



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE: MARLENE CASTILLO RINCON
DEMANDADO: COLPENSIONES- AFP COLFONDOS S.A – ALCALDIA DEL MUNICIPIO SANTIAGO DE CALI - VALLE
RADICACIÓN: 1100131050-29-2019-00350 - 01
ASUNTO: APELACIÓN SENTENCIA COLPENSIONES
TEMA: INEFICACIA TRASLADO
Bogotá D.C, 30 de junio 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

En atención al memorial allegado mediante correo electrónico, se reconoce personería para actuar a la Dra. ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES, identificada en legal forma, como apoderada sustituta de COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido.

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. MARLENE CASTILLO RINCON instauró demanda ordinaria contra COLPENSIONES, AFP COLFONDOS y la ALCALDIA DEL MUNICIPIO SANTIAGO DE CALI, VALLE con el fin de que se declare la nulidad del traslado al RAIS. Como consecuencia, se declare la anulación o rescisión del contrato que fue suscrito por la demandante para realizar el traslado con el fin de restituir a la demandante al mismo estado en el que se encontraba antes de la celebración del acto contractual y así mismo se ordene a la AFP Colfondos el traslado de la demandante al RPMPD; que se declare que la AFP Porvenir debe realizar la devolución no solo los aportes netos cotizados sino que a su vez hacer la devolución que suman los valores menores frente a la cotización, además de solicitar que se ordene a la Colpensiones y la AFP Colfondos pensiones y cesantías S.A realizar los trámites a los que haya lugar para activar la afiliación de la demandante al sistema de RPMPD el cual está en cabeza de Colpensiones. Finalmente, pide se declare lo que resulte probado extra y ultra petita y se le condene en costas a la demandada Porvenir S.A. (fol. 59 y ss.)

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló que la demandante fue vinculada al fondo de pensiones del municipio Santiago de Cali-Valle en el año 1987 por ser trabajadora de la CONTRALORIA GENERAL DE SANTIAGO DE CALI; para el año de 1995 con el surgimiento de las AFP esta es trasladada del RPMPD al sistema RAIS con la AFP COLFONDOS; para realizar esa vinculación manifiesta que un asesor de la AFP la invita a trasladarse al sistema RAIS por lo que le solicita llenar una solicitud de vinculación al fondo de pensiones bajo el argumento que al momento de pensionarse el monto sería mayor, y sin más información de la que contenía el formulario lo firmó,

sin embargo, aunque en el formulario se estipula que es de manera libre, espontánea y sin presiones, no se le brindó información veraz, completa y suficiente, por lo que la información que le suministró el asesor de AFP Colfondos no contempló con exactitud las ventajas y desventajas del cambio de régimen pensional y en ningún momento se le realizó la simulación del valor proyectado de la mesada pensional además de no notificarle que el último término para hacer el traslado era de 10 años. Que la demandante elevó varios derechos de petición solicitando la anulación del traslado del régimen pensional a las demandadas sin obtener una respuesta favorable. Que no se le dio la información suficiente a la hora de realizar el traslado, por lo que existió una inducción a error por parte de la AFP.

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (fol. 79); 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 señalando que carece de legitimación para pronunciarse sobre la nulidad del traslado de RPMPD al RAIS, teniendo en cuenta que la afiliación la realizó la demandante con la AFP, por tanto, Colpensiones no tuvo ninguna injerencia en ello, por lo que ante la solicitud elevada por la demandante no pueden emitir concepto favorable ni desfavorable de ninguna manera por carecer de competencia y por considerar que no procede el traslado de régimen pensional de conformidad con el artículo 2º de la ley 797 de 2003. Propuso como excepciones de fondo las de prescripción y caducidad, cobro de lo no debido, buena fe y la declaratoria de otras excepciones. (fol. 80 y ss.).

En auto del 6 de septiembre de 2019 se ordenó incluir como demandada al Municipio de Santiago de Cali (fol. 90).

4. Contestación de la ALCALDIA DEL MUNICIPIO SANTIAGO DE CALI – VALLE. Dio respuesta a la demanda con oposición a la pretensión principal de la demanda por considerar que dentro del acervo probatorio de la misma no se encuentra evidencia alguna del fondo de pensiones de la Alcaldía del municipio de Santiago de Cali – Valle de la cual la demandante solicita el traslado; afirma que no es la indicada para responder por las actuaciones que realizó la demandante entre las AFP. Propuso como excepciones de fondo la de falta de legitimación por pasiva, por lo que solicita la desvinculación de la alcaldía del municipio de Santiago de Cali – Valle del presente proceso, y la innominada o genérica. (fol. 135 y s.s.).

5. Contestación de AFP COLFONDOS: Dio respuesta a la demanda allanándose en su totalidad a la demanda presentada y, en consecuencia, no hubo oposición alguna a las pretensiones con excepción de la condena en costas. (folio 149)

En auto del 28 de agosto de 2020, se ordenó vincular a la administradora de fondo de pensiones y cesantías PORVENIR (folio 151)

6. Contestación AFP PORVENIR S.A: Dio respuesta a la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, indicando que el traslado inicial de la demandante fue en uso de su derecho a la libre elección que hizo con la AFP Colfondos. Manifestó que la primera vinculación de la demandante fue con la AFP Colfondos y que no fue sino hasta el año 2000 en el que después de haber sido ampliamente asesorada, ella decide vincularse con la AFP Horizonte S.A hoy AFP

Porvenir, que las pretensiones se encuentran dirigidas contra terceros ajenos a Porvenir S.A.

Adujo que con fundamento en el inciso 2 del artículo 20 de la ley 100 de 1993 no procede la devolución de los gastos de administración, por considerar que estos forman parte integral de la pensión de vejez por lo que se encuentran sujetos a la prescripción; además manifiesta que la demandante no se encuentra afiliada en la actualidad con esta entidad por lo que no tienen las sumas del afiliado. Propuso como excepciones de fondo las de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la innominada o genérica. (folio 152 y s.s)

7. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 26 de marzo de 2021, en la que el fallador de primera instancia declaró la ineficacia del traslado al RAIS. Ordenó a la AFP Colfondos S.A la devolución a Colpensiones todos los valores que hubiese recibido a consecuencia de la afiliación, entre ellos cotizaciones y rendimientos sin que haya lugar a descuento alguno, concediendo 30 días hábiles para realizar la respectiva devolución. Ordenó así mismo a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones recibir de Colfondos S.A todos los valores mencionados. Declaró probada la excepción de falta de legitimación por pasiva propuesta por el Municipio de Santiago de Cali – Valle, absolviéndolo de las pretensiones en su contra y finalmente no condenó en costas a las demandadas.

La decisión del Juez se basó en que acoge la postura de la CSJ; que desde el año 2008 es un deber legal brindar información clara y suficiente respecto de cada uno de los sistemas pensionales. Que la sola firma del formulario de traslado no es prueba suficiente del consentimiento informado, por lo que la carga probatoria recae en el fondo de pensiones; que se debe tener en cuenta el momento histórico en el que se dio dicho traslado. Indicó que no se logró probar de ninguna manera que la AFP haya cumplido con el deber de información máxime que esta no se opone a las pretensiones propuestas dentro de la demanda.

8. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión, **COLPENSIONES** interpuso recurso parcial de apelación contra el numeral segundo del fallo emitido por el *a quo*, solicitó que no solo se realizara la devolución de lo cotizado y los rendimientos, tal y como se mencionó en el fallo, sino que además se le hiciera la devolución de los valores de administración, conforme a la sentencia SL 3464 del año 2019, por medio de la cual hace referencia a las consecuencias que lleva consigo la declaratoria de la ineficacia del traslado, por lo que una de ella es volver al estado anterior en el que se encontraba la demandante, es decir, que se declare que no se realizó el traslado de régimen y de esta manera se considere que siempre estuvo afiliada al RPMPD.

9. Alegatos de conclusión: El apoderado judicial de la parte demandante solicita la confirmación de la sentencia de primer grado, ya que se cumplen los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado; por su parte COLPENSIONES solicita que se absuelva a la entidad de seguridad social, con fundamento en que le corresponde a la parte actora probar los supuestos de hecho en que basa sus pretensiones, aunado a que se encuentra en la prohibición legal para trasladarse de régimen pensional; de otro lado PORVENIR S.A. solicita que se revoque la sentencia de primer grado, en tanto que no se acreditaron vicios en el consentimiento, ni error, fuerza o dolo, siendo que para la fecha de traslado el único requisito exigible era el formulario de afiliación con la nota de haberse recibido la información, y en el evento de confirmar la ineficacia del traslado, debe aplicarse la prescripción de la devolución de gastos de administración.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurso de apelación interpuesto por la administradora de pensiones 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 su favor en lo que no haya sido apelado y le sea desfavorable.

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) ¿Las AFP privadas están obligadas a devolver a Colpensiones las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos?; (ii) ¿Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación del demandante?; (iii) ¿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 es cierto, 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 a la afiliada 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 Marlene Castillo Rincón, desde el 28 de abril de 1987 fue afiliada al Fondo de Pensiones del Municipio Santiago de Cali-Valle acogida por el RPMPD, conforme aparece en el Certificado de información laboral expedido por la Contraloría General de Santiago de Cali (fol. 26); que posteriormente cotizó a la AFP Colfondos entre el periodo del 1 de julio de 1995 hasta el 31 de marzo de 2000 según respuesta de AFP Colfondos de fecha 11 de abril de 2017 (fol. 7); que el 9 de febrero de 2000 efectuó solicitud de traslado a la AFP Horizonte conforme aparece en el formulario de vinculación (fol. 180); que el 17 de agosto de 2001 efectuó solicitud de traslado a la AFP Porvenir (fol. 180 anverso); posteriormente solicitó de afiliación o traslado a AFP Horizonte hoy AFP Porvenir el 27 de diciembre de 2002 conforme aparece en el formulario de vinculación (fol. 181); y que finalmente, se afilió a la AFP Colfondos con fecha de efectividad el 1 de febrero de 2005, conforme se evidencia en la respuesta de la misma AFP de fecha 11 de abril de 2017 (fol. 7 y s.s.)

Carga probatoria y deber de información

No se controvierte en esta instancia que la carga probatoria recae en cabeza de las AFP privadas, lo cual no fue objeto de alza por ninguna de las partes. Tampoco se discute que la AFP PORVENIR y la AFP COLFONDOS no brindaron a la demandante la

información necesaria en los términos anotados por nuestra CSJ, entre otras, en la sentencia SL 2324-2019, pues ninguno de los intervinientes contravirtió estos puntos del fallo.

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).

Conforme a ello es claro que procede la devolución de los gastos de administración y comisiones, conforme al criterio jurisprudencial de la CSJ, como acertadamente lo indicó el apoderado de Colpensiones en su recurso, pues ello se genera como consecuencia de la omisión de no brindar la información requerida a la demandante al momento del traslado.

Teniendo en cuenta que, en la parte resolutive del fallo proferido en primera instancia, se ordenó a la AFP Colfondos devolver a Colpensiones todos los valores que hubiese recibido a consecuencia de la afiliación, sin que haya lugar a descuento alguno, se debe precisar que las sumas descontadas por concepto de gastos de administración y comisiones deben ser transferidas tanto por la AFP Colfondos y la AFP Porvenir a COLPENSIONES, motivo por el cual se adicionará en el fallo apelado.

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 deberá 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. En cuanto a la devolución de los gastos de administración al ser una consecuencia de la ineficacia del traslado y hacer parte de la cuenta individual de aportes de la afiliada, la Sala considera que es igualmente 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 al numeral segundo de la sentencia proferida el 26 de marzo del 2021, por el Juzgado 29 Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de **ORDENAR** a la AFP COLFONDOS S.A. que traslade todos los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la señora Marlene Castillo Rincón 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 de sus propias utilidades.**

SEGUNDO: CONDENAR a la AFP PORVENIR S.A. devolver a Colpensiones los gastos de administración y comisiones que en su momento descontaron de la cuenta de ahorro individual de la demandante.

TERCERO: CONFIRMAR en todo lo demás.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

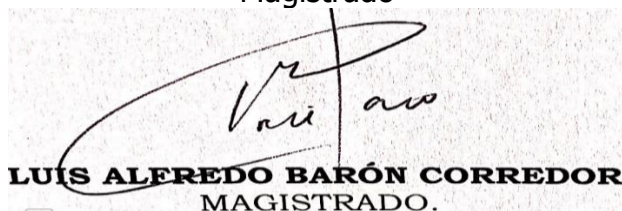
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



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: **LUZ AMPARO MOGOLLÓN DÍAZ**
DEMANDADO: **COLPENSIONES**
RADICACIÓN: **110013105-005-2018-00270-01**
ASUNTO: **CONSULTA COLPENSIONES**
TEMA: **PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES – CÓNYUGE DE PENSIONADO.**

Bogotá D.C., treinta (30) de junio 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. La señora LUZ AMPARO MOGOLLÓN DÍAZ a través de mandatario judicial instauró demanda laboral con el fin que se condene a COLPENSIONES al reconocimiento y pago de la sustitución pensional en calidad de cónyuge supérstite de LUIS ENRIQUE HERRERA, en un 100% a partir del 28 de noviembre de 2017, los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la ley 100 de 1993, lo ultra y extra petita, y las costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló que mediante resolución No 117853 de 2010 el ISS, reconoció la pensión de vejez a Luis Enrique Herrera (Q.E.P.D); que contrajo matrimonio por el rito católico con el causante el 12 de marzo de 1969, vínculo que se mantuvo vigente hasta la fecha de deceso de Luis Enrique Herrera (Q.E.P.D), que lo fue el 28 de noviembre de 2016; que mediante resolución SUB 68646 del 14 de marzo de 2018, COLPENSIONES le negó el reconocimiento pensional, en razón a que se presentó a reclamar la misma prestación la señora ANA JOAQUINA ROMERO GODOY; que el 4 de abril de 2018 presentó reclamación administrativa reclamando e insistiendo en el reconocimiento pensional, pero a través de resolución SUB 118749 del 03 de mayo de 2018, colpensiones negó nuevamente la prestación.

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (Fol. 36); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de COLPENSIONES.: Se opone a todas las pretensiones invocadas en su contra bajo el argumento de que la actora no cumple con los requisitos necesarios previstos en la norma para acceder al beneficio de la sustitución pensional. Como excepciones de mérito rotuló las de cobro de lo no debido, prescripción, y buena fe.

4. Trámite procesal previo: Mediante auto del 05 de diciembre de 2018, se ordenó vincular a ANA JOAQUINA ROMERO GODOY, como interviniente ad excludendum, quien se notificó en debida forma el 07 de febrero de 2020, pero no intervino en el diligenciamiento (Fols. 57, 84 y 87).

5. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 16 de febrero de 2021, mediante la cual el Juzgado condenó a COLPENSIONES a reconocer a LUZ AMPARO MOGOLLÓN DÍAZ la pensión de sobrevivientes con ocasión del fallecimiento de su cónyuge LUIS ENRIQUE HERRERA, a partir del 29 de noviembre de 2017, en cuantía de un salario mínimo legal mensual vigente, junto con los reajustes legales y sobre 14 mesadas anuales, debiendo indexarse, para lo cual ordenó tener en cuenta como IPC inicial el del mes en que se cause cada mesada y como IPC final el del mes anterior en que se efectúe su pago; absolvió a COLPENSIONES de las demás pretensiones de la demanda, declarando probada parcialmente la excepción de inexistencia de la obligación respecto de los intereses moratorios, y se abstuvo de gravar en costas (fls. 190 a 192 expediente digital, con audio de la audiencia virtual).

Su decisión se basó en que se encuentra acreditado el vínculo matrimonial en el año de 1969, tal como consta con el registro civil de matrimonio, y si bien, la demandante aceptó que existió una separación de hecho en el año de 1987, volvieron a encontrarse y acordaron continuar con la convivencia desde el año 2011 hasta el deceso del señor Luis Enrique Herrera el 28 de noviembre de 2017; que la prueba testimonial fue contundente en demostrar que la pareja convivió por espacio superior a los 5 años anteriores al deceso del causante, dieron cuenta de donde convivían, cómo se distribuía el apartamento donde arrendaban, los momentos que compartían como pareja, lo que lleva a no darle credibilidad a la postura de COLPENSIONES al negar la prestación, pues ni siquiera allegó la investigación administrativa a que hace relación en la resolución por medio del cual negó la prestación; así mismo, que la separación de hecho ocurrió porque el señor LUIS ENRIQUE HERRERA se fue a convivir con otra persona de nombre Ana Joaquina, a quien se integró al proceso como interviniente ad excludendum, pero no intervino en el proceso; que en gracia de discusión, de no haberse acreditado los 5 años de convivencia anteriores al deceso de LUIS ENRIQUE HERRERA, conforme a la postura de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, solo requiere acreditar los 5 años en cualquier tiempo, los que demuestra si se tiene en cuenta que contrajeron matrimonio en 1969 y la separación de hecho fue en el año de 1987, aunado a que procrearon dos hijas; absolvió de los intereses moratorios por cuanto era a través del proceso judicial que se definía el derecho reclamado, ordenando la indexación por efectos de equidad y devaluación de la moneda.

6. Impugnación y límites del ad quem. No se presentó inconformidad por las partes procesales, razón por la cual, el expediente fue enviado para surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

7. Alegatos de conclusión.

Demandante: Solicita que sea confirmada la decisión de instancia en el sentido de reconocer la pensión de sobrevivientes por cumplir con los parámetros legales y jurisprudenciales para ello, y ello es así conforme la prueba testimonial que dieron cuenta de la convivencia.

Colpensiones: Manifiesta que debe revocarse la sentencia de primer grado, en tanto que no se acredita la convivencia en los últimos 5 años anteriores al deceso de causante.

2. CONSIDERACIONES DE LA SALA

En razón a que no se planteó apelación del fallo de primera instancia, la Sala abordará el estudio de la sentencia en el grado jurisdiccional de **consulta** a favor de COLPENSIONES, de conformidad con el artículo 69 del CPTSS.

Los **problemas jurídicos** que centran la atención de la Sala consisten en establecer: (i) ¿La señora LUZ AMPARO MOGOLLÓN DIAZ reúne los requisitos legales para ser beneficiaria de la pensión de sobrevivientes causada por el señor LUIS ENRIQUE HERRERA (q.e.p.d.)? En caso afirmativo, (ii) ¿Procede el retroactivo, e indexación?

Fallecimiento

El señor Luis Enrique Herrera (Q.E.P.D) falleció el 28 de noviembre de 2017, según registro civil de defunción obrante a folio 14

Normatividad aplicable

Al *sub lite* le es aplicable el régimen legal contenido en los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, modificados por los artículos 12 y 13 de la Ley 797 de 2003, pues el causante falleció el 28 de noviembre de 2017 y la modificación normativa en comento entró a regir a partir del 29 de enero de 2003.

Calidad de pensionado

Se encuentra demostrado que el señor Luis Enrique Herrera (Q.E.P.D), ostentaba el estatus de pensionado, en razón a que COLPENSIONES le reconoció pensión de vejez a partir del 01 de agosto de 2010, conforme Resolución N° 117853 de 12 de agosto de 2010 (Fol. 54 a 55 Expediente administrativo).

Requisitos de la pensión de sobrevivientes cónyuge de pensionado

Acreditado como está, que el fallecido sí dejó causado el derecho para que sus posibles beneficiarios puedan acceder a la pensión de sobrevivientes, conviene resaltar el contenido del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, atinente a quiénes son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, entre otros, en forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstites, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha de fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad y acredite la existencia de vida marital con el causante por espacio mínimo de cinco años inmediatamente anteriores a la fecha del fallecimiento, cuya acreditación es carga procesal de los eventuales beneficiarios, tal como lo adoctrina la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, en sentencia con radicación No 38213 del 28 de

septiembre de 2010, en la que sostuvo que la convivencia le incumbe probarla a quien afirma el hecho.

1) Calidad de cónyuge

El registro civil de matrimonio glosado a folio 12 da cuenta que el señor Luis Enrique Herrera contrajo matrimonio con Luz Amparo Mogollón Díaz, el día 12 de marzo de 1969.

2) Edad

Con relación a este requisito no existe reparo alguno, puesto que la señora LUZ AMPARO MOGOLLÓN DÍAZ, nació el 5 de mayo de 1953 para la muerte del señor JORGE ELIECER CASTRO ORTÍZ (q.e.p.d.), contaba con 64 años cumplidos, punto que no fue objeto de controversia por la pasiva.

3) Convivencia

Este requisito constituye en punto central de la controversia, pues una vez se presentó la señora Luz Amparo Mogollón Díaz, en calidad de cónyuge supérstite a reclamar la sustitución pensional ante COLPENSIONES (Fol. 16), dicha entidad mediante resolución SUB 68646 del 14 de marzo de 2018 le negó la prestación bajo el argumento de que: *"los implicados nuevamente viven bajo el mismo techo desde el año 2007, pero no como esposos ya que únicamente existió desde ese momento una relación de amistad y de cariño, pero no compartiendo lecho, únicamente techo y mesa"* (Fols. 16 a 21); posteriormente elevó una nueva solicitud el 04 de abril de 2018, que le fue negada a través de resolución SUB 118749 del 03 de mayo de 2018, ello por cuanto no aportó nuevos elementos de juicio que desvirtúen el informe investigativo efectuado por COLPENSIONES (Fols. 25 a 29).

Respecto de este tema, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencias SL2010/19, SL5169/19 y SL4771-2020, reiteró los lineamientos del correcto entendimiento del inciso 3° del literal b) del Art. 13 de la Ley 797 de 2003, cuando se presente separación de hecho del cónyuge supérstite con vínculo matrimonial vigente, evento en el cual la convivencia de los 5 años de que trata la norma para el cónyuge supérstite puede ser cumplida en cualquier tiempo, sin que se exija que continúe actuante el vínculo afectivo al momento del fallecimiento, pues su finalidad es finalidad de proteger a quien desde el matrimonio lo acompañó en su vida productiva y aportó a la construcción del beneficio pensional del causante, en virtud del principio de solidaridad que rige el derecho a la seguridad social, como así lo aquilató:

"Pues bien, de la normativa trascrita se colige que, en el caso de la cónyuge con vínculo matrimonial vigente y separada de hecho del causante, la acreditación para el momento de la muerte de algún tipo de «vínculo afectivo», «comunicación solidaria» y «ayuda mutua» que permita considerar que los «lazos familiares siguieron vigentes» para ser beneficiaria de la pensión de sobrevivientes, configura un requisito adicional que no establece el inciso 3.º del literal b). Nótese que en el texto de la aludida disposición se hace referencia es a que, en ese caso, la consorte tiene derecho a una cuota parte de la pensión de sobrevivientes, proporcional al tiempo convivido con el afiliado fallecido.

Por lo demás, ese es el alcance que al precepto en comento le ha dado esta Corporación, pues su jurisprudencia de manera reiterada ha adocinado que «la convivencia de la consorte con vínculo marital vigente y separación de hecho con el pensionado o afiliado en un periodo de 5 años», puede ser acreditado en cualquier tiempo, puesto que de esta manera se da alcance a la finalidad de proteger a quien desde el matrimonio aportó a la construcción del beneficio pensional del causante,

en virtud del principio de solidaridad que rige el derecho a la seguridad social (CSJ SL 41637, 24 en. 2012, CSJ SL7299-2015, CSJ SL6519-2017, CSJ SL16419-2017, CSJ SL1399-2018, CSJ SL5046-2018, CSJ SL2010-2019, CSJ SL2232-2019 y CSJ SL4047-2019).

Justamente, esa es la teología y alcance del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, se reitera, no dejar desamparado(a) al(la) cónyuge supérstite separado(a) de hecho que mantiene el vínculo marital vigente, quien en su momento aportó a la construcción del derecho pensional del causante; pero, además, su contenido encuadra en las realidades o situaciones sociales que regula dicho precepto, esto es, no invisibiliza las diferentes circunstancias que generalmente rodean la dejación de la vida en comunidad entre esposos.

En efecto, no es ajeno al conocimiento colectivo que la decisión de separarse de hecho del cónyuge, comúnmente proviene de problemas estructurales que aquejan la relación de pareja, que, debido al impacto emocional que aquellos generan en los consortes, terminan por convertirse en causas de distanciamiento.

Cada una de esas situaciones, por supuesto, no pueden ser previstas por el legislador; y es precisamente, en ese contexto, en el que el juez entra a jugar su rol de intérprete de la norma a efectos de zanjar la necesidad de que el ordenamiento jurídico cubra esos escenarios. Así lo reconoció, por ejemplo, esta Corporación en un reciente pronunciamiento en el que explicó que la convivencia no se puede descartar por la pura y simple separación de cuerpos de la pareja y, en dicho caso, otorgó la pensión de sobrevivientes a la cónyuge supérstite del causante pese a no convivir con él, ni mantener lazos de afecto, pues determinó que la renuncia a la cohabitación estaba justificada por los malos tratos a que era sometida y obedecía al ejercicio legítimo de protección de sus derechos a la vida e integridad personal (CSJ SL2010-2019).

De forma que, a diferencia del caso de la convivencia simultánea, en el supuesto de la cónyuge separada de hecho del causante al momento del fallecimiento, la doctrina constitucional impone que deba satisfacerse el requisito legal de la vigencia de la sociedad conyugal, a efecto de que la cónyuge supérstite pueda acreditar los 5 años de convivencia en cualquier época.

Ello así, lo primero que advierte la Sala es que COLPENSIONES se equivocó al negar la prestación por exigirle a la actora la acreditación de los 5 años de convivencia anteriores al deceso del señor Luis Enrique Herrera (Q.E.P.D), pues para hacerse merecedora de la prestación le bastaba acreditar la convivencia por un lustro -5 años- en cualquier tiempo.

Veamos, a pesar de que el a quo se inclinó por estudiar la convivencia en los últimos 5 años anteriores al deceso del señor Luis Enrique Herrera (Q.E.P.D) a efecto de conceder la prestación, hubiera bastado con dar por acreditado los 5 años en cualquier tiempo, pues la pareja Herrera Mogollón contrajo matrimonio el 12 de marzo de 1969, conforme registro civil de matrimonio (Fol. 12), y se separaron de hecho por circunstancias ajenas o no imputables a la actora, en el año de 1987, es decir, después de convivir por espacio de más de 18 años, y de haber procreado como familia dos hijas de nombre Luz Ángela y Carmen Patricia.

Debe tenerse en cuenta que la defensa de COLPENSIONES consistió en que no se acreditó convivencia en los últimos 5 años anteriores al fallecimiento, en tanto que dentro la investigación administrativa la reclamante había afirmado que si bien decidieron convivir en el mismo techo a partir del año 2007, no lo hacían como esposos, sino como una relación de amistad y cariño, concusión que en el transcurso del diligenciamiento se encuentra desvirtuada con la testifical de FLOR ALBA VEGA y DIDIER VILLAMIL PARRA, quienes rindieron una declaración espontánea y sin

ambages. Flor Alba Vega arguyó en conocer a la pareja durante más de 6 años anteriores al fallecimiento y Didier Villamil por espacio de 12 años previos al óbito, quienes además frecuentaban el apartamento donde convivían como pareja, una vez a la semana según lo expresó Flor Alba, y en el caso de Didier, quien es hijo de los arrendatarios, lo invitaban a platicar y tomarse un café, relataron además que el apartamento constaba de dos piezas, pero una de ellas era para las visitas como lo dijo Flor Alba, o estaba llena de “checheres” como lo mencionó Didier, tesis que dan al traste con la postura asumida por COLPENSIONES en la negativa al reconocimiento pensional, máxime que no allega al diligenciamiento la investigación administrativa con la cual edificó la resolución negatoria del derecho pensional instado.

Es por ello, que a juicio de la Sala tales dichos fueron espontáneos y no se aprecian contradicciones, al contrario, guardan plena coincidencia con lo expresado por la actora en el interrogatorio de parte, se itera, dan cuenta que en efecto, a pesar de la ruptura de la convivencia en el año de 1987, volvieron a convivir juntos a partir del año 2011 y hasta la fecha del deceso de Luis Enrique Herrera (Q.E.P.D), además que fue la demandante quien lo asistió en sus últimos días en la que fue internado en el hospital, también fue quien cubrió los gastos fúnebres, y por ello, COLPENSIONES mediante resolución SUB 19155 del 23 de enero de 2018 le reconoció y pagó el auxilio funerario (Fol. 26 a 27 expediente administrativo)

Ello así, al aplicarse los criterios de la sana crítica en racional y libre persuasión en términos del artículo 61 del CPT y de la SS, se extrae que con el acervo probatorio recaudado se probó que LUZ ÁNGELA HERRERA MOGOLLÓN tenía sociedad conyugal vigente con el causante al momento del óbito, y convivió con aquel por espacio superior a los 5 años en cualquier tiempo, y también 5 años anteriores al deceso, a pesar de la separación de hecho.

Visto lo anterior, le asiste el derecho a la pensión de sobrevivientes, en los términos del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, a partir del 29 de noviembre de 2017, sobre el 100% de la prestación económica que percibía Luis Enrique Herrera (Q.E.P.D) para el momento de su fallecimiento, esto es, \$737.717 (Fol. 16).

En cuanto a la excepción de prescripción, tenemos que ninguna de las mesadas reconocidas se encuentra afectada a tal fenómeno jurídico, dado que las mesadas se causaron a partir del 29 de noviembre de 2017, y que la demandante solicitó el reconocimiento pensional a la entidad el 23 de enero de 2018, no solo interrumpiendo sino suspendiendo el término prescriptivo hasta que la entidad surtiera la actuación administrativa correspondiente (C-0792 de 2006), lo cual ocurrió el 14 de marzo de 2018 con la expedición de la Resolución SUB 68646, notificada el 16 de marzo de 2018 (fol. 22), siendo incoada la presente acción judicial el 10 de mayo de 2018 (fol. 31), vale decir, sin que transcurriera el término legal de 3 años entre tales calendas, según y conforme lo dispuesto en los artículos 488 del C.S.T y 151 del C.P.T y de la S.S.

Consecuente con lo expuesto, con arreglo a lo previsto en el artículo 283 del CGP la condena se extenderá hasta la fecha en que se profiera la sentencia de segunda instancia, y una vez realizados los cálculos matemáticos del caso por la Sala, se obtiene un valor de **\$ 40.887.499**, correspondiente a las mesadas causadas entre 29 de noviembre de 2017 y el 31 de mayo de 2021, y a partir del 1º de junio de

2021 Colpensiones deberá cancelar a la actora una mesada pensional equivalente al SMMLV, la cual se incrementará anualmente conforme el reajuste que fije o acoja el Gobierno Nacional, y que se pagará por 14 mesadas pensionales, según lo preceptuado en el Acto Legislativo 01 de 2005, dado que la pensión de vejez que venía recibiendo el señor Luis Enrique Herrera (Q.E.P.D), fue causada con anterioridad al 31 de julio de 2011.

RETROACTIVO PENSIONAL			
Año	Valor pensión (mínimo)	Mesadas	Total Retroactivo (mínimo)
2017	\$ 737.717	2,066666667	\$ 1.524.615
2018	\$ 781.242	14	\$ 10.937.388
2019	\$ 828.116	14	\$ 11.593.624
2020	\$ 877.803	14	\$ 12.289.242
2021	\$ 908.526	5	\$ 4.542.630
TOTAL			\$ 40.887.499

Se autoriza igualmente a COLPENSIONES para que descuente del retroactivo pensional, las cotizaciones que por mandato legal deben realizarse con destino al sistema de seguridad social en salud, de conformidad con los lineamientos trazados por la H. Corte Suprema de Justicia -Sala de Casación Laboral-, en sentencia del 6 de marzo de 2012, Radicado 47528, M.P. Rigoberto Echeverry Bueno.

INDEXACIÓN

Siendo que el a quo procedió a impartir condena por indexación, se procederá a confirmarla en sede de instancia, siguiendo el nuevo criterio fijado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL359-2021, con la que recogió la tesis según la cual la corrección monetaria únicamente procedía a petición de parte, para en su lugar, sostener que “el juez tiene la facultad de imponer la indexación de las condenas de manera oficiosa”, en lo que al punto concluye:

"la imposición oficiosa de la actualización no viola la congruencia que debe existir entre las pretensiones de la demanda y la sentencia judicial. Por el contrario, pretende, con fundamento en los principios de equidad e integralidad del pago, ajustar las condenas a su valor real y, de esta manera, impedir que los créditos representados en dinero pierdan su poder adquisitivo por el fenómeno inflacionario. Es decir, procura que la obligación se satisfaga de manera completa e integral".

Por tanto, como en el sub examine el monto de la condena infligida se ve menguado por el hecho notorio de la pérdida del valor adquisitivo de la moneda, deberá Colpensiones cancelar las sumas de dinero ordenadas por concepto de retroactivo pensional debidamente indexadas a partir de su causación y hasta la fecha en que se cancele la obligación, utilizando la fórmula establecida para el efecto por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, como lo enseña de manera iterativa en sus fallos.

COSTAS

Sin costas de segunda instancia por no haberse causado. Las de primera se confirman.

DECISIÓN

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 16 de febrero de 2021 por el Juzgado 05 Laboral del Circuito de Bogotá, el cual quedará de la siguiente forma:

"PRIMERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a pagar a la señora LUZ AMPARO MOGOLLÓN DIAZ, la pensión de sobrevivientes por la muerte del pensionado LUIS ENRIQUE HERRERA, a partir del 29 de noviembre de 2017, en su condición de cónyuge supérstite. Y como retroactivo pensional causado desde el 29 de noviembre de 2017 hasta el 31 de mayo de 2021, la suma de **\$40.887.499**. A partir del 1º de junio de 2021, la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, deberá pagar a la señora LUZ AMPARO MOGOLLÓN DIAZ, una pensión de sobrevivientes equivalente al salario mínimo mensual legal vigente, que se incrementará anualmente, de conformidad con el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, sin perjuicio de la mesada adicional de junio y diciembre. Estas mesadas deberán indexarse teniendo en cuenta como IPS inicial el del mes en que se cause cada mesada y como IPC final el del mes anterior en que se efectuó su pago.

Se autoriza a COLPENSIONES a realizar los descuentos para el sistema general de seguridad social en salud".

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás, la sentencia consultada.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia. Las de primera se confirman.

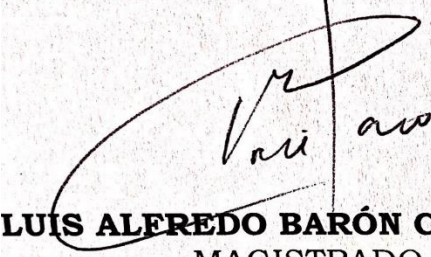
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



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: **JESUS RUNZA**
DEMANDADO: **COLPENSIONES**
RADICACIÓN: **110013105-037-2019-00655-01**
ASUNTO: **APELACIÓN DEMANDANTE**
TEMA: **PENSIÓN DE INVALIDEZ – CONDICIÓN MÁS BENEFICIOSA.**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de mayo 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

En atención al memorial allegado mediante correo electrónico, se reconoce personería para actuar a la Dra. LAURA ELIZABETH GUTIERREZ ORTIZ, identificada en legal forma, como apoderada sustituta de COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido.

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. El señor JESÚS RUNZA a través de mandatario judicial instauró demanda laboral con el fin que se condene a COLPENSIONES al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez a partir del 01 de abril de 1994, el retroactivo pensional, previo el descuento de lo reconocido por indemnización sustitutiva, los intereses moratorios, lo ultra y extra petita, y las costas procesales.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló que nació el 18 de abril de 1956; que mediante dictamen del otrora ISS, hoy COLPENSIONES se calificó con una incapacidad permanente total por gran invalidez, con fecha de estructuración del 26 de septiembre de 1992; que acredita 306,29 semanas; que para el 26 de septiembre de 1992 se encontraba cotizando a través del empleador LA NAL DE SERV LTDA; que acredita más de 26 semanas en cualquier tiempo; que dentro de los 3 años anteriores a la estructuración de la invalidez cotizó un total de 69.9 semanas; que desde el 01 de octubre de 2008 se encuentra en el régimen subsidiado de salud; que entre el 27 de septiembre de 1992 y el 28 de marzo de 1993, le reconocieron 180 días de incapacidad; que mediante resolución No 02921 del 4 de marzo de 1994, el ISS le negó la pensión de invalidez con el argumento de insuficiencia de semanas, y en el mismo acto administrativo le fue reconocido la suma de \$ 815.100 como

indemnización sustitutiva de la pensión de invalidez; que el 05 de junio de 2019 solicitó a COLPENSIONES la revocatoria de la resolución No 02921 del 4 de marzo de 1994, para que en su lugar se conceda la pensión de invalidez; que mediante respuesta del 5 de junio de 2019 COLPENSIONES le rechazó la solicitud.

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (Fol. 35); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de COLPENSIONES.: Se opone a todas las pretensiones invocadas en su contra bajo el argumento de que el demandante no acreditó los requisitos mínimos señalados en el Decreto 758 de 1990, norma vigente y aplicable para la fecha de estructuración de la invalidez, razón por la cual se reconoció la indemnización sustitutiva, misma que resulta incompatible con el pago de la pensión. Como excepciones de mérito rotuló las de prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, buena fe, y la innominada o genérica.

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 15 de diciembre de 2020, mediante la cual el Juzgado absolvió a COLPENSIONES de todas las pretensiones incoadas por JESÚS RUNZA, gravándolo en costas procesales (fls. 50 a 51, con CD de la audiencia).

Su decisión se basó en que en tratándose de la pensión de invalidez la normatividad aplicable es la vigente a la fecha de estructuración de la invalidez, y en ese orden, la normatividad aplicable al actor es el Acuerdo 049 de 1990; no obstante, no acredita los requisitos allí establecidos, y ante tal circunstancia es que el apoderado judicial peticiona que se de aplicación a la ley 100 de 1993 de manera retrospectiva, situación que al estudiarse tampoco puede dar lugar a su aplicación, pues si bien es cierto la Corte Constitucional en sentencias T-155 de 2018, T-554 de 2015, y T-564 de 2015 ha aplicado la retrospectividad de la ley 100 de 1993, lo ha efectuado ante vacíos normativos o corrección de errores normativos, pero no para reemplazar normas que sean aplicables a las situaciones jurídicas controvertidas, es decir, solo aplica la retrospectividad ante la ausencia total de regulación, situación que no ocurre en el sub examine, ya que al demandante le es aplicable el Acuerdo 049 de 1990, y solo por el hecho de no cumplir los requisitos allí establecidos, no da lugar a que se le aplique la ley 100 de 1993 de manera retrospectiva; que el artículo 16 del CST no permite la aplicación retrospectiva de las normas de la seguridad social, a no ser que se encuentre en la excepción, es decir, ante vacíos normativos; que en el sub examine, el sistema pensional en general si tiene establecido una regulación específica, estos es el Acuerdo 049 de 1990, lo que significa que no se está ante un vacío normativo, y en ese orden, no resulta aplicable ni la ley 100 de 1993, ni su reforma con la ley 860 de 2003.

5. Impugnación y límites del ad quem. Se presentó apelación por parte del apoderado judicial de la parte actora, quien manifestó que el a quo no analizó el artículo 288 de la ley 100 de 1993, el cual establece que el trabajador o afiliado puede someterse a las disposiciones de la ley 100 de 1993; igualmente, que debe tenerse en cuenta que el demandante no ha materializado el derecho a la seguridad social, resultando discriminado al no tener acceso al derecho pensional por invalidez; que el demandante se encuentra en estado de debilidad manifiesta y queda excluido del sistema de seguridad social; que la tesis de la Corte Constitucional sobre la retrospectividad no hace alusión a que solo se aplique ante vacíos normativos o falta

de regulación, sino que se aplica ante la ausencia de poder garantizar el derecho a la seguridad social; que la ratio decidendi de la sentencia T-155 de 2018 le resulta aplicable al actor; que de conformidad con la sentencia C-444 de 1997 la ley posterior sí puede mejorar las condiciones del pensionado, y en ese orden, la ley 100 de 1993 sí contienen un artículo que hace posible su aplicación, esto es, el artículo 288; que no es ajustado a derecho que la retrospectividad solo se aplique ante vacíos legales, ya que debe tenerse en cuenta el carácter protector de la ley 100 de 1993; que en la sentencia T 587A de 2012 se hace un análisis de fondo sobre la posición de la retrospectividad tanto en el Consejo de Estado como en la Corte Suprema de Justicia, y constituye línea jurisprudencial para apartarse de la posición asumida por la Corte Suprema de Justicia al respecto; que no se tiene en cuenta el principio de progresividad de la seguridad social; que la decisión negativa de reconocer el derecho pensional por COLPENSIONES es una decisión regresiva; que debe realizarse un análisis de la no restricción de la retrospectividad, en procura de garantizar el derecho a la seguridad social, máxime que el actor es una persona de la tercera edad y que no ha podido acceder a la pensión de invalidez.

6. Alegatos de conclusión. En la oportunidad legal no se aportaron alegatos en la segunda instancia.

7 CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurso de apelación interpuesto por la parte 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.

Los **problemas jurídicos** que centran la atención de la Sala consisten en establecer: ¿Existe la posibilidad de aplicar retrospectivamente la Ley 100 de 1993 para el reconocimiento de la pensión de invalidez al señor JESÚS RUNZA?

RETROSPECTIVIDAD LEY 100 DE 1993- PENSIÓN DE INVALIDEZ.

Para los fines de resolver la cuestión litigiosa, no se discute: (i) Que el señor JEUS RUNZA nació el 18 de abril de 1956 (Fol. 11); (ii) Que mediante dictamen No 0375 del 16 de abril de 1993 fue calificado por el extinto ISS, hoy COLPENSIONES con una pérdida de capacidad laboral de gran invalidez, con fecha de estructuración del 26 de septiembre de 1992 (Fol. 14); (iii) Que cotizó al sistema general de pensiones desde el 07 de mayo de 1975 hasta el 31 de marzo de 1993, un total de 306.29 semanas (Fol. 16); que mediante resolución No 02921 del 4 de marzo de 1995 el otrora ISS, hoy COLPENSIONES, le negó el reconocimiento de la pensión de invalidez, y en su lugar, le otorgó la indemnización sustitutiva en cuantía única de \$ 815.100 (Fol. 19), y finalmente, (iv) Que el 05 de junio de 2019 solicitó ante COLPENSIONES la revocatoria de la resolución No 02921 del 4 de marzo de 1994, y en su lugar se ordene el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez (Fol. 20 a 24).

Así las cosas, lo primero que viene a propósito colegir es que, por regla general en materia de pensión de invalidez la norma aplicable es la vigente a la fecha de la estructuración de la invalidez, y así lo ha aquilatado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia:

"ii) por regla general para el reconocimiento de la pensión de invalidez la normativa que rige es la vigente al momento de su estructuración (CSJ SL 459-2021, SL5603-2019, SL 26 jun.2012, rad.38614, SL780-2021, SL5070-2020, SL2020-2020)".

En el *sub lite* le es aplicable el régimen legal contenido en el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990, pues la fecha de estructuración de la invalidez acaeció el 26 de septiembre de 1992, y el tenor literal de tal disposición reza:

"ARTÍCULO 6o. REQUISITOS DE LA PENSION DE INVALIDEZ. Tendrán derecho a la pensión de invalidez de origen común, las personas que reúnan las siguientes condiciones:

a) Ser inválido permanente total o inválido permanente absoluto o gran inválido y,

b) Haber cotizado para el Seguro de Invalidez, Vejez y Muerte, ciento cincuenta (150) semanas dentro de los seis (6) años anteriores a la fecha del estado de invalidez, o trescientas (300) semanas, en cualquier época, con anterioridad al estado de invalidez"

Al aplicar la norma al caso concreto se encuentra que el afiliado debe cumplir con las 150 semanas en los 6 años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez o 300 semanas en cualquier época; no obstante, en el periodo comprendido entre el 26 de septiembre de 1992 al 26 de septiembre de 1986 y en cualquier época solo cuenta con 270 semanas entre el 07 de mayo de 1975 al 26 de septiembre de 1992 (Fol. 16).

Ahora, el apoderado judicial del actor hace alusión a que se debe dar aplicación al artículo 288 de la Ley 100 de 1993, para reconocer la pensión de invalidez con tal prerrogativa, es decir, con el cumplimiento de 26 semanas en cualquier tiempo, o con las 50 semanas en los últimos 3 años a la estructuración de la invalidez.

Sobre el punto, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en un caso de similares contornos al aquí debatido, llegó a la conclusión de que la postura de asumir que en virtud del artículo 288 de la ley 100 de 1993 se puede reconocer la pensión de invalidez de manera retrospectiva es equivocada, dijo la Corte:

"Al concluir el juzgador de segundo grado que la controversia referente a la pensión de invalidez reclamada en este caso debía resolverse conforme a lo normado en el artículo 288 de la Ley 100 de 1993, en razón a que el actor reclamó el reconocimiento de dicha prestación en vigencia de dicho precepto, al que se remite en cita casi textual, incurrió en una exégesis equivocada de su preceptiva pues de ésta no se desprende tal alcance, en realidad lo que prevé esta norma es que los gobernados por regímenes de seguridad social anteriores al nuevo Sistema de Seguridad Social Integral tienen derecho a que se les aplique cualquier norma de éste, siempre que se someta a la totalidad de sus disposiciones. Obviamente que la garantía referida no opera a favor de quien se consolidó una situación antes de que comenzara a regir la Ley 100 de 1993, pues de no ser así se verían afectados los derechos consolidados en cabeza de una de las partes, lo cual es abiertamente opuesto al artículo 58 de la Constitución Nacional.

No cabe duda entonces que el sentenciador ad quem incurrió en el yerro jurídico denunciado, puesto que al haberse estructurado la invalidez del

demandante el 21 de enero de 1992 no le eran aplicable las disposiciones de la Ley 100 de 1993, como equivocadamente se estableció en la sentencia recurrida”(CSJ, radicación 23016 del 05 de noviembre de 2004)

Así las cosas, en lo atinente a la aplicación del artículo 288 de la Ley 100 de 1993 al caso concreto, sirva lo anterior como razón suficiente para denegar la alzada propuesta en ese horizonte.

Ahora, el apoderado judicial de la parte actora cita el criterio que la Corte Constitucional ha establecido en la sentencia T-587A de 2012, en lo referente a la aplicación retrospectiva de la Ley 100 de 1993, y en efecto, en tal providencia se hacen disquisiciones respecto a la postura tanto del Consejo de Estado como de la Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Laboral, estableciendo que inveteradamente la Corte Suprema de Justicia ha sostenido la imposibilidad de aplicar la ley 100 de 1993 a situaciones anteriores a la fecha en que entró en vigencia el sistema integral de seguridad social, ello con fundamento en el artículo 16 del CST, mismo que establece que las normas del trabajo son de orden público y producen efecto general inmediato; lo que llevó a la Corte Constitucional en ese caso en particular a dar aplicación retrospectiva a la ley 100 de 1993 y ordenar el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, es el haber encontrado un vacío normativo, ya que se trataba de un causante que se encontraba laborando en el sector público sin cotizaciones, y por ello, en materia de pensión de sobrevivientes debía acreditar 20 años de servicios (Ley 33 de 1985), tiempo que no acreditaba, así como también, al contar con cotizaciones del sector privado, no le permitían las normas vigentes antes de 1994 (Decreto 3041 de 1966) realizar la sumatoria de tiempos públicos y privados, razón por la cual, consideró la Corte Constitucional en esa oportunidad que se puede dar aplicación retrospectiva de la ley 100 de 1993, y otorgar el derecho prestacional con el cumplimiento de los requisitos establecidos en dicha normatividad, en particular para la pensión de sobrevivientes.

De lo anterior se colige que, no es que de manera automática se deba aplicar los postulados de la ley 100 de 1993 a casos o situaciones jurídicas surgidas con anterioridad a la vigencia del sistema general de pensiones, sino que opera en virtud de vacíos normativos, y en el sub examine, tal como lo manifestó el a quo, al actor le era aplicable el Acuerdo 049 de 1990 que establece de manera clara y sin equívocos los requisitos para hacerse merecedor de la pensión de invalidez.

Igualmente, es oportuno traer a colación lo adocinado por la Sala de Casación Laboral respecto de la retrospectividad de la ley 100 de 1993. Sobre el particular, en sentencia del 24 febrero de 2005, rad. 23798 (reiterada en la SL235-2021), expuso lo siguiente:

"[...] En el derecho del trabajo y en el de la seguridad social ha prevalecido la tesis según la cual las normas legales que consagran derechos laborales o prestacionales son inmediatamente aplicables sin ser verdaderamente retroactivas. Se ha admitido que la nueva ley pueda regular contratos de trabajo o situaciones jurídicas surgidas con anterioridad a su promulgación pero que se hallen en curso, esto es, que no se hayan extinguido o consolidado. A este fenómeno jurídico, bien se sabe, se le ha denominado retrospectividad de la ley.

En tratándose de derechos para cuya adquisición se precisa del transcurso de un período de tiempo prolongado, cual acontece con las prestaciones que atienden la vejez, es claro que una reciente ley que se expida modificando los requisitos para obtener el derecho, necesariamente deberá mirar hacia el pasado, pues habrá de encontrarse con una o varias situaciones que se encuentren en desarrollo; así, el tiempo de prestación de servicios o de cotizaciones al sistema y, desde luego, la edad de quien aspira a beneficiarse de la prestación.

No puede considerarse, entonces, que exista una aplicación retroactiva de la ley nueva cuando se utilice respecto de situaciones surgidas con anterioridad a su vigencia, pero que no estén consumadas, porque sería tanto como admitir que el deudor de la obligación consolidó, estando en vigor la ley antigua, un derecho a no pagar.

Por esa razón, ha dicho esta Sala de la Corte:

"una cosa es tomar en consideración hechos acaecidos en el pasado para hacerles producir efectos futuros y otra muy diferente, y que nuestra ley no consagra, es la transformación ex post facto de tales hechos por virtud de una ley que no regía al momento en que tuvieron ocurrencia" (Sentencia de la Sección Segunda de 14 de mayo de 1987. Radicado 0574).

[...]

Así las cosas, no existe ninguna razón para que se impida que el derecho a la pensión sea cobijado por las disposiciones de una nueva normatividad, pues en cuanto el afiliado mantenga esa condición y no haya cumplido los requisitos para obtener tal prestación, podrá seguir avanzando hacia la consolidación de ellos, porque quien pretenda pensionarse, si no ha satisfecho las exigencias reclamadas por la ley, tiene el derecho a continuar en su búsqueda".

Ello así, advierte la Sala que el pedimento del actor no sale a flote, pues de ninguna manera puede subsumirse el cumplimiento de los requisitos de la ley 100 de 1993 a una situación acaecida antes de 1994, pues la estructuración de la invalidez lo fue el 26 de septiembre de 1992.

Por otro lado, tanto la Corte Constitucional (SU 588 de 2016) como la Corte Suprema de Justicia (CSJ SL3275-2019 reiterada en la CSJ SL3992-2019), apuntan la posibilidad de contar las semanas cotizadas entre la fecha de estructuración de la invalidez y la fecha de calificación de la misma o hasta la última cotización; no obstante, cumple precisar que tal postura se aplica a casos excepcionales, tratándose de enfermedades congénitas, crónicas y degenerativas, siempre y cuando las cotizaciones posteriores a la estructuración de la invalidez sean producto de la capacidad laboral residual que posiblemente les permitió desempeñar una labor y, en esa medida, trabajar y cotizar.

En el sub examine, si bien de la calificación de pérdida de capacidad laboral del actor, se infiere que tiene una incapacidad permanente total por gran invalidez (Fol. 15), ello *per se* no lo ubica como una persona que padece de una enfermedad de carácter congénita, crónica y degenerativa, pues la invalidez del actor fue producto de un accidente de origen común al recibir una descarga eléctrica con amputación del

miembro superior derecho, tal como se infiere de la calificación de pérdida de capacidad laboral, es decir, que ello descarta de entrada para la Sala asumir como fecha de estructuración definitiva de la invalidez otra fecha diferente a la que se tuvo en cuenta en el dictamen de pérdida de capacidad laboral, pues la invalidez se causó de manera inmediata al acaecimiento del hecho, y no de manera paulatina como ocurre precisamente en los eventos de enfermedades congénitas, crónicas y degenerativas.

Adicional a ello, viene a propósito precisar que las cotizaciones efectuadas a partir del 26 de septiembre de 1992, no son producto de la capacidad laboral residual que pregonan la Corte Constitucional y que haga menester entrar a modificar la fecha de estructuración de la invalidez y así tener en cuenta las cotizaciones posteriores al 26 de septiembre de 1992, pues si bien es cierto se evidencian cotizaciones posteriores a esa data y hasta el 31 de marzo de 1993, lo cierto es que, no fueron producto de la reputada capacidad laboral residual posterior a la fecha de estructuración, en la medida en obra certificación del ISS en la que se deja constancia que posterior al accidente estuvo incapacitado por 180 días, a partir del 27 de septiembre de 1992 hasta el 28 de marzo de 1993 (fol. 16), esto es, que el empleador con el que venía laborando siguió efectuando las cotizaciones para el sistema general de pensiones, pero se itera, no se hicieron estando el actor con capacidad laboral residual, y en ese sentido, mal haría la Sala en tener en cuenta cotizaciones posteriores a la fecha de estructuración de la invalidez para el cumplimiento de las 300 semanas en cualquier tiempo.

Colofón de todo lo dicho, no queda otro camino para esta Judicatura que impartir confirmación al fallo de primer grado.

COSTAS

Sin costas de segunda instancia por no haberse causado. Las de primera se confirman.

DECISIÓN

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 15 de diciembre de 2020 por el Juzgado 37 Laboral del Circuito de Bogotá, conforme las consideraciones vertidas en esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia. Las de primera se confirman.

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: HERVET IVÁN BEJARANO FUENTES
DEMANDADO: MATUNA INVERSIONES S.A.
RADICACIÓN: 38-2019-00046-01
TEMA: APELACIÓN SENTENCIA – CONTRATO REALIDAD - CONFIRMA

Bogotá D.C., treinta (30) de junio 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. Hervet Iván Bejarano Fuentes, instauró demanda ordinaria contra Matuna Inversiones S.A. con el propósito de que se declare la existencia de un contrato de trabajo entre las partes, el cual terminó sin justa causa. Como consecuencia de ello, se dispusiera a su favor el reajuste salarial con sus respectivos incrementos anuales y trabajo suplementario; así mismo la prima de servicios, cesantías y sus intereses, vacaciones, auxilio de transporte, aportes al subsistema de seguridad social en pensiones, indemnización moratoria, sanción contemplada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, reintegro de las sumas que por concepto de aportes que canceló, indemnización establecida en el artículo 64 del CST; lo que resulte probado ultra y extra petita y, costas del proceso. (fols. 2 a 12).

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que laboró de manera personal e ininterrumpida mediante contrato de trabajo verbal a término indefinido desde el 13 de julio del año 2010 al 04 de julio del año 2018, cuyas funciones consistieron en las de saxofonista para el espectáculo musical "los

cumbieros” en las instalaciones del Bar Gaira Café; cumpliendo inicialmente un horario de jueves a sábados, el cual, fue modificado a partir del año 2016 al de martes a sábado. Agregó que la encartada le realizaba los pagos de manera quincenal y en efectivo, sin embargo, no pagó los aportes al sistema de seguridad social; que a partir del año 2014 la demandada le empezó a exigir la presentación de cuenta de cobro y a partir del 2015 el pago de dichos aportes.

De otro lado informó que el 27 de junio de 2018 fue llamado por el departamento de recursos humanos, quienes ofrecieron la suma de \$4.000.000 por concepto de liquidación, sin embargo, luego de que pidiese un tiempo para evaluar la situación, prescindieron de sus servicios, por manera que también se abstuvieron de realizar el pago de sus acreencias laborales. Finalmente, aseveró que devengó como último salario la suma de \$3.750.000, en tanto que por cada turno le pagaban la suma de \$150.000. (fols. 2 a 12 y 121 y s.s.).

2. Contestación de Matuna Inversiones S.A. Dio contestación con oposición a todas y cada una de las pretensiones, argumentando que el actor jamás ha sido trabajador de la sociedad, ni del establecimiento de comercio Gaira Café, por virtud de que no ha ejercido ningún acto de subordinación, tampoco ha cancelado salarios.

En lo atinente a los supuestos fácticos indicó que el demandante prestó servicios independientes como músico a través de contrato verbal de prestación de servicios de carácter civil, de manera ocasional y sin que estuviese supeditado a jornada laboral. Además, que debía presentar su cuenta de cobro, junto al comprobante de pago de su seguridad social como independiente, para que procediera el pago de sus servicios de músico independiente.

Por último, sostuvo que el actor no volvió, como tampoco contacto a la persona encargada de realizar las contrataciones de músicos para informar su ausencia. Propuso como excepción previa la de inepta demanda y como de mérito las de inexistencia de las obligaciones que se pretende deducir a cargo de la sociedad demandada, cobro de lo no debido, pago, buena fe, mala fe del actor, prescripción, compensación y genérica. (fols. 144 a 163).

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 10 de julio del 2020, mediante el cual, el juzgado absolvió a la demandada Matuna Inversiones S.A., de todas y cada una de las pretensiones incoadas por el demandante, condenando en costas a este último.

Para arribar a tal decisiva, señaló que las declaraciones rendidas daban cuenta que que efectivamente existía la posibilidad de que el actor no asistiera a laborar y que pudiera enviar a alguien en su reemplazo, circunstancia o particularidad que es propia de los contratos de prestación de servicios en donde no se requiere necesariamente una actividad intuitu persona. Así, advirtió que el comportamiento

de las partes en desarrollo de la vinculación fue concordante con la regulación propia de las relaciones de carácter distinto a la laboral, específicamente a las vinculaciones de carácter civil o de prestación de servicios, acotando, que dentro del escenario evidenciaba que el actor era convocado para cumplir ciertos turnos en ciertos periodos, lo que da lugar a que no fuera de manera continuada e ininterrumpida.

Aclaró que, si bien se advertía el primero de los elementos esenciales del contrato de trabajo, esto es, la actividad personal, ya que efectivamente el accionante cumplía funciones de músico, sin embargo, reiteró que no necesariamente era personal en la medida en que se admitía la alternativa de enviar a alguien en su reemplazo que pudiera desarrollar la labor, propia de los contratos de prestación de servicios.

Precisó que dentro de un contrato de prestación de servicios de un músico es posible que le sea exigible el cumplimiento de las obligaciones, como por ejemplo que asista a los turnos correspondientes; y aunque al accionante le suministraban para prestar el servicio indumentaria y maquillaje, todo ello tampoco deriva en una incontrastable subordinación o configuración de un contrato de trabajo.

Concluyó que en gracia de discusión si el demandante desarrollo algún tipo de actividad en un escenario de subordinación jurídica, las súplicas de la demanda no podrían ser favorables en la medida que se podría deducir la existencia de pluralidad de vinculaciones con solución de continuidad entre ellas, lo que conduciría a que no existe una única vinculación contractual laboral en la forma sostenida en el libelo introductorio. (CD fol. 61)

4. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión, la parte demandante interpuso recurso de apelación argumentando que, si hubo continuidad en la relación lo que generaba subordinación, pues, así lo apuntaba los testimonios y cuentas de cobro que indicaban la temporalidad de la vinculación. Agregó que concurrían los elementos de trabajo en tanto que cumplía funciones en forma subordinada, mismas que se remuneraban.

5. Alegatos de conclusión.

5.1. Parte demandante. En su escrito de alegaciones indicó que se encontraba demostrado la existencia de la relación laboral entre las partes dado el cumplimiento de funciones de manera continua y permanente, bajo ordenes y horario, por manera que la encartada quiso disfrazar el vínculo citado.

5.2. Parte demandada. Sostuvo en su escrito que quedó demostrado con todo el acervo probatorio, que el actor jamás fue trabajador de la empresa demandada, que actuó dentro del marco de una relación de prestación de servicios de carácter civil, en el cual prestó unos servicios autónomos e independientes como músico, que

fueron remunerados como honorarios previa presentación de cuenta de cobro y el pago de aportes a seguridad social como independiente.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurso de apelación interpuesto por la parte actora 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.

- i. ¿Matuna Inversiones S.A. fungió como empleador del aquí actor, como consecuencia de la aplicación del principio constitucional de la realidad sobre las formas?
- ii. De ser afirmativa la respuesta, determinar 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 la existencia del contrato de trabajo, dada a la presunción legal contenida en el artículo 24 de la norma sustancial, por manera que 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 Hervet Iván Bejarano Fuentes a Matuna Inversiones S.A., pues de un lado, las partes no cuestionaron las reflexiones del Juez primigenio en torno a ello y, por otro lado, se desprende así del interrogatorio de parte que absolvió su representante legal, señor Pedro Felipe Scarpetta Duran, aunque con la aclaración de que el vínculo estuvo regido por un contrato de prestación de servicios de carácter civil.

De acuerdo con lo anterior, demostrada como está la prestación del servicio por parte del actor al servicio de la demandada, 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 el actor desempeñó su labor desprovista de cualquier elemento subordinante, en tanto que el servicio contratado si bien lo fue única y exclusivamente para prestar sus servicios en calidad de músico saxofonista, lo cierto es que estaba sujeto a disponibilidad del actor, quien nombraba personas en su reemplazo y no se le exigía cumplimiento de horario, actividad que desarrollaba de manera libre y autónoma, desprovista de cualquier elemento subordinante. En ese sentido, se comparten los argumentos esbozados por el juez de primer grado para impartir absolución de las condenas a la demandada.

Y es que en efecto, analizado el haz probatorio, tal y como lo advirtió el a quo, no solo la demandada allegó prueba que soportara su dicho, sino que existe material suficiente que da cuenta la inexistencia de subordinación y dependencia a la que estaba sujeto el actor en la realización de sus labores, y que revelan que, entre las

partes, se desarrolló un contrato de prestación de servicios y no que existió una verdadera relación de tipo laboral, conforme lo establecido en los artículos 22 y 23 del C.S.T.

Dentro de las pruebas recopiladas en primera instancia cobra especial relevancia las declaraciones de los señores Harold Jair Ramirez Parrado (Contador de la sociedad), Julian David Preciado Perez (Gerente de Operaciones) y Johan Camilo Duran Castillo (director de servicios), quienes sostuvieron de manera espontánea y conteste que, el actor no se le imponían horarios, realizaba sus actividades de forma autónoma e independiente, y laboraba de acuerdo con su disponibilidad y tiempo. De hecho, sostuvieron al unísono que el demandante como músico saxofonista externo de la sociedad, se vinculaba de acuerdo con la necesidad que se tuviera en el establecimiento de comercio, y de acuerdo con su disponibilidad para la prestación del servicio, en tanto que el coordinador del área, previa necesidad que se tuviese, le preguntaba acerca de la posibilidad de cubrir el turno o de realizar la presentación, al punto que no había ninguna consecuencia si el demandante señalaba la imposibilidad de asistir, entre otras cosas porque tuviese otra presentación diferente a la que se le solicitaba; o aun aceptando sin que se presentará, pues, en el último evento, debía informar y contar con su reemplazo.

De lo anotado se sigue, como lo advirtió el juzgador, que entre las partes se gestó un contrato de prestación de servicios, pues pese a que en principio la recurrente señala que no se valoró en debida forma las cuentas de cobro allegadas al plenario y los demás testimonios que fueron escuchados al interior del diligenciamiento, en tanto que en ellos se denotaba la existencia del contrato de trabajo y la continuada subordinación al que estaba sometido, no obstante, de dichos documentos y declaraciones, contrario a lo pretendido, solo revelan la inexistencia del linaje laboral.

De hecho, basta mencionar que los señores Andrés Mauricio Niño Ruiz y Juan Sebastián Atehortúa Lozano, testigos de la parte demandante y compañeros del aquí actor señalaron, el primero que conoció de tiempo atrás al señor Hervet Iván Bejarano Fuentes, dadas las características particulares de su oficio en tanto que se encontraban en lugares distintos y grupos, bien sea durante meses o en un solo proyecto; tal fue el caso de "Gaira", lugar al que hicieron prestaciones musicales. Indicó que existían momentos en que no iban a los eventos, en tanto que le resultaban más rentable otras presentaciones, caso en el cual enviaban a otro músico en su reemplazo con el fin de que cubriera el respectivo turno. Mientras que el segundo corroboró lo antes dicho, pero, agregó que, si bien el actor faltó una vez a su presentación, le comunicó al director musical y envió su reemplazo, mismo que fue aprobado.

Ahora, aunque significaron que el actor cumplía un horario que podía ser modificado por el coordinador del área, mismo que también asignaba los turnos, también

dejaron entrever que dicha situación es una simple coordinación que no está vedada a los contratos de prestación de servicio, acotando, que el hecho de que existan instrucciones, coordinación de horarios y medidas de supervisión o vigilancia, no es significativo de subordinación de carácter laboral. Es precisamente tal acontecimiento el que se refleja de los dichos de los testigos traídos a colación, pues, contrario a lo señalado por la censura, la actividad que ejecutaba el actor no desbordaba su finalidad o rebosaba su independencia y autonomía, en razón a que de cierta forma todos acotaron no solo la independencia en su actividad, sino, además su disponibilidad en tanto que no era imperativo asistir a las presentaciones.

Por manera que el juzgador de primer grado no incurrió en ningún yerro como mal se le atribuye por la censura, además, porque en nada prueba las documentales arrojadas por el promotor del proceso, que hacen referencia a cuentas de cobro y que aduce que no fueron debidamente valoradas por el A quo, toda vez que aquellas no tienen constancia de haber sido puestas en conocimiento de la encartada, de hecho, ni siquiera vienen suscritas por el actor, lo que hace imposible tenerlas en cuenta para los efectos que se pretenden. Aun si la Sala pasará por alto tal falencia, las cuentas de cobro nada dicen acerca de las circunstancias en que ocurrió la prestación del servicio que realizó el actor y, por el contrario, corroboran lo que expusieron los testigos, pues de ellas emerge sin duda la indeterminada prestación del servicio que alega como continua en la apelación.

Insiste la Sala que, si bien hubo coordinación en las actividades del actor, también lo es que no desbordaron los límites de la independencia y autonomía del contratista en el contrato de prestación de servicios, destacando que el trabajador no recibió llamados de atención, memorandos o alguna otra situación contentiva de subordinación, dado que su actividad estaba sujeta a disponibilidad y potestad del promotor del litigio. En torno al horario que aduce el demandante cumplió, tanto en el escrito de demanda, como su interrogatorio de parte, es dable recordar que el cumplimiento de horarios no es por sí solo una prueba de subordinación, tal como ha dicho también el alto tribunal de la especialidad laboral, precisamente en sentencias SL11661-2015, SL8434-2014 y SL14481-2014.

Las razones expuestas en precedencia permiten concluir que, aunque no fue objeto de discusión que el trabajador 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 estuvieron desprovistos del elemento de subordinación, además, si bien hubo directrices en el desarrollo de alguna de sus funciones, no por ello desdibuja automáticamente la naturaleza del vínculo civil que suscito entre las partes, en tanto que ello es solo simple coordinación de los contratantes, que no afecta la tesis de autonomía, cuyo soporte se halla en búsqueda de un mismo objetivo, esto es, de dar cumplimiento al contrato de prestación de servicios que suscribieron.

En ese sentido, en nada se reprocha la decisión que tomó el a quo, por manera que al no encontrarse reunidos los presupuestos jurídicos ni facticos para que proceda la condena solicitada, al no hallarse 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 10 de julio del 2020, por el Juzgado Treinta y Ocho 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 \$350.000 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,



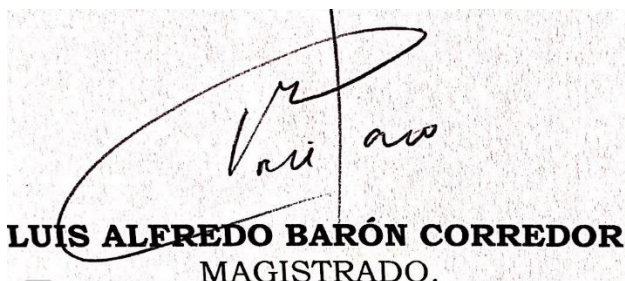
DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

Magistrado

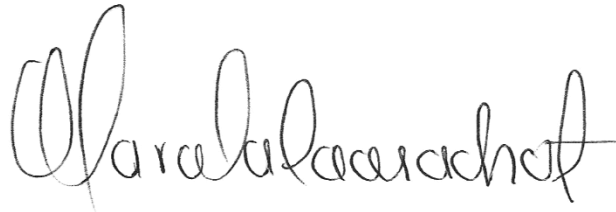


LUIS ALEREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

-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-

AUTO DEL PONENTE

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de la parte demandante en la suma de \$350.000.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE: YAMILE RUIZ ROCHA
DEMANDADO: INVERSIONES NARVAL S.A.S.
RADICACIÓN: 1100131050-31-2018-00331-01
ASUNTO: APELACIÓN SENTENCIA
TEMA: INEFICACIA TRASLADO

Bogotá D.C., treinta (30) de junio 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. Yamile Ruiz Rocha, instauró demanda ordinaria contra Inversiones Narval SAS, con el propósito de que se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido, cuyos extremos cronológicos se prolongaron entre el 1 de agosto del 2014 hasta el 5 de septiembre del 2015, mismo que terminó por culpa del empleador. Como consecuencia de las anteriores pretensiones de orden declarativo, solicitó que se dispusiera a su favor el pago de cesantía y sus intereses al doble, prima de servicios, compensación de las vacaciones, indemnización por despido sin justa causa y moratoria, sanción por la no consignación de cesantías correspondientes al año 2014, aportes a los subsistemas de seguridad social en salud y pensión, intereses moratorios, salarios insolutos, indexación, lo que resulte probado ultra y extra petita y, costas procesales.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que el 1 de agosto del 2014, celebró contrato de trabajo a término indefinido con la encartada, para desempeñar el cargo de Gerente Administrativa de la "Casa Buro", devengado un salario mensual de \$2.000.0000 y una bonificación de \$500.000. Sostuvo que recibió el pago de salarios de forma parcial y fuera de las fechas establecidas, además, que para obtener el pago de la bonificación pactada se desplazaba a hoteles, centros comerciales, visitas a prospectos de clientes con el fin de ofrecer en forma personal los servicios de oficinas físicas y virtuales.

Agregó que estuvo sometida continuamente a la extensión de la jornada laboral, con el fin de apoyar actividades los sábados y domingos de "Casa Buro" y "Foresta Natura", establecimientos de comercio de propiedad de la encartada. Adujó que el día 5 de septiembre del 2015, mediante comunicación verbal su empleador le da por terminado el contrato de trabajo, sin exhibir una justa causa; que le adeuda salarios y sus acreencias laborales. (Cuad. 1, fls. 152 a 178).

2. Contestación de INVERSIONES NARVAL SAS. Al contestar la demanda se opuso a la prosperidad de las pretensiones, argumentando que la demandante en últimas prestó sus servicios a través de un contrato de prestación de servicios. Sobre los supuestos fácticos refirió que, celebrado el presunto contrato de trabajo, la actora posteriormente manifestó que requería mantener su autonomía para manejar su tiempo y conservar sus asesorías contables de forma independiente y aislada, acordando unos honorarios por la suma de \$2.000.000, a partir de finales del mes de septiembre del 2014. Propuso como excepciones de fondo las que denominó pago, cosa juzgada y prescripción. (Cuad. 1, fols. 257 a 266)

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 15 de febrero del 2019, en la que la falladora declaró la existencia de relación de trabajo entre las partes a partir del 1 de agosto del 2014 al 31 de agosto del 2015; como consecuencia de tal declaración, condenó a la demandada al pago por concepto de salarios insolutos, cesantías, intereses a las cesantías, vacaciones, prima de servicios y pago de aportes pensionales, así mismo, a costas procesales.

Para arribar a dicha decisiva, limitó el problema jurídico a dilucidar al vínculo que unió a las partes, 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, correspondiéndole, entonces, a la convocada a juicio desvirtuar la presunción contenida en el artículo 24 del CST.

Así, luego de revisar la documental aportada concluyó de ellas que la indicación del abono a nómina o salario en los pagos que se le hacían a la trabajadora era muestra de una relación laboral, además, por cuanto a la demandante se le canceló la prima de servicios del segundo semestre del año 2014, prestación social ligada a la ejecución de una relación laboral. En ese sentido, indicó que la parte accionada no cumplió con su carga probatoria, es decir, desvirtuar la anotada presunción, por manera que declaró la existencia del vínculo laboral a partir del 1 de agosto del 2014 al 31 de agosto del 2015, pues, sobre esta última data se confesó en la contestación de la demanda.

Sentado lo anterior, sostuvo que en lo atinente al pago de prestaciones sociales y salarios no existía prueba de su pago, diferente a la cancelación de la prima del segundo semestre del año 2014. Por lo anterior, condenó a la encartada a su pago, aclarando, que el salario base para su liquidación correspondería a \$2.500.000 en tanto que los \$500.000 por concepto de bonificación no aparecían discriminado en los comprobantes de pago, quedando claro que lo percibía en totalidad era salario.

En lo atinente a la indemnización por despido sin justa causa memoró que la promotora del proceso cumplió con su carga probatoria, esto es, demostrar la terminación, sin embargo, determinó que el finiquito de la relación laboral fue con justa causa como quiera que la gestora violó las obligaciones contractuales que aparecían consagradas en el contrato de trabajo, pues, así lo indicaba los medios de prueba, por manera que despachó desfavorablemente la pretensión. La misma suerte corrió la indemnización del artículo 65 del CST, ya que a la fecha de presentación de la demanda habían transcurrido los 24 meses, por lo que no habría lugar al pago de un día de salario por cada día de mora. Anotó que referente a la buena fe, esta se encontraba acreditada en tanto que entre las partes ya habían tramitado ante el Juzgado 33 Municipal de Bogotá proceso verbal, en el que daba cuenta que las pretensiones de dicha demanda se encontraban dirigidas a la existencia de un contrato de prestación de servicios, por el mismo lapso que hoy la demandante alega en esta causa. En esa medida, adujo que la encartada estaba convencida de que el nexo contractual era de carácter civil, además, por cuanto en dicho

proceso las partes conciliaron, lo cual, hace tránsito a cosa juzgada frente a las pretensiones allí invocadas.

Sobre este último aspecto, refirió que no existió cosa juzgada en el presente asunto ante la inexistencia del mismo objeto, además, porque los derechos de los trabajadores son irrenunciables y no conciliables, por lo que no podía ser motivo de transacción y conciliación. Por otro lado, y con respecto de la excepción de prescripción adujo que fue interrumpida con la solicitud de conciliación realizada ante el Ministerio del Trabajo por la actora, por lo que a la fecha de presentación de la demanda no había transcurrido el término trienal.

Advirtió que no podía desconocerse que a la actora se le canceló la suma de \$15.000.000 por concepto de conciliación, por lo que autorizó a la encartada descontar la citada suma de las condenas impartidas. Acotó que en relación con los aportes pensionales debían ser cancelados, en tanto que no aparecía su pago. Finalmente, en sentencia complementaria adujo la no procedencia de la sanción por el no pago de las cesantías, bajo el fundamento que anunció sobre la improcedencia de la indemnización moratoria. (Cuad. 2, CD fol. 651)

4. Impugnación y límites del ad quem.

4.1. Recurso de apelación de la demandante. Formuló recurso de apelación indicando que no se discute que la demandante le fue terminada la relación laboral, sin embargo, denotó que no logró demostrarse la justeza del despido, en tanto que los hechos que le atribuyó la juzgadora databan del 7 de julio del 2015, tiempo atrás a la terminación del que data del 31 de agosto del mismo año. Además, subrayó la inexistencia de prueba indicativa de que ello haya sido el fundamento del despido de la trabajadora.

De otro lado, en lo atinente a la sanción moratoria aceptó que la actora incurrió en la ausencia de temporalidad para haber demandado dentro de los dos años, no obstante, adujo que estaba demostrado fehacientemente es que la sociedad demandada era plenamente conocedora de la existencia de un vínculo laboral y con maniobras distrajo la naturaleza del nexo contractual. Además, porque quien presentó la demanda en la jurisdicción civil fue la encartada con el fin de que contrarrestar el proceso que atañe el estudio ahora a la jurisdicción laboral.

En cuanto a la compensación que el Juzgado hizo respecto de lo que recibió en la conciliación surtida en la jurisdicción civil, anotó que dentro de la contestación de la demanda la encartada no propuso dicha situación, es decir, que se compensara suma alguna. Aunado a que tampoco existe prueba de que dicha cantidad haya sido recibido por la trabajadora, toda vez que el testigo y la misma demandante arguyeron que quedaron pendientes sumas por pagar. Por último, significó que no tiene sentido que quien demande proponga la conciliación y pague la suma de dinero. Además, porque en el proceso tampoco hubo identidad de partes en tanto que en aquel la señora Yamile Ruiz Rocha fue demandada por su empleador hoy demandado. (Cuad. 2, CD fol. 651)

4.2. Recurso de apelación de la demandada. En sus argumentos refirió que debe ser declarada la cosa juzgada ante la existencia de identidad de objeto, pues, en la demandada que correspondió al Juzgado 33 Civil Municipal se pide la declaración del contrato de prestación de servicios, circunstancia que fue negada aduciendo la existencia de un contrato de trabajo por la ahora demandante, controversia que quedó zanjada en acta de conciliación celebrada por las partes, la cual, a su vez fue puesta en conocimiento de esta jurisdicción para que sea declarada la cosa juzgada. (Cuad. 2, CD fol. 651)

5. Alegatos de conclusión.

5.1. Alegatos parte demandada. En su escrito indicó que la conciliación laboral tiene dos efectos jurídicos muy importantes: transita a cosa juzgada y se constituye en mérito ejecutivo, de manera que la conciliación surtida ante el Juzgado 33 Civil Municipal de Bogotá, se encuentra que los hechos que constituyen el fundamento de las pretensiones de la parte demandante en ese momento INVERSIONES NARVAL S.A.S, hoy demandada, es la existencia de un contrato de prestación de servicios entre las partes por el mismo lapso por el que hoy la demandante alega la existencia de un contrato de trabajo, por lo que es claro que la parte demandada estaba convencida de que se trataba de un contrato de prestación de servicios y no un contrato de trabajo.

Indicó que en la referida conciliación las partes renuncian a cualquier acción judicial en contra de la otra, indicándose que hace tránsito a Cosa Juzgada, y fue firmada por las partes, lo cual, ratifica que la sociedad demandada actuó de buena fe, porque estaba convencida de que se trataba de un contrato de prestación de servicios y no de un contrato de trabajo.

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 los recurrentes.

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar los siguientes **problemas jurídicos**:

- i) ¿Sobre las pretensiones debatidas en el presente juicio ya existe un pronunciamiento judicial debidamente ejecutoriado y que da lugar a la configuración del instituto jurídico de la cosa juzgada?
- ii) ¿La juez de primer grado se equivocó al no declarar la existencia de la cosa juzgada respecto del acuerdo conciliatorio que se llevó a cabo ante el Juzgado 33 Civil Municipal de esta ciudad?
- iii) De no hallarse configurada la cosa juzgada, se entrará a estudiar ¿El despido de la trabajadora por parte de la demandada fue injusto y, en consecuencia, le asiste derecho a la indemnización que pretende?
- iv) Así mismo, se determinará ¿Se equivocó el Juez de primer grado al no condenar la indemnización moratoria de que trata los artículos 65 del C.S.T. 99 de la Ley 50 de 1990, ante la inexistencia de hechos contentivos de buena fe?
- v) ¿Se debe compensar las sumas ya pagadas por el empleador en virtud de la conciliación surtida ante el Juzgado 33 Civil Municipal de Bogotá?

Relación laboral

Para resolver los problemas jurídicos que concitan la atención de la Sala, es preciso señalar que las partes no cuestionan las reflexiones de la Juez primigenio en torno a la existencia de la relación laboral, sus extremos temporales y salario, tampoco que no hubo pago de las prestaciones sociales, vacaciones y aportes al subsistema de seguridad social en pensiones por parte de la empleadora. Lo anterior, por cuanto a que dichas situaciones fácticas no fueron recurridas por las partes.

Cosa Juzgada

Sentado lo anterior, de cara a la apelación propuesta por las partes en torno a la existencia o no de la cosa juzgada, cumple recordar que en términos del artículo 303 del C.G.P. *"La sentencia ejecutoriada proferida en proceso contencioso tiene fuerza de cosa juzgada siempre que el nuevo proceso verse sobre el mismo objeto, se funde en la misma causa que el anterior y entre ambos procesos haya identidad jurídica de partes"*. Sobre dicha institución, la Corte Suprema de Justicia, en sentencia bajo radicado N° 36910 de 7 de julio del 2005, señaló que *"la ley procesal protege la definitividad e inmutabilidad que por regla general se predicen de la sentencia por medio de la institución de la cosa juzgada, que a la vez que propende por la ejecutoria material de lo resuelto por el juzgador del caso, conjura la posibilidad de que respecto de unos mismos y particulares hechos se produzcan decisiones contradictorias."*

Bajo este entendimiento, la cosa juzgada procura que las providencias judiciales mantengan en forma definitiva el carácter de inmutables, para impedir que la cuestión principal debatida en un proceso pueda volver a ser objeto de controversia en otro. Entonces, para que esta institución se configure deben aparecer los tres elementos que la estructuran: (i) identidad de partes, entendiéndose que no es la identidad de las personas sino de partes jurídicas, que se debe dar entre quienes actuaron en el primer proceso y las que intervienen en el que se aduce cosa juzgada; (ii) identidad de la cosa u objeto, que se presenta cuando en el nuevo proceso se controvierte el mismo bien jurídico e; (iii) identidad de causa, que se da cuando coinciden los fundamentos de hecho en los varios procesos.

Ahora, respecto del efecto de la conciliación en materia laboral debe señalarse en primer lugar que en términos del artículo 13 del CST, cualquier estipulación que afecte el mínimo de derechos o garantías allí contenidas, no produce efecto alguno, pero en tratándose de derechos que no tengan tal connotación, cualquier arreglo sobre ellos, quedan por fuera de la prohibición contemplada en la mencionada norma.

En esa medida, a la luz de lo dispuesto en los artículos 14 y 15 del C.S.T., los derechos laborales tienen el carácter de irrenunciables y no es dable conciliar o transigir sobre los que tienen la naturaleza de ciertos e indiscutibles, es por ello, que para determinar si un derecho tiene tal connotación, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en decisión del 8 de junio de 2011, con radicación 35157, señaló que *"un derecho será cierto, real, innegable, cuando no haya duda sobre la existencia de los hechos que le dan origen y exista certeza de que no hay ningún elemento que impida su configuración o su exigibilidad"*, así advirtió que *lo que hace que un derecho sea indiscutible «es la certeza sobre la realización de las condiciones para su causación y no el hecho de que entre empleador y trabajador existan discusiones, diferencias o posiciones enfrentadas en torno a su nacimiento, pues, de no ser así, bastaría que el empleador, o a quien se le atribuya esa calidad, niegue o debata la existencia de un derecho para que éste se entienda discutible."*

En armonía con lo anterior, tendrá la facultad el trabajador de disponer de los derechos causados en su favor, siempre que los mismos no atenten con las garantías mínimas que se predicen de los artículos 14 y 15 del CST.

Con ello, se ha entredicho que la conciliación como medio alternativo de resolución de conflictos mediante el cual, dos o más personas solucionan por sí mismas sus controversias, bajo la supervisión de un tercero neutral y calificado; es un acto en el cual intervienen sujetos con capacidad jurídica en donde su consentimiento y voluntad están encaminados a dar por terminado un conflicto o a preverlo, en esa medida por tratarse de un acto jurídico tiene consecuencias sustanciales, que no son otras que hacer tránsito a cosa juzgada y prestar mérito ejecutivo. En este orden, la conciliación tendrá iguales efectos que una decisión judicial.

Sobre tal aspecto, la Sala Laboral de la CSJ ha señalado en sentencia SL18096-2016, reiterada en providencias SL11339-2017, SL8301-2017 y SL8564-2017, que:

“Cuando se dice que el acta de conciliación hace tránsito a COSA JUZGADA, se está asegurando que no podrá adelantarse contra ella acción judicial posterior con el fin de revivir los asuntos conciliados. De hacerse, el Juez deberá declarar probada, aún de oficio, la excepción de cosa juzgada. Esto debido a que el acta de conciliación tiene la misma fuerza obligante de una sentencia.

Sin embargo, puede ordenarse judicialmente la nulidad de un acta de conciliación cuando se afecte cualquiera de los elementos de un contrato, es decir, cuando se actúa sin capacidad o voluntad o cuando la referida actuación verse sobre un objeto o causa ilícita, salvo cuando se trate de la revisión del reconocimiento de sumas periódicas o de pensiones de cualquier naturaleza impuestas al tesoro público o a un fondo de naturaleza pública, situaciones en las que el mecanismo apto para la enervación de las transacciones o conciliaciones judiciales o extrajudiciales, es la revisión contemplada en el artículo 20 de la Ley 797 de 2003.”

En ese orden de ideas, en tratándose de un verdadero acuerdo de voluntades, este debe cumplir con los requisitos que establece el artículo 1502 del Código Civil, por lo cual, si del acuerdo se desprende algún faltante de estos, bien porque alguno de los intervinientes actúa sin capacidad, carece de voluntad, verse sobre un objeto o causa ilícita o se le atribuya el quebrantamiento de derechos ciertos e indiscutibles, puede ser controvertido judicialmente para restarle validez y enervar sus obligaciones.

Descendiendo al caso objeto de estudio, de entrada, la Sala no advierte yerro en la decisión de la falladora de primer grado, pues la recurrente accionada parte de un supuesto errado al considerar que hubo cosa juzgada respecto de los hechos y derechos controvertidos a través del presente asunto, con aquel otro proceso. Se afirma lo anterior porque de cara a las citadas sentencias, si bien el actor y la sociedad ya fueron partes un proceso, lo cierto es que emerge sin duda que la identidad de cosa u objeto y causa no coinciden en modo alguno con el asunto que concita el conocimiento de esta jurisdicción especialísima, en tanto que:

- ✓ En el radicado 1100140033-2016-00841-00, cuyo conocimiento correspondió al Juzgado 33 Civil Municipal de Bogotá, la demanda se encontraba dirigida a declarar que la hoy demandante ejerció sus funciones de administradora, manejo de contabilidad y tesorería e incumplió el contrato de prestación de servicios suscrito con la empresa hoy demandada, buscando con ello el pago de perjuicios, dentro de los cuales estaba el lucro cesante, la devolución de \$5.940.307 por no encontrarse justificado el egreso, la suma de \$6.000.000 por concepto de reintegro por la auditoria contable, responsabilidades que tenga que enfrentar ante la Dian por el manejo irresponsable de la parte contable de la empresa, intereses, y costas del proceso. (Cuad. 2 fls. 405 a 415).
- ✓ Por su parte, en este asunto propende porque se declare la existencia de una relación laboral, con el consecuente pago de prestaciones sociales, vacaciones y demás acreencias laborales solicitadas en escrito primigenio y que se memoraron en los antecedentes de esta sentencia.

De lo expuesto se encuentra que no existe identidad de causa y objeto con respecto al diligenciamiento que es de resorte de esta Sala, pues, aunque en ellos existe identidad de partes jurídicas y, además, en la contestación del primero la hoy demandante expuso la existencia de una relación laboral, como medio exceptivo de defensa, también es cierto que allí se persiguió otros propósitos de orden declarativo y de condena que no fueron solicitados en la presente litis, además de señalarse que aquí se controvierte precisamente

la existencia del contrato de prestación de servicios que en la jurisdicción civil se antepuso como cierto por la demandada, controversia que solo le atañe al juez laboral resolver por así disponerlo el artículo 2 del CPT y de la SS, el cual, como se vio, se derribó en esta causa.

De hecho, si la jurisdicción civil entendió la existencia de dicho contrato civil, de ahí que asumiera la competencia para conocer de los perjuicios materiales reclamados, esa sola disquisición no ata a la jurisdicción laboral, entre otras, cosas porque el legislador dispuso su conocimiento a esta última de todas aquellas controversias relacionadas con la existencia del contrato de trabajo, tal como lo dispone el artículo 2 del CPT y de la SS.; y por ende, sea factible el estudio de las pretensiones que hoy se proponen, cuya competencia, se reitera, es exclusiva del juez laboral.

Y es que de entenderse así bastaría al empleador acudir a la jurisdicción civil y enervar la obligación laboral que se le atribuye con la existencia del vínculo de derecho común entre las partes, impidiendo el cauce de los derechos laborales que demanda protección la trabajadora, y con ello imposibilitando el acceso a la administración de justicia, como quiera que a simple vista allí no podría defenderse de aquel nexo contractual que se le exigía tener como cierto. Por esas razones, mal podría acceder a la excepción propuesta y que se hizo llamar como cosa juzgada, en tanto que no se puede concebir la existencia de otra causa con iguales contexturas, ni mucho menos que el proceso civil sea impedimento para desatar la controversia de la relación laboral que se pregonaba en este proceso.

Ahora, en lo que atañe a la conciliación celebrada dentro del juicio civil, respecto de la cual, no está en entredicho la capacidad o la voluntad de las partes para suscribir el acuerdo, pero es evidente que, si se transgredieron derechos ciertos e indiscutibles, pues, aun cuando la parte demandada en aquel proceso perseguía la procedencia de perjuicios de índole patrimonial en contra de la gestora de este proceso laboral, no obstante, sin justificación alguna hizo propuesta conciliatoria a favor de la actora por la suma de \$15.000.000, la cual, una vez aceptada aseguró en el acta:

"Así mismo, indica la parte demandante que renuncia a cualquier acción judicial en contra de la parte demandada (...) quien acepta la misma e indica que también renuncia a cualquier tipo de acción judicial en contra de la parte demandante"

Intención aquella de las partes que atenta contra las prerrogativas mínimas de la trabajadora, pues, como fruto de ella se irrumpió en el goce efectivo de derechos ciertos, reales e innegables, ante la clara existencia de la relación laboral que lasató, con la consecuente transgresión de los derechos y garantías que las disposiciones del CST lo consagran, en los términos del artículo 13 ibídem. Ante tal panorama y sin más consideraciones que hacer, se mantendrá intacta la decisión que sobre tal aspecto bien tomó la juez primigenia.

- **Indemnización por despido sin justa causa.**

La demandante, argumentó en su apelación que se dan las condiciones para que sea condenada al pago de la citada indemnización, en tanto que hubo no justeza en el despido.

Sobre tal semblante, 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.

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.)

En ese sentido, se advierte que la demandante cumplió con la aducida carga, en tanto que la conclusión a la que llegó la juez de primer grado sobre tal aspecto no se recurrió por las partes, misma que la llevó a colegir que la terminación del contrato de trabajo fue de forma unilateral del empleador, ante la existencia de confesión en la contestación de la demanda. De esta manera, al evidenciarse que la demandante cumplió con su carga probatoria, surge para Sala estudiar si la pasiva no solo acreditó que la terminación fue como consecuencia de una justa causa, sino, además, que cumplió con el deber de comunicarle a su trabajadora las causas y motivos de su decisión.

En tal virtud, y como quiera que dicha circunstancia no fue probada, ya que, contrario a lo encontrado por la juez de primer grado cuando estimó que la ruptura contractual obedeció a un incumplimiento de las obligaciones de la actora, pues, así se desprendía de un correo electrónico adosado a folio 62 del expediente, mismo en el que se le requirió por los daños ocurridos en las instalaciones del proyecto; la terminación del contrato de trabajo de la aquí actora no estuvo fundada en ninguna situación fáctica, menos de aquellas contempladas en la Ley sustantiva.

Ciertamente, del haz probatorio se evidencia que la actora fue requerida con el fin de que adecuara las instalaciones y elementos del proyecto que se encontraban en deplorables

condiciones, esperando respuesta a las situaciones presentadas, a lo cual la gestora del proceso aclaró *"Dr. Naranjo agradezco y acepto sus críticas constructivas, pero le recuerdo que a la fecha he tenido que traer desde escritos, sillas de oficina, menaje, grecas y prestarlas ya que no hay recursos para cumplir con los nuestros clientes (...)"* (Cuad. 1, folio 63), sin embargo, ello no permite establecer de manera razonada una relación de causalidad frente al motivo por el cual finalizó el contrato laboral, a efectos de tener por acreditado que ello obedeció a una justa causa, no solo porque dichas situaciones fueron acontecidas dos meses atrás al rompimiento del nexo contractual, lo que contraría las reglas de la inmediatez que deben regir, sino, además, por cuanto no fueron ni siquiera expuestas a la trabajadora como motivo de terminación.

Así las cosas, al evidenciar la Sala que la demandada de una parte no cumplió con comunicarle a su trabajadora al momento de la finalización del vínculo, la causal o motivo del finiquito del laborío y, de otra, que la consecuencia de su decisión haya sido como consecuencia de una justa causa, pues sobre ello no hay ningún solo medio de prueba, no queda otro camino que revocar la decisión en cuanto negó el pago de la indemnización por despido sin justa causa, para en su lugar ordenar su pago, conforme a lo dispuesto en el literal a) del artículo 64 del CST.

Aplicando la norma sustantiva, se tiene que, a título de indemnización por despido injusto se reconocerá la suma de **\$2.643.519**, en razón a que el tiempo de servicio prestado por el actor se enmarca en el literal "a" del Art. 64 en cita, en tanto que la trabajadora devengó menos de 10 salarios mínimos legales mensuales.

Indemnización por despido sin justa causa					
Salario	Desde	Hasta	Salario diario	Total días	Total Indemnización
\$ 2.500.000	1/08/2014	31/07/2015	\$ 83.333,33	360	\$ 2.500.000
\$ 2.500.000	1/08/2015	31/08/2015	\$ 83.333,33	31	\$ 143.519
Total indemnización					\$ 2.643.519

Indemnización moratoria y sanción por no consignación de las cesantías

En lo concerniente a la indemnización y sanción moratoria, aduce la apelante, que es dable su pago en razón a que la demandada no podía excusarse que tenía pleno convencimiento de que entre las partes existía un contrato de prestación de servicios de naturaleza civil, cuando no había duda sobre la relación laboral que los ataba, además, ya que estaba probado que la intención del empleador ante la interposición de la demanda civil era con el fin de hacer negatorio sus derechos laborales.

Respecto a ello 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 razón para entender que el actuar de la demandada estuvo revestido de buena fe, no siendo suficiente argüir que se estuvo con el pleno convencimiento que entre las partes se pactó un contrato de prestación de servicios, cuando los mismos medios de convicción vertidos al proceso daban cuenta sin mayores discusiones que la dadora de laborío quiso utilizar de forma indebida la vinculación de la demandante a través del citado contrato, ocultando que en verdad la relación rigió bajo los elementos constitutivos propios del contrato de trabajo, pues así se vislumbró de la actividad personal que desarrolló la accionante a favor de la llamada a juicio, pues esta se realizó bajo una estricta subordinación y poderío de esta, sin que fungiera como una contratista independiente y autónoma, por lo que mal haría esta Sala exonerar a la enjuiciada de la sanciones que persigue la parte actora.

Bajo tal contexto fue desacertada la conclusión a la que llegó la Juez de primer grado, cuando todo el haz probatorio daba cuenta que el empleador quiso ocultar la verdadera relación existente entre las partes, al extremo de que la hizo valer ante otra jurisdicción, cuya intención fue con miras a desfavorecer los derechos mínimos y garantías de la trabajadora, tal como se coligió precedentemente. Por manera que se sigue revocar la decisión al respecto y, por ende, entrar a cuantificar las indemnizaciones citadas:

- Indemnización moratoria del artículo 65 del C.S.T.

Se condenará a la demandada al pago de la indemnización moratoria, para lo cual se tendrá en cuenta que la demanda se presentó por fuera de los 24 meses de finalizada la relación (Cuad. 1, folio 149, acta de reparto del 25 de junio del 2018), en consecuencia, se deberá condenar al demandado a pagar a favor de la señora Yamile Ruiz Rocha el valor de \$ 83.333,33 correspondiente a un día de salario por cada día de retardo desde el 1 de septiembre de 2015 (día siguiente a la fecha del finiquito) hasta el 31 de agosto de 2017, esto es, por los primeros 24 meses, valor que asciende en total a \$ 60.000.000 y a partir del mes 25, es decir, desde el 1 de septiembre de 2017, los intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificada por la Superintendencia Bancaria, hoy Financiera, hasta cuando el pago de lo adeudado se verifique efectivamente.

- Sanción por la no consignación del auxilio de cesantías.

Sobre la liquidación de la sanción por falta de consignación del auxilio de cesantías, la corte ha referido en sentencia de radicado 40272 de 2016, "que la indemnización consagrada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 se causa desde el 15 de febrero de cada año hasta el 14 de febrero siguiente, cuando inicia la otra mora, y, en todo caso, hasta cuando finaliza la relación laboral"

Aplicado lo anterior al presente asunto, se condenará a la demandada por concepto de sanción por falta de consignación del auxilio de cesantía la suma **\$16.333.333.**

SANCIÓN POR LA NO CONSIGNACIÓN - ARTICULO 99						
AÑO	SALARIO	DESDE	HASTA	SALARIO DIARIO	DÍAS	SUBTOTAL MORATORIA
2014	\$ 2.500.000	15/02/2015	31/08/2015	\$ 121.029	196	\$16.333.333

Compensación de las sumas entregadas por concepto de conciliación

Sobre el particular, es del caso resaltar, que la compensación está concebida como un modo de extinción de las obligaciones que opera cuando las partes son recíprocamente deudoras y acreedoras entre sí, figura que se encuentra consagrada en el artículo 1714 del C. Civil, cuya finalidad es evitar el doble pago, la doble entrega de capitales y de ese modo simplificar las relaciones del acreedor y del deudor.

En ese orden, cuando hay un deudor que a su vez es acreedor de la misma persona de la que es deudora, de cosas de igual naturaleza, es viable conjurar el doble riesgo y producir la satisfacción de ambos sin desembolso alguno, restando la cantidad menor de la mayor; es por ello por lo que tanto la doctrina como la jurisprudencia la han catalogado como un modo satisfactorio de extinción de las obligaciones.

Sin embargo, para que dicha figura proceda necesario es que aquella se eleve en la oportunidad procesal dispuesta para ello, es decir, en la contestación al escrito inicial, en tanto, que el artículo 282 del CGP veda al juzgador para declararla de oficio. Sobre tal aspecto, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL2501-2018, dijo al respecto:

"Cosa muy distinta es que, como lo ordena el mentado artículo 282, «cuando el juez halle probados los hechos que constituyen una excepción, deberá reconocerla oficiosamente, en la sentencia, salvo las de prescripción, compensación y nulidad relativa que deberán alegarse en la contestación de la demanda», situación que implica que las excepciones propias «prescripción, compensación y nulidad relativa», --a diferencia de las impropias que pueden alegarse en cualquier tiempo y son declarables de oficio--, deben plantearse con la contestación de la demanda, es decir, en su debida oportunidad procesal, para que el juzgador tenga el deber de fallar el pleito en consonancia con ellas, si las encuentra probadas."

Así las cosas, con el fin de dilucidar el recurso propuesto por la parte demandante, mismo que está orientado a la improcedencia de la compensación de las obligaciones adquiridas por la demandada en este proceso y las que se obligó en la conciliación que llevó a cabo ante la jurisdicción civil, hay que decir de entrada, que la Sala encuentra razón a la censura en tanto que la citada compensación de aquellas sumas no se presentaron como medio exceptivo en la oportunidad correspondiente, esto es, al contestar la demanda, imposibilitando a la Juzgadora declararla o ordenarlas sean abonadas, máxime cuando ni siquiera se halla de los medios de convicción arrojados al plenario prueba de su pago.

Obsérvese que del cuerpo de la contestación de la demanda solo se propuso como pago, cosa juzgada y prescripción, sin que de manera alguna exista un indicio que revele o, siquiera insinué que la parte demandada tuviese la intención de que le fuesen abonadas las sumas que dice haber cancelado por concepto de conciliación llevada a cabo ante el Juzgado 33 Civil Municipal, de modo que la sumas con ocasión del convenio no pueden ser tenidas frente a las codenas aquí impartidas. Insistiendo, cuando esta por demás decir tampoco se encuentra demostrado en el diligenciamiento que aquellas sumas que se obligó a cancelar el dador de laborío hubieren sido canceladas a la trabajadora.

En consecuencia, es evidente la equivocación en que incurrió la juzgadora de primer grado al considerar que las sumas a las que se obligó cancelar Inversiones Narval SAS a la señora Ruiz Rocha debían ser compensadas, abonadas o descontadas con las cantidades que se ordenaron en la providencia. En ese sentido, se sigue revocar el numeral 5° de la decisión reprochada.

Costas. Las costas serán a cargo de la parte demandada, toda vez que fue vencida en esta instancia judicial.

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 parcialmente el numeral 4° de la sentencia apelada, para en su lugar, **CONDENAR** a la demandada a pagar a favor de la demandante, los siguientes conceptos:

- a) **\$2.643.519** por concepto de indemnización por despido sin justa causa.
- b) **\$16.333.333**, por concepto de sanción por falta de consignación del auxilio de cesantía.
- c) **\$60.000.000** por concepto de intereses moratorios correspondiente a los primeros 24 meses contados desde el 1 de septiembre de 2015 (día siguiente al finiquito) hasta el 31 de agosto de 2017. A partir del mes 25, es decir, desde el 1 de septiembre de 2017, los intereses moratorios se deben pagar a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificada por la Superintendencia Bancaria, hoy Financiera, hasta cuando el pago de lo adeudado se verifique efectivamente, conforme lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: REVOCAR el numeral 5° de la sentencia apelada, para en su lugar abstenerse de emitir orden de compensación, descuento o abono alguno, conforme a lo motivado.

TERCERO: En lo demás, **MANTENER INCÓLUME** la sentencia de primer grado.

CUARTO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandada, 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

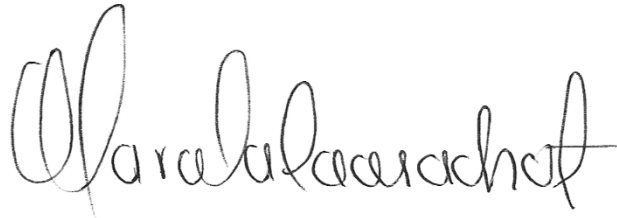


LUIS ALEREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

-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-

AUTO DEL PONENTE

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de la parte demandante en la suma de \$900.000.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: KELVIN SADAIT URREGO LEGUIZAMÓN
Demandado: REMCO MC S.A.S.
Radicación: 08-2017-00734-01
Tema: APELACIÓN PARTE DEMANDANTE – CONTRATO REALIDAD - CONFIRMA.

Bogotá D.C., treinta (30) de junio 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. Kelvin Sadait Urrego Leguizamón, instauró demanda ordinaria contra REMCO MC S.A.S., con el propósito de que se declare que existió un contrato de trabajo verbal, el cual terminó de manera ilegal por parte del empleador. Como consecuencia de ello, se dispusiera a su favor el pago de la cesantía e intereses, indemnización por el no pago de las cesantías, primas, salarios insolutos, indemnización establecida en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, indexación; lo que resulte probado de acuerdo con las facultades ultra y extra petita y, costas del proceso.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que entre las partes se celebró un contrato de trabajo verbal el 22 de octubre del 2015, decisión que se tomó a través de un correo electrónico enviado por la señora Milena Otalvaro, encargada de recursos humanos, misma que mediante WhatsApp la informó que iniciaba capacitación para desempeñar el oficio de operario; que se pactó la suma de \$926.000, más subsidio de transporte.

Expuso que el 26 de octubre del 2015 al atender una orden proveniente de Fernando Ruiz, levantó un tarro que contenía ácido nítrico, derramándose en el cuello, espalda y pierna derecha, por lo que decidió dirigirse a su EPS Salud Total, quien lo atendió bajo el régimen subsidiado, concediéndole 6 días de incapacidad, situación que le fue comunicada a la empresa, así, como las incapacidades remitidas al correo de la empresa.

Sostuvo que el 28 de octubre del mismo año le informaron verbalmente que dan por terminado la relación laboral, sin que mediara justa causa y autorización del Ministerio del trabajo, por encontrarse incapacitado y con evidente fuero de salud. Además, que la encartada no ha pagado sus acreencias laborales. (fls. 86 a 105).

2. Contestación de la demanda. En auto adiado del 12 de diciembre del 2019, se tuvo por no contestada la demanda ante su extemporaneidad. (fls. 120 a 132).

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 15 de octubre del 2020, en la que la falladora absolvió a la demandada de todas de las pretensiones incoadas en su contra por el demandante, absteniéndose de imponer costas.

El Juzgado fijó como problema jurídico a resolver si entre las partes existió un contrato de trabajo y de ser así, los extremos cronológicos, salario devengado y la procedencia de las pretensiones condenatorias. Conforme a ello y luego de hacer alusión al principio de realidad sobre las formas, el precedente de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y las pruebas arrimadas al plenario, sostuvo que no se aportó medio de convicción que la hubiese llevado a tener por acredita la prestación del servicio del demandante a favor de la encartada, por manera que no podía aplicar la presunción contenida en el artículo 24 del CST.

Precisó que, si bien se constituyó un indicio grave en contra de la pasiva ante la no contestación de la demanda en tiempo, tal circunstancia no puede convertirse en una prueba irrefutable sobre la invocada relación laboral en tanto que debía valorarse en su conjunto las pruebas adosadas al plenario, mismas que no dan cuenta de la prestación del servicio. Agregó que las conversaciones allegadas al juicio no acreditan dicha situación, ni mucho menos que se haya desplegado en favor de la encartada.

Acotó que los mensajes de datos no cumplían con las exigencias previstas en el artículo 247 del CGP, en concordancia con la Ley 527 de 1999, en tanto que no se establece si corresponde a transcripciones o fueron previamente modificados por la parte que los aporta. Concluyó, entonces, la no procedencia de las suplicas del actor. (CD fol. 188)

5. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión el actor formuló recurso de apelación manifestando que en el informativo existe un correo electrónico proveniente de la demandada con fecha octubre 22 de 2015, donde informan que al demandante lo aceptan en el cargo, exigiéndole además copia de su cédula para formalizar su contrato. Además, a través de este medio le pidieron copia de la incapacidad laboral, la cual, fue remitida por el trabajador. Así, luego de referirse a los demás correos electrónicos aportados al cartapacio, significó que de estos se desprendía la existencia de la relación laboral, además, por cuanto a los mismos no fueron tachados de falsos.

Infirió que los medios de prueba hacían ver una maniobra para evitar el cumplimiento de los derechos del trabajador, aunado a que en el interrogatorio de parte del demandante este manifestó claramente estaba recibiendo la capacitación, momento en que le allegaron el contrato de trabajo, pero que posteriormente no le fue firmado ante las incapacidades médicas otorgadas. (CD fol. 188)

6. Alegatos de conclusión.

6.1. Parte demandante. En su escrito señaló que probó que a nivel institucional existió relación con respecto al demandante de empresa a empresa, por lo que es claro que hubo vínculo laboral, ya que generó vinculación de ARL con aseguradora y respuesta a nivel institucional, lo que no se causaría de no existir relación laboral. Insistió en que hay respuesta de talento humano donde informan que la incapacidad la paga salud total, demostrándose que hubo reclamó de pago de incapacidades,

además, le dan disculpas y le manifiestan que no tienen contacto con la empresa y que le van a pagar los días laborados.

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**:

- i) ¿La sociedad REMCO MC S.A.S., fungió como empleador del actor dentro del lapso señalado en el libelo genitor?
- ii) De encontrarse que la respuesta es afirmativa, es decir, la existencia de la relación, el segundo problema jurídico consistirá en determinar ¿A cuánto ascendió el salario que devengó el demandante en vigencia del nexo contractual?, y ¿Hay lugar o no al pago de prestaciones sociales, vacaciones, aportes pensionales y demás acreencias solicitadas en el escrito primigenio?

Relación laboral

Con el propósito de desatar la precitada controversia, 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 exige 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. Lo anterior, para significar que en materia laboral la prosperidad del reconocimiento de los derechos laborales a favor del trabajador se centra inicialmente en la demostración de la existencia del vínculo laboral y de sus extremos temporales, situación que entra la Sala a analizar a fin de determinar la viabilidad de las súplicas de la demanda, efectuando para ello la valoración de las pruebas en su conjunto aportadas al plenario, conforme lo determina los artículos 60 y 61 del C.P.T y de la S.S.

Así las cosas, en el sub – lite, se tiene que la parte actora señala que inició su relación laboral con la encartada el 22 al 28 de octubre del 2015, frente a lo cual existe un indicio grave ante la no contestación de la demanda en término por la la Curadora Ad Litem, quien representa los intereses de REMCO MC S.A.S.

En ese sentido, aun cuando adujo el demandante la existencia de una relación laboral con dicha sociedad, no arrimó ningún medio de convicción que permitiera concluir con certeza que lo dicho aconteció, pues en momento alguno demostró siquiera una prestación efectiva del servicio a favor de la empresa que aduce ser el empleador. Lo anterior, por cuanto únicamente se aportó para tal efecto algunas conversaciones, según el accionante realizadas a través de la aplicación de mensajería instantánea Whatsapp y correos electrónicos, los cuales, si bien se señala que fueron enviados por la persona

encargada de talento humano de la empresa, ello quedó en simples afirmaciones en tanto que no se desprende de aquellas su autoría, ni permiten identificar el iniciador, precisando que también carecen de firma y, por lo tanto, en términos de la Ley 527 de 1999, no pueden tener valor probatorio ante su falta de autenticidad.

Adicionalmente, dichas documentales tampoco cumplen con lo dispuesto en el artículo 244 del CGP, pues no fueron impresas en el mismo formato en que fueron generados, enviados, o recibidos, o en algún otro formato que lo reproduzca con exactitud, y aun cuando se hubiere cumplido con tal aspecto, no existe certeza de que provienen por parte de quien dice fue su empleador, de manera que le pueda ser imputada su autoría, como quiera que si bien se nombra a Milena Otalvora, no se sabe quien es aquella persona o si hace parte de la sociedad demandada, máxime cuando también se anota "*Talento Humano Recuperadora de Metales*", nombre distinto al de la persona jurídica que se demanda en este asunto, conforme así se observa en el certificado de existencia y representación legal que milita a folios 76 y 77 del cartapacio.

En esa medida, aunque ciertamente no fueron tildados de falsos o desconocidos por la parte demandada, como lo advierte el apelante, no es menos cierto que, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha fijado de manera pacífica y reiterada que sobre tal aspecto "*no conduce a una aceptación tácita del mismo, y, por ende, poder inferir su autenticidad*", en tanto que se requiere "*con el cumplimiento de los protocolos establecidos en la misma Ley consistentes en la prueba técnica que avale o certifique su proveniencia y permita identificar al iniciador, o la aceptación de este sobre la autoría del documento y su contenido como lo prevé el artículo 7º de la Ley 527 en comento*" o bien "*la aceptación expresa por la parte contra quien se opuso*" (sentencias SL1847-2018, reiteradas en sentencias SL3591-2020 y SL728-2021)

Además, como si lo anterior no fuese suficiente, el contenido de esa prueba documental, en últimas no aporta ningún elemento de juicio de cara a demostrar que el mensaje o chat a los que alude la censura como mal valorados por el juez de primera instancia, acreditan la efectiva prestación personal del servicio a favor de la encartada, pues, en ellos solo se aduce la solicitud de envío de documentos para efectivizar la supuesta contratación laboral, y aunque seguidamente le solicitan las incapacidades laborales expedidas por el galeno tratante como consecuencia del siniestro, posteriormente se excusan indicando que "*nos dimos cuenta que todo se trata de un mal entendido ya que usted jamás a firmado contrato con nosotros*". De modo que tampoco se demuestra con tales documentos la prestación personal del servicio que es eje central de la argumentación de la alzada para concluir la existencia de un contrato de trabajo.

En el hilo de lo expuesto si lo que pretendió la demandante es una sentencia acorde con lo deprecado en la demanda, obviamente tenía la carga de allegar al proceso los medios de convicción que acrediten la ocurrencia de los hechos estructurales de las disposiciones jurídicas que contienen los derechos reclamados, en tanto que al no hacerlo la decisión judicial necesariamente le será desfavorable.

Ello es así, dado que en los términos del artículo 164 de CGP, toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso, y a su vez el artículo 167 del ordenamiento en cita, dispone que incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen, con excepción de los hechos notorios (dentro de los que se encuentran los índices económicos) y, las afirmaciones o negaciones indefinidas.

Por manera que, no existe medio de persuasión sin que para ello sea apto el propio dicho de la parte demandante, es decir, el interrogatorio de parte absuelto por el promotor de la litis, pues lejos está de tenerse en cuenta, ya que por sabido se tiene que nadie puede crear su propia prueba, para valerse, sacar provecho o beneficiarse de ella. Además cumple advertir que la consecuencia adversa que sufrió la encartada por la no contestación de la demanda no es determinante para tener la convicción de la existencia de la relación laboral o a la sumo la prestación personal del servicio, pues, para ello necesario era que se aportaran elementos de persuasión que soportaran los hechos que respalda a las pretensiones, en los términos del artículo 61 del CPT y de la SS, situación que como se vio no aconteció, no quedando otro camino a la Sala que confirmar la decisoria de la Juez primigenio, por lo que así se decidirá.

Sin costas en esta instancia.

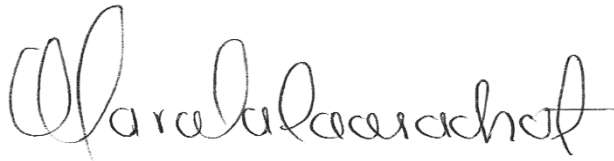
En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 15 de octubre del 2020, por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

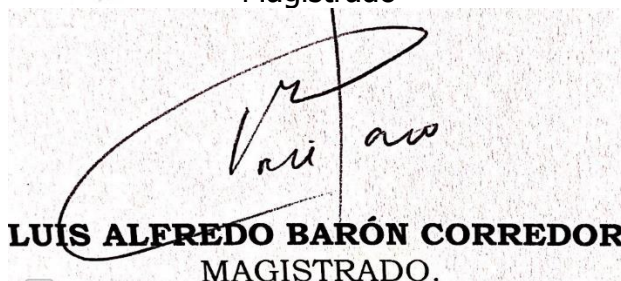
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUIS 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 REYES BERNAL
DEMANDADO: BANCO AGRARIO DE COLOMBIA S.A.
RADICACIÓN: 09-2018-00351-01
ASUNTO: APELACIÓN PARTE DEMANDANTE
TEMA: ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA -

Bogotá D.C., treinta (30) de junio 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 Reyes Bernal, instauró demanda ordinaria contra Banco Agrario De Colombia S.A., con el propósito de que se declare que la terminación del contrato individual de trabajo suscrito entre las partes fue como consecuencia de la enfermedad que padece, configurándose en un despido sin justa causa por lo que aplica la figura de la estabilidad laboral reforzada. Como consecuencia de lo anterior, se ordene al accionado a reintegrarlo a un cargo en el que pueda desarrollar todas sus funciones, en el mismo nivel, teniendo en cuenta su estado de salud y las recomendaciones médicas y de la Administradora de Riesgos Laborales. En esa medida, se condene al Banco al pago de la indemnización equivalente a 180 días de salario por despido sin justa causa, indexación, intereses moratorios y legales; lo que resulte probado ultra y extra petita y, costas procesales.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que el 25 de enero del 2010 suscribió un contrato individual de trabajo a término fijo, cuyo objeto consistió en desarrollar las funciones de cargo de director II en la oficina de Cáqueza, Cundinamarca, por el término de seis meses, modalidad que fue cambiada el 24 de julio del 2011 a la de un contrato de trabajo a término indefinido con plazo presuntivo. Sostuvo que el 7 de abril del 2016 acudió al servicio de urgencias de la Clínica Colsanitas al presentar hemorragias, por lo que el día 5 de enero del 2017 y luego de un estudio polisomnográfico le diagnosticaron Síndrome de Apnea Hipopnea de sueño asociado a desaturación, aumento de la resistencia de la vía superior y ronquido, que genera fragmentación del sueño.

Indicó, luego de hacer un recuento de su historial médico, que mediante comunicación del 24 de julio del 2017 la encartada le dio por terminado su contrato de trabajo suscrito por expiración del plazo presuntivo, decisión que adujo fue unilateral y sin ninguna causal objetiva; además, sin observar que se encontraba enfermo en ese momento, en tanto

que había asistido a 11 procedimientos médicos, ocho de ellos en jornada laboral, contando con dos incapacidades médicas y un ingreso a urgencias, cuyo conocimiento era de su empleadora.

Informó que el 18 de diciembre del 2017 radicó acción de tutela en contra del ente accionado, buscando su reintegro a su lugar de trabajo, por lo que el Juzgado Primero Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento resolvió en segunda instancia revocar la de primer grado, para en su lugar tutelar sus derechos fundamentales y conceder el reintegro en forma transitoria, decisión que se materializó el 28 de febrero del 2018. (fs. 227 a 250).

2. Contestación de la demanda. Al contestar la demanda se opuso a las pretensiones argumentando que el actor se encuentra bajo un contrato especial de trabajador oficial, mismo que finalizó conforme a lo dispone el Decreto 2127 de 1945, que consagra la expiración del plazo presuntivo como causal legal y objetiva para dar por terminado los contratos de los trabajadores oficiales, lo cual, excluye que la ruptura del vínculo está basada en el estado de discapacidad.

Sostuvo que el actor fue reintegrado el 28 de febrero del 2018, a partir del fallo de tutela de segunda instancia proferido por el Juzgado 15 de febrero del 2018, además, que sus actuaciones han sido ajustadas a la ley y nunca ha desconocido derecho laboral alguno, en tanto que los conceptos laborales fueron cancelados durante la vigencia de la relación laboral y terminación, reiterando, misma que se dio por expiración del plazo presuntivo. Finalmente, propuso como excepción previa falta de competencia del Juez por falta de agotamiento de la reclamación administrativa y como exceptivas de fondo cobro de lo no debido, prescripción, buena fe, terminación legal del contrato y genérica. (fs. 286 a 300).

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 12 de noviembre del 2020, en la que la falladora absolvió a la entidad de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por el demandante, así, condenando a este último al pago de costas procesales.

Para arribar a tal decisiva, tuvo como problema jurídico a desatar si la terminación del contrato de trabajo que existe entre las partes obedeció a la enfermedad que padecía el demandante y si hay lugar al reintegro, en un cargo que pueda desarrollar sus funciones teniendo en cuenta su estado de salud y recomendaciones médicas. En esa medida, sostuvo que está probado que entre las partes se celebró contrato de trabajo a término fijo el 25 de enero de 2010 por el término de 6 meses y que el 24 de julio de 2011, de común acuerdo, establecieron que a partir del 25 de julio de ese año lo sería a término indefinido, por lo que desde ese día se contarían 6 meses correspondientes al plazo presuntivo.

Advirtió que el 23 de junio 2017 la demandada comunicó al trabajador que se daría por terminado el contrato por expiración del plazo presuntivo a partir del 24 de julio de 2017 y que en virtud del amparo transitorio dispuesto en fallo de tutela el trabajador fue reintegrado en el cargo de director de oficina Gerencia Regional Bogotá, con la misma asignación mensual, ajustándose la liquidación definitiva y, por ende, procediendo el empleador a cancelar la suma de \$42'300.668 por concepto de salarios y prestaciones sociales dejados de percibir desde el despido.

Sentando lo anterior, luego de hacer referencia al artículo 26 de la Ley 361 de 1997, a las sentencias SL3772 de 2018, SL5181 de 2019 y SU 049 de 2017, precisó que no es suficiente el quebrantamiento de salud del trabajador o el encontrarse en incapacidad médica, para ser acreedor de la estabilidad consagrada en el artículo 26 de la Ley 361 del

97, sino que se requiere la existencia de una limitación física, psíquica o sensorial con el carácter de moderada, severa o profunda, o que afecte su capacidad laboral en grado significativo, en los términos del Decreto 2463 de 2001, para lo procedencia del fuero.

Así las cosas, coligió que el demandante no demostró con las pruebas allegadas al plenario que para la fecha de la terminación del contrato laboral estuviera incapacitado o tuviera restricción laboral alguna, como tampoco con un porcentaje de pérdida de capacidad laboral, o al menos contará con una limitación moderada. Por el contrario, acotó que en los conceptos médicos ocupacionales efectuados al demandante el 13 de febrero del 2016 y el 11 febrero del 2017 se estableció: "sin limitaciones o restricciones para el cargo", de ahí que tampoco hubiera constancia alguna de que el actor haya informado a la empleadora sobre los exámenes que se están llevando a cabo y/o a las conclusiones médicas.

Agregó que, a pesar de que el actor el 19 agosto 2017 le diagnosticaron fibrosis pulmonar idiopática con patrón radiográfico de neumonía intersticial usual, lo cierto es que tal situación tuvo lugar luego del vencimiento del vínculo y en todo caso, no se evidencia que dicha condición haya generado un grado significativo de pérdida de capacidad laboral. De esta manera concluyó que la terminación no obedeció a un trato discriminatorio, máxime cuando se acreditó que la terminación de la relación fue de manera legal y bajo el amparo de los artículos 40 y 43 del Decreto 2127 del 45. Así las cosas, despacho desfavorablemente las pretensiones. (CD fol. 335)

4. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión el actor formuló recurso de apelación manifestando que, si bien el contrato de trabajo inició en el año 2011 con plazo presuntivo, también lo es que solo hasta el año 2017, cuando se presentan las circunstancias de su enfermedad, es que la encartada procede a terminar la relación laboral. Refirió que, aunque su empleador no tuvo conocimiento de los padecimientos o la enfermedad huérfana que padece, es dable debe tener en cuenta lo señalado en sentencia de tutela transitoria, misma que estableció que se encontraba en estado de debilidad manifiesta.

Señaló que la encartada en su respuesta a la demanda se pronunció no contarles los hechos 6, 19, 20, 31, 34, 35, 37, 39, 40, 42, 43, 46, 47, 48, 49, 50, 51, 58, 59 y 60, en contravía de lo establecido en el artículo 31, numeral tercero del CPT y de la SS y, por tanto, deben declararse probados. Además, solicitó que se tenga en cuenta las sentencias de la Corte Constitucional, mismas que establecen que frente al despido de una persona que se encuentra en circunstancia de debilidad manifiesta, es quien debe probar que el trabajador ha incurrido en una causal dispuesta por la Ley para la justa culminación del contrato de trabajo, sin que sea necesario que el trabajador pruebe que el despido obedeció a la enfermedad que padece. (CD fol. 335)

5. Alegatos de conclusión.

5.1. Parte demandante. En su escrito señaló que la demandada conocía sobre el estado de salud que presentaba el demandante al momento de la terminación del contrato, dada la contestación de la demanda, ya que contestó a estos hechos "NO ME CONSTA. Sin embargo, me atengo a lo que se pruebe dentro del proceso".

Agregó que de conformidad con el artículo 31 numeral 3 del CPT y de la SS deben tenerse como ciertos, es decir, los hechos relacionados con la enfermedad que padecía el demandante, antes de la terminación del contrato el 24 de julio de 2017, sin embargo, terminó el contrato argumentando como fundamento legal el plazo presuntivo como causal de terminación del contrato, el cual como se indicó en el alegato por qué no se

terminó el contrato desde el año 2011 y solo hasta el año 2017 cuando presentó problemas de salud del demandante, concluyéndose que dicha terminación se dio por motivo de la enfermedad del demandante.

5.2. Parte demandada. Alegó que se está en presencia de un contrato especial de Trabajador Oficial, que se encontraba enmarcado conforme lo dispone el Decreto 2127 de 1945, que consagra la expiración del plazo presuntivo como causal legal y objetiva para dar por terminado los contratos de los Trabajadores Oficiales, por manera que no existió discriminación en su condición física y psíquica, ni por un estado de debilidad manifiesta.

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**:

- ✓ ¿A la fecha de terminación del vínculo laboral el accionante se encontraba amparado por la estabilidad laboral reforzada a causa de su condición de salud y, por ende, la finalización del contrato se torna ineficaz al no contar con el aval del Ministerio del Trabajo?
- ✓ En caso positivo, ¿La terminación de la relación laboral fue a causa de una razón objetiva, es decir, producto del vencimiento del plazo presuntivo que señala el Decreto 2127 de 1945 y, no como consecuencia de sus patologías?

De la relación laboral, su modalidad, salario y extremos temporales

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, el salario devengado durante su vigencia, ni la labor de Director Grado II que ejerció en vigencia de la relación desempeñó el accionante, tampoco la modalidad del contrato de trabajo celebrado entre las partes, mismo que fue modificado posteriormente al de término indefinido con plazo presuntivo, hechos que no fueron recurridos por las partes y además, se aceptaron en la contestación de la demanda.

Reintegro ordenado mediante sentencia de acción constitucional

Ahora, revisadas las documentales que obran a folios 44 a 52 del expediente, se tiene que el Juzgado Primero Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Bogotá D.C., ordenó el reintegro del demandante a un cargo acorde con su estado de salud, de igual o mayor jerarquía, disponiendo el pago de los salarios y prestaciones sociales que hubiere lugar, así como el pago de aportes al sistema de seguridad social integral, sin solución de continuidad. La señalada protección la hizo extensiva hasta que el Juez natural decidiera de fondo sobre los hechos que son motivo de pronunciamiento. En acta de reintegro calendada del 28 de febrero del 2018 (fols. 64 y 65), las partes dejaron sentado que el demandante prestará sus servicios a partir de la citada fecha.

Estabilidad laboral reforzada

En lo atinente al problema jurídico dirigido a establecer si Alberto Reyes Bernal actuó de manera discriminatoria frente al trabajador al momento de terminar la relación laboral, 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 contrario a lo afirmado por el Juzgador de primer grado, 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 vínculo contractual 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 24 de julio del 2017.

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 de la trabajadora 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, siendo que, en el caso en concreto, no existe duda que para el día 24 de julio del 2017, fecha en que la encartada terminó el contrato de trabajo a la demandante, su condición de salud no se hallaba comprometida o que le impidiese sustancialmente ejecutar la labor de manera trascendental o en sumo en condiciones regulares o habituales su oficio. Ello es así, en tanto que, si bien es cierto al actor le fue diagnosticado "Fibrosis Pulmonar-Apnea del Sueño", según espirometría realizada y que se advierte en la historia clínica expedida el 1 de febrero del 2017, también lo es que en dicho documento no se evidenció, tampoco se dejó por sentado que la citada enfermedad tuviese la entidad suficiente para afectar drásticamente su desempeño laboral y que por este aspecto haya sido el verdadero motivo que llevó al dador del finiquito culminar el contrato de trabajo.

De hecho, las documentales allegadas al plenario, esto es, "Recomendaciones de Egreso" expedida por la Clínica Colsanitas S.A. del 7 de abril del 2016; formula médica calendada del 8 de abril, 29 de junio, 29 de diciembre del mismo año, 24 de enero del 2017 expedidas por la Dra. Jeannethe Rauchwerger Tejada; historia clínica del día 9 de abril del 2016; "Informe Polisomnográfico" del 5 de enero del 2017 y formulas médicas del 19 de abril y 15 de julio del 2017; y examen médico del 22 de julio del 2017, por sí solas, no permiten en el presente asunto, inferir una discapacidad relevante para el momento en que aconteció el finiquito, en tanto que las citadas formulas y recomendaciones no fueron más allá de la toma de "LOSARTAN POR 50 MG", recomendar "DIETA BAJA EN SAL, FRACCIONADA CADA 3 HORAS" y realizar "EJERCICIO DIARIO", ello, como consecuencia de los exámenes realizados, sin que se pudiese desprender restricciones o limitaciones para desempeñar su trabajo u otra circunstancia que demostrara una afectación grave su estado de salud o la severidad de alguna lesión, corroborándose ello, además, con el concepto médico ocupacional calendado del 11 de febrero del 2017, mismo en el que su EPS, a través de Salud Ocupacional, conceptuó: "SIN LIMITACIONES O RESTRICCIONES PARA EL CARGO" (folio 267)

Ahora, es de señalar que en gracia de discusión si el diagnostico "Fibrosis Pulmonar-Apnea del Sueño" limitó la realización de su labor en condiciones normales, el resultado no se sería distinto como quiera que aquella situación no se demostró que era de conocimiento de la demandada, pues, sobre tal presupuesto no se adoso ningún medio de persuasión, llámese documental, testimonial o cualquier otro.

En esa medida, al no estar demostrado dicho supuesto, es decir, el conocimiento del empleador sobre las condiciones especiales de salud de su trabajador al momento de la terminación del contrato¹, mal podría señalarse también que su estado determinó la

¹ La Corte Constitucional en sentencia T-052-2020 reiteró las subreglas de procedencia de protección del fuero de estabilidad laboral reforzada por debilidad manifiesta en razón a su estado de salud, así: En esos casos, además del requisito administrativo de la autorización de la oficina del Trabajo, la protección constitucional dependerá de: (i) que se establezca que el trabajador tenga un estado de salud que le impida o dificulte sustancialmente el desempeño de sus labores en circunstancias regulares, pues no cualquier afectación de la salud resulta suficiente para sostener que hay lugar a considerar al trabajador como un sujeto de especial protección constitucional; (ii) que el estado de debilidad manifiesta sea conocido por el empleador en un momento previo al despido, y, finalmente, (iii) que no exista una justificación suficiente para la desvinculación, de manera que sea claro que el mismo tiene origen

desvinculación, como bien lo apunto la juzgadora de primer grado sobre tal cuestión, máxime, cuando esta por demás decir, que aquí se logró demostrar justificación suficiente para el rompimiento del nexo contractual, esto es, por vencimiento del plazo presuntivo a que se refiere el literal "a" del artículo 47 del Decreto 2127 de 1945, misma que el legislador previo como causal objetiva de terminación del "*contrato celebrado por tiempo indefinido o sin fijación de término alguno (...)*"

Lo anterior permite concluir que (i) al momento de la terminación del contrato laboral el demandante no se encontraba en una situación particular que no le permitiere sustancialmente el desarrollo normal de su labor y (ii) aun cuando se tuviera por acreditado tal situación de discapacidad, aquel aspecto no fue puesto de presente al empleador, ello con el fin de que adoptara medidas tendientes a lograr su protección y seguridad, en cumplimiento de las obligaciones contenidas en el art. 26 del Decreto 2127 de 1945 y a su vez interrumpiera la intención de finiquitar el laborío; precisando que no puede ser deducido de los medios de convicción atrás señalados, menos de la contestación a los hechos de la demanda, pues, aun cuando refiere que la encartada incumplió con lo preceptuado en el artículo 31 del CPT y de la SS, dicha situación quedó zanjada ante la ejecutoria de la providencia que tuvo por contestada la demanda (fol. 302).

En esa medida, al no haber probado el conocimiento de las patologías que padece el actor o que acreditadas fuesen de tal envergadura que condicionaran materialmente la ejecución de labor a favor de su otrora empleador y el estar plenamente acreditado que la determinación fue a causa de una decisión objetiva, resulta evidente el desacierto de la apelación, en tanto que el actor no puede ser cobijado por la estabilidad reforzada que pretende la censura.

Así las cosas, siendo forzoso que el empleador conociera de la merma de salud de su trabajadora, en grado tal que le impidiera o dificultara el desarrollo de las labores de una manera transcendental, no es posible ultimar que la desvinculación estuvo motivada en discriminación basada en la discapacidad, y por ende, no es viable imponerle obligaciones que no preveía debido a su desconocimiento, tales como solicitar autorización al Ministerio de Trabajo para terminar la relación laboral o acreditar en la presente Litis que el retiro obedeció a una causal objetiva.

Cumple advertir que no obstante de haberse proferido una sentencia de tutela a favor del demandante, mediante la cual se ordenó su reintegro, tal decisión no resulta vinculante para la Sala, como tampoco la ata, ni obliga, por tratarse de una decisión tomada como mecanismo transitorio, tal como lo ha indicado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL13657 de 2015, máxime cuando esta Sala ha verificado las condiciones de procedencia del fuero de estabilidad laboral reforzada con sujeción al criterio sostenido por la Corte Constitucional, que como se vio, no cumple el promotor del proceso.

Colofón de lo anterior, al estar claro que no opera la protección especial consagrada en el art. 26 de la Ley 361 de 1997, en consecuencia, la terminación del contrato no puede declararse ineficaz, razón por la cual se confirmará la sentencia, aunque por las razones expuestas en esta 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,

en una discriminación. La jurisprudencia constitucional ha señalado que establecida sumariamente la situación de debilidad, corresponde al empleador acreditar suficientemente la existencia de una causa justificada para dar por terminado el contrato.

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 12 de noviembre del 2020, por el Juzgado Noveno 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,



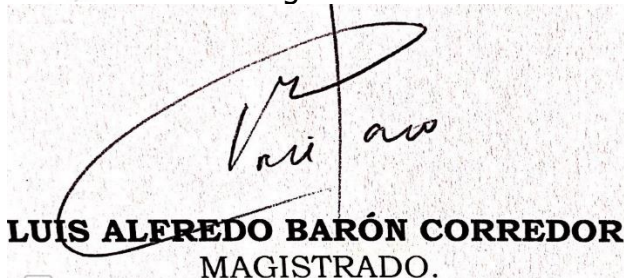
DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

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-

AUTO DEL PONENTE

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de la parte demandante en la suma de \$750.000.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Magistrada



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: HERNANDO ASTRALAGA GUTIÉRREZ
Demandado: ASESORES EN DERECHO SAS Y OTROS
Radicación: 20-2017-00282-01
Tema: APELACIÓN SENTENCIA.

Bogotá D.C., treinta (30) de junio 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.

1.1. Pretensiones: Hernando Astralaga Gutiérrez, instauró demanda ordinaria contra Federación Nacional de Cafeteros de Colombia en calidad de Administradora del Fondo Nacional del Café, Asesores en Derecho SAS, en calidad de mandataria con representación de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante, La Nación Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Fiduprevisora SA como vocera y administradora del Patrimonio Autónomo Panflota y Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Protección SA, con el propósito de que se declare que fue trabajador de la Flota Mercante Gran Colombiana SA, hoy Compañía de Inversiones de la Flota Mercante SA.

En consecuencia de dicha pretensión de orden declarativo solicitó se condene a Asesores en Derecho SAS, en calidad de mandataria con representación de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante a expedirle la resolución del bono pensional o calculo actuarial que le corresponde por el tiempo laborado; a Fiduprevisora SA como vocera y administradora del Patrimonio Autónomo Panflota a pagar a la AFP Protección SA el título pensional o cálculo actuarial; a la citada AFP tener en cuenta el tiempo laborado por el actor para efectos del reconocimiento de la pensión de vejez o devolución de saldos; a La Nación Ministerio de Hacienda y Crédito Público a pagar a la antedicha AFP el título pensional que le corresponde por el tiempo laborado en la Armada Nacional, entidad incorporada al Ministerio de Defensa Nacional; a la AFP Protección SA al reconocimiento y pago de la pensión por cumplir los requisitos de tiempo y edad exigidos en el artículo 64 de la Ley 100 de 1993 a partir del 20 de marzo del 2017.

Así mismo, peticionó que se condene a todas y cada una de las demandadas a pagar los perjuicios morales y materiales por el incumplimiento en el pago del título pensional

o cálculo actuarial y la pensión de vejez de conformidad al artículo 16 de la Ley 446 de 1998, los cuales se estimó en 100 SMMLV; a la AFP Protección SA el valor correspondiente a los intereses de mora por el no reconocimiento pensional desde el 20 de marzo del 2017, en cumplimiento del artículo 141 de la Ley 100 de 1993; lo que corresponda a las facultades ultra y extra petita y, costas del proceso.

Como pretensiones subsidiarias solicitó:

- A la pretensión tercera declarar la responsabilidad subsidiaria de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia en calidad de Administradora del Fondo Nacional del Café, matriz y controlante de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante SA, de las obligaciones pensionales en favor del demandante. En consecuencia, se condene a la citada demandada a pagar a la AFP Protección SA el título pensional o cálculo actuarial por el tiempo laborado en la Flota Mercante.
- A la pretensión tercera y undécima peticionó que se declare la responsabilidad subsidiaria de La Nación Ministerio de Hacienda y Crédito Público como titular jurídico de la Cuenta – Fondo Nacional del Café de las obligaciones pensionales en favor del actor. En consecuencia, se condene a la cartera ministerial a pagar a la AFP Protección SA el título pensional o cálculo actuarial por el tiempo laborado en la Flota Mercante.
- A la pretensión sexta se dispusiera a la AFP Protección SA a reliquidar la pensión de vejez, junto con todos los incrementos anuales legales desde el 20 de marzo del 2017, teniendo en cuenta título pensional o cálculo actuarial.
- A la pretensión octava se condene a la AFP Protección SA a pagar todas las sumas debidamente indexadas.

1.2. Sustento fáctico de las pretensiones.

Luego de indicar lo que fue de la situación jurídica de la Flota Mercante, liquidación y su terminación, así como las acciones para la inclusión del cálculo actuarial de los trabajadores de la citada entidad, señaló que cuenta con 62 años, casado actualmente con la señora Shirley Rosa Johares Lobo, quien cuenta con la edad de 48 años. Sostuvo que laboró para la Armada Nacional desde el 15 de enero de 1975 al 15 de julio de 1997 y para la Flota Mercante Grancolombiana SA hoy Compañía de Inversiones de la Flota Mercante SA, mediante contrato de trabajo a término indefinido desde el 11 de diciembre de 1980 al 10 de enero de 1992.

Informó que efectuó conciliación ante el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Barranquilla el 1 de enero de 1992, en la cual no se estipuló acerca del tiempo laborado y no cotizado. Así mismo, que dentro de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante SA funciona la organización sindical ASOMMEC, la cual actualmente tiene vigente la personería jurídica; que entre esta y el sindicato firmaron convenciones colectivas de trabajo, entre esas, la convención colectiva de marzo de 1985, de la cual aduce ser beneficiario por encontrarse a paz y salvo con el tesoro sindical.

Señaló que el último cargo desempeñado fue el dé Segundo Oficial a bordo de los buques de la Flota Mercante Grancolombiana y respecto del salario, adujo que este compuesto por los factores salariales señalados en la convención colectiva vigente del 2 de marzo de 1988 hasta 1 de marzo de 1991, el cual se compone, según la liquidación de prestaciones sociales, así:

- Salario básico mensual de US 876.67 dólares americanos.
- Sobre remuneración US 629.64 dólares americanos.
- Prima de antigüedad del 17% correspondientes a US 238.76 dólares americanos.
- Salario en especie (alimentación y alojamiento) US 216 dólares americanos.
- Incidencia de las primas extralegales donde el 8.33%, correspondiente a US 163.42 dólares americanos.

Por lo que el promedio salarial mensual correspondió a la suma de US 2124,49 dólares americanos, el cual, convertido a salario en pesos colombianos al 10 de enero de 1992, ascendía a la suma de \$1.355.127,19.

Por último, arguyó que su empleador no efectuó sus aportes pensionales desde el 11 de diciembre de 1980 hasta el 2 de septiembre de 1990, sobre los salarios reales devengados, adeudando el cálculo actuarial. Además, que se encuentra afiliado a la AFP Protección SA, y esta a su vez no ha reclamado el bono pensional por el tiempo laborado tanto en la Flota Mercante, como en la Armada Nacional, lo cual le ha causado múltiples perjuicios morales y materiales al no acceder a su pensión de vejez. (Cuad. 1, fls.

3 a 16)

2. Contestación de la demanda.

2.1. Federación Nacional de Cafeteros de Colombia en su condición de Administradora del Fondo Nacional del Café. Se opuso a la totalidad de pretensiones tanto declarativas como condenatorias principales y subsidiarias, argumentando que el actor nunca fue trabajador de la entidad gremial, además, que la presunción legal no opera respecto de la totalidad de elementos de la responsabilidad subsidiaria. Aceptó los hechos 1.1. al 1.7, 1.9 al 1.12, 1.26, 1.27 y negó los demás. Propuso como excepciones de mérito las de ausencia de responsabilidad subsidiaria, inexistencia de la obligación, buena fe, prescripción, falta de legitimación en la causa y genérica. (Cuad.2 fls. 739 a 761).

2.2. Asesores en Derecho SAS en calidad de mandataria con representación de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante. Se opuso a las pretensiones de la demanda, a excepción de la pretensión de orden declarativo, argumentando que actúa como mandataria con representación con cargo al Patrimonio Autónomo PANFLOTA, en virtud del contrato de mandato No. 9264-001-2014, por lo que no es correcto tener por sentado que ejerce la representación legal de la CIFM, máxime cuando esta dejó de existir a la vida jurídica. Indicó que no le asiste derecho al reconocimiento y pago del cálculo actuarial y como consecuencia de ello el traslado del bono pensional o cálculo actuarial, dado que durante el periodo en el cual prestó los servicios a favor de la Liquidada CIFM no existía obligación legal y forzosa de afiliación para los trabajadores marítimos, además, por cuanto a que el ISS solo asumió el riesgo mediante la Resolución No. 03296 del 2 de agosto del 90, efectiva a partir del 15 de agosto de la misma anualidad.

En relación con los hechos, señaló ser ciertos el 1.11., 1.28, 1.31, 1.37 a 1.46, 2.10, 2.11, 2.16., 2.17, 2.19, 2.21 a 2.23, 3.1., 3.6., 3.17, 3.25, 3.30 a 3.32, 3.34, y los restantes manifestó no constarles o no ser ciertos. Propuso como excepciones de fondo las de inexistencia de la obligación pues durante casi toda la existencia de la CIFM cerrada, el ISS no había asumido los riesgos IVM, imposibilidad jurídica y legal para reconocer el cálculo actuarial y/o bono pensional de la demandante, no procedencia de reconocimiento y pago de intereses moratorios, prescripción, buena fe, inexistencia de

la obligación, genérica, oposición a la condena y los presuntos perjuicios irrogados al demandante. (Cuad. 4 fls. 1790 a 1805).

2.3. Fiduprevisora SA, como vocera y administradora del Patrimonio Autónomo Panflota. Al contestar la demanda se opuso a la prosperidad de las pretensiones, aclarando que no asumió la posición, ni es el subrogatorio, cesionario o sucesor procesal de la Extinta Compañía de Inversiones de la Flota Mercante, por lo tanto, la Fiduciaria no puede dar cumplimiento a la sentencia 133 de noviembre de 1977, teniendo en cuenta que administra los recursos transferidos por la Federación Nacional de Cafeteros. En lo atinente a los hechos señaló ser ciertos los enlistados en los numerales 1.37 al 1.47 y 3.8. y, los demás adujo no constarles. Propuso como excepciones de fondo las de falta de legitimación en la causa por pasiva, imposibilidad de realizar pagos distintos a los establecidos en el contrato de fiducia mercantil, inexistencia de la obligación y genérica. (Cuad.4 fls. 1811 a 1823).

2.4. Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Protección SA. En su respuesta no se opuso a las pretensiones principales enlistadas en los numerales 1° al 6°, así como a las subsidiarias 11° a 14°. Respecto de las demás se opuso argumentando que no incurrió en conducta alguna que generara la presente demanda ni tiene responsabilidad alguna en el pago del cálculo actuarial reclamado, en tanto que el promotor del proceso no ha solicitado reconocimiento de pensión de vejez, de manera que no tiene a su cargo el pago de intereses de mora y perjuicios reclamados. Por otro lado, admitió los hechos 3.1., 3.25. 3.28, 3.40 y los restantes manifestó no constarles o no ser ciertos. Propuso como excepciones de fondo las de inexistencia de retardo en el cobro del bono o reserva actuarial reclamada, inexistencia de obligación de pago de intereses de mora o indexación sobre la devolución de saldos, inexistencia de la obligación de reconocer y pagar una pensión de vejez y de intereses de mora o indexación sobre la misma, inexistencia de la obligación de protección de realizar el cálculo actuarial, inexistencia de la obligación de resarcir daños morales y materiales al demandante, innominada, compensación y prescripción. (Cuad.4 fls. 1865 a 2880)

2.5. La Nación Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Se opuso a la totalidad de las pretensiones de la demanda; aceptó el hecho 3.25 y respecto de los restantes manifestó no constarle. En su defensa expuso que de conformidad con la Ley 100 de 1993 no actúa como administradora de pensiones, ni participó en el proceso de liquidación obligatoria de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante que adelanta la Superintendencia de Sociedades; como tampoco fue accionista ni ejerció control sobre la esta, la cual es una persona jurídica que no tiene carácter de entidad descentralizada, por lo que no puede responder por las pensiones de dicha Compañía. Indicó que el promotor del proceso se afilió al RAIS, administrado por la AFP Protección desde el 10 de marzo de 1995, además, tiene derecho a que se emita en nombre suyo un bono pensional tipo A, modalidad 2 por haberse trasladado al citado régimen. Propuso como excepciones de fondo las de inexistencia de obligación alguna, falta de legitimación en la causa por pasiva, prescripción y genérica. (Cuad.4 fls. 1894 a 1911).

3. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Ésta fue notificada en debida forma; sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 30 de enero del 2019, misma en que el fallador declaró que el actor laboró a favor de la Flota Mercante Gran Colombiana SA entre el 11 de diciembre de 1980 hasta el 10 de enero de 1992; que estuvo vinculado como cadete en la Armada nacional de Colombia entre

el 15 de enero de 1975 hasta el 15 de julio de 1977 sin remuneración salarial; declaró responsable subsidiariamente a la Federación Nacional de Cafeteros en Calidad de Administradora del Fondo Nacional del Café de las obligaciones pensionales de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante SA en lo relacionado con el conocimiento y pago del cálculo actuarial o bono correspondiente al periodo laborado entre el 11 de diciembre 1980 hasta el 2 de septiembre de 1990.

De esa forma, condenó a la Federación Nacional de Cafeteros en Calidad de Administradora del Fondo Nacional del Café al reconocimiento y pago del cálculo actuarial (bono tipo A de modalidad 2) por los aportes a pensiones cuyo cálculo actuarial sería realizado por la Fiduprevisora SA. Ordenó a esta última, en su calidad de vocera y administradora del Patrimonio Autónomo Panflota a elaborar el cálculo actuarial del Bono Tipo A, modalidad 2, cálculo que debería ser remitido inmediatamente a Asesores en Derecho SAS y a la Federación Nacional de Cafeteros, para que trasladen los correspondientes recursos con el fin de que sean consignados posteriormente a Protección SA. Ordenó a Asesores en Derecho SAS expedir las correspondientes resoluciones o actos administrativos, así mismo, al patrimonio autónomo Panflota, para que una vez reciba los recursos por parte de la Federación Nacional, traslade el valor del bono pensional determinado con destino a AFP Protección SA, con el fin de cubrir los aportes pensionales correspondientes al periodo laborado. Condenó a la demandada Protección SA, para que una vez materializado el bono pensional que ordenado, realice el estudio pensional correspondiente en los términos del artículo 64 de la Ley 100 de 1993. Finalmente, absolvió de las demás pretensiones incoadas en la demanda y condenó en costas a la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia en calidad de Administradora del Fondo Nacional del Café, Fiduprevisora SA como vocera y administradora del Patrimonio Autónomo Panflota y Asesores en Derecho SAS, en calidad de mandataria con representación de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante.

Para arribar a tal decisiva y en lo que interesa a los recursos de apelación formulados por las partes, señaló en primer lugar que el problema jurídico se circunscribía a determinar si había lugar al pago del cálculo actuarial o bono pensional por el período laborado para la Flota Mercante Gran Colombiana y Armada Nacional. Con tal fin, debía establecer previamente el alcance de la obligatoriedad sobre el pago de los aportes a pensiones de quienes a la fecha el vínculo laboral no existía la obligación legal y forzosa de afiliación al ISS, particularmente para los trabajadores marítimos de quienes el señalado instituto asumió el riesgo pensional mediante la Resolución 3296 del 2 de agosto de 1990, efectiva a partir del 15 de agosto de la misma anualidad.

Así las cosas, luego de referirse sobre las pruebas allegadas al plenario, sostuvo que no existía discusión en torno a la existencia del contrato de trabajo que unieron a las partes, así como sus extremos temporales, pues, al respecto obra certificación en la que daba cuenta que el actor laboró para la Flota Mercante Gran Colombiana SA desde el 11 de diciembre de 1980 hasta el 10 de enero de 1992, de los cuales 78 días en licencia sin sueldo; tampoco la calidad de cadete de la Armada Nacional desde el 15 de enero de 1975 hasta el 15 de julio de 1977, según se verifica de los formularios Clepb.

Conforme a ello, recordó la Ley 90 de 1946, misma que estableció el seguro social obligatorio y creó el Instituto de los Seguros Sociales, pero solo desde el 1 de enero de 1967, cubriendo inicialmente los riesgos profesionales y maternidad; además que con la expedición del Decreto 1824 de 1965, se aprobó el reglamento de inscripciones, aportes, y recaudos para el seguro de invalidez, vejez y muerte; y que con el Decreto 3041 de 1966, que aprueba el Acuerdo 24 del mismo año, estableció la obligatoriedad

de afiliación al régimen a los trabajadores vinculados mediante contrato de trabajo y a los trabajadores que presten sus servicios en empresas del sector oficial.

Adujó que dicha obligación no fue inmediata, sino, que inició de manera paulatina en la medida que el ISS fue extendiendo su cobertura en el territorio nacional de manera que al menos en los sitios donde no existía cobertura no había obligación de afiliarse al régimen y en tal medida la exigencia del reconocimiento de las prestaciones continuaba en cabeza del empleador. Destacó que mediante Resolución 3292 del 2 de agosto de 1990 el ISS llamó a escribir al régimen de los seguros sociales obligatorios de invalidez vejez y muerte al personal de mar que laboraba en las empresas y agencias de transporte marítimo.

Así las cosas, concluyó que en principio la obligación respecto al pago de los aportes pensionales nació a cargo de dicho empleador a partir del 15 de agosto de 1990, no habiendo lugar a la constitución del bono pensional, sin embargo, en virtud de la jurisprudencia de las altas cortes, debía ordenar el pago de los aportes pensionales bien sea a través de un título pensional, bono pensional o cálculo actuarial con el fin que el trabajador en la vejez tenga protección.

Ahora, sobre la responsabilidad subsidiaria de la Federación Nacional de Cafeteros como administradora del Fondo Nacional del Café, acotó que en aplicación de lo prescrito en los artículos 260 y 261 del Código de Comercio y el carácter mayoritario de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia como administradores del Fondo Nacional del Café dada la composición accionaria de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante, no cabía duda de que la mentada es la matriz responsable ante la liquidación y posterior extinción jurídica de su subordinada. Por tal razón, estableció que el pago del bono pensional o cálculo correspondiente a los tiempos laborados por el demandante debía ser asumido por aquella, con destino a Protección.

En cuanto a los valores salariales refirió que, de acuerdo con la liquidación final de prestaciones sociales confrontada con la convención colectiva, el actor devengó 25.493,87 dólares por concepto de salario promedio mensual, el cual, convertido en pesos conforme a la tasa de cambio, el salario probado al 10 de enero de 1992, fecha terminación del vínculo equivaldría a \$1.355.128. Sin embargo, debía ajustarse al monto máximo permitido de cotización, como efectivamente lo realizó la Flota Mercante luego del año 1990. Además, que para la constitución del bono pensional debía aplicarse lo dispuesto en el artículo 117 de la Ley 100 de 1993, preceptiva que tomó el 30 de junio de 1992 como fecha de referencia para determinar su valor, por lo que sería el equivalente a \$665.070 como monto máximo asegurable.

Sentado lo anterior, adujo que debía definirse si se debe constituir un título o un bono pensional tipo A que son los emitidos por las entidades públicas. Al respecto, indicó que el Fondo Nacional del Café es una cuenta pública de naturaleza parafiscal constituida con recursos públicos, cuyo objetivo prioritario es contribuir a estabilizar el ingreso cafetero mediante la reducción de los efectos de la actividad del precio internacional, por tanto, al ser accionista mayoritario de la Compañía de Inversiones Flota Mercante SA debía emitir un bono pensional tipo A modalidad 2.

Agregó que la Fiduprevisora SA debía elaborar el cálculo actuarial del bono pensional ya referido, teniendo en cuenta el otrosí No. 3 del 30 de octubre del 2012 modificadorio del contrato de fiducia Mercantil, cuya cláusula 4ª, numeral 25 se pactó la obligación de elaborar el cálculo actuarial en lo que corresponda a los exempleados de la extinta

Flota Mercante, el cual, debía ser remitido a Asesores en Derecho y la Federación Nacional de Cafeteros como administradora del Fondo Nacional del Café.

Por otro lado, respecto del bono pensional reclamado a la Armada Nacional observó el fracaso de esa pretensión, en tanto que se acreditó que su vinculación fue en calidad de cadete desde el 15 de enero de 1975 hasta el 15 de julio de 1977 y, por tanto, no existía evidencia de asignación mensual que haya percibido el actor durante el citado período. Acentuó que la calidad de cadete es la de estudiante y no de trabajador, pues, tras su incorporación a la escuela, los estudiantes reciben el grado de cadete en el primer año y tienen la instrucción básica militar y paralelo a esto reciben clases de su carrera complementaria, cosa muy diferente al servicio militar obligatorio donde reciben una asignación que sirve para el reconocimiento pensional.

Significó de la pretensión de reconocimiento pensional, que como quiera que aún no se ha reconocido el valor real del bono pensional al que fue condenado, únicamente podría ordenar la obligación de hacer, para que una vez materializado el título o bono pensional se realice el estudio pensional al señor Hernando Astralaga Gutiérrez en los términos del artículo 64 de la ley 100 de 1993. En lo atinente a los intereses moratorios advirtió que no existe mora en el pago de mesadas pensionales en tanto la misma no se habían causado por no cumplirse los requisitos de ley. (Cuad. 4 fls. Cd. fol. 2003).

5. Impugnación y límites del ad quem.

5.1. Recurso de apelación demandante. Formuló recurso de apelación de forma parcial indicando que el Consejo de Estado y la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en su jurisprudencia han establecido sin lugar a duda que para el tiempo del servicio militar obligatorio se debe tomar el salario mínimo legal mensual, por lo que ese tiempo debe ser tenido en cuenta, para efectos del reconocimiento pensional. Respecto de la liquidación del bono pensional, estando afiliado al fondo pensional privado, debe ser con el último salario que devenga el trabajador para efectuar su cálculo actuarial, razón por la que el salario debe corregirse en la suma de \$1.355.127.

Refirió que la entidad que debe realizar el cálculo actuarial es a la cual está afiliado el trabajador, en este caso AFP Protección SA, en tanto que es a satisfacción de esa administradora que debe recibir los dineros para que procedan a su pago de la pensión, por lo que de enviar la información Asesores para que efectúe la resolución del bono pensional y Fiduprevisora reclame los dineros a la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia en calidad de Administradora del Fondo Nacional del Café para su pago. Agregó que al 20 de marzo del 2017 el trabajador tenía causado el derecho prestacional, en tanto que tenía una suma superior a los \$203.000.000, valor suficiente para alcanzar el 110%, sin embargo, AFP Protección SA lo pensionó a partir del 26 de septiembre del 2018, desconociendo que el derecho se causa a los 62 años, por lo que debe ser reliquidada la pensión de vejez, junto con los intereses moratorios, como forma de resarcir los perjuicios que le causaron por no pagarle la pensión cuando se causó, esto es, el 20 de marzo del 2017.

Respecto del Ministerio de Hacienda y Crédito Público indicó que no se puede absolver, en tanto que el Fondo Nacional del Café creado se quebró, considerando que es una forma de burla del derecho del trabajador y, por ello, la Nación debe entrar a responder, aunado, porque es dueña del citado Fondo. De otro lado indicó que las condenas deben cubrir las costas, pero no en salarios mínimos, en tanto que el bono pensional es de

\$1.300.000.000 y la pensión de más de \$7.000.000, por lo que debe ser condenadas a una suma superior. (Cuad. 4 fls. Cd. fol. 2003).

5.2. Federación Nacional de Cafeteros de Colombia en su condición de Administradora del Fondo Nacional del Café. Refirió en su alzada que la obligación de aprovisionamiento de aquellos empleadores cuyo cargo se encontraba el reconocimiento y pago de la pensión, consistente en guardar hacia futuro el valor de los cálculos actuariales en la suma correspondiente al tiempo de servicios a efecto de su transferencia a la entidad administradora que se encuentre afiliado el trabajador con la salvedad establecida en el artículo 33 de la ley 100 de 1993, debe el contrato laboral estar vigente a la fecha en que entró a regir la mencionada normativa, para efectos de que proceda su pago. En esa medida, refirió que el actor no cumple con los requisitos para que la obligación corra por cuenta de la extinta Flota Mercante, ya que el vínculo que los ató es en fecha anterior a aquella en que comenzó a regir la Ley 100, sin que en favor de aquel se configure derecho o expectativa a cargo de su ex empleador.

De otro lado, indicó que debía en la liquidación del cálculo actuarial descontarse la porción que se encuentra a cargo del trabajador. Además, atendiendo a la figura de la responsabilidad subsidiaria mediante la cual se fulminan las condenas en su contra, adujo que es una figura ajena a la jurisdicción ordinaria en su especialidad laboral y seguridad social, además, no puede ser el mero hecho de la situación de control que ejerció el Fondo Nacional del Café en su condición de sociedad matriz se le condene a la responsabilidad, ya que resulta imperioso que la citada figura debe surgir en el evento en que la empresa subordinada llegue a una situación de liquidación obligatoria y se reúnan las exigencias taxativamente contempladas en el parágrafo del artículo 148 de la Ley 222 de 1995.

Agregó que aportó pruebas documentales, mismas en las que se daba cuenta que la crisis en la que se vio sumida la Flota Mercante Grancolombiano respondió a complejas particularidades del negocio naviero que se hicieron a principios de la década de los 90. Lo cual sumado a situaciones de índole económico y del mercado generaron que los activos administrados por la compañía se vieran afectados por una progresiva desvalorización, circunstancias que escapan al control de cualquier accionista o administrador y que sin lugar a duda dejan sin sustento el supuesto de que la situación concursal se motivó en una decisión abusiva de la Federación Nacional de Cafeteros en su condición de Administradora del Fondo Nacional del Café. (Cuad. 4 fls. Cd. fol. 2003).

5.3. Fiduprevisora SA, como vocera y administradora del Patrimonio Autónomo Panflota. En su apelación indicó que, si el A quo aceptó que la Flota Mercante estaba obligada a realizar aportes pensionales solo a partir del 15 de agosto de 1990, no entiende por qué concluyó luego que la Flota sí estaba en obligación de efectuarla. Señaló que la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia no debía ser atendida, pues, si bien constituye un precedente, sus efectos son inter-partes, pro-futuro, es decir, hacia el futuro, pero nunca hacia el pasado. Además, por cuanto la citada autoridad judicial no puede reglamentar cuestiones de derecho que el legislador en el pasado no hizo. En esa medida, advirtió que se incurre en error al concluir que la Flota sí debió efectuar aportes a pensión cuando no existía una norma jurídica que así lo impusiera.

Por otro lado, indicó que la decisión judicial transgrede flagrantemente las posiciones que ha asumido la Corte Suprema de Justicia en el sentido de determinar que corresponde a la administradora de pensiones realizar el cálculo actuarial. Además, que en el presente proceso no se encuentran causadas las costas, ya que no opera de

manera automática por el solo hecho de estar en el extremo de una parte vencida.

(Cuad. 4 fls. Cd. fol. 2003).

5.4. Asesores en Derecho SAS en calidad de mandataria con representación de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante. Interpuso recurso de apelación argumentando que en virtud de lo dispuesto en la Ley 90 de 1946, se creó el ISS, facultando a su director que efectuará el llamamiento de los empleadores y asumiera la cobertura frente a varias actividades específicas y de diferentes regiones del país donde no había capacidad técnica financiera y económica para cubrir las contingencias de la seguridad social, razón por la cual el sistema de seguridad social no empezó a aplicarse de manera pura y simple, sino, que ello fue de manera gradual y progresiva.

En ese sentido adujo que la extinta Compañía de Inversiones de la Flota Mercante no tenía la obligación legal de efectuar la afiliación y aportes respecto a sus trabajadores, pues, conforme se extracta de la Resolución No. 3296 de 1990, sólo hasta el 15 de agosto de 1990 nació la obligación de afiliación para los trabajadores marítimos, por tanto no hay lugar a que se ordene efectuar el cálculo actuarial correspondiente al período que determinó el A quo esto es del 11 diciembre de 1980 al 2 de septiembre de 1990, reiterando que para aquella fecha no existía la obligación de cotización.

Ahora, advirtió que si en caso de que se confirme la decisión debe tenerse en cuenta el período para el cual, si se efectuó, esto es, 3 de septiembre de 1990 hasta el 10 de enero de 1992. Además, la cotización que realizó por 17 días posteriores a la fecha de terminación del vínculo laboral. De otro lado, sostuvo que el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 estableció que el empleador tiene a su cargo el pago del 75% y el trabajador el 25% restante de la cotización, por lo tanto, no puede pretenderse que la extinta Flota Mercante sea responsable del pago completo de las cotizaciones, máxime cuando no existía la obligación de realizar tales aportes a favor de los trabajadores de mar.

Finalmente, solicitó que se tenga en cuenta al momento que se efectuó el cálculo actuarial en el entendido de que deberán descontarse 78 días por concepto de suspensiones o licencias otorgadas al extrabajador acreditados en la liquidación final.

(Cuad. 4 fls. Cd. fol. 2003).

5.5. Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Protección SA. En su recurso de apelación solicitó se modifique la orden de liquidación del bono teniendo en cuenta el tiempo que ya se encuentra cotizado, además, como quiera que la orden fue la de liquidar un bono pensional tipo A, modalidad 2, debe tenerse en cuenta todo el tiempo que existe de cotización actualmente en el régimen de prima media con prestación definida correspondiente a la Flota Mercante, Líneas Agromar y Transportadora Colombiana Gráneles. (Cuad. 4 fls. Cd. fol. 2003).

6. Alegatos de conclusión.

6.1. Parte demandante. Indicó que la Flota Mercante si tenía la obligación legal de inscribir a sus trabajadores, por el llamamiento que hizo el ISS mediante Acuerdo No. 257 de 1967. Adujo que debe tenerse el tiempo laborado para la Armada Nacional que realizó de conformidad con los pronunciamientos de la Altas Corporaciones, mismas que precisaron que en aras de la aplicación del principio de universalidad e integralidad en materia de Seguridad Social, la Ley 923 de 2004 ha consagrado la posibilidad de incluir el tiempo de formación, el de servicio y/o el aportado para la acumulación de

periodos a fin de obtener la asignación de retiro, incluyendo el tiempo de permanencia en la respectiva escuela de formación.

Sostuvo que para la liquidación del cálculo actuarial se debe tomar el último salario que devengó el trabajador, es decir, para el caso en concreto el señalado en las prestaciones sociales. De otro lado afirmó que de La Nación Ministerio de Hacienda y Crédito Público se probó en el expediente que es el titular de la cuenta Fondo Nacional del Café, es decir, es el Estado Colombiano, por ello debe continuar como demandado.

Finalmente, indicó que independientemente del cálculo actuarial el actor tenía el capital suficiente para el pago de su pensión, cumpliendo a cabalidad con el artículo 64 de la Ley 100 de 1993, pues con las 946 semanas de cotización en el fondo de pensiones, más las semanas de la Flota Mercante Grancolombiana y las de la Armada Nacional tendría 1584 semanas con las cuales tiene derecho a una pensión. Manifestó que debían proceder los intereses moratorios por así indicarlo las Altas Corporaciones y además, se debía aumentar el valor de las costas procesales.

6.2. Fiduprevisora SA, como vocera y administradora del Patrimonio Autónomo Panflota. En su escrito indicó que es una entidad de servicios financieros, cuyo objeto social exclusivo es la celebración, realización y ejecución de todas las operaciones autorizadas a las sociedades fiduciarias y, por tanto, no asume la posición, ni es el subrogatario, cesionario o sucesor procesal de la Extinta Compañía Inversiones de la Flota Mercante, teniendo en cuenta que solo administra los recursos trasferidos por la Federación Nacional de Cafeteros.

6.3. La Nación Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Solicitó ratificar la absolución de la cartera ministerial, teniendo en cuenta que está facultado exclusivamente para ejercer funciones asignadas expresamente por la Ley, tal como lo define el artículo 5º de la Ley 489 de 1998, dentro de las cuales no está la de reconocer u otorgar pensiones, dado que no funge como administradora o fondo de pensiones, así mismo carece de la facultad para definir controversias entre la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante S.A. y sus ex trabajadores o socios como la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia.

6.4. Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Protección SA. Reiteró los argumentos que fueron expuestos ante el A quo al momento de sustentar el recurso de apelación.

6.5. Federación Nacional de Cafeteros de Colombia en su condición de Administradora del Fondo Nacional del Café. Alegó que sólo administra el denominado Fondo Nacional del Café, cuenta especial que se encuentra constituida con recursos públicos de destinación específica, es decir, parafiscales, que deben utilizarse de manera exclusiva en beneficio del sector, gremio o grupo que los tributa, y de señalar que a la Federación en su condición de socio mayoritario de la CIFM, no se le puede imponer obligación de carácter patrimonial por no existir ninguna clase de relación laboral ni contractual con los empleados de ésta.

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 los recurrentes.

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar los siguientes **problemas jurídicos**:

- i) ¿Se equivocó el juez de primer grado al condenar el pago el bono pensional con destino a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección SA, por el tiempo en que estuvo vinculado a la antigua Flota Mercante Gran Colombiana SA, hoy Compañía de Inversiones de la Flota Mercante SA., a pesar de no existir la obligación de efectuar aportes al sistema de seguridad social en pensiones, por cuanto los trabajadores marítimos fueron llamados a inscripción a partir del 15 de agosto de 1990?
- ii) De ser afirmativa la respuesta, debe determinarse ¿A qué entidad de las codemandadas corresponde efectuar la liquidación del cálculo o reserva actuarial, para efectos de su pago?
- iii) Además, ¿Cuál es el ingreso base para liquidar el cálculo o reserva actuarial reclamado por el actor con ocasión al tiempo laborado en la citada Flota Mercante?
- iv) ¿El A quo erró al ordenar a la demandada sufragar la totalidad del título pensional, sin tener en cuenta que la Ley 100 de 1993 le impuso al trabajador contribuir proporcionalmente en la cotización?
- v) ¿Hay lugar a declarar la responsabilidad subsidiaria de la Federación Nacional de Cafeteros como administradora del Fondo Nacional del Café o de La Nación Ministerio de Hacienda y Crédito Público?
- vi) ¿Debe efectuarse el cálculo actuarial y posteriormente su pago por el periodo que refiere el demandante ejerció como Cadete de la Armada Nacional? De ser afirmativa la respuesta, ¿A quién le corresponde su pago?
- vii) ¿El demandante tiene derecho a que se le reliquide la pensión de vejez, en los términos del artículo 64 de la Ley 100 de 1993, junto con los intereses moratorios desde el 20 de marzo del 2017, fecha en la que aduce haber causado su derecho pensional en el RAIS?
- viii) ¿Hay lugar a imponer costas procesales en contra de la Fiduprevisora SA, como vocera y administradora del Patrimonio Autónomo Panflota o, por el contrario, hay lugar a aumentarlas, como fue solicitado por la parte actora?

Contrato de trabajo

Para resolver los problemas jurídicos que concitan la atención de la Sala, es preciso señalar que las partes no cuestionan las reflexiones del Juez primigenio en torno a la existencia de la relación laboral y sus extremos temporales. Ello por cuanto a que dichas situaciones fácticas no fueron recurridas por las partes, además, sobre la relación laboral y el hito inicial se corroboran con el contrato de trabajo, visto en cuaderno 2, folios 562 a 564, mismo que da cuenta que entre el señor Hernando Astralaga Gutiérrez y Flota Mercante Gran Colombiana SA, hoy Compañía de Inversiones de la Flota Mercante SA, se inició una relación de índole laboral el 11 de diciembre de 1980, la cual terminó el 10 de enero de 1992, conforme se observa en el certificado laboral expedido por la misma Compañía (Cuad. 2 fl. 566), hechos que además fueron corroborados en acta de

conciliación celebrada por las partes ante el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Bogotá, el 16 de enero del mismo año. (Cuad. 2 fl. 565).

Existencia del sindicato y su afiliación

La existencia de la organización sindical denominada **ASOCIACIÓN NACIONAL DE OFICIALES DE LA MARINA MERCANTE COLOMBIANA "ASOMMEC"**, de primer grado y de gremio, fue acreditada con el certificado expedido el 23 de enero del 2017 por el Coordinador del Grupo de Archivo Sindical del Ministerio de Trabajo, el cual se encuentra a folio 552 del 2 cuaderno. Adicionalmente, se encuentra probada la afiliación del demandante a la organización sindical, pues a folio 656 del expediente se observa certificación expedida por el presidente de **ASOMMEC** que da cuenta que el actor se encontraba afiliado en virtud del contrato de trabajo suscrito con la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante S.A., liquidada, antes Flota Mercante Grancolombiana S.A., encontrándose a paz y salvo.

Pago de aportes a seguridad social en fecha anterior a la cobertura gradual del ISS en el territorio nacional

Sobre este aspecto y con el fin de adentrarse al estudio de los recursos de apelación propuestos por las demandadas, necesariamente se debe partir por recordar que la obligación en el pago de las pensiones de jubilación se encontraba a cargo de los empleadores, toda vez que no se había creado el ISS, lo cual, solo vino a suceder a través de la Ley 90 de 1946, que reguló el seguro obligatorio, además, creó el ISS quien a su turno debía asumir los riesgos de invalidez, vejez y muerte, en los lugares donde se diera inicio a la cobertura y en forma gradual. De ahí que los empleadores estaban abocados a efectuar el aprovisionamiento según el tiempo que el trabajador hubiese laborado a su servicio y entregarlo a la entidad, a efectos de reconocer el derecho pensional.

En esa medida, la carga pensional continuó a cargo de los empleadores en los demás lugares del territorio nacional donde no se encontraba el ISS, que como ya se indicó, esta se hizo de forma gradual, de manera que ante la expedición de la Ley 100 de 1993, la afiliación obligatoria se efectivizó en todo el territorio nacional. En efecto, la citada Ley, en su artículo 33 señaló que los trabajadores que prestaron servicios a un empleador y que no hubieren sido afiliado al régimen pensional, para efectos del reconocimiento de la prestación de vejez, se tendría en cuenta dicho tiempo de servicio y que aquel empleador debería asumir el título pensional correspondiente, conforme a las disposiciones contempladas en la misma normatividad y en sus decretos reglamentarios.

Por lo anterior, existe obligación por parte de los empleadores de realizar el cálculo actuarial ante la falta de afiliación obligatoria de su trabajador bien sea por la falta de cobertura del ISS, o por negligencia, asumiendo en caso dado el valor del título pensional correspondiente, posición que ha sido sentada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en múltiples de sus sentencias. Precisamente en sentencia SL5535-2018 se sostuvo:

"En efecto, desde hace más de dos décadas (CSJ SL, 8453 de 1996) y desde entonces hasta el 2014, la Corte fluctuó entre dos criterios; uno, según el cual el empleador no es responsable de la ausencia de aportes para pensión en fecha anterior a aquella en que la cobertura gradual del ISS no alcanzó una zona del territorio nacional y, otro, que en oposición, considera que el empleador debe contribuir a la financiación de la pensión de quien le prestó servicios, a través del pago del valor actualizado de las cotizaciones no sufragadas.

Sin embargo, en el 2014, la Corporación fijó un criterio mayoritario a partir de las sentencias CSJ SL9856-2014 y CSJ SL17300-2014 y, así, abandonó antiguas posiciones en las que se predicaba una inmunidad total del empleador, en cuanto entendía que no incurría en omisión

de afiliación de sus trabajadores y pago de cotizaciones para cubrir el riesgo de vejez, en aquellas regiones del país en las que no había cobertura del ISS.

Desde entonces, bajo la orientación de los principios constitucionales que propenden por la protección del ser humano que al cabo de años de trabajo se retira del servicio sin la posibilidad de obtener el reconocimiento de la prestación pensional, por causas ajenas a su voluntad y a las del empleador, y en el entendido que el derecho a la seguridad social es fundamental, irrenunciable e inalienable, la Sala, por mayoría, estimó viable y necesario que los tiempos trabajados y no cotizados, por la ausencia de cobertura del sistema general de pensiones en algunos lugares de la geografía nacional, fueran calculados a través de títulos pensionales a cargo del empleador, con el fin de que el trabajador completara la densidad de cotizaciones exigida por la ley.

Bajo esos derroteros, en la sentencia CSJ SL9856-2014, luego reiterada en sentencia CSJ SL10122-2017, la Sala definió: (i) que no se podía negar que los empleadores mantenían obligaciones y responsabilidades respecto de sus trabajadores, a pesar de que no actuaran de manera incuriosa, al dejar de inscribirlos a la seguridad social en pensiones; (ii) que, en ese sentido, esos lapsos de no afiliación por falta de cobertura, debían estar a cargo del empleador, por mantener en cabeza suya el riesgo pensional, y (iii) que la manera de concretar ese gravamen, en casos «(...) en los que [el trabajador] no alcanzó a completar la densidad de cotizaciones para acceder a la pensión de vejez, [es] facilitar (...) que consolide su derecho, mediante el traslado del cálculo actuarial para de esa forma garantizarle que la prestación estará a cargo del ente de seguridad social».

En ese contexto, resulta evidente para la Sala que el ad quem no se equivocó al condenar al empleador a «reconocer y constituir TITULO (sic) PENSIONAL» a favor del accionante, correspondiente al periodo comprendido entre el 31 de diciembre de 1972 y el 2 de enero de 1984, pues como quedó visto en precedencia, ello condujo a la protección integral que se debe al trabajador.

Y es que no es de recibo el argumento según el cual la vigencia del contrato de trabajo al momento de comenzar a regir la ley de seguridad social, es condición necesaria para que opere la convalidación de tiempos servidos en los términos del literal c) del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el 9.º de la Ley 797 de 2003, pues desde las sentencias CSJ SL 42398, 20 mar. 2013 y CSJ SL646-2013, reiteradas en SL2138-2016, la Corte ya ha justificado la necesidad de inaplicar ese condicionamiento por ser contrario a los postulados de la seguridad social. En la última sentencia se expresó:

[...] Debe insistirse, de igual forma, en que la intención del sistema de seguridad social es la de integrar y solucionar financieramente las omisiones en la afiliación que se presentaron en el pasado, por cualquier causa (CSJ SL14388-2015), para garantizarle una protección adecuada y completa a los afiliados en sus contingencias, propósito para el cual no es relevante el hecho de que el contrato mantenga su vigencia en una determinada época, pues desde antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, los empleadores mantenían la carga de la afiliación y, en subsidio de ello, de aprovisionamiento de los recursos necesarios para contribuir a la financiación de las pensiones.

Cabe decir también que la Corte Constitucional, haciendo eco, entre otras, de la jurisprudencia de esta Sala, ha sostenido que «...el juez de la causa concreta debe aplicar la excepción de inconstitucionalidad sobre el aparte normativo "siempre y cuando la vinculación laboral se encontrara vigente o se haya iniciado con posterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993" contenida en el literal "c" parágrafo 1 del artículo 33 de la Ley 100 de 1993 y en la expresión similar contenida en el artículo 9 de la Ley 797 de 2003; y ordenar en su lugar el traslado del valor del cálculo actuarial correspondiente al tiempo de servicio prestado por el trabajador.» Sentencia T 410 de 2014 (...).

De esta suerte y con acopió de la sentencia que se trajo de forma extensiva a esta cuestión, contrario a los expuesto por las impugnantes, la intelección del Juez de primer grado fue acertada, en tanto que es evidente que en los casos en que el empleador no afilió a sus trabajadores al subsistema de seguridad social en pensiones, debe asumir el pago del título pensional correspondiente a esos periodos. Es por lo que, con fundamento en el aquel criterio, para la Sala es claro que, del periodo no cotizado y laborado por la demandante a favor de la Flota Mercante Gran Colombiana S.A., es decir, del 11 de

diciembre de 1980 al 10 de enero de 1992, se deriva la obligación de esta última, en afiliarse y pagar el título o bono pensional en la administradora de fondo pensional de su elección, conforme así lo dispone los artículos 15 y 17 de la Ley 100 de 1993.

En este punto, referente a la crítica que expone la Fiduprevisora SA, como vocera y administradora del Patrimonio Autónomo Panflota en torno a la aplicación de las disposiciones de la Ley 100 de 1993 y sus reglamentos, generadas con anterioridad a su vigencia, la Sala precisa que, si bien dicha normatividad es posterior al tiempo que se aludió, lo cierto es que la citada preceptiva y criterio se debe aplicar, pues por una parte, las normas llamadas a definir los efectos de la falta de afiliación, *"son las vigentes en el momento en el que se causa la prestación reclamada, teniendo en cuenta que el legislador ha expedido disposiciones tendientes a solucionar esas eventualidades y a impedir que se lesione la configuración plena de los derechos pensionales de los afiliados"* (SL14388-2015); y por otra, la obligación de afiliación es permanente e incondicional, encontrando su sustento en la prestación del servicio por parte del trabajador, tal como se indicó en sentencia SL1169-2018.

Máxime cuando también se ha dicho por la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral, precisamente sobre el argumento que trae a colación la censura que *"pese a que la citada normativa no se encontraba vigente cuando se produjo el incumplimiento del empleador en su afiliación, la misma es perfectamente aplicable a casos ocurridos con anterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993, como sucede en este caso, tal cual se desprende de su tenor literal; es decir, que el querer del legislador fue el de solucionar aquellos eventos en los cuales, antes de entrar a regir el Sistema General de Pensiones (1º de abril de 1994, en este caso), los empleadores no hubieran cumplido con la afiliación obligatoria al ISS, máxime que el concepto de cálculo actuarial no es nuevo en nuestro ordenamiento jurídico."* (SL646-2013)

Además, no sobra precisar, que los medios de convicción aportados al proceso también avizoran que la extinta la Flota Mercante Gran Colombiana S.A., mediante Resolución No. 00003296 de 1990, fijó como fecha de iniciación de inscripción en el régimen de los seguros sociales para el personal de mar que laboraba en las empresas y agencias de transporte marítimo el 15 de agosto de 1990, situación que llevó a que la empleadora surtiera la afiliación de su trabajador hoy demandante, pues según se desprende del reporte de semanas cotizadas en pensiones actualizada al 3 de enero del 2016, su afiliación y posterior cotización lo fue a partir del 3 de septiembre de 1990 al 27 de enero de 1992, teniendo como ingreso base de cotización de \$665.070. (Cuad. 2 fl. 659 a 665).

De manera que, no le cabe duda a esta Corporación la obligación que tenía como empleadora la extinta la Flota Mercante Gran Colombiana S.A., sobre el cálculo actuarial o título pensional respecto del tiempo de servicio prestado con anterioridad al 3 de septiembre de 1990, es decir, del 11 de diciembre de 1980 al 2 de septiembre del 1990, por manera que al no existir prueba que permita discernir su pago, resulta procedente su reconocimiento y posterior pago, tal como lo acotó el juez de primer grado, sin embargo, se **MODIFICARÁ** la orden que impartió el A quo en el numeral 4º, en el sentido que deberá realizarse por la Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Protección SA y hacerse a su favor por la entidad a cargo, conforme lo señala el inciso 2 del parágrafo 1 del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, el cual estará representado por un bono o título pensional calculado conforme lo dispone los Decretos 1887 de 1994 y Decreto 1748 de 1995.

Ello, en atención a que el demandante se encuentra afiliado a la citada administradora, conforme se advirtió precedentemente, razón por la que se ordenará pagar el valor del cálculo actuarial a su satisfacción, por el lapso comprendido entre el 11 de diciembre de 1980 al 2 de septiembre de 1990. Cálculo actuarial necesario para efectos de convalidar

los tiempos de vigencia del contrato de trabajo, y en los que no se efectuaron cotizaciones al Sistema General de Pensiones, de acuerdo con el literal d) del parágrafo 1° del artículo 33 de la Ley 100 de 1993. Así las cosas, deberá ordenarse a la Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Protección SA, realizar el respectivo cálculo actuarial, y del mismo dar traslado a la entidad que le corresponde efectuar el pago de este y que se entrará a determinar posteriormente.

Finalmente, en lo que atañe a que dicha liquidación se le deba restar 59 días licencias y suspensiones que se aduce en la liquidación de prestaciones sociales, la Sala no puede acceder a dicho pedimento, en tanto que en aquel medio probatorio no se establece si la licencia fue remunerada o no, lo que impide también establecer los días de suspensión. En lo que respecta a los días cotizados por el empleador posteriores a la finalización, tampoco se accederá a tal ruego, pues, leída con sumo detenimiento la contestación de la demanda, no fue propuesto como medio exceptivo el de compensación, lo que imposibilita a la Sala pronunciarse al respecto, en los términos del artículo 282 del CGP. En lo atinente a que se ordene liquidar el bono pensional tipo A, modalidad 2 con todo el tiempo existente de cotización que realizó en el régimen de prima media con prestación definida, esto es, lo correspondiente a los tiempos laborados a la Flota Mercante, Líneas Agromar y Transportadora Colombiana Gráneles, la Sala se abstiene de impartir alguna orden sobre tal aspecto, en razón a que ello no fue solicitado en momento oportuno por la codemandada, además, por cuanto es claramente un trámite administrativo entre la AFP y la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, según lo dispone el Decreto 1299 de 1994.

Salario base

La parte actora en su alzada pretende que, para liquidar el bono pensional ordenado por el A quo, la entidad correspondiente debe tener como salario base el que percibió al momento del finiquito de la relación laboral que los ató.

Dado el ataque formulado contra la sentencia de primer grado, no es un hecho en discusión que el actor al momento de su retiro devengó un salario básico mensual de \$1.355.128, por manera que para desatar el recurso cumple recordar que con arreglo a lo dispuesto en el artículo 115 de la Ley 100 de 1993, los bonos pensionales constituyen aportes destinados a contribuir en la conformación del capital necesario para financiar las pensiones de los afiliados al sistema. A su vez, el artículo 117 del mismo canon señala que para determinar el valor de los bonos se debe establecer una pensión de vejez de referencia para cada afiliado, tomando para efectos del cálculo, entre otros factores, el salario "*base de cotización*" a 30 de junio de 1992, o en su defecto, el último salario devengado antes de esa data si se encontraba cesante.

En ese sentido, para determinar el salario base del bono pensional del demandante antes del 30 de junio de 1992, dado que para esa data el vínculo laboral con la extinta Flota Mercante Gran Colombiana S.A. ya se encontraba fenecido, debe calcularse tomando como referencia el salario máximo asegurable para el año de 1992, pues la disposición aplicable a efectos de liquidar el monto del bono pensional no es otra que el artículo 117 de la Ley 100 de 1993.

Bajo tal contexto, es evidente que no se equivocó el juez de primer grado al colegir que el monto máximo asegurable o en su defecto el salario base de cotización sería la suma de \$665.070 y no de lo devengado al momento del finiquito de la relación laboral con su otrora empleadora, esto es, \$1.355.128, de ahí que se incurra un desatino en la

apelación, máxime cuando en torno a la discusión que giró sobre la aplicación del literal a) del artículo 5° del Decreto-Ley 1299 de 1994, mismo que señalaba que el salario base de liquidación para calcular la pensión de vejez de referencia debía tomarse el salario o el ingreso base de liquidación respecto del salario devengado, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, desató dicha controversia argumentando que no es dable aplicar el literal a) del artículo 5 del Decreto 1299 de 1994, sin que de manera alguna se pretenda dar efectos retroactivos a la sentencia C-734-2005, misma que declaró inexecutable dicho literal. (SL1857-2021)

En tal virtud y como quiera que los reglamentos del ISS establecían el límite máximo de salario asegurable de la época, conforme a lo dispuesto en el artículo 20 del Acuerdo 048 de 1988, aprobado por el Decreto 2610 del mismo año, el cual, establecía que la categoría máxima era 51, con un salario mensual máximo asegurable de \$665.070, la citada cifra es la que debe tenerse en cuenta como la base de cotización del afiliado a 30 de junio de 1992, de ahí que sea la base del bono pensional que se ordena. De tal suerte, en nada se le reprocha al a quo haber utilizado como salario base para efectos del calcular el bono pensional teniendo cuenta lo antedicho y, no como lo pretende el recurrente al señalar que correspondía a lo percibido al finiquito del laborío, por consiguiente, la Sala considera que es imperativo confirmar la decisión que sobre tal situación se arribó el Juez primigenio.

Pago de la totalidad del título pensional

Incumbe a la Sala verificar si el juez primigenio se equivocó en cuanto ordenó a sufragar la totalidad del bono pensional, para ello, basta con traer a colación lo resuelto sobre tal punto por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que de manera pacífica y reiterada ha indicado, precisamente en sentencia SL2584-2020, reiterada en sentencia SL673-2021, lo siguiente:

“La razón por la cual el empleador debe asumir íntegramente la mencionada erogación radica en que durante el lapso de no afiliación por falta de cobertura fue el único responsable del riesgo pensional, en la medida que durante tal interregno la obligación estuvo totalmente a su cargo. De ahí que no resulta procedente que el valor del título pensional sea distribuido entre él y el extrabajador en la proporción prevista legalmente para los aportes pensionales, tal como lo pretende la recurrente.

Por tal razón, las disposiciones que transcribe la censura para respaldar su tesis no resultan aplicables en este asunto, toda vez que la condena cuyo pago le fue impuesta en las instancias consiste en el título pensional correspondiente al lapso de vinculación, más no el pago de cotizaciones al sistema de pensiones que es lo que aquellas regulan.”

De ahí que sea más que una razón suficiente para no hallar razón a la censura, y en ese sentido habrá de confirmarse la sentencia de primer grado sobre tal aspecto, en tanto que no es procedente que el título pensional sea distribuido entre las partes.

Cumplimiento de la sentencia y de la responsabilidad subsidiaria de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia en calidad de administradora del Fondo Nacional del Café.

Al respecto y con el fin de determinar a qué entidad o entidades corresponde el cumplimiento de la orden del pago del cálculo actuarial, se tiene que mediante auto No. 411-11731 del 31 de julio de 2000, la Superintendencia de Sociedades ordenó la

liquidación obligatoria de la CIFM y en auto del 28 de agosto de 2012 la Superintendencia de Sociedades declaró terminado el proceso liquidatorio de los bienes que conformaban el patrimonio de dicha empresa y declaró extinguida la personería jurídica de la misma.

Así mismo, en proveído 22 de noviembre de 2012 dicha Superintendencia al resolver el recurso de apelación interpuesto contra la providencia antes citada, además de confirmar la extinción de la personería jurídica de la Compañía, respecto a la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia como Administradora del Fondo Nacional del Café en el artículo 5º, indicó:

"ARTÍCULO QUINTO: MODIFICAR el artículo vigésimo tercero del Auto 400 – 010928 del 28 de agosto de 2012, el cual quedará así: ARTÍCULO VIGÉSIMO TERCERO. – ADVERTIR a la Federación Nacional de Cafeteros como administradora del Fondo Nacional del Café, que estará a su cargo el reconocimiento de la calidad de pensionados, así como también de las sustituciones pensionales. (...)”

Decisión que guardó concordancia con lo dicho por la Corte Constitucional en la sentencia SU 1023 de 2001, en la que señaló que la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia en calidad de Administradora del Fondo Nacional del Café es matriz o controlante de la Flota Mercante Gran Colombiana SA y por ende se presume la responsabilidad subsidiaria en los términos del artículo 148 de la Ley 222 de 1995, de ahí que se le impuso poner a disposición del liquidador los recursos para que éste cumpla con las obligaciones pensionales a su cargo siempre que éste no tenga la liquidez.

Situación que fue objeto de pronunciamiento por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL471-2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, misma que reafirmó la obligación de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, en su deber de responder subsidiariamente por las obligaciones pensionales a cargo de la extinta Flota Mercante.

Ahora, en virtud del contrato de fiducia mercantil suscrito el 14 de febrero de 2006 entre la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante S.A. en Liquidación y Fiduciaria la Previsora S.A., se constituyó el Patrimonio Autónomo “PANFLOTA”, para que la fiduciaria administrara los recursos y bienes que le fueran transferidos por el fideicomitente al momento de la celebración del contrato y los que posteriormente se transfirieran de conformidad con lo descrito en el mismo, con el fin de que éstos fueran destinados al pago de mesadas pensionales y aportes a EPS a cargo de la compañía de la flota Mercante S.A. en Liquidación; así mismo, le fue asignada la administración de contingencias judiciales que le fueran entregadas y atención de gastos necesarios para cumplir dichos objetivos de acuerdo con las cláusulas del contrato.

Ante la terminación de la liquidación obligatoria de la CIFM y su aprobación de la rendición final de cuentas presentada por el Liquidador de la CIFM, la Superintendencia de Sociedades mediante número 400-016211 modificó el numeral vigésimo séptimo del Auto 400-010928 del 28 de agosto de 2012, para en su lugar advertir a los que tuvieron calidad de partes laborales dentro del proceso concursal liquidatorio, que cualquier reclamación de tipo laboral o pensional deberá efectuarse ante el Patrimonio Autónomo PANFLOTA administrado por la Fiduciaria la Previsora S.A.

En tal virtud, en auto 400-010509 ordenó al liquidador de la Compañía nombrar un mandatario con cargo al Patrimonio Autónomo PANFLOTA con el fin de que atendiera las solicitudes y trámites, pero únicamente respecto de las obligaciones pensionales de los ex trabajadores de la Compañía y sus beneficiarios; con tal fin el Liquidador de la CIFM suscribió contrato de mandato con representación con cargo al Patrimonio

Autónomo PANFLOTA y nombró la Dra. Carmen Isabel Suarez Gutiérrez; el mencionado contrato de mandato fue cedido por el Liquidador a PANFLOTA, quien ostenta actualmente la condición de mandante; y en virtud del contrato de mandato No. No. 9264-001-2014 suscrito entre Fiduciaria la previsora S.A. como Vocera y Administradora del Patrimonio Autónomo PANFLOTA y Asesores en Derecho S.A.S., es esta última quien actualmente actúa como mandataria con representación del patrimonio autónomo PANFLOTA.

Conforme a lo anterior, será la Fiduprevisora SA como vocera y administradora del Patrimonio Autónomo PANFLOTA la responsable del pago del cálculo actuarial aquí ordenado y en caso de que no existan recursos suficientes para tal efecto en el patrimonio autónomo, asumirá esta obligación como responsable subsidiaria la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia en calidad de Administradora del Fondo Nacional del Café, dada a su calidad de empresa matriz o controlante de la extinta Flota Mercante, la cual se encuentra acreditada con el certificado de existencia y representación legal de la COMPAÑÍA DE INVERSIONES DE LA FLOTA MERCANTE S.A. expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá.

Cumple aclarar que, si bien la demandada en su recurso de apelación indicó que la liquidación ocurrió por circunstancias ajenas a su actuar, lo cierto es que ello quedó en simples afirmaciones las cuales están lejos de tenerse en cuenta, ya que por sabido se tiene que nadie puede crear su propia prueba, para valerse, sacar provecho o beneficiarse de ella, acotando que en nada impide a esta Sala el estudio de la responsabilidad que se pretende, pues esta surge del imperio de la Ley y parte de una presunción, misma que no fue derruida, quedando de presente, se reitera, en virtud del artículo 148 de la Ley 222 de 1995, que la situación de concordato o liquidación obligatoria de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante se causó como efecto de la subordinación que la vincula a la Federación Nacional de Cafeteros como administradora del Fondo Nacional del Café, de ahí que sea responsable subsidiaria en el pago de las condenas que en este asunto en concreto se estableció.

Así las cosas, y como quiera que la responsabilidad es subsidiaria de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia en calidad de Administradora del Fondo Nacional del Café, se **MODIFICARÁN** los numerales tercero y quinto de la sentencia confutada, y en esa medida se condenará a la **FIDUPREVISORA SA** como vocera y administradora del Patrimonio Autónomo Panflota, a pagar el valor del cálculo actuarial representado a través de un bono pensional, para el periodo antes dicho a satisfacción de la **ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN SA** y conforme al cálculo que esta última realice, para efectos de convalidar los tiempos de aportes en los que no se efectuaron cotizaciones.

Por manera que la demandada **FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA** en calidad de administradora del **FONDO NACIONAL DEL CAFÉ**, será responsable subsidiariamente de la obligación pensional por concepto de pago de cálculo actuarial a favor del demandante aquí ordenado, en su calidad de matriz o controlante de la extinta **COMPAÑÍA DE INVERSIONES DE LA FLOTA MERCANTE GRAN COLOMBIANA**, siempre que la **FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.** en su condición de administradora del Patrimonio Autónomo PANFLOTA, no cuente con recursos económicos para asumir tales obligaciones.

Responsabilidad subsidiaria de La Nación Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Frente a este tópico, si bien es cierto el Consejo de Estado Sala de Consulta y Servicio Civil en providencia del 15 de febrero de 2001, señaló que eventualmente podría ser responsable el Estado frente a las obligaciones adquiridas por dichas sociedades en el caso que no existan los suficientes recursos para asumir las obligaciones pensionales, dado que la Federación Nacional de Cafeteros administra el Fondo Nacional del Café, el cual se nutre con recursos de carácter parafiscal y, por tanto, tienen la calidad de públicos con afectación especial a favor del gremio cafetero, lo cierto es que, en este asunto se demostró la responsabilidad subsidiaria de la Federación Nacional de Cafeteros frente a las obligaciones pensionales de la entonces Compañía de Inversiones Flota Mercante, por manera que se garantizan los derechos pensionales aquí controvertidos sin que sea necesario entonces, en este asunto, endilgársele responsabilidad al Estado a través de La Nación Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Cálculo actuarial respecto del periodo que estuvo vinculado como Cadete en la Armada Nacional.

Sobre este aspecto, considera la Sala que no puede ser ordenado el título pensional sobre el tiempo que extraña el actor con cargo a La Nación – Ministerio de Defensa Nacional - Armada Nacional o en su defecto a La Nación Ministerio de Hacienda y Crédito Público, como lo pretende aquel, en tanto que el pago del cálculo actuarial representado en un título pensional deviene por efecto de la declaratoria que haga la jurisdicción laboral del contrato de trabajo y consecuente orden de impartir al empleador el pago del título pensional. Por manera, que no puede la Sala condenar a la entidad la obligación de reconocer tal emolumento con inclusión de dichos tiempos, sin que al menos aparezca su presencia en este proceso (Armada Nacional), pues, se reitera no se puede ordenar su pago sin que al menos se condicione a la orden a la entidad los efectos económicos del presunto tiempo servido a través del título o bono pensional. (SL2943-2020, SL4021-2019)

Así las cosas, como quiera que no fue llamada La Nación – Ministerio de Defensa Nacional - Armada Nacional en su carácter de presunto responsable sobre el pago de lo que hoy se peticiona a este asunto, mal haría esta Sala endilgarle responsabilidad e imponerle la obligación de pagar a la Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Protección SA el cálculo actuarial por los periodos echados de menos, y a su vez poder incluirlos en aras de configurar la pensión de vejez. De ahí que, deba revocarse la decisión del juzgado de primer grado, mediante la cual se declaró que el demandante estuvo vinculado como Cadete en la Armada Nacional de Colombia entre el 15 de enero de 1975 hasta el 15 de julio de 1977, sin remuneración salarial.

Reliquidación de la pensión de vejez e intereses moratorios desde el 20 de marzo del 2017

Aduce el apelante que el 20 de marzo del 2017 causó su derecho prestacional, pues, para aquella época acumuló el capital requerido, en los términos del artículo 64 de la Ley 100 de 1993, razón por la cual, al momento de haber sido concedido su derecho pensional por la Administradora de Fondo, debió efectuarlo a partir de dicha calenda y no sobre el 26 de septiembre del 2018, por tal razón solicita la reliquidación de la pensión, máxime cuando ostenta un capital de \$2.300.000.000, con apoyo en el cálculo actuarial que debe pagar aquí la demandada.

Sobre tal aspecto, cumple advertir, que no existe medio de persuasión que indique que

el aquí actor le fue reconocida pensión de vejez por parte de la Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Protección SA el 26 de septiembre del 2018, para que de esta forma esta Sala entre a verificar la cuantía de la misma, para efectos de determinar si procede o no la reliquidación y si esta debía reconocerse a partir de la data que indica tiene derecho. Además, debe precisarse, que la aludida prestación económica en la forma señalada en el recurso de apelación no fue reclamada en el escrito inicial, por manera que tampoco fue debatida en primera instancia y, por ende, la AFP no pudo oponerse sobre aquella, lo que de entrada imposibilita a la Sala realizar pronunciamiento al respecto.

De lo expuesto en precedencia habrá de confirmarse la sentencia que sobre este aspecto tomó el A quo.

Costas impuestas en primera instancia a cargo de la Fiduprevisora SA como vocera y administradora del Patrimonio Autónomo Panflota.

Finalmente, debe recordarse que el art. 365 del CGP prevé que se debe condenar en costas a la parte vencida en el proceso, y teniendo en cuenta que la accionada se opuso a las pretensiones de la demanda y se le impartió una condena en su contra, es fácil concluir que acertó el *a quo* al imponerle costas en primera instancia, máxime cuando propuso excepciones como expresión legítima de su derecho de defensa.

- **Monto de las agencias en derecho que fueron condenadas.**

Hay que recordar sobre ello, que con apego a lo dispuesto en el numeral 5 del artículo 366 del CGP, las inconformidades u objeciones sobre el monto de las agencias en derecho, se controvierten mediante los recursos de reposición y apelación contra el auto que aprueba la liquidación de costas, por manera que cualquier discusión al respecto debe ser impetrado ante el Juez de primera instancia. En ese hilo conductor es claro que esta Sala no tiene competencia para modificar o no el valor de las agencias que se impusieron en primera instancia, en tanto que no es la oportunidad procesal dispuesta para ello, siendo la correcta en el momento en que se aprueben las costas procesales por el A quo.

Costas. Sin costas en esta instancia judicial.

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 4º de la sentencia proferida el 30 de enero del 2019, por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá, para **ORDENAR** a la **ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN SA** realizar el cálculo actuarial por concepto de aportes para pensión de **HERNANDO ASTRALAGA GUTIÉRREZ**, para el periodo comprendido entre el 11 de diciembre de 1980 al 2 de septiembre del 90.

TERCERO: MODIFICAR los numerales 2º y 5º de la sentencia confutada, en el sentido de **CONDENAR** a la **FIDUPREVISORA SA** como vocera y administradora del Patrimonio Autónomo Panflota, a pagar el valor del cálculo actuarial representado a

través de un bono pensional, para el periodo antes dicho a satisfacción de la **ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN SA** y conforme al cálculo que esta última realice, para efectos de convalidar los tiempos de aportes en los que no se efectuaron cotizaciones. Así mismo, **CONDENAR** a la demandada **FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA** en calidad de administradora del **FONDO NACIONAL DEL CAFÉ**, la responsabilidad subsidiaria de la obligación pensional por concepto de pago de cálculo actuarial a favor del señor demandante aquí ordenado, en su calidad de matriz o controlante de la extinta **COMPAÑÍA DE INVERSIONES DE LA FLOTA MERCANTE GRAN COLOMBIANA**, siempre que la **FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.** en su condición de administradora del Patrimonio Autónomo PANFLOTA, no cuente con recursos económicos para asumir tales obligaciones, de conformidad a lo motivado.

CUARTO: REVOCAR el ordinal 3º de la sentencia calendada el 30 de enero del 2019, mediante la cual se declaró que el demandante estuvo vinculado como Cadete en la Armada Nacional de Colombia entre el 15 de enero de 1975 hasta el 15 de julio de 1977, por las razones tenidas en cuenta en la parte considerativa de esta sentencia.

QUINTO: MANTENER incólume en lo demás la sentencia apelada.

SEXTO: SIN COSTAS en la alzada.

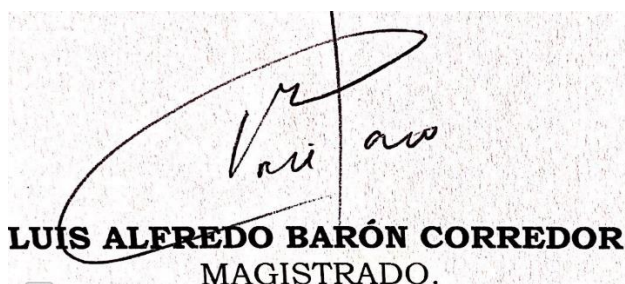
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



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: RUTH NELLY GONZÁLEZ DAZA
demandado: RUTH STELLA SALINAS CHIVATA
Radicado No.: 16-2017-00639-01
Tema.: CONTRATO REALIDAD - CONFIRMA

Bogotá D.C., treinta (30) de junio 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. Ruth Nelly González Daza, instauró demanda ordinaria contra Ruth Stella Salinas Chivata, con el propósito de que se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo, cuyos extremos se prolongaron entre el 15 de diciembre del 2015 al 31 de mayo del 2017. En consecuencia, se dispusiera a su favor el pago del auxilio de cesantía y sus intereses, prima de servicios, vacaciones, indemnización por despido sin justa causa, moratoria, sanción por la no consignación de las cesantías, aportes pensionales; lo que resulte probado ultra y extra petita y, costas procesales.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que el 15 de diciembre del 2015 se acordó de manera voluntaria entre las partes, que realizaría la cocción de los alimentos en el restaurante EL CUBARRO de propiedad de la demanda y que como contraprestación a la citada labor se pagaría la suma de \$40.000, mismos que se mantuvieron por todo el tiempo laborado; cuyo acuerdo verbal terminó el 31 de mayo del 2017 en tanto que la encartada tomó la decisión de disminuir el citado valor a \$35.000, situación que la obligó a cesar las actividades en el establecimiento de comercio. Por último, señaló que su empleadora le adeuda sus acreencias laborales. (fls. 21 a 29).

2. Contestación de demanda. La encartada en su respuesta se opuso a la totalidad de las pretensiones de la demandada, argumentando que entre las partes nunca existió una relación laboral en los términos del artículo 23 del CST. En lo que hace a los supuestos fácticos aludió a que la demandante asistía en ocasiones a colaborar en la cocina, pagándose por cada turno la suma de \$40.000; misma que no quiso realizar más su actividad en tanto que se le iba pagar por cada uno \$35.000. No propuso excepciones. (fols. 37 a 40 y 42 y 43)

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 1 de septiembre del 2020, en la que el fallador declaró la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido que rigió desde el 15 de diciembre del 2015 al 31 de mayo del 2017, en el que fungió como trabajadora la demandante y como empleadora Ruth Stella Salinas Chivata. En consecuencia, condenó a esta última al pago del auxilio de cesantía y sus intereses, prima de servicios, vacaciones, aportes al subsistema de seguridad social en pensión, sanción por falta de consignación de los auxilios de cesantías, indemnización moratoria del que trata el artículo 65 del CST y costas del proceso.

Para arribar a tal decisiva, se refirió al contenido de los artículos 22 a 24 del CST, a la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia sobre tal aspecto y al material probatorio arrimado al proceso, para indicar que efectivamente los servicios personales fueron prestados por la demandante en favor de la encartada, pues, así fue aceptado en la contestación de la demanda y en el interrogatorio de parte que se surtió; afirmación que también daba cuenta del salario pactado, de los extremos temporales y como se produjo la terminación del contrato de trabajo, lo cual, sobre esto último, la demandante dijo que no regresó a su labor dado a las nuevas condiciones remunerativas.

Aludió que, en armonía a las declaraciones vertidas al proceso, estas daban cuenta de la continua prestación del servicio y sin interrupciones de su labor, pues así lo despusieron sus compañeras de trabajo, mismas que expusieron de sus actividades permanentes en el restaurante. Así las cosas, luego de referirse a lo que se dejó sentado en la conciliación que se llevó a cabo en el Ministerio de Trabajo, concluyó que debía declararse la existencia de la relación laboral a término indefinido, así como el pago de las prestaciones sociales y vacaciones, como quiera que ante ello no hubo prueba de su pago.

En lo que respecta a la indemnización moratoria prevista en el artículo 65 del CST, manifestó que se debía auscultar si la pasiva había demostrado buena fe en su actuar para que de esta forma sea absuelta de la sanción. En ese sentido, coligió que no estaban demostrados aspectos, conductas o circunstancias que acrediten la buena fe de la empleadora y por tanto debía condenarla a su pago. (Cd. fol. 55)

5. Impugnación y límites del ad quem.

5.1. Recurso de apelación demandada. Formuló recurso de apelación arguyendo que los elementos del contrato de trabajo no se demostraron en tanto que no existía subordinación de la demandada, pues no daba órdenes, tampoco hubo continuidad en la prestación del servicio, además, los mismos testigos depusieron que tenía autonomía al cocinar. Por otra parte, indicó que el a quo no tuvo en cuenta la tacha formulada a la testigo Maribel Suarez, entre tanto, que al haber iniciado un proceso de tipo laboral en contra de la aquí demandada su testimonio era desfavorable y carecía de toda credibilidad.

Con relación a la indemnización moratoria del que trata el artículo 65 CST sostuvo que, de conformidad con la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, para que salga adelante debe partirse de que existió mala fe, lo cual, en el presente asunto, sostuvo no aconteció, en tanto siempre actuó de buena fe sin que de alguna manera quisiera perjudicar los intereses de la actora. En todo caso, dijo que la citada sanción debía comprenderse cuando se adeudaran salarios

y no prestaciones sociales, situación que coligió no aconteció en el presente asunto, toda vez que no se deben aquellos. (CD fol. 55)

6. Alegatos de conclusión.

6.1. Parte demandante. En sus alegaciones se mantuvo en que quedó demostrada la existencia de una relación laboral entre las partes, lo cual, se fundamenta con la misma contestación de la demanda, misma en que la parte demandada intentó atenuar dicha circunstancia, alegando que se generó por días. Además, señaló que existió mala fe por parte de la demandada y, por tanto, debía mantenerse la condena de la indemnización moratoria, en virtud de que no hace una manifestación razonable para no haber procedido a la consignación de cesantías y pago de prestaciones sociales de manera oportuna.

6.2. Parte demandada. En su escrito reiteró que no quedó probado la relación laboral existente entre las partes, pues, no cumplía un horario, ni su relación con la encartada era personal, dado que en algunas oportunidades la reemplazaba, quien disponía lo que debía hacer o se ausentaba en algunas oportunidades. En esa medida, concluyó que la relación no fue personal, no existía subordinación, horario y menos un jefe inmediato.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurso de apelación interpuesto por la parte 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.

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar los siguientes **problemas jurídicos**:

- ✓ ¿La señora Ruth Stella Salinas Chivata, fungió como empleadora de la aquí actora, como consecuencia de la aplicación del principio constitucional de la realidad sobre las formas?
- ✓ De ser positiva la respuesta, ¿Se equivocó el juez de primer grado al considerar que se encontraba demostrada la continuidad e ininterrupción de la relación laboral, cuando no se hallaba probada tal circunstancia, lo que impedía acceder a las pretensiones de orden condenatorio?
- ✓ De encontrarse que no erró el A quo, se sigue estudiar ¿Es desatinada la conclusión a la que llegó el Juez de primer grado, para condenar el pago de la indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del C.S.T., cuando era evidente la existencia de buena fe de la pasiva en sus actuaciones frente a la actora?

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 CST, 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 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 de la señora Ruth Nelly González Daza en beneficio de la señora Ruth Stella Salinas Chivata, en tanto que las partes no cuestionaron las reflexiones del Juez primigenio en torno a ello, además, porque así lo asumió el extremo pasivo en la contestación de la demanda y el interrogatorio de parte que se surtió en el diligenciamiento, donde señaló claramente que Ruth Nelly González Daza le prestó sus servicios personales para realizar la actividad de cocción de alimentos en el establecimiento de comercio de su propiedad desde el 15 de diciembre del 2015 al 31 de mayo del 2017 y que sobre tal labor le cancelaba la suma de \$40.000 por cada turno realizado.

De acuerdo con lo anterior, demostrada como está la prestación del servicio por parte de la actora al servicio de la señora Ruth Stella Salinas Chivata, 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 permita constatar que la actora desempeñó su labor de manera libre y autónoma desprovista de cualquier elemento subordinante, como lo manifiesta la pasiva en su alzada, sin

que para este efecto baste la mera afirmación de que la labor la ejercía en turnos o que tenía plena autonomía en la escogencia de los alimentos con los cuales debía preparar la comida, pues, tan solo dicha circunstancia a la Sala no le permite concluir que la actividad era independiente y por el contrario a lo expuesto reafirma la subordinación jurídica en la que se hallaba la actora con respecto de la demandada.

De hecho, los medios de prueba llevan a la firme convicción que la prestación de servicios fue dependiente y subordinada, así se desprende del propio dicho de la demandada en su interrogatorio de parte, quien, indicó de forma diáfana que las actividades de la demandante se situaban bajo una supeditada dependencia suya, a pesar de que insistentemente señaló que la señora Ruth Nelly González Daza fue contratada por turnos. Aunado a que los testigos que fueron llamados a escuchar por la parte demandada Zoraida Castro Agudelo (mesera del restaurante), Rosa del Carmen Parra Rodríguez (cliente del restaurante) y Miguel Antonio Ortiz Méndez (cliente del restaurante), ninguna circunstancia adujeron para desvirtuar la presunción de la que se halla beneficiada la parte actora y, por el contrario, de forma palmaria y al unísono arguyeron que la promotora del proceso le ayudaba en la cocina, preparaba los alimentos, quien tenía un horario regularmente de 8:00 a.m. a 4:00 p.m.; y que por dichas actividades le cancelaban la suma de \$40.000 por turno realizado, es decir, cada que la demandada le solicitaba cubrir el turno.

Además, es claro que dada a la naturaleza de la actividad que realizó la promotora, esta no podía desarrollarse de forma autónoma e independiente, como en su momento lo pretendió ver la encartada, y, por el contrario, estaba atada al sometimiento de la actora a órdenes, directrices y sugerencias de la encartada y por supuesto al cumplimiento de un horario. Así las cosas, se tiene que la presunción de la cual fue beneficiaria la activa no fue derruida por la pasiva, en tanto que el haz probatorio fue suficiente para acreditar que el servicio contratado, en realidad, no se ejecutó con libertad y autonomía técnica, científica y directiva, de ahí que sea desatinado los argumentos que utilizó la censura para desestimar lo que bien llegó a colegir el A quo, cuando arribó a la conclusión sobre la existencia de la relación laboral que ató a las partes. Razones más que suficientes para confirmar en este sentido la sentencia de primer grado.

Extremos temporales de la relación laboral.

Ahora, es preciso recordar que la recurrente reclama que el A quo desconoció las normas que regulan el contrato laboral, pues, en su criterio no están probados los extremos temporales, es decir, que la prestación personal del servicio haya sido de forma ininterrumpida o permanente, en tanto que lo fue por turnos o dada la necesidad que tuviera la demandada de sus actividades, lo que imposibilita acoger las pretensiones esgrimidas en el libelo incoatorio.

Sobre tal aspecto, es del caso precisar que, pese a que ese encuentra demostrada la prestación personal del servicio, misma que se vio fue bajo el poder subordinante y dependiente de la convocada, es claro que deben aparecer acreditados los otros elementos del contrato de trabajo, entre estos, los extremos temporales en los cuales se desarrolló la labor. Así, compete a la parte demandante, en virtud del principio de carga de la prueba a que se refiere el artículo 167 del CGP, no solo referir el periodo en el que se ejecutó la actividad en la que soporta sus peticiones, sino aportar los elementos de juicio que acrediten tal circunstancia.

Y es que la sola verificación de la prestación del servicio personal no exime al trabajador de probar los extremos temporales de iniciación y terminación del contrato de trabajo, ya que es indispensable en los procesos en que se solicite el reconocimiento de derechos sociales su demostración para que se liquiden con referencia en ellos, por tanto, corresponde satisfacer esa carga probatoria como presupuesto ineludible para la prosperidad de sus pretensiones.

En este sentido, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL2608-2019, señaló:

"Llegado a este punto, no sobra recordar que la Corte, al igual que como lo señaló el tribunal, tiene establecido que la presunción prevista en el artículo 24 del CST, no exonera al trabajador que persigue su aplicación « además de demostrar la actividad personal que da lugar a la presunción que se cuestiona, (...) acreditar otros supuestos de hecho necesarios para la procedencia de las obligaciones laborales que el trabajador reclama» así se dejó sentado en la providencia CSJ SL 2780-2018, en la que además se memoró lo dicho en la sentencia CSJ SL, 6 mar. 2012, rad. 42167, en la que al efecto se consideró:

...recuerda la Corte que la circunstancia de quedar demostrada la prestación personal del servicio, debiéndose presumir la existencia del contrato de trabajo en los términos del artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo, no releva al demandante de otras cargas probatorias, pues además le atañe acreditar ciertos supuestos transcendentales dentro de esta clase de reclamación de derechos, como por ejemplo los extremos temporales de la relación, el monto del salario, su jornada laboral, el trabajo en tiempo suplementario si lo alega, el hecho del despido cuando se demanda la indemnización por terminación del vínculo sin justa causa, entre otros"

Así las cosas, para efectos de evaluar si la aquí actora acreditó si la actividad personal se produjo de forma permanente e ininterrumpida y dentro de los extremos que se afirman en el escrito genitor, esto es, entre el 15 de diciembre del 2015 al 31 de mayo del 2017; o si por el contrario esta fue esporádica u ocasional como lo alega la encartada, se debe hacer hincapié en el acervo probatorio que se allegó al diligenciamiento y en esa medida, se tiene que se escucharon a los testimonios de los señores Henry Giovanni Pinzón Rico (cliente del restaurante), Maribel Suarez Vargas (compañera de trabajo) y Yolima Sánchez Rodríguez (compañeras de trabajo), quienes al unisonó y de forma uniforme advirtieron que la jornada laboral de la trabajadora iba regularmente de 7:00 a.m. a 5:00 p.m., de lunes a sábado y no por turnos.

En ese sentido el primero de los citados afirmó que ocasionalmente iba al restaurante a hacer uso de sus servicios y quien observaba a la señora Ruth Nelly González Daza realizar sus actividades en la cocina. Por su parte, la segunda de las mencionadas hizo saber que, como compañeras de trabajo, tenían un horario de 7:00 a.m. a 5:00 p.m., de lunes a sábado y no por turnos, en el restaurante de propiedad de la demandada. Aclaró que la demandante entró a trabajar al servicio del restaurante unos días posteriores a la fecha en que ingresó a laborar como mesera y reiteró que desde aquel momento no realizó actividades por turnos, sino de manera continua y permanente dentro del horario citado, además, por dado que rara vez la encartada ejercía labores en la cocina, pues, ello lo hacía, por ejemplo, cuando la actora iba a reclamar el subsidio del gobierno. Finalmente, la tercera en mención informó que trabajó en el restaurante de propiedad de la señora Ruth Stella Salinas Chivata como auxiliar de cocina desde diciembre del 2016 a mayo del 2017, de manera que cumplía con la accionante un horario de 7:00 a.m. a 5:00 p.m. por lo regular, quien debía asistir todos los días de lunes a sábado, a excepción de cuando se presentaba a reclamar el bono que le otorgaba el Estado.

Mientras que los demás deponentes que ante líneas se hicieron alusión y que fueron arrimados por la demandada, sostuvieron por el contrario que, si bien la actora prestó sus servicios a favor del restaurante, ello lo fue esporádicamente, en tanto que había sido contratada por turnos dada la necesidad que tuviese la encartada y, por ende, la veían ocasionalmente ejerciendo sus labores de cocina.

De las declaraciones vertidas por los testigos observa la Sala que cada uno de ellos compareció a defender la tesis esgrimida por quien los convocó a declarar, por lo que atendiendo a la falta de uniformidad de sus declaraciones, debe proceder a valorarlas con rigurosidad, en ánimo de determinar cuál de ellas tiene más fuerza probatoria por su coherencia y espontaneidad, lo que de suyo implicará desestimar aquellas que resulten menos consistentes dadas las contradicciones y falta de certeza en los hechos narrados.

De entrada, entonces, ha de advertirse que las afirmaciones efectuadas por estos últimos no ofrecen credibilidad alguna a la Sala, toda vez que, si bien adujeron fehacientemente que la actora laboraba de forma esporádica en el establecimiento de comercio, no puede pasarse por alto que tal circunstancia no le consta de forma permanente, menos durante el tiempo que laboró en el restaurante. Ello es así, dado que, aunque la señora Zoraida Castro Agudelo denotó que la trabajadora laboró por turnos, aquel acontecimiento lo supo tan solo durante 7 días de haber ingresado la actora al restaurante (22 de diciembre del 2015), pues, como lo señaló sus actividades de mesera en el establecimiento perduraron hasta el 22 de diciembre del 2015, de ahí que sea evidente que no tenga conocimiento de la jornada laboral que ostentó la trabajadora en vigencia del nexo contractual. La misma suerte corren las declaraciones de los señores Rosa del Carmen Parra Rodríguez y Miguel Antonio Ortiz Méndez, en tanto que significaron la no habitualidad en el restaurante, pues, apenas en la semana arrimaban dos o tres días.

Esas inconsistencias desdibujan la veracidad de los testimonios que allegó la parte demandada, lo cual, a su declaración ninguna fuerza probatoria le otorga esta Sala y, por ende, al margen de lo anterior, se sigue dar mayor credibilidad a las deponentes que fueron compañeras de trabajo de la promotora del proceso, pues, de su dicho se desprende que tuvieron conocimiento de la prestación ininterrumpida de los servicios a favor de la encartada, además, por cuanto fueron consistentes, no incurrieron en contradicción, sin que tampoco se observare falta de fluidez o espontaneidad al relatar la forma como la accionante prestó el servicio, de modo que bajo dichas circunstancias tienen mayor mérito probatorio, debiendo prevalecer sobre lo demás.

Ahora, esta Sala no comparte la calificación que hizo la parte demandada sobre el testimonio de Maribel Suarez Vargas, al considerar que se le debe restar credibilidad a su declaración por haber promovido acción laboral también en su contra; conviene decir que la circunstancia de que la declarante y la demandada sean parte en otro proceso, no es suficiente para tenerla como interesada en las resultas de este, pues se requiere de otros elementos que demuestren su parcialidad, mismos que, como se vio, no se encuentran acreditados. Máxime, cuando debe acotar la Sala que la testigo fue trabajadora y compañera de labor de la actora y, por ende, fue testigo directo de los hechos y circunstancias que justifican esta acción, por lo que nadie mejor para dar cuenta de las situaciones fácticas expuestas y que se controvierten por las partes.

Así, entonces, los medios de convicción aquí arrimados por la actora llevan al pleno convencimiento que la labor realizada por la actora en beneficio de la demandada fue continua, permanente e ininterrumpida, pues, de forma contundente lo señalan las declaraciones aquí vertidas. Valga aclarar que, aunque en las declaraciones de las señoras Maribel Suarez Vargas y Yolima Sánchez Rodríguez, así como de la señora Ruth Nelly González Daza se indicó que esta última se ausentaba de su lugar de trabajo con el fin de reclamar el subsidio que le brindaba el Estado, sin embargo, aclararon que ello sucedía una vez al mes y que, en todo caso, pese a dicha ausencia cumplía el horario tan pronto como arribaba al restaurante.

Además, dicha interrupción no es de tal entidad que permita entender que no hubo la continuidad de la relación laboral, pues, se trata de un periodo corto que no obedece a una intención de desvinculación y, por tanto, en la realidad se desarrolló un único contrato de trabajo continuo dentro de los extremos temporales que adujo las partes y sobre la jornada laboral impuesta. (CSJ SL981-2019 reiterando SL4816-2015).

En síntesis, de lo dicho es claro para la Sala que si bien se encuentra acreditada la prestación personal del servicio, debiéndose presumir la existencia del contrato de trabajo, en los términos del artículo 24 ibídem, no eximía a la demandante de cumplir con otras cargas probatorias, como lo son, verbigracia, los extremos temporales, el monto del salario y la jornada laboral, entre otros, lo anterior en aplicación de la línea de pensamiento de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia; aspectos que se hallaron demostrados, en armonía a los medios de convicción que dan cuenta de la inequívoca continuidad en la prestación de los servicios, los cuales, además desestiman la aseveración de la encartada en el sentido de advertir que la citada relación contractual fue interrumpida; que por demás confirman su hito temporal, es decir, que la relación laboral tuvo vigencia en forma permanente entre el 15 de diciembre del 2015 al 31 de mayo del 2017.

Bajo esos derroteros y teniendo en cuenta que los medios de persuasión enunciados demuestran inequívocamente la prestación del servicio de la demandante a favor de la Ruth Stella Salinas Chivata, 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, las cuales dan cuenta que fue de forma ininterrumpida y continua, a la Sala no le queda otro camino que confirmar la decisión del Juez primigenio y, por ende, continuar con el análisis de los demás reparos planteados en el recurso de apelación, esto es, sobre la indemnización moratoria que aduce no tiene derecho la activa.

Indemnización moratoria

En lo atinente a este reproche 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 la indemnización 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, 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 razón para entender que el actuar de la demandada estuvo revestido de buena fe, en tanto que no es suficiente con argüir que se estuvo con el pleno convencimiento que entre las partes al haberse pactado como forma de remuneración la suma de \$40.000, se incluía las prestaciones sociales, cuando es evidente que tal aspecto solo denota su mala fe, pues, con ello pretendió desconocer el mínimo de derechos y garantías que no solo están previstas en la Ley, sino en la misma Constitucional Política.

Más aun cuando los mismos medios de persuasión daban cuenta sin mayores discusiones que la dadora de laborío quiso utilizar de forma indebida la vinculación de la actora a través de lo que llamó “por turnos”, ocultando que en verdad la relación rigió bajo los elementos constitutivos propios del contrato de trabajo, de forma continua e ininterrumpida, pues así se vislumbró de la actividad personal que desarrolló la actora a favor de la llamada a juicio, pues esta se realizó bajo una estricta subordinación y poderío de aquella, sin que de manera alguna fungiera como contratista independiente y autónoma, por lo que mal haría esta Sala enervar a la enjuiciada de la sanción que persigue la parte actora.

De esta manera, al quedar suficientemente acreditado que la demandada pretendió evadir la aplicación de la ley laboral, lo cual privó a la demandante la posibilidad de acceder a los derechos, garantías y beneficios que la Ley sustantiva del trabajo ofrece, las cuales tienen el carácter de irrenunciabilidad, que por demás está en decir que, contrario a lo dicho por la encartada, su monto no está condicionado a que se deban únicamente salarios, pues, resulta imperativo recordar que su procedencia también está atada al no pago de prestaciones sociales; forzoso resulta para la Sala confirmar en su integridad la decisoria del Juez primigenio.

Costas en esta instancia judicial a cargo de la demandada.

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 septiembre del 2020, por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandada. 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.

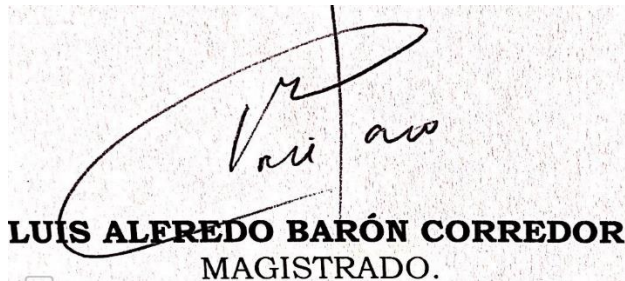
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



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-

AUTO DEL PONENTE

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de la parte demandada en la suma de \$800.000.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: TULIA INÉS CORREDOR GARCÍA
demandado: HD SOLUCIONES INTEGRALES SAS
Radicado No.: 01-2017-00457-01
Tema: CONTRATO DE TRABAJO – MODIFICA Y REVOCA

Bogotá D.C., treinta (30) de junio 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. Tulia Inés Corredor García, instauró demanda ordinaria contra HD Soluciones Integrales SAS, con el propósito de que se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo desde enero del 2012, mismo que terminó el 31 de diciembre del 2016, sin justa causa. En consecuencia, se dispusiera a su favor el pago del auxilio de cesantía y sus intereses, prima de servicios, vacaciones, indemnización por despido sin justa causa, moratoria; lo que resulte probado ultra y extra petita, intereses moratorios y, costas procesales. Como pretensión subsidiaria solicitó se condene a la encartada a pagar los valores reconocidos de forma indexada.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que laboró en la sociedad demandada desde el mes de enero del 2012 hasta el 31 de diciembre del 2016, devengando un salario variable aproximadamente de \$4.500.000 mensuales, mismo que terminó de manera unilateral y sin justa causa. Refirió que el despido se anunció el 8 de agosto del 2016, mediante el cual le comunicaron que el contrato de trabajo iba hasta el 31 de diciembre del mismo año y finiquitado el mismo no le cancelaron salarios, prestaciones y demás acreencias laborales, debiéndose por la pasiva. (fs. 68 a 76).

2. Contestación de demanda. Mediante auto adiado el 16 de julio de 2019 se tuvo por no contestada la demanda. (fol. 166)

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 10 de marzo del 2020, en la que el fallador declaró la existencia de una relación laboral celebrada mediante varios contratos, con vigencia entre el 1 de febrero de 2012 y el 31 de diciembre del 2016. En consecuencia, condenó a la demandada al pago del auxilio

de cesantía y sus intereses, prima de servicios, vacaciones, indemnización moratoria del que trata el artículo 65 del CST y costas del proceso.

Para arribar a tal decisiva, tuvo como problema a dilucidar si entre las partes existió un contrato de trabajo y si había lugar o no al pago de las pretensiones de índole condenatorio. Así las cosas, para desatar dicha controversia se refirió al material probatorio arrimado al proceso, para concluir que entre las partes existió un contrato de trabajo a término fijo inferior a un año, desde el 1 de febrero al 1 de mayo del 2012, el cual fue prorrogado desde el 2 de mayo al 31 de diciembre del 2012, fecha en la que se le comunicó a la actora de la terminación del citado contrato. Indicó que sobre aquel recibía una remuneración de \$566.700, para el cargo de directora administrativa y general.

Así mismo, observó que mediante Escritura Pública 0238 del 11 de febrero del 2012 la actora fue nombrada subgerente de la sociedad demandada y que posteriormente el día 28 de febrero del 2014 representante legal, cargo para el cual se aprobó una remuneración o salario por la suma de \$2.000.000 y para el año 2015 y 2016 se aprobó la suma de \$2.200.000, teniendo en cuenta las actas 30 a 32 que fueron incorporadas de oficio. De otro lado, destacó que a folio 91 obra carta de renuncia al cargo de representante legal el día 9 de agosto del 2016, sin embargo, acotó que dicha fecha no correspondió al extremo final, en tanto que en el interrogatorio de parte la demandante señaló que la relación laboral se hizo extensiva hasta el 31 de diciembre del mismo año, fecha en la que dejó de prestar sus servicios, devengando la misma suma.

Referente al pago de las prestaciones sociales y vacaciones indicó que había lugar a su pago, en tanto que no existía medio de prueba que acreditará su cancelación. En lo atinente a la indemnización moratoria del que trata el artículo 65 del CST, sostuvo que la citada sanción no operaba de manera automática, debiéndose examinar la conducta patronal y si esta emerge de la buena fe, para que sea exonerada de su pago. En esa medida, refirió que no hubo pago de las prestaciones sociales adeudas, sin que aparezca demostradas circunstancias que desvirtúen la presunción de mala fe que pesa sobre la parte demandada. Por manera que condenó su pago. (Cd. fol. 188)

5. Impugnación y límites del ad quem.

5.1. Recurso de apelación demandada. Formuló recurso de apelación arguyendo que la relación laboral no fue hasta el 31 de diciembre del 2016, por cuanto la misma demandante manifestó a la empresa que renunció a su cargo de representante legal el 8 de agosto del 2016, proponiendo a la empresa, además, un pago de \$100.000.000 como forma de conciliar para aquella data. Por otro lado, indicó que ella era la representante legal de la sociedad y en virtud de ello tenía la obligación de girar el pago de sus acreencias laborales, por lo que no habría lugar al pago de ninguna indemnización, además, porque así lo dispusieron los estatutos de la empresa y, en esa medida, solicitó se revisara la tasación de las condenas. (CD fol. 55)

6. Alegatos de conclusión.

6.1. Parte demandante. En su escrito solicitó confirmar la sentencia de primer grado, ya que no existe argumentos o situaciones que hagan sentir que este Tribunal debe revocar dicha decisión.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurso de apelación interpuesto por la parte 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.

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar los siguientes **problemas jurídicos**:

- ✓ ¿Se equivocó el juez de primer grado al tomar como extremo final de la relación laboral el día 31 de diciembre del 2016 y no colegir que aquel debía ser el 9 de agosto del 2016, fecha en la que presentó renuncia a su cargo?
- ✓ ¿Es desatinada la conclusión a la que llegó el Juez de primer grado, para condenar el pago de la indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del CST, en tanto que como representante legal de la sociedad podía disponer del pago de sus acreencias laborales?

Extremo final

Con el propósito de desatar los problemas jurídicos 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 y el extremo inicial, ni la labor de representante legal que desempeñó la actora, tampoco el salario que devengó en vigencia del nexo contractual que los unió, en tanto que los citados hechos no fueron recurridos por las partes.

Ello significa, que lo que se cuestiona y debe dilucidar esta Sala, es determinar el extremo final de la relación laboral que ató a las partes, por manera que para efectos de entrar a su estudio se procede a efectuar la valoración de las pruebas en su conjunto aportadas al instructivo, conforme lo determina los artículos 60 y 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

En ese sentido, cumple recordar 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 exige 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.

Precisión que resulta pertinente con el fin de significar que en materia laboral la prosperidad del reconocimiento de los derechos laborales a favor de la trabajadora se centra inicialmente en la demostración de la existencia del vínculo laboral y de sus extremos temporales, porque en base en esos supuestos de hecho es que se entrará a determinar si hay lugar o no a las acreencias laborales que reclama la actora. En ese sentido, pese a que en este asunto se encuentra demostrada la prestación personal del servicio, misma que fue bajo el poder subordinante y dependiente de la convocada, pues tales situaciones fácticas no fueron recurridas por las partes, como se anotó en precedencia, es claro que deben aparecer acreditados los otros elementos del contrato de trabajo, entre estos, los extremos

temporales en los cuales se desarrolló la labor. Así, y contrario a lo argüido por el juez de primer grado, compete a la parte demandante, en virtud del principio de carga de la prueba a que se refiere el artículo 167 del CGP, no solo referir el periodo en el que se ejecutó la actividad en la que soporta sus peticiones, sino aportar los elementos de juicio que acrediten tal circunstancia.

Y es que la sola verificación de la prestación del servicio personal no exime al trabajador de probar los extremos temporales de iniciación y terminación del contrato de trabajo, pues se reitera, es indispensable en procesos en que se solicite el reconocimiento de derechos sociales su demostración para que se liquiden con referencia en ellos, por tanto, corresponde satisfacer esa carga probatoria como presupuesto ineludible para la prosperidad de sus pretensiones.

En este sentido, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL2608-2019, señaló:

"Llegado a este punto, no sobra recordar que la Corte, al igual que como lo señaló el tribunal, tiene establecido que la presunción prevista en el artículo 24 del CST, no exonera al trabajador que persigue su aplicación « además de demostrar la actividad personal que da lugar a la presunción que se cuestiona, (...) acreditar otros supuestos de hecho necesarios para la procedencia de las obligaciones laborales que el trabajador reclama» así se dejó sentado en la providencia CSJ SL 2780-2018, en la que además se memoró lo dicho en la sentencia CSJ SL, 6 mar. 2012, rad. 42167, en la que al efecto se consideró:

...recuerda la Corte que la circunstancia de quedar demostrada la prestación personal del servicio, debiéndose presumir la existencia del contrato de trabajo en los términos del artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo, no releva al demandante de otras cargas probatorias, pues además le atañe acreditar ciertos supuestos transcendentales dentro de esta clase de reclamación de derechos, como por ejemplo los extremos temporales de la relación, el monto del salario, su jornada laboral, el trabajo en tiempo suplementario si lo alega, el hecho del despido cuando se demanda la indemnización por terminación del vínculo sin justa causa, entre otros"

En virtud de lo anotado, evidencia la Sala en el presente asunto el equívoco del a quo al sostener que no existía duda sobre que el extremo final de la relación laboral que ató a las partes, debiendo ser tomado del propio dicho de la accionante cuando aquella surtió el interrogatorio de parte decretado de oficio, esto es, el 31 de diciembre de 2016, pues es evidente que la citada declaración no podía ser suficiente para probar tal circunstancia, en tanto, cumple recordar que nadie puede elaborar a su favor su propia prueba, para sacar provecho y beneficiarse de ella.

En esa medida, tampoco puede la Sala extraer de dicha declaración una confesión pura y simple en tanto que no se evidencia que le produzca consecuencias adversas o que favorezcan a la parte contraria; de hecho, es evidentemente y por demás notorio que la citada aserción única y exclusivamente la favorece a ella, por manera que mal haría esta Sala mantener la citada decisión, máxime, cuando esta Corporación advierte que el juez primigenio incurrió en otro desacierto al echar de menos una prueba documental auténtica, misma que fue aportada por las partes, cuya autoría se imputó a la actora, la cual no fue objeto de tacha de falsedad o desconocida, documental que indica sin lugar a dubitaciones el extremo final de la relación que ató a las partes, esto es, que la prestación personal del servicio a favor de la encartada tuvo lugar hasta el 9 de agosto del 2016 (folio 47 y 91).

Efectivamente, el citado documento suscrito por la actora en la calenda antes dicha indica que la labor personal como representante legal de la sociedad demandada y

que ejerció desde el día 26 de febrero del 2015 finiquitaba, asegurando, *“liberándome por tanto, a partir de esta fecha, de toda responsabilidad y representación relativa a mí nombramiento”*, al punto que se halla conexión con la misiva calendada del 22 de agosto del 2016, donde las partes en contienda suscribieron Acta de Entrega con corte al 10 del mismo mes y año (folios 48 a 52) y con el documental referenciada como *“Propuesta Desvinculación laboral y Venta de cuotas TULIA INES CORREDOR”*, misma en la que se dejó sentado por la misma promotora del proceso que *“En aras de terminar nuestros vínculos comerciales y laborales sostenidos desde el 01 de Enero (SIC) de 2012 a la fecha hoy 10 de agosto de 2016 en la cual me desempeñe como subgerente, representante legal y Gerente Administrativo y financiero y de otro lado actuando en mi calidad de socia con una participación del 8% desde la compra de la misma, respetuosamente me permito presentar la siguiente propuesta (...)”* (folio 90)

Luego si tales piezas demuestran el extremo final de la relación laboral, no existía razón para que no se tuvieran en cuenta, entre otras cosas porque cumplen las reglas de autenticidad previstas en el artículo 54A del CPT y de la SS, de ahí que sea desatinada la intelección a la que llegó el juez de primer grado, para no dar valor probatorio a dicho documento. En esa medida, esta Sala modificará el numeral primero de la sentencia reprochada y declarará para todos los efectos que corresponden que el hito final tuvo lugar el 9 de agosto del 2016, por manera que habrá de modificarse así mismo lo atinente a la condena de prestaciones sociales y vacaciones, tomando para el efecto el salario devengado e indicado por el A quo, por lo que así se procederá.

Auxilio de Cesantía

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 a la actora la suma de **\$6.561.292** por concepto de auxilio de cesantías entre el 1 de febrero de 2012 al 9 de agosto del 2016.

Auxilio de Cesantías					
Auxilio de Cesantías	Salario	Auxilio de transporte	Total (salario +	Días laborados	Valor cesantías

			auxilio de transporte)		
2012	\$ 566.700	\$ 67.800	\$ 634.500	330	\$ 581.625
2013	\$ 589.500	\$ 70.500	\$ 660.000	360	\$ 660.000
01/01/2014 AL 2802/2014	\$ 616.000	\$ 72.000	\$ 688.000	60	\$ 114.667
01/03/2014 AL 31/12/2014	\$ 2.000.000	\$ 0	\$ 2.000.000	300	\$ 1.666.667
2015	\$ 2.200.000	\$ 0	\$ 2.200.000	360	\$ 2.200.000
2016	\$ 2.200.000	\$ 0	\$ 2.200.000	219	\$ 1.338.333
Total Auxilio de cesantías					\$6.561.292

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, por días trabajados y se divide por 360 días.

Una vez realizadas las operaciones aritméticas encuentra la Sala que la demandada adeuda la suma de **\$ 673.837** por concepto de intereses a las cesantías causados.

Intereses a las cesantías				
Cesantías año	Intereses a las cesantías causados y exigibles	Días laborados	Valor cesantías	Valor intereses a las cesantías
2012	ene-13	330	\$ 581.625	\$ 63.979
2013	ene-14	360	\$ 660.000	\$ 79.200
2014	ene-15	60	\$ 114.667	\$ 2.293
2014	ene-15	300	\$ 1.666.667	\$ 166.667
2015	ene-16	360	\$ 2.200.000	\$ 264.000
2016	Terminación del contrato	219	\$1.338.333,33	\$ 97.698
Intereses a las cesantías				\$ 673.837

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 de que se efectuó en el acápite de cesantías. Una vez realizadas las operaciones aritméticas encuentra la Sala que se adeuda la suma de **\$ 6.561.292** por concepto de prima de servicios causadas.

Prima de servicios					
Prima causada y exigible	Salario	Auxilio de transporte	Tota (salario + auxilio de transporte)	Días	Valor prima
2012	\$ 566.700	\$ 67.800	\$ 634.500	330	\$ 581.625
2013	\$ 589.500	\$ 70.500	\$ 660.000	360	\$ 660.000
01/01/2014 AL 28 DE FEBRERO DEL 2014	\$ 616.000	\$ 72.000	\$ 688.000	60	\$ 114.667
01/03/2014 AL 31/12/2014	\$ 2.000.000	\$ 0	\$ 2.000.000	300	\$ 1.666.667
2015	\$ 2.200.000	\$ 0	\$ 2.200.000	360	\$ 2.200.000

09/08/2016 terminó contrato	\$ 2.200.000	\$ 0	\$ 2.200.000	219	\$ 1.338.333
Total Prima de servicio					\$6.561.292

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 aducir que para el cálculo de esta acreencia no se tendrá en cuenta el auxilio de transporte.

Como quiera que, en el presente caso no fueron disfrutadas las vacaciones, una vez realizadas las operaciones aritméticas encuentra la Sala que se adeuda al demandante la suma de **\$4.231.960** por su compensación en dinero.

Vacaciones				
Tiempo laborado tenido en cuenta	Vacaciones (fecha en que se hacen exigibles)	Salario	Días laborados	Valor vacaciones
01/02/2012 al 31/12/2012	31/12/2013	\$ 566.700,00	330	\$ 259.738
1/01/2013 al 9/08/2016	9/08/2016	\$ 2.200.000,00	1300	\$ 3.969167
Total vacaciones				\$ 4.228.904

Sin embargo, se mantendrá incólume la condena respecto de esta acreencia que impartió el Juez de primer grado, pues, la demandante no reprochó su liquidación, ni la forma de establecer la base de liquidación, cuando debió seguir la regla prevista en el artículo 189 del CST.

Indemnización moratoria

En lo concerniente a la indemnización moratoria, aduce la apelante que en vigencia del contrato de trabajo la promotora del proceso tenía la calidad de subgerente y representante legal de la empresa demandada, también socia de esta, por lo que podía disponer del pago de sus prestaciones sociales causadas en el curso de aquel laborío y así evitar cualquier indemnización a que hubiere lugar.

Respecto a esta pretensión 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, sin embargo, 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, la misma 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, 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.

Así las cosas, conforme se ha reseñado en precedencia, la señora Tulia Inés Corredor García ostentaba tanto la calidad de trabajadora como la de directivo, en tanto que fungió como subgerente y representante legal de la empresa, según da cuenta la Escritura Pública No. 0238 del 11 de febrero del 2012 (folios 22 a 32), Acta No. 22 de la Junta de Socios del 2 de enero del 2012 (folios 36 a 46), Acta de Transformación (96 a 109) y Acta Junta de Socios – Asamblea General de Accionistas SA (folio 114 a 117) y posee también la calidad de socia, contando con 36 cuotas ordinarias de 450, según se evidencia de los documentos aducidos.

De ahí que no sea dable predicar la mala fe de la sociedad demandada, por cuanto se evidencia de esos medios de convicción que la demandante participaba activamente dentro de las que decisiones que se tomaban al interior de la empresa enjuiciada, conocía de su situación financiera, además, estuvo presente en la fijación y determinación de su remuneración o salario como representante legal y subgerente, por manera que ante tal intervención en las decisiones de la empresa, debió velar porque le fuera fijadas y pagadas oportunamente sus prestaciones sociales y demás acreencias laborales, gastos que debía incluir dentro del inventario y balance que tenía que presentar a la junta general en sus reuniones ordinarias anualizadas, máxime cuando una de sus obligaciones era la de velar por el cumplimiento oportuno de todas las obligaciones de la sociedad en materia impositiva, entre esas, el cumplimiento de la normatividad laboral.

Todo lo anterior, permite concluir que no existió mala fe por parte de HD Soluciones Integrales SAS, sino que más bien, la omisión en el pago se debió a la conducta de la actora de guardar silencio en relación con las incongruencias en el pago de sus acreencias laborales por lo menos, cerca de cuatro años, al punto de verificar su reclamo, únicamente, ante la presente acción judicial.

Las anteriores reflexiones guardan congruencia por lo ya dicho por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en proveído con Rad. 41658 del 9 de junio de 2010, en un caso con similares contornos fácticos y jurídicos como el que nos ocupa, aseveró que la doble condición de trabajador y socio ostentada por el demandante resulta determinante a efectos de establecer si la conducta del

exempleador estuvo revestida de mala fe, en tanto este participaba en la toma de decisiones de la compañía y en virtud de la responsabilidad solidaria entre los socios prevista en el artículo 36 del C.S.T.; al punto que el trabajador demandante no podrá ser acreedor frente a la empresa de la cual es parte, pues tuvo voz y voto en la junta de socios, y por ende, se entiende copartícipe del manejo y gestión dados a la empresa.

Providencia que es consonante con la sentencia con Rad. 24599 del 06 de julio de 2006, la cual consideró respecto del trabajador que ostenta una doble calidad como directivo que: *"era él quien debía adoptar las medidas respectivas, o si estimaba que faltaba solucionar sus primas, intereses a la cesantía u otros conceptos, le correspondía buscar los correctivos con la sociedad y satisfacer las supuestas obligaciones, para salvaguardar los intereses de su representada, y no esperar a que la empresa lo desvinculara para, en consecuencia, arremeter contra ella, pues fue la que le confió su dirección"*.

Motivos más que suficientes que conllevan a la Sala a revocar la decisoria del Juez primigenio respecto de la condena que impartió en contra de la encartada, pues, es evidente su buena fe en su actuar.

Indexación

Ahora, como quiera que fue revocada la condena respecto de la indemnización moratoria, se ordenará que las prestaciones sociales y vacaciones sean indexadas, ello ante su evidente devaluación monetaria, por lo que deberá tenerse en cuenta como IPC inicial el 10 de agosto de 2016 y como IPC final, el que corresponda al momento de su pago. Sin costas en esta instancia judicial.

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 10 de marzo del 2020, por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá, para **DECLARAR** que el extremo final de la relación laboral que ató a **TULIA INES CORREDOR** y **HD SOLUCIONES INTEGRALES LTDA**, fue el 9 de agosto del 2016, conforme a lo motivado.

SEGUNDO: En tal virtud, **MODIFICAR** los literales a), b) y c) del ordinal segundo de la sentencia confutada, para en su lugar condenar a la demandada **HD SOLUCIONES INTEGRALES LTDA** a pagar a favor de la demandante, los siguientes conceptos:

- a) **\$6.561.292,33** por concepto de auxilio de cesantía.
- b) **\$ 673.837**, por concepto de intereses a las cesantías causados.
- c) **\$6.561.292** por concepto de prima de servicios causadas.

TERCERO: REVOCAR el literal e) del numeral segundo de la sentencia de primer grado, para en su lugar ordenar que las sumas aquí condenas sean indexadas teniendo como IPC inicial el 10 de agosto del 2016 y como IPC final al momento de su pago, conforme a lo motivado.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia judicial.

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: ISRAEL HERNÁNDEZ CARRILLO
DEMANDADO: DRUMMOND LTD
RADICACIÓN: 03-2018-00447-01
TEMA: APELACIÓN PARTE DEMANDANTE ESTABILIDAD LABORAL
REFORZADA – REVOCA.

Bogotá D.C., treinta (30) de junio 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. Israel Hernández Carrillo, instauró demanda ordinaria contra Drummond Ltd, con el propósito de que se declare que entre las partes existió un contrato individual de trabajo a término indefinido, cuyos extremos correspondieron del 6 de enero del 2011 al 14 de julio del 2015; desempeñando el cargo de "SUPERVISIÓN DE PERFORACIÓN DE POZOS DE GAS Y PETRÓLEO" y percibiendo como último salario integral la suma de \$9.474.000; que dadas sus labores durante la vinculación estuvo expuesto a múltiples factores de riesgos que le causaron enfermedades laborales y que han sido diagnosticadas, tratadas y controladas por la EPS Cafesalud ahora Medimás SAS; que el día 14 de julio del 2015 fue despedido como consecuencia de sus enfermedades y sin autorización del Ministerio del Trabajo, encontrándose en debilidad manifiesta y, por tanto, resultando ineficaz la terminación del contrato de trabajo.

Como consecuencia de las pretensiones de orden declarativo solicitó se dispusiera a su favor el reintegro definitivo y sin solución de continuidad a un cargo igual o de superior jerarquía al que venía desempeñando; pago de salarios, prestaciones extralegales y vacaciones dejadas de percibir, así como las bonificaciones por antigüedad y firma de convención, aportes pensionales, indemnización contemplada en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, indexación, lo que resulte probado ultra y extra petita y, costas procesales.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que celebró contrato individual de trabajo a término indefinido el día 6 de enero del 2011, para ocupar el cargo de Supervisión de Perforación de Pozos de Gas y Petróleo, devengado por tal actividad la suma de \$9.474.000; que estuvo afiliado desde el 29 de noviembre del 2012 a la asociación sindical SINTRADRUMMOND. Indicó que durante la ejecución de sus labores empezó a sentir un constante e insoportable dolor en su espalda, razón por

la cual 21 de febrero del 2015 le practicaron resonancia magnética de columna lumbosacra, así mismo, el 7 del mes siguiente fue atendido por la división médica de la empresa y el 16 de marzo del 2015 se le otorgó incapacidad médica, que le fue prorrogada hasta el 14 de abril del mismo año.

Sostuvo que el departamento de medicina laboral de la EPS SaludCoop remitió a la encartada recomendaciones laborales vigentes por seis meses, mismas que fueron ratificadas por la división médica de su empleador, señalando como diagnóstico "*trastorno de los discos intervertebrales, no especificado*". Sin embargo y pese a tener dicha condición, adujo que le fue terminado el 14 de julio del 2015 su contrato de trabajo a término indefinido, en forma unilateral y sin justa causa, fecha en la que además se le practicaron los exámenes de egreso, dejándose constancia de sus patologías.

Así, luego de hacer alusión a su historial médico expuso que el 9 de noviembre del 2015 fue remitido para calificación de pérdida de capacidad laboral, razón por la que mediante dictamen No. 3188165 del 4 de enero del 2016 proferido por la EPS CAFESALUD se estableció que las patologías trastorno de disco lumbar y otros con radiculopatía y otras degeneraciones de disco cervical son de origen común, determinación contra la que presentó oportunamente inconformidad, misma que le fue resuelta por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, señalando que el diagnóstico de otras degeneraciones del disco cervical de origen común, mientras el trastorno de disco lumbar y otros, con radiculopatía de origen laboral.

Afirmó que su empleador terminó el contrato individual de trabajo encontrándose en estado de debilidad manifiesta y sin autorización del Ministerio del Trabajo, además, advirtió que, si bien se le pago la indemnización por terminación unilateral del contrato de trabajo sin justa causa, también lo es que no le canceló la indemnización contemplada en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997. (fls. 3 a 20).

2. Contestación de la demanda. Al contestar la demanda se opuso a las pretensiones, a excepción de las relacionadas con la existencia de la relación laboral, sus extremos temporales, cargo y salario; argumentando que la labor desempeñada, la cual, tiene las funciones de supervisar y revisar las actividades de cementación, no implica la exposición del trabajador a los riesgos de ruido, visión, sobre esfuerzo físicos ni posiciones ergonómicas inadecuadas.

Sostuvo que las patologías y atenciones médicas son desconocidas, pues varios de los exámenes practicados, así como los diagnósticos y calificaciones son con posterioridad a la terminación del contrato de trabajo, "*configurándose un montaje para la elaboración de esta demanda.*" Además, afirmó que no tiene la condición de discapacitado al momento del finiquito de la relación laboral, motivo por el cual, no era necesario que existiera autorización por parte del Ministerio del Trabajo, de acuerdo con la jurisprudencia reiterada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Agregó que no es procedente el reintegro, en tanto que el actor no cuenta con ninguna de las condiciones que contempla la ley y jurisprudencia para invocar la acción, ya que solo está consagrada para los trabajadores que cuenta con fuero sindical, de maternidad o para los trabajadores que al 1 de enero del 91 tuviese más de 10 años de servicio. Aunado a que no cuenta con un porcentaje de pérdida de capacidad laboral superior al 15%, para ser beneficiario de la Ley 361 de 1997. Propuso como

excepciones de mérito las que denominó cobro de lo no debido, improcedencia del reintegro, pago, prescripción, compensación y genérica. (fls. 156 a 167).

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 26 de enero del 2021, en la que el fallador declaró la existencia de una relación laboral entre las partes desde el 6 de enero del 2011 hasta el 14 de julio del 2015, mismo que fue terminado de forma unilateral y por justa causa del empleador. Así mismo, tuvo por probada la excepción de cobro de lo no debido propuesta y, en consecuencia, absolvió a la demandada de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por el actor, condenando a este último al pago de costas procesales.

Para arribar a tal decisiva, lo primero que dejó claro es que está actuando como Juez Laboral y no constitucional, razón por la cual, para efectos de desatar la controversia utilizaría la doctrina del precedente vertical, es decir, la del máximo órgano de esta jurisdicción laboral. Sentando lo anterior, sostuvo que entre las partes no existe controversia en torno a la existencia de la relación laboral, sus extremos temporales, tampoco que la misma terminó sin justa causa, ni el salario integral devengado en vigencia de aquella, por lo que luego de hacer alusión a lo previsto en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, así como al precedente jurisprudencial del citado colegiado y a las pruebas allegadas al proceso, afirmó que no es cierto que el demandante ingresó sin ninguna patología, en tanto que tuvo algunos problemas de salud que no se consideraron relevantes para el cargo que desempeñaría como supervisor. Además, si bien presentaba algunas afectaciones de salud, las mismas no impedían que desarrollara con normalidad las funciones del cargo para el que fue contratado.

Lo anterior, adujo, por cuanto a que la garantía a la estabilidad laboral reforzada por salud que se pretende se configura por el estado de salud del demandante presentado al momento en que finalizó el vínculo laboral, de lo cual no evidencia de las pruebas allegadas al plenario, en tanto que algunas de ellas fueron expedidas con posterioridad al finiquito de la relación laboral. Agregó que de ellas tampoco se predicaba el estado real del demandante al momento de la terminación del contrato de trabajo, en tanto que se requería de conocimientos técnicos y especializados de experto y profesionales en el tema.

Denotó que la Junta Nacional de Calificación de Invalidez modificó el dictamen emitido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Boyacá, otorgando una pérdida de capacidad laboral demandante del 13.20%, manteniendo el mismo diagnóstico y la misma fecha de estructuración, esto es, de origen común y estructurada el 18 de octubre del año 2018, razón por la cual no cumplía con los requisitos necesarios para ser garante de la estabilidad laboral reforzada por salud, pues, no se enmarcó en los límites establecidos en la Ley 361 de 1997 y el Decreto Reglamentario.

Acotó que las recomendaciones laborales tampoco daban lugar a la garantía en la Ley 361 de 1997, máxime cuando su cargo no le exigía ningún tipo de esfuerzo físico, pues, su tarea era supervisar los planes de trabajo y asegurar que los mismos se cumplieran. En esa medida, concluyó que no podría declararse como ineficaz el despido y consecuentemente el reintegro. (CD fol. 240)

4. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión el actor formuló recurso de apelación manifestando que debía tenerse en cuenta la sentencia SU-049 de 2017 sobre el alcance que le dio a la estabilidad laboral reforzada, dado su carácter vinculante. En esa medida indicó que aquella providencia no puede ser limitada y que por tanto tal prerrogativa constitucional no podía depender del dictamen de

pérdida de capacidad laboral, pues, aquella solo procede cuando el trabajador ha sufrido un menoscabo físico durante la vigencia del contrato laboral.

Así las cosas, indicó que al haberse acreditado que durante la ejecución de la relación laboral tuvo múltiples afectaciones en su salud como da cuenta su historia clínica, sobre la que tenía conocimiento su empleador, luego para el momento de la terminación de la relación laboral se encontraba en tratamiento, incapacitado por tiempos prolongados y con recomendación otorgada por un término de 6 meses por parte de la EPS SaludCoop, a lo que suma que su contrato de trabajo fue terminado sin justa causa y sin autorización del Ministerio de Trabajo, se configura la estabilidad laboral reforzada y, por tanto, la presunción del despido discriminatorio y la ineficacia del despido. (CD fol. 240)

5. Alegatos de conclusión.

5.1. Parte demandante. En su escrito arguyó que la censura radica en el desconocimiento de la aplicación del precedente jurisprudencial derivado de la sentencia SU- 049/17, el cual es de carácter obligatorio al ser una sentencia de unificación la cual regula el alcance de un derecho fundamental consagrado en nuestra carta política como lo es a la estabilidad laboral reforzada. Indicó que no es un requisito *sine qua non* contar con un porcentaje de pérdida de capacidad laboral para que lo cobije el fuero por estabilidad laboral reforzada, sino que hubiese sufrido una merma en sus condiciones de salud que le dificultaba el desempeño de sus labores como quedó plenamente acreditado con las recomendaciones expedidas por la EPS SALUDCOOP.

Consideró, entonces, la configuración indefectiblemente del derecho a la estabilidad laboral reforzada, aplicándose la presunción de despido discriminatorio al no haber sido desvirtuada por el extremo demandado, máxime cuando la terminación del contrato fue de manera unilateral y sin justa causa.

5.2. Parte demandada. Solicitó se confirme la sentencia proferida en primera instancia, aduciendo que está acreditado los diagnósticos efectuados al actor, exámenes radiológicos realizados y las calificaciones de origen efectuadas por la EPS y las Juntas de Calificación, fueron realizadas con posterioridad a la terminación del contrato de trabajo, por manera que le resultan desconocidas las presuntas patologías padecidas para la fecha del despido, máxime que al no existir calificación de porcentaje de pérdida de capacidad laboral, tampoco existe ninguna relación, causa, efecto, entre la terminación del contrato y su presunta discapacidad, por lo que no puede pretenderse ser beneficiario de la Ley 361 de 1997.

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 fecha de terminación del vínculo laboral el accionante se encontraba amparado por la estabilidad laboral reforzada a causa de su condición de salud y, por ende, la finalización del contrato se torna ineficaz al no contar con el aval del Ministerio del Trabajo?

Relación laboral, su modalidad, salario integral y extremos temporales

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, sus extremos temporales, salario integral, tampoco la labor de supervisor de perforación de pozos de gas y petróleo, ni que el contrato de trabajo celebrado entre las partes fue terminado de manera unilateral y sin justa causa por el empleador; hechos que no fueron recurridos por las partes y además, se aceptaron en la contestación de la demanda.

Estabilidad laboral reforzada

En lo atinente al problema jurídico dirigido a establecer si Drummond Ltd actuó de manera discriminatoria frente al trabajador al momento de terminar la relación laboral, 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 contrario a lo afirmado por el Juzgador de primer grado y como bien lo apunto la recurrente, 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 vínculo contractual 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 14 de julio del 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 de la trabajadora 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 14 de julio del 2015, fecha en que la encartada terminó el contrato de trabajo al demandante, su condición de salud se hallaba comprometida de modo que le impedía sustancialmente ejecutar la labor de manera trascendental o en sumo en condiciones regulares o habituales su oficio, ello, en razón a la patología diagnosticada primeramente como "Lumbago no especificado" y posteriormente como "Trastorno de disco lumbar y otros, con radiculopatía", según se advierte de las historias clínicas expedidas el 29 de enero del 2015 y 31 de marzo del mismo año, mismas en las que se expusieron, entre otro, recomendaciones médicas, tales como *"SE EXPLICA DE SU CONDICIÓN MEJORAR HIGIENE POSTURAL REALIZAR PAUSA ACTIVA NO ESFUERZO EXTENUANTE"*. (fol. 27 a 29, 37 y 38)

Patologías que le sirvieron para que le fuese ordenado "RESONANCIA MAGNÉTICA DE COLUMNA LUMBOSACRA" (fol. 30), incapacidad médica que tuvo lugar del 16 al 30 de marzo del 2015 (fol. 35), que fuera prorrogada del 31 de marzo al 14 de abril del mismo año (fol. 39), y que al cabo de su terminación le fueron emitidas recomendaciones por seis meses, datadas el 13 de abril del 2015, en las que se dejó sentando:

"Teniendo en cuenta que su cargo es SUPERVISOR DE PERFORACIÓN, y que sus funciones son: Supervisar y revisar perforador, hacer relevos, realizar mantenimiento de máquinas, revisión general de equipos, actividades para las que requiere asumir posturas de esfuerzo, se sugiere un reintegro laboral con Modificaciones, que le permita alternar postura sedente - bípedo y/o realizar pequeños desplazamientos caminando (en terrenos planos y regulares) por cada hora de trabajo, evitando asumir posturas de esfuerzo para columna como realizar flexo extensión de tronco, agacharse, inclinarse, acuclillarse o dejar pies estáticos mientras gira el tronco. No debe manipular cargas desde el piso o por encima del nivel del hombro teniendo en cuenta el peso indicado en las presentes recomendaciones. No debe exponerse a temperaturas extremas (bajas – altas) o a cambios bruscos entre estas, debe evitar realizar trabajos en alturas y exponerse

a vibración de cuerpo entero. Adicionalmente, debe cumplir con las siguientes observaciones (...)

RECOMENDACIONES PARA LA EMPRESA:

1. *Permitir el cumplimiento de las recomendaciones dadas y supervisar su cumplimiento.*
2. *Participar del proceso de rehabilitación integral, permitiendo los espacios para asistencia del trabajador a citas médicas y procesos terapéuticos.*
3. *Se sugiere reforzar temas en capacitación tales como: higiene postural, prevención de lesiones osteomusculares, manejo de elementos de trabajo en forma segura y protocolos de seguridad en la ejecución de sus labores. Así mismo se sugiere continuar los seguimientos actuales al programa de pausas activas que permiten su aplicación en forma frecuente y de corta duración."*

De hecho, del citado acopio probatorio se evidencia que las citadas patologías tuvieron la entidad suficiente para afectar drásticamente su desempeño laboral, al punto que la DIVISIÓN MÉDICA SUCURSAL MINA PRIBBENOW al servicio de la encartada expuso en historia clínica calendada del 21 de abril del 2015 que dado el diagnóstico "TRASTORNO DE LOS DISCOS INTERVERTEBRALES, NO ESPECIFICADO", "*consideramos paciente que puede desempeñar su labor sin restricciones.*", sin embargo, "*debe tener cuidados generales como evitar levantamiento de peso mayor a 12.5 Kgs, evitar posturas críticas y/o repetitivas del tronco y tener una higiene postural adecuada todo el tiempo, tal y como lo recomienda su EPS*"

Lo anterior, da lugar a puntualizar que todos los medios probatorios adosados al plenario dan cuenta de la real afección que le impedían o dificultaban ejecutar la labor de manera trascendental, los cuales, no pueden ser desestimados o echados de menos por las declaraciones vertidas al proceso especialmente por el Dr. Jorge Mario Rivera Morón, Director Médico de Drummond, en tanto, que si bien adujo el actor para aquel momento no tenía calificación del origen de la enfermedad, tampoco consideraba que la patología era de origen laboral, lo cierto es que si ratificó lo expuesto en la historia clínica antes citada, es decir, las recomendaciones que debía seguir el demandante, para el desempeño de su actividad laboral, en pro del mejoramiento de sus condiciones de salud.

Además, otro aspecto probatorio que llama la atención de la Sala y que también se puso de presente en la historia clínica del Dr. Jorge Mario Rivera Morón del 21 de abril del 2015, es que, en historia clínica emitida por el Médico Neurocirujano Dr. Humberto Uribe P., dejó sentando no solo recomendaciones médicas y la incapacidad otorgada, sino, la evaluación por medicina laboral y la remisión a terapias de fisioterapia con instrucciones específicas (folio 36). Aunado a que posteriormente a su despido en la "Historia Clínica Ocupacional de Egreso" del 14 de julio del 2015 se ratificó la patología, agregándose como diagnóstico definitivo "*Hipoacusia Neurosensorial, Bilateral*".

Lo anterior permite concluir:

(i) las patologías sufridas por el actor le impedían o dificultaban ejecutar la labor de manera trascendental; (ii) al momento de la terminación del contrato laboral en efecto el demandante se encontraba en tratamiento médico dada su condición de salud; (iii) el cual continuó conforme se avizora de las historias clínicas aportadas y que obran a folio 51 a 110, lo que dio lugar a que la Junta Nacional de Calificación de Invalidez el 24 de julio del 2016 mediante dictamen 7252040-5458 llevará a concluir que los diagnósticos "Otras degeneraciones del disco cervical" fuese de origen común, mientras que el "Trastorno de Disco Lumbar y Otros, con Radiculopatía" de enfermedad laboral;

(iv) de ahí que también se descarte el dictamen de determinación de origen y/o pérdida de capacidad laboral y ocupacional emitido por las Juntas y que dictaminó una pérdida de capacidad laboral inferior al 15% (fl. 197 a 201), en tanto que es evidente que partieron de un solo diagnóstico y no de manera integral conforme a lo ya calificado por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez; (v) máxime cuando es claro que al estar derogado el Decreto 2463 de 2001, no podría determinarse si aquel porcentaje trae consigo o no una limitación moderada, severa o profunda, que por demás insiste esta Corporación no puede acudir a estas escalas para determinar el ámbito de la protección de la estabilidad laboral reforzada por discapacidad; (vi) aunado a que aquellas patologías eran de conocimiento de la demandada, en tanto que le fueron puestas en conocimiento las incapacidades laborales derivadas de tal situación médica, sumado a que el empleador a través de su división médica ratificó las recomendaciones médicas dadas por su empleador; (vii) por manera que surge diáfano que el problema de salud por parte del trabajador determinó la finalización de su vinculación contractual, o pues así ha de presumirse en razón a que la demandada en ningún momento desvirtuó esta circunstancia ni esgrimió un argumento razonable y objetivo; (viii) evidenciándose de ello, que no solo no solicitó autorización al Ministerio de Trabajo para dar por terminado el contrato laboral, sino que además el contrato de trabajo se terminó de forma unilateral y 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 Israel Hernández Carrillo y en tal virtud corresponderá declarar la ineficacia de la terminación del contrato de trabajo y, por tanto, disponer que el contrato de trabajo debe ser restituido al mismo estado en que se hallaría de no haber existido la ruptura del vínculo laboral y el consecuente reintegro del trabajador a su lugar de trabajo.

En esa medida, se sigue al igual condenar a la demandada al pago de los salarios integral, vacaciones y aportes pensionales dejados de percibir desde su vinculación y hasta el momento en que se produzca su reintegro, teniendo como remuneración salarial integral la suma de \$9.474.000. Así mismo, se ordenará el pago de la indemnización de 180 días de remuneración salarial, la cual, seguidamente se liquidará y previo al estudio de la excepción de prescripción que propuso la encartada. Por todo lo anterior, habrá de revocarse en su integridad la sentencia de primer grado.

Excepción de prescripción

Como quiera que al contestar la demanda la pasiva propuso la excepción de prescripción, ha de señalarse que tanto el artículo 151 del CPT y de la SS, como los artículos 488 y 489 CST establecen que las acciones que emanen de las leyes sociales prescriben en tres años, **término que podrá interrumpirse por una sola vez con el simple reclamo del trabajador.**

En el caso concita la atención de la Sala se observa que los efectos definitivos del reintegro que reclama el demandante se configuran a la terminación del contrato de trabajo, es decir 14 de julio del 2015 y como quiera que la demanda fue interpuesta el 5 de julio del 2018, conforme da cuenta acta de reparto vista a folio 1, es claro que no opera el fenómeno jurídico de la prescripción. En consecuencia, se declarará no probada.

Indemnización de los 180 días por situación de discapacidad (artículo 26 de la Ley 361 de 1997).

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, se condenará a la demandada a pagar a título de indemnización prevista en el **artículo 26 de la Ley 361 de 1997**, la suma de **\$56.844.000**.

Indemnización 180 días de salario			
Año	Salario	Días	Valor
2015	\$9.474.000	180	\$56.844.000
Total			\$ 56.844.000

Indexación

Los valores hasta aquí ordenados deberán ser indexados desde la fecha de su exigibilidad, hasta aquella en la que se produzca el pago efectivo, teniendo como IPC inicial el 15 de julio del 2015 y como IPC final al momento de su pago. Ello en atención a la devaluación monetaria.

Reconocimiento y pago de acreencias laborales extralegales solicitadas.

Antes de entrar a definir si la promotora del proceso tiene derecho a que se le reconozca y pague prima extralegal de navidad, prima anual extralegal de vacaciones, bonificación por antigüedad y bonificación por firma de convención, es necesario definir si la convención colectiva de trabajo se encuentra debidamente incorporada al proceso, esto es, con las formalidades necesarias para ser valorada, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 469 el C.S.T.; toda vez que solo es posible así examinar si hay lugar o no los pedimientos deprecados. Ello en consideración, a que si el objeto de debate es el reconocimiento de un derecho establecido en una convención colectiva de trabajo debe acreditarse su existencia en el proceso, es decir, aportándose su texto con la correspondiente constancia de depósito oportuno.

En ese sentido, al examinar las pruebas allegadas oportunamente al proceso, se evidencia que no fue allegado ningún texto convencional contentivo suscrito entre la empresa SINTRADRUMMOND y la encartada con las formalidades del que trata el artículo 469 del C.S.T., para que de esta forma proporcionara a la Sala certeza sobre la fuente de derechos que se persigue, por manera que al no encontrarse en el expediente acreditada, mal se haría en acceder a dichas pretensiones, pues se reitera, la base de los derechos deprecados radica en dicho medio convencional, por lo que al no existir en el plenario con las constancias del caso, la Sala se encuentra impedida para reconocer su existencia y los derechos convencionales que se derivan de aquella.

En ese orden de ideas, habrá de absolver a la demandada del pago de las prestaciones extralegales reclamadas.

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 integrales 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 y vacaciones, lo que impone a su vez al actor la devolución de las sumas percibidas por el actor recibió al momento del finiquito. (SL-6389-2016). Bajo esa perspectiva, se **AUTORIZARÁ** a la demandada a compensar las sumas pagadas al señor **ISRAEL HERNÁNDEZ CARRILLO** por concepto de liquidación definitiva recibida al momento de la finalización del laborío.

Costas. En ambas instancias a cargo de la parte demandada.

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 26 de enero del 2021, por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar **DECLARAR** la ineficacia de la terminación del contrato de trabajo y, por tanto, disponer que el contrato de trabajo debe ser restituido al mismo estado en que se hallaría de no haber existido la ruptura del vínculo laboral y el consecuente reintegro del trabajador a su lugar de trabajo, conforme a lo considerado.

SEGUNDO: En consecuencia, **CONDENAR** a la demandada **DRUMMOND LTD** al reintegro del señor **ISRAEL HERNÁNDEZ CARRILLO**, sin solución de continuidad, a un cargo de igual o superior categoría, conforme sus condiciones de salud y a **cancelarle** los salarios integrales, vacaciones y aportes al subsistema de seguridad social en pensiones, dejadas de percibir entre el 14 de julio del 2015 y el momento del reintegro efectivo al cargo. Sumas que deberá cancelar debidamente indexadas de conformidad con los criterios expuestos en la parte motiva de la presente decisión.

TERCERO: CONDENAR a **DRUMMOND LTD** a pagar a **ISRAEL HERNÁNDEZ CARRILLO** la suma de **\$56.844.000** por concepto de la indemnización consagrada en el 26 de la Ley 361 de 1997, suma que deberá cancelar debidamente **indexada**.

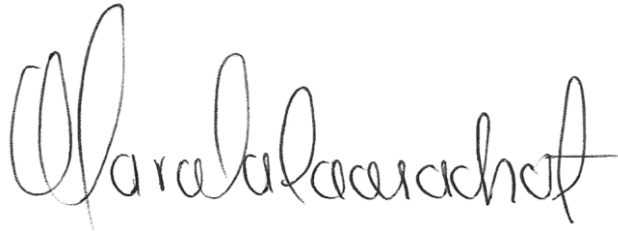
CUARTO: DECLARAR probada la excepción de **compensación** propuesta oportunamente por la parte demandada, y autorizarla a descontar de las condenas aquí impuestas el valor de **\$31.930.099** pagado al demandante por concepto de

liquidación definitiva. Las demás excepciones se declaran no probadas, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

QUINTO: ABSOLVER a la demandada de las demás pretensiones elevadas en su contra por **ISRAEL HERNÁNDEZ CARRILLO**.

SEXTO: COSTAS en ambas instancias a cargo de la parte demandada. 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.

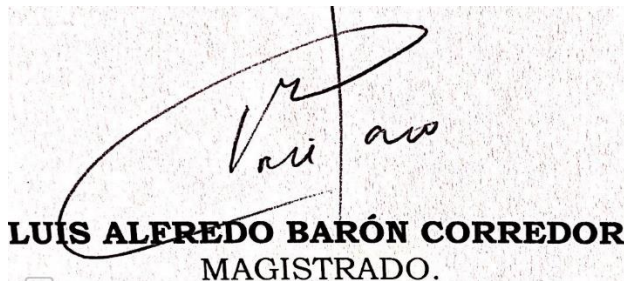
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

-Se suscribe con firma escaneada 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-

AUTO DEL PONENTE

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de la parte demandada en la suma de \$500.000.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: ANDREA PATRICIA BOHÓRQUEZ CASTAÑEDA
Demandado: BBVA COLOMBIA
Radicado No.: 12-2018-00396-01
Tema: APELACIÓN DE SENTENCIA DEMANDANTE – CONFIRMA.

Bogotá D.C., treinta (30) de junio 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. Andrea Patricia Bohórquez Castañeda, instauró demanda ordinaria contra BBVA Colombia, con el propósito de que se declare la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido que inició el 12 de mayo de 1995, para desempeñar el cargo de Ejecutiva de Negocios, cuyo salario básico correspondió para el año 2018 a la suma de \$2.889.000. Además, solicitó que se declarará que durante la vigencia de la relación laboral la demandada no reconoció como factor salarial el valor de los "bonos de incentivación" y, por tanto, tampoco liquidó y pago las prestaciones sociales, aportes al sistema de seguridad social integral con la incidencia salarial; que actuó de mala fe al terminar su contrato de trabajo alegando una justa causa, sin existir sustento alguno para acreditar las posibles causas y, por ende, tampoco pago la indemnización correspondiente, causándole perjuicios más allá de los tarifados en el artículo 64 del CST.

En consecuencia, se dispusiera a su favor la reliquidación y pago de las prestaciones sociales, vacaciones y aportes al sistema de seguridad social integral incluyendo el valor de los bonos de incentivación; sanción por no consignación completa del auxilio de cesantías, indemnización por despido sin justa causa, perjuicios morales soportados con ocasión a la terminación del contrato de trabajo; indemnización moratoria; indexación; lo que resulte de las facultades ultra y extra petita, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que entre las partes se suscribió un contrato de trabajo a término indefinido desde el 12 de mayo de 1995, para prestar sus servicios de Ejecutiva de Negocios, devengando una suma de \$2.889.000. Refirió que con ocasión a los resultados obtenidos el ejercicio de su cargo recibía trimestralmente "bonos de incentivación", mismos que eran pagados en forma habitual, permanente y periódica, retribuyendo de forma directa su labor, sobre los

cuales nunca se suscribió, ni acordó pacto de exclusión salarial, en esa medida, constituyendo factor salarial. Afirmó que la encartada omitió incluir el citado bono como factor salarial para el cálculo de prestaciones sociales y aportes al sistema de seguridad social integral.

Por otro lado, sostuvo que nunca recibió llamado de atención o amonestación alguna, al punto que en varias ocasiones se desempeñó en múltiples ocasiones como Gerente Encargada en las sucursales de Terminal de Transporte, Nogal y Puente Aranda. Sin embargo, mediante escrito que le fue entregado el 6 de diciembre del 2017, la citaron a diligencia de descargos, argumentando inconsistencias en la apertura de una cuenta de ahorros a nombre de la empresa ILUMAX SA en el mes de mayo del 2017, así como tres retiros de \$360.000.000 realizados.

Indicó que realizada la diligencia de descargos la pasiva determinó que era responsable directa de las inconsistencias presentadas y, por tanto, decidió unilateralmente su contrato de trabajo el día 19 de enero del 2018. Agregó que no era la funcionaria encargada del trámite de verificación cuantitativa y cualitativa de la documentación presentada para la apertura de cuenta de ahorros para personas jurídicas, por lo cual no tuvo ninguna responsabilidad en la verificación de los documentos presentados, como si lo fue la *Auxiliar infront* Vanessa Liliana Sotelo Arias. Además, insistió que no era la funcionaria encargada del trámite de verificación de la documentación presentada para el retiro de sumas de las cuentas de ahorros de las personas naturales y jurídicas, pues ello era responsabilidad exclusiva de la Gerencia y de la Subgerencia.

Finalmente, adujo que la demandada no cumplió con el principio de inmediatez requerido para la terminación unilateral del contrato de trabajo, pues las faltas cometidas fueron en el mes de mayo del 2017, aunado a que su empleador le otorgó durante la vigencia de la relación laboral un crédito de vivienda con una tasa de interés del 8.5%, sin embargo, con el rompimiento de la relación laboral pasaron al 14.65%; suerte que también corrió los créditos de remodelación y libranza; por lo que la terminación unilateral del contrato de trabajo causó graves perjuicios, dada a la imposibilidad de obtener un nuevo empleo, máxime cuando es cabeza de hogar. (Cuad.

1, fls. 1 a 20).

2. Contestación de la demanda. Al contestar la demanda se opuso a la prosperidad de las pretensiones, a excepción de la existencia del contrato de trabajo a término indefinido suscrito el 12 de mayo de 1995 y que terminó el día 19 de enero del 2018; argumentando que los beneficios derivados de incentivación en el Banco no son salario y las partes firman los pactos de exclusión. Aclaró que los incentivos EDU – EDI, es un beneficio económico que resulta de la aplicación de las herramientas de Evaluación de Desempeño de la Unidad y Evaluación de Desempeño Individual, los cuales detallan el impacto económico del equipo y de cada funcionario dentro de los resultados obtenidos por el banco, lo cual arroja unos puntajes grupales e individuales que determinan la procedencia o no de su pago y el valor a reconocer por el mismo. Reconocimiento, premio o gratificación al que podía llegar a acceder un trabajador de la red de oficinas del Banco, bajo un indicador que cuenta varios conceptos y variables, incluyendo los resultados EDU.

Refirió que al inicio de cada periodo el trabajador recibe sus indicadores individuales y se le dan a conocer los indicadores EDU de la oficina, los cuáles eran la referencia para la valoración de las herramientas de medición, en función de los máximos resultados generales posibles por el equipo, de tal suerte que si la sumatoria de los resultados de

los 2 indicadores, así como los de calidad y cultura corporativa es igual o mayor al puntaje que se ha definido por el Banco, se obtiene el incentivo.

Sostuvo que el incentivo obtenido parte de un valor de referencia anual, es decir, que dicho valor es la base de liquidación del mismo, de tal suerte que a éste se le aplica el puntaje de evaluación obtenido por el partícipe del programa, determinando así su valor. En esa medida, sostuvo que de acuerdo con ello puede ocurrir en un determinado periodo obtenga o no el incentivo y su valor varíe de acuerdo con los puntajes obtenidos por el grupo en general, junto con los individuales, lo que de entrada le quita la connotación de habitual y permanente, ya que no siempre se recibe.

Agregó que dichos incentivos son otorgados por mera liberalidad del Banco, y por su naturaleza no son salario ni constituyen factor de salario, pues no se otorgan en contraprestación directa del servicio, máxime que para su causación se tienen en cuenta básicamente factores externos al servicio del trabajador, como lo es el rendimiento de su equipo de trabajo. Refirió que en la comunicación anual en la que se informa el valor de referencia, se indican las condiciones para su reconocimiento, entre ellas, que éstos no se reconocerán cuando se esté incurso en procesos disciplinarios o investigaciones administrativas y especifican que son otorgados por mera liberalidad y no constitutivos de salario ni factor de este, adicionalmente, adujo que la accionante aceptó ser partícipe del programa de incentivación firmando el documento correspondiente.

Referente al despido aludió que fue objeto de fraude documental con suplantación que concluyó en un detrimento patrimonial para el banco y la empresa Sodimac Colombia e Ilumax SA, asumiendo la sustracción de \$836.000.000 de una cuenta que se apertura a nombre de esta última empresa, pese a que ningún funcionario solicitó su apertura, lo que pudo dar, por la grave negligencia de la actora, quien además incumplió sus obligaciones y funciones en el trámite de su apertura. Indicó que ante lo ocurrido terminó asumiendo el 40% del valor del fraude, Sodimac el otro 40% e Ilumax SA el 20% restante, aunado, que tuvo otro tipo de perjuicios inmateriales e incalculables, pues existió una afectación grave en su buen nombre.

En lo atinente a los perjuicios reclamados indicó que todas las obligaciones tenían establecido el cambio de condiciones en materia de intereses en los casos de terminación por justa causa, y ello fue lo que aplicó el Banco a la actora, por lo que tal modificación no es arbitraria, máxime cuando parte incluso del pacto colectivo que le era aplicable a la demandante. Propuso como excepciones de fondo las que denominó inexistencia de la obligación, falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, pago y genérica. (Cuad. 1, fls. 189 a 278).

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 3 de septiembre del 2019, en la que el fallador absolvió a la encartada de las suplicas de la demanda incoadas por la actora, absteniéndose de imponer costas a la demandante.

En lo que interesa al recurso de apelación propuesto indicó que el bono de referencia, modelo de incentivación EDU-EDI es una forma de reconocer un beneficio, incentivo y/o gratificaciones, bajo unos esquemas corporativos de retribución variable, frente a un esfuerzo individual y de contribución alcanzados por grupo área, país y contribución individual. En esa medida señaló que las citadas condiciones siempre fueron netamente incentivas más no retributiva del servicio y, por tanto, los bonos al tener un alcance nacional no tendrían una naturaleza remunerativa, además, por cuanto, son otorgados en últimas por el desempeño del trabajador netamente incentivo y no tienen una

relación directa con la prestación del servicio. De esta forma no reconoció el grado salarial, absolviendo de aquella pretensión y las derivadas de esta.

En lo que hace al despido sin justa causa recordó que la prueba del despido corresponde a la trabajadora y los hechos constitutivos de la justa causa corresponden probarlos al empleador. Con relación a ello, sostuvo que el centro de discusión radica en las situaciones de carácter fraudulenta que se dieron con ocasión de la apertura de la cuenta de una empresa denominada Ilumax S.A. y la verificación que omitieron no solamente la demandante, sino, otros trabajadores.

Luego de referirse a las circunstancias que dieron lugar al fraude, apuntó a que las políticas de vinculación del cliente daban cuenta de la obligación de consultar por parte del *Auxiliar Front* y de la Ejecutiva de Negocios el aplicativo SICDOC, es decir, si los documentos se encuentran digitalizados, así como que el cliente perteneciera a la oficina que recibiera solicitud y en caso de que no, debía enviar la documentación actualizada por correo interno, en sobre sellado, a la oficina gestora del cliente para que realice la actualización de datos. Además, indicó que de acuerdo con las políticas de vinculación del cliente era deber de validar los documentos de personas jurídicas y la realización de entrevistas personales con el representante legal del cliente.

En esas condiciones, coligió que existe deberes no solamente del Ejecutivo de Negocio, sino, también del *Auxiliar Front*, en la verificación de los documentos para la apertura de la cuenta, por lo que el banco no adoptó las medidas pertinentes para evitar el fraude en cabeza de aquellas y del subgerente, estableciendo una responsabilidad compartida dada su negligencia. Así las cosas, refirió que sí ocurrió la falta en el caso concreto, aunado a que no podía evidenciar alguna circunstancia de buena fe que diera lugar a una exoneración de responsabilidad, lo que daría lugar a absolver a la demandada de todas y cada una de las pretensiones de la demanda. (Cd a fl. 667, Cuad. 2)

4. Impugnación y límites del ad quem.

4.1. Recurso de apelación demandante. Formuló recurso de apelación manifestando que con relación a los bonos EDI y EDU existió del A quo una indebida interpretación de las sentencias de la Corte Suprema de Justicia al considerar que dicho beneficio no constituye salario, en tanto que realmente se trata de una retribución directa del servicio, pues para su causación dependía de elementos específicos en los cuales se tenían en cuenta el cumplimiento de obligaciones y funciones, por manera que dependía estrictamente de su desempeño individual. Refirió que el pacto de exclusión salarial no podía tener validez, en la medida que era de manera habitual, es decir, trimestralmente y que por la misma razón se trataba realmente de comisiones y no de incentivos.

Dijo, en lo atinente al despido que el Juzgado de primer grado pasó por alto que no se estaba discutiendo si existieron o no irregularidades en el momento del presunto ilícito, sino, de quien era la responsabilidad de realizar los controles respectivos. Así, sostuvo que su función específica es meramente comercial, en tanto que es un tema de acercamiento de clientes, caso en el cual sólo se hace la verificación cuando los mismos son carterizados y que en su momento el subgerente o el gerente le hubiese atribuido a la ejecutiva de negocios dicha obligación. Además, indicó que el A quo realizó un estudio parcializado y no sistemático de todas las políticas y manuales que se llegaron al proceso.

Insistió en que sus funciones radicaron exclusivamente en temas de operaciones de créditos y avales comerciales, por lo que el tema de apertura de cuentas estaba ligado exclusivamente a la *auxiliar front* y al gerente o subgerente de la sucursal. Entonces, adujo que no existió ningún tipo de negligencia frente a sus obligaciones, reiterando, que ella no tenía la obligación de realizar ese tipo de controles.

Agregó que dentro de sus funciones se encuentra en la atención integral de los clientes, manteniendo una actitud enfocada hacia la totalidad de la atención e impulsando el cliente hacia el manejo de canales alternos; entonces, afirmó que podía prestar asesoría, lo cual, efectivamente realizó, además, por cuanto a que el subgerente en su momento fue el que autorizó el retiro de los dineros, razón por la que los únicos que incumplieron en sus obligaciones en su momento fueron el *auxiliar front*, gerente y subgerente, por lo que debía acceder a sus pretensiones, máxime cuando despidió le acarreó perjuicios económicos, los cuales quedaron debidamente acreditados.

Ultimó que el fallador omitió el principio de inmediatez y oportunidad que se dio en atención a que los hechos ocurrieron en mayo y la terminación sólo se dio hasta enero del año siguiente. (Cd a fl. 667, Cuad. 2)

5. Alegatos de conclusión.

5.1. Parte demandante. En su escrito de alegaciones refirió que el sentenciador de instancia omitió tener en cuenta que, el carácter de mera liberalidad y el pacto de exclusión salarial como actos jurídicos y de ejercicio de la autonomía de la voluntad privada, se encuentran limitados por el carácter salarial legal de algunos emolumentos sobre los que no puede pactarse en contrario. Anotó que el denominado incentivo EDU-EDI, tenía un componente ligado directamente con el desempeño de la demandante y que se estipulaba con la finalidad de atraer nuevos clientes dentro su rol como Ejecutiva de Cuenta, tal es la incidencia directa de las actividades de la demandante, que en el año 2016 recibió el premio denominado por BBVA COLOMBIA como "Viaje a las Estrellas" hacia Marruecos.

De otro lado, indicó que los medios probatorios permiten establecer en realidad para la fecha de ocurrencia de los hechos, el proceso de verificación cuantitativa y cualitativa de los documentos presentados por la persona jurídica interesada en la apertura de la cuenta de ahorros en BBVA COLOMBIA, era una función asignada en forma exclusiva al Auxiliar In Front, Gerentes y Subgerentes de oficina de BBVA quienes eran los funcionarios facultados para ingresar en el sistema SIGDOC y quienes según el perfil del cargo eran los únicos responsables de seguir los lineamientos para el control de seguridad en la apertura de cuentas de ahorro, no así la demandante quien nunca tuvo acceso al sistema de verificación documental SIGDOC, ni contaba con perfil de usuario dentro de este aplicativo.

5.2. Parte demandada. Alegó en su favor que logró demostrar en la práctica probatoria que la demandante incurrió en justa causa de terminación del contrato de trabajo, a la luz de la legislación laboral vigente, el Reglamento Interno de Trabajo del BBVA Colombia, el contrato de trabajo suscrito entre las partes y las políticas internas de la organización. Adujó, que los incentivos EDI – EDU no son salario, pues no tienen por objeto remunerar el servicio, en tanto que es una forma de distribución de utilidades del Banco para dar incentivación a sus funcionarios, la cual, no parte de la gestión individual, ya que al hacer su medición se toman variables, incluido no tener procesos disciplinarios, pero también los resultados área / país, participar en el modelo por un determinado periodo, en donde además está el pacto de exclusión.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurso de apelación interpuesto por la parte 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 la recurrente.

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar los siguientes **problemas jurídicos**:

- (i) ¿La suma recibida por concepto de auxilio de bonos EDI y EDU constituye factor salarial, consecuencia de serlo, es procedente reajustar las prestaciones sociales y vacaciones, así como los aportes al subsistema de seguridad social en pensiones?
- (ii) ¿Es viable impartir condena por concepto de sanción por la no consignación completa de cesantías e indemnización moratoria por falta de pago completo de prestaciones sociales en caso de ordenarse su reajuste?
- (iii) ¿El despido de la trabajadora por parte de la demandada fue injusto y, en consecuencia, le asiste derecho a la indemnización que pretende?

Contrato de trabajo, salario y sus extremos

Para resolver el primer problema jurídico que concita la atención de la Sala, es preciso señalar que las partes no cuestionan las reflexiones que hizo el juez primigenio en torno a la existencia de la relación laboral y sus extremos temporales, tampoco la labor de Ejecutiva de Negocios ejercida por la accionante, ni que la actora devengó en el año 2018 la suma de \$2.889.000; las citadas conclusiones se corroboran al igual con el contrato de trabajo (folios 280 y 281); certificación laboral (Cuad. 1 folio 33 y 34) y liquidación final de prestaciones sociales (Cuad. 1 folio 133).

Bonos EDI y EDU

Ello significa, que lo que se cuestiona y debe dilucidar esta Sala, es determinar si los bonos EDI y EDU tiene incidencia salarial para efectos de reliquidar sus prestaciones sociales, vacaciones y aportes pensionales, ya que la actora se queja de la intelección que llevó el A quo al determinar que no son salario, considerando, entonces, que los citados bonos constituyen una verdadera retribución directa del servicio, pues su causación depende del cumplimiento de sus obligaciones y funciones, además, por cuanto sus pagos son habituales y permanentes.

Bajo tal contexto, cumple recordar que el artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el art. 14 de la Ley 50 de 1990, señala que constituye salario no solo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte, como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas y comisiones.

Por su parte, el artículo 128 del mismo estatuto modificado por el art. 15 de la Ley 50 de 1990, dispone que, **no** constituyen salario las sumas que ocasionalmente y por mera liberalidad recibe el trabajador del empleador, como primas, bonificaciones o gratificaciones ocasionales, participación de utilidades, excedentes de las empresas de economía solidaria y lo que recibe en dinero o en especie no para su beneficio, ni para

enriquecer su patrimonio, sino para desempeñar a cabalidad sus funciones, como gastos de representación, **medios de transporte**, elementos de trabajo y otros semejantes, tampoco las prestaciones sociales de que tratan los títulos VIII y IX, ni los beneficios o auxilios habituales u ocasionales acordados convencional o contractualmente u otorgados en forma extralegal por el empleador, cuando las partes así lo hayan dispuesto expresamente, como la **alimentación**, habitación o vestuario, las primas extralegales, de vacaciones, de servicios o de navidad.

Sobre esta última hipótesis, debe resaltarse, que dicho precepto establece que las partes pueden restarle naturaleza salarial a alguno de los beneficios o pagos, pero ello puede hacerlo cuando real y efectivamente no retribuyan el trabajo, ni tengan por finalidad enriquecer su patrimonio, sino que se otorgue para desempeñar a cabalidad sus funciones tal como lo ha considerado la Sala de Casación Laboral de la CSJ, entre otras, en sentencia SL10995 de 30 de julio de 2014.

Y es que la Corte fue clara en la sentencia SL 5159-2018 al señalar que:

"...es salario toda ventaja patrimonial que recibe el trabajador como consecuencia del servicio prestado u ofrecido. Es decir, todo lo que retribuya su trabajo. Por tanto, no son salario las sumas que entrega el empleador por causa distinta a la puesta a disposición de la capacidad de trabajo. De esta forma, no son tal, (i) las sumas recibidas por el trabajador en dinero o en especie, no para su beneficio personal o enriquecer su patrimonio sino para desempeñar a cabalidad sus funciones, tales como gastos de representación, medios de transporte, elementos de trabajo y otros semejantes; (ii) las prestaciones sociales; (iii) el subsidio familiar, las indemnizaciones, los viáticos accidentales y permanentes, estos últimos en la parte destinada al transporte y representación; (iv) las sumas ocasionales y entregadas por mera liberalidad del empleador que, desde luego, no oculten o disimulen un propósito retributivo del trabajo..."

Señala además la CSJ que *"aunque esa Corporación en algunas oportunidades se ha apoyado en criterios auxiliares tales como la habitualidad del pago (CSJ SL1798-2018) o la proporcionalidad respecto al total de los ingresos (CSJ SL, 27 nov. 2012, rad. 42277), debe entenderse que estas referencias son contingentes y, en últimas, han sido utilizadas para descifrar la naturaleza retributiva de un emolumento. Quiere decir lo anterior, que el criterio conclusivo o de cierre de si un pago es o no salario, consiste en determinar si su entrega tiene como causa el trabajo prestado u ofrecido. De otra forma: si esa ventaja patrimonial se ha recibido como contraprestación o retribución del trabajo. De acuerdo con lo anterior, podrían existir créditos ocasionales salariales, si, en efecto, retribuyen el servicio; también dineros que en función del total de los ingresos representen un porcentaje minúsculo y, sin embargo, sean salario. Por ello, en esta oportunidad, vale la pena insistir en que el salario se define por su destino: la retribución de la actividad laboral contratada."*

En cuanto a la carga probatoria en este tipo de procesos la Corte ha insistido que *"...por regla general los ingresos que reciben los trabajadores son salario, a menos que el empleador demuestre su destinación específica, es decir, que su entrega obedece a una causa distinta a la prestación del servicio. Lo anterior, hace justicia al hecho de que el empresario es el dueño de la información y quien diseña los planes de beneficios, de allí que se encuentre en una mejor posición probatoria para acreditar la destinación específica de los beneficios no salariales, como podría ser cubrir una contingencia, satisfacer una necesidad particular del empleado, facilitar sus funciones o elevar su calidad de vida."*

Adicionalmente, la CSJ en la sentencia SL 3138-2020 indicó que *"frente al artículo 128 del CST, que permite restarle naturaleza salarial a algunos beneficios o pagos, es oportuno advertir por la Sala, que la existencia de un acuerdo de exclusión salarial, como ocurre en este evento, no implica, desde el punto de vista jurídico, que lo recibido por el trabajador por*

concepto de auxilios o beneficios, ya sea en dinero o en especie, inexorablemente no constituyen factor salarial; pues si tal beneficio, en razón a su estructura, causa y finalidad, efectivamente retribuye directamente el servicio subordinado, será salario."

En línea con lo expuesto y de acuerdo con el acervo probatorio arrimado al informativo, en especial las documentales que se encuentran adosadas a folios 347 a 350 del primer cuaderno, se evidencia que a la demandante mediante comunicado del 6 de mayo del 2013 la encartada le manifestó que:

*"En línea con las políticas de beneficios, incentivos y/o gratificaciones no constitutivas de salario que BBVA Colombia ha creado por liberalidad en favor de sus colaboradores, nos permitimos informarle que para el año 2013 podrás participar en el Sistema de Incentivación denominado **EDU-EDI**, con un bonus de referencia anual de **\$6.638.000"***

Además, informó que aquellos bonos corresponden a:

*"1. La política de beneficios bajo el modelo **EDU – EDI** es la forma utilizada por la Organización para incentivar y/o premiar a los colaboradores de las redes que contribuyen de diferentes formas a la obtención de utilidades, de las cuales el Banco toma la parte que por mera liberalidad considera necesario apropiar en beneficio de sus empleados. Para hacer una distribución objetiva de estos recursos se utilizan herramientas de medición que indican el impacto económico que el equipo y cada funcionario generan dentro de los resultados del Banco.*

*2. Los beneficios establecidos bajo el modelo **EDU – EDI**, por ser otorgados a mera liberalidad del Banco no constituyen salario ni son factor del mismo y pueden ser modificados, cambiados o suprimidos unilateralmente cuando el Banco así lo desee y para acceder a los mismos se requiere que decidas participar.*

3. El bonus de referencia anual es la base a la que se aplicará el puntaje de evaluación obtenido por ti en caso de aceptación y siempre que se cumplan todas las condiciones del modelo, referidas entre otras al puntaje mínimo de evaluación, el tiempo de participación en el sistema, la no existencia de procesos disciplinarios o de investigaciones administrativas, entre otros."

Las citadas condiciones fueron reiteradas en comunicaciones del 19 de febrero, 7 de mayo del 2015 y 15 de febrero del 2017, además, le pusieron de presente el valor del incentivo, así:

- ✓ Para el día 19 de febrero del 2015 se le indicó que dado el sistema de incentivación de Redes herramientas EDU/EDI – Pago resultados 2014, *"has sido merecedor de un incentivo equivalente a la suma de **\$1.592.613** pesos m/cte., producto del resultado alcanzado por el Banco, gracias a tu contribución, esfuerzo y compromiso."*
- ✓ En tanto que para el 7 de mayo del 2015 se le puso de presente que para el año 2015 *"podrás participar en el Sistema de Incentivación denominado **EDU-EDI**, con un bonus de referencia anual de **\$7.015.000"**, sin embargo, obra hasta el año 2017, carta mediante la cual le señalaron a la promotora del proceso que ha *"sido merecedora de un bono equivalente a la suma de **\$11.130.852** pesos m/cte cuyo pago se ha distribuido de la siguiente manera:**

Anticipo I Trimestre	\$ 1.652.559,00
Anticipo II Trimestre	\$ -
Anticipo III Trimestre	\$ 2.492.098,00

Pago IV Trimestre	\$ 3.093.926,00
pago final	\$ 3.892.269,00
Total Anual	\$ 11.130.852,00

Sin embargo, pese a que la recurrente considera que no podía desatenderse su factor salarial, entre otra cosas porque las declaraciones que fueron vertidas en el proceso, es decir, las testimoniales de las señoras Martha Isabel Clavijo Pinzón y Nelly Berrio indicaron en forma uniforme y coherente que los bonos estaban sujetos a condiciones de desempeño individual y grupal, según los parámetros por el empleador, mismos que incluían la cartera que tenga de sus clientes, así como su profundización y crecimiento, operatividad de la oficina del trabajo (documentación enviada a tiempo, quejas y reclamos de los clientes, cheques devueltos); lo cierto es que para la Sala, no se trata de un pago que por su naturaleza retribuya el servicio o que con ello se pretendiere remunerar como contraprestación directa aquel, no solo por la poca frecuencia y habitualidad en su pago, pues, en nada dice sobre tal aspecto los medios de convicción anotados, en la medida que lo devengó para el año 2015 y posteriormente reapareció su pago en el año 2017, sino, además, porque tales bonos se entregaron por mera liberalidad del empleador, es decir, en forma extralegal, dejando entre ver que correspondían a utilidades del banco, de allí que también las partes expresamente hayan resuelto restarle esa connotación salarial, exclusión que la propia demandante en su interrogatorio de parte afirmó.

Lo anterior, permite concluir, que los bonos EDU y EDI, en manera alguna debían ser tenidos en cuenta como factor salarial por parte de la encartada al momento de liquidar las prestaciones sociales de la extrabajadora, como tampoco para aportes a seguridad social, pues, no retribuían directamente su servicio, máxime cuando es claro que los medios de prueba que los refieren dan cuenta de su pago interrumpido, por lo que tampoco era habitual o permanente. Nótese que, tal como lo coligió el Juez de primer grado, si bien uno de los componentes del bono era el desempeño individual, sin embargo, también es evidente que dependían de otros factores externos, ello para asegurar una distribución objetiva de los recursos entre los trabajadores.

Así las cosas, su finalidad no era retribuir el servicio prestado, sino hacer partícipe de utilidades a quienes decidieran intervenir en el mismo, lo que deja claro, entonces, que los pagos recibidos a título de utilidades, además, de haberse previsto expresamente por las partes su condición no salarial y, por ende, ser reconocido por la promotora del proceso expresamente como un pago no constitutivo de salario, todo lo anterior al tenor de lo previsto en el artículo 128 del CST, no reúnen los requisitos necesarios para ser considerados como una contraprestación directa del servicio y, por tanto, carecen de incidencia salarial.

Razones más que suficientes para confirmar sobre este punto la intelección a la que llegó el Juez de primer grado, encaminada a no reconocer como factor salarial el mentado bono, pues, contrario a lo dicho por la crítica, ningún dislate incurrió.

Indemnización por despido sin justa causa

En lo que respecta al pago de la indemnización contenida en el artículo 64 del C.ST., aduce la apelante que el sentenciador primigenio incurrió en un desatino al pasar por alto que no se estaba en discutiendo si existió o no irregularidades en el momento del presunto ilícito, sino, de quien era la responsabilidad en los controles respectivos para efectos de evitar el fraude, lo que a partir de allí podía desestimar la justa causa que se le invocó en la terminación de su contrato de trabajo.

Frente a esta petición, es menester señalar que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, 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. Precisamente, en sentencia SL180-2018, se reiteró:

"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 folios 584 a 594 (cuaderno 2º) del informativo se encuentra la carta de terminación del contrato de trabajo a la actora emitida por la encartada, donde se expone con claridad que realiza la misma de manera unilateral y con justa causa conforme a lo preceptuado en los numerales 1 y 5 del artículo 58 del CST, numeral 5 del artículo 64 y numerales 1, 2 y 3 del artículo 65 del Reglamento Interno de trabajo y, numerales 4 y 6 del literal A del artículo 7 del Decreto 2351 de 1965, que subrogó el artículo 62 del CST. Decisión que obedeció a un presunto incumplimiento de las responsabilidades asignadas a su cargo como Ejecutivo de Negocios de la oficina Calle 80 de BBVA Colombia.

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, además, en la investigación interna que derivó en el Informe del Área de Seguridad No. DESG 865-17 y las versiones de sus compañeros de trabajo, pues así se predica de su simple lectura. Al evidenciarse que la llamada a juicio cumplió con el deber de comunicarle a la gestora del litigio 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 folios 564 a 572 (cuaderno 2º) del expediente obra citación a rendir descargos del 6 de diciembre del 2017, a fin de oír sus explicaciones frente a la posible responsabilidad disciplinaria en los hechos acontecidos el día 23 de mayo del mismo año, *"encontrándose ejecutando la labor para la cual fue contratada como Ejecutivo de Negocios de la oficina Calle 80, intervino usted en el trámite de apertura de la cuenta de ahorros No. 242-452449 a nombre de Ilumax S.A., teniendo usted el contacto inicial con las personas que se identificaron como representantes de la empresa Ilumax S.A., encontrándose algunas inconsistencias en el trámite (SIC) referido (...)"*

Con tal propósito, a folios 573 a 585 (cuaderno 2º) del cartapacio la pasiva aportó al plenario el acta de descargos rendido, donde le fue indagado respecto de los hechos que con posterioridad motivaron su despido. Al ser interrogada sobre los hechos que originaron la presunta irregularidad, sostuvo que no realizó la apertura de cuenta de ahorros y que no participó o intervinó en aquella, en tanto que no es función dado a su cargo de Ejecutiva de Negocios, careciendo además de claves.

Sostuvo que no tuvo contacto inicial con las personas que se identificaron como representantes de la empresa Ilumax SA, en tanto que le fueron redireccionadas por el área de *front* de la oficina, aunado a que no realizó verificación del contenido de ningún documento, pues, lo único que brindó al cliente fue la respectiva información sobre aquellos documentos que debía acreditar para la apertura de la cuenta, así, como los servicios del portafolio empresarial. Pese a lo anterior, aclaró seguidamente que recibió la documentación, significando que *"miré que estuviera completa y la pasé al área de front. No miré documento por documento"*, ya que no era la persona responsable de tal gestión. Aunado a que revisó que estuviera completa, para que en el momento de pasar el *front* no perdiera tiempo el cliente, por tal razón sostuvo que *"dicha información fue malinterpretada como si yo hubiese revisado el contenido de los documentos que como ya aclaré en mi función no llevo a cabo."*

Agregó en la citada diligencia que no cuenta con clave para ingresar al aplicativo SIGDOC, por tanto, era deber la verificación en el aducido sistema si los documentos se encontraban digitalizados, por manera que si el cliente no pertenecía a la oficina debió el *auxiliar front* proceder a su envío por correo interno, en sobre sellado, a la oficina gestora del cliente. Indicó que tampoco hizo entrevista personal, entre tanto, que quien debía hacer la gestión era el citado auxiliar. Además, que tuvo conocimiento que el registro de firmas y otros documentos fueron tomados por fuera de la sucursal sin intervención de algún trabajador del Banco, ya que *"el cliente manifestó que el representante legal estaba fuera de la ciudad y si le podía entregar el registro de firmas, lo cual le informé a la auxiliar front para que ella entregara el registro de firmas o no, ya que ella debía consultar esta situación con el gerente o subgerente para ser autorizada."*

Al plenario se allegaron además las declaraciones de los señores Alfonso Orlando Casas Rodríguez (grafólogo), Vanesa Liliana Sotelo Arias (Auxiliar Front) y Agustín Ramírez Cuervo (representante del empleador ante la diligencia de descargos), testigos de la parte demandada. El primero de los citados indicó que fue quien realizó él estudio técnico grafológico y dactiloscópico sobre huellas y firmas de quienes aparecieron como suscriptores de los documentos mediante los cuales se apertura la cuenta, ratificando en su declaración el dictamen visto a folios 530 a 534 (cuaderno 2º) del expediente.

Por su parte, la señora Vanesa Liliana Sotelo Arias relató que en principio no fue la persona que realizó la verificación de documentos para la apertura de la cuenta, en

tanto que al ser una persona jurídica la realiza primeramente la Ejecutiva de Negocios. Sin embargo, indicó que una de sus funciones es contrastar la cédula y verificar que los documentos cumplan con las condiciones requeridas por el banco, entre esas, revisar el sistema SIGDOC, por manera que, si bien omitió el citado control, ello fue a causa de que la ejecutiva de negocios le manifestara su validación, además, por cuanto aquella efectuó la entrevista, haciéndole saber que la empresa tenía una cuenta inicial en Cali, no obstante, necesitaba apertura una en Bogotá, sin que aquella realizara el filtro.

En ese sentido, adujo que la actora le dio la orden de apertura de cuenta bancaria y que bajo la responsabilidad de ella se tomara la firma del representante legal por fuera de la sede debido que aquel no se encontraba en el lugar. Posteriormente, explicó que la documentación le fue entregada nuevamente por la demandante, pasados varios días, quien le confirmó el proceso de validación, por manera que verificó únicamente si se hallaban completos. Ahora, dijo que en la medida en que supo del fraude la actora le manifestó al subgerente "*Vanessa no tiene nada que ver, yo fui la que autoricé que salieran los documentos de la oficina (...)*"; seguidamente se enteró que las cédulas de ciudadanía no correspondían al representante legal, tampoco sus huellas. Por último, anotó que todos los trabajadores tienen la posibilidad de acceder al sistema SIGDOC, sumado a que desde la Gerencia le informaron que las solicitudes que provengan de los ejecutivos deben acatarse, evitando posibles llamados de atención. Por tal razón, quien debía realizar esa verificación final era el Subgerente.

Ahora, el señor Agustín Ramírez Cuervo manifestó en su declaración el procedimiento disciplinario adelantado a la señora Andrea Patricia Bohórquez, quien además anotó que aquella incurrió en negligencia en su actuar y en la omisión en el proceso de apertura de la cuenta, pues, al tener el acercamiento inicial con quienes dijeron ser los representantes de la empresa, debió verificar correctamente su identificación, con lo cual hubiera evitado el fraude. Insistió que, como Ejecutiva de Negocios, en tratándose de una persona jurídica, le correspondía la verificación de las condiciones del manejo de la cuenta que se pretendía su apertura e identificar al cliente, mismas que fueron incumplidas, lo cual, permitió el fraude. Adicionalmente, evidenció la intromisión en las operaciones de retiro del dinero, cuando no era función de la actora, haciendo notar que dirigió y ordenó a la señora Vanessa Sotelo la apertura de la cuenta, en tanto que esta última, acataba ordenes provenientes de cargos superiores.

También se escuchó en el diligenciamiento a las señoras Martha Isabel Clavijo Pinzón (Compañera de Trabajo hasta el 14 de julio del 2017) y Nelly Berrio (Extrabajadora hasta el 30 de noviembre del 2017), testigos de la parte demandante. La primera de estas, pese a que no tuvo conocimiento de los hechos que motivaron posteriormente el despido a la demandante, señaló que ella era la única Ejecutiva de Negocios en la oficina de la calle 80 y que la *Auxiliar front* era la persona encargada de realizar la apertura de la cuenta tanto de personas naturales como jurídicas. No obstante, indicó que el ejecutivo cuando conoce el cliente y este peticona el producto bancario para su empresa, tiene la potestad de solicitar a la auxiliar su apertura, siempre y cuando reúnan los requisitos, cuya verificación le corresponde al ejecutivo y posteriormente al subgerente de oficina. Por otra parte, aseguró que el ejecutivo contaba con la autorización de acceder al sistema SICDOC, ello con el fin de certificar si el cliente tenía vínculos con otras oficinas. Además, sostuvo que para el registro de firmas por fuera de la sede debe siempre efectuarse en compañía de un empleado, reiterando que, en los eventos de las personas jurídicas direccionadas al ejecutivo, este debía validar las centrales de riesgos, cedula o NIT, extractos bancarios y facultades señaladas en el certificado de Cámara de Comercio.

Mientras que la señora Nelly Berrio adjugó conocer sobre las situaciones que condujeron a la terminación del contrato de trabajo, por así habérselo contando la misma actora. En ese sentido, afirmó que un ejecutivo de negocio no podía realizar apertura de cuentas, en tanto que aquello solo le atañía al *Auxiliar front*, sumado a que le está impedido realizar dicha apertura cuando se trata de personas jurídicas, a menos que este carterizado por aquel, caso en el cual podía consultar el sistema SICDOC.

De conformidad con el caudal probatorio, la Sala concluye que quedó suficientemente demostrado que se presentaron los hechos indicados en la carta de terminación del contrato de trabajo, dado que se acreditó que la conducta que se le imputó al demandante con el objeto de fenecer el vínculo laboral con justa causa fue el incumplimiento respecto de las políticas de vinculación de clientes, que le correspondía realizar dentro del proceso de apertura del producto bancario, situación que ocasionó el presunto fraude financiero, lo cual, fue corroborado por los testigos traídos en conjunto por las partes.

Además, lo anterior refleja sin equívocos que aquellas conductas se enmarcaron de una falta a sus obligaciones, ello en atención que tuvo responsabilidad en el manejo del producto bancario, no solo porque omitió en el proceso de vinculación la confirmación de los datos de aquellas personas que estaban presentándose como representantes de la empresa ILUMAX SA, sino, además, porque hizo incurrir en error a la *Auxiliar Front* al decidir por cuenta propia la no convalidación de la información o soportes que se exhibieron al momento de apertura.

En relación con el reproche traído a colación por la censura, fundamentado con que no tenía la función de revisar la solicitud de vinculación y contratación de productos con la persona jurídica, entre eso, la comprobación de la firma y huella, estudio del certificado de cámara de comercio e identificación, verificación en el aplicativo SIGDOC, para efectos de revisar si el cliente pertenecía a la oficina que recibe la solicitud, dicha circunstancia quedó en una simple afirmación y, por el contrario, observa esta Corporación de los medios de convicción traídos a colación, que sin ninguna duda la responsabilidad de convalidación de documentos si estaba a cargo de la gestora de la litis, en tanto que a aquella correspondía no solo la atención del cliente, sino, recibir los soportes de vinculación, realizar la respectiva entrevista personal y verificar la totalidad de documentos que se le pusieron de presente.

De hecho, las Políticas de Vinculación de Clientes (fols. 342 a 408) atribuyen en su calidad de ejecutiva de negocios la revisión y control de las personas jurídicas que pretenden vincularse al banco, conforme a las directrices antes anotadas, mismas que se validaban en conjunto con los registros del sistema SIGDOC, lo cual, de haberlo ejercido le hubiese permitido detectar la transacción irregular que se procuraba por aquellos. Ahora, es del caso anotar que, aunque es un hecho cierto que la operación final quedaba en cabeza de la *Auxiliar Front* y del gerente dada la imposibilidad que tenía de culminar la operación en el sistema, ello no significa que quedara exonerada de la responsabilidad en la verificación del documental, precisamente por cuanto validados por la ejecutiva simplemente quedaba por hacer la apertura del producto bancario por la otra trabajadora, de ahí que mal podría afirmarse por la censura de su no incumbencia en el trámite y, por tanto, sea un justificante de su incumplimiento a sus deberes.

Por todo lo dicho, no es desacertada las inferencias a las que llegó el A quo al desestimar la falta de responsabilidad sobre las situaciones que dio lugar a la pérdida económica para el banco, pues el control, que sí le competía a la demandante, se hacía por cuanto a su cargo estaban las personas jurídicas, además, porque es evidente que aquellos que presuntamente se hicieron pasar por representantes de la empresa tuvieron contacto

primeramente con la actora, al punto que los entrevistó, todo lo cual lo apuntó las mismas testimoniales vertidas al proceso y documentales llegadas al proceso, las cuales por demás dan cuenta al unísono que tenía acceso al sistema SIGDOC, para verificar la información suministrada.

En lo que hace al reparo de que aquella sociedad no estaba carterizada por la demandante, por así haberlo señalado una de las declarantes; para la Sala dicha circunstancia no es relevante en este asunto, no solo porque la señora Nelly Berrio fue una testigo de oídas o como la señala la jurisprudencia, indirecta o por referencia, en tanto que al tenor de su dicho conoció de los hechos que motivaron la finalización de su laborío por la transmisión que le hizo la propia actora, sino, además por cuanto en nada dice al respecto más que preguntarse del porque le competía la persona jurídica cuando no observaba del dicho de la demandante que estuviese a cargo de esta.

Echas tales precisiones, se colige que las conductas endilgadas a la trabajadora hoy demandante por parte de su otrora empleadora en la carta de terminación del contrato de trabajo, con fundamento en los numerales 1 y 5 del artículo 58 del CST, numeral 5 del artículo 64 y numerales 1, 2 y 3 del artículo 65 del Reglamento Interno de trabajo y, numerales 4 y 6 del literal A del artículo 7 del Decreto 2351 de 1965, que subrogó el artículo 62 del CST, estén plenamente probadas, por lo que es factible concluir, sin atisbo de duda alguna, que aquella fue despedida con justa causa.

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 con ocasión al 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 14 de diciembre del 2017, en comunicación que data del 6 del mismo mes y año, que sirvió para el despido de la trabajadora el 19 de enero del 2018, en relación con los hechos ocurridos el 23 de mayo del 2017, concurriendo así aproximadamente 7 meses y 27 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.

Ello, en atención a que, como lo hizo notar el haz probatorio, solo hasta el 24 de agosto del 2017, fecha en la que recibió el derecho de petición proveniente de la sociedad Ilumax SA, en la que se aportaba la copia de la denuncia penal, la pasiva de esta litis tuvo conocimiento del presunto ilícito, por manera que a partir de aquella data inició con las indagaciones respectivas, las cuales, se desataron el 24 de octubre del 2017, con el informe de "Investigación Fraude Documental", mismo en el que se dio a conocer los presuntos responsables y de los trabajadores que intervinieron en el trámite, de ahí que a su vez fuesen llamados a diligencia de descargos, entre estos a la demandante, cuyos soportes estaban encaminados a la verificación de los hechos que motivaron luego el despido de la trabajadora con justa causa.

De allí que sea oportuno el finiquito, pues, no tuvo conocimiento inmediato del tal acontecimiento, además, es evidente que se trataba de un caso en suma complejo y

que merecía una ardua investigación en cabeza del empleador, de cara a los presuntos ilícitos y pérdidas del Banco.

Corolario de lo expuesto y demostrado como se encuentra que la señora ANDREA PATRICIA BOHÓRQUEZ CASTAÑEDA no le asiste el derecho a la indemnización pretendida, pues no se demostró que su despido fue 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. Sin costas en esta 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 3 de septiembre del 2019, por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

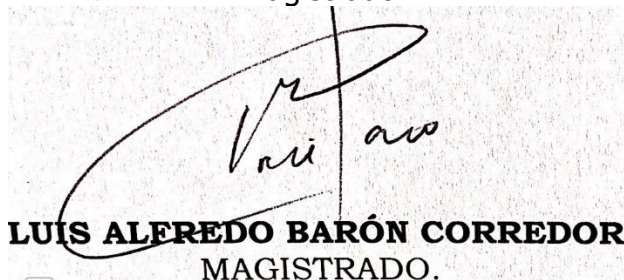
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUIS 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: LIDERANDO AGRO SAS
DEMANDADO: COLPENSIONES
RADICACIÓN: 1100131050-35-2019-00553-01
TEMA: APELACIÓN SENTENCIA -PAGO SUBSIDIO DE INCAPACIDAD.

Bogotá D.C., treinta (30) de junio 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

AUTO

En atención al memorial allegado mediante correo electrónico, se reconoce personería para actuar a la Dra. AMANDA LUCIA ZAMUDIO VELA, identificada en legal forma, como apoderada sustituta de la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, en los términos y para los efectos del poder conferido.

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Liderando Agro SAS instauró demanda ordinaria contra Colpensiones con el propósito de que se declare que afilió al sistema de pensiones a la trabajadora Myriam Socorro Agudelo Sánchez desde el mes de febrero del 2014, realizando los aportes desde aquella data hasta en la actualidad; que por tal razón canceló a la citada el subsidio por enfermedad desde el 7 de noviembre del 2015 y hasta en la actualidad, debiéndose asumir por la encartada hasta el 28 de noviembre del 2019. Como consecuencia de las pretensiones de orden declarativo solicitó se dispusiera a su favor el pago de las incapacidades laborales que ha cancelado a la señora Myriam Socorro Agudelo Sánchez surgidas a partir del 7 de noviembre del 2015 hasta el 28 de abril del 2019; el pago de los intereses consagrados en el artículo 4 de la Ley 1281 de 2002 y en subsidio de esta la indexación de aquellas sumas; lo que resulte probado ultra y extra petita y, costas procesales.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que la señora Myriam Socorro Agudelo Sánchez se vinculó a la compañía en febrero del año 2014 y causó su primera incapacidad el 20 de diciembre del mismo año al 10 de enero de 2015. Adujó que las incapacidades referentes al día 1 y 2 fueron a su cargo y a partir del día 3 hasta el 180 asumió su pago SaludCoop EPS, lo anterior con base en el artículo 40 del Decreto 1406 de 1999.

Sostuvo que el 11 de diciembre del 2014, encontrándose incapacitada la trabajadora, sufrió un accidente de tránsito, por lo que sufrió fractura de fémur y platillo tibial, y pérdida total de rodilla, así mismo, por la gravedad de las heridas sufridas fue incapacitada desde enero del 2015, iniciando el tratamiento y asistiendo a controles en ortopedia cada 2 meses y fisioterapia cada mes. Adujó que la accionada no ha cancelado ningún periodo de incapacidad a la señora Myriam Socorro Agudelo Sánchez, en esa medida y teniendo en cuenta que el pago de la incapacidad laboral es indispensable para su subsistencia, la empresa efectuó cubrió su importe, asumiendo la obligación que se encuentra en cabeza de Colpensiones, de la siguiente manera:

Fecha Inicio.	Fecha Fin.	Días.	Valor Pagado.
07/11/2015	06/12/2015	30	\$644.350
07/12/2015	16/12/2015	10	\$114.783
17/12/2015	26/12/2015	10	\$114.783
27/12/2015	05/01/2016	10	\$114.783
06/01/2016	15/01/2016	10	\$229.810
16/01/2016	25/01/2016	10	\$229.810
26/01/2016	04/02/2016	10	\$229.810
05/02/2016	14/02/2016	10	\$229.810
15/02/2016	24/02/2016	10	\$229.810
25/02/2016	05/03/2016	10	\$229.810
06/03/2016	15/03/2016	10	\$229.810
16/03/2016	04/04/2016	10	\$229.810
05/04/2016	14/04/2016	10	\$229.810
15/04/2016	24/04/2016	10	\$229.810
25/04/2016	04/05/2016	10	\$229.810
05/05/2016	14/05/2016	10	\$229.810
15/05/2016	24/05/2016	10	\$229.810
25/05/2016	03/06/2016	10	\$229.810
04/06/2016	02/07/2016	29	\$666.449
03/07/2016	03/07/2016	1	\$22.981
04/07/2016	02/08/2016	30	\$689.430
03/08/2016	01/09/2016	30	\$689.430
02/09/2016	30/09/2016	29	\$620.487
01/10/2016	26/10/2016	26	\$597.506
27/10/2016	27/10/2016	1	\$22.981
28/10/2016	26/11/2016	30	\$689.430
27/11/2016	25/12/2016	29	\$666.449
26/12/2016	24/01/2017	30	\$729.669
25/01/2017	23/02/2017	30	\$737.717
24/02/2017	24/03/2017	29	\$713.126
25/03/2017	23/04/2017	30	\$737.717
24/04/2017	23/05/2017	30	\$737.717
24/05/2017	22/06/2017	30	\$737.717
23/06/2017	21/07/2017	30	\$737.717
22/07/2017	20/08/2017	30	\$737.717
23/08/2017	21/09/2017	30	\$737.717
22/09/2017	21/10/2017	30	\$737.717
22/10/2017	20/11/2017	30	\$737.717
21/11/2017	19/12/2017	29	\$713.126
20/12/2017	18/01/2018	30	\$781.242
19/01/2018	17/02/2018	30	\$781.242
18/02/2018	15/03/2018	26	\$677.076
22/03/2018	10/04/2018	20	\$520.828
11/04/2018	30/04/2018	30	\$781.242
01/05/2018	30/05/2018	30	\$781.242
31/05/2018	29/06/2018	30	\$781.242
30/06/2018	19/07/2018	20	\$520.828
20/07/2018	17/08/2018	29	\$755.200
21/08/2018	09/09/2018	20	\$520.828
10/09/2018	29/09/2018	20	\$520.828
30/09/2018	29/10/2018	30	\$781.242
30/10/2018	13/11/2018	15	\$390.621
14/11/2018	28/11/2018	15	\$390.621
29/11/2018	28/12/2018	30	\$781.242
29/12/2018	27/01/2019	30	\$828.116
28/01/2019	11/02/2019	15	\$414.058
12/02/2019	25/02/2019	14	\$386.454
26/02/2019	12/03/2019	15	\$414.058
15/03/2019	29/03/2019	15	\$414.058
30/03/2019	13/04/2019	15	\$414.058
14/04/2019	28/04/2019	15	\$414.058

Refirió que la trabajadora asistió a médico particular, quien le calificó una pérdida de capacidad laboral y ocupacional del 52%, sin embargo, dicho dictamen no fue

acogido por la encartada. Así, indicó que Cafesalud remitió el 16 de septiembre del 2016 el comunicado a la demandada, informando el concepto desfavorable de rehabilitación, razón por la cual radicó solicitud sobre el pago de incapacidades los días 17 de diciembre del 2018 y 7 de junio del 2019, mismas que le fueron negadas.

(Expediente electrónico, carpeta 02., PDF 2 DEMANDA LIDERANDO CON SUBSANACIÓN, fl. 233)

2. Contestación Colpensiones. Dio contestación oponiéndose a todas las pretensiones invocadas en su contra, argumentando que si bien el empleador pudo haber afiliado a la trabajadora, no significa que sea la entidad encargada del pago de las incapacidades solicitadas, como quiera que de acuerdo con el Decreto 2943 del 2013, los empleadores están obligados a cancelar las prestaciones económicas de los 2 primeros días de incapacidad de origen común, surgiendo la obligación a EPS a partir del 3 día y, por tanto, su obligación comienza cuando la incapacidad laboral es superior a 180 días y hasta el día 540, siempre que la EPS haya proferido concepto favorable de rehabilitación.

Agregó que no es procedente el pago del subsidio por enfermedad en favor de la actora de las incapacidades que le ha cancelado a la señora Myriam Socorro Agudelo Sánchez, toda vez que dentro del expediente administrativo no se vislumbra que el dictamen de pérdida de capacidad laboral indique la entidad calificadora, ni el origen de la pérdida de capacidad laboral, dictamen que constituye un requisito *sine qua nom*. Propuso como excepciones de fondo las que denominó prescripción, inexistencia del derecho reclamado, cobro de lo no debido, buena fe, carencia de causa para demandar, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y genérica. (Expediente electrónico,

archivo Word 07. 11001310503520190055300- CONTESTACION SUBSANADA COLPENSIONES)

3. Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (Expediente electrónico, PDF 01. 2019-00553, fls. 295), sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 23 de marzo del 2021, mediante la cual el Juzgador condenó a la convocada a reconocer y pagar a favor de la sociedad accionante la suma de \$11.664.512 por concepto de reembolso de subsidio de incapacidades, junto con los intereses moratorios en los términos del artículo 4 del Decreto 1281 de 2002, a partir del 2 de enero de 2019 y costas del proceso. Además, declaró probada parcialmente la excepción de prescripción y no probadas las demás.

Para arribar a tal decisiva señaló que la actora se encuentra legitimada por activa para reclamar de Colpensiones el pago de incapacidades medicas generadas con ocasión de la enfermedad general padecida por parte Myriam Socorro Agudelo Sánchez, como quiera que no se encuentra en discusión el vínculo laboral existente entre ella y la empresa. Además, por cuanto ha venido reconociendo a su trabajadora dichos valores, al punto que suscribió entre estas, documento privado mediante la cual se autoriza al empleador a reclamar ante las entidades respectivas el pago de las incapacidades generadas.

Así las cosas, luego de hacer alusión a lo dispuesto en el Decreto 2493 de 2013, al artículo 142 del Decreto 19 de 2012, Ley 1753 de 2015 y a la sentencia SL8372-2017, así como a las incapacidades laborales allegadas al plenario indicó que la señora Myriam Socorro Agudelo Sánchez el día 7 de noviembre del 2015 completó

los 180 días de incapacidad por enfermedad de origen común, incapacidades que han sido prorrogadas hasta el día 540, coligiendo, que si bien no fueron aportadas las incapacidades correspondientes del 5 al 24 de abril y del 4 de junio al 2 de julio del año 2016, no le quedaba duda alguna que dichas incapacidades jamás fueron interrumpidas, más aún cuando los mismos certificados de incapacidad señalaban las prórrogas sucesivas entre una y otro.

En esa medida y de acuerdo con la negativa de la entidad demandada para reconocer y pagar las incapacidades reclamadas, según la cual radicaba en que no han sido aportados los certificados o constancias actualizados de la EPS, aunado al hecho que "*el documento entregado (Cre) emite un concepto desfavorable*", sostuvo que la convocante presentó comunicación de fecha 31 de octubre de 2018 en donde señalaba que la EPS Medimás el 16 de septiembre de 2016 emitió concepto de rehabilitación desfavorable, comunicación que también obraba en el plenario, sin embargo, pese al vacío normativo sobre quien tiene a cargo los subsidios de incapacidad posteriores al día 180 cuando existe concepto desfavorable de rehabilitación, la jurisprudencia constitucional señaló que los fondos de pensiones deben asumir su pago.

En tal virtud, dijo que no le asistía razón a Colpensiones para negar el pago de las incapacidades fundándose en que el concepto de rehabilitación de la afiliada fue desfavorable, razón por la cual procedió a condenar al pago de las incapacidades otorgadas a la afiliada y a favor de la empresa desde el día 181 al 540, esto es desde el 7 de noviembre de 2015 hasta el 2 de mayo de 2017, sin embargo, refirió que como quiera que fue propuesta la excepción de prescripción, aquella estaba llamaba a prosperar en relación con las incapacidades causadas con anterioridad al 17 de diciembre de 2015, sobre las cuales debían reconocerse los intereses moratorios del artículo 4 del Decreto 1281 de 2002.

5. Impugnación y límites del ad quem. Recurso de apelación demandada.

Inconforme con la anterior decisión presentó recurso de apelación argumentando que el Decreto 2943 de 2013 estableció la obligación por parte de las administradoras de pensiones frente a las incapacidades superiores a los 180 y 540 días, sin embargo, siempre y cuando la EPS profiera el concepto favorable de rehabilitación, situación que no ocurrió. Ahora, en concordancia con el Decreto 019 del 2012 se establece que si no se expide concepto favorable surge respecto de la EPS la obligación de pagar las incapacidades laborales reclamadas.

6. Alegatos parte demandada. En su alegación indicó que el A quo omitió la modificación del Decreto 2943 del 17 de diciembre de 2013, donde se establece que los empleadores están obligados a cancelar las prestaciones económicas de los 2 primeros días de incapacidad de origen común, y la obligación de las entidades promotoras de salud surge a partir del 3 día. Además, que su obligación surge cuando la incapacidad laboral es superior a 180 días y hasta el día 540, siempre y cuando la EPS haya proferido concepto favorable de rehabilitación.

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 la recurrente y se estudiará en consulta a su favor en lo que le haya sido desfavorable y no haya sido apelado.

Los **problemas jurídicos** que centran la atención de la Sala consisten en establecer:

- (i) ¿Se equivocó el a quo al conceder el pago de las incapacidades laborales, sin tener en cuenta que a la trabajadora no se le expidió concepto favorable de rehabilitación y, además, por cuanto aquel concepto no le fue remitido en oportunidad a la encartada, por manera que resulta inviable su pago?
- (ii) ¿Es procedente el reconocimiento y pago de los intereses moratorios reclamados en la demanda y que fueron impuestos a cargo de Colpensiones?

Pago de incapacidad laboral

En aras de resolver el recurso de apelación formulado por la accionante, cumple recordar que con relación a la incapacidad laboral el artículo 206 de la Ley 100 de 1993, establece que para los afiliados al régimen contributivo del Sistema General de Seguridad Social en Salud –SGSSS, es decir, los cotizantes, el sistema a través de las Entidades Promotoras de Salud – EPS, les reconocerá la incapacidad por enfermedad general.

No obstante, aunque por regla general del –SGSSS- la incapacidad será reconocida por la EPS una vez ésta es expedida por el profesional adscrito o perteneciente a la misma, caso en cual, dicha entidad la deberá reconocer en la medida en que se haya cotizado en los términos previstos en el artículo 2.1.13.4 del Decreto 780 de 2016, también debe tenerse en cuenta su tiempo de duración, con el fin de determinar el obligado a cancelarla.

Así, en el evento en que el trabajador se vea imposibilitado por salud para ejercer su labor entre el primer y el segundo día, el empleador será el responsable de asumir el desembolso de conformidad con el Decreto 2943 de 2013. Si pasado el segundo día el empleado continúa incapacitado por su médico tratante, a partir del tercer día y hasta el día número 180 la obligación de cancelar el auxilio económico recae en la empresa promotora de salud (EPS) a la que se encuentre afiliado, siempre y cuando fuese cumplido con la carga impuesta en el artículo 142 del Decreto Ley 019 de 2012. Desde el día 181 y hasta el 540, el pago de las incapacidades está a cargo del fondo de pensiones, en virtud del artículo citado. Después del día 540 en adelante, la Resolución 2266 de 1998 del ISS y posteriormente el Decreto 1333 de 2018 dispone que las EPS son responsables del pago de las incapacidades si superan los 540 días, mientras se presenten cualquiera de las siguientes circunstancias:

1. Cuando exista concepto favorable de rehabilitación expedido por el médico tratante, en virtud del cual se requiera continuar en tratamiento médico.
2. Cuando el paciente no haya tenido recuperación durante el curso de la enfermedad o lesión que originó la incapacidad por enfermedad general de origen común, habiéndose seguido con los protocolos y guías de atención y las recomendaciones del médico tratante.

3. Cuando por enfermedades concomitantes se hayan presentado nuevas situaciones que prolonguen el tiempo de recuperación del paciente.

Ahora bien, en la normatividad mencionada en párrafos anteriores, se dejó plasmado que corresponde a los fondos de pensiones como a Colpensiones el reconocimiento del auxilio por incapacidad que se emita a partir del día 181 siempre que exista concepto de rehabilitación, bien sea favorable o desfavorable, de no cumplirse esta condición, será la EPS la que deba reconocer las incapacidades por cuenta de sus propios recursos hasta que emita el referido concepto.

Al punto, advierte la Sala específicamente en lo que respecta a los reproches de Colpensiones, según los cuales las incapacidades que superan 180 días y se extienden hasta el día 540, plantean una condición para su procedencia, esto es, que su reconocimiento se encuentra atado a la existencia del concepto favorable y que por demás debe haberse enviado en oportunidad legal, en tanto, que si no se procede de conformidad, no es responsable del pago pues ninguna norma lo establece así, es decir, que mientras no se allegue oportunamente por la EPS, esta última continúa con su pago, conforme lo dispone el artículo 142 del Decreto 019 de 2012. Frente a este tópico la Corte Constitucional ya ha superado la discusión, estableciendo de manera enfática que el pago de este subsidio corre por cuenta de las administradoras de fondos de pensiones a la que se encuentre afiliado el trabajador, pese a que asuman que el pago está condicionado a la existencia de un concepto favorable de recuperación, en tanto que:

"(...) en estos casos pues la indeterminación legal no es una carga que deba ser soportada por el afiliado quien, por demás, se encuentra en situación de vulnerabilidad debido a sus condiciones de salud. Además, ello desconocería la igualdad en relación con los trabajadores afectados por enfermedades de origen laboral.

*25. Por tanto, a partir de una interpretación sistemática de la disposición legal en cuestión, esta Corporación estableció en la sentencia **T-920 de 2009**^[98] que **las incapacidades de los afiliados que reciban un concepto desfavorable de rehabilitación deben ser asumidas por los fondos de pensiones** hasta el momento en que la persona se encuentre en condiciones de reincorporarse a la vida laboral o hasta que se determine una pérdida de la capacidad laboral superior al 50%. Dicha regla ha sido reiterada por la jurisprudencia constitucional en múltiples ocasiones^[99]." (T-401-2017)*

No obstante, siempre que la EPS cumpla con su deber, esto es, que conforme al Decreto Ley 019 de 2012, remita dicho concepto antes de cumplirse el día 180 de incapacidad temporal, si no lo hace, le compete asumir con sus propios recursos el subsidio equivalente a la incapacidad temporal hasta no tanto emita el citado concepto.

De otro lado, no sobra precisar para resolver este asunto, que la Resolución 2266 de 1998 en su artículo 13, (vigente para la fecha de las cuestionadas incapacidades) y posteriormente el Decreto 1333 de 2018, en su artículo 2.2.3.2.3. reguló la prórroga de la incapacidad, entendiendo por ella *"cuando se expide una incapacidad con posterioridad a la inicial, por la misma enfermedad o lesión o por otra que tenga relación directa con esta, así se trate de diferente código CIE (Clasificación Internacional de Enfermedades), siempre y cuando entre una y otra, no haya interrupción mayor a 30 días calendario."*

Esbozadas las anteriores consideraciones, lo primero que advierte la Sala, que tal como lo coligió el Juzgador de primer grado, que no es objeto de controversia por las partes que la trabajadora respecto de quien se pretende el pago de las incapacidades laborales sostuvo un vínculo laboral con la sociedad Liderando Agro SAS, ni que el empleador procedió a su pago y que realizó el trámite administrativo para su reembolso ante Colpensiones. Bajo ese lo dicho se observa que la señora Myriam Socorro Agudelo Sánchez se encontró incapacitada, según los certificados médicos adosados al plenario, de la siguiente manera:

Fecha Inicial	Fecha Final	Días	Prorroga	Acumulado	DX
7/11/2015	6/12/2015	30	SI	179	S724
7/12/2015	16/12/2015	10	"NUEVA"	0	M173
17/12/2015	26/12/2015	10	SI	10	M173
27/12/2015	5/01/2016	10	SI	20	M173
6/01/2016	15/01/2016	10	SI	239	M173
16/01/2016	25/01/2016	10	SI	249	M173
26/01/2016	4/02/2016	10	SI	259	M173
5/02/2016	14/02/2016	10	SI	269	M173
15/02/2016	24/02/2016	10	SI	279	M173
25/02/2016	5/03/2016	10	SI	289	M173
6/03/2016	15/03/2016	10	SI	299	M173
16/03/2016	4/04/2016	20	SI	319	M173
5/05/2016	14/05/2016	10	SI	359	M173
15/05/2016	24/05/2016	10	SI	369	M173
25/05/2016	3/06/2016	10	SI	379	M173
3/07/2016	3/07/2016	1	SI	29	S724
4/07/2016	2/08/2016	30	SI	30	S724
3/08/2016	1/09/2016	30	SI	60	S724
2/09/2016	30/09/2016	29	SI	90	S724
1/10/2016	26/10/2016	26	SI	119	S724
27/10/2016	27/10/2016	1	SI	145	S724
28/10/2016	26/11/2016	30	SI	146	S724
27/11/2016	25/12/2016	29	SI	176	S724
26/12/2016	24/01/2017	30	SI	205	S724
25/01/2017	23/02/2017	30	SI	235	S724
24/02/2017	24/03/2017	29	SI	265	S724
25/03/2017	23/04/2017	30	SI	294	S723
24/04/2017	23/05/2017	30	SI	324	S723
24/05/2017	22/06/2017	30	SI	354	S723
23/06/2017	21/07/2017	30	SI	384	S723
22/07/2017	20/08/2017	30	SI	413	S723
23/08/2017	21/09/2017	30	SI	443	S723
22/09/2017	21/10/2017	30	SI	473	S723
22/10/2017	20/11/2017	30	SI	503	S723
21/11/2017	19/12/2017	29	SI	533	S723
19/01/2018	17/02/2018	30	SI	592	S723
18/02/2018	15/03/2018	26	SI	622	S723
22/03/2018	10/04/2018	20	SI	648	S723
11/04/2018	30/04/2018	20	SI	668	S723
1/05/2018	30/05/2018	30	SI	688	S723

30/06/2018	19/07/2018	20	SI	748	S723
20/07/2018	17/08/2018	29	SI	768	S723
21/08/2018	9/09/2018	20	SI	797	M841
10/09/2018	29/09/2018	20	SI	817	S723
30/09/2018	29/10/2018	30	SI	817	M861
30/10/2018	13/11/2018	15	SI	847	M841
14/11/2018	28/11/2018	15	SI	862	M841
29/11/2018	28/12/2018	30	SI	877	M861
29/12/2018	27/01/2019	30	SI	907	M861
28/01/2019	11/02/2019	15	SI	937	M841
12/02/2019	25/02/2019	14	SI	967	M841
26/02/2019	12/03/2019	15	SI	952	M841
15/03/2019	29/03/2019	15	SI	967	M841
30/03/2019	13/04/2019	15	SI	982	M841
14/04/2019	28/04/2019	15	SI	997	M841

Precisando que la Sala no encontró prueba de la expedición de las siguientes incapacidades médicas y que aduce la accionante fueron otorgadas a la trabajadora:

Fecha Inicial	Fecha Final	Días
5/04/2016	14/04/2016	10
15/04/2016	24/04/2016	10
25/04/2016	4/05/2016	10
4/06/2016	2/07/2016	29
20/12/2017	18/01/2018	30
31/05/2018	29/06/2018	30

En esa medida, se observa que, si bien se encontraba acumulado al 6 de diciembre del 2015 un total de 179 de días de incapacidad, no obstante, la EPS arguye que debido al cambio de la enfermedad comenzó nuevamente su conteo desde el día 7 de diciembre del mismo año hasta el 3 de junio del 2016; situación que volvió acontecer a partir del 3 de julio del 2017.

Ahora bien, en la normatividad mencionada en párrafos anteriores se dejó plasmado que corresponde a Colpensiones el reconocimiento del auxilio por incapacidad que se emita a partir del día 181 siempre que exista concepto de rehabilitación, bien sea favorable o desfavorable, de no cumplirse esta condición, será la EPS la que deba reconocer las incapacidades por cuenta de sus propios recursos hasta que emita el referido concepto. En ese sentido, advierte la Sala que en efecto Cafesalud EPS, como receptora de los afiliados de Saludcoop EPS, remitió comunicación adiada 16 de septiembre de 2016 (Expediente electrónico, PDF 01. 2019-00553, fls. 181), que corresponde al concepto de rehabilitación de la accionante, mismo que fue enviado y recibido por Colpensiones, pues, no negó tal aspecto y, por ende, tampoco desconoció o tachó de falso el documento.

Siendo así las cosas es claro para la Sala que, pese a que es desacertado el reproche de Colpensiones al indicar que no es la entidad a cargo de las incapacidades laborales con posterioridad a los 180 días, ante la expedición del concepto desfavorable de rehabilitación, si se halla razón respecto de la equivocación del A quo que se le atribuyó, en tanto que no verificó el momento en que fue enviado el citado concepto de cara al cúmulo de incapacidades de la trabajadora, lo cual, debe haber sido observado fácilmente resultaba concluir la extemporaneidad de su

remisión y con ello colegir que algunas de las incapacidades laborales no se encontraba en cabeza de Colpensiones.

Ello, en atención a que, si bien es un hecho cierto que no hubo interrupción entre la incapacidad laboral otorgada entre el 7 de noviembre al 6 de diciembre del 2015 y 7 de diciembre al 16 de diciembre del 2015, en tanto que se trata del mismo diagnostico o en sumo tenían relación directa con esta, esto es, producto del accidente de tránsito¹ que sufrió la trabajadora, además, entre la incapacidad del 25 de mayo al 3 de junio del 2016 al 3 de julio no hubo interrupción de la prórroga, por no ser superior a 30 días, máxime cuando en aquel certificado de incapacidad laboral la EPS da cuenta hasta ese momento 29 días acumulados, por manera que el día 181 de incapacidad comenzaría el 8 de diciembre del mismo año, sin embargo, solo hasta el 16 de septiembre del año 2016 se comunicó el concepto desfavorable de rehabilitación, es decir, después de pasar 435 días de incapacidad, tal como se hace saber a continuación:

Incapacidades sin interrupción					
Fecha Inicial	Fecha Final	Días	Prorroga	Acumulados	DX
7/11/2015	6/12/2015	30	SI	179	S724
7/12/2015	16/12/2015	10	SI	209	M173
17/12/2015	26/12/2015	10	SI	219	M173
27/12/2015	5/01/2016	10	SI	229	M173
6/01/2016	15/01/2016	10	SI	239	M173
16/01/2016	25/01/2016	10	SI	249	M173
26/01/2016	4/02/2016	10	SI	259	M173
5/02/2016	14/02/2016	10	SI	269	M173
15/02/2016	24/02/2016	10	SI	279	M173
25/02/2016	5/03/2016	10	SI	289	M173
6/03/2016	15/03/2016	10	SI	299	M173
16/03/2016	4/04/2016	20	SI	309	M173
5/05/2016	14/05/2016	10	SI	329	M173
15/05/2016	24/05/2016	10	SI	339	M173
25/05/2016	3/06/2016	10	SI	349	M173
No hubo interrupción mayor a treinta días (El CIE tiene relación directa con los diagnósticos), además, el certificado indica que se llevaba 29 días acumulados					
3/07/2016	3/07/2016	1	SI	388	S724
4/07/2016	2/08/2016	30	SI	389	S724
3/08/2016	1/09/2016	30	SI	419	S724
2/09/2016	30/09/2016	29	SI	449	S724
Comunicación de concepto desfavorable de rehabilitación 16 de septiembre del 2016					
1/10/2016	26/10/2016	26	SI	478	S724
27/10/2016	27/10/2016	1	SI	504	S724
28/10/2016	26/11/2016	30	SI	505	S724
27/11/2016	25/12/2016	29	SI	535	S724
26/12/2016	24/01/2017	30	SI	564	S724
25/01/2017	23/02/2017	30	SI	594	S724
24/02/2017	24/03/2017	29	SI	624	S724
25/03/2017	23/04/2017	30	SI	653	S723

¹ <https://icd.who.int/es> "Organización Mundial Salud", Resolución 2266 de 1998, vigente para aquella época.

24/04/2017	23/05/2017	30	SI	683	S723
24/05/2017	22/06/2017	30	SI	713	S723
23/06/2017	21/07/2017	30	SI	743	S723
22/07/2017	20/08/2017	30	SI	773	S723
23/08/2017	21/09/2017	30	SI	803	S723
22/09/2017	21/10/2017	30	SI	833	S723
22/10/2017	20/11/2017	30	SI	863	S723
21/11/2017	19/12/2017	29	SI	893	S723
19/01/2018	17/02/2018	30	SI	922	S723
18/02/2018	15/03/2018	26	SI	952	S723
22/03/2018	10/04/2018	20	SI	978	S723
11/04/2018	30/04/2018	20	SI	998	S723
1/05/2018	30/05/2018	30	SI	1018	S723

En esa medida, es evidente que le correspondía a la EPS, remitir el concepto de rehabilitación a Colpensiones, entidad a la que se encuentra afiliada la trabajadora, a fin de eximirse de la obligación del pago de las incapacidades que le extiendan a la actora a partir del día 181, circunstancia que no acaeció conforme quedó acreditado en el plenario, pues solo se envió hasta el día 435 de incapacidad laboral. Así las cosas, resulta claro para la Sala que le corresponde a la EPS el reconocimiento de las incapacidades ordenadas a la señora Myriam Socorro Agudelo Sánchez hasta el 16 de septiembre del 2016, surgiendo para Colpensiones la obligación a partir del día siguiente que le fue remitido el concepto de rehabilitación y hasta el cumplimiento de los 540 días de incapacidad esto es, a partir del 17 de septiembre del 2016 y hasta el 30 de diciembre del 2016:

Incapacidades a Cargo de Colpensiones					
Fecha Inicial	Fecha Final	Días a cargo	Prorroga	Acumulados	DX
17/09/2016	30/09/2016	14	SI	449	S724
1/10/2016	26/10/2016	26	SI	478	S724
27/10/2016	27/10/2016	1	SI	504	S724
28/10/2016	26/11/2016	30	SI	505	S724
27/11/2016	25/12/2016	29	SI	535	S724
26/12/2016	30/12/2016	5	SI	540	S724

Huelga indicar que el órgano de cierre de la jurisdicción constitucional ha debatido ampliamente lo atinente al pago de las incapacidades que otorgan los médicos tratantes a los trabajadores afiliados al sistema, señalando a qué entidad le corresponde asumir el reconocimiento de aquellas, en Sentencia T-246 de 2018, puntualizó:

"En cuanto a las incapacidades de origen común que persisten y superan el día 181. Al respecto, si bien en principio eran objeto de debate, en tanto se asumía que el pago estaba condicionado a la existencia de un concepto favorable de recuperación^[47], esta Corporación ha sido enfática en afirmar que el pago de este subsidio corre por cuenta de la Administradora de Fondos de Pensiones a la que se encuentre afiliado el trabajador, ya sea que exista concepto favorable o desfavorable de rehabilitación^[48].

Ahora, en el evento que la EPS no cumpla con la emisión del concepto de rehabilitación – sea favorable o desfavorable- antes del día 120 de incapacidad

temporal y la remisión del mismo a la AFP correspondiente, antes del día 150, de que trata el artículo 142 del Decreto Ley 019 de 2012, le compete a la EPS pagar con sus propios recursos el subsidio equivalente a la respectiva incapacidad temporal, esto, en caso de que la incapacidad se prolongue más allá de los 180 días. En tal sentido, asumirá desde el día 181 y hasta el día en que emita el concepto en mención”.

Conforme con el aparte jurisprudencial transcrito, y con arreglo a lo previsto en el artículo 142 del Decreto 19 de 2012, la EPS tiene la obligación de emitir concepto de rehabilitación bien sea favorable o desfavorable y notificárselo al fondo de pensiones al que se encuentre afiliado el trabajador, ello con una doble finalidad, iniciar o no el trámite de calificación de pérdida de capacidad laboral y exonerarse del reconocimiento del auxilio por incapacidad a partir del día 181.

Al margen de lo anterior, se modificará la orden impartida, para en su lugar ordenar a Colpensiones le pago del subsidio de incapacidad laboral comprendidas entre el 17 de septiembre del 2016 al 30 de diciembre del 2016. En ese sentido, se entrará a liquidar, previo a verificar la excepción de prescripción que en oportunidad procesal la encartada propuso.

Excepción de prescripción

Teniendo en cuenta que las incapacidades aquí reconocidas se ordenaron entre 17 de septiembre del 2016 al 30 de diciembre del 2016, que la reclamación administrativa ante Colpensiones se elevó el 17 de diciembre del 2018 como se dijo con anterioridad, y que la demanda fue formulada el 9 de agosto de 2019 (Expediente electrónico, PDF 01. 2019-00553, fls. 184 y 260), es claro que en el presente caso no se encuentra probada la excepción de prescripción propuesta por la encartada en virtud del artículo 151 del CPT y de la SS. En tal virtud, se declarará no probada la excepción propuesta y, por ende, se revocará parcialmente el numeral 4º de la sentencia de primer grado.

Liquidación.

Sentado lo anterior y evidenciando la procedencia del reconocimiento y pago de las incapacidades laborales en la forma que determinó este Colegiado, corresponde entonces determinar el valor de las mismas, para lo cual ha de decir que en tratándose de incapacidades de empleados que devenguen salario fijo, habrá de tomarse el IBC reportado al mes calendario de cotización anterior al de la iniciación de la incapacidad, siempre y cuando su valor no sea inferior al salario mínimo legal, tal como lo señaló la Corte Constitucional en sentencia C-543 de 2007, a través de la cual se condicionó el artículo 227 del Código Sustantivo del Trabajo. Ello en atención, a lo dispuesto en el artículo 142 del Decreto Ley 019 de 2012, concordante con lo dispuesto en los literales c) y d) del artículo 9º del Decreto 7740 de 1975, que establece:

"...c) cuando la enfermedad produzca incapacidad para el trabajo, el asegurado tendrá derecho a un subsidio en dinero equivalente a las dos terceras (2/3) partes de su salario de base, subsidio que, lo mismo que las prestaciones señaladas en el ordinal a), se reconocerá por el término de 180 días continuos o discontinuos siempre que la interrupción no exceda de 30 días;

d) El subsidio se reconocerá desde el 4º día de incapacidad, excepto en los casos de hospitalización, en los cuales el subsidio se pagará desde el primer día de

permanencia en el hospital. Para la determinación del valor del subsidio en dinero, se tendrá en cuenta el salario de base del asegurado, correspondiente al mes calendario de cotización anterior al de la iniciación de la incapacidad...”
(Subraya fuera de texto).

Descendiendo al caso y como quiera que la trabajadora tuvo un IBC de cotización sobre el salario mínimo legal mensual vigente para el año 2016, según se evidencia del expediente administrativo allegado al plenario, se ordenará el pago de la prestación económica de la siguiente manera:

Incapacidades a Cargo de Colpensiones						
Fecha Inicial	Fecha Final	Días a cargo	Prorroga	Acumulados	IBC	VALOR
17/09/2016	30/09/2016	14	SI	449	\$ 689.455,00	\$ 321.745,67
1/10/2016	26/10/2016	26	SI	478	\$ 689.455,00	\$ 597.527,67
27/10/2016	27/10/2016	1	SI	504	\$ 689.455,00	\$ 22.981,83
28/10/2016	26/11/2016	30	SI	505	\$ 689.455,00	\$ 689.455,00
27/11/2016	25/12/2016	29	SI	535	\$ 689.455,00	\$ 666.473,17
26/12/2016	30/12/2016	5	SI	540	\$ 689.455,00	\$ 114.909,17
Total incapacidades						\$ 2.413.092,50

En ese orden, habrá de modificarse la decisión apelada, para en su lugar condenar a Colpensiones a pagar a favor de LIDERANDO AGRO SAS el valor de \$2.413.092,50 a título de reembolso por incapacidades laborales.

Intereses moratorios

En punto a los intereses moratorios reclamados por la parte actora ha de señalarse que conforme al artículo 24 del Decreto 4023 de 2011, el pago de incapacidades por enfermedad general al aportante, será realizado directamente por la EPS y EOC, a través de reconocimiento directo o transferencia electrónica en un plazo no mayor a 5 días hábiles contados a partir de la autorización de la prestación económica por parte de la EPS o EOC, además, la revisión y liquidación de las solicitudes de reconocimiento de prestaciones económicas se efectuará dentro de los 15 días hábiles siguientes a la solicitud del aportante.

Ahora bien, conforme al parágrafo 1º de la norma en mención, la EPS o la EOC que no cumpla con el plazo definido para el trámite y pago de las prestaciones económicas, deberá realizar el reconocimiento y pago de intereses moratorios al aportante, de acuerdo con lo definido en el artículo 4º del Decreto 1281 de 2002, los cuales deberán liquidarse a la tasa de interés moratorio establecida para los tributos administrados por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales.

En el presente caso, acertó el Juzgado de primera instancia al imponer intereses moratorios a cargo de Colpensiones, pues nótese que el actor mediante reclamación del 17 de diciembre del 2018, elevó solicitud encaminada a obtener el reconocimiento de las incapacidades aquí reconocidas, siendo claro que la entidad no atendió los plazos establecidos para su pago, de suerte que en efecto proceden dichos intereses a partir del 2 de enero del 2019, esto es, después de pasados 15 días desde que se radicó la respectiva solicitud.

Costas. Sin consta en esta instancia. Se confirman las de primer grado.

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 apelada en el sentido de **CONDENAR** a **COLPENSIONES** al reconocimiento y pago de la suma de \$2.413.092,50 a favor de **LIDERANDO AGRO SAS**, por concepto de reembolso de incapacidades y dadas las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: REVOCAR PARCIALMENTE el ordinal cuarto, para en su lugar **DECLARAR NO PROBADA** la excepción de prescripción propuesta por la demandada.

TERCERO: MANTENER incólume en lo demás la sentencia apelada.

CUARTO: SIN costas en esta instancia. Las de primera, seguirán a cargo de Colpensiones.

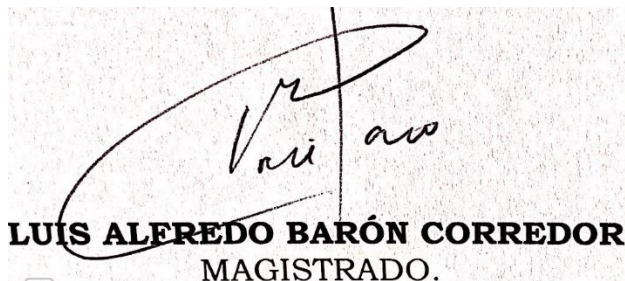
La presente providencia se notifica a las partes en estrados,



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: HERNÁN LEIVA AHUMADA
Demandado: ASESORES EN DERECHO SAS Y OTROS
Radicación: 39-2018-00008-01
Tema: APELACIÓN SENTENCIA

Bogotá D.C., treinta (30) de junio 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.

1.1. Pretensiones: Hernán Leiva Ahumada, instauró demanda ordinaria contra Federación Nacional de Cafeteros de Colombia en calidad de Administradora del Fondo Nacional del Café, Asesores en Derecho SAS, en calidad de mandataria con representación de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante, La Nación Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Fiduprevisora SA como vocera y administradora del Patrimonio Autónomo Panflota y Colpensiones, con el propósito de que se declare que fue trabajador de la Flota Mercante Gran Colombiana SA, hoy Compañía de Inversiones de la Flota Mercante SA.

En consecuencia de dicha pretensión de orden declarativo solicitó se condene a Asesores en Derecho SAS, en calidad de mandataria con representación de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante a expedirle la resolución del bono pensional o cálculo actuarial que le corresponde por el tiempo laborado; a Fiduprevisora SA como vocera y administradora del Patrimonio Autónomo Panflota a pagar a Colpensiones el título pensional o cálculo actuarial; a esta última tener en cuenta el tiempo laborado por el actor para la pensión de vejez y a su vez reliquide el ingreso base de liquidación, junto con todas las mesadas pensionales con el 90% de la tasa de reemplazo, teniendo en cuenta todo el tiempo cotizado o el promedio de los últimos diez años, desde el 29 de octubre del 2008, junto con los incrementos anuales.

Así mismo, peticionó que se condene a todas y cada una de las demandadas a pagar perjuicios morales y materiales por el incumplimiento en el pago del título pensional o cálculo actuarial y la pensión de vejez de conformidad al artículo 16 de la Ley 446 de 1998, los cuales se estimó en 100 SMMLV; a Colpensiones el valor correspondiente a los intereses de mora por el no reconocimiento pensional desde el 29 de octubre del

2008, en cumplimiento del artículo 141 de la Ley 100 de 1993; lo que corresponda a las facultades ultra y extra petita y, costas del proceso.

Como pretensiones subsidiarias solicitó:

- A la pretensión tercera declarar la responsabilidad subsidiaria de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia en calidad de Administradora del Fondo Nacional del Café, matriz y controlante de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante SA, de las obligaciones pensionales en favor del demandante. En consecuencia, se condene a la citada demandada a pagar a Colpensiones el título pensional o cálculo actuarial por el tiempo laborado en la Flota Mercante.
- A la pretensión tercera y décima peticionó que se declare la responsabilidad subsidiaria de La Nación Ministerio de Hacienda y Crédito Público como titular jurídico de la Cuenta – Fondo Nacional del Café de las obligaciones pensionales en favor del actor. En consecuencia, se condene a la cartera ministerial a pagar a Colpensiones el título pensional o cálculo actuarial por el tiempo laborado en la Flota Mercante.
- A la pretensión séptima se dispusiera a Colpensiones a pagar el valor correspondiente a la indemnización establecida en la Ley 10 de 1972, artículo 8 desde el 29 de octubre del 2008; fecha en la que debió redimirse el bono pensional, cálculo actuarial, y pagarle la pensión de vejez.
- A la pretensión séptima y decimocuarta se condene a Colpensiones a pagar todas las sumas debidamente indexadas.

1.2. Sustento fáctico de las pretensiones:

Luego de indicar lo que fue de la situación jurídica de la Flota Mercante, liquidación y su terminación, así como las acciones para la inclusión del cálculo actuarial de los trabajadores de la citada entidad, señaló que cuenta con 69 años, casado actualmente con la señora Nohemy Suarez de Leiva, quien cuenta con la edad de 62 años. Sostuvo que laboró para la Flota Mercante Grancolombiana SA hoy Compañía de Inversiones de la Flota Mercante SA, mediante contrato de trabajo a término indefinido desde el 9 de septiembre de 1978 al 3 de junio de 1987.

Informó que dentro de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante SA funciona la organización sindical UNIMAR, la cual actualmente tiene vigente la personería jurídica; que entre esta y el sindicato firmó la convención colectiva de trabajo del 21 de mayo de 1985 hasta el 20 de mayo de 1988 y el laudo arbitral del 16 de junio de 1997, de los cuales aduce ser beneficiario por encontrarse a paz y salvo con el tesoro sindical.

Señaló que el último cargo desempeñado fue el de Segundo Enfermero a bordo de los buques de la Flota Mercante Grancolombiana y respecto del salario, adujo que está compuesto por los factores salariales señalados en la convención colectiva y liquidación de prestaciones sociales, así:

- Salario básico mensual de US 521.18 dólares americanos.
- Sobre remuneración US 91.29 dólares americanos.
- Prima de antigüedad del 14% correspondientes a US 72.96 dólares americanos.
- Salario en especie (alimentación y alojamiento) US 200 dólares americanos.

- Viáticos y suplemento establecido en la cláusula quinta del contrato de trabajo y la convención colectiva vigente US 4.19 dólares americanos.
- Incidencia de las primas extralegales donde el 8.33%, correspondiente a US 74.13.42 dólares americanos.

Por lo que el promedio salarial mensual correspondió a la suma de US 963.72 dólares americanos, el cual, convertido a salario en pesos colombianos al 3 de junio de 1987, ascendía a la suma de \$231.100, que debidamente indexado al 30 de junio de 1992 es de \$805.915.

Por último, arguyó que su empleador no efectuó sus aportes pensionales desde el 9 de septiembre de 1978 al 3 de junio de 1987. Además, que se encuentra afiliado a Colpensiones, y esta a su vez no ha reclamado el bono pensional por el tiempo laborado en la Flota Mercante, pese a que le fue reconocido pensión de vejez mediante Resolución 028756 del 26 de junio de 2009. Acotando que la demandada Mandataria Asesores en Derecho SAS le ha causado múltiples perjuicios morales y materiales al negarle la expedición del bono pensional, retrasándole la pensión de vejez. (Cuad. 1, fls. 3 a 16)

2. Contestación de la demanda.

2.1. Colpensiones. En su respuesta se opuso a la totalidad de pretensiones de la demanda, argumentando que la Flota Mercante Gran Colombiana podía o no subrogar en el ISS los riesgos de invalidez, vejez y muerte, asumiendo directamente en virtud de la obligación contenida en el artículo 260 del CST y en las convenciones colectivas suscritas por las organizaciones sindicales. Refirió que mediante Resolución No. 05881 del 30 de noviembre del 2011 obró conforme a derecho estudiando la reliquidación pretendida y confirmó en todas sus partes la resolución mediante la cual reconoció y pago la pensión de vejez.

Respecto de los supuestos facticos no le constaron, a excepción de los hechos 1.7., 2.12., 3.22., 3.1., 3.24 al 3.27 y 3.32. Propuso como excepciones de fondo las de prescripción, inexistencia del derecho reclamado, cobro de lo no debido, buena fe de Colpensiones, no configuración del derecho al pago del IPC ni indexación o reajuste alguno, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios sin indemnización moratoria, pago, carencia de causa para demandar, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y genérica. (Cuad.2 fls. 709 a 717, Cuad. 4, fls 1943 y 1944).

2.2. Fiduprevisora SA, como vocera y administradora del Patrimonio Autónomo Panflota. Al contestar la demanda se opuso a la prosperidad de las pretensiones, aclarando que no asumió la posición, ni es el subrogatorio, cesionario o sucesor procesal de la Extinta Compañía de Inversiones de la Flota Marcante, ya que solo administra los recursos transferidos por la Federación Nacional de Cafeteros. En lo atinente a los hechos señaló ser ciertos los enlistados en los numerales 1.27, 1.30, 1.34 al 1.36, 1.39 y 1.40, parcialmente aceptó los hechos 1.37, 1.38, 1.41 a 1.43 y, los demás adujo no constarles. Acotando que en auto calendado 31 de mayo del 2019 se tuvo por no contestados los hechos 3.33 y 3.36. Propuso como excepciones de fondo las de falta de legitimación en la causa por pasiva, cosa juzgada frente a la responsabilidad del patrimonio autónomo, responsabilidad de la matriz, imposibilidad de realizar pagos distintos a los establecidos en el contrato de fiducia mercantil, inexistencia de la obligación y genérica. (Cuad.2 fls. 723 a 735).

2.3. La Nación Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Se opuso a la totalidad de las pretensiones de la demanda; aceptó los hechos 1.10 y 3.31 y, respecto de los restantes manifestó no constarle. En su defensa expuso que de conformidad con la Ley 100 de 1993 no actúa como administradora de pensiones, ni participó en el proceso de liquidación obligatoria de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante que adelanta la Superintendencia de Sociedades; como tampoco fue accionista ni ejerció control sobre la Flota Mercante, persona jurídica que no tiene carácter de entidad descentralizada, por lo que no puede responder por las pensiones de dicha Compañía; además que si bien el Fondo nacional del Café tiene una participación mayoritaria de la flota, no significa que esta se haya convertido en entidad pública, descentralizada, ni que la Nación deba responder por ella. Propuso como excepciones de fondo las de indebida vinculación del Ministerio de Hacienda, inexistencia de obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva y genérica. (Cuad.2 fls. 781 a 794).

2.4. Asesores en Derecho SAS en calidad de mandataria con representación de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante. Se opuso a las pretensiones de la demanda, argumentando que actúa como mandataria con representación con cargo al Patrimonio Autónomo PANFLOTA, en virtud del contrato de mandato No. 9264-001-2014 y, por tanto, no puede existir representación legal, ni capacidad para ser parte y comparecer al proceso en representación de una persona jurídica inexistente, dada la terminación del proceso liquidatorio de la CIFM. Sostuvo que no le asiste derecho al reconocimiento y pago del cálculo actuarial y como consecuencia de ello el traslado del bono pensional o cálculo actuarial, en tanto que la obligación legal y forzosa de afiliación de las empresas y agencias de transporte marítimo para realizar la afiliación de sus trabajadores marítimos al ISS se efectuó mediante la Resolución No. 03296 del 2 de agosto del 90, efectiva a partir del 15 de agosto de la misma anualidad.

En relación con los hechos, señaló ser ciertos el 1.11., 1.27, 1.30, 1.34 a 1.42, 2.21 a 2.26, 3.29 y los restantes manifestó no constarles o no ser ciertos. Propuso como excepciones de fondo las de inexistencia de la obligación pues durante casi toda la existencia de la CIFM cerrada, el ISS no había asumido los riesgos IVM, imposibilidad jurídica y legal para reconocer el cálculo actuarial y/o bono pensional del demandante, ausencia del presupuesto factico para la procedencia del cálculo actuarial, prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, genérica, oposición a la condena y los presuntos perjuicios irrogados al demandante. (Cuad. 2 fls. 801 a 820).

2.5. Federación Nacional de Cafeteros de Colombia en su condición de Administradora del Fondo Nacional del Café. Se opuso a la totalidad de pretensiones tanto declarativas como condenatorias principales y subsidiarias, argumentando que el actor nunca fue trabajador de la entidad gremial, además, que la presunción legal no opera respecto de la totalidad de elementos de la responsabilidad subsidiaria. Aceptó los hechos 1.1. al 1.6., 1.9., 1.10 y negó los demás. Propuso como excepciones de mérito las de ausencia de responsabilidad subsidiaria, inexistencia de la obligación, buena fe, prescripción, falta de legitimación en la causa, cosa juzgada, pago y compensación y, genérica. (Cuad.3 fls. 858 a 879).

3. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Ésta fue notificada en debida forma; sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 16 de septiembre del 2019, misma en que la falladora declaró que el actor laboró a favor de la Flota Mercante Gran Colombiana SA entre el 9 de septiembre del 1978 hasta el 3 de

junio 1987. De esa forma, condenó a Colpensiones a actor realizar el respectivo cálculo por concepto de aportes para pensión del demandante para el período citado, teniendo como salario el último devengado la suma de \$237.002. Elaborado, ordenó que se diera traslado a las demandadas Asesores en Derecho SAS en calidad de mandataria con representación de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante, Fiduprevisora SA, como vocera y administradora del Patrimonio Autónomo Panflota y Federación Nacional de Cafeteros de Colombia en su condición de Administradora del Fondo Nacional del Café, como subsidiaria.

Así mismo, ordenó a Asesores en Derecho SAS en calidad de mandataria con representación de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante, emitir la respectiva resolución a través de la cual se ordene transferir a Colpensiones el valor correspondiente al cálculo actuarial; a Fiduprevisora SA, como vocera y administradora del Patrimonio Autónomo Panflota, a pagar el valor del cálculo actuarial por concepto de aportes para pensión a satisfacción de Colpensiones y conforme al cálculo que esta realicé para efectos de convalidar los tiempos de aportes en los años en que no fueron cotizados. Declaró que la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia en su condición de Administradora del Fondo Nacional del Café es responsable subsidiariamente de la obligación pensional por concepto del cálculo actuarial por aportes a pensión a favor del actor que ordenado en su calidad de matriz o controlante de la extinta Compañía de Inversiones de la Flota Mercante Grancolombiana y, en consecuencia, condenó a reconocer y pagar el cálculo actuarial, siempre que la Fiduprevisora SA, como vocera y administradora del Patrimonio Autónomo Panflota no cuente con los recursos económicos para asumir tales obligaciones las cuáles serán cubiertas entonces por el Fondo Nacional café con los recursos del Fondo Nacional del Café.

Por otro lado, declaró que el actor tiene derecho a la reliquidación de la pensión de vejez, esto es, liquidarla con base con una tasa de reemplazo equivalente al 90% y con el IBL que resulte más favorable y con 14 mesadas pensionales, en consecuencia, una vez se pague el título ordenó a Colpensiones a reliquidar la misma. Además, declaró probada parcialmente la excepción de prescripción frente a la reliquidación y condenó en costas.

Para arribar a tal decisiva y en lo que interesa a los recursos de apelación formulados por las partes, señaló en primer lugar como problemas jurídicos a desatar si el actor elaboró al servicio de la Flota Mercante Grancolombiano S.A. hoy Compañía de Inversiones de la Flota Mercante y de ser positivo establecer si tiene derecho al pago del cálculo actuarial; responsabilidad de cada una de las demandas frente a esta obligación pensional y si hay lugar a reliquidar la pensión de vejez. Así las cosas, sostuvo que frente al contrato de trabajo no existía discusión alguna, en tanto que las pruebas allegadas daban cuenta que el gestor del proceso y la Flota mercante suscribieron un contrato de trabajo, el cual tuvo como extremos iniciales el día 9 de septiembre del 78 al 3 de junio 1987, desempeñando el cargo de enfermero II.

En lo atinente al título pensional, precisó que la Ley 90 de 1946 estableció el Sistema de Seguridad Social Obligatorio con el objetivo de subrogar a los empleadores en la asunción de los riesgos derivados de la relación laboral, sin embargo, dicho relevo fue paulatino y su efectividad estuvo condicionada a una transición, estableciendo cuáles prestaciones continuarían bajo la responsabilidad de los empleadores; situación que se articuló con lo señalado en el Decreto 1650 de 1977. Infirió que en principio el empleador no sería responsable de la financiación de pensión por los tiempos que el empleador aún no había sido llamado a inscripción por la entidad aseguradora como

consecuencia de la ausencia de cobertura en la entidad subrogante en el territorio donde se produjo la prestación del servicio.

Sin embargo, luego de aludir a la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, indicó que no quedaba duda de que el empleador que no afilie a sus trabajadores al Sistema de Seguridad Social por cualquier situación, incluida la falta de cobertura de ISS, así no haya actuado de forma negligente debía asumir las obligaciones pensionales por los períodos que corresponden mediante la constitución de título pensional a satisfacción de la entidad de Seguridad Social a la que se encuentre vinculado el trabajador, para efectos de garantizar la posibilidad de acceder a una pensión de vejez. En consecuencia, condenó a pagar a favor del actor el valor del cálculo actuarial que liquide previamente la entidad pensional, correspondiente a los servicios que prestó el actor a la empleadora entre el 9 de septiembre del 78 al 3 de junio del 87.

Agregó que para la elaboración de dicho cálculo se debería tener en cuenta los extremos antes referidos y como salario la suma de 974.005 dólares americanos que equivalen al promedio devengado en los últimos 12 meses de servicios prestados efectivamente, ello en atención al laudo arbitral del 16 de junio 1977 del cual es beneficiario el demandante; suma que al convertirse en pesos corresponde a \$237.002; precisó que no procede el pago proporcional del cálculo actuarial entre el empleador y el extrabajador, toda vez que el Decreto 1887 de 1994 que la obligación sea bipartita; y aclaró que tampoco puede accederse a ordenar que el cálculo sea con el salario mínimo o con algún tope máximo, en tanto que la obligación del empleador para cubrir estos riesgos no estaba limitada y recaía sobre el salario que devengaba.

Ahora, respecto de la entidad que debería hacer el pago refirió que la Fiduprevisora SA, como vocera y administradora del Patrimonio Autónomo Panflota debe ser la responsable de cancelar el cálculo actuarial, ello en atención al contrato de Fiducia Mercantil y que en caso de no existir los recursos suficientes para tal efecto, asumirá dicha obligación como responsable subsidiaria la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia en su condición de Administradora del Fondo Nacional del Café dada su calidad de empresa matriz o controlante de las extinta Flota Mercante, en los términos de la Ley 222 de 1995; presunción que conforman las pruebas documentales allegadas no se logra desvirtuar por la accionada.

En lo que hace a la responsabilidad de La Nación Ministerio Hacienda y Crédito público aludió que de conformidad con el Consejo de Estado en providencia del 15 de febrero del 2001 y la sentencia SU 1023-2001 no procedía su responsabilidad en tanto que las obligaciones pensionales se garantizan con la responsabilidad de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia en su condición de Administradora del Fondo Nacional del Café. Referente a la responsabilidad de Asesores en Derecho SAS en calidad de mandataria con representación de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante, indicó que de conformidad con el mandato número 9264001 del 2014 le corresponde expedir el acto administrativo relacionado con el trámite pensional del actor con cargo al Patrimonio Autónomo Panflota.

De otro lado y frente a la reliquidación pensional expuso que el actor actualmente se encuentra afiliado a Colpensiones, misma que lo concedió través de la Resolución 028757 del 26 de junio del 2009 pensión de vejez a partir del 29 de octubre del 2008, teniendo en cuenta 878 semanas de cotización y una tasa de reemplazo del 66%. Además, evidenció que para el 1º de abril del 94 contaba con 45 años y tenía cotizadas 153.72 semanas, mismas que al sumarle 449.28 conforme al tiempo de servicios

reconocido en la sentencia poseía un total de 662.99 semanas, aunado a que en vigencia del Acto Legislativo 001 de 2005 supera con creces el requisito de las 750 semanas que allí se establecen, cumpliendo con el requisito de edad para ser beneficiario del régimen de transición.

En esa medida, coligió que el demandante efectivamente causó la pensión de vejez establecida en el Decreto 758 de 1990, teniendo en cuenta que cumplió la edad de 60 años el 29 octubre 2008 y 1307.28 semanas y, que su tasa de reemplazo correspondería al 90%. En tal virtud, indicó procedente la reliquidación de la pensión de vejez, no obstante, los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, en tanto que no procede en los eventos de reliquidación pensional, debiéndose entonces ordenar su indexación. Por último, referente a la excepción de prescripción señaló que al demandante le fue concedida pensión de vejez a través de la Resolución 0280756 del 26 de junio del 2009 y solicitó la reliquidación de la citada teniendo el cálculo actuarial el día 29 de junio del 2017, la prescripción operaría sobre las mesadas pensionales causadas con anterioridad al 29 de junio del 2014. (Cuad. 4 fls. Cd. fol. 2073).

5. Impugnación y límites del ad quem.

5.1. Recurso de apelación demandante. Formuló recurso de apelación de forma parcial indicando que en relación con la excepción de prescripción se encuentran aportadas las resoluciones con las cuales se resolvió no solamente la petición inicial que hizo el demandante, sino, reliquidación que posteriormente efectuó Colpensiones, por lo tanto, debe tomarse aquella fecha para efectos de contabilizar la prescripción.

Por otro lado, indicó que es claro que la Nación Ministerio de Hacienda y Crédito Público no puede absolverse en este proceso, ya que, si se termina el Fondo Nacional del Café, debe ser quien asuma el remanente que quede sobre el pago de la sentencia. Ello en atención a la demora en que hace la entidad para disponer el cumplimiento de la providencia. En lo que hace a los intereses moratorios del que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, debe proceder su pago en tanto que es una forma de resarcir los perjuicios por no haberse cancelado la pensión de vejez como corresponde. Consideró que las condenas en costas deben ser modificadas en tanto que deben ser incrementadas al 10.1% o hasta el 15% en cumplimiento a lo establecido en las sentencias del Consejo de Estado. (Cuad. 4 fls. Cd. fol. 2072).

5.2. Federación Nacional de Cafeteros de Colombia en su condición de Administradora del Fondo Nacional del Café. Refirió en su alzada que no comparte el estudio realizado por la A quo en cuanto a la verificación del vehículo en virtud del cual se le pretende achacar la responsabilidad subsidiaria. Ello en atención a que dentro del acervo probatorio allegado al plenario se encuentran medios materiales contundentes que certifican y demuestran que la situación de infortunio que concluyó con la liquidación de la extinta Compañía de Inversiones de la Flota Mercante obedeció debido a una serie de factores externos que a todas luces nada tuvieron que ver con decisiones adoptadas por parte de la Federación.

Sostuvo que, si se quieren reprochar que las decisiones adoptadas en su momento fueron realizadas por parte de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia en su condición de administradora del Fondo Nacional del café en virtud de su mayoría accionaria, estas decisiones gozaron del beneplácito y de la aquiescencia de los socios minoritarios. Anotó que el Fondo Nacional del Café es una cuenta de orden para fiscal y tiene una destinación específica de sus recursos.

Refirió que en caso de que se confirme la condena, se deben impartir los pagos correspondientes teniendo en cuenta los salarios mínimos vigentes a la fecha de la prestación del servicio reclamada, es decir, las tablas de categorías y de cotización que ponían topes de salario máximo asegurado como las contenidas en los Decretos 3090 de 1979 y 2630 de 1983. Además, deben tenerse en cuenta los emolumentos que efectivamente deben ser tenidos en cuenta como factores salariales, ya que ellos no gozan de esa connotación ni siquiera en los instrumentos colectivos invocados.

Solicitó, que se autorice el descuento del porcentaje de cotización atribuible al trabajador en virtud del principio de solidaridad del sistema de Seguridad Social colombiano y del deber contributivo y financiamiento de sus integrantes, aunado, a que deberán descontarse las licencias y suspensiones del contrato de trabajo, los cuales ascienden a un total de 167 días. (Cuad. 4 fls. Cd. fol. 2072).

5.3. Fiduprevisora SA, como vocera y administradora del Patrimonio Autónomo Panflota. En su apelación indicó que las cláusulas del contrato de fiducia Mercantil no se impuso alguna obligación dineraria cuyo origen sea la sentencia, por manera que la está obligando la afectación de los recursos del fideicomiso, violándose así los artículos 1602 del Código Civil y los artículos 1226,1227 y 1233 del Código de Comercio.

Indicó que el A quo acertó en la responsabilidad subsidiaria a cargo de la Federación, en tanto que aquella no desvirtuó la presunción legal prevista en la Ley 222 de 1995, sin embargo, aplicó la consecuencia legal de forma parcial e incompleta al responsabilizar patrimonialmente al fideicomiso de las obligaciones impuestas de manera principal y secundariamente a la citada Federación como Administradora del Fondo Nacional del Café, debiéndose ser principal.

Finalmente, indicó que no debe ser condenada en costas procesales, toda vez que no aparece acreditado en el expediente que la contraparte procesal incurriera en erogaciones con ocasión del trámite. (Cuad. 4 fls. Cd. fol. 2072).

5.4. Colpensiones. Interpuso recurso de apelación argumentando que, al efectuar el reconocimiento pensional, lo hizo teniendo en cuenta los artículos 13 y 35 del Acuerdo 049 de 1990 y en esa medida efectuó los estudios que correspondían referente a la solicitud, sin que hubiera presentado algún recurso o alguna reclamación respecto de las semanas y el ingreso base de liquidación. Indicó que no es posible realizar ninguna reliquidación pensional, toda vez que no se tiene en este momento el pago del cálculo actuarial, conforme lo dispone el Decreto 1748 de 1995, por lo que solo hasta que se realice el debido cálculo actuarial debidamente actualizado sería procedente realizar un nuevo estudio pensional. (Cuad. 4 fls. Cd. fol. 2072).

6. Alegatos de conclusión.

6.1. Parte demandante. Indicó que la Flota Mercante si tenía la obligación legal de inscribir a sus trabajadores, por el llamamiento que hizo el ISS mediante Acuerdo No. 257 de 1967. Adujó que la sentencia se debe confirmar, por cuanto dio aplicación a la jurisprudencia que indica la procedencia del cálculo actuarial y que es el último salario que devengó el trabajador.

De otro lado sostuvo que de La Nación Ministerio de Hacienda y Crédito Público se probó en el expediente que es el titular de la cuenta Fondo Nacional del Café, es decir,

es el Estado Colombiano, por ello debe continuar como demandado. En lo atinente a la prescripción agregó que se equivocó el A quo al declararla parcialmente probada, pues, no tuvo en cuenta las resoluciones expedidas por el ISS. Manifestó que debían proceder los intereses moratorios por así indicarlo las Altas Corporaciones y además, se debía aumentar el valor de las costas procesales.

6.2. La Nación Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Solicitó ratificar la absolución de la cartera ministerial, teniendo en cuenta que está facultado exclusivamente para ejercer funciones asignadas expresamente por la Ley, tal como lo define el artículo 5º de la Ley 489 de 1998, dentro de las cuales no está la de reconocer u otorgar pensiones, dado que no funge como administradora o fondo de pensiones, así mismo carece de la facultad para definir controversias entre la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante S.A. y sus ex trabajadores o socios como la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia.

6.3. Federación Nacional de Cafeteros de Colombia en su condición de Administradora del Fondo Nacional del Café. Alegó que sólo administra el denominado Fondo Nacional del Café, cuenta especial que se encuentra constituida con recursos públicos de destinación específica, es decir, parafiscales, que deben utilizarse de manera exclusiva en beneficio del sector, gremio o grupo que los tributa, y de señalar que a la Federación en su condición de socio mayoritario de la CIFM, no se le puede imponer obligación de carácter patrimonial por no existir ninguna clase de relación laboral ni contractual con los empleados de ésta.

Refirió que la sentencia SU-1023 proferida por la Corte Constitucional no puede ser tomada como regla de decisión de las presentes diligencias ya que dicho proveído posee un alcance determinado, que no es otro, que el de conceder un amparo provisional e inmediato a los pensionados de la CIFM para el pago de sus pensiones mientras los jueces competentes, que no son los de la jurisdicción constitucional por acción de tutela sino los jueces ordinarios, deciden acerca de la responsabilidad subsidiaria que algunos de ellos alegaron por la vía constitucional, a cargo de la entidad controlante de la mencionada empresa.

6.4. Colpensiones. Afirmó que resulta improcedente efectuar el reconocimiento pensional al demandante, en razón a que no cumple con los requisitos mínimos para realizar la reliquidación de la pensión de vejez en razón a que el número de semanas que registran en la historia laboral es de 921 semanas y una tasa de reemplazo equivalente al 63 % lo cual resultaría inferior a la reconocida en posesión reconocida mediante la Resolución 28756 de 2009, hasta tanto el empleador no realice el pago del cálculo actuarial debidamente indexado, puesto que es obligación de los empleadores realizar los debidos aportes de los trabajadores al sistema de seguridad social. Sin embargo, y en gracia de discusión es menester aplicar lo descrito en el artículo 488 y 151 de CST Y CPT, toda vez que la reclamación de la reliquidación de la pensión de vejez se presentó el 29 de junio de 2017, por lo cual resultaría improcedente acceder a las pretensiones del demandante.

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 los recurrentes y se estudiará en consulta a favor de Colpensiones en lo que no haya apelado y le sea desfavorable.

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar los siguientes **problemas jurídicos**:

- i) ¿Se equivocó el juez de primer grado al condenar el pago de la reserva actuarial con destino a Colpensiones con ocasión al tiempo laborado en la citada Flota Mercante, sin tener en cuenta los límites del ingreso base salarial para efectos de su cálculo y los tiempos de licencia o suspensión que se hallaron en el contrato de trabajo del actor?
- ii) ¿El A quo erró al ordenar a la demandada sufragar la totalidad del título pensional, sin tener en cuenta que la Ley 100 de 1993 le impuso al trabajador contribuir proporcionalmente en la cotización?
- iii) ¿Hay lugar a declarar la responsabilidad subsidiaria o principal de la Federación Nacional de Cafeteros como administradora del Fondo Nacional del Café o de La Nación Ministerio de Hacienda y Crédito Público?
- iv) ¿El demandante tiene derecho a que se le reliquide la pensión de vejez, junto con los intereses moratorios desde el 29 de octubre del 2008, fecha en la que aduce haber causado su derecho pensional?
- v) ¿Operó la excepción de prescripción parcial de las mesadas pensionales a partir del 29 de junio del 2014, tal como lo coligió la Juez de primer grado?
- vi) ¿Hay lugar a imponer costas procesales en contra de la Fiduprevisora SA, como vocera y administradora del Patrimonio Autónomo Panflota o, por el contrario, hay lugar a aumentarlas, como fue solicitado por la parte actora?

Contrato de trabajo y cálculo actuarial

Para resolver los problemas jurídicos que concitan la atención de la Sala, es preciso señalar que las partes no cuestionan las reflexiones del Juez primigenio en torno a la existencia de la relación laboral y sus extremos temporales con la extinta Flota Mercante Gran Colombiana SA, hoy Compañía de Inversiones de la Flota Mercante SA, tampoco que aquella debe asumir el pago del cálculo pensional correspondiente por el tiempo laborado; ni que aquel cálculo actuarial debe realizarse por Colpensiones y hacerse a su favor por la entidad a cargo y que se determinará más adelante, conforme lo señala el inciso 2 del parágrafo 1 del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, el cual estará representado por un bono o título pensional calculado conforme lo dispone los Decretos 1887 de 1994 y Decreto 1748 de 1995.

Ello no solo porque no fue apelado por las partes, sino, además, por cuanto a lo atinente a la relación laboral y su temporalidad ya fue tema de discusión por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá D.C. en sentencia del 24 de julio del 1989, misma en la que se señaló que las partes estuvieron atadas mediante un contrato de trabajo a término indefinido cuyo inicio correspondió al 9 de septiembre de 1978 y su terminación al 3 de junio de 1987, la cual, fue confirmada por este Tribunal en sentencia calendada del 3 de noviembre de 1989 y no casada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, oportunidad en la que también se dejó sentado que el último salario correspondió a US \$974.03, tema sobre el cual se hará precisión seguidamente. (Cuad. anexo fls. 251 a 256).

Existencia del sindicato y su afiliación

La existencia de la organización sindical denominada **UNIÓN DE TRABAJADORES DE LA INDUSTRIA DEL TRANSPORTE MARÍTIMO Y FLUVIAL "UNIMAR" "ASOMMEC"**, de primer grado e industria, fue acreditado con el certificado expedido el 28 de junio del 2017 por el Coordinador del Grupo de Archivo Sindical del Ministerio de Trabajo, el cual milita a folio 592 del 2º cuaderno. Adicionalmente, se halla probada la afiliación del demandante a la organización sindical, pues a folio 666 del mismo cuaderno se observa certificación expedida por el presidente de **UNIMAR** que da cuenta que el actor se encontraba afiliado en virtud del contrato de trabajo suscrito con la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante S.A., liquidada, antes Flota Mercante Grancolombiana S.A., encontrándose a paz y salvo.

Cosa juzgada sobre el salario devengado en vigencia de la relación laboral

La Federación Nacional de Cafeteros de Colombia en su condición de Administradora del Fondo Nacional del Café, en su alzada pretende que, para liquidar el cálculo actuarial ordenado por la A quo, la entidad correspondiente deberá tener como salario base del bono pensional el máximo asegurable para el año 1992 y no el que percibió al momento del finiquito de la relación laboral que ató al actor con la Flota Mercante Gran Colombiana SA, hoy Compañía de Inversiones de la Flota Mercante SA liquidada.

Dado que el ataque formulado contra la sentencia de primer grado también se centra en el salario devengado al momento de su retiro, basta con decir que sobre tal aspecto operó el fenómeno de cosa juzgada, lo que impide a esta Sala su pronunciamiento, de ahí que al igual se evidencie un yerro a la falladora de primera instancia. Cumple recordar que en términos del artículo 303 del CGP. *"La sentencia ejecutoriada proferida en proceso contencioso tiene fuerza de cosa juzgada siempre que el nuevo proceso verse sobre el mismo objeto, se funde en la misma causa que el anterior y entre ambos procesos haya identidad jurídica de partes"*. Sobre dicha institución, la Corte Suprema de Justicia, en sentencia bajo el radicado N° 36910 de 7 de julio del 2005, señaló que *"la ley procesal protege la definitividad e inmutabilidad que por regla general se predicen de la sentencia por medio de la institución de la cosa juzgada, que a la vez que propende por la ejecutoria material de lo resuelto por el juzgador del caso, conjura la posibilidad de que respecto de unos mismos y particulares hechos se produzcan decisiones contradictorias."*

Bajo este entendimiento, la cosa juzgada procura que las providencias judiciales mantengan en forma definitiva el carácter de inmutables, para impedir que la cuestión principal debatida en un proceso pueda volver a ser objeto de controversia en otro. Entonces, para que esta institución se configure deben aparecer los tres elementos que la estructuran: (i) identidad de partes, entendiéndose que no es la identidad de las personas sino de partes jurídicas, que se debe dar entre quienes actuaron en el primer proceso y las que intervienen en el que se aduce cosa juzgada; (ii) identidad de la cosa u objeto, que se presenta cuando en el nuevo proceso se controvierte el mismo bien jurídico e; (iii) identidad de causa, que se da cuando coinciden los fundamentos de hecho en los varios procesos.

Frente a lo dicho y de cara a las sentencias que se anotaron en precedencia, fuerza concluir que sobre el salario devengado por el actor ya existe determinación que impide pronunciamiento al respecto, de allí que no sea procedente, revivir una discusión que se agotó plenamente en un proceso anterior que hizo tránsito a cosa juzgada, con lo cual debió la Juzgadora de primer grado asegurarse de declarar su existencia y no pronunciarse al respecto, por ende y ante tal desacierto se sigue revocar el numeral primero de la sentencia confutada, para en su lugar, declarar probada la excepción de cosa juzgada propuesta por la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia en su condición de Administradora del Fondo Nacional del Café sobre la declaratoria de

existencia de la relación laboral y el último salario devengado por el actor en vigencia de aquella, esto es, la suma de US \$974.03, lo cual, convertido en pesos colombianos ascienden a la suma de \$233.572,39.¹

Salario base de liquidación

Sentando lo anterior y en lo que hace puntualmente a los demás reproches que sobre tal aspecto formuló la encartada, cumple recordar que con arreglo a lo dispuesto en el artículo 115 de la Ley 100 de 1993, los bonos pensionales constituyen aportes destinados a contribuir en la conformación del capital necesario para financiar las pensiones de los afiliados al sistema. A su vez, el artículo 117 del mismo canon señala que para determinar el valor de los bonos se debe establecer una pensión de vejez de referencia para cada afiliado, tomando para efectos del cálculo, entre otros factores, el salario "*base de cotización*" a 30 de junio de 1992, o en su defecto, el último salario devengado antes de esa data si se encontraba cesante.

En ese sentido, para determinar el salario base del bono pensional del demandante antes del 30 de junio de 1992, dado que para esa data el vínculo laboral con la extinta Flota Mercante Gran Colombiana S.A. ya se encontraba fenecido, debe calcularse tomando como referencia el salario máximo asegurable para el año de 1992, pues la disposición aplicable a efectos de liquidar el monto del bono pensional no es otra que el artículo 117 de la Ley 100 de 1993.

Bajo tal contexto, es evidente que, la juez primigenia coligió que el salario base de cotización sería la suma del salario percibido al finalizar la relación laboral, de ahí que sea desatinada su inferencia, sin embargo, el salario de \$233.572,39 que aquí se determinó como devengado por el actor no supera el monto máximo asegurable, conforme a lo dispuesto en el artículo 20 del Acuerdo 048 de 1988, aprobado por el Decreto 2610 del mismo año, el cual, establecía que la categoría máxima era 51, con un salario mensual máximo asegurable de \$665.070, por lo tanto es claro que debe tenerse en cuenta como la base de cotización del afiliado a 3 de junio de 1987, de ahí que también sea la base del cálculo actuarial representado en el bono pensional que se ordena.

Cabe aclarar que en torno a la discusión que giró sobre la aplicación del literal a) del artículo 5° del Decreto-Ley 1299 de 1994, mismo que señalaba que el salario base de liquidación para calcular la pensión de vejez de referencia debía tomarse el salario o el ingreso base de liquidación respecto del salario devengado, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, desató dicha controversia argumentando que no es dable aplicar el literal a) del artículo 5 del Decreto 1299 de 1994, sin que de manera alguna se pretenda dar efectos retroactivos a la sentencia C-734-2005, misma que declaró inexecutable el citado literal. (SL1857-2021)

Sin embargo, la Sala considera que al señalar la decisión de primer grado que debía tenerse en cuenta el salario de \$237.002, es imperativo modificar la decisión para ordenar que el cálculo actuarial, representado en un bono o título pensional, conforme lo señala el literal e), parágrafo 1° del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, se pague sobre un salario mensual de \$233.572,34, conforme a lo dispuesto en el artículo 20 del Acuerdo 048 de 1988, aprobado por el Decreto 2610 del mismo año.

¹ Tasa Representativa del Mercado (TRM - Peso por dólar),
https://totoro.banrep.gov.co/analytics/saw.dll?Portal&PortalPath=%2Fshared%2FDashboards_T%2FD_Estad%C3%ADsticas%2FTasas%20de%20cambio%20y%20sector%20externo&page=Tasas%20de%20cambio&NQUser=publico&NQPassword=publico123&lang=es.

Licencia y suspensiones

En lo que atañe a que dicha liquidación se le deba restar 167 días licencias y suspensiones que se aduce en la liquidación de prestaciones sociales, la Sala no puede acceder a dicho pedimento, en tanto que en aquel medio probatorio no se establece si la licencia fue remunerada o no, lo que impide también establecer los días de suspensión, por manera que se sigue confirmar la decisión del A quo referente al periodo laborado entre el 9 de septiembre de 1978 al 3 de junio de 1987.

Pago de la totalidad del título pensional

Incumbe a la Sala verificar si el juez primigenio se equivocó en cuanto ordenó a sufragar la totalidad del bono pensional, para ello, basta con traer a colación lo resuelto sobre tal punto por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que de manera pacífica y reiterada ha indicado, precisamente en sentencia SL2584-2020, reiterada en sentencia SL673-2021, lo siguiente:

“La razón por la cual el empleador debe asumir íntegramente la mencionada erogación radica en que durante el lapso de no afiliación por falta de cobertura fue el único responsable del riesgo pensional, en la medida que durante tal interregno la obligación estuvo totalmente a su cargo. De ahí que no resulta procedente que el valor del título pensional sea distribuido entre él y el extrabajador en la proporción prevista legalmente para los aportes pensionales, tal como lo pretende la recurrente.

Por tal razón, las disposiciones que transcribe la censura para respaldar su tesis no resultan aplicables en este asunto, toda vez que la condena cuyo pago le fue impuesta en las instancias consiste en el título pensional correspondiente al lapso de vinculación, más no el pago de cotizaciones al sistema de pensiones que es lo que aquellas regulan.”

De ahí que sea más que una razón suficiente para no hallar razón a la censura, y en ese sentido habrá de confirmarse la sentencia de primer grado sobre tal aspecto, en tanto que no es procedente que el título pensional sea distribuido entre las partes.

Cumplimiento de la sentencia y de la responsabilidad subsidiaria de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia en calidad de administradora del Fondo Nacional del Café.

Al respecto y con el fin de determinar a qué entidad o entidades corresponde el cumplimiento de la orden del pago del cálculo actuarial, se tiene que mediante auto No. 411-11731 del 31 de julio de 2000, la Superintendencia de Sociedades ordenó la liquidación obligatoria de la CIFM y en auto del 28 de agosto de 2012 la Superintendencia de Sociedades declaró terminado el proceso liquidatorio de los bienes que conformaban el patrimonio de dicha empresa y declaró extinguida la personería jurídica de la misma.

Así mismo, en proveído 22 de noviembre de 2012 dicha Superintendencia al resolver el recurso de apelación interpuesto contra la providencia antes citada, además de confirmar la extinción de la personería jurídica de la Compañía, respecto a la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia como Administradora del Fondo Nacional del Café en el artículo 5º, indicó:

“ARTÍCULO QUINTO: MODIFICAR el artículo vigésimo tercero del Auto 400 – 010928 del 28 de agosto de 2012, el cual quedará así: ARTÍCULO VIGÉSIMO TERCERO. – ADVERTIR a la Federación Nacional de Cafeteros como administradora del Fondo

Nacional del Café, que estará a su cargo el reconocimiento de la calidad de pensionados, así como también de las sustituciones pensionales. (...)”

Decisión que guardó concordancia con lo dicho por la Corte Constitucional en la sentencia SU 1023 de 2001, en la que señaló que la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia en calidad de Administradora del Fondo Nacional del Café es matriz o controlante de la Flota Mercante Gran Colombiana SA y por ende, se presume la responsabilidad subsidiaria en los términos del artículo 148 de la Ley 222 de 1995, de ahí que se le impuso poner a disposición del liquidador los recursos para que éste cumpla con las obligaciones pensionales a su cargo siempre que éste no tenga la liquidez.

Situación que fue objeto de pronunciamiento por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL471-2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, misma que reafirmó la obligación de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, en su deber de responder subsidiariamente por las obligaciones pensionales a cargo de la extinta Flota Mercante.

Ahora, en virtud del contrato de fiducia mercantil suscrito el 14 de febrero de 2006 entre la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante S.A. en Liquidación y Fiduciaria la Previsora S.A., se constituyó el Patrimonio Autónomo “PANFLOTA”, para que la fiduciaria administrara los recursos y bienes que le fueran transferidos por el fideicomitente al momento de la celebración del contrato y los que posteriormente se transfirieran de conformidad con lo descrito en el mismo, con el fin de que éstos fueran destinados al pago de mesadas pensionales y aportes a EPS a cargo de la compañía de la flota Mercante S.A. en Liquidación; así mismo, le fue asignada la administración de contingencias judiciales que le fueran entregadas y atención de gastos necesarios para cumplir dichos objetivos de acuerdo con las cláusulas del contrato.

Ante la terminación de la liquidación obligatoria de la CIFM y su aprobación de la rendición final de cuentas presentada por el Liquidador de la CIFM, la Superintendencia de Sociedades mediante número 400-016211 modificó el numeral vigésimo séptimo del Auto 400-010928 del 28 de agosto de 2012, para en su lugar, advertir a los que tuvieron calidad de partes laborales dentro del proceso concursal liquidatario, que cualquier reclamación de tipo laboral o pensional deberá efectuarse ante el Patrimonio Autónomo PANFLOTA administrado por la Fiduciaria la Previsora S.A.

En tal virtud, en auto 400-010509 ordenó al liquidador de la Compañía nombrar un mandatario con cargo al Patrimonio Autónomo PANFLOTA con el fin de que atendiera las solicitudes y trámites, pero únicamente respecto de las obligaