboral reforzada por causa de su estado de salud, del cual es conocedor su empleador; que la carta de terminación del contrato de trabajo el día 28 de noviembre de 2016, que tendría efectos a partir del 31 de diciembre de 2017, es ineficaz por no haber cumplido con el requisito de solicitar autorización al Ministerio de la Protección Social; que la demandada debe los salarios comprendidos desde el 1 de enero al 7 de febrero de 2017, fecha en la cual fue reintegrado en virtud de un fallo de tutela, y que debe el valor de la indemnización contenida en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

En consecuencia, solicitó que se dispusiera a su favor el pago de los salarios del 1 de enero al 7 de febrero de 2017, la indemnización moratoria por el no pago de salarios y prestaciones por el periodo comprendido desde el 1 de septiembre de 2013 al 31 de enero de 2016 y desde el 1 de enero al 8 de febrero de 2016; el pago de la indemnización contenida en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997; las diferencias sobre sus prestaciones sociales correspondientes al periodo comprendido desde el 1 de septiembre de 2013 al 31 de enero de 2016; trabajo suplementario; nivelación salarial conforme al salario para porteros establecido por la Superintendencia de Vigilancia privada; aportes al sistema de seguridad social en salud y riesgos profesionales, lo que resulte probado ultra y extra petita y, costas procesales.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que, desde el 1 de septiembre de 2013, labora al servicio del Edificio Centro Saturno, contratado por la señora María Isabel Mahecha Lozano, para prestar servicios de vigilancia; que

inicialmente fue para realizar reemplazos de los periodos de vacaciones de nueve compañeros y posteriormente, para cubrir el puesto de trabajo del señor Alfonso Cañón, lo cual fue a partir del 21 de diciembre de 2014.

Refirió que presentó la patología denominada “dedo en gatillo (Dupuytren) y fibromatosis de la aponeurosis palmar”, misma que fue atendida por la Nueva EPS y fue puesta en conocimiento desde el mes de abril de 2016 a su empleador, en atención a que la patología debería ser objeto de cirugía; que en razón a ello y como quiera que tenía cita para programar la cirugía el día 29 de diciembre de 2016, su empleador el 28 de noviembre del mismo año, le entrega la carta de terminación del contrato a término fijo efectiva a partir del 31 de diciembre de 2016, por el vencimiento de términos.

Adujo que la terminación del contrato laboral fue sin justa causa, por lo que acudió al mecanismo constitucional de la acción de tutela, misma que mediante fallo del 2 de febrero de 2017, el Juzgado Primero (1) Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bogotá, ordenó su reintegro, sin embargo, disponiendo la iniciación de la acción ordinaria para que los efectos protectores se mantuvieran; en tal virtud, fue reintegrado el 7 del mismo día mes y año, sin embargo, fue objeto de actos discriminatorios, le fue impuesto jornadas de 12 horas, se le ordenó la prestación del servicio de seguridad privada sin autorización por el ente de control y no se le respetaron las remuneraciones mínimas de quienes desempeñan la actividad.

Por último, indicó en la reforma que se hiciera a la demanda, que el 1 de junio de 2017, fue diagnosticado con Astigmatismo y presbicia; que desde marzo de 2017 su empleador modificó los turnos de vigilancia, razón por la cual, le asignaron 21 turnos para un salario de \$1.143.000, desmejorándole las condiciones laborales. (fls. 62 a 75 y 131 a 146).

2. Contestación de EDIFICIO CENTRO SATURNO. Al contestar la demanda se opuso a las pretensiones, con excepción de la primera, que hace referencia a que el vínculo laboral inició el 1 de septiembre de 2013. Sobre los supuestos fácticos refirió que elaboró un contrato escrito, el cual no fue firmado por el trabajador; que la patología era existente al ingreso como trabajador de la propiedad horizontal; que la EPS no le reportó la novedad de una cirugía, sin embargo, la fecha de la cita para cirugía es cierta, más no la fecha probable de la misma; que conocía de la salud del demandante.

Indicó que en terminación del contrato de trabajo no se adujo una justa causa; además si bien se preaviso al demandante, en comunicación posterior y en atención a su situación médica, se aplazó la decisión, situación que no aceptó el demandante, motivo por el cual no regreso a trabajar, sin embargo, interpuso acción de tutela, la cual, una vez notificado del fallo procedió a reintegrarlo al cargo que para esa fecha se hallaba vacante. Advirtió que no se halla obligado a pedir autorización para las labores de portería, tampoco le aplica el Decreto 4950 de 2007, ni se encuentra obligado a la tarifa para empresas de vigilancia autorizadas por la Superintendencia de Vigilancia Privada.

En lo referente a los hechos incluidos en la reforma de la demanda, señaló que es cierto que el demandante presenta dicha afectación visual calificada como enfermedad común, sin restricciones para cumplir con las labores de portería; por lo demás arguyó que el Consejo de Administración determinó la necesidad de reducir los costos por horas extras mediante una organización de 21 turnos y con el personal de planta existente en esa fecha. Finalmente, propuso como excepciones de fondo las que

denominó inexistencia del derecho reclamado, pago de los salarios y prestaciones reclamadas y, compensación. (fol. 112-117)

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 6 de junio del 2019, en el que el fallador declaró la existencia de un contrato a término indefinido a partir del 1 de enero de 2015, respecto del cual hubo lugar a que se declarará la ineficacia del despido que tuvo lugar el 31 de diciembre de 2016, por vulneración a la garantía de la estabilidad laboral reforzada por salud. En virtud de ello, condenó a la demandada a reintegrar al trabajador al cargo que desempeñaba cuando se produjo el despido, o a un cargo de igual o superior jerarquía; la totalidad de salarios y prestaciones sociales dejados de percibir desde que se produjo el despido del trabajador y hasta que se efectúe el reintegro, autorizando a la demandada a compensar la sumas que hayan sido canceladas al demandante en virtud del cumplimiento del fallo de tutela que ordenó el reintegro; a la indemnización de 180 días salario de que trata el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, teniendo como salario al momento en que se produjo el despido en la suma de \$1.160.000, debidamente indexada.

Para llegar a dicha decisión, el juzgador indicó en primer lugar que no se encontró acreditada una única relación desde el 1 de septiembre de 2013, y por el contrario, está demostrada su continuidad únicamente a partir del 1 de enero de 2015, constituyendo dicha fecha el extremo inicial; luego de citar ampliamente la jurisprudencia de la Corte Constitucional y de la Sala de Casación Laboral de la CSJ, concluyó que en el caso en concreto efectivamente el actor presentaba dolencias sensibles, importantes, cualificadas y trascendentes para en el momento en que el empleador dio por terminado el contrato de trabajo, ya que se trata de problemas en una extremidad superior, específicamente en la mano, sobre la cual efectivamente tenía programada una cirugía.

Refirió que esas situaciones las conocía su empleador, además, siendo claro que no existía un contrato de trabajo a término fijo, por lo que la causal que se atribuyó en la carta de conducía a que el contrato de trabajo fue terminado sin justa, declaró la ineficacia del despido, por encontrarse el trabajador amparado por la estabilidad laboral reforzada por estado de salud, ordenando que las sumas ya pagadas al trabajador fuesen compensadas.

(CD fol. 287)

4. Impugnación y límites del ad quem. La demandada Edificio Centro Saturno, formuló recurso de apelación señalando que al declararse la ineficacia del procedimiento que utilizó el 31 de diciembre del 2016, para terminar el contrato de trabajo, el efecto que surgió de ello fue devolver las cosas a su estado anterior, es decir, que la relación laboral continuó vigente y, por ende, nunca terminó, lo cual no daba cabida a la imposición de la condena del artículo 26 de la Ley 361 del año 97.

Por otra parte, arguyó que una vez conoció de la intervención quirúrgica que le iban a practicar al demandante, inmediatamente procedió a retirar el preaviso que se había notificado, por tanto, si bien la carta estaba mal redactada, pero no en términos ilegales, debía de entenderse su verdadero valor, es decir, la suspensión de la terminación del contrato, quedando a la espera de que se le practicará la intervención. Concluyendo que el contrato no terminó el 31 de diciembre, i) por aplicación de la ineficacia, que quiere decir que las cosas vuelven a su estado anterior; y ii) porque la entidad antes de llegar al término del 31 de diciembre ya había revocado su decisión. Finalmente, adujo que la sentencia de primer grado ordenó la compensación de las

sumas canceladas al actor, no obstante, no refirió sobre el pago que realizó desde el 1 de enero hasta el 7 de febrero por concepto de salarios, prestaciones sociales y aportes a la seguridad social, lo que puede resultar que el trabajador desconozca los que canceló.

5. Alegatos parte demandante. En su escrito refirió que está demostrado que fue vulnerado en su dignidad humana, ello por cuanto al estar enfermo se le trató como una pieza de mobiliario, además por las diversas actuaciones dentro de la relación laboral, pues luego del reintegro vía tutela se le trató de reubicar en los puestos de trabajo más difíciles e incómodos y engañándolo a fin de hacer parecer su contrato como uno a término fijo cuando en realidad era a término indefinido. Por último, anotó que la terminación del contrato de trabajo que se le efectuó fue originada por su estado de salud, y si bien fue reintegrado en acatamiento a un fallo de tutela, su despido obedeció sin lugar a duda al hecho de informar de sus padecimientos y de los permisos que requeriría para ser intervenido de ellos.

6. Alegatos parte demandada. Señaló que la sentencia de tutela declaró ineficaz la terminación del contrato de trabajo y ordenó el reintegro del trabajador, por lo que en atención a ello lo reintegró y canceló los salarios, prestaciones sociales y aportes a la seguridad entre el 1 de enero al 7 de febrero de 2017. Por lo anterior, como quiera que nunca terminó el contrato ante la ineficacia de la su terminación, no hay lugar a ninguna condena, máxime cuando su empleador revoca el preaviso dado al trabajador y le manifiesta que el contrato de trabajo continua hasta la fecha en que le practiquen la cirugía de la mano.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

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

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar los siguientes **problemas jurídicos**:

- (i) ¿La demandada al tener conocimiento de la intervención quirúrgica que se le iba a practicar al demandante difirió la no prórroga del contrato de trabajo y, por ende, nunca terminó la relación que los ató?
- (ii) ¿Se equivocó el Juez de primer grado al condenar el pago de la indemnización equivalente a 180 días de salario, por interpretación errónea del artículo 26 de la Ley 361 de 1997?
- (iii) ¿Se deben compensar las sumas ya pagadas por el empleador en virtud del reintegro ordenado por el Juez de tutela?

Del contrato de trabajo, su extremo inicial, salario y duración.

Para resolver los problemas jurídicos que concita la atención de la Sala, es preciso señalar que las partes no cuestionan las reflexiones que realizó el Juez de primer grado en torno a la existencia del contrato de trabajo a término indefinido a partir del 1 de enero de 2015, tampoco que el salario devengado por el actor para el 31 de diciembre de 2016, fuese en la suma de \$1.160.000, ni que el actor para dicha data afrontaba una compleja y severa confluencia de patologías que le impedían o dificultaban ejecutar la labor en condiciones regulares, cuyo conocimiento era de resorte de la propiedad horizontal

demandada. Lo anterior, en tanto que ello no fue objeto de reproche por las partes, ni fue discutido en la apelación propuesta.

Ello significa, que lo que se cuestiona y debe dilucidar en primer lugar esta Corporación, es si para el 31 de diciembre del año 2016, fue o no terminado el contrato de trabajo al demandante, en tanto que aduce su empleador que, en comunicación del 28 de diciembre de 2016, le hizo saber que el preaviso notificado con escrito del 28 de noviembre del mismo año, surtía efectos una vez finiquitado el periodo de convalecencia y, por tanto, continuó la labor sin solución de continuidad.

De la terminación del contrato de trabajo.

Con fundamento en ello, es menester precisar que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, tiene definido que en tratándose de discusiones relativas a la legalidad o justeza de la terminación del contrato laboral, al trabajador le corresponde la demostración del despido, en tanto, al empleador le incumbe la carga de probar que para adoptar dicha decisión se ajustó en un todo a los parámetros legales, convencionales o contractuales consagrados para tal efecto.

En efecto, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral, ha sido pacífica y reiterativa en señalar la carga probatoria que corresponde a cada una de las partes. Precisamente, en sentencia SL180-2018, se señaló lo siguiente:

"Debe recordarse que en asuntos como el presente, corresponde al empleador, quien decide finalizar el vínculo de trabajo de manera unilateral invocando justas causas para ello, allegar las pruebas que den cuenta certera de la ocurrencia de los hechos endilgados como soporte de tal determinación. Esto, si pretende exonerarse de la indemnización prevista en el artículo 64 del CST, una vez demostrado el hecho del despido, tal como lo ha considerado esta Corporación de manera reiterada. En sentencia CSJ SL 13260-2016, se recordó cual es la carga de la prueba que le compete a cada una de las partes, cuando se discute la procedencia de la mencionada indemnización, al precisar lo siguiente:

Ahora bien, jurisprudencialmente se ha establecido que a la luz del artículo 177 del C.P.C., la carga de la prueba referente al despido le corresponde al trabajador, pues sobre él gravita el deber de demostrar que la terminación del contrato fue a instancia del empleador, y a este, si es que anhela el éxito de su excepción, le incumbe justificarlo o, de lo contrario, habrá de responder por el hecho que dio al traste con la estabilidad laboral.

En igual sentido se pronunció la Corte en sentencias CSJ SL5523-2016, CSJ SL 15094-2015 y CSJ SL 592-2014."

Resaltando que con arreglo al párrafo del artículo 62 y el artículo 66 del C.S.T., se ha indicado que la parte que termina el contrato de trabajo debe comunicar a la otra al momento de la finalización del vínculo, la causal o motivo de su terminación, sin que posteriormente pueda alegar causales o motivos distintos, en tanto que, "... *no basta con invocar genéricamente una de las causales previstas por la ley laboral para tal efecto sino que es necesario precisar los hechos específicos que sustentan la determinación, ya que el sentido de la norma es permitir que la otra parte conozca las razones de la finalización unilateral de la relación de trabajo*" (Corte Constitucional, sentencia C-594-97.)

Siendo ello así, a folio 32 se encuentra carta de terminación del contrato de trabajo emitida por la encartada el 28 de noviembre de 2016, donde se expone que, en virtud del término de vigencia de éste, decide no prorrogarlo a partir del 31 de diciembre del mismo año. Dejándose constancia por el actor "*que tengo un prosedimiento medico de serugia anbulatoria (SIC). Yo recibo la notificación y aspiro a la colaboración de la Junta directiva (..)*".

Conforme a ello, para la Sala es claro que la intención del empleador fue la de terminar la relación laboral del actor bajo la causal de no renovación del contrato de trabajo que a su parecer fue suscrito entre las partes, es decir, su querer fue la de no dar continuidad y poner fin al laborío, de modo que, si bien la accionada adujo que posteriormente le comunicó al aquí demandante que la no renovación surtiría efectos una vez terminara el periodo de convalecencia, señalando además, que "*su protección laboral va hasta marzo 30 del 2017*" (folio 88), lo cierto es que dicha carta en nada prueba su intención de no terminar el contrato de trabajo al actor, en tanto que el demandado al interior del proceso no demostró siquiera haberla puesto en conocimiento del actor, para que de esta forma adquiriera el valor y mérito probatorio que se pretende.

Y es que a pesar de que la encartada manifieste en la contestación de demanda que el promotor del proceso se negó a recibir el citado documento, ello solo quedó en simples afirmaciones, pues sobre ello tampoco obra ningún medio de prueba. Por el contrario, lo que si queda claro es su intención de culminar la relación contractual del trabajador, pues en todo caso, si su deseo era la de mantener transitoriamente vinculado al trabajador y asegurar su protección laboral debido a las graves patologías que para dicho momento atravesaba, la encartada debió emplear otros medios para tal fin, a *verbigracia* remitir la comunicación a través del servicio postal a la dirección que registró el demandante.

En tal virtud, no observa la Sala que el *a quo* hubiere incurrido en una errada apreciación del citado documento, pues no prueba nada distinto a la intención del empleador de terminar la relación laboral del promotor del juicio, máxime si se tiene en cuenta que a folio 90 del informativo, milita liquidación final de prestaciones sociales, en la que anota la empleadora "*terminación del contrato, fecha de retiro el 31 de diciembre de 2016*", documento que el demandante asienta "*Me reservo el derecho a trabajo por salud*".

Ahora, como quiera que se encuentra demostrada la terminación del vínculo laboral, surge para el empleador la obligación de probar que ello obedeció a una causa legal o justa. Para tal finalidad se expuso en la carta de terminación la no prórroga del contrato, de conformidad con el artículo 61 del C.S.T., no obstante, si bien la norma sustantiva permite el finiquito a través de dicha figura, no puede desconocerse que aquella es predicable en la medida en que las partes hayan decidido darle un término definido al contrato de trabajo (artículo 46 del C.S.T.), situación está que no ocurre en el presente asunto, en tanto que, como ya se advirtió, entre las partes se suscito una relación laboral de carácter indefinida, tal y como lo declaro el juez de primer grado, decisiva no reprochada por las partes.

De la indemnización de los 180 días por situación de discapacidad (artículo 26 de la Ley 361 de 1997).

En lo que hace a la protección consagrada en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, la Sala decisión debe recordar que respecto del alcance de tal premisa, es clara la desaparición en el sistema jurídico de la determinación de la discapacidad por grados, según las limitaciones moderada, severa y profunda, quiere ello decir, que no puede acudirse a estas escalas para determinar el ámbito de la protección de la estabilidad laboral reforzada por discapacidad, en atención a que el Decreto 1352 del 26 de junio de 2013, en su artículo 61 derogó el Decreto 2463 de 2001, que precisamente en su artículo 7º establecía los grados de severidad de la limitación, luego no resulta plausible concurrir en este caso en concreto a dichos grados para determinar la limitación, máxime cuando se evidencia que la terminación del contrato de trabajo es posterior a la fecha en que ya había entrado a regir el Decreto 1352 de 2013 (26-06-2013), pues la finalización se produjo el 31 de diciembre de 2016.

Siguiendo este hilo conductor, al perder sustento legal la tesis jurisprudencial que exigía la determinación de los grados de moderada, severa y profunda para la protección especial por la discapacidad, merced a la derogatoria del artículo 7º del Decreto 2463 de 2001, por lo menos, desde su derogatoria expresa, estamos ante una circunstancia normativa que obliga a acudir a otra forma de interpretación para establecer si la limitación en la salud del trabajador es o ha sido la causa del finiquito del vínculo laboral, que no puede ser otra que la definida por la Corte Constitucional en la sentencia SU-049 de 2017 (M. P. María Victoria Calle), en la cual se determinó que una vez las personas contraen una enfermedad o presentan, por cualquier causa (accidente de trabajo o enfermedad común o laboral) **una afectación médica de sus funciones que les impida o dificulte sustancialmente el desempeño de sus labores en condiciones regulares**, experimentan una situación constitucional de debilidad manifiesta y se exponen a la discriminación, lo cual se buscó proteger con la expedición de la Ley 361 de 1997.

Adicionalmente, la Corte Constitucional en la sentencia T-041 del 2019, estableció que la estabilidad laboral reforzada representa para el empleador que conoce del estado de salud del empleado un deber que se concreta en su reubicación atribuyéndole otras labores. Si en lugar de reasignarle funciones lo despide, se presume que la desvinculación se fundó en la condición del trabajador, y como consecuencia, dicha determinación se torna ineficaz.

No obstante, señaló que el trabajador en condición de discapacidad o que tiene limitaciones físicas, psíquicas o sensoriales que le impiden o dificultan sustancialmente el desarrollo de sus funciones puede ser despedido **cuando incurre en una causal objetiva para la terminación del contrato**; pues de no existir dicha causal el empleador tiene el deber ineludible de contar con la autorización previa del Inspector del trabajo para dar por culminado el vínculo laboral.

Concluye la Corte que cuando el despido se hace sin previa autorización del inspector del trabajo, la jurisprudencia constitucional ha aplicado *"la presunción de desvinculación laboral discriminatoria"*, entendiéndose que la ruptura del vínculo laboral se fundó en el deterioro de salud del trabajador; evento en el cual le corresponde al empleador utilizar los medios probatorios a su alcance con el objetivo de desvirtuar dicha presunción.

Al respecto en la sentencia T-320 de 2016, se dijo que: *"en razón al estado de vulnerabilidad en que se encuentra un trabajador con alguna discapacidad física, sensorial o psíquica esta Corporación ha invertido la carga de la prueba de manera que sea el empleador quien deba demostrar que la terminación unilateral del contrato tuvo como fundamento motivos distintos a la discriminación basada en la discapacidad del trabajador."*

Colofón de lo expuesto, es claro para la Corporación que el demandante debe acreditar que contaba con circunstancias de salud física o mental **que le impedían o dificultaban ejecutar la labor de manera trascendental**, y que el empleador conocía de ellas previo al momento de la terminación del contrato de trabajo, para que entre a operar el ámbito de protección de la Ley 361 de 1997. Una vez probada la circunstancia de salud le corresponde al empleador demostrar la justa causa que tuvo para dar por terminado el contrato de trabajo y por la cual no era necesario solicitar autorización al Ministerio de Trabajo.

En este orden, se entrará a determinar bajo los anteriores parámetros la procedencia de la garantía de estabilidad laboral, siendo que en el caso en concreto, no existe duda que para el día 31 de diciembre de 2016, fecha en que la demandada terminó el contrato de trabajo al demandante, su condición de salud se hallaba bastante comprometida en razón a la patología diagnosticada y que fue denominada "FIBROMATOSIS DE LA APONEUROSIS (DUPUYTREN)", misma que se encontraba a la espera no solo de ser intervenida quirúrgicamente, sino, además para calificación de su origen, tal y como se evidencia de las historias clínicas que militan a folios 15 y s.s. del instructivo, circunstancia que fue ampliamente conocida por el empleador.

Lo anterior permite concluir que (i) al momento de la terminación del contrato laboral en efecto el demandante se encontraba en tratamiento médico dada su condición de salud; (ii) aquella situación era de conocimiento de la demandada, pues así lo afirmó; (iii) por manera que el problema de salud por parte del trabajador determinó la finalización de su vinculación contractual, o pues así ha de presumirse en el sentido que la demandada en ningún momento desvirtuó esta circunstancia ni esgrimió un argumento razonable y objetivo, pues todos sus argumentos se fundaron en la inexistencia de la ruptura del vínculo laboral con el demandante, contexto aquél no demostrado; (iv) evidenciándose de ello, que no solo no solicitó autorización al Ministerio de Trabajo para dar por terminado el contrato laboral, sino que como ya se advirtió en líneas precedentes, lo fue sin justa causa.

De este modo, al constatar que la desvinculación se produjo sin una justa causa y sin el aval de la autoridad laboral correspondiente, se deberá presumir que la causa de la terminación del vínculo fue el estado de salud que aquejaba al señor Alberto Guerrero Romero y en tal virtud al juzgador le corresponde declarar en primer término la ineficacia de la terminación del contrato de trabajo, es decir, que el contrato de trabajo debe ser restituido al mismo estado en que se hallaría de no haber existido la ruptura del vínculo laboral; en segundo lugar, el reintegro del trabajador a su lugar del contrato, con el consecuente pago de los salarios y prestaciones dejadas de percibir.

Por último, en relación con el pago de la indemnización de 180 días de remuneración salarial, debe señalarse que esta indemnización procede por el solo hecho de habersele terminado la relación laboral a una persona en situación de debilidad manifiesta, sin que para ello importe que con posterioridad se declare la ineficacia de la ruptura del vínculo contractual, máxime que cuando el canon 26 dispone su pago "*sin perjuicio de las demás prestaciones e indemnizaciones a que hubiere lugar de acuerdo con el Código Sustantivo del Trabajo y demás normas que lo modifiquen, adicionen, complementen o aclaren*".

En ese sentido, basta con traer colación el criterio que la Corte Constitucional ha unificado en materia de la indemnización equivalente a 180 días de salario:

"5.14. Una vez las personas contraen una enfermedad, o presentan por cualquier causa (accidente de trabajo o común) una afectación médica de sus funciones, que les impida o dificulte sustancialmente el desempeño de sus labores en condiciones regulares, se ha constatado de manera objetiva que experimentan una situación constitucional de debilidad manifiesta, y se exponen a la discriminación. La Constitución prevé contra prácticas de esta naturaleza, que degradan al ser humano a la condición de un bien económico, medidas de protección, conforme a la Ley 361 de 1997. En consecuencia, los contratantes y empleadores deben contar, en estos casos, con una autorización de la oficina del Trabajo, que certifique la concurrencia de una causa constitucionalmente justificable de finalización del vínculo.[95] De lo contrario procede no solo la declaratoria de ineficacia de la terminación del contrato, sino además el reintegro o la renovación del mismo, así como la indemnización de 180 días de remuneración salarial o sus equivalentes." (SU-049 de 2017)

Situación que guarda similitud con la doctrina de la Sala de Casación Laboral de la C.S.J, en sentencia SL6850-2016. En esas condiciones, mal haría esta Corporación derruir la condena de la indemnización aducida y, que fue impuesta al empleador, pues quedaron plenamente demostradas las condiciones para su procedencia.

De la excepción de compensación.

Sobre el particular, es del caso resaltar que como se señaló, en el caso de autos procede el reintegro, lo que implica el pago de todos los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir por el trabajador durante el lapso en que estuvo cesante, lo cual incluye, el pago de los aportes al sistema de seguridad social dejados de hacer.

Ahora, revisadas las documentales que obran a folios 36 a 42 del expediente, se tiene que el Juzgado Primero Penal Municipal con Función de Control de Garantías, ordenó el reintegro *"sin solución de continuidad al ciudadano ALBERTO GUERRERO ROMERO ANDRADE al mismo cargo que venía desempeñando, o a uno similar donde pueda desarrollar funciones acordes con su estado de salud"*, haciendo extensiva dicha protección hasta que el Juez natural decidiera acerca de la legalidad o no del despido, así como las *"indemnizaciones y/o pagos atrasados que haya lugar"*. Conforme a dicha orden de tutela, en comunicación del 8 de febrero de 2017, comunicó al trabajador su reintegro en el *"puesto de trabajo del parqueadero de manera provisional, cumpliendo las funciones del mismo y a las que a diario a asigne la administración (...)"* (folio 43)

Bajo esa perspectiva, la demandada acierta en su apelación al reclamar precisión sobre el pago de los aportes realizados al sistema mencionado, dejados de efectuar durante el lapso que estuvo cesante el trabajador (folios 97 a 99); así como el pago de prestaciones sociales y vacaciones realizadas al 30 de diciembre de 2016 por valor de \$1.966.224 (folio 89 y 90) y la consignación del auxilio de cesantías realizadas el 14 de febrero de 2017, por el periodo del año 2016, con fundamento en el reintegro ordenado por el Juez de tutela, mismo que se surtió el 8 de febrero de 2017, conforme a la comunicación ya referida.

Por lo anterior y como quiera que los anteriores documentos presentados por el empleador con fines probatorios se reputan auténticos sin necesidad de autenticación, ni presentación personal, de conformidad con lo establecido en el parágrafo del art. 54A del CPT y de la S.S., pues los mismos no fueron objeto de tacha de falsedad ni desconocidos por la parte, razón por la cual la Sala le dará pleno valor probatorio y así procederá en la parte resolutive de esta providencia.

Sin costas en la alzada.

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

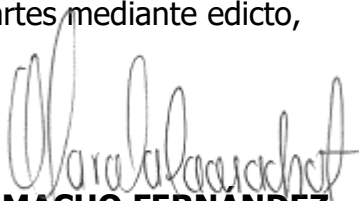
RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR el numeral tercero de la parte resolutive de la sentencia proferida en primera instancia y, por ende, **AUTORIZAR** a la demandada a compensar las sumas pagadas al señor **ALBERTO GUERRERO SATURNO** por concepto de prestaciones sociales y vacaciones realizadas al 30 de diciembre de 2016 por valor de **\$1.966.224**, la consignación del auxilio de cesantías realizadas el 14 de febrero de 2017, por el periodo del año 2016, por valor de \$1.160.000 y los aportes al sistema de seguridad social integral realizados al trabajador, por los meses de enero y febrero del año 2017.

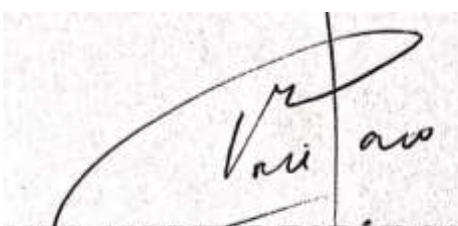
SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia proferida el 6 de junio de 2019, por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: SIN COSTAS en la alzada.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,


DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ
Magistrada


EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado


LUIS ALEREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE: IVETTE GALINDO ARIAS
DEMANDADAS: COLPENSIONES- OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.
RADICACIÓN: 1100131050-38-2018-00566-01
ASUNTO: APELACIÓN SENTENCIA DEMANDADAS
TEMA: INEFICACIA TRASLADO

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

Teniendo en cuenta que el Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 *"Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"*, se procede a proferir la siguiente,

AUTO

En atención al memorial allegado mediante correo electrónico, se reconoce personería para actuar a la Dra. LAURA ELIZABETH GUTIÉRREZ ORTIZ, identificada en legal forma, como apoderada sustituta de la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, en los términos y para los efectos del poder conferido.

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Ivette Galindo Arias instauró demanda ordinaria contra Colpensiones y Old Mutual Pensiones y Cesantías S.A., con el propósito de que se declare sin efecto el acto jurídico efectuado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad por incumplirse con lo dispuesto en el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993; que la única afiliación válida al subsistema de seguridad en pensiones es la efectuada al primero de los citados regímenes; que es beneficiaria del régimen de transición y, por ende, su derecho pensional debe ser valorado conforme a lo previsto en la Ley 100 de 1993.

Como consecuencia, se condene a Colpensiones, reincorporarla como afiliada desde el momento en que se produjo el traslado ineficaz de régimen pensional; a recibir de Old Mutual Pensiones y Cesantías S.A., la totalidad de lo ahorrado en su cuenta individual, junto con sus rendimientos financieros; al reconocimiento y pago de la pensión de vejez a partir del 18 de julio de 2016, fecha en la que cumplió 57 años y contaba con más de 1.300 semanas, retroactivo pensional, intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, lo que resulte probado ultra y extra petita y, las costas del proceso. (fols. 1 y s.s.).

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló que nació el 18 de julio del año 1959, fue afiliada al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones el día 15 de junio de 1979, a través del empleador CIA ADUANERA COLOMBIANA UT; el empleador Hosa Ltda afilió a la demandante al Régimen de Prima Media con Prestación Definida el 24 de febrero de 1993 y a partir del 1 de febrero de 2001, aparece afiliada a Skandia hoy Old Mutual Pensiones y Cesantías S.A.

Refirió que fue presionada por los asesores del fondo de pensiones privados, para que efectuará la afiliación, sin presentarle la debida asesoría y sin realizar un estudio previo de su situación particular, por lo que no estuvo precedido de una suficiente información, puesto que también omitió el deber de comunicar las consecuencias jurídicas y económicas que podía ocasionar el traslado.

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma, sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento.

3. Contestación de Old Mutual Pensiones y Cesantías S.A. Contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones formuladas en su contra. Indicó que la afiliación goza de plena validez ante la ley, por lo que el traslado no presenta ningún vicio del consentimiento, pues fue un acto voluntario con el respectivo fondo, lo cual se materializó con la firma del formulario de afiliación, de conformidad con el Decreto 1642 de 1995, norma que se encuentra vigente. Arguyó que la asesoría realizada a la parte actora cumplió con los parámetros exigidos y contemplados en la Ley 100 de 1993, además, la accionante tuvo pleno conocimiento de las condiciones del régimen. Propuso como excepciones de fondo las de prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe y genérica. (fols. 67 y s.s.).

4. Contestación de COLPENSIONES. Dio respuesta a la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones, bajo el argumento que dentro del expediente no obra prueba alguna de que efectivamente al demandante se le hubiese hecho incurrir en error por parte de la AFP, o que se está en presencia de algún vicio del consentimiento. Agregó que la afiliación al RAIS se realizó con plena voluntad de la cotizante, quien por decisión propia la solicitó suscribiendo los formularios para efectuarlo, voluntad que vio ratificada con los más de 15 años que ha realizado a dicho régimen. Propuso como excepciones de mérito las de inexistencia del derecho y de la obligación, error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas y genérica. (fols. 94 y s.s.).

5. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 21 de octubre del 2020 en la que la falladora declaró no probadas las excepciones propuestas y la ineficacia del traslado realizado en el año 2001, retomando en consecuencia al Régimen de Prima Media con Prestación Definida. Condenó al fondo privado a transferir a Colpensiones, el saldo total de la cuenta de ahorro individual, incluyendo cotizaciones, rendimientos financieros, bonos pensionales, si los hubiere y estuvieren constituidos, y los gastos de administración con cargo a su propio patrimonio; que Colpensiones reciba la totalidad de estos recursos y pague la pensión de vejez conforme a lo dispuesto en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, con la modificación introducida en la Ley 797 de

2003, a partir del 01 de septiembre de 2018, en cuantía inicial de \$3.045.042, junto con el pago de las mesadas pensionales causadas debidamente indexadas, condenando en costas únicamente al fondo de pensiones privado. (CD fol. 121).

La decisión de la Juez se basó, en primer lugar que de conformidad con los artículos 13 y 271 de la Ley 100 de 1993 y el Decreto 624 de 1994 la vinculación al RAIS debe ser libre y voluntaria, por lo que para que se configure esa libertad de escogencia debe contar con el componente de conocimiento necesario por parte del afiliado acerca de las condiciones del sistema, lo cual se logra mediante la entrega de información suficiente y transparente que permita al afiliado tomar la mejor decisión posible, por lo que corresponde al fondo de pensiones demostrar que le brindó al afiliado dicha información, sin que para ello sirva la simple suscripción del formulario.

Bajo ese contexto, explicó que el fondo demandado al momento del traslado incumplió el deber de suministrar a la afiliada la debida información, lo cual no podía evidenciarse con la simple suscripción del contrato de afiliación, sino con el despliegue probatorio en el que se advirtiera que la decisión que tomó la demandante fue libre y voluntaria, bajo el correcto entendimiento de las implicaciones que llevaban el traslado, lo que afectó la eficacia del negocio jurídico.

Por último, arguyó en relación con la pensión de vejez solicitada, que la demandante tiene derecho a su reconocimiento, en tanto que cumple con las condiciones para ello, pues ostenta 1.535.29 semanas hábiles al sistema pensional y cuenta con más de 59 años.

6. Impugnación y límites del ad quem.

6.1. Recurso de apelación Old Mutual Pensiones y Cesantías S.A. Indicó que los gastos de administración son una contraprestación que se hace al fondo por haber prestado al afiliado durante el tiempo de instancia la administración de los recursos y el aseguramiento de los riesgos de invalidez y muerte mediante pólizas, por lo que no es dable ordenar la devolución de ellos.

7.1. Recurso de apelación Colpensiones. En su alzada insistió que no se encuentra demostrado que efectivamente a la demandante se le haya hecho incurrir en error por falta del deber de información, puesto que la demandante recibió al asesor de la AFP Skandia y este le brindó información respecto del régimen pensional al que se estaba trasladando, situación que por sí sola evidencia que no recibió engaño, tampoco existió vicio del consentimiento, ni constreñimiento en la afiliación. Ahora, respecto del reconocimiento pensional alegó que la demandante nunca solicitó su pago en razón a que ella no está debidamente afiliada al régimen, por lo que no es viable acceder a la pretensión, máxime que se le estaría causando un detrimento al erario.

8. Alegatos parte demandante. Señaló que la decisión de primera instancia que declara ineficaz el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual, goza de plena firmeza, toda vez que el directo interesado y legitimado para controvertir esa afiliación, esto es Skandia, ninguna manifestación o controversia expresó frente a lo argumentos del a quo para llegar a tal conclusión -la ineficacia-; que lo anterior porque la inconformidad del fondo reposa estrictamente sobre los gastos de administración que se ordenó devolver, al encontrarlos improcedentes debido a las rentabilidades distintas que manejan ambos regímenes, aspecto técnico que de hecho ratifica la

conformidad de la administradora en que se declare la ineficacia, al tenerlo como un supuesto claro e indiscutido. Finalmente, arguyó que fue incorrecta la afirmación de la apoderada de Colpensiones cuando se opone a la pensión de vejez reconocida, bajo el argumento que nunca fue solicitada a la entidad. Esto, además de resultar o extemporáneo y ajeno al debate jurídico, en tanto jamás se planteó, es contrario a la verdad porque al presentarse la reclamación administrativa ante Colpensiones, lo cual ocurrió el 31 de julio de 2018.

9. Alegatos Colpensiones. Señaló que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición legal de traslado establecida en la Ley 797 de 2003, deviene entonces la imposibilidad de trasladarse de régimen, según la normativa citada. Además, el traslado efectuado ante la AFP privada goza de plena validez y no puede ahora la demandante utilizar su propia culpa para beneficiarse. Manifestó que si bien el fundamento de anular el contrato de administración de los fondos pensionales es el error por falta de información siendo que el formato de afiliación es un contrato regido por la voluntad de las partes que no se ha evidenciado sea viciado por error, fuerza o dolo y en el caso concreto este vicio no ha sido probado por la parte actora. Finalmente, adujo que la jurisprudencia actual de la CSJ en su sala laboral ha impuesto el deber del buen consejo y cuidado por parte de las administradoras, también lo es que los afiliados tienen obligaciones que nacen incluso en su calidad de ciudadanos, por lo tanto, no pueden excusarse en el desconociendo de la Ley, para obviar sus deberes.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Los recursos de apelación interpuestos por las demandadas Colpensiones y Old Mutual Pensiones y Cesantías S.A., se estudiarán de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por las recurrentes y se estudiará en consulta en favor de Colpensiones en lo que le haya sido desfavorable y no haya sido apelado.

Así las cosas, corresponde a la Sala dilucidar el siguiente **problema jurídico principal** ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por la accionante? Para lo cual se abordarán los siguientes **problemas jurídicos secundarios:** (i) ¿Quién tiene la carga probatoria en este tipo de procesos?; (ii) ¿El hecho de firmar el formulario de afiliación es suficiente para acreditar el deber de información?; (iii) ¿Las AFPs privadas están obligadas a devolver a Colpensiones las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos?; (iv) ¿Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante?; (v) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita?; (vi) ¿La actora es beneficiaria del régimen de transición y si Colpensiones debe reconocer la pensión de vejez?

Ineficacia del traslado de régimen - no nulidad del traslado

Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, debe precisar la Sala que contrario a lo señalado por Colpensiones, el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su **ineficacia y no desde la nulidad**, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 ibídem, por tanto, 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, conforme lo ha expuesto nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado N.º 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que mantiene actualmente entre otras en la sentencia SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

Afiliación, cotización y traslado

Se encuentra demostrado que la señora Victoria Eugenia Durán Bahamón, cotizó al ISS entre el 15 de junio de 1979 al 28 de febrero de 1998, conforme aparece en la historia laboral expedida por Colpensiones (fols. 113 a 118); que el 1 de febrero de 2001, firmó el formulario de afiliación a Skandia hoy Old Mutual Pensiones y Cesantías S.A. (fos. 86 vuelto), por lo que en la actualidad administra los aportes a pensión de la demandante.

Carga probatoria y deber de información

Para resolver el problema jurídico relacionado con la carga probatoria, debe decirse que la misma recae en la AFP no en la demandante, en primer lugar, porque la omisión en torno al **deber de información** expuesta en el libelo incoatorio tiene la connotación de una negación indefinida, exenta de prueba de conformidad con lo preceptuado en el art. 167 del C.G. del P., en segundo lugar, porque la **custodia de la documentación** así como la obligación legal de brindar información se encuentra en cabeza del fondo, conforme a lo dispuesto desde el Decreto 663 de 1993, y en tercer lugar, porque el literal b) del art 11 de la Ley 1328 de 2009, considera una práctica abusiva la imposición de dicha **carga a los consumidores financieros**, teniendo en cuenta que los afiliados se encuentran en desventaja probatoria además de ser la parte débil de la relación contractual, quienes en este tipo de procesos se enfrentan a una entidad financiera, que cuenta con posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL 1897-2019, ha considerado que son las entidades de seguridad social las que deben garantizar, en caso de estar frente a un traslado de régimen pensional, que existió una decisión informada, que fue verdaderamente autónoma, consciente y objetivamente verificable, en el entendido de que los afiliados puedan conocer los **riesgos** que ello implica, así como los beneficios que le reportaría.

Dicho de otra manera, no se puede predicar la existencia de una manifestación libre y voluntaria cuando quiera que un afiliado al sistema no conoce la incidencia que la decisión de trasladarse de régimen pensional pueda tener, frente a eventuales derechos prestacionales; de ahí que no le corresponda a ella sino a la administradora de fondos de pensiones dar cuenta de que brindó la correspondiente información, que fue clara y suficiente, ya que un engaño no sólo se produce en lo que se dice, sino en el silencio que guarda el respectivo asesor, quien ha de tener la iniciativa de proporcionar todo aquello que resulte relevante y fundamental, tanto lo favorable como lo desfavorable para tomar la decisión e incluso, desanimar a la afiliada en caso de que el traslado resulte perjudicial para su derecho pensional.

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 2001- la CSJ ha señalado que las AFP debían hacer una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo

que la afiliada pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado.

La información en los términos anotados no fue brindada por parte de Old Mutual Pensiones y Cesantías S.A., como acertadamente lo encontró la falladora de primera instancia y que si bien la entidad pública recurrente expone que la demandante aseguró en su interrogatorio que conocía de las condiciones y características del régimen al señalar que el asesor brindó información respecto del régimen pensional, lo cierto es que tal aseveración en nada demuestra el conocimiento que pudo tener la accionante sobre el RAIS, y contrario a ello, lo que si denota es que tenía discernimiento sobre las ventajas del régimen, más no las desventajas y riesgos que le implicaba el traslado y afiliación a la AFP, dejando en evidencia la inexistencia de prueba alguna dentro del expediente que permita inferir que para el momento del traslado se le dio explicación a la señora **IVETTE GALINDO ARIAS**, acerca de las diferentes modalidades de pensión, su cálculo, las pérdidas o ganancias en lo que al rendimiento podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, el porcentaje que se destina para gastos de administración y seguros previsionales, los casos en que procede la devolución de aportes, las variables que podía tener la prestación con el paso del tiempo y demás aspectos a los que se hizo mención, los cuales se han dejado sentados por nuestra CSJ en una sólida línea jurisprudencial frente al tema.

Formulario de afiliación

Es necesario indicar que, la Sala no desconoce que para el momento en que la demandante se trasladó al RAIS se encontraba vigente el Decreto 692 de 1994 *"Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 100 de 1993"* en cuyo artículo 11 señala que para adelantar el proceso de vinculación a la AFP se debe diligenciar el **formulario** previsto por la Superintendencia Bancaria y que en el mismo deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones, siendo posible que el formulario contenga la leyenda preimpresa en ese sentido, sin embargo, como lo ha indicado la CSJ desde la sentencia bajo el radicado N.º 31989 del 2008, la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994 y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo impone el art. 1603 del C.C.

Señaló además la Corte en la sentencia SL 2324-2019 al reiterar la sentencia bajo el radicado N.º 33.083 del 2011, que por la doctrina se han elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de transparencia, vigilancia y el deber de información; éste último –información- debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Por tanto, Old Mutual Pensiones y Cesantías S.A. sí estaba en la obligación de proporcionar a la demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarla como potencial afiliada, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarla de tomar una opción que claramente le perjudica, lo cual no se constató en el presente caso.

Devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos

Frente al tópico encaminado a determinar si las AFP privadas están obligadas a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones, se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adoctrinado, entre otras, en la sentencia SL 14911-2019 que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, **junto con los rendimientos financieros**. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad **a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades**, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019).

Conforme a ello, no resulta atendible lo argumentos expuestos por Old Mutual Pensiones y Cesantías S.A. sobre este aspecto, tal y como lo dedujo la juez de primera instancia.

Aceptación de aportes y activación de la afiliación

En relación con el asunto que gira en torno a establecer si Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante, es necesario precisar, que al quedar sin efecto su afiliación al RAIS es claro que su vinculación con COLPENSIONES quedó incólume de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de la AFP los aportes efectuados por la accionante a ésta a fin que reposen en la historia laboral de la administradora de pensiones Colpensiones, quien está en la obligación de activarlos en el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en la sentencia SL4360 de 2019.

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, **ni afecta su sostenibilidad financiera**, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante de manera íntegra a COLPENSIONES, con todos sus frutos e intereses, **sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y comisiones los cuales deberán asumir la AFP PRIVADA de sus propias utilidades**, pues, al dejarse sin valor y efecto la afiliación, esta declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al régimen, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia-).

Excepción de prescripción

Se debe precisar que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible y así se dejó sentado por nuestra H. Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL1421 de 2019 y SL1689 de 2019.

Régimen de transición

Respecto al problema jurídico que consiste en determinar si Colpensiones debe reconocer la pensión de vejez del accionante en virtud del régimen de transición, debe indicarse que conforme al artículo 36 de la Ley 100 de 1993, la demandante Ivette Galindo Arias no es beneficiaria del régimen de transición, pues a la entrada en vigencia de dicha normatividad – 1º de abril de 1994- contaba con 34 años de edad, al haber nacido el 18 de julio de 1959, como da cuenta la copia de la cedula de ciudadanía, vista a folio 13 del expediente. Además, a dicha data tampoco contaba con 15 años de servicios, pues tan solo acreditaba un total de 563.28 semanas, equivalentes a 10.95 años.

Pensión de vejez Ley 797 del 2003

Para acceder a una pensión de vejez bajo los parámetros del art. 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el art. 9º de la Ley 797 del 2003, se debe cumplir con 55 años si es mujer o 60 años si es hombre. A partir del 1º de enero del 2014 la edad se incrementará a 57 años para la mujer y 62 para el hombre. En cuanto a las semanas se exige haber cotizado un mínimo de 1000 semanas. A partir del 1º de enero del 2005 se incrementará en 50 semanas y a partir del 1º de enero del 2006 se incrementará en 25 hasta llegar a 1300 en el año 2015.

i) edad

La demandante cumplió el requisito de la edad, como quiera que cumplió los 57 años el 18 de julio del 2016, toda vez que nació el mismo día y mes del año 1959, como da cuenta la fotocopia de su cédula, visible a folio 13.

ii) semanas

Una vez revisada la historia laboral expedida por Old Mutual Pensiones y Cesantías S.A. se evidencia que la demandante también cumple con este requisito, pues cuenta con un total de 1535.29 semanas a 30 de agosto de 2018. (fol. 79)

Por tanto, acertó el fallador de primera instancia al señalar que la demandante tiene derecho a que se le reconozca y pague una pensión de vejez conforme a lo establecido en la Ley 100 de 1993 modificada por la Ley 797 del 2003.

Es pertinente señalar que para entrar a disfrutar de la pensión aquí reconocida es necesaria la desafiliación del sistema, conforme lo exige el art. 13 del A. 049 de 1990, tal y como lo indicó el fallador de primera instancia.

Finalmente, debe señalarse que acertó el a quo cuando estableció que la pensión de la actora debía liquidarse conforme al artículo 21 de la Ley 100 de 1993 y aplicándole una tasa de reemplazo de acuerdo con lo establecido en el art. 34 de dicha normatividad.

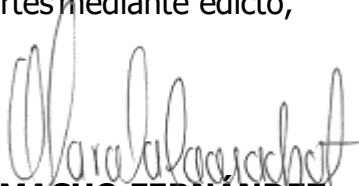
En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO. – CONFIRMAR la sentencia proferida el 21 de octubre de 2020, por el Juzgado 38 Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO. - SIN COSTAS en esta instancia.

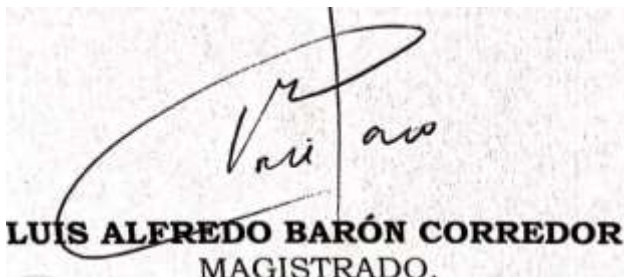
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

*-Se suscribe con firma escaneada por emergencia sanitaria y estado de emergencia
Res. 380 y 885/20 Min. Salud y Protección Social y D. 417/20-*



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE: LUZ AMELIA MEDINA COLMENARES
DEMANDADO: ECA INTERVENTORÍAS Y CONSULTORÍAS DE COLOMBIA S.A.S.
RADICACIÓN: 37-2018-00285-01
ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA DEMANDADA
TEMA: CONTRATO DE TRABAJO REALIDAD

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

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 "*Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica*", se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Luz Amelia Medina Colmenares, instauró demanda ordinaria contra Eca Interventorías y Consultorías de Colombia S.A.S., con el propósito de que se declare la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido sin solución de continuidad desde el 16 de octubre de 2007 al 30 de abril de 2015, fecha en que fue terminado el contrato de trabajo sin justa de manera verbal por parte del empleador. Como consecuencia de lo anterior, se dispusiera a su favor el pago del auxilio de cesantía y sus intereses, prima de servicio, vacaciones en dinero, sanción por la no consignación de las cesantías, indemnización por despido sin justa causa, pago de los aportes al Sistema de Seguridad Social Integral, indexación y costas procesales.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que suscribió un contrato de trabajo a término indefinido con la sociedad comercial Bureau Veritas, desempeñando como contadora pública; que en la ejecución del contrato tenía que prestar sus servicios de manera subordinada con la sociedad comercial Eca Interventorías y Consultorías de Colombia S.A.S. desde el 16 de octubre de 2007, toda vez que la sociedad se beneficiaba de su prestación personal del servicio, misma que terminó sin justa causa el 30 de abril de 2016, en tanto que omitió llevar a cabo el debido proceso. Refirió que devengó un salario de \$3.850.000 y que durante toda la relación laboral que los ató, no le fueron canceladas las prestaciones sociales. (fls. 91 a 103).

2. Contestaciones de la demandada. Al contestar la demanda se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Sobre los supuestos fácticos refirió que la demandante celebró contrato a término indefinido con la empresa Bureau Veritas Colombia Ltda, cuyas funciones fueron de auxiliar contable, por lo tanto, los servicios que prestó a la empresa demandada se dieron como consecuencia de una subordinante dada por su empleador y en esa medida nunca tuvo relación laboral con la pasiva.

Refirió que los servicios personales de la demandante dejaron de prestarse cuando por aplicación de la causal contemplada en el numeral 6 del literal a del artículo 62 del C.S.T., en concordancia con el numeral 1 del artículo 58 del C.S.T., Bureau Veritas dio por terminado el contrato de trabajo de la demandante; que el salario devengado por esta como empleada de Bureau fue de \$3.850.000; que dicha sociedad en calidad de empleador y en ejercicio de su poder disciplinario y sancionatorio, realizó varias diligencias de descargos por encontrar errores en la ejecución de las obligaciones laborales.

Aseguró que la empresa Bureau Veritas Colombia Ltda, en calidad de empleador le canceló la totalidad de prestaciones causadas en vigencia del contrato de trabajo, además, teniendo en cuenta que entre las partes nunca existió relación laboral, no surgió obligación de pagar ninguna obligación derivada de un contrato de trabajo. Propuso como excepciones de mérito las de prescripción, inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido y buena fe. (fol. 116 a 140)

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 28 de junio de 2019, en la que el fallador absolvió a la demandada de todas y cada una de las pretensiones elevadas en su contra, condenando en costas procesales al demandante. (CD fol. 184)

Limitó el problema jurídico a dilucidar si entre las partes existió un contrato de trabajo, por lo que luego de referirse a las pruebas y al contenido de los artículos 22 a 24 del C.S.T., encontró la acreditación de la prestación personal del servicio del demandante desde el 16 de octubre de 2007 hasta el 30 abril de 2015, aclarando que el extremo inicial se predicaba en tanto que para aquella data la empresa Bureau Veritas compró a la sociedad demandada, por lo que entró hacer parte de su grupo comercial, aspecto que también fue reiterado en todas las declaraciones rendidas, entre otras, por la demandante.

En consecuencia, atribuyó a su favor la presunción legal descrita en el artículo 24 ibídem, esto es, que se ejecutó bajo continua subordinación y dependencia correspondiéndole a la demanda desvirtuar tal circunstancia. Para tal efecto procedió a analizar las pruebas, encontrando que fue un hecho probado que, en virtud de la operación internacional, la empresa Bureau Veritas Colombia Ltda compró y tomó control de la demandada Eca S.A.S., por lo que paso a ser parte integrante del grupo comercial Bureau Veritas. Ante tal situación, la empresa tomó la decisión de asignar a varios a trabajadores, para que ejercieran las funciones administrativas y contables, entre esas, a la demandante.

Así, la prestación personal del servicio a favor de la empresa hoy demandada lo fue en virtud de las funciones asignadas a la demandante por su verdadero empleador Bureau Veritas, ello en virtud de las decisiones comerciales dadas a la absorción de la empresa demandada. Labor que no solo cumplió la demandante en ella, sino toda el área administrativa y contable a su servicio, inclusive con las empresas BVQI y Tecnicontrol. Resaltó que, ante tal hecho, si bien a la demandante le fue incrementada la labor contable, no obstante, contaba con un grupo de trabajadores que le ayudaron a cumplir las funciones, por lo que también le permitió colegir que efectivamente no había cabida a declarar la coexistencia de contratos de trabajo.

4. Impugnación y límites del ad quem.

4.1. Recurso de apelación demandante. Formuló recurso de apelación manifestando que el a quo incurrió en una indebida valoración probatoria, como quiera que con los elementos que aportaron las partes y la aceptación clara que hizo la demandada, al afirmar de manera que hubo prestación personal del servicio a su favor, daba lugar el

principio de primacía de la realidad sobre las formas y la presunción consagrada en el Código Sustantivo laboral.

Lo anterior, a la postre de las documentales aportados con la demanda, mismos que evidenciaron la existencia de una gerencia independiente por parte de ECA, entre la cual había estrecha correlación funcional con la señora Amelia Medina, demostrándose que efectivamente también había instrucciones y directrices que se impartían a través de la citada empresa. Así mismo, que existían órdenes por cuenta de la misma empresa y las que provenían de Bureau Veritas, y que la beneficiaban directamente.

Bajo ese contexto, alegó que tal como lo manifestó el señor Otoniel, se acudía a este tipo de figuras para economizar costos, notándose con ello una mala fe, pues acude ha dicho mecanismo para defraudar los derechos prestacionales y laborales de los cuales era titular y, por otro lado, para defraudar al sistema de seguridad social integral. Por tal razón, solicitó valoración completa de las versiones rendidas, las cuales logran demostrar que en esencia hubo una coexistencia de contratos laborales, máxime que dentro de sus funciones contractuales no estaba convenido prestar servicios a terceras personas, en aplicación de esa cláusula de exclusividad contenida el contrato, al momento de impartir la orden mediante Bureau Veritas.

Finalmente, solicitó se de aplicación al principio in dubio pro-operario, el cual estipula que toda duda deberá interpretarse en favor del trabajador, en tanto que de acuerdo con la *sindéresis* jurídica y adecuada interpretación de los elementos fácticos y probatorios evidencian la existencia de un contrato laboral. (CD fol. 184)

4. Alegatos parte demandada. Indicó en su escrito que, si bien entre el 16 de octubre de 2007 y hasta el 30 de abril de 2015 la demandante prestó algunos servicios en favor de la empresa, ello se debió a que Bureau Veritas Colombia Ltda, empleadora de la parte demandante, compró la totalidad de las acciones de la demandada. Como consecuencia de la adquisición de la compañía por parte de Bureau Veritas, el control de ECA fue tomado por esta en los aspectos más importantes como lo son el tributario y contable, labores que fueron asumidas por la señora Medina, como consecuencia de las ordenes de su empleador.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

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

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar los siguientes **problemas jurídicos**:

¿La sociedad Eca Interventorías y Consultorías de Colombia S.A.S. fungió como empleador del aquí actor, como consecuencia de la aplicación del principio constitucional de la realidad sobre las formas? Así mismo, se entrará a establecer ¿Se dan los presupuestos de tipo legal para declarar la coexistencia de dos o más contratos de trabajo? De ser afirmativa la respuesta, se determinarán sus extremos temporales, salario y si tiene derecho al reconocimiento y pago de las acreencias laborales expuestas en el libelo primigenio.

De la relación laboral.

Para resolver el primer problema jurídico que concita la atención de la Sala, es preciso señalar que para que se configure la existencia de un contrato de trabajo, se requiere de la presencia indiscutible de los elementos que lo integran, los cuales corresponden según el artículo 23 del C.S.T., a la prestación personal del servicio, la subordinación del trabajador respecto al empleador y el salario como retribución del servicio prestado.

En ese orden, la persona que alegue la existencia de un contrato de trabajo, sólo le basta probar la prestación o la actividad personal para que se presuma legalmente la existencia del contrato de trabajo, dado el contenido del artículo 24 de la norma sustancial, por manera que a la demandada se le traslada la carga de desvirtuar el trabajo subordinado,, es decir, que deberá acreditar con contundencia que la prestación de servicios lo fue de manera autónoma e independiente a fin de derruir la presunción antes señalada. En este sentido, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 2171 de 2019, reiteró una vez más tales presupuestos:

"Pues bien, reiteradamente, esta Corporación ha indicado que el elemento diferenciador entre el contrato de trabajo y el de prestación de servicios es la subordinación jurídica del trabajador respecto del empleador, poder que se concreta en el sometimiento del primero a las órdenes o imposiciones del segundo y que se constituye en su elemento esencial y objetivo, conforme lo concibió el legislador colombiano en el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo al señalar que en el contrato de trabajo concurren la actividad personal de trabajador, el salario como retribución del servicio prestado y la continuada subordinación que faculta al empleador para «exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato»."

Delimitado así el aspecto normativo sustancial y jurisprudencial aplicable al caso, encuentra la Sala que en el instructivo no existe duda alguna acerca de la prestación personal de los servicios de la señora Luz Amelia Medina Colmenares a la Eca Interventorías y Consultorías de Colombia S.A.S., situación fáctica aceptada no solo en la contestación de demanda, sino también corroborada con el interrogatorio de parte que absolvió su representante legal, señora Ana María Fernández Prieto, aunque con la aclaración de que el vínculo laboral lo sostuvo con Bureau Veritas Colombia Ltda.

De acuerdo con lo anterior, demostrada como está la prestación del servicio por parte del actor al servicio de la Eca Interventorías y Consultorías de Colombia S.A.S., opera la presunción de existencia de un contrato de trabajo, contenida en el artículo 24 del CST, misma que fue desvirtuada por la pasiva, pues en el plenario se acreditó que la actora desempeñó su labor desprovista de cualquier elemento subordinante, en tanto que el servicio contratado lo fue única y exclusivamente con Bureau Veritas Colombia Ltda, quien ejercía el poder subordinante para con la demandante.

Así es, como quiera de que el origen de la vinculación laboral lo fue con esta última empresa y no con la demandada, así se denota del contrato individual de trabajo a término indefinido, mismo en el que se indica que contrató la prestación del servicio de la trabajadora aquí demandante, para desempeñar el cargo de Auxiliar Contable, desde enero 1 de 1993, que en cuya cláusula 8º se pactó:

"Las partes podrán convenir que el trabajo se preste en lugar distinto del inicialmente contratado, siempre que tales traslados no desmejoren las condiciones

laborales o de remuneración del trabajador, o impliquen perjuicios para él. Los gastos que se originen con el traslado serán cubiertos por el empleador de conformidad con el numeral 8° del artículo 57 del Código Sustantivo del Trabajo. El trabajador se obliga a aceptar los cambios de oficio que decida el empleador dentro de su poder subordinante, siempre que se respeten las condiciones laborales del trabajador y no se le causen perjuicios (...)"

En atención a la cláusula firmada por las partes, la trabajadora estaba facultada para asumir funciones en otro lugar y aceptar los cambios de oficio que realizará el empleador Bureau Veritas Colombia Ltda, de acuerdo con su poder subordinante.

Ahora, es un hecho cierto, que la citada empresa tomó posesión y control de Eca Interventorías y Consultorías de Colombia S.A.S., en virtud de la operación internacional que trajo consigo la compra de varias empresas, en tanto que ello no fue discutido por las partes, de ahí que, Bureau Veritas Colombia Ltda, dispusiera que la demandante debiera cumplir la función de contadora, no solo a éstas, sino a todo el grupo empresarial. Nótese que tal situación, fue afirmada por la propia demandante al ser interrogada, en tanto que expuso que en el momento de la compra de ECA, su empleador le comunicó que *"acabamos de adquirir otra empresa, tenemos que empezar a formarle hacer paulatinamente todo el proceso, para que llegue a pertenecer al grupo y con las mismas funciones y calidades que tiene"*, de modo que se le indicó *"cuáles iban a hacer nuestras adicionales funciones que íbamos a tener y cuál iba a ser la forma de trabajo."*, haciendo notar que el contrato lo celebró con Bureau Veritas Colombia Ltda.

Hecho que se acompasa con lo relatado por los testigos que rindieron declaración en el proceso. Obsérvese que el señor Rodrigo Guerra Vázquez, traído a juicio, al ser preguntado en torno al tema de las relaciones entre las dos sociedades adujo que la Compañía ECA fue adquirida por el grupo Bureau Veritas en el año 2007 y siendo gerente para Colombia y Ecuador, se le encomendó la responsabilidad de hacer de esa compañía rentable, en armonía con los estándares provenientes de Francia, por lo que procedió a organizar administrativamente la empresa, para ello, contó con el personal de Bureau Veritas, para el manejo contable, es decir, con la demandante, aclarando que la misma *"no tenía un contrato con ECA"*. En ese sentido, arguyó que para el desarrollo de las funciones contables *"había asistentes en cada empresa para llevar los registros, las facturas de venta, toda eso se recopilaba y al final de mes la persona que tenía que hacer la contabilidad de las diferentes empresas era Amelia"*, lo cual deja en evidencia que la responsabilidad de la promotora del proceso era la de garantizar la contabilidad del cierre de la empresa.

Así mismo, el señor Otoniel Ernesto Duarte Angarita al deponer indicó que *"el área donde trabaja Amelia, es un equipo de contabilidad donde se reciben las facturas del grupo Bureau Veritas, se distribuye entre los asistentes que contabilizan, se saca un balance de software contable que es el mismo para todas las compañías y se analiza, como si fuera una compañía independiente"* aclarando, que *"somos como un centro de servicios compartidos que se aplica para las compañías del grupo Bureau, la oficina era la misma, todo pasaba en el mismo lugar de trabajo."*

Por su parte, Daniel Arturo Álvarez Rodríguez, aclaró que la empresa Bureau Veritas contaba con una vicepresidencia regional, quien tenía la dirección de todas las empresas que la comprendían, de ahí que al hacer parte staff o del grupo administrativo ejercía las labores indistintamente de la empresa que correspondiera, pues sus funciones estaban encaminadas a cualquiera de ellas, circunstancia que al igual aconteció con la parte contable, arguyendo que la demandante *"tenía bajo su responsabilidad algunos temas contables, tributarios, era la responsabilidad que tenía que hacer pero eso no está limitado"*

solo a una razón social que fuera Bureau Veritas Colombia, porque su jefe inmediato y a su vez el vicepresidente tenía a su cargo varias razones sociales y por ende la actividad de todos nosotros indistintamente se debía llevar a cabo para razón social. Sin importar como se llamará”.

Por último, la señora Jenny Rocío Gómez Vanegas, que señaló ocupar el cargo de auxiliar contable, hizo saber en su declaración que la demandante como jefe inmediato del área contable, realizaba junto con ella labores para las empresas ECA, BVQI, Tecnicontrol e Inspector y, de acuerdo con las ordenes provenientes de Otoniel Duarte vinculado con la sociedad Bureau Veritas.

Bajo ese derrotero probatorio, desde que fue adquirida la empresa Eca S.A.S. por la sociedad Bureau Veritas, la demandante puso a su servicio su capacidad profesional a la primera, pero no porque fuese contratada directamente por esta, sino por orden misma de su empleador en virtud de la adquisición que hizo sobre ella, además, por las decisiones administrativas que se tomaron y que dieron lugar a que la actora prestara sus servicios de contaduría para la que había sido contratada; contexto aquel no desconocido por aquella, puesto que aceptó que la empleadora pudiese trasladarla en cualquier tiempo y a cualquier otro lugar de acuerdo a su función contable y que la labor que prestaría se haría bien al servicio directo de la empresa o al de cualquiera de las sociedades en las que es socio o dueño, de acuerdo con la cláusula contractual ya citada, el poder subordinación del empleador, además, que sobre ello no hubo reparo alguno más que alegar el incremento de sus labores.

Del mismo modo, según correos electrónicos obrantes a folios 15 a 33 del instructivo y sobre las cuales aduce el recurrente no fueron valorados por el Juez de instancia, si bien hace correlación a las funciones que desarrollaba la demandante en favor de la empresa, también lo es que estas documentales en nada demuestra que la demandada impartiera de forma unilateral instrucciones y directrices a la demandante. Por el contrario, lo que si se demuestra de ellas es que la promotora del proceso hacia sus procesos contables como empleada de Bureau Veritas, pues algunos de sus correos no solo provenían de su cuenta: AMELIA.MEDINA@aco.bureauveritas.com, sino que a través de estos se solicitaban “*para efectos de revisar las declaraciones del CREE del mes de junio de 2013, de las compañías Bveritas Colombia Ltda., BVQI Colombia Ltda. Y ECA Ltda., solicito que por favor sean enviadas por este medio a mi correo, para proceder a revisarlas y poder continuar el trámite*” (folio 18); tan es así que, en correo electrónico del 13 de mayo de 2014, se le petitionó “*Amelia adjunto envió las variaciones del balance y el estado de resultados de las empresas Bureau Veritas, BVQI y ECA. Para que por favor me ayudes indicándome a que corresponden los aumentos o disminuciones que se presentan en las cuentas marcadas en amarillo, tanto del balance como del PYG*” (folio 24)

Con todo lo anterior, la labor ejecutada por la señora Luz Amelia en la sociedad Eca Interventorías y Consultorías de Colombia S.A.S., tuvo como fuente el contrato de trabajo suscrito con la empresa Bureau Veritas, por la misma razón no puede ultimarse que la actora demostró que la prestación de sus servicios a la demandada se hiciera bajo su supedita subordinación y dependencia, elemento necesario para que se configurara la relación laboral que pregonaba, reiterando, que como bien lo señaló el fallador de primer grado, Luz Amelia Medina Colmenares ejercía sus labores de contadora de la sociedad Bureau Veritas, misma que dispuso que aquella prestará en cualquier tiempo y a cualquiera de las empresas del grupo, sin que fuera menester por ello aducir un contrato de trabajo diferente al ya pactado.

Lo anterior, con mayor razón, si se observa que esas condiciones se mantuvieron durante la ejecución del contrato, pues a pesar de que prestó los servicios para la empresa

encartada, la subordinación siempre la conservó Bureau Veritas, pues así lo manifestaron los testigos antes citados, quienes al unisonó reiteraron que si bien hubo un incremento en las funciones de la demandante, pues cada vez que se ampliaba el grupo empresarial, se aumentaba la carga laboral, no obstante, siempre las ordenes provenían directamente de la sociedad Bureau Veritas, misma a la que le debía el cumplimiento del horario y quien pagaba el salario. Además, tal afirmación se puede verificar de los demás medios de convicción aportados al proceso, pues ese ejercicio de subordinación que realizaba Bureau Veritas realizó varias citaciones a rendir descargos, como lo fue para las fechas 10 y 16 de octubre de 2013 y 22 de abril de 2015, data última que dio origen a la terminación de la relación laboral de la aquí demandante (folios 170 a 180).

De tal suerte, el haz probatorio analizado en su conjunto da cuenta no solo que las ordenes provinieron de su empleador Bureau Veritas, sino también que no hubo intención de establecer una relación diferente a la que ya venía ejecutando, máxime que la aquí demandante reconoció que su salario provenía de su empleador y no de la empresa Eca Interventorías y Consultorías de Colombia S.A.S., es decir, que también la dependencia salarial siempre lo mantuvo con Bureau Veritas.

Ahora, aunque se aduce por la parte demandante que se arribaron al instructivo estados financieros suscritos por la demandante junto con el representante legal y revisor de la pasiva, así mismo, la "CERTIFICACIÓN INGRESOS TRIMESTRE" en que la misma demandante certifica *"En mi condición de contadora publica de la sociedad **ECA INTERVENTORÍAS Y CONSULTORÍAS DE COLOMBIA LTDA NIT 800.048.991-3** certifico que durante el tercer trimestre del año 2011 no se generaron ningún ingreso correspondiente a prestación del servicio de mensajería"* (folios 34 a 50), mismos en la que se da cuenta de la dependencia de la trabajadora, lo cierto es que sobre este aspecto, fácil resulta discernir que dada a la calidad que ostentaba la demandante, era factible que certificara y firmara los balances de la empresa, además, tal como lo señaló el testigo Otoniel Ernesto Duarte Angarita *"(...) los análisis financieros no se hace por empresa de manera mensual sino una vez al año, pero el reporte mensual se saca un consolidado de las compañías, se analiza cuando fue el gasto, la utilidad, pero de manera consolidada. Ni siquiera en ese momento de revisión financiera se hace distinción de las compañías, si no como grupo."*

Las razones expuestas en precedencia permiten concluir que, si bien no fue objeto de discusión que la trabajadora prestó sus servicios a la encartada y, por ende, a su favor se le atribuyó la presunción consagrada en el artículo 24 del C.S.T., lo cierto es que, contrario a lo dicho por la activa, los servicios los prestó a la pasiva lo fue por orden directa impartida por su empleador Bureau Veritas, conforme a lo pactado en la cláusula del contrato de trabajo aducida, por la misma razón no recibía ordenes provenientes de la encartada; además, es notable que la demandante no tuvo como propósito vincularse directamente con ésta, ni su intención fue la de establecer una relación diferente, por manera que tampoco es factible colegir que hubo coexistencia de contratos conforme a lo previsto en el artículo 26 *ejusdem*, pues es del caso precisar, que sobre tal aspecto si se pactó una cláusula de exclusividad (folio 141), misma que no le permitía a la trabajadora prestar directamente sus servicios a la demandada.

En ese sentido, en nada se reprocha la decisión que tomó el a quo, pues es evidente que la causa de la vinculación que existió entre demandante y demandada tuvo génesis en el contrato de trabajo suscrito con su empleador Bureau Veritas, por manera que al no encontrarse reunidos los presupuestos jurídicos ni facticos para que proceda la condena solicitada al no encontrarse probados los elementos del contrato de trabajo con la pasiva, se confirmará en su integridad la sentencia proferida en primera instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 28 de junio de 2019, por el Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandante. Se fijan como agencias en derecho la suma de \$800.000 las cuales serán liquidadas en primera instancia de conformidad con lo establecido en el art. 366 del CGP.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



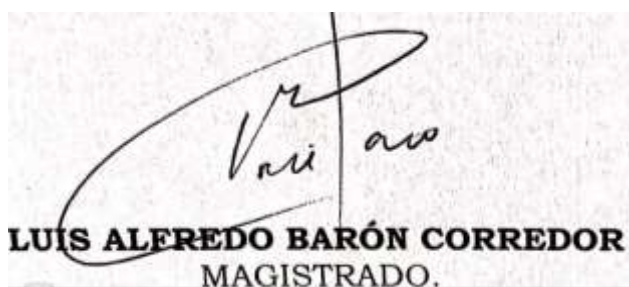
DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

Magistrado



LUIS ALEREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE: ALBA ROSA SALAS
DEMANDADO: UGPP
RADICACIÓN: 07-2019-00291-01
ASUNTO: APELACIÓN SENTENCIA DEMANDANTE
TEMA: RELIQUIDACIÓN PENSIONAL

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

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 *"Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"*, se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Alba Rosas Salas, instauró demanda ordinaria contra la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social –UGPP-, con el propósito de que se declare que debe reconocer una pensión de \$964.076.14, con aplicación del 90% del monto de la pensión reconocida mediante Resolución No. 00947 del 2002. Como consecuencia, se condene a reconocer y pagar el monto del 90% de la pensión de vejez, a partir del 1 de mayo del 2002, conforme a lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley 797 de 2003 o Decreto 758 de 1990, junto con las diferencias pensionales.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que laboró en el Hospital Rosario Pumarejo de López en el cargo de Auxiliar de Enfermería desde el 1 de abril de 1973 hasta el 1 de julio de 2003; que se le liquidó y pagó la pensión mensual vitalicia de vejez con el 75% del promedio último de 8 años, misma que se hizo efectiva a partir del 1 de mayo del 2002 y se le liquidó con un promedio mensual de \$1.071.195.72, teniendo como base el IPC de los años 1.994 a 2001. Por lo anterior, refirió que el valor de la primera mesada pensional fue de \$803.396,79, como consta en la resolución de reconocimiento pensional. (Expediente electrónico, PDF 01.CuadernoPrincipal, folios 2 a 10).

2. Contestaciones de la demandada. Al contestar la demanda se opuso a la prosperidad de las pretensiones, por considerar que mediante Resolución 47837 del 30 de diciembre de 2005, Cajanal reliquidó la pensión de vejez conforme al artículo 21 de la Ley 100 de 1993, teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados entre el 1 de abril del 94 al 1 de julio de 2003. Sobre los supuestos facticos aceptó los mismos, a excepción del hecho 3° relacionado con el IPC aplicado a la liquidación del IBL. Propuso como excepciones de mérito las de inexistencia de la obligación, imposibilidad jurídica para cumplir lo pretendido, prescripción y genérica. (Expediente electrónico, PDF 01.CuadernoPrincipal,

folios 50 a 58)

3. Misterio Público. En escrito radicado el 9 de septiembre de 2019 intervino en el asunto y mediante el cual señaló que a la actora por ser beneficiaria del régimen de transición contenido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, se le debe aplicar el Decreto 758 de 1990 y, por ello, el monto de la pensión tendría que corresponder al 90%, teniendo el cumuló de semanas al 1 de julio de 2003. Propuso como única excepción la de prescripción. (Expediente electrónico, PDF 01.CuadernoPrincipal, folios 109 a 152)

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 19 de enero de 2021, en la que el fallador absolvió a la demandada de todas y cada una de las pretensiones elevadas en su contra, condenando en costas procesales a la demandante. (Expediente electrónico, Audio 09.Audiencia Art 80 CPL-Fallo)

Su decisión se basó en que la demandante es beneficiaria del régimen de transición de que trata el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, el cual mantuvo el Acto Legislativo 001 de 2005, en tanto, que ya había adquirido su derecho pensional ante de entrar en rigor dicho acto. Adujo que la demandante laboró más de 30 años y que su afiliación o cotizaciones la hizo en Cajanal hoy liquidada, por lo tanto, la Ley que le es aplicable a la actora es 33 de 1985 y, por ende, debe aplicársele el 75% como tasa de reemplazo.

Adujo que a la actora no le es aplicable el Decreto 758 de 1990 como quiera que en principio esa norma solo les compete a los afiliados al Instituto de Seguros Sociales como administrador del RAIS y la demandante siempre laboró en el sector público afiliada a la extinta Cajanal. En lo que respecta a la Ley 797 de 2003, adquirió su estatus en el 2002, fecha para la cual la citada disposición no había sido promulgada, por lo que tampoco es dable aplicarle la norma.

5. Impugnación y límites del ad quem.

5.1. Recurso de apelación demandante. Formuló recurso de apelación manifestando que el a quo no tuvo en cuenta las pretensiones de la demanda, habida cuenta que la demandante laboró 1700 semanas, por lo que no debió aplicarse la Ley 33 de 1985 ante el número de semanas cotizadas, sino el artículo 34 de la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 de 1993. (Expediente electrónico, Audio 09.Audiencia Art 80 CPL-Fallo)

6. Alegatos parte demandada. Señaló que no se encuentra obligada por ley al reconocimiento y pago de la reliquidación de la pensión en cabeza de la señora Alba Rosa Salas Bermúdez que se demanda, pues como fue acreditado en el curso de la primera instancia, la entidad no puede extralimitarse en las funciones atribuidas por ley.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

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

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar el siguiente **problema jurídico**:

¿A la promotora del presente proceso le asiste derecho a que le sea reajustada la pensión de jubilación que le fue reconocida por la entidad de seguridad social demandada?

De la reliquidación pensional.

Para resolver el problema jurídico que concita la atención de la Sala, lo primero que se debe anotar es que en el presente proceso no se discute que la demandante nació el 23 de abril de 1947 y es beneficiaria del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993. Tampoco, que el derecho pensional se concedió a la luz de la Ley 33 de 1985, con 1.495 semanas y 55 años, que se advirtieron satisfechos al 23 de abril de 2002, en cuantía inicial de \$803,396.79, mediante Resolución 00947 del 2003, misma que fue reliquidada a través de Resolución 6122 de 2004, en cuantía de \$851.336.96, por encontrarse reunidos un total de 10891 días, equivalentes a 1.555.85 semanas. Ni que sus aportes pensionales se hicieron únicamente por el sector público a Cajanal en virtud de la condición de trabajadora del Hospital Rosario Pumarejo de López. (Expediente electrónico, Carpeta 02 Expediente Administrativo)

Así las cosas, la primera discusión conforme la plantea la actora radica en que, pese a que la pensión se otorgó inicialmente con fundamento en el régimen de transición y en virtud de lo dispuesto en la Ley 33 de 1985, para efectos de calcular la tasa de reemplazo debió aplicarse lo dispuesto en el Acuerdo 049 de 1.990, es decir, sobre el 90% de su ingreso base de liquidación, en tanto considera que también tiene derecho a que su pensión sea reconocida bajo los parámetros del citado acuerdo.

Acorde con la situación planteada, aunque es indudable en el sub júdice la aplicación a la demandante del régimen de transición pensional previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, no por ello significa que deba acudir a cualquier disposición y régimen como pretende la recurrente, en tanto que, si bien dicho canon protegió sus expectativas legítimas, permitiendo acudir a ciertos y específicos asuntos, entre eso, a las disposiciones que en ese momento regían que por su vigencia fueron derogadas, esto lo fue única y exclusivamente a la Ley 33 de 1985 y no del Acuerdo 049 de 1990, en razón a que para el momento en que entró en vigencia la Ley 100 de 1993, esto es, al 1 de abril del año 1994, necesariamente la demandante requería estar afiliada al régimen pensional administrado por el entonces ISS, para que de esta manera le fuese aplicado las condiciones del citado acuerdo, situación que en lo particular no aconteció así.

Lo anterior, dado que su afiliación para momento de entrada en vigor del nuevo sistema general de pensiones radicaba exclusivamente de la Extinta Cajanal, por la misma razón fue a quien el empleador hizo los aportes pensionales. Nótese que dentro del expediente administrativo allegado al plenario obra certificación expedida por el Jefe de Recursos Humanos de su antiguo empleador, misma en la que se advierte que la totalidad de sus aportes a salud y pensión fueron girados a la citada caja. De ahí que su expectativa legítima para pensionarse lo sea bajo la Ley 33 de 1985 y no el Acuerdo 049 de 1990.

En ese sentido, basta con traer a colación la sentencia con radicado 49148 del 13 de noviembre de 2013 de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia:

“Puestas así las cosas, bien debe concluirse que el juez de la alzada no incurrió en desafuero alguno al entender que la titularidad a un régimen pensional por vía de transición impone, como mínimo, que se haya estado afiliado al mismo durante su ordinaria vigencia, pues sólo puede accederse al derecho pensional si se cumplen los supuestos de hecho que la particular norma que lo regula exige, el primero de los cuales es, obviamente, que se hubiere tenido la condición de afiliado al mismo, ello por cuanto no es dable derivar un derecho de una condición que nunca se tuvo.”

Criterio que se mantiene, entre otras sentencias, en las de radicado SL 2129-2014, SL 1270-2016, SL 4596-2016 y SL3844-2017.

Por lo anterior, el Juez de alzada no incurrió en un yerro alguno al entender que quien pretende la titularidad de un régimen pensional por vía de transición, impone, como mínimo, que se haya estado afiliado al régimen pensional durante su vigencia y no por el número de semanas cotizadas por la trabajadora, de ahí que tampoco sea viable aplicar la tasa de reemplazo prevista en el Acuerdo 049 de 1990, por no ser este el régimen anterior a la cual se encontraba afiliada.

Finalmente, en lo atinente a la segunda discusión que plantea la parte actora en torno a que se reliquide la pensión de vejez al tenor de lo dispuesto en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9 de la Ley 100 de 1993, tampoco es viable acceder a la pretensión, en tanto que para el momento en que adquirió el estatus pensional, esto es, al 23 de abril de 2002, no había nacido al mundo jurídico.

Planteadas así las cosas, habrá de confirmarse la sentencia de primera instancia. Costas a cargo de la demandante.

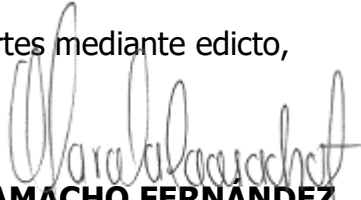
En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 19 de enero de 2021, por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandante. Se fijan como agencias en derecho la suma de \$800.000 las cuales serán liquidadas en primera instancia de conformidad con lo establecido en el art. 366 del CGP.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



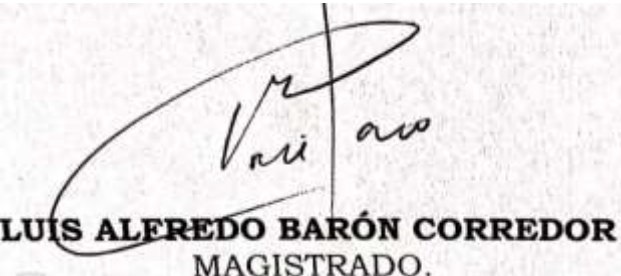
DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

Magistrado



LUIS ALEREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE: MARÍA VICTORIA GÓMEZ FORERO
DEMANDADAS: COLPENSIONES-AFP OLD MUTUAL Y PORVENIR S.A.
RADICACIÓN: 1100131050-17-2018-00268-01
ASUNTO: APELACIÓN SENTENCIA DEMANDADAS
TEMA: INEFICACIA TRASLADO

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

Teniendo en cuenta que el Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 *"Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"*, se procede a proferir la siguiente,

AUTO

En atención al memorial allegado mediante correo electrónico, se reconoce personería para actuar a la Dra. LAURA ELIZABETH GUTIÉRREZ ORTIZ, identificada en legal forma, como apoderada sustituta de la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, en los términos y para los efectos del poder conferido.

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. MARÍA VICTORIA GÓMEZ FORERO instauró demanda ordinaria contra COLPENSIONES y OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., con el propósito de que se DECLARE la nulidad de su traslado al RAIS, efectuada por la demandada el 24 de octubre de 1996. Como consecuencia, se condene a dicha fondo demandado a restituir a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones -, los valores obtenidos en virtud de la vinculación, como cotizaciones y bonos pensionales, junto con los rendimientos que hubiere causado; se condene a Colpensiones a recibirla como afiliada, junto con los valores obtenidos mientras estuvo afiliada al RAIS, con el fin de que estos se contabilicen para efectos de su pensión; finalmente, solicitó se condene a lo que resulte probado ultra y extra petita y, las costas del proceso.

Como pretensión subsidiaria petitionó que se declare la ineficacia o inoperancia de los efectos del traslado al RAIS, el 24 de octubre de 1996, o desde la fecha en que se demuestre demostrado, al no poderse predicar la existencia de consentimiento libre, voluntario e informado al momento de su vinculación a ese fondo privado demandado.

(fols. 4 y 5).

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló que ingresó al sistema de seguridad social en pensiones el 26 de diciembre de 1984, fecha en la que se afilió al entonces ISS, la cual se mantuvo hasta el mes de octubre de 1996; que debido al auge

de la creación de los fondos pensionales privados, decidió escuchar la charla dictada por el fondo de pensiones Porvenir S.A., sin embargo, no fue asesora e informada de manera completa, clara, veraz, oportuna, suficiente y cierta, respecto de las diferencias entre los dos regímenes.

Indicó que el día 24 de octubre de 1996, ilusionada con lo que ofrecía el fondo de pensiones privado, cambio de afiliación y dejó en manos de Porvenir S.A. la administración de su pensión, afiliación que se mantuvo en dicho fondo hasta el 11 de noviembre de 2004, fecha en la que decidió trasladarse a Old Mutual Pensiones y Cesantías S.A., pues le ofrecieron mejores rendimientos a su ahorro individual; que este último fondo tampoco le explicó las características del RAIS.

Por último, refirió que solo hasta que su empleador le comunicó que se encuentra en edad de retiro, descubre que su mesada pensional no era lo que le habían vendido en el momento de la afiliación.

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma, sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento.

3. Contestación de COLPENSIONES. Dio respuesta a la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones, bajo el argumento que dentro del expediente no obra prueba alguna de que efectivamente al demandante se le hubiese hecho incurrir en error por parte de la AFP, o que se está en presencia de algún vicio del consentimiento. Agregó que no se observa dentro de ninguna de las solicitudes del demandante nota de protesta o anotación alguna que permita inferir con probabilidad de certeza que hubo una inconformidad de su parte; por el contrario, se tiene que las documentales adosadas se encuentran conforme a derecho y que el convocante de manera libre y voluntaria se afilió a la AFP. Finalmente, adujo que, el convocante no cumple con las condiciones de que trata la sentencia SU 062 de 2010. Propuso como excepciones de mérito las de inexistencia del derecho para regresar al Régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y genérica. (fols. 78 y s.s.).

4. Contestación de Old Mutual Pensiones y Cesantías S.A. Contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones formuladas en su contra. Indicó que su afiliación no obedeció a un cambio de régimen pensional, sino un traslado de la AFP Porvenir S.A., por lo que no generó cambio en cuanto a la naturaleza jurídica y la normatividad que se debe cumplir para el reconocimiento de prestaciones económicas. Por otro lado, indicó que al revisar el formulario de afiliación en este encuentra la declaración de consentimiento expreso, como lo dispone el artículo 2 del Decreto 1642 de 1995, norma que se encuentra vigente y que surte plenos efectos jurídicos. Señaló que la demandante venía de estar afiliada a otra AFP, por manera que ya tenía conocimiento del funcionamiento del RAIS. Propuso como excepciones de fondo las de prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe y genérica. (fols. 109 y s.s.).

5. Contestación de la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. En audiencia del que trata el artículo 77 del C.P.T. y de la S.S., se ordenó su vinculación a fin de integrar en debida forma el contradictorio, razón por la cual, una vez la sociedad se notificó, en su escrito de intervención se opuso a

todas y cada una de las pretensiones de la demanda, argumentado que la demandante al momento realizar la afiliación, lo realizó de forma libre y espontánea, completamente informada pues recibió asesoría de manera verbal y contó con la información suficiente y necesaria para entender los beneficios, condiciones, características y consecuencia de efectuar el traslado de régimen pensional. Sostuvo que la accionante en ningún caso es una afiliada lega, pues efectuó múltiples traslados horizontales entre administradoras de fondos de pensiones, en el 2000 a la AFP Colpatria y en el 2003 a Porvenir, actos que sin duda indica el pleno conocimiento de la dinámica del fondo. Propuso como excepciones de fondo las de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe. (fols. 275 y s.s.).

6. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 1 de diciembre del 2020 en la que el fallador declaró no probadas las excepciones propuestas y, por ende, que el traslado realizado al RAIS fue ineficaz, por lo que no produjo efectos jurídicos; declaró que la demandante se encuentra válidamente afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por Colpensiones, y que esta entidad tiene la obligación legal de validar su vinculación, sin solución de continuidad. Como consecuencia de lo anterior, ordenó a la demandada trasladar a Colpensiones todos los valores que hubiese recibido con motivo de la vinculación de la demandante, todo con sus frutos e intereses, tal y como lo dispone el artículo 1746 del Código Civil, y sin autorizar a esa entidad a efectuar descuento alguno, ni siquiera a título de gastos de administración, los cuales deberán ser asumidos con su propio patrimonio. Para lo cual, ordenó a Colpensiones el traslado de fondos que se le realice y convalidarlos su historia laboral; autorizó a la demandada, para que adelante las acciones administrativas correspondientes en procura de obtener que AFP PORVENIR S.A. traslade la totalidad de dineros, en caso de no haberlo hecho, que conformaron la cuenta de ahorro individual de la demandante en esa entidad, incluyendo gastos de administración. (CD fol. 121).

La decisión del Juez se basó, luego de señalar que la actora no era beneficiaria del régimen de transición, para que pudiera así retornar automáticamente al Régimen de Prima Media con Prestación Definida y de remitirse a los medios probatorios aportados y practicados en el proceso, que el formulario de afiliación contenía información de carácter general, sin que hubiese mencionado las características y las circunstancias particulares que acompañaron a la demandante para ese momento, máxime la densidad de cotizaciones que tenía para ese momento; que tampoco se dejó constancia de que el asesor de Porvenir S.A., le hubiere brindado en su momento acerca de las condiciones del régimen pensional, como un cuadro comparativo entre los dos regímenes, incurriéndose de esa manera en una falta al deber de información.

Indicó que en el presente caso Porvenir no demostró que se le brindó a la actora información sobre las consecuencias de su traslado de régimen pensional, no siendo suficiente la suscripción del formulario, dado que la suscripción de este es un deber legal y no contractual; que de acuerdo con la carga probatoria la cual es atribuida al ente accionado, este no probó que haya garantizado una información libre y suficiente que les permita a la afiliación conocer las distintas opciones del mercado y la que mejor que se ajuste a sus intereses, bajo el deber del buen consejo.

7. Impugnación y límites del ad quem.

7.1. Recurso de apelación de la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. Formuló recurso de apelación indicando que

si cumplió con el deber de información exigido en el año 1996, por lo que si le expuso a la actora los beneficios, condiciones y características del régimen, lo cual le permitió validar su afiliación. Indicó que el Juez no precisó que la actora en su interrogatorio de parte admitió que se le informó que en el RAIS iba a tener una cuenta de ahorro individual, la cual no tenía en el otro régimen dado que en esta es común; que se iba pensionar en cualquier edad; que si realizaba aportes voluntarios los montos se iban haber incrementado; que de igual manera ese capital que tenía en la cuenta le iba general unos rendimientos. Situación que para la demandada le permite inferir que si se le brindó información en lo atinente al RAIS.

Por otro lado, aseguró que no es dable exigirle que cumpla con el marco legal que regula actualmente el deber de información, toda vez que la afiliación se dio en el año 1996; que la actora debió informarse y verificar que la información que se le estaba dando por los representantes de Porvenir estaba constada en la Ley, por lo que su afiliación surtió plenos efectos. Se opuso a la devolución de los gastos de administración a la que fue condenada, toda vez que el acto de afiliación fue completamente valido, además por cuanto esa condena no es acorde a los artículos 1746 y 1747 del Código Civil

7.2. Recurso de apelación Old Mutual Pensiones y Cesantías S.A. Indicó que al momento de la afiliación al RAIS se le dio toda la información necesaria sobre el alcance y las consecuencias del traslado del régimen pensional, no solo al momento primigenio de afiliación, sino con posterioridad. Que la demandante nunca se interesó por obtener información acerca de su derecho pensional, sin embargo, que del interrogatorio de parte se puede desprender que la demandante conocía de las características del régimen o por lo menos conocía en que su fundaba el mismo, por lo que contaba con una información veraz que la llevaron a tomar una decisión libre y voluntaria.

Por último, refirió que no es procedente imponer condena por concepto de gastos de administración, en la medida que desde su afiliación a realizado una tarea profesional al administrar los recursos en pensiones, lo cual ha generado rendimientos que obliga el Juez a devolverlos.

7.3. Recurso de apelación Colpensiones. Dijo que de acuerdo al acervo probatorio, la demandante conocía las características esenciales del RAIS, como lo manifestó en el interrogatorio de parte; que así mismo esta indicó que al ser el cambio de fondos de pensiones, ella buscaba rendimientos mayores. Acto seguido, trajo a colación dos pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral-, para significar que la demandante realizó aportes voluntarios, comportamiento que da cuenta la voluntad de permanecer al RAIS.

Indicó que no se puede imponer a las AFP una carga para el momento de la afiliación consistente en dar a conocer o determinar la diferencia en la mesada pensional en los regímenes pensionales, dado que ello resulta imposible pues no conocen los aportes que realizará la demandante durante los últimos años y las condiciones de mercado que pudieran afectar los aportes y rendimientos en la cuenta de ahorro individual.

Finalmente, solicitó que en caso de que se confirmen las condenas relacionadas con la ineficacia o nulidad de la afiliación del demandante, se exonere de la condena impuesta por el *ad quo*, dado que actuó como un tercero de buena fe y no tuvo injerencia en la afiliación de la demandante al RAIS

8. Alegatos Parte demandante. Señaló que se encuentra demostrador que la demandante no tuvo la información eficaz para tomar una decisión conducente y clara para hacer su traslado, además que la charla entregada por parte del Fondos de pensiones nunca fue clara y eficaz para tomar una decisión tan importante que iría a repercutir en su ingreso mensual al momento de pensionarse. Agregó que no puede pretender que el consentimiento escaso de información que, contenidos en los formularios de afiliación, suplan toda la información que se requiere para tomar una decisión tan importante.

9. Alegatos Old Mutual Pensiones y Cesantías S.A. Refirió que las pretensiones de la demanda giran en torno a la Ineficacia/nulidad de la afiliación al RAIS y que la Corte Suprema de Justicia a adocinado que la consecuencia de esta es el regreso automático de las cosas al estado inicial (SL 3464 de 2919); pero también lo es, que corresponde al Juez hacer un estudio de ponderación objetiva en cuanto a las restituciones mutuas y la buena fe que ostenta Skandia Pensiones y Cesantías. En ese sentido, manifestó que actuó de buena fe dentro de toda la relación contractual con la demandante y administró en forma correcta su cuenta de ahorro individual; además la comisión no es del afiliado porque tanto en el RAIS como en el RPM la ley dispone el porcentaje a favor de las administradoras de pensiones y al ordenar que se devuelva el porcentaje de comisión de administración es generar un enriquecimiento sin justa causa a favor de Colpensiones quien no podrá cumplir en forma retroactiva con dicha obligación.

10. Alegatos Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. Dijo que para la fecha en que se realizó dicho acto jurídico de traslado de régimen pensional, 01 de diciembre de 1996, el deber de información se encontraba regido por lo dicho en el numeral 1 del artículo 97 del Decreto No. 663 de 1993, de ahí que para la fecha en que se materializó el traslado de la demandante no se encontraba en cabeza de las AFP el deber de buen consejo, ni la doble asesoría, además el artículo 15 del Decreto No. 656 de 1994, no prescribe un tipo de consentimiento o información que se deba suministrar al potencial afiliado; que no se encuentra acreditado que la demandante hubiese recibido presión alguna para hacer su vinculación al Régimen de Ahorro Individual. Por el contrario, decidió mantenerse vinculada al Régimen de Ahorro Individual y hacer un traslado horizontal. Por último, arguyó que no es procedente la devolución de los gastos de administración, como parte de las prestaciones mutuas que correspondan, y de las sumas que ha pagado por concepto de primas de los seguros previsionales que ha estado obligada a contratar.

11. Alegatos Colpensiones. Señaló que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición legal de traslado establecida en la Ley 797 de 2003, deviene entonces la imposibilidad de trasladarse de régimen, según la normativa citada. Además, el traslado efectuado ante la AFP privada goza de plena validez y no puede ahora la demandante utilizar su propia culpa para beneficiarse. Manifestó que si bien el fundamento de anular el contrato de administración de los fondos pensionales es el error por falta de información siendo que el formato de afiliación es un contrato regido por la voluntad de las partes que no se ha evidenciado sea viciado por error, fuerza o dolo y en el caso concreto este vicio no ha sido probado por la parte actora. Finalmente, adujo que la jurisprudencia actual de la CSJ en su sala laboral ha impuesto el deber del buen consejo y cuidado por parte de las administradoras, también lo es que los afiliados tienen obligaciones que nacen incluso en su calidad de ciudadanos, por lo tanto, no pueden excusarse en el desconociendo de la Ley, para obviar sus deberes.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Los recursos de apelación interpuestos por las demandadas Colpensiones, la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. y Old Mutual Pensiones y Cesantías S.A., se estudiarán de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por las recurrentes y se estudiará en consulta en favor de Colpensiones en lo que le haya sido desfavorable y no haya sido apelado.

Así las cosas, corresponde a la Sala dilucidar el siguiente **problema jurídico principal** ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por la accionante? Para lo cual se abordarán los siguientes **problemas jurídicos secundarios**: (i) ¿Quién tiene la carga probatoria en este tipo de procesos?; (ii) ¿El hecho de firmar el formulario de afiliación es suficiente para acreditar el deber de información?; (iii) ¿El traslado entre diferentes AFP del RAIS convalida la afiliación a dicho régimen? (iv) ¿Las AFPs privadas están obligadas a devolver a Colpensiones las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos?; (v) ¿Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante?; (vi) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita?; (vii) ¿Acertó el Juzgado de primera instancia a imponer costas en contra de Colpensiones?

Ineficacia del traslado de régimen - no nulidad del traslado

Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, debe precisar la Sala que si bien se solicitó la nulidad del traslado de régimen por falta de información al momento en que la demandante se trasladó al RAIS, lo cierto es, que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su **ineficacia y no desde la nulidad**, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 ibídem, por tanto, 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, conforme lo ha expuesto nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado N.º 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que mantiene actualmente entre otras en la sentencia SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

Afiliación, cotización y traslado

Se encuentra demostrado que la señora Victoria Eugenia Durán Bahamón, cotizó al ISS entre el 26 de diciembre de 1984 al 30 de septiembre de 1996, conforme aparece en la historia laboral expedida por Old Mutual Pensiones y Cesantías S.A. (fols. 199 a 206); que el 24 de octubre de 1996 firmó el formulario de afiliación a la AFP Porvenir (fols. 62 y 301); el 28 de marzo de 2000 se afilió a Colpatria Pensiones y Cesantías (fol. 302), posteriormente nuevamente retorno a la AFP Porvenir S.A. el 30 de mayo de 2003 (fol. 303); finalmente, el 11 de noviembre de 2004 se afilió a la Skandia hoy Old Mutual Pensiones y Cesantías S.A. (fos. 64 y 197), sociedad que en la actualidad administra los aportes a pensión de la demandante.

Carga probatoria y deber de información

Para resolver el problema jurídico relacionado con la carga probatoria, debe decirse que la misma recae en la AFP no en la demandante, en primer lugar, porque la omisión en torno al **deber de información** expuesta en el libelo incoatorio tiene la connotación de una negación indefinida, exenta de prueba de conformidad con lo preceptuado en el art. 167 del C.G. del P., en segundo lugar, porque la **custodia de la documentación** así como la obligación legal de brindar información se encuentra en cabeza del fondo, conforme a lo dispuesto desde el Decreto 663 de 1993, y en tercer lugar, porque el literal b) del art 11 de la Ley 1328 de 2009, considera una práctica abusiva la imposición de dicha **carga a los consumidores financieros**, teniendo en cuenta que los afiliados se encuentran en desventaja probatoria además de ser la parte débil de la relación contractual, quienes en este tipo de procesos se enfrentan a una entidad financiera, que cuenta con posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL 1897-2019, ha considerado que son las entidades de seguridad social las que deben garantizar, en caso de estar frente a un traslado de régimen pensional, que existió una decisión informada, que fue verdaderamente autónoma, consciente y objetivamente verificable, en el entendido de que los afiliados puedan conocer los **riesgos** que ello implica, así como los beneficios que le reportaría.

Dicho de otra manera, no se puede predicar la existencia de una manifestación libre y voluntaria cuando quiera que un afiliado al sistema no conoce la incidencia que la decisión de trasladarse de régimen pensional pueda tener, frente a eventuales derechos prestacionales; de ahí que no le corresponda a ella sino a la administradora de fondos de pensiones dar cuenta de que brindó la correspondiente información, que fue clara y suficiente, ya que un engaño no sólo se produce en lo que se dice, sino en el silencio que guarda el respectivo asesor, quien ha de tener la iniciativa de proporcionar todo aquello que resulte relevante y fundamental, tanto lo favorable como lo desfavorable para tomar la decisión e incluso, desanimar al afiliado en caso de que el traslado resulte perjudicial para su derecho pensional.

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 1996- la CSJ ha señalado que las AFP debían hacer una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que la afiliada pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado.

La información en los términos anotados no fue brindada por parte de la AFP Porvenir como acertadamente lo encontró el fallador de primera instancia y que si bien las entidades recurrentes alegan que la demandante aseguró en su interrogatorio que conocía de las condiciones y características del régimen al señalar que los aportes pensionales y sus rendimientos iban enrutados a una cuenta de ahorro individual y que al realizar aportes voluntarios podía pensionar a cualquier edad, lo cierto es que de tal aseveración no demuestra el conocimiento que pudo tener la accionante sobre el RAIS, y contrario a ello a lo que se expone, denota es que tenía algún conocimiento sobre las ventajas del régimen, más no las desventajas y riesgos que le implicaba el traslado y afiliación a la AFP, por ende, dejando en evidencia la inexistencia de prueba alguna que permita inferir que para el momento del traslado se le dio explicación a la señora **MARÍA VICTORIA GÓMEZ FORERO**, acerca de las diferentes modalidades de

pensión, su cálculo, las pérdidas o ganancias en lo que al rendimiento podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, el porcentaje que se destina para gastos de administración y seguros previsionales, los casos en que procede la devolución de aportes, las variables que podía tener la prestación con el paso del tiempo y demás aspectos a los que se hizo mención, los cuales se han dejado sentados por nuestra CSJ en una sólida línea jurisprudencial frente al tema.

Formulario de afiliación

Es necesario indicar que, la Sala no desconoce que para el momento en que la demandante se trasladó al RAIS se encontraba vigente el Decreto 692 de 1994 *"Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 100 de 1993"* en cuyo artículo 11 señala que para adelantar el proceso de vinculación a la AFP se debe diligenciar el **formulario** previsto por la Superintendencia Bancaria y que en el mismo deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones, siendo posible que el formulario contenga la leyenda preimpresa en ese sentido, sin embargo, como lo ha indicado la CSJ desde la sentencia bajo el radicado N.º 31989 del 2008, la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994 y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo impone el art. 1603 del C.C.

Señaló además la Corte en la sentencia SL 2324-2019 al reiterar la sentencia bajo el radicado N.º 33.083 del 2011, que por la doctrina se han elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de transparencia, vigilancia y el deber de información; éste último –información- debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Por tanto, la AFP Porvenir sí estaba en la obligación de proporcionar a la demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarla como potencial afiliada, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarla de tomar una opción que claramente le perjudica, lo cual no se constató en el presente caso.

Saneamiento de la ineficacia ante el traslado entre diferentes AFP dentro del RAIS

En relación con el problema jurídico que busca establecer si existe saneamiento de la ineficacia generada por la falta de información cuando se produce el traslado del afiliado entre diferentes AFP del RAIS, debe señalarse, conforme lo tiene adoctrinado la CSJ, entre otras, en la sentencia SL 1688-2019, que el hecho de que la demandante se hubiese trasladado a diferentes AFP, no tiene la virtualidad o aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP inicial al momento del traslado, toda vez que la **oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado**, no con posterioridad, pues como se vio, la afiliada requiere para tomar decisiones la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato solo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad.

Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente pierde su utilidad, lo que equivale a ausencia de información.

Devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos

Frente al tópico encaminado a determinar si las AFP privadas están obligadas a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones, se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adoctrinado, entre otras, en la sentencia SL 14911-2019 que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, **junto con los rendimientos financieros**. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad **a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades**, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019).

Conforme a ello, no resulta atendible lo argumentos expuestos por la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. y Old Mutual Pensiones y Cesantías S.A. sobre este aspecto, tal y como lo dedujo el juez de primera instancia.

Aceptación de aportes y activación de la afiliación

En relación con el asunto que gira en torno a establecer si Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante, es necesario precisar, que al quedar sin efecto su afiliación al RAIS es claro que su vinculación con COLPENSIONES quedó incólume de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de la AFP los aportes efectuados por la accionante a ésta a fin que reposen en la historia laboral de la administradora de pensiones Colpensiones, quien está en la obligación de activarlos en el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en la sentencia SL4360 de 2019.

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, **ni afecta su sostenibilidad financiera**, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante de manera íntegra a COLPENSIONES, con todos sus frutos e intereses, **sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y comisiones los cuales deberán asumir las AFP PRIVADAS de sus propias utilidades**, pues, al dejarse sin valor y efecto la afiliación, esta declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al régimen, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia-).

Excepción de prescripción

Se debe precisar que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible y así se dejó sentado por nuestra H. Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL1421 de 2019 y SL1689 de 2019.

Costas contra Colpensiones

Frente a las costas, el art. 365 del CGP prevé que se debe condenar en costas a la parte vencida en el proceso, de manera que es procedente imponer costas de primera instancia en contra Colpensiones, tal y como lo señaló el *a quo*, no siendo procedente su revocatoria como lo pretende su apoderado en el recurso de apelación y menos aun cuando, se opuso a todas las pretensiones de la demanda, como se puede observar de su contestación.

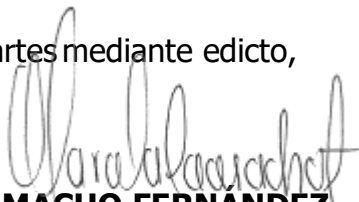
En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

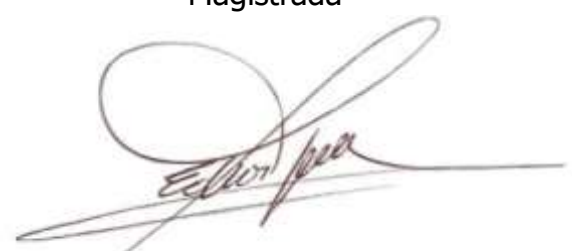
RESUELVE

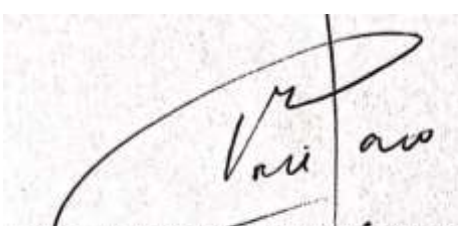
PRIMERO. – CONFIRMAR la sentencia proferida el 1 de diciembre de 2020, por el Juzgado 17 Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO. - SIN COSTAS en esta instancia.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,


DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ
Magistrada


EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado


LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

-Se suscribe con firma escaneada por emergencia sanitaria y estado de emergencia
Res. 380 y 885/20 Min. Salud y Protección Social y D. 417/20-



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE: LUIS ÁNGEL GALVIS CASTELLANOS
DEMANDADO: INDUSTRIA DE ELECTRODOMÉSTICOS S.A.S.
RADICACIÓN: 15-2018-00274-01
ASUNTO: GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA
TEMA: CONTRATO DE TRABAJO A TÉRMINO FIJO

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

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 "*Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica*", se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Luis Ángel Galvis Castellanos, instauró demanda ordinaria contra Industria de Electrodomésticos S.A.S., con el propósito de que se declare que entre las partes inicialmente se celebró un contrato de trabajo a término fijo inferior a un año por tres meses, el cual inició el 21 de mayo de 1985 al 20 de agosto del mismo año; mismo que se prorrogó mediante cláusula inicial por otros tres meses; que entre las partes se celebró un contrato fijo a un año cuyo inició correspondió el 21 de noviembre de 1985 al 20 de noviembre de 1986; que al terminar el contrato de trabajo el 20 de mayo de 2015, le dejaron de liquidar y pagar las prestaciones sociales.

Como consecuencia de ello, solicitó que se dispusiera a su favor el pago de la indemnización consagrada en el artículo 64 del C.S.T.; los perjuicios extrapatrimoniales o morales en 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes; el pago de la indemnización moratoria prevista en el artículo 65 de la misma norma sustantiva, lo que resulte probado ultra y extra petita y las costas procesales.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que la empresa demandada contrató sus servicios personales mediante la modalidad de contrato a término fijo inferior a un año, para desempeñar el cargo de operario, cuyo inició fue el 21 de mayo y su vencimiento el 20 de agosto de 1985; que en dicho contrato se estableció que reemplazaba en su integridad cualquier otra estipulación; sin embargo, mediante cláusula adicional tercera se estableció que la relación laboral se regiría mediante contrato a término fijo de un año a partir del 21 de mayo de 1985, el cual fue prorrogado automáticamente por periodos iguales.

Indicó que en forma irregular fue firmado en dicha data, puesto que éste debió ser a partir del 21 de noviembre de 1985 y su vencimiento el 20 de noviembre de 1986; que la empresa le informa el 17 de abril de 2015, que el contrato vence el 20 de mayo de 2015 y no le será prorrogado; que la empresa demandada le cancela las prestaciones sociales

definitivas, teniendo en cuenta para su liquidación como fecha de ingreso el 21 de mayo de 1985 y de retiro 20 de mayo de 2015, sin embargo, le debió cancelar las prestaciones sociales al 20 de noviembre de 2015.

Finalmente, refirió que al momento de la terminación de la relación laboral devengaba un salario promedio de \$895.470; que durante su vida laboral accedió a los beneficios del pacto colectivo, no tuvo llamados de atención y sanción alguna, sin embargo, fue despedido injustamente después de haber trabajado 30 años en la compañía, lo que conllevó a sufrir moralmente, puso a una situación difícil a su hogar y le trajo una crisis económica; que la empresa le debe al demandante la reliquidación de los rubros pagados en la liquidación definitiva, seis meses de sueldo, subsidio de transporte y demás acreencias laborales. (fls. 2 a 12).

2. Contestación de INDUSTRIA DE ELECTRODOMÉSTICOS S.A.S. Al contestar la demanda se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Sobre los supuestos fácticos refirió que el contrato de trabajo a término fijo suscrito entre las partes el 21 de mayo de 1985, tenía como fecha de vencimiento del plazo fijo pactado el 20 de agosto de 1985, tuvo como extremo final el 20 de mayo de 2015, dado que término por vencimiento de plazo fijo.

Señaló que las prórrogas y pactos que modificaron el término de duración, no fueron producto de una decisión unilateral, sino de mutuo acuerdo entre las partes, dado que la cláusula adicional primera, acordaron que el término fijo del contrato vencería el 20 de agosto de 1985; en la cláusula adicional segunda, mediante la cual acordaron que el término fijo vencería el 20 de noviembre de 1985; cláusula adicional tercera las partes decidieron modificar el término fijo de tres meses al de un año, aclarando que dicho término se computaría desde el 21 de mayo de 1985, fecha en la que dio inicio al contrato.

Por último, señaló que sus prestaciones legales fueron calculadas al 20 de mayo de 2015; que el salario básico mensual del demandante ascendió a \$866.039; que le fueron reconocidos y pagados todos los días de vacaciones a que tuvo derecho durante la vigencia de la relación laboral; que con su actuar no le infringió un sufrimiento moral ni un impacto emocional al demandante, toda vez que la terminación del contrato se ajustó a lo previsto en el ordenamiento laboral, además, recibió como liquidación final la suma de \$15.891.712. Propuso como excepciones de fondo las que denominó inexistencia de las obligaciones, inexistencia de las obligaciones indemnizatorias, cobro de lo no debido, compensación, pago, buena fe y prescripción. (fol. 167 a 187)

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 11 de julio del 2019, en el que el fallador absolvió a la demandada de todas y cada una de las pretensiones de la demanda; declaró probada las excepciones y condenó en costas a la parte demandante. (CD fol. 287)

Su decisión se basó, luego de remitirse a las normas que regulan el contrato de trabajo a término fijo, así como, a la cláusula general del mínimo de derechos y garantías laborales, contenida en el artículo 15 del C.S.T., que en su libertad contractual las partes establecieron la fecha de inicio del contrato laboral en la modificación del plazo pactado, dado a que le era más beneficioso, pues garantizaba la antigüedad de la relación laboral. En tal virtud, no advirtió irregularidad o contravención a la Ley, dado que el demandante en verdad inició su vínculo el 21 de mayo de 1985, solo que se cambió el plazo de tres meses a un año, lo cual le era más favorable.

Añadió que, frente a la prórroga sucesiva del contrato de trabajo a término fijo, esta conserva su esencia de ser temporal, independientemente de las veces que el mismo sea

prorrogado, tal y como lo señala el artículo 46 del C.S.T.; por la misma razón no mutua a un contrato a término indefinido. En ese sentido, señaló que la terminación del contrato se dio por una causa legal, como es el cumplimiento del plazo pactado, por lo que no hay lugar al pago de la indemnización del que trata el artículo 64 del C.S.T., ni al pago de las prestaciones sociales e indemnización moratoria, pues entiende, que lo buscaba la parte demandante era el pago de estos emolumentos desde el día posterior a su terminación al 20 de noviembre de 2015.

Por último, arguyó en lo referente a la indemnización de perjuicios, que aunque ella no requiere prueba para su demostración, pues es un hecho que la terminación del contrato de trabajo le genera afectación tanto en su salud, como en su vida familiar; sin embargo, no procede ella cuando la demandada actuado conforme a la Ley, dada que la terminación fue por causa legal prevista por el legislado; que en gracia discusión de generarse la indemnización, la forma de resarcir el daño sería como lo establece el artículo 64 del C.S.T., que prevé la tasación anticipada de perjuicios, que comprende el lucro cesante y el daño emergente, misma que como advirtió fue negada. (CD fol. 287)

4. Alegatos parte demandante. Refirió que la decisión del señor Juez viola el artículo 13 del C.S.T. y se presenta dicha violación a la norma por cuanto da plena validez a las cláusulas adicionales de las prórrogas del contrato suscrito por Indusel S.A. y el demandante afectando de esta manera sus derechos mínimos y garantías. Indicó que inició a trabajar el 21 de mayo de 1985, por lo tanto, para esa época regía el Decreto 2351 de 1965 bajo y no la Ley 50 de 1990, por lo que no permitía prorrogar el término fijo sino se trataba de los casos contemplados en el numeral 4º del Decreto, por lo que, al no ser un trabajador altamente calificado o técnico, en tanto que entró como un operario que le podían asignar cualquier labor por incremento de la producción, por lo que se conculcaron sus derechos y garantías, lo cual no fue analizado por el ad quo.

5. Alegatos parte demandada. Señaló que el demandante y su empleador modificaron para todos sus efectos el término fijo inicial del contrato pasándolo a un año y establecieron con total claridad que dicho periodo se contabilizaría anualmente teniendo en cuenta la fecha de ingreso del señor Galvis Castellanos, esto es del 21 de mayo de 1985 al 20 de mayo de 1986 y así sucesivamente. Por lo que acertó el Juez en su sentencia cuando dio por probado que el plazo fijo del contrato de trabajo finalizaba, de acuerdo con lo pactado, el 20 de mayo de cada anualidad.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El presente proceso se estudia en grado jurisdiccional de consulta en favor del demandante, por ser la sentencia de primera instancia totalmente desfavorable y no haber apelado.

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar los siguientes **problemas jurídicos**:

(i) ¿Las partes modificaron el extremo inicial del contrato de trabajo suscrito el 21 de mayo de 1985, en la tercera cláusula adicional acordada el 21 de noviembre del mismo año? De ser afirmativa la respuesta, (ii) ¿El actor tiene derecho al reconocimiento de las prestaciones sociales que pudiesen ocasionarse entre la fecha de terminación del contrato de trabajo y su fecha de vencimiento, es decir, entre el 21 de mayo y el 21 de noviembre de 2015?; (iii) ¿El demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de las indemnizaciones previstas en el artículo 64 y 65 del C.S.T.? y (iv) ¿La demandada debe pagar a título de perjuicios extrapatrimoniales o morales la suma de 100 smmv como consecuencia de la terminación del contrato laboral?

De la relación laboral, sus extremos, modalidad y duración

Para resolver el primer problema jurídico que concita la atención de la Sala, es preciso señalar que las partes no cuestionan las reflexiones en torno a la existencia de la relación laboral, ni la labor de operario que desempeñó el accionante, la cual posteriormente fue modificada a la de Técnico de Servicios, hechos que fueron aceptados en la contestación de la demanda, y se corroboran con el contrato de trabajo (folio 18), el certificado laboral expedido el 17 de abril de 2015 (folio 16), la comunicación de terminación (folio 13) y la liquidación de prestaciones sociales (folio 17).

Ello significa, que lo que se cuestiona y debe dilucidar esta Corporación, es determinar la duración contractual que se suscitó entre las partes a partir del 21 de noviembre de 1985, como quiera que el demandante aduce que en dicha data se celebró un nuevo contrato a término fijo de un año, con fecha de inicio el 21 de noviembre de 1985 y vencimiento el 20 de noviembre de 1986, el cual se prorrogó automáticamente y por tanto, debía fenecer el 20 de noviembre de 2015, en virtud del aviso de no prórroga y no el 20 de mayo de 2015, como aconteció.

Sobre este aspecto, es del caso recordar, que el contrato de trabajo a término fijo, tiene unas características notables que los hacen diferentes de las demás modalidades. Su término de duración, naturalmente, es una condición preponderante en su distinción; razón por la cual, además, de constar por escrito, en él debe indicarse la voluntad de las partes de someterlo o ejecutarlo dentro de un tiempo previamente convenido, pudiendo prorrogarlo de acuerdo con las hipótesis legales previstas, sin que por ello pierda su esencia ni cambie la modalidad de indefinido, a menos que así lo dispongan las partes antes de generarse la tácita reconducción o en el momento de su finalización, cambiando la modalidad y duración del contrato de trabajo.

Es por ello que la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia siempre ha mantenido su postura en determinar que el contrato de trabajo a término fijo, *"goza de plena validez y eficacia en nuestro ordenamiento jurídico, a la vez que las formas a través de las cuales se estructura, se desarrolla y se termina conforme lo establecen con claridad, entre otros, los arts. 46, 55 y 61 del CST. La razón es sencilla y es que debe entenderse que a pesar de que el contrato de trabajo a término indefinido es la regla general de la vinculación tal como lo prevé el art. 47 Ibídem, el legislador dota al empleador de otras modalidades contractuales para que pueda adecuar sus nóminas y personal a las necesidades cambiantes de la producción o de la prestación de servicios."* (SL15610-2016)

Así, véase como el legislador realza este tipo de vinculación laboral, al otorgarle como unas de las formas de terminación del contrato, la expiración del plazo fijo pactado, conforme a lo dispuesto en el artículo 61 del C.S.T., lo cual no se equipará al despido sin justa causa.

Esbozados como se encuentran los aspectos normativos sustanciales y jurisprudenciales aplicables al caso, esta Sala, de la revisión detallada del citado contrato de trabajo suscrito entre las partes el día 21 de mayo de 1985 y sus cláusulas adicionales, observa que si bien, al momento primigenio de celebrar el contrato de trabajo a término las partes pactaron que su duración correspondería a tres meses, lo cierto es que a la suscripción de la cláusula adicional tercera estos dejaron constancia de que la relación laboral se mantendría rigiendo por el citado contrato, sin embargo, continuaría prorrogándose automáticamente por periodos iguales de un año, si no se da el aviso contractual y legal, asegurando en todo caso que su vencimiento lo sería el 20 de mayo del año 1986 y que este reemplazaría *"en todas sus partes a los anteriores contratos a término fijo inferior de*

un año que se hubiere suscrito entre las mismas partes por motivos de incrementos en la producción". (folio 19)

En ese sentido, la estipulación contractual esbozada en vigencia de la relación laboral, lo que indica es que las partes quisieron modificar la duración del contrato ya existente, esto es, de tres meses a un año, lo cual deja en evidencia que su verdadera intención al suscribirla, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, no era construir una nueva relación laboral, sino mantenerla en el tiempo, intención esta que estuvo presente y se materializó a lo largo de su subsistencia, no siendo factible en el *examine* afirmar que se celebró un nuevo contrato a término fijo inferior a un año, para aceptar la tesis expuesta que su inicio no correspondió al 21 de mayo de 1985, sino el 21 de noviembre del mismo año.

Lo anterior, además por cuanto se advierte que el cambio de la duración contractual fue producto del mutuo acuerdo y no de una decisión unilateral; variación amparada en el ejercicio de la autonomía de la voluntad, por ello, no puede ser de recibo que el accionante quien suscribió la cláusula adicional tercera, pretenda ahora desconocerla a través de esta vía judicial sin presentar prueba alguna que acredite la existencia de algún vicio en su consentimiento o la vulneración del mínimo de derechos y garantías consagradas por la ley laboral a su favor.

Por manera que, siguiendo los derroteros expuestos por nuestra CSJ, en especial, en sentencia SL814-2018, nada impide en el derecho positivo del trabajo que los contratantes decidan variar las condiciones de trabajo, siempre y cuando resulten validas y correspondan a la realidad, lo que sucede en este asunto, dado que del caudal probatorio no se infiere que la intención del empleador fuera la de eliminar las garantías laborales de su trabajador. Por el contrario, la cláusula adicional tercera superó el término de tres meses que previamente las partes habían pactado al inicio del contrato, para en su lugar mantenerla por vigencias de un año, lo que conllevó a que la relación contractual permaneciera vigente por espacio de 35 años, lo que denota que el interés del dador del laborio fue de mantener en el tiempo la relación laboral, sin el propósito de menoscabar o burlar sus derechos laborales.

Así las cosas, ningún reproche merece la decisión a la que arribó el sentenciador de primer grado, quien señaló que las partes al celebrar dicha cláusula tuvo por objeto mantener la antigüedad del trabajador y que al cambiar la duración del contrato de trabajo le era más favorable, ya que la realidad probatoria que integra el diligenciamiento no apunta a que se haya incurrido en una violación al principio de prevalencia de la realidad sobre las formas contractuales; contrario a ello, lo que si se prueba es que esa modificación a la duración del contrato provino de la libertad contractual con que cuentan las partes para establecer lo mejor que les convenga, de modo que, obliga no solo a lo que él se expresa sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la relación jurídica o que por la Ley pertenecen a ella, tal y como se dispone en el artículo 55 del C.S.T.

De otra parte, debe precisar la Sala que las causales de terminación del contrato de trabajo son taxativas y están contempladas en el artículo 61 *ibídem*, conllevando a que por la modalidad del nexo existente entre las partes, la causal referida por la demandada en la comunicación de folio 13, para dar ruptura al nexo, se enmarque dentro de éstas, siendo por tanto eficaz lo pactado en la cláusula adicional del contrato, concluye la Sala que la desvinculación se tornó en legal y justa, lo que implica que el demandante no tenga derecho al reconocimiento de la respectiva indemnización conforme al artículo 64 *ejusdem* como pretende.

Así es, como quiera que, al cabo de la última prórroga del contrato de trabajo, es decir, la comprendida entre el 21 de mayo de 2014 al 20 de mayo de 2015, su empleador con 30 días de antelación al vencimiento manifestó clara e inequívocamente su intención de no prorrogar el citado contrato, cumpliendo así con lo dispuesto en el artículo 46, numeral 1 del C.S.T. En este orden de ideas, no habrá lugar a las pretensiones relacionadas con el pago de las prestaciones sociales posteriores al 20 de mayo de 2015, indemnización por despido sin justa causa e indemnización moratoria.

De los perjuicios extrapatrimoniales o morales

Solicita la parte actora, que se condene a título de indemnización los perjuicios extrapatrimoniales o morales como consecuencia de la ruptura del vínculo laboral, dado que le trajo consigo un impacto emocional que lo conllevó a sufrir moralmente, atravesar por una situación difícil en su hogar y tener dificultad económica.

Sobre el particular, es del caso resaltar que para hablar de indemnización de perjuicios es necesario acreditar los elementos que estructurales de la responsabilidad general, esto es, el daño, la culpa y el nexo causal entre lo primero y lo segundo; en efecto, la imputación de responsabilidad requiere de tres elementos concurrentes: el padecimiento de un daño por parte de quien reclama la indemnización; una actuación culposa o dolosa de la demandada en el proceso y un nexo de causalidad entre la culpa y el daño. Cada uno de estos elementos es considerado como un presupuesto axiológico de la responsabilidad que debe acreditar en cualquier reclamación de esta naturaleza.

Descendiendo al caso en concreto, la parte imputa a la demandada el suceso de la terminación de la relación laboral que le trajo consigo un daño moral; aunque para esta Sala es un hecho cierto que la ruptura del vínculo contractual trae como consecuencia tristeza, frustración y dolor, que puede conllevar a un deterioro moral, no solo del sujeto a quien se le termina, sino de su grupo familiar, al versen afectados sus ingresos mensuales, permitiendo colegir de aquello en cierto grado un presupuesto de la concurrencia de la responsabilidad general; sin embargo, en este asunto no quedó demostrado la actuación culposa y reprochable de la demandada, cuando esta decidió no prorrogar el contrato de trabajo del actor, lo que supone que al no estructurarse uno de los presupuestos, es decir, el actuar reprochable, tampoco sería posible predicar un nexo de causalidad que permita afirmar que fue el actuar culposo la causa adecuada del daño cuya indemnización pretende.

Lo anterior, por cuanto a que el obrar de la demandada se ajusto a las leyes laborales, pues el finiquito del vínculo laboral recayó sobre una causal legalmente determinada en la norma sustancial, esto es, "*por expiración del plazo fijo pactado*", misma que se hizo saber con treinta días de antelación, según lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 46 del C.S.T., de ahí que su obrar no tenga fuente inmediata en un hecho antijurídico o un obrar negligente, como lo pretende hacer valer el demandante, sino por el contrario, su actuación se enmarcó dentro de la legalidad.

Sobre este aspecto, basta con traer a colación la sentencia SL14618-2014, que la que se indicó:

"Aun cuando el Código Sustantivo del Trabajo prevé una indemnización ante la terminación unilateral del contrato sin justa causa, la misma únicamente comprende, en los términos de su artículo 64, el lucro cesante y el daño emergente. Esto significa que es posible que se resarza el daño moral cuando quiera que se pruebe que este se configuró ante una actuación reprochable del

empleador, que tenía por objeto lesionarlo, o que le originó un grave detrimento no patrimonial."

Más adelante indicó:

"Aunque es obvio que toda pérdida del empleo produce en el individuo frustración, tristeza o sentimientos negativos, tal situación no es la única que debe mirarse para imponer una condena por daño moral, dado que es necesario ponderar la manera como el trabajador se vio afectado en su fuero interno, y cómo la actividad de la empresa lo lesionó injustificadamente."

En tal contexto y al no encontrarse reunidos los presupuestos jurídicos ni facticos para que proceda la condena, se confirmará en su integridad la sentencia proferida en primera instancia.

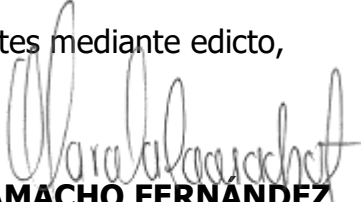
En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

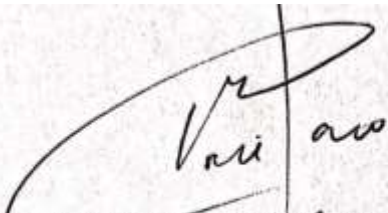
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 11 de julio de 2019, por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en este grado jurisdiccional de consulta.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,


DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ
Magistrada


EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado


LUIS ALEREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: *ORDINARIO LABORAL*
DEMANDANTE: *OLGA PARDO URQUIJO (Q.E.P.D)*
CURADOR AD LITEM: *DAVID ESTEBAN SALAZAR ARCE*
DEMANDADO: *TEMPORALES UNO A BOGOTÁ S.A.S. Y OTRO*
RADICACIÓN: *12-2016-00452-01*
ASUNTO: *GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA -APELACIÓN DE SENTENCIA*
TEMA: *EMPRESAS DE SERVICIOS TEMPORALES, TRABAJADORES OFICIALES, LEY 361 DE 1997, INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO SIN JUSTA CAUSA.*

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

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 "*Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica*", se procede a proferir la siguiente,

AUTO

ADMITIR la renuncia presentada por el Dr. JULIÁN GALVIS TORRES, identificado con la C.C. No. 18.401.037 y T.P. No. 223.831 del C.S. de la J., como apoderado de la demandada TEMPORALES UNO A BOGOTÁ S.A.S., de conformidad con el artículo 76 del C.G.P.

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Marta Janneth García Gómez, instauró demanda ordinaria contra Temporales Uno A Bogotá S.A.S. y Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Policía Nacional de Colombia, con el propósito de que se declare que entre la Sociedad demandada y la demandante existió un contrato de trabajo, desde el 1 de abril de 2007 al 3 de abril de 2014, para beneficio de la entidad pública, siendo esta última solidariamente responsable de las pretensiones de la demanda. Como consecuencia de ello, solicitó que se dispusiera a su favor horas extras diurnas y nocturnas dejadas de cancelar en la suma de \$13.894.197; que como quiera que el contrato de trabajo fue terminado unilateralmente de las codemandadas estando la demandante incapacitada y en situación de debilidad manifiesta, sin que hubiera existió una justa causa y sin previo aviso a la oficina de trabajo, se cancele la indemnización equivalente a 180 días de salario que establece el artículo 26 de la Ley 361 de 1997; el pago de la indemnización consagrada en el artículo 64 del C.S.T.; perjuicios patrimoniales y morales en las sumas; la indexación de las condenas; lo que resulte probado ultra y extra petita y, costas procesales.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que con fecha 1 de abril de 2007, aproximadamente se inicia una relación laboral con el Centro Social de Oficiales de la Policía Nacional, para desarrollar actividades extras en el servicio de aseo; que dicha relación fue formalizada el 1 de julio de 2007 por intermediación de Activos S.A., empresa dedicada a suministrar la prestación de servicios con terceros beneficiarios, para desempeñar la misma actividad en el citado Centro Social, bajo la subordinación de Clara Cecilia Moreno y Olga Patricia Hernández Umaña, Jefes de servicios generales.

Indicó que durante la vigencia del contrato de trabajo se gestionaron por parte de la entidad varias contrataciones con empresas temporales así: Activos S.A. en el periodo de 2007; GYE Grupo y Estrateg del 2007 al 2009; Selecciones de Colombia LTDA del 2009 al 2010; Ocupar y Compañía LT de febrero de 2010 a junio de 2010; Acrecer Temporal LTDA de 2010 a 2012; y Temporales Uno – A Bogotá S.A. desde el año 2013 hasta la terminación.

Señaló que para el año 2013 presentó un cuadro de enfermedad laboral denominada “*Síndrome del manguito rotador, síndrome del túnel del carpo bilateral, epicondilitis medial y lateral bilateral, tendinitis flexo – extensores carpo bilateral*”, de modo que le ordenaron dos cirugías y recomendaciones laborales, situación aquella que conocían las demandadas; que en febrero 4 de 2014, le realizaron análisis de puesto de trabajo, sin embargo, pese a la situación de salud que le aquejaba, por orden del Sargento Duvalier, Jefe de Talento Humano de la entidad, acaparando la terminación del contrato con la temporal, decide dar por finiquitado el vínculo contractual, situación que le fue informada mediante llamada telefónica. (fls. 96 a 106).

2. Contestación de TEMPORALES UNO A BOGOTÁ S.A.S. Al contestar la demanda se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Sobre los supuestos fácticos refirió que en virtud del contrato comercial suscrito entre Temporales Uno A Bogotá S.A.S. y La Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Policía Nacional de Colombia, se abrió la vacante, por lo que la demandante se presentó y se sometió a un proceso de selección, siendo suscrito un contrato por obra o labor el 1 de octubre de 2013, enviándose, entre otros, a la aquí trabajadora en misión al Centro Social de Oficiales Policía Nacional, ya que cumplía con el perfil solicitado, el cual se terminó dado que la trabajadora no regresó a sus labores a partir del 3 de abril de 2014, entendiéndose esto como su deseo de renunciar al cargo que venía desempeñando, procediendo a liquidar y pagar su contrato hasta dicha data.

Adujó que la demandante no notificó de las supuestas circunstancias de salud que la aquejaban, máxime que del análisis del puesto de trabajo no se encontró factores de riesgo que pudieran afectar la salud de la trabajadora. Propuso como excepciones de fondo las que denominó inexistencia de contrato de trabajo, inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, inexistencia de terminación del contrato sin justa causa por parte del empleador, existencia de vinculación laboral legal – existencia de un contrato por obra o labor, inexistencia del derecho a la estabilidad laboral reforzada, buena fe y prescripción. (fol. 236 a 264)

3. Contestación de LA NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – POLICÍA NACIONAL DE COLOMBIA. En auto calendado del 27 de octubre de 2017, el *A-quo*, tuvo por contestada la demanda, sin embargo, ante la falta de contestación de los hechos, tuvo por probado los siguientes: 1° al 4°, 6° al 17°, 19° al 28°. Ahora, en lo atinente a las pretensiones de la demanda, se opuso a las mismas argumentando la inexistencia del vínculo laboral con la demandante, dado que se trató de contratación

mediante la modalidad de prestación de servicios, regulado por el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, por lo que la calidad de la demandante en todos y cada uno de los contratos fue siempre de contratista, con el propósito de satisfacer una necesidad temporal del Centro Social de Oficiales.

Señaló que no existió solidaridad de las pretensiones de la demanda, dado que la relación contractual no fue directa y, además, por la clase de contratos de prestación de servicios que rigen a la entidad con la empresa que suministra el personal, ya que la entidad para satisfacer temporalmente las necesidades realizó contratación con la temporal bajo la modalidad de Selección Abreviada – Menor Cuantía. Propuso como excepciones de fondo las que denominó inexistencia de contrato de trabajo por ser de prestación de servicios profesionales, inexistencia de las obligaciones demandadas, cobro de lo no debido, pago total de los honorarios correspondientes a los contratos de prestación de servicios suscritos y a favor del demandante y buena fe. (fol. 115 a 124 y 294)

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 11 de julio del 2019, en el que el fallador declaró la existencia de relación de trabajo entre la demandante y La Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Policía Nacional de Colombia, entre el 1 de abril de 2007 al 3 de abril de 2014 y a la temporal demandada la condición de intermediaria con responsabilidad solidaria; como consecuencia de tal declaración, condenó a la entidad al pago de la indemnización por despido sin justa causa; la correspondiente a la que trata el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, es decir, por situación de discapacidad; a Temporales Uno A Bogotá S.A.S., la solidaridad de las condenas, con el límite porcentual del 14.35%; y costas procesales. (CD fol. 337)

Su decisión se basó, luego de tener por probado los hechos relativos a que la demandante prestó servicios a favor del Centro Social de Oficiales de la Policía Nacional, como consecuencia de las vinculaciones a diferentes entidades de servicios temporales, que las disposiciones que regulan el funcionamiento de las empresas de servicios temporales han señalado que no pueden discrepar de la condición jurídica laboral del Código Sustantivo del Trabajo, en tal sentido, aunque la demandante buscó una única relación con la temporal aquí demandada y la solidaridad de La Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Policía Nacional de Colombia, en el asunto en concreto observó específicamente que se dio transgresión al artículo 77 la Ley 50 del 90, reputando en consecuencia que la relación que ató a la demandante lo fue con la entidad pública codemandada, atribuyéndole las consecuencias correspondientes.

Así, respecto de la solicitud de trabajo suplementario, indicó que si bien la trabajadora tenía un horario de 6:00 a.m. a 10:00 p.m., hecho que acreditó el testigo Rubio Ramírez y la certificación que emitió Temporales UNO-A, no obstante, había jornada compensatoria al día siguiente, lo cual hacía que no se cumpliera en su totalidad la jornada de 48 horas semanales, pues se hallaba aceptado la condición de jornada flexible que trata los artículos 161 y siguientes del Código Sustantivo del Trabajo, razón por la que absolvió a las demandadas de esta pretensión. En lo atinente con la indemnización equivalente a 180 días de salario que establece el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, consideró de la prueba documental que se aportó, demostraba que la demandante si tenía específicamente condiciones que restringían o impedían sustancialmente el desempeño de labores en condiciones regulares, y en esa medida al no existir una justa causa en la terminación del vínculo laboral, ni causa legal, condenó a dicha pretensión.

Finalmente, sobre los perjuicios morales y materiales señaló que son condiciones derivadas de una ejecución extracontractual, por lo que la responsabilidad contractual debe ser específicamente demostrada, con elementos adicionales, so pena que se tase por la tarifa legal que ha sido establecida y que deriva de la aplicación del artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo. En tal sentido, advirtió que al no establecerse el término de la relación laboral con la entidad pública, la reputará como indefinida y extraerá el cálculo de la indemnización por despido sin justa causa a partir de la tabla que establece la Ley 789 del año 2012, artículo 29 modificatoria artículo 64 del CST.

(CD fol. 337)

5. Impugnación y límites del ad quem.

5.1. Recurso de apelación de Temporales Uno A Bogotá S.A.S. Formuló recurso de apelación indicando que la demandante fue contratada con anterioridad por otras empresas de servicios temporales, lo cual no competía conocerlo, dado que accedió a la requisición de personal, que hizo el Centro Social de Oficiales de la Policía Nacional en donde señaló tener un incremento en sus necesidades y por lo tanto requerir personal en misión. Por lo anterior, adujo que, al ser una empresa legalmente constituida, quien tiene dentro de su objeto social, el prestar servicios temporales y que tiene todas las pólizas para cumplir con estas labores, decidió contratar a la actora por obra o labor de conformidad con la ley, de conformidad con el artículo 77 de la Ley 50/1990 y el D 4369 2006, sin que extralimitará el término de temporalidad.

En lo referente a la indemnización por despido sin justa causa, arguyó que siendo carga probatoria de la demandante demostrar el despido, esta no demostró que fuese así, pues

si bien la parte alega, que fue despedida mediante llamada telefónica, no existe dentro del expediente ni una sola prueba que dé cuenta de ello. Por último, señaló que la demandante no se encontraba en un estado de debilidad manifiesta, así al no obrar prueba del despido, ni tampoco prueba de su disminución física que le impidiera realizar sus labores es equivocado emitir una sentencia condenatoria en tal sentido.

6. Alegatos de conclusión. Vencido el término concedido en providencia anterior, las partes no presentaron alegatos; precisando que referente con la solicitud del Curador Ad Litem, no es posible tener en cuenta la coadyuvancia en tanto que la apoderada de la demandante no presentó los mismos.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El presente proceso se estudia en grado jurisdiccional de consulta en favor de la demandada Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Policía Nacional de Colombia, por ser la sentencia de primera instancia desfavorable y no haber apelado. El recurso de apelación interpuesto por la demandada Temporales Uno A Bogotá S.A.S., se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuesto por la recurrente.

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar los siguientes **problemas jurídicos**:

- (i) ¿El nexo contractual de la demandante con la encartada Temporales Uno A Bogotá S.A.S., se situó a través de un contrato de trabajo vigente entre el 1 de abril de 2007 al 3 de abril de 2014?

- (ii) ¿Es factible declarar la responsabilidad solidaria de La Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Policía Nacional de Colombia, como beneficiario de la obra?
- (iii) O por el contrario colegir ¿El Ministerio de Defensa Nacional – Policía Nacional de Colombia es el verdadero empleador de la demandante y la empresa temporal un simple intermediario?
- (iv) En todo caso determinar ¿Es procedente el pago de la indemnización por despido sin justa causa e indemnización del que trata el artículo 26 de la Ley 361 de 1997?

De la relación laboral y su modalidad contractual.

Para resolver los problemas jurídicos que concitan la atención de la Sala, es preciso señalar en cuanto a la vinculación que aduce la encartada sostuvo como entidad usuaria con la demandante, quien señala le prestó sus servicios como trabajadora en misión enviada por varias empresas de servicios temporales, que el Decreto 4639 de 2006, compilado en el Decreto 1072 DE 2015 (Decreto Único Reglamentario del sector del Trabajo), concordante con lo dispuesto en el artículo 71 de la Ley 50 de 1990, refiere que las empresas de servicios temporales (EST) *"son aquellas que contratan la prestación de servicios con terceros beneficiarios para colaborar temporalmente en el desarrollo de sus actividades, mediante la labor desarrollada por personas naturales, contratadas directamente por la empresa de servicios temporales, la cual tiene con respecto de éstas (sic) el carácter de empleador"*.

En ese sentido, su objeto consiste en el suministro de mano de obra con el fin de ponerla a disposición de una tercera persona, natural o jurídica (empresa usuaria), quien determina sus tareas y supervisa su ejecución; por manera que los empleados en misión son considerados trabajadores de la empresa de servicios temporales, pero por delegación de esta, quien ejerce la subordinación material es la usuaria.

Sin embargo, en sendos pronunciamientos la H. Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral, ha señalado que solo puede acudir a esta figura de intermediación laboral para algunos eventos específicos y excepcionales como son el desempeño de las labores ocasionales, accidentales o transitorias a que se refiere el artículo 6 del Código Sustantivo del Trabajo; cuando se requiere reemplazar personal en vacaciones, en uso de licencia, en incapacidad por enfermedad o maternidad; y para atender incrementos en la producción, el transporte, las ventas de productos o mercancías, los períodos estacionales de cosechas y en la prestación de servicios, por un término de seis (6) meses prorrogable hasta por seis (6) meses más (artículo 77 de la Ley 50 de 1990).

Así entonces, reiteró en sentencia con radicación SL4330-2020, que:

"En efecto, en el marco constitucional (art. 53 CP) y legal existe una preferencia hacia las relaciones laborales estables y duraderas. Por ello, este tipo de vinculaciones fueron concebidas con un carácter netamente transitorio, excepcional y taxativo. Transitorio porque el servicio es, por definición, temporal; es decir, para satisfacer necesidades puntuales y transitorias, que bien pueden ser o no del objeto social de las empresas. Excepcional porque debe enmarcarse en una o varias de las situaciones enunciadas en el artículo 77 de la Ley 50 de 1990, y taxativo porque no

está previsto para colmar cualquier requerimiento temporal, sino aquellos de los descritos en la norma en cita."

Dicho ello y de cara a los supuestos fácticos probados en el caso analizado, no se puede admitir el argumento con el que justifica la pasiva en su contestación de demanda, la vinculación de la actora como trabajadora en misión enviada por una empresa de servicios temporales, si se tiene en cuenta que la promotora del proceso antes, durante y después del interregno que estuvo vinculada como trabajadora en misión, desempeñó las mismas labores a favor de La Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Policía Nacional de Colombia, sin que las actividades desplegadas correspondieran a labores temporales determinadas por circunstancias específicas, como lo señaló el Juez de primer grado.

Ello es así, dado que de los medios de convicción aportados al proceso dan cuenta que la señora Olga Pardo Urquijo (q.e.p.d.), prestó sus servicios a favor de La Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Policía Nacional de Colombia, por un lapso superior a 7 años, para ejercer las mismas labores, situación aquella que no solo fue discutida por la entidad al declararse probados los hechos relacionados con ello, sino además, tales circunstancias se lograron desprender de los certificados que obran a folios 7 a 15 del expediente, mismos en las que se hizo constar lo siguiente:

- La empresa Activos S.A., señaló que desde el 1 de julio al 29 de agosto de 2007, fue trabajadora en misión a la usuaria Centro Social de Oficiales Policía Nacional. (folio 7)
- Seleccionemos de Colombia LTDA, certificó que la demandante fue trabajadora en misión de servicios generales desde el 4 de agosto de 2009 al 15 de febrero de 2010. (folio 7)
- Acrecer Temporal LTDA, hizo constar que, desde el 26 de febrero de 2010 al 31 de enero de 2011, del 21 de febrero de 2011 al 18 de febrero de 2012 y desde el 20 de febrero de 2012 al 24 de agosto de 2012, trabajó como empleada en misión de la entidad usuaria Centro Social de Oficiales. (folio 7)
- Temporales UNO – A certificó que la demandante labora como trabajadora en misión, para la empresa usuaria Centro Social de Oficiales, desde el 1 de octubre de 2013, con una asignación salarial de \$771.656, más auxilio de transporte.

Lo anterior, quedó registrado en la certificación expedida el 23 de abril de 2013 por la misma entidad demandada, según la cual da cuenta que la demandante *"Comprometida con alto sentido de pertenencia en las labores como auxiliar de Servicios Generales quien lleva laborando con esta entidad 6 años, devengando un sueldo de \$771.000"* (folio 14); Aspecto, que incluso el testigo Rubier Ramírez Tunjuelo en su declaración señaló ser así, en tanto que adujo que el tiempo que la demandante prestó los servicios personales en el Centro Social de Oficiales, lo fue por un espacio de 7 años.

En tal sentido, las actividades de aseo que desarrollaba la actora no correspondían a labores temporales determinadas por circunstancias específicas, por el contrario, era un requerimiento permanente en la entidad usuaria que debía ser atendido con un trabajador directamente vinculado por ella, de tal manera, que aunque no desconoce la Sala que la actora buscaba una relación laboral directa con la temporal demandada dentro del 1 de abril de 2007 al 3 de abril de 2014 y atar a la codemandada como solidaria de las pretensiones elevadas en el escrito genitor, de conformidad con el

artículo 34 del C.S.T., sin embargo, en este caso específico, las circunstancias que rodearon la prestación del servicio de la actora no permiten que fuesen gobernadas bajo ese rito normativo, tal y como lo señaló el juez de primer grado, en tanto, que existen elementos de persuasión que permiten concluir que la demandante continuó vinculada con la accionada por más tiempo del legalmente previsto para el trabajo en misión.

En consideración a lo anterior, resulta necesario señalar que al no haberse encontrado dentro de las circunstancias contempladas en el Art. 6 del Decreto 4639 de 2006 para contratar al aquí demandante como trabajadora en misión de la entidad usuaria, hecho que permitió superar el límite dado por el legislador para este tipo de contrataciones, la demandada Empresa de Servicios Temporales, pasa a ser un empleador aparente y un verdadero intermediario que oculta su calidad en los términos del artículo 35-2 del Código Sustantivo del Trabajo, de modo, que el usuario ficticio, es decir, La Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Policía Nacional de Colombia, se considerará su empleador, y por ende, la temporal, pasara a responder solidariamente.

Planteamiento aquel, que impera sin importar la naturaleza jurídica del cargo (vinculación privada u oficial), en tanto que, como ya lo advirtió de vieja data la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 22 de febrero de 2006, radicación 25717, "(..) *las normas que regulan el trabajo humano son de orden público, luego los pactos que las infrinjan por ser ilegales o ilícitos se consideran ineficaces, de acuerdo con los principios intrínsecos que contienen los artículos 43 del C.S.del T; común por su naturaleza tanto para las personas que presten sus servicios en el sector privado u oficial, 2º del Decreto 2615 de 1942 y 18 del Decreto 2127 de 1945, aplicables a los trabajadores oficiales, pero conforme al primero de los preceptos citados, todo trabajo ejecutado en virtud de un convenio ineficaz, que corresponda a una actividad lícita, faculta al trabajador para reclamar el pago de sus salarios y prestaciones legales.*" Criterio que se ha mantenido hasta el momento. (SL4330-2020, SL467-2019, SL1228-2018)

Ahora, no sobra precisar que la solidaridad que demanda a la Empresa de Servicios Temporales, lo es sobre el tiempo que la demandante estuvo vinculada aparentemente con ella, como bien lo señaló el juez de primer grado, y que tuvo como respaldo la sentencia del 17 de abril de 2012, con radicación 38255.

Extremos laborales

Ahora bien, establecido que el vínculo que unió a la demandante con la entidad pública se dio a través de una verdadera vinculación laboral, le compete a la Sala establecer los extremos de dicha relación. Frente a lo cual, basta con señalar que se encuentra plenamente demostrado que la aquí actora inició su relación laboral el 1 de abril de 2007 y que la misma terminó el 3 de abril de 2014, pues no fue un hecho controvertido por la entidad pública demandada, por cuanto se tuvo como probado tal supuesto factico, además, la Empresa de Servicios Temporales, no la controvertió en su alzada.

Salario

En lo atinente al salario devengado por la actora en vigencia de la relación declarada, es del caso resaltar que sobre este aspecto se allegó para su demostración el extracto bancario expedido por Bancolombia, que se encuentra adosado a folio 54 y 55 del expediente, en el que se observa lo siguiente:

FECHA	CUANTÍA
31/01/2014	\$788.240
28/02/2014	\$733.418
28/03/2014	\$730.575
16/04/2014	\$52.290
PROMEDIO DEVENGADO	\$768.174.33

En consecuencia, se tendrá para todos los efectos como último salario devengado por la actora la suma de \$768.174.33.

Calificación de la naturaleza del vínculo.

Con respecto a la calificación de la naturaleza del vínculo que une a una persona con la entidad oficial a la cual presta servicios de índole laboral, no puede ser determinada por la voluntad de las partes o por la clase de acto mediante el cual se hizo la vinculación, sino por la ley de manera general y excepcionalmente por los estatutos de la entidad, de conformidad con el artículo 5° del Decreto 3135 de 1968.

Así mismo, el artículo 3° del Decreto 1214 de 1990 regula la administración del personal civil que presta los servicios, entre otros a la Policía Nacional, clasificándolos en empleados públicos y trabajadores oficiales en el entendido que estos últimos se vinculan a través de contrato de trabajo. En ese sentido, el artículo 132 de dicho canon, establece que la vinculación laboral se realizará mediante contrato de trabajo, "(..) *a personas naturales para el desempeño de labores técnicas, docentes, científicas, de construcción y mantenimiento de obras y equipos, de confecciones y talleres, **cuando la actividad o labor no está contemplada para ser desempeñada por empleados públicos.***"

Por lo tanto, tenemos que la actora es trabajadora oficial dado que prestó sus servicios personales a favor de la entidad, en el cargo de "Auxiliar de Servicios Generales", actividad que no está contemplada para ser desempeñada por un empleado público.

Indemnización por despido sin justa causa.

La Empresa de Servicios Temporales demandada, argumentó en su apelación que no se dan las condiciones para que sea condenada solidariamente a su pago, en tanto que la demandante no demostró el despido, carga probatoria que le correspondía.

Sobre tal aspecto, es cierto que en reiteradas oportunidades la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha señalado que en tratándose de discusiones relativas a la legalidad o justeza de la terminación del contrato laboral, existe para cada una de las partes la respectiva carga probatoria, razón por la cual ha sostenido que se debe partir del supuesto que la demostración del despido le corresponde a la parte actora y la justificación o comprobación de las causales o hechos que motivaron la decisión, le compete a la demandada, en términos del artículo 167 del C.G.P.

Aplicado lo anterior al presente asunto, se advierte que si bien es cierto en el plenario no obra prueba documental ni testimonial referente que demuestre el despido, tal acontecimiento no da la virtud de aniquilar la condena impuesta, en tanto, que como se advirtió a lo largo de la sentencia, a la entidad codemandada se le tuvo por probado el hecho 22 de la demanda, según el cual, el "*Sargento DUVALIER, Jefe de Talento Humano de la entidad CENTRO SOCIAL DE OFICIALES DE LA POLICÍA NACIONAL, y acaparando*

la terminación del contrato de trabajo con la entidad TEMPORALES UNO -A BOGOTÁ S.A., deciden dar por terminado el CONTRATO LABORAL de mi poderdante.”

Así las cosas, al evidenciarse que la demandante cumplió con su carga probatoria y de otra, que la demandada cumplió con el deber de comunicarle a su trabajadora las causas y motivos de su decisión, surge para Sala estudiar si la pasiva acreditó que la terminación fue como consecuencia de una justa causa.

En tal virtud, y como quiera que dicha circunstancia no fue probada, en tanto que si bien el artículo 47 del Decreto 2127 de 1945, permite la terminación por la realización de la obra o labor contratada, lo cierto es que, en el presente asunto se determinó la ineficacia de dicho contrato suscrito entre la temporal y la demandante, al ser declarado único empleador a la entidad usuaria, esto es, a La Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Policía Nacional de Colombia, de modo que al no habersele fijado término alguno, este se considera para todos los efectos, según lo dispuesto en el artículo 40 del Decreto 2127 de 1945, a término indefinido, pactado por seis meses, siguiéndose la regla del plazo presuntivo, mismo que se entendió prorrogado en las mismas condiciones y por períodos iguales.

Así las cosas, al no haberse comunicado por parte del empleador la expiración del plazo presuntivo, o en sumo haberse demostrado una justa causa por su finiquito, habrá lugar al pago de la indemnización prevista en el artículo 51 ibídem. Ahora, como quiera que Juez de primer grado calculó dicha indemnización con en el artículo 64 del C.S.T., hecho que no reprochó la parte demandante, ni la forma de establecer la base de liquidación, cuando esta debió seguir la regla del plazo presuntivo, misma que era superior a la conferida, se mantendrá incólume la decisión sobre este aspecto.

Indemnización de los 180 días por situación de discapacidad (artículo 26 de la Ley 361 de 1997).

Pretende la actora se condene a las demandas al pago de 180 días de salario a título de indemnización por haber terminado su contrato laboral sin la autorización previa de la respectiva autoridad, pues aduce se encontraba en tratamiento médico por presentar cuadro de enfermedad laboral y con recomendaciones laborales, ha de resolverse tal cuestión a la luz de lo dispuesto en la Ley 361 de 1997.

Así, con el fin de resolver el problema jurídico relacionado con establecer si el ente público actuó de manera discriminatoria frente a la trabajadora al momento del despido, la Sala decisión debe recordar en primer lugar, que respecto del alcance de la Ley 361 de 1997, es clara la desaparición en el sistema jurídico de la determinación de la discapacidad por grados, según las limitaciones moderada, severa y profunda, quiere ello decir, que no puede acudir a estas escalas para determinar el ámbito de la protección de la estabilidad laboral reforzada por discapacidad, en atención a que el Decreto 1352 del 26 de junio de 2013, en su artículo 61 derogó el Decreto 2463 de 2001, que precisamente en su artículo 7º establecía los grados de severidad de la limitación, luego no resulta plausible concurrir en este caso en concreto a dichos grados para determinar la limitación, máxime cuando se evidencia que la terminación del contrato de trabajo es posterior a la fecha en que ya había entrado a regir el Decreto 1352 de 2013 (26-06-2013), pues la finalización se produjo el 3 de abril de 2014.

Siguiendo este hilo conductor, al perder sustento legal la tesis jurisprudencial que exigía la determinación de los grados de moderada, severa y profunda para la protección

especial por la discapacidad, merced a la derogatoria del artículo 7º del Decreto 2463 de 2001, por lo menos, desde su derogatoria expresa, estamos ante una circunstancia normativa que obliga a acudir a otra forma de interpretación para establecer si la limitación en la salud del trabajador es o ha sido la causa del finiquito del vínculo laboral, que no puede ser otra que la definida por la Corte Constitucional en la sentencia SU-049 de 2017 (M. P. María Victoria Calle), en la cual se determinó que una vez las personas contraen una enfermedad o presentan, por cualquier causa (accidente de trabajo o enfermedad común o laboral) **una afectación médica de sus funciones que les impida o dificulte sustancialmente el desempeño de sus labores en condiciones regulares**, experimentan una situación constitucional de debilidad manifiesta y se exponen a la discriminación, lo cual se buscó proteger con la expedición de la Ley 361 de 1997.

Adicionalmente, la Corte Constitucional en la sentencia T-041 del 2019, estableció que la estabilidad laboral reforzada representa para el empleador que conoce del estado de salud del empleado un deber que se concreta en su reubicación atribuyéndole otras labores. Si en lugar de reasignarle funciones lo despide, se presume que la desvinculación se fundó en la condición del trabajador, y como consecuencia, dicha determinación se torna ineficaz.

No obstante, señaló que el trabajador en condición de discapacidad o que tiene limitaciones físicas, psíquicas o sensoriales que le impiden o dificultan sustancialmente el desarrollo de sus funciones puede ser despedido **cuando incurre en una causal objetiva para la terminación del contrato**; pues de no existir dicha causal el empleador tiene el deber ineludible de contar con la autorización previa del Inspector del trabajo para dar por culminado el vínculo laboral.

Concluye la Corte que cuando el despido se hace sin previa autorización del inspector del trabajo, la jurisprudencia constitucional ha aplicado *"la presunción de desvinculación laboral discriminatoria"*, entendiéndose que la ruptura del vínculo laboral se fundó en el deterioro de salud del trabajador; evento en el cual le corresponde al empleador utilizar los medios probatorios a su alcance con el objetivo de desvirtuar dicha presunción.

Al respecto en la sentencia T-320 de 2016, se dijo que: *"en razón al estado de vulnerabilidad en que se encuentra un trabajador con alguna discapacidad física, sensorial o psíquica esta Corporación ha invertido la carga de la prueba de manera que sea el empleador quien deba demostrar que la terminación unilateral del contrato tuvo como fundamento motivos distintos a la discriminación basada en la discapacidad del trabajador."*

Colofón de lo expuesto, es claro para la Corporación que la demandante debe acreditar que contaba con circunstancias de salud física o mental **que le impedían o dificultaban ejecutar la labor de manera trascendental**, y que el empleador conocía de ellas previo al momento de la terminación del contrato de trabajo, para que entre a operar el ámbito de protección de la Ley 361 de 1997. Una vez probada la circunstancia de salud le corresponde al empleador demostrar la justa causa que tuvo para dar por terminado el contrato de trabajo y por la cual no era necesario solicitar autorización al Ministerio de Trabajo.

En este orden, se entrará a determinar bajo los anteriores parámetros la procedencia de la garantía de estabilidad laboral, por lo que acudiendo a las pruebas documentales obrantes en el proceso, se evidencia únicamente de ellas que a la demandante le fueron analizadas las condiciones laborales de la situación de trabajo a fin de establecer el

origen de su patología el 4 de febrero de 2014, por Seguros de Vida Colpatria S.A.; así mismo, que fue incapacitada laboralmente dado al diagnóstico Síndrome del Túnel Carpiano desde el 14 de abril al 13 de mayo de 2014. Sin embargo, ello no obsta para perder de vista que de acuerdo con las implicaciones que surgieron de la no contestación de los supuestos facticos de la demanda, se tuvo por probado el hecho expuesto por la actora, enlistado en el numeral 19 de la demanda, según el cual se señaló lo siguiente:

"Sin embargo, para el año 2013, mi poderdante presenta un cuadro de enfermedad laboral denominada SÍNDROME DEL MANGUITO ROTADOR, SÍNDROME DEL TÚNEL DEL CARPO BILATERAL, EPOCONDILITIS MEDIAL Y LATERAL BILATERAL, TENDINITIS FLEXO – ESTENSORES CARPO BILATERAL, por lo que el médico tratante ordenó cirugía de MIEMBROS SUPERIOR DERECHO, POR CONDUCTOS SENSITIVOS SEGMENTARIOS DE MEDIANOS AUSENTES, PARA CONTINUAR CON LA CIRUGÍA DE MIEMBRO SUPERIOR IZQUIERDO POR BLOQUEO PALMAR SEVERO, POSTERIORMENTE CIRUGÍA DE MIEMBRO SUPERIOR IZQUIERDO POR BLOQUEO PALMAR SEVERO, FINALMENTE CIRUGÍA DEL MANGUITO ROTADOR CON TRATAMIENTO DE FISIOTERAPIA PARA LA EPICOPOR TENDINOPATIA DEL SUPRAESPINOZO CON RUPTURA PARCIAL DE 8MM ADYACENTE A LA INVERSIÓN, UNA ARTROSIS ACROMIOCLAVICULAR, UNA TENDINOPATÍA DEL INFRAESPINOZO Y DEL SUBESCAPULAR, UNA BURSITIS SUBACROMIOSUBDELTOIDEA, ordenando igualmente recomendaciones para realizar en el trabajo."

Así las cosas, el acopio del material probatorio da cuenta que la actora tenía una condición de salud que venía desarrollándose por lo menos según indica la demandante desde el año 2013, lo que permite inferir que su condición de salud se encontraba bastante comprometida pues no solo le fueron diagnosticadas dichas enfermedades, sino también fue sometida a una cirugía, limitación física que la colocaba en situación discapacitante y razón por la que la Administradora de Riesgos Laborales Colpatria analizará las condiciones de su puesto de trabajo, para establecer el origen de su patología, permitiendo concluir que al momento de la terminación del contrato laboral en efecto se encontraba en un tratamiento médico dada su condición de salud.

En ese orden, es claro que en el marco de la vinculación contractual la trabajadora experimentó una situación de debilidad manifiesta por razón de su enfermedad la que, por demás, conoció debidamente el empleador pese a que indique que ello no fue así, si se tiene en cuenta que a folios 16 y 17 del expediente, obra correo electrónico enviado a cesof.gutah@policia.gov.co, en el que se pone de presente al "Sargento Duvalier" la presunta enfermedad laboral de la demandante *"quien trabaja en el CESOF en el cargo de servicios generales, para el reconocimiento de la enfermedad se requiere que la empresa temporal UNO A realice acompañamiento y seguimiento a al puesto de trabajo. Donde se debe realizar la evaluación del puesto de trabajo y emitir concepto sobre los factores de riesgo a los que está expuesta la colaboradora en mención."*

También en dicho correo electrónico, se puso de presente que la actora se encontraba en lista de espera para la cirugía de Túnel del Carpo, advirtiendo que la necesidad del informe de evaluación de puesto de trabajo, pues ello también implicaba el reconocimiento de la enfermedad por la ARL, con el propósito de garantizar el pago de la incapacidad.

En este contexto, es evidente que el problema de salud por parte de la trabajadora determinó la finalización de su vinculación contractual, o pues así ha de presumirse en el sentido que la entidad demandada en ningún momento desvirtuó esta circunstancia

ni esgrimió un argumento razonable y objetivo, pues todos sus argumentos se fundaron en la inexistencia del vínculo laboral con la demandante, atendiendo a que el vínculo contractual lo fue como trabajadora en misión, evidenciándose de ello, que no solicitó autorización al Ministerio de Trabajo para dar por terminado el contrato laboral, sino que como ya se advirtió en líneas precedentes, lo fue sin justa causa.

De este modo, al constatar que la desvinculación se produjo sin una justa causa y sin el aval de la autoridad laboral correspondiente, se deberá presumir que la causa de la terminación del vínculo fue el estado de salud que le aquejaba a la señora Olga Pardo Urquijo (Q.E.P.D), por lo que habrá de confirmarse en su en su integridad la sentencia proferida en primera instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 11 de julio de 2019, por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en este grado jurisdiccional de consulta.

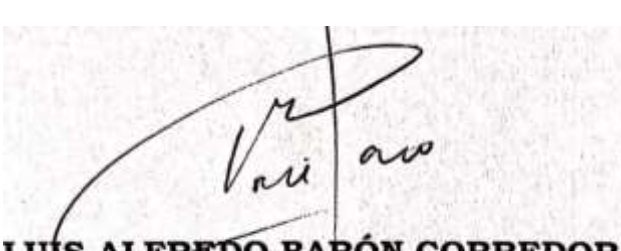
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE: OLGA LUCIA AVELLANADA DE DEL PORTILLO
DEMANDADO: COLPENSIONES
RADICACIÓN: 11001-31050-01-2018-00335-01
ASUNTO: APELACIÓN SENTENCIA CONDENATORIA
TEMA: INDEMNIZACIÓN SUSTITUTIVA DE LA PENSIÓN DE VEJEZ

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

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 "Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica", se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. OLGA LUCIA AVELLANADA DE DEL PORTILLO, instauró demanda ordinaria contra COLPENSIONES con el fin de que se declare que tiene derecho a la indemnización sustitutiva de pensión de vejez del que trata el artículo 37 de la Ley 100 de 1993, junto con el pago de los intereses moratorios del artículo 141 de la misma preceptiva. En consecuencia, se condene a la demandada al reconocimiento y pago de dicha prestación económica, junto con los citados intereses, indexación, lo que resulte probado ultra y extra petita y las costas del proceso. (fols. 2 a 10).

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló que nació el 10 de julio de 1952 y se afilió al entonces Instituto de Seguros Sociales desde el 5 de septiembre de 1986 al 31 de octubre de 2010, cotizando un total de 554 semanas, cantidad que no le permite acceder al pago de una pensión de vejez. Conforme a lo anterior, solicitó el reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva de vejez, misma que le fue negada en razón a la incompatibilidad con la pensión de jubilación que le fue otorgada por la Policía Nacional.

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Ésta fue notificada en debida forma (fol. 40); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de COLPENSIONES. Dio contestación con oposición a todas y cada una de las pretensiones argumentando que la demandante no es acreedora de la indemnización sustitutiva, toda vez que por estricto cumplimiento de lo normado por

el artículo 128 de la Constitución Política existe incompatibilidad con la pensión que ya percibe por el Ministerio de Defensa – Policía Nacional mediante Resolución 04286 del 22 de diciembre de 2020. Propuso como excepciones de fondo las de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido prescripción y la genérica. (fols. 41 a 46).

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 19 de noviembre de 2020, en la cual el Juzgado condenó a la demandada a reconocer y pagar a la actora la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez; igualmente, impuso costas a la encartada, pero negó las demás pretensiones de la demanda. (CD fol. 61)

Como sustento de su decisión indicó que si bien la norma supra legal prohíbe devengar más de una asignación proveniente de los recursos del estado, lo cierto es que de conformidad con el criterio de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, los aportes que se realizan a Colpensiones, ni las prestaciones que reconoce esta no son una asignación que provenga del erario, por ser simple un ente administrador, por manera que la pensión que le fue reconocida a la actora por parte del Ministerio de Defensa Nacional – Policía Nacional y la prestación que reclama tienen distintos orígenes, ya que la primera nació de los servicios que prestó por un espacio de 20 años, 4 meses y 7 días a dicha entidad; y la otra de aportes realizados como trabajadora particular e independiente. Respecto de los intereses moratorios del que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, consideró que no proceden los mismos en cuanto a que esta procede solo en caso de mesadas pensionales.

5. Impugnación y límites del ad quem. Colpensiones impugnó la decisión solicitando se revoque en su totalidad el fallo proferido en primera instancia, por considerar que se desconoció lo dispuesto en la el artículo 17 de la Ley 549 de 1999 en tanto dispone que todos los tiempos laborados o cotizados serán utilizados para la financiación de la pensión que disfruta la actora, por lo que la entidad jubilante deberá hacer todos los trámites para la obtención de los aportes; por manera que no se puede predicar el derecho de la indemnización sustitutiva, además, por ser esta incompatible y su reconocimiento atenta con el erario.

6. Alegatos parte demandada. Refirió que la demandante acredita un total de 3,844 días laborados, correspondientes a 549 semanas; que nació el 10 de julio de 1952 y actualmente cuenta con 68 años. Sin embargo, referente a la indemnización sustitutiva pretendida señaló que resulta ser incompatible con la pensión que tiene reconocida en el Ministerio de Defensa, conforme a la Ley 549 de 1999.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por el recurrente, y se estudiará en consulta en su favor en lo que no haya sido apelado y le sea desfavorable.

El problema jurídico que centra la atención de la Sala consiste en establecer: ¿Acertó el Juzgado de primera instancia al reconocer la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez reclamada, por considerarla compatible con la pensión de jubilación concedida al actor por el Ministerio de Defensa Nacional?

Calidad de pensionado y afiliación al RMPMD

Se encuentra probado dentro del proceso que mediante Resolución 04286 del 22 de diciembre de 2000, el Ministerio de Defensa Nacional, reconoció a favor de la señora Olga Avellaneda de Del Portillo, una pensión mensual de jubilación a partir del 11 de septiembre de 2000, en cuantía inicial de \$1.152.857.97, quien venía prestando sus servicios en la Policía Nacional desde el 19 de agosto de 1980 y hasta el 11 de septiembre de 2000 (fols. 20 a 22).

Conforme al reporte de semanas cotizadas en pensiones se observa que, el actor se afilió al RPMPD el 5 de septiembre de 1986, dentro del cual realizó sus aportes a través de distintos empleadores de naturaleza pública y privada hasta el 31 de octubre de 2010, completando un total de 554 semanas de cotización (fols. 12 y s.s.).

Compatibilidad de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez con la pensión de jubilación

En cuanto a la compatibilidad pretendida, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL2655-2018, en la cual se solicitó la compatibilidad entre una pensión del Magisterio y una pensión de vejez por parte de Colpensiones, consideró que teniendo en cuenta que los docentes se encuentran exceptuados del Sistema General de Pensiones de la Ley 100 de 1993 cuando laboran para entidades oficiales, si paralelamente prestan sus servicios para una persona jurídica o natural de carácter privado, pueden afiliarse a una administradora de pensiones, cotizar a la misma, con el subsecuente efecto de que al cumplimiento de las exigencias previstas en su régimen, accederán a las prestaciones propias del mismo.

Igualmente, indicó la CSJ que los reglamentos del ISS -a lo que hay que sumarle lo establecido en la Ley 100 de 1993- no restringen la posibilidad de que los profesores de establecimientos educativos de orden particular, aporten para obtener la pensión de vejez, antes bien, de su contenido lo que se colige es que son afiliados forzosos al Sistema, de manera que sus empleadores se encuentran obligados a vincularlos y a sufragar los correspondientes aportes, hasta tanto permanezca vigente la relación laboral.

La tesis expuesta, resulta perfectamente aplicable al presente caso, pues conforme al artículo 279 de la Ley 100 de 1993 quedan exceptuados del Sistema General de Pensiones también los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, como ocurre en el caso de la actora. En ese orden, es claro para la Sala de Decisión que las afiliaciones realizadas por esta a Colpensiones resultan válidas, como sucede en la situación de los docentes oficiales.

Así las cosas, y considerando que se encuentra acreditado que la demandante se encontraba exceptuada del Sistema General de Pensiones consagrado la Ley 100 de 1993 por ser miembro de las Fuerzas Militares, y que además laboró para empleadores de naturaleza privada y pública, quienes en cumplimiento de sus obligaciones legales, hicieron las respectivas cotizaciones para cubrir los riesgos de IVM a Colpensiones que se advierten de la historia laboral visible a folio 12 y s.s., las cuales no fueron tenidas en cuenta para el reconocimiento de la pensión de jubilación concedida por el Ministerio de Defensa Nacional, como se establece claramente en la Resolución N° 04286 del 22 de diciembre de 2000, expedida por dicha entidad, en la cual se observa que se tomaron tiempos diferentes a los que se cotizaron a Colpensiones lo cual se dejó sentado desde el inicio de este proveído, es claro que acertó el *a quo* al concluir que la

prestación de jubilación y la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez pretendida son compatibles.

Ahora bien, en cuanto a la incompatibilidad constitucional que alega Colpensiones al contestar la demanda y en la apelación, en tanto considera que en virtud del artículo 128 de la C.P. no es procedente percibir dos asignaciones del tesoro público, ha de decirse que conforme lo ha definido de antaño la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL4036-2019, los dineros con los que el ISS hoy Colpensiones paga las prestaciones que concede, no tienen la calidad de asignación del tesoro público, en tanto los aportes que sirven para su financiación no tienen origen en fondos de naturaleza pública, dado que son realizados por empleadores y trabajadores, respecto de los cuales la entidad de seguridad social es un mero administrador, además en cuanto a las cotizaciones que recibe el ISS de una entidad oficial, si bien provienen del Tesoro, constituyen un patrimonio de afectación parafiscal, por estar destinados exclusivamente a engrosar el fondo común para el pago de las pensiones conforme a la ley, pues su finalidad es contribuir con el financiamiento de ese régimen, y por tanto los dineros que en un comienzo fueron propios del erario, dejan de serlo al quedar trasladados a la entidad de seguridad social, entrando a engrosar una reserva parafiscal que por ficción legal y constitucional dejan de ser propiedad de la entidad, a más de que una parte de esos aportes o cotizaciones sale del patrimonio de la trabajadora.

Bajo las condiciones expuestas, procede la Sala a verificar si la demandante reúne los requisitos preestablecidos para ser merecedora de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez que reclama.

Conforme al art. 37 de la Ley 100 de 1993 tienen derecho a la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez las personas que, habiendo cumplido la edad para obtener la pensión de vejez, no hayan cotizado el mínimo de semanas exigidas y declaren su imposibilidad de continuar cotizando.

En el presente caso, tenemos que la demandante cumplió los 57 años de edad exigidos en la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003, el 10 de julio de 2009 (fol. 11) (norma que le resulta aplicable ante la pérdida del régimen de transición al no contar con 750 semanas a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 001 de 2005), y al revisar la historia laboral visible a folio 12 vuelto aparece que únicamente alcanzó a cotizar 554 semanas en toda su vida laboral, siendo claro que no reunió las 1.150 que exige dicha norma para el año 2009; además, elevó solicitud de reconocimiento de la indemnización sustitutiva el 30 de diciembre de 2016 (fols. 17 y s.s.), de lo cual se deduce su incapacidad para continuar cotizando, por lo que es claro que cumple con los requisitos previstos en el art. 37 de la Ley 100, para acceder a la indemnización sustitutiva que reclama. Por tanto, acertó el Juzgado de primera instancia al reconocer la mencionada prestación.

Para su liquidación y dado que no se allega la historia laboral detallada de la actora, se debe indicar que la misma equivale a un salario base de liquidación promedio semanal multiplicado por el número de semanas cotizadas y al resultado se le aplica el promedio ponderado de los porcentajes sobre los cuales haya cotizado la afiliada, conforme al artículo 3º del Decreto 1730 de 2001.

Igualmente, en el presente caso, deberá considerarse que el salario base debe indexarse al año 2016, fecha en que se causó la prestación, pues en dicha anualidad

el actor solicitó expresamente el reconocimiento de la indemnización sustitutiva. (fols. 17 y ss.).

Excepción de prescripción

En cuanto a la excepción de prescripción tal y como lo tiene adoctrinado la Corte Constitucional entre otras en la sentencia T695A del 2010 el derecho a reclamar la indemnización sustitutiva es imprescriptible.

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

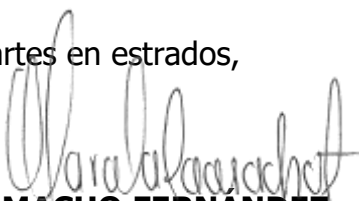
RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia proferida el 19 de noviembre de 2020, por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido ordenar a Colpensiones que, para efectos de liquidar la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez reconocida al actor, aplique los parámetros expuestos en el artículo 3º del Decreto 1730 de 2001, indexando el salario base al año 2016.

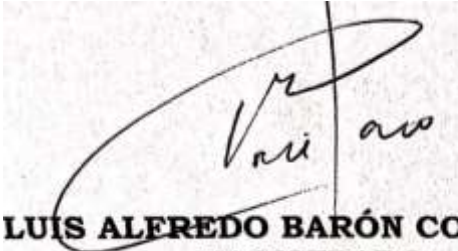
SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia consultada.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

La presente providencia se notifica a las partes en estrados,


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada


EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado


LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE: OSWALDO ALFREDO LÓPEZ MELO
DEMANDADO: HOLSAN S.A.S. – REORGANIZACIÓN
RADICACIÓN: 22-2017-00233-01
ASUNTO: GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA
TEMA: CONTRATO DE TRABAJO – LEY 361

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

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 *"Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"*, se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Oswaldo Alfredo López Melo, instauró demanda ordinaria contra Holsan S.A.S. – Reorganización con el propósito de que se ordene el reintegro al cargo que venía desempeñando, por haber sido despedido mientras gozaba de la protección especial de la estabilidad laboral reforzada. Como consecuencia de ello, solicitó el pago de los salarios causados desde el día en que ocurrió el despido y hasta que se produzca el reintegro, junto con el pago de las costas y agencias en derecho. (fl 95).

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló que el día 8 de abril de 2014, entre las partes, celebraron un contrato de trabajo a término indefinido, para desempeñar el cargo de Técnico de Campo, percibiendo la suma de \$2.211.540 pagaderos mensualmente. Indicó que el 21 de diciembre de 2014, sufrió un accidente laboral el cual le ocasionó un fuerte dolor lumbar, mismo que fue reportado a la ARL Sura, por lo que se dio inició a su tratamiento médico. Refirió que fue diagnosticado con Hernia Discal L5-S1, como resultado de una resonancia magnética ordenada por el galeno tratante.

Manifestó que estando en curso el tratamiento, la citada ARL le comunicó el día 3 de marzo de 2015 su finalización, calificando su pérdida de capacidad laboral en un 0% y advirtiéndole que se encontraba apto para laboral, situación que conllevó a que el empleador el 5 de marzo de 2015 terminara el contrato de trabajo sin mediar justa causa, liquidando la indemnización correspondiente, sin previa autorización de la oficina de trabajo; y a pesar de que se encontraba en incapacidad laboral y tenía pendiente 10 terapias, además de la recomendación médica emitida por salud ocupacional, el empleador decide despedir, lo que deja en evidencia un quebranto a su derecho a la estabilidad laboral reforzada por encontrarse en estado de debilidad manifiesta. (fl 94 y s.s).

2. Contestación de la empresa demandada. La empresa demandada al contestar la demanda se opuso a las pretensiones de esta. En lo atinente a los supuestos fácticos aceptó no solo la existencia del contrato de trabajo a término indefinido desde el 8 de abril de 2014, sino el salario devengado por el trabajador y las funciones realizadas por este. En lo que respecta al accidente laboral acaecido, señaló que el trabajador sufrió el mismo derivado de un comportamiento inseguro, que le generó un lumbago no especificado y tratado según indicaciones de la ARL; que presentó incapacidades laborales de dos días, comprendidas entre el 29 al 30 de diciembre de 2014, así mismo, que asistió a fisioterapias, y dado que las mismas fueron realizadas en la ciudad Bogotá, decidió su traslado a dicha ciudad, ya que no podía realizar sus funciones en los pozos. Que el trabajador posteriormente tuvo incapacidades del 19 de febrero al 23 de febrero de 2015, que al término de su finalización el trabajador presentó solicitud de reintegro a sus labores como técnico de campo, por lo que a partir de dicha data se encontró activo en la compañía. Sin embargo, refirió que para la fecha de terminación del contrato de trabajo el demandante no se encontraba incapacitado, por la misma razón que no debía pedir autorización a la oficina del trabajo, dado que la ARL ya había dado por finalizado el proceso de calificación de accidente de trabajo, misma que resultó en 0% de pérdida de capacidad laboral. Finalmente, propuso como excepciones de fondo las que denominó buena fe, cobro de lo no debido y genérica. (fol. 127 y s.s.)

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 17 de septiembre del 2019, en la que el fallador absolvió a la demandada de todas las pretensiones incoadas en su contra, declaró probada la excepción de cobro de lo no debido y condenó en costas al demandante. (CD fol. 215)

Su decisión se basó, luego de tener por probados los hechos relacionados con la existencia de la relación laboral, sus extremos, modalidad contractual, el salario, funciones y la forma en que terminó el contrato de trabajo, mismo que refirió fue sin justa causa; de reproducir el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, los artículos 13 y 53 de la Constitución Política y, los lineamientos jurisprudenciales tanto por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, como de la Corte Constitucional, para significar que el actor no se encontraba bajo esos postulados legales y constitucionales, en razón a que al actor al momento de la terminación del contrato de trabajo, no se encontraba incapacitado o recaída sobre este algún tipo de restricción médica, máxime que la ARL Sura dictaminó que el actor no ostentaba ninguna pérdida de capacidad laboral dado que determinó que era del 0%, al cual no se le interpusieron los recursos de Ley. (CD fol. 215)

4. Alegatos de conclusión. Las partes no presentaron alegatos de conclusión dentro del término concedido.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El presente proceso se conoce en consulta en favor del demandante. Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar el siguiente **problema jurídico**:

¿Se configuran los presupuestos del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, para determinar que el despido del señor Oswaldo Alfredo López Melo se torna ineficaz?

De la relación laboral y su terminación

Previo a resolver el problema jurídico planteado, es preciso señalar que no existe discusión en esta instancia respecto a la relación laboral que existió entre las partes en Litis, quedando demostrado que el señor Oswaldo Alfredo López Melo prestó sus servicios personales a la empresa HOLSAN S.A.S. – REORGANIZACIÓN, mediante contrato de trabajo a término

indefinido, durante el periodo comprendido entre el 8 de abril del 2014 y el 5 de marzo del 2015, y que finalizó de manera injusta por decisión unilateral del empleador, hechos que fueron aceptados en la contestación de la demanda y se corroboran con el contrato de trabajo (fol. 2 y 3) y la carta de su terminación (fol. 7).

De la estabilidad laboral reforzada

En cuanto al problema jurídico relacionado con establecer si la empresa actuó de manera discriminatoria frente al trabajador al momento del despido, la Sala decisión debe recordar en primer lugar, que respecto del alcance de la Ley 361 de 1997, es clara la desaparición en el sistema jurídico de la determinación de la discapacidad por grados, según las limitaciones moderada, severa y profunda, quiere ello decir, que no puede acudir a estas escalas para determinar el ámbito de la protección de la estabilidad laboral reforzada por discapacidad, en atención a que el Decreto 1352 del 26 de junio de 2013, en su artículo 61 derogó el Decreto 2463 de 2001, que precisamente en su artículo 7º establecía los grados de severidad de la limitación, luego no resulta plausible concurrir en este caso en concreto a dichos grados para determinar la limitación, máxime cuando se evidencia que la terminación del contrato de trabajo es posterior a la fecha en que ya había entrado a regir el Decreto 1352 de 2013 (26-06-2013), pues la finalización se produjo el 5 de marzo de 2015.

Siguiendo este hilo conductor, al perder sustento legal la tesis jurisprudencial que exigía la determinación de los grados de moderada, severa y profunda para la protección especial por la discapacidad, merced a la derogatoria del artículo 7º del Decreto 2463 de 2001, por lo menos, desde su derogatoria expresa, estamos ante una circunstancia normativa que obliga a acudir a otra forma de interpretación para establecer si la limitación en la salud del trabajador es o ha sido la causa del finiquito del vínculo laboral, que no puede ser otra que la definida por la Corte Constitucional en la sentencia SU-049 de 2017 (M. P. María Victoria Calle), en la cual se determinó que una vez las personas contraen una enfermedad o presentan, por cualquier causa (accidente de trabajo o enfermedad común o laboral) **una afectación médica de sus funciones que les impida o dificulte sustancialmente el desempeño de sus labores en condiciones regulares**, experimentan una situación constitucional de debilidad manifiesta y se exponen a la discriminación, lo cual se buscó proteger con la expedición de la Ley 361 de 1997.

Adicionalmente, la Corte Constitucional en la sentencia T-041 del 2019, estableció que la estabilidad laboral reforzada representa para el empleador que conoce del estado de salud del empleado un deber que se concreta en su reubicación atribuyéndole otras labores. Si en lugar de reasignarle funciones lo despide, se presume que la desvinculación se fundó en la condición del trabajador, y como consecuencia, dicha determinación se torna ineficaz.

No obstante, señaló que el trabajador en condición de discapacidad o que tiene limitaciones físicas, psíquicas o sensoriales que le impiden o dificultan sustancialmente el desarrollo de sus funciones puede ser despedido **cuando incurre en una causal objetiva para la terminación del contrato**; pues de no existir dicha causal el empleador tiene el deber ineludible de contar con la autorización previa del Inspector del trabajo para dar por culminado el vínculo laboral.

Concluye la Corte que cuando el despido se hace sin previa autorización del inspector del trabajo, la jurisprudencia constitucional ha aplicado "*la presunción de desvinculación laboral discriminatoria*", entendiéndose que la ruptura del vínculo laboral se fundó en el

deterioro de salud del trabajador; evento en el cual le corresponde al empleador utilizar los medios probatorios a su alcance con el objetivo de desvirtuar dicha presunción.

Al respecto en la sentencia T-320 de 2016, se dijo que: *"en razón al estado de vulnerabilidad en que se encuentra un trabajador con alguna discapacidad física, sensorial o psíquica esta Corporación ha invertido la carga de la prueba de manera que sea el empleador quien deba demostrar que la terminación unilateral del contrato tuvo como fundamento motivos distintos a la discriminación basada en la discapacidad del trabajador."*

Colofón de lo expuesto, es claro para la Corporación que el demandante debe acreditar que contaba con circunstancias de salud física o mental **que le impedían o dificultaban ejecutar la labor de manera trascendental**, y que el empleador conocía de ellas previo al momento de la terminación del contrato de trabajo, para que entre a operar el ámbito de protección de la Ley 361 de 1997. Una vez probada la circunstancia de salud le corresponde al empleador demostrar la justa causa que tuvo para dar por terminado el contrato de trabajo y por la cual no era necesario solicitar autorización al Ministerio de Trabajo.

Al revisar las pruebas allegadas al expediente se encuentra la Sala lo siguiente:

1. Concepto de Aptitud Laboral – Ingreso expedido por Salud Ocupacional de los Andes Ltda (fl. 4)
2. Informe de Accidente de Trabajo del Empleador o Contratante del 27 de diciembre de 2014. (fl. 6)
3. Certificado Médico de Aptitud Laboral con Énfasis en Osteo Muscular expedido por Salud Ocupacional de los Andes Ltda (fl. 9)
4. Comunicación expedida por la ARL Sura del 3 de marzo de 2015, en la que se resuelve solicitud elevada por el actor en los siguientes términos: *"Por el evento del día 21 de diciembre de 2014, con diagnostico Lumbalgia Mecánica resuelta, ARL brindó las atenciones que de este se derivaron hasta la resolución del mismo. Adicionalmente ARL Sura efectuó calificación de secuelas correspondientes en dictamen del 24 de febrero de 2015, donde se evidencia que no hay secuelas por este Evento (...) Por la patología Hernia Discal L5 S1 debe continuar atenciones de EPS ya que no es secuela del evento del 21 de diciembre de 2014."* (fl. 10)
5. Notificación calificación de pérdida de capacidad laboral. (fl. 11)
6. Dictamen para la Calificación de la Pérdida de la Capacidad Laboral en la que se dictamina una pérdida de capacidad laboral del 0%, sobre el diagnostico Lumbalgia Mecánica Resuelta de origen laboral y con fecha de estructuración del 20 de enero de 2015. (fl. 12 y 13)
7. Evaluación Funcional Calificación de Secuelas – Dictamen Médico Laboral (fl. 14)
8. Incapacidad por **30 días** del 27 de julio del 2015 al 25 de agosto del 2015, expedida por la EPS Sanitas, con ocasión al diagnóstico "M511 Trastorno de disco lumbar y otros, con radiculopatía." (fl. 15),
9. Incapacidad por **10 días** del 25 de marzo del 2015 al 3 de abril del 2015 expedida por la IPS Coopsana. (fl. 16)

10. Historia Clínica del día 24 de marzo del 2015 expedida por la IPS Coopsana en la que se señaló "*PACIENTE CON HERNIA DE DISCO SINTOMÁTICA*". (fl. 17 y s.s)
11. Incapacidad laboral comprendida entre el 4 al 12 de abril de 2015, expedida por la Clínica Sagrado Corazón. (fl. 20)
12. Incapacidad laboral comprendida entre el 30 de mayo al 20 de junio de 2015, expedida por la EPS Sanitas. (fl. 21)
13. Incapacidad laboral por **2 días** del 10 al 11 de marzo de 2015. (fl. 22)
14. Incapacidad laboral por **10 días** del 13 al 22 de marzo de 2015. (fl. 23)
15. Incapacidad laboral por **5 días** del 19 al 23 de febrero de 2015. (fl. 24)
16. Incapacidad laboral comprendida del 29 al 30 de diciembre de 2014. (fl. 25)
17. Recomendaciones de Seguridad con fecha 18 de noviembre de 2014. (fl. 40)
18. Historia Clínica emitida por la IPS Coopsana del 24 de marzo de 2015, mediante la cual solicita valoración prioritaria con neurocirugía. (fl. 41)
19. Historia Clínica No. 79801222 del 26 de diciembre de 2014, en la que se solicitó "Terapia física integral sod (198) (295), No. 5, ANTECEDENTE HERNIA DISCAL L5 – S1 CON LUMBAGO MECÁNICO POSTERIOR A ESFUERZO FÍSICO EN ACTIVIDAD LABORAL." (fl. 43)
20. Historia Clínica No. 79801222 del 20 de enero de 2015, en la que se indicó "PACIENTE CON HERNIA DISCAL SIN COMPROMISO DE CANAL NI RADICULAR, EN EL MOMENTO ASINTOMÁTICO, VISTO POR ORTOPEDIA, QUIENES ORDENAN FISIOTERAPIA. PACIENTE QUE PRESENTA ELEVACIÓN DE TRASAMINA EN EXAMEN LABORAL, POR LO CUAL SOLICITA CONTROL DE ALT. Y AST (...)" (fl. 46 y 47)
21. Historia Clínica No. 79801222 del 19 de febrero de 2015, en la que se expidió incapacidad médica por enfermedad general desde el 19 de febrero al 23 de febrero de 2015 (fl. 48)
22. Historia Clínica No. 79801222 del 24 de febrero de 2015, en la que se solicitó remisión a la especializada en ortopedia y traumatología. (fl. 49)
23. Historia Clínica No. 050226 del 24 de marzo de 2015, en la que se anotó incapacidad laboral a partir del día 25 de marzo al 03 de abril del mismo año. (fl. 60 y s.s.)

Conforme se expuso en el acápite precedente, el demandante fue despedido sin justa causa, decisión que tomó el empleador en virtud de lo dispuesto en el artículo 64 del C.S.T., lo que dio lugar a la indemnización tarifada legalmente, de suerte que no fue terminada bajo una causal objetiva, sin embargo, para esta Sala lejos está de aplicarse el fuero de estabilidad laboral en este caso en concreto, dado que los medios de convicción reseñados no aportan ningún elemento de juicio que permita arribar a una conclusión distinta, esto es, que el demandante para la fecha del despido contara con circunstancias de salud física o mental que le impidieran o dificultaran sustancialmente la ejecución de

la labor de Técnico de Cambio para la cual fue contratado, pues solo así operaría la protección legal.

En ese entendimiento y tal cual lo coligió el juez de primer grado, el haz probatorio da cuenta que, aunque el actor sufrió de LUMBALGIA MECÁNICA RESUELTA como consecuencia del accidente laboral acaecido, que le generó incapacidades médicas, así mismo, le dio lugar a un tratamiento médico, en el que se le ordenaron, entre otras cosas, fisioterapias y exámenes médicos, lo cierto es que para el 5 de marzo de 2015, fecha para la cual culminó el contrato de trabajo, el actor no se encontraba gozando de incapacidad laboral, pues contrario a lo afirmado por el actor en el escrito genitor, su última incapacidad antes del finiquito tuvo lugar del 19 al 23 de febrero de 2015, evidenciando de los demás medios de convicción obrantes en el instructivo, que las incapacidades posteriores a dicha data y que superaron los 30 días, fueron otorgadas con posterioridad al 5 de marzo de 2015, es decir, cuando ya terminada la relación laboral.

Del mismo modo, para la Sala es claro que para la fecha de retiro del trabajador este no se encontraba pendiente por acudir a terapias físicas y que le fuesen ordenadas por el médico tratante, dado que la última orden médica para tal fin y que fue con anterioridad al finiquito de la relación laboral, data del 26 de diciembre de 2014, fecha en la que el galeno ordenó cinco (5) de estas (fl. 43), las cuales, según certificado expedido por FisiPlus a folio 163 del expediente, el demandante *"ASISTIÓ A TERAPIA FÍSICA LOS DÍAS 26, 29, 30 DE DICIEMBRE DE 2014, EN HORARIO DE 9:00 A 11:00 A.M."*, teniendo pendiente las *"PROGRAMADAS LOS DÍAS 02 Y 05 DE ENERO A LAS 11:00 A.M."* Nótese que con posterioridad al actor le fueron ordenadas nuevas terapias físicas, tal y como se desprende a folio 55 del expediente, empero, las mismas tuvieron lugar después de terminado el vínculo contractual.

Ahora, aduce el actor que al momento del despido se encontraba en tratamiento médico, sin embargo, de los medios de convicción aportados al instructivo, se evidencia que en efecto al actor como consecuencia del accidente laboral acaecido le fue iniciado tratamiento médico, no obstante, también se observa de las pruebas documentales, que como consecuencia de la calificación de pérdida de capacidad laboral en la que arrojó una invalidez del 0%, el actor solicitó a su empleador mediante comunicación suscrita el 24 de febrero de 2015 el reintegro al cargo que venía ejerciendo al momento del siniestro laboral (fol. 202); nótese que en dicha documental el actor refirió *"el día de hoy 24 de febrero de 2015 tuve cita con la ARL la cual dio cierre al incidente q se me presento en pozo, la cita la tuve con la doctora María Cristina Franco en la dirección Calle 44 # 16-58."* Así mismo, luego de informar el cambio de residencia indicó a su empleador que *"debido a que no se me ha enviado a pozo desde el día 2 de enero del año 2015 yo me he visto afectado personalmente, familiarmente y económicamente, solicito a ustedes mi envío al pozo ya q en el dictamen de la ARL y en los exámenes médicos periódicos q se me realizaron por parte HOLSAN SAS los dos coinciden en que estoy apto para seguir desempeñando mi cargo"*

Así las cosas, es evidente que, desde el 24 de febrero de 2015, fecha en la que decidió reintegrarse a su lugar de trabajo, por culminación del tratamiento médico llevado a cabo ante la ARL Sura como consecuencia del citado accidente laboral, a la fecha de terminación de la relación, el actor se encontraba plenamente apto para continuar ejerciendo sus funciones de Técnico de Campo, por lo menos en condiciones normales, dado que para la fecha de reintegro no obra prueba de que se le hubieren expedido

recomendaciones o restricciones laborales, o que en sumo tuviera una barrera que le impidiera su reincorporación laboral.

Se aclara en cuanto tiene que ver con el examen médico de aptitud laboral de retiro, obrante a folio 9 del expediente, del cual se expone por la parte de transcendencia, que para la Sala este en nada prueba la condición de salud al momento de culminación de la relación laboral, pues en su contenido se indica únicamente como recomendaciones médico-laborales a seguir en la EPS, entiéndase sugerencias, acudir por "POSIBLE HERNIA DISCAL L5 -SA ESCOLIOSIS".

Conforme con lo hasta aquí puntualizado, es claro que para la fecha de terminación de su contrato, el demandante no gozaba de la estabilidad laboral de que trata la Ley 361 de 1997 por lo que su empleador podía culminar el vínculo sin la previa autorización del Ministerio de Trabajo, pues se reitera, los medios probatorios no tuvieron la vocación de demostrar que a la fecha de culminación del vínculo contractual se encontrará gozando de incapacidad laboral, tratamiento médico y menos que contará con recomendaciones o restricciones laborales, máxime que tal y como lo indicó el *a quo*, para dicha data el actor contaba con pérdida de capacidad laboral del 0%, según dictamen proferido por la Administradora de Riesgos Laborales, mismo en el que se señaló que el accidente laboral sufrido no le produjo secuelas.

En todo caso, tampoco fue posible establecer dicha condición con la prueba testimonial recaudada, pues los declarantes no conocían el estado de salud del actor, menos aún si presentaba para la fecha de terminación del contrato incapacidades laborales médicas, recomendaciones o restricciones laborales o, en sumo en tratamiento médico continuo e incesante que comprometiera el desarrollo normal de sus labores.

Por lo anterior, el hecho de haber sido diagnosticado LUMBALGIA MECÁNICA RESUELTA y se hubieren expedido incapacidades laborales, no puede ser por sí solo argumento suficiente para demostrar que se trata de un sujeto de especial protección y, en consecuencia, concluir que su retiro del lugar del de trabajo constituyó una discriminación, pues como lo ha dejado sentado nuestra H. Corte Constitucional, sufrir de una enfermedad no es sinónimo de inamovilidad (C-531/00 C-824/11, T-226/12, T-597/14, T-141/16 y SU-049/17).

Conforme lo anterior, no cabe duda de que la demandada no debía cumplir ningún procedimiento previo para dar por terminado el contrato del señor OSWALDO ALFREDO LÓPEZ MELO, pues en realidad no se encontraba en condiciones que le impidieran desarrollar sus labores en condiciones cotidianas, merecedoras de protección laboral reforzada.

En consecuencia, no opera la protección especial consagrada en el art. 26 de la Ley 361 de 1997, por ende, la terminación del contrato no puede declararse ineficaz, como acertadamente lo entendió el fallador de primera instancia, razón por la cual se confirmará la sentencia.

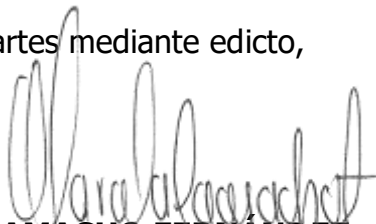
En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 17 de septiembre del 2019, por el Juzgado 22 Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandante. Se fijan como agencias en derecho la suma de \$750.000, las cuales serán liquidadas en primera instancia conforme lo dispone el art. 366 del CGP.

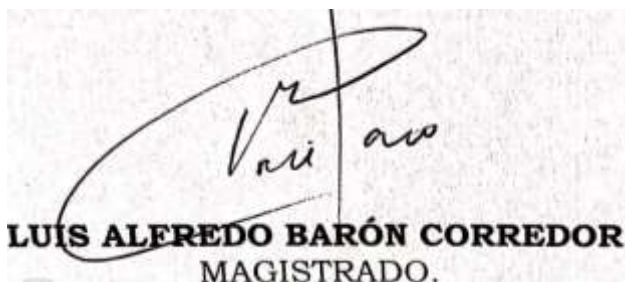
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUIS ALEREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE: AUGUSTO SÁNCHEZ RODRÍGUEZ
DEMANDADO: COLEGIO INCADE KENNEDY Y OTROS
RADICACIÓN: 09-2017-00247-01
ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA DEMANDADA
TEMA: CONTRATO DE TRABAJO DE REALIDAD

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

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 "*Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica*", se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Augusto Sánchez Rodríguez, instauró demanda ordinaria contra Colegio Incade Kennedy, Inversiones Chaparro y Morales S.A.S., y solidariamente a las personas naturales Elizabeth Morales Cajamarca y Obdulio Chaparro Rusinqui, con el propósito de que se declarara la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido de carácter verbal, entre el 13 de febrero de 2013 al 15 de junio de 2015, como profesor de emprendimiento e inglés, devengando como salario mensual la suma de \$1.000.000. Como consecuencia de ello, solicitó que se dispusiera a su favor la compensación en dinero de las vacaciones, el pago de prima de servicios, cesantías, intereses sobre la misma, subsidio de transporte, aportes al sistema de seguridad social, sanción moratoria por el no pago de las cesantías e intereses, indexación, lo que resulte probado ultra y extra petita y, costas procesales

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que inició su relación laboral al servicio de la demandada Instituto Incade Kennedy el día 13 de febrero de 2013, como docente de emprendimiento e inglés en el área de secundaria, devengando un salario promedio mensual de \$1.000.000, la cual finiquitó el 15 de junio de 2015; que dicho instituto es de propiedad de Inversiones Chaparro S.A.S., quien tiene como representante legal a Elizabeth Morales Cajamarca y Obdulio Chaparro Rusinqui; que para el pago del salario el actor presentaba mensualmente a la secretaría del Colegio, cuenta de cobro por el ya referido valor, cuyo pago se realizaba al quinto día hábil siguiente en efectivo.

Indicó que tenía un horario y recibía órdenes de la coordinación académica relacionadas con el deber de asistir a las salidas pedagógicas, las cuales tenían lugar una vez al semestre fuera de la ciudad; que cumplía labores de asistencia administrativa en la

secretaría general; así mismo, prestaba jornadas de vigilancia y/o asistencia en el área de cafetería en horario de descanso de los alumnos; que debía ir a reuniones de profesores en horas de la noche, con una periodicidad de cuatro veces por semestre; dictaba clase de inglés en hora de la noche en carreras técnicas en horario nocturno dos veces por semana; que cumplía labores de docente los días domingos en los grados de 6 a 11 de bachillerato; entregaba boletines y ceremonias de grados, rendía informes a la secretaría general de manera bimestral.

Por último, anotó que los demandados solidarios no le cancelaron la compensación en dinero de las vacaciones, ni fue afiliado al sistema de seguridad social, además de que no le pagaron las demás acreencias laborales reclamadas en la demanda; y que el cargo de profesor en emprendimiento e inglés no ha desaparecido. (fls. 132 a 137, 239 a 242).

2. Contestaciones de Elizabeth Morales Cajamarca, en su condición de demanda y representante legal de Inversiones Chaparro y Morales S.A.S. y Obdulio Chaparro Rusinque. Al contestar la demanda se opusieron a la prosperidad de las pretensiones. Sobre los supuestos fácticos refirieron que pese a ser cierta la fecha de inicio de la relación contractual que se indicó en la demanda, no es cierto que la contratación haya sido bajo la modalidad del contrato laboral, puesto que el vínculo contractual que ató a las partes fue por intermedio de un contrato prestación de servicios, mismo que se remuneraba en forma proporcional a la cantidad de horas trabajadas, pago que se realizaba quincenalmente; que debido a ello, no cumplía horarios, tampoco recibía órdenes de ningún empleado, ni realizaba las funciones que se advirtieron en la demanda. Propusieron como excepciones de fondo las que denominó inexistencia de contrato de trabajo, terminación del contrato de prestación de servicios, buena fe en la contratación, pago de servicios por horas, mala fe de la demandante y prescripción. (fol. 177 y s.s.)

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 31 de julio del 2019, en la que la falladora declaró la existencia de un contrato realidad vigente entre el 1 de febrero de 2013 al 15 de junio de 2015; absolvió a los demandados Colegio Incade Keneddy, Elizabeth Morales Cajamarca y Obdulio Chaparro, de todas y cada una de las pretensiones impetradas en la demanda; condenó a la demandada Inversiones Chaparro y Morales S.A.S., a pagar a favor del actor las prestaciones sociales, auxilio de transporte, indemnización moratoria, aportes a pensión, costas procesales y absolvió de las demás pretensiones. (CD fol. 258)

Limitó el problema jurídico a dilucidar si entre las partes existió un contrato de trabajo, por lo que luego de referirse al contenido de los artículos 22 a 24 del C.S.T., encontró de las pruebas aportadas al plenario la acreditación de la prestación personal del servicio del demandante, en consecuencia, atribuyó a su favor la presunción legal descrita en el artículo 24 ibídem, esto es, que se ejecutó bajo continua subordinación y dependencia correspondiéndole a la demanda desvirtuar tal circunstancia. Señaló que la demandada no destruyó tal presunción con las pruebas practicadas en el instructivo, además, por cuanto a que las funciones desempeñadas por el actor eran las de docente, mismas que conforme a la sentencia C-006 de 1996, daban lugar al principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por sujetos en relaciones laborales.

Finalmente arguyó que, en cuanto a la solidaridad pretendida, esta no era dable declararla en tanto que la empresa Inversiones Chaparro y Morales S.A.S., dada a su tipología social, los accionistas no eran solidariamente responsables, de conformidad con la Ley 1258 de 2008. De la misma forma absolvió al Instituto Incade Kennedy

accionado, puesto que conforme a la Cámara de Comercio es tan solo es un establecimiento de comercio de propiedad de Inversiones Chaparro y Morales SAS.

4. Impugnación y límites del ad quem.

4.1. Recurso de apelación demandante. Formuló recurso de apelación en cuanto hace referencia a la absolución de los demás demandados, sobresaltando que la solidaridad está probada, de conformidad a los artículos 36 del C.S.T. y 31, numeral 3º del C.P.T. y de la S.S. Indicó que erró el Juez de primera instancia al no aplicar el inciso primero del artículo 167 del C.G.P., al no haber requerido a la parte demandada en audiencia inicial, para que estas aportaran al expediente las cuentas de cobro, pago de remuneración, ceremonias de grado y salidas pedagógicas, por lo que debió tener por cierto los hechos que se pretendían probar, los cuales no son otros a la existencia de dependencia frente a los señores como personas naturales de Inversiones Chaparro.

Así mismo, señaló que se omitió dar traste al numeral tercero del artículo 31 del C.P.T. y de la S.S., dado que la contestación de los hechos de la demanda fue deficiente; de manera que debió tenerse como indicio grave y así vincularlos a la sentencia condenatoria, máxime si se tiene en cuenta que se beneficiaron del objeto social de la condenada. Por lo demás, aseguró que de conformidad con el artículo 32 del C.S.T., ejercían los codemandados funciones de dirección y administración, de tal manera, representando al empleador y como tal obligándose frente a sus trabajadores. (CD fol. 258)

4.2. Recurso de apelación parte demandada. Argumentó que el Juez de primer grado no realizó un debido análisis probatorio que dio lugar al fenómeno de la prueba contra evidente; explicó que los correos electrónicos a los que se adujo en sentencia fueron enviados del correo personal de la señora Claudia Herrera y no de una cuenta oficial; persona que se tachó de sospechosa al demandar a la empresa. Que con relación a las planillas de horas cátedra, mismas que se adujo sin fecha, no se determina que el trabajador haya laborado medio tiempo, dado que estas hacen referencia a "hora dictada" la cual es acumulativa, situación que corroboró el demandante y los testigos al referenciar que eran las clases que se dieran en el momento y por cursos.

Indicó que el demandante adoptó actos irregulares como contratar a su esposa en el Instituto sin el conocimiento de los propietarios del representante legal; además la señora Patricia Villalobos señaló que el demandante siendo docente reunía dineros de los estudiantes y hacia una relación de ello, función que no le correspondía; que por lo misma razón ello no era tampoco indicativo de subordinación, sino un abuso de confianza.

Además, refirió que el demandante nunca manifestó que el señor Obdulio y la señora Elizabeth representantes del Instituto y la sociedad le impartieran orden alguna; del mismo modo los coordinadores del Instituto manifestaron tampoco exigieron el cumplimiento de alguna clase de orden diferente a la de dictar su clase.

Arguyó que según la máxima de la experiencia ninguna institución educativa interfiere en cómo se debe dictar la clase; tampoco se podía inferir la subordinación por el hecho de que dicha actividad se realizaría en un determinado horario, dado que este atañe únicamente a sus estudiantes. Que lo testigos no sabían cuántas horas de cátedra trabajó, por manera que el Juzgado no podía de ninguna manera inventarse el tiempo trabajado, si no está soportado en una prueba.

Infirió que no se encuentra probado que le hayan impuesto un reglamento al demandante; además, por cuanto a que la certificación laboral que emitió la señora Artehortua, fue sin ser autorizada para ello, dado que quien debe expedirla era el representante legal, por lo que si bien no la tachó de falso en oportunidad procesal, el demandado si adujo en su interrogatorio de parte que no la expidió, por lo que el juzgado no debió pasar por encima de tal afirmación para llegar a la conclusión de la existencia del contrato realidad.

Finalmente, refirió que de acuerdo con las pruebas obrantes en el expediente no se podía declarar el contrato realidad, menos liquidarlo en razón a que no se estableció el tiempo trabajado, ni el salario, por lo que dedujo que tampoco podía ordenarse las indemnizaciones. (CD fol. 258)

4. Alegatos parte demandante. En su escrito de alegaciones refirió que resulta procedente despachar favorablemente la responsabilidad solidaria con ocasión a la declaratoria de la primacía de la realidad en favor del actor y en contra del extremo pasivo, en tanto que está debidamente acreditado en el proceso que la coordinadora de Incade sede Kennedy, señora Claudia Stella Huerfano, interactuaba con el actor a diario, en virtud y/o debido al cargo de coordinadora que ostentaba para dicha época en el centro educativo; además estaba al tanto de la ejecución de las labores del actor; esto último en la medida en que se probó que tanto las directrices, órdenes, supervisión de funciones del actor y pagos entre otros, con ocasión al desarrollo del vínculo contractual del trabajador, se efectuaban por conducto de la coordinadora de la sede Kennedy, funciones que ejercía esta última en virtud y en razón de las directrices directas de los jefes inmediatos y propietarios señores Elizabeth Morales Cajamarca y Obdulio Chaparro Rusinqui, en condición de personas naturales.

Por último, arguyó que se encuentra probado la configuración de la solidaridad de las personas naturales conforme lo consagrado en el literal a del artículo 32 del estatuto del trabajo en virtud de la declaratoria de la primacía de la realidad.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Los recursos de apelación interpuestos por las partes se estudiarán de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por las recurrentes.

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar los siguientes **problemas jurídicos**:

¿La sociedad Inversiones Chaparro y Morales S.A.S., fungió como empleador del actor, como consecuencia de la aplicación del principio constitucional de la realidad sobre las formas? De ser afirmativa la respuesta, el segundo problema jurídico consiste en determinar ¿Hay lugar a declarar a la señora Elizabeth Morales Cajamarca y al señor Obdulio Chaparro Rusinqui solidariamente responsables de las condenas impuestas?

De la relación laboral y sus extremos

Para resolver el primer problema jurídico que concita la atención de la Sala, es preciso señalar que para que se configure la existencia de un contrato de trabajo, se requiere de

la presencia indiscutible de los elementos que lo integran, los cuales corresponden según el artículo 23 del C.S.T., a la prestación personal del servicio, la subordinación del trabajador respecto al empleador y el salario como retribución del servicio prestado.

En ese orden, la persona que alegue la existencia de un contrato de trabajo, sólo le basta probar la prestación o la actividad personal para que se presuma la existencia del contrato de trabajo, dada a la presunción legal contenida en el artículo 24 de la norma sustancial, por manera que a la demandada tiene la carga de desvirtuar el trabajo subordinado, con la prueba del hecho contrario. Es decir, al trasladarse la carga de la prueba a la demandada, ésta ha de acreditar con contundencia que la prestación de servicios lo fue de manera autónoma e independiente a fin de derruir la presunción antes señalada.

De allí que en búsqueda de la verdad real frente a las formas contractuales habrá de tenerse en cuenta lo dispuesto en el artículo 53 de la Constitución Política que consagra el principio de **"la primacía de la realidad sobre las formas"**. En torno a ello, lo que determina si un contrato es o no de trabajo, no es la denominación que le hayan dado las partes al momento de celebrarlo, sino las circunstancias que rodearon la prestación de los servicios convenidos, por lo cual, si de la misma se deduce con certeza que la actividad fue dependiente o subordinada, obviamente se estará en presencia de un típico contrato de trabajo, pues es la principal característica que diferencia esta vinculación de otras, de lo contrario, es decir, que si la actividad la desarrolló el contratado con independencia o autonomía, se estará frente a un contrato de naturaleza común.

En este sentido, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 2171 de 2019, reiteró una vez más tales presupuestos:

"Pues bien, reiteradamente, esta Corporación ha indicado que el elemento diferenciador entre el contrato de trabajo y el de prestación de servicios es la subordinación jurídica del trabajador respecto del empleador, poder que se concreta en el sometimiento del primero a las órdenes o imposiciones del segundo y que se constituye en su elemento esencial y objetivo, conforme lo concibió el legislador colombiano en el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo al señalar que en el contrato de trabajo concurren la actividad personal de trabajador, el salario como retribución del servicio prestado y la continuada subordinación que faculta al empleador para «exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato»."

Delimitado así el aspecto normativo sustancial y jurisprudencial aplicable al caso, encuentra la Sala que en el instructivo no existe duda alguna de la prestación personal de los servicios del señor Augusto Sánchez Rodríguez a la sociedad Inversiones Chaparro y Morales S.A.S. desde el 1 de febrero de 2013 al 15 de junio de 2015, situación fáctica aceptada no solo en la contestación de demanda, sino también en el interrogatorio de parte que absolvió su representante legal, señora Elizabeth Morales Cajamarca y el señor Obdulio Chaparro Rusinqui, aunque aclararan que éste lo fue como contratista independiente a través un contrato de prestación de servicios por obra y cátedra, como docente en la institución; aspecto que también se logra evidenciar del contrato de prestación de servicios profesionales independientes, obrante a folio 168 del expediente.

Cabe aclarar que, si bien la parte demandante en su alzada señaló que ejecutó la labor a favor de los codemandados como personas naturales, Elizabeth Morales Cajamarca y Obdulio Chaparro Rusinqui, lo cierto es que, el actor ningún medio de prueba adosó para demostrar la prestación personal de sus servicios a favor de los citados señores. Todo el andamiaje probatorio da cuenta que el señor Augusto Sánchez Rodríguez prestó sus servicios a la sociedad Inversiones Chaparro y Morales S.A.S., y que los señores en comento actuaban en calidad de representantes legales de la citada empresa, lo que no significa que, automáticamente éstos últimos en calidad de personas naturales también hubiesen participado en la vinculación contractual que se discute, en consecuencia, no es posible que en su contra se de aplicación a la presunción contemplada en el Art. 24 del CST, por lo que habrá de negarse las pretensiones encaminadas a lograr la declaratoria de relación laboral, sin embargo, la solidaridad que se predica respecto a ellos, será objeto de estudio más adelante.

De acuerdo a lo anterior, demostrada como está la prestación del servicio por parte del actor al servicio de la sociedad Inversiones Chaparro y Morales S.A.S, opera la presunción de existencia de un contrato de trabajo, contenida en el artículo 24 del CST, la cual no fue desvirtuada por la pasiva, pues en el plenario no existe prueba alguna, llámese documental, testimonial o cualquier otra, con la cual constatar que el actor desempeñó su labor de manera libre y autónoma desprovista de cualquier elemento subordinante, como lo manifiesta la pasiva desde la contestación de la demanda, sin que para este efecto baste la mera afirmación de que el señor Sánchez Rodríguez ejecutó la labor de docente a través de un contrato de prestación de servicios como tampoco que el actor informe desde el escrito inicial que la remuneración fue cobrada a través de cuentas de cobro, teniendo en cuenta que lo perseguido en la presente Litis es demostrar la existencia de un contrato de trabajo, en virtud de la primacía de la realidad.

Otro aspecto probatorio que llama la atención de la sala, es la declaración vertida por el representante legal de la empresa accionada, quien en interrogatorio de parte admitió que el demandante laboró como docente en el Instituto y adujo que en ocasiones le pidió colaboración para trabajar con la institución entregando volantes; refiere que el señor Sánchez siempre colaboró con las salidas pedagógicas que realizaba el colegio, pero porque el mismo lo pedía. Situación que corroboró el señor Obdulio Chaparro Rusinqui, en la medida que señaló que al actor se le contrató para dictar cátedra por hora y no mediante un contrato de prestación de servicios; que el demandante asistía a salidas pedagógicas, una vez año, y que asistía a reuniones en la noche en la sede de Venecia del colegio.

Así mismo, los señores Andrés Arias Rodríguez, Claudia Stella Huérfino, Sonia Patricia Villalobos y Luz Marina Barrero Macana, al unísono manifestaron que el demandante si bien había sido contrato por hora cátedra, también realizaba otras funciones como atender a padres de familia, se encargaba de la vigilancia de los estudiantes a su ingreso, descanso y salida de la institución; atendía jornadas pedagógicas y seminarios; matriculaba a los estudiantes y recibía el dinero de las pensiones cuando la persona encargada no se encontraba para tal efecto; recibía órdenes de la Coordinadora Ingrid María, máxima autoridad de la Sede; tenía un horario de lunes a viernes entre siete y ocho de la mañana y de dos o tres de la tarde, jornada nocturna y trabajaba fines de semana. Señalaron que, si bien dichas funciones no estaban dentro del contrato, ellas se debían en razón a la orden proveniente de las directivas del instituto. Indicaron que se le pagaba por hora cátedra y se lleva control de estas mediante planillas; que dentro de la jornada escolar había interrupciones, pues el ciclo académico era de 4 meses, sin embargo, entre una y otra fecha el demandante se dedicaba a entregar volantes.

En este punto, es necesario aclarar que, aunque se formuló tacha de sospecha en contra de los referidos testigos, bien porque demandaron a la misma parte demandada en otros procesos, o porque son familiares y cónyuge de la parte demandante, ello no los deslegitima ni hace que su declaración pierda credibilidad, dado que, como bien lo señalaron los mismos deponentes, percibieron de manera directa los hechos al ser compañeros de trabajo del actor. En ese sentido, es dable traer a colación lo dicho en sentencia de radicación 41198 del 13 de junio de 2012, en la que advirtió: *"(...) conviene decir que la circunstancia de que un declarante adelante alguna acción judicial en contra de la empresa demandada, no es suficiente para tenerlo como interesado en el proceso en que rinde su versión, como lo pregona el impugnante, pues se requiere además que existan otros elementos de juicio que demuestren su parcialidad; y de otro lado, como lo advierte la sentencia recurrida, dicho trabajador o compañero de labor fue un testigo presencial de los hechos, y nadie mejor para dar cuenta de lo sucedido y de la conducta del demandante"*

Adicionalmente, las circunstancias expuestas no fueron desvirtuadas por los declarantes Ricardo Rocha Arango, Edith Julieth Ospina Merchán, Angie Daniela Ospina Merchán y William Moscoso Alba, dado que no estuvieron presentes en el lugar de los hechos. Nótese que el señor Ricardo Rocha Arango, siempre aseguró que, si bien era coordinador de todas las sedes del instituto, siempre permaneció en la Sede Venecia y que tan solo iba una vez a mirar la malla curricular, programación de los docentes y a recibir recomendaciones de estos; además, informó que cada vez que iniciaba el semestre se hacía jornada de capacitación a los educadores.

Por su parte, Angie Daniela Ospina Merchán señaló que trabajó para el instituto desde marzo de 2015 a diciembre de 2016, y fue estudiante en el año 2013 y 2014, por lo que el demandante era docente en el área de inglés una vez a la semana; que no le consta la vinculación de este con la institución, como tampoco las actividades realizadas por el actor entre marzo de 2015 a diciembre de 2016, dado que empezó en la sede de Bosa y en el segundo semestre de 2015 la remitieron a la sede de Kennedy.

Edith Julieth Ospina Merchán, quien manifestó haber trabajado para la institución hace 8 años, como auxiliar administrativa de la sede principal "Venecia", indicó que conoció al demandante puesto que estuvo realizando funciones en la sede Kennedy hasta el año 2013, no recordando el mes, como tampoco la fecha en que ingresó el demandante. Que para ese entonces el demandante asistía dos o tres veces a la semana a dictar clase de inglés, de un horario de 3 horas, de 8:00 a 11:45 a.m.

Finalmente, el señor William Moscoso Alba, relató que trabaja desde el 2007 en la institución y que fue compañero del demandante en el 2013 y 2014; que hacía actividades de docencia que se remuneraban por hora catedra; que iba dos o tres veces a la semana; que existe una planilla que debe ser diligenciada, sumado a las cuentas de cobro para que se efectuaran los pagos; indicó que la asistencia a las ceremonias de grados, era potestativa del docente, al igual que a las jornadas pedagógicas y seminarios, y que era posible que fuera a la entrega de boletines. A pesar de ello y de advertir que no conocía más funciones que no fueran otras de docencia, indicó que iba tres veces a la semana al colegio durante la época que fue compañero del demandante y no tenía certeza si era igual al mismo cumulo de horas dictadas por el actor en la materia para la que fue contratado.

Por manera que dichos testimonios no tuvieron la virtud de derruir la presunción de la cual fue beneficiario el demandante, tampoco acreditaron que el servicio contratado, en realidad, se ejecutó con total libertad y autonomía técnica, científica y directiva.

Ahora, tampoco se puede pasar por alto que al informativo se aportó certificación, visible a folio 19, que da cuenta que el señor Augusto Sanchez laboró como docente de humanidades desde febrero de 2013 hasta junio de 2015, lo que es suficiente para demostrar la prestación del servicio a favor de la demandada y sus extremos temporales, pues conforme lo ha señalado ampliamente la H. Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral:

“El juez laboral debe tener como un hecho cierto el contenido de lo que se exprese en cualquier constancia que expida el empleador sobre temas relacionados con el contrato de trabajo, ya sea, como en este caso, sobre el tiempo de servicios y el salario, o sobre otro tema, pues no es usual que una persona falte a la verdad y dé razón documental de la existencia de aspectos tan importantes que comprometen su responsabilidad patrimonial (...)” (Sentencias SL17514-2017, SL2023-2018 y SL4794-2018)

De allí que, como lo resaltó la Juez de primer grado, los hechos que se consignan en esta deben ser calificados como ciertos, en tanto que se presume su autenticidad en los términos del artículo 54 A del C.P.T., concordante con lo dispuesto en el artículo 244 del C.G.P., al no tildarse de falso o desconocido por esta, en los términos de los artículos 270 y 272 del C.G.P.

Al respecto nuestra CSJ-Sala de Casación Laboral ha destacado que no hay razón para dudar de la veracidad de dichos documentos pues no es usual que una persona falte a la verdad y de razón documental de la existencia de aspectos tan importantes que comprometen su responsabilidad (SSL22259-2004, SL14426-2014 y SI66621-2017)

En igual sentido, tampoco es dable para la Sala restarle el debido mérito probatorio por el solo hecho de que el demandado en su interrogatorio hubiere señalado que no la expidió, pues se recuerda que no le es permitido a las partes fabricar su propia prueba, para después beneficiarse de ella, máxime cuando no se formuló tacha de falsedad ideológica o material del documento en la etapa procesal correspondiente, como tampoco se cumplió con la carga de contraprobar lo certificado conforme al art. 167 del CGP en armonía con lo dispuesto en los artículos 60 y 61 del CPT y SS.

Cabe aclarar también que, aunque se adujo que la señora Ingrid María Valencia Atehortua, quien expidió la certificación, no tenía facultad para hacerlo, ello solo quedó en una simple afirmación y contrario a ello, de la prueba testimonial recaudada se extrae que la citada señora era la coordinadora y máxima autoridad de la sede de la Institución. Adeás téngase en cuenta que no solo tiene su rúbrica sino que también vienen respaldada con el sello del Colegio e Instituto, Sede Kennedy y el membrete correspondiente, por manera que no fue emitida por una persona extraña al instituto, sino por quien para esa época tenía calidades de dirección de la sede.

Por otro lado, obra a folios 30 a 41 correos electrónicos provenientes de la señora Claudia Herrera, cuya parte demandada reclama que no provinieron de una cuenta oficial de la institución. Sobre tal aspecto, baste señalar que fácil resulta llegar a la misma conclusión hecha en líneas anteriores, dado que dicho documento no fue objeto de reproche bajo el mecanismo procesal idóneo, como lo es la tacha de falsedad, por

manera que gozan de presunción de autenticidad, en los términos del artículo 247 del C.G.P.

De las anteriores probanzas, se tiene que en el presente caso se desdibujó el contrato de prestación de servicios, por cuanto es evidente que la accionante actuó bajo una actividad misional, prestando directamente sus servicios en las instalaciones de la accionada y desarrollando actividades de docente en forma permanente, lo cual se acompasa con el objeto social de la accionada que consiste en prestar servicios de formación académica a nivel formal y educación para el trabajo y desarrollo humano, técnico y profesional, según se extrae del certificado de existencia y representación legal expedido por la cámara de comercio (fols. 199 y s.s.).

Bajo esos derroteros y teniendo en cuenta que los documentos enunciados demuestran inequívocamente la prestación del servicio del demandante como docente a favor de la sociedad Inversiones Chaparro y Morales S.A.S., lo cual, paralelamente también está acreditado con los testimonios recaudados, y la parte demandada no desvirtuó la presunción de existencia de contrato de trabajo derivada de dicha prestación, misma como se reitera, se deduce válidamente de las pruebas, a la Sala no le queda otro camino que confirmar la decisión del juez primigenio.

De la responsabilidad solidaria de Elizabeth Morales Cajamarca y Obdulio Chaparro Rusinque.

En torno a la responsabilidad solidaria que pregonan el actor en contra de los citados demandados, basta con traer a colación lo dispuesto en el artículo 36 del C.S.T., que reza lo siguiente:

"ARTICULO 36. RESPONSABILIDAD SOLIDARIA. *Son solidariamente responsables de todas de las obligaciones que emanen del contrato de trabajo las sociedades de personas y sus miembros y éstos entre sí en relación con el objeto social y sólo hasta el límite de responsabilidad de cada socio, y los condueños o comuneros de una misma empresa entre sí, mientras permanezcan en indivisión."*

Dicha figura jurídica, hace extensiva las obligaciones surgidas con ocasión del contrato laboral, a las sociedades de personas y sus miembros, atribuyéndoles responsabilidad solidaria en la satisfacción de los créditos sociales insolutos, misma que bien es sabido, no opera de pleno derecho si no que debe ser declarada a través de decisión judicial. Sin embargo, como se dijo, dicha solidaridad solo se puede predicarse de las sociedades de personas, y no de capital o anónimas por acciones. También debe recordarse que de conformidad con el inciso segundo del artículo primero de la Ley 1258 de 2008, señala que "salvo lo previsto en el artículo 42 de la presente ley, el o los accionistas no serán responsables por las obligaciones laborales, tributarias o de cualquier otra naturaleza en que incurra la sociedad", norma que fue declarada exequible a través de la sentencia C-090 de 2014, en la cual se dejó sentado que dicha limitación no constituye desprotección de los derechos del trabajador ya que existen mecanismos jurídicos para la defensa de los mismos.

Bajo ese entendimiento, fácil resulta concluir que el A quo no se equivocó como lo pretende hacer saber el recurrente demandante, que por tratarse la demandada de una sociedad de acciones simplificadas conforme a lo visto en el certificado de existencia y representación legal a folios 20 a 29 del expediente, y no de personas, no

puede esta Sala declarar la solidaridad que se pretende, en tanto, que como anotó, los accionistas no serán responsables por las obligaciones laborales, máxime que no se aportó medio de prueba tendiente a demostrar que la sociedad se hubiere utilizado con el fin de fraudar la Ley en perjuicio de los terceros, menos aún se encuentra probado que los accionistas y administradores hubieren realizado, participado o facilitado actos defraudatorios, tal y como lo dispone el artículo 42 ibídem, actos que en todo caso, son de competencia de la jurisdicción ordinaria en su especialidad civil, a través de la Superintendencia de Sociedades a prevención o de los jueces Civiles del Circuito, quienes conocen sobre la indemnización de los perjuicios.

Ahora, si bien en el recurso el demandante señala en la decisión objeto de reproche no se tuvo en cuenta el artículo 31, numeral 3 del C.P.T. y de la S.S., para tener por probados los hechos de la demanda que no fueron aceptados por la demandante y adicionalmente, por cuanto a que no se dio aplicación al artículo 167 del C.G.P., ante la renuencia de la parte demandada al no entregar los documentos requeridos en audiencia del artículo 80 del C.P.T. y de la S.S.; ello en nada incide en la responsabilidad que se pregona, pues ha de recordarse que la solidaridad sólo puede provenir de la convención o de la misma ley, es decir, cuando se reúnen los supuestos normativos que la consagran o cuando las partes la pactan expresamente y, no porque se haya presuntamente pretermitido etapas procesales, que bien pudieron haber sido discutidas en el momento oportuno y atacadas a través de los recursos que se tenían a disposición.

En tal sentido, basta con traer a colación lo resuelto sentencia CSJ SL6707-2016:

(...) por tratarse de la imposición de obligaciones, la solidaridad, que fue la figura impetrada en el libelo introductorio y bajo la cual se concibe la existencia de varios responsables de la totalidad del crédito sin distinción alguna, solo puede aplicarse cuando el legislador expresamente la haya señalado o cuando las partes previamente la han acordado, modalidades que no ocurren en el caso bajo examen. Así las cosas, no puede el operador judicial, so capa de abordar un aparente vacío u otra excusa, extender la responsabilidad pecuniaria fijada en una norma, ni desconocer las directrices legales en ella consagrada, para aplicarla a situaciones disímiles a las textualmente reguladas, por no ser ello, resorte de sus competencias."

En tal contexto y al no encontrarse reunidos los presupuestos jurídicos ni facticos para que proceda la condena solidaria a los demandados, máxime si se tiene en cuenta que el Colegio Incade Kennedy es un establecimiento de comercio y que en tal virtud no es sujeto de obligaciones ni derechos en la medida que hace parte de los bienes mercantiles a que hace referencia el artículo 515 y siguientes del Código de Comercio, se confirmará en su integridad la sentencia proferida en primera instancia, advirtiendo que no se efectúa revisión de las condenas impartidas al no haber sido objeto de apelación.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 31 de julio de 2019, por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en la alzada.

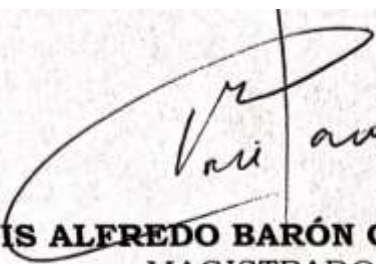
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUIS ALEREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE: HERMINSON HOMEZ LEYTON
DEMANDADO: COLPENSIONES
RADICACIÓN: 24-2018-00582-01
ASUNTO: CONSULTA A FAVOR DEMANDANTE
TEMA: INCREMENTO DEL 14%

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

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 *"Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"*, se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Herminson Homez Leyton instauró demanda ordinaria contra Colpensiones con el propósito de que se ordene a la citada entidad a pagar el incremento pensional del 14% que tiene derecho por su cónyuge a cargo, junto con la correspondiente indexación, lo que resulte probado extra y ultra petita y las costas del proceso. (fol. 6 y7)

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que le fue reconocida pensión de vejez por parte del entonces Instituto de Seguros Sociales mediante Resolución No. 025386 de 2001, por cumplir con los requisitos del Acuerdo 049 de 1990, aplicable por virtud del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993. Señaló, que convive en matrimonio católico con la señora Narcisa Ducuara desde hace 42 años, quien no percibe pensión y depende económicamente de él. No obstante, refirió que a pesar de haber sido reconocido pensión de vejez bajo los lineamientos del citado Acuerdo, no le ha cancelado el incremento del 14% por cónyuge a cargo.

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (fol. 28), sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de COLPENSIONES. Contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones de esta, argumentando que los incrementos deprecados fueron derogados al entrar en vigor la Ley 100 de 1993, conforme lo dispuso la Corte Constitucional en la sentencia SU140 del 2019. Propuso como excepciones de fondo las de violación al principio constitucional de sostenibilidad del sistema, prescripción y genérica. (fol. 36 y s.s.)

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 24 de noviembre del 2020, en la que el fallador absolvió a la entidad demandada de todas y cada una de las pretensiones de la demanda. (CD fol. 65) Su decisión se basó en que los incrementos deprecados fueron derogados con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993.

5. Alegatos parte demandada. Refirió en su escrito que el problema jurídico que plantea el demandante ya fue resuelto por la Corte Constitucional en la sentencia de Unificación 140 de 2019, que dispuso que los incrementos pensionales con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, desaparecieron a la vida jurídica, ya que si bien la Ley 100 de 1993 no derogó expresamente el artículo 21 del Decreto 758 de 1990, dicho artículo fue objeto de derogatoria orgánica. En ese sentido, arguyó que el demandante se encuentra pensionado mediante Resolución 025386 de 2001, con fecha de estatus 27 de mayo de 2001, bajo el régimen de transición, sin embargo, el cumplimiento de dicho estatus pensional se dio con posterioridad al 1 de abril de 1994, momento de la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993, con lo que los referidos incrementos para el caso particular han desaparecido a la vida jurídica.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El presente proceso se conoce en grado jurisdiccional de consulta en favor del demandante, por ser la sentencia de primera instancia totalmente adversa a sus pretensiones de conformidad con el art. 69 del CPT y de la S.S.

El **problema jurídico** que centra la atención de la Sala consiste en establecer (i) ¿Los incrementos por personas a cargo, establecidos en el art. 21 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990, se encuentran vigentes?, en caso afirmativo (ii) ¿El demandante cumple con los requisitos contenidos en la norma en cita para ser su beneficiario? Y (iii) ¿Se encuentran prescritos?

- **Vigencia de Los Incrementos por Personas a cargo**

En relación con la vigencia de los incrementos por personas a cargo, consagrados en el art. 21 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990, el cual señala que las **pensiones mensuales de invalidez y vejez se incrementarán** en un 14% y 7% por cónyuge o compañero(a) permanente o hijos menores o inválidos del beneficiario, que dependan económicamente de éste y no disfruten de una pensión, es necesario precisar que, la Sala Mayoritaria de esta Sala, **acoge los fundamentos** sentados por la sala plena de nuestra máxima corporación de justicia Constitucional en la sentencia **SU-140 de 2019**, quien luego de un análisis exhaustivo de la situación y de detectar que sus distintas salas de revisión habían desarrollado líneas jurisprudenciales opuestas en relación con los efectos de la aludida norma, **unifica su criterio**, ultimando que fueron orgánicamente derogados a partir de la vigencia de la ley 100 de 1993 y en consecuencia, solo conservan efectos ultractivos para quienes tenían un derecho adquirido al momento de la expedición de la ley de seguridad social integral.

A la anterior conclusión arriba, luego de establecer que fue a través de la **Ley 100 de 1993**, que el Estado intentó enfrentar el arcaico sistema de seguridad social que se manifestaba como financieramente inviable, con baja cobertura e inclemente inequidad, para cuya solución fue necesario la reestructuración del sistema con miras

a lograr una mejor eficiencia del servicio, con inclusión de los sectores más vulnerables, adecuándose a las nuevas condiciones demográficas y de esperanza de vida, equilibrando la relación entre las contribuciones y beneficios, mejorando los rendimientos de los aportes para garantizar la sostenibilidad futura del sistema.

Con similares objetivos, fue expedida la **Ley 797 de 2003** y el **Acto Legislativo 01 de 2005**, que propenden por la finalización de regímenes especiales diferentes al del régimen general, obligatoriedad y uniformidad de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, tope máximo del valor de las pensiones, cobertura universal y pago efectivo de las prestaciones; de ahí la importancia de haber previsto cambios que permitieran no solo la equidad sino también la sostenibilidad financiera del sistema.

De esta manera concluye la alta corporación, que si bien la Ley 100 de 1993, **no dispuso una derogatoria expresa** de dicha dativa legal, lo cierto es que al haberse efectuado una **regulación integral en materia de seguridad social**, reglamentando de modo exhaustivo sus diferentes componentes en el ámbito nacional, en torno a la articulación de políticas, instituciones, regímenes, procedimientos, prestaciones, unificación de normatividad y planeación de la seguridad social, como se depende del contenido de sus artículos 2º, 5º, y 6º, se configura una **derogatoria tácita**, que la jurisprudencia ha convenido en denominarla como **derogatoria orgánica**, cuya consecuencia jurídica no es otra que, dejar sin vigencia las regulaciones anteriores dentro de los cuales cohabitaban los referidos incrementos, sin perjuicio de lo dispuesto en el nuevo sistema respecto de los **derechos adquiridos** y los **regímenes de transición** normativa.

Frente al tema de los **derechos adquiridos**, deben atenderse los artículos 11, 36 y 289 de ley 100 de 1993, que en acatamiento del art. 58 de nuestra Carta Política, establecen su salvaguarda, por ende, quienes se hayan pensionado con anterioridad a la expedición de la Ley 100 de 1993 o hayan cumplido para dicho momento los presupuestos de la normativa anterior, conservan el derecho al incremento pensional, siempre que mantengan las condiciones previstas en el art. 21 del Decreto 758 de 1990.

Y respecto del **régimen de transición**, mecanismo dirigido a proteger las **expectativas legítimas** de quienes estaban próximos a pensionarse, el art. 36 de la Ley 100 de 1993, limitó la aplicación ultractiva de las reglas de los regímenes anteriores, solamente a tres aspectos: **edad, tiempo y monto**. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez deben regirse por las disposiciones contenidas en la ley 100, por así disponerlo la norma en mención.

Ahora, no puede pretenderse que se incluya el incremento deprecado en el **monto** de la pensión a que alude el régimen de transición, pues acudiendo a su descripción normativa resulta clara su naturaleza accesorio a la pensión de vejez, como se extrae del contenido del art. 22 del Decreto 758 de 1990, que señala que no forman parte integrante de la pensión de invalidez o vejez que reconoce el ISS. Hecho éste que **reafirma** aún más la existencia de una **derogatoria orgánica** del sistema pensional anterior, ya que de no haber existido el legislador no hubiera tenido que establecer un régimen de transición como mecanismo para salvaguardar las aspiraciones de quienes estaban cerca a acceder a un derecho en virtud del régimen que se pretendía reemplazar.

Tampoco se puede considerar que los incrementos estudiados tengan la connotación de un **derecho adquirido** para aquellas personas **beneficiarias del régimen de transición**, en tanto, nunca nacieron a la vida jurídica, por no haberse cumplido los requisitos para acceder a la pensión de vejez con antelación a la vigencia de la Ley 100 de 1993. Es claro que ellos cuentan con una naturaleza accesorio al derecho principal, que no es otro que la pensión de vejez.

De igual manera, resulta imposible llegar a la conclusión de que se trata de los **beneficios económicos** de que trata el **AL 01 de 2005**, pues ellos están previstos como ayuda para personas de escasos recursos sin posibilidad de acceder a una pensión de vejez.

Abundando en razones y en defecto de la derogatoria orgánica, encuentra la Corte que con la expedición del A.L. 01 de 2005, existe una **derogatoria tácita en estricto sentido**, al haberse expulsado del ordenamiento el art. 21 del Decreto 758 de 1990, al ser evidentemente contrario a la norma constitucional, que restringe los beneficios pensionales únicamente a los previstos en la Ley 100 y demás normas posteriores, y al no acompasarse con la correspondencia que según su contenido debe existir entre aportes y el monto pensional, ya que el sistema de seguridad social integral no cuenta con cotizaciones que soporten el reconocimiento de los incrementos, afectado su sostenibilidad financiera.

Y finalmente, si los anteriores razonamientos no resultaren suficientes para entender que los incrementos han sido orgánicamente derogados, arguye sabiamente nuestra Corte que sería necesario **inaplicarlos por inconstitucionales** pues no se avienen al contenido del inciso 11 del art. 48 de la CP, por las mencionadas razones.

Conforme a lo anteriormente expuesto, es evidente que los incrementos previstos en el art. 21 del Decreto 758 de 1990 desaparecieron del mundo jurídico desde que entró a regir la Ley 100 de 1993, los cuales solo conservan efectos ultractivos para quienes a dicha data cuenten con un derecho adquirido. En respaldo de este razonamiento, no resulta viable la aplicación del **principio de favorabilidad**, que depende de la existencia de dos o más normas jurídicas vigentes, ni menos aún del **principio de indubio pro operario**, pues no tiene sentido examinar el propósito de una norma que se itera, perdió su vigencia en el ordenamiento jurídico.

- **Respeto de la doctrina Constitucional**

Adicionalmente debe destacarse que el pronunciamiento efectuado por nuestra Corte Constitucional resulta **vinculante** al producir efectos jurídicos desde el día siguiente a la fecha en la cual se tomó la decisión, en consecuencia, tiene efectos inmediatos, debiendo aplicarse independientemente de la fecha de radicación del proceso de conformidad con lo estatuido en art. 56 de la Ley 270 de 1996 y como se expuso en otras, en la sentencia C-973 de 2004 y en tanto, es dicha autoridad la llamada a unificar la jurisprudencia nacional, respeto que materializa los principios de igualdad, supremacía de la Constitución, debido proceso, confianza legítima, cosa juzgada y seguridad jurídica, especialmente en tratándose de decisiones unificatorias emitidas por el pleno de esa corporación, que tienen un valor preponderante aún ante la existencia de otros órganos que tienen la función de unificar jurisprudencia, como se expuso en proveídos C-621 de 2015 y T-109 de 2019.

- **Caso concreto**

En el caso concreto, sea lo primero advertir que, no existe discusión respecto del estatus de pensionado del (la) señor(a):

Nombre pensionado	# Resolución	A partir de	Cuantía inicial
Herminson Homez Leyton	Resolución N° 025386 de 2001	1° de noviembre del 2001	\$286.000 (fl. 9)

A quien se les reconoció la pensión de vejez por ser beneficiario del **régimen de transición** y cumplir con los requisitos del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, en consecuencia, al no contar con un derecho adquirido a la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993, sino con una mera expectativa- siguiendo los derroteros expuestos-, no queda otro camino que absolver a Colpensiones de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por el demandante.

En consecuencia, se confirmará la absolución impartida en primera instancia, aunque por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

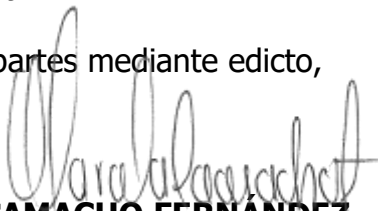
En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

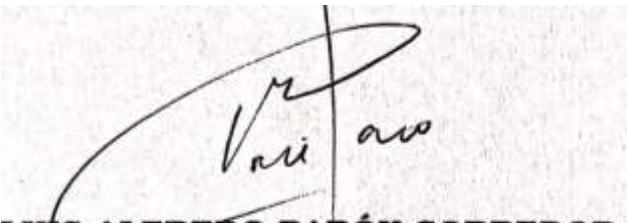
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 24 de noviembre del 2020, por el Juzgado 24 Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: SIN COSTAS en este grado jurisdiccional.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada


EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado
Salva voto


LUIS ALEREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

-Se suscribe con firma escaneada por emergencia sanitaria y estado de emergencia
Res. 380 y 885/ 20 Min. Salud y Protección Social y D. 417/ 20-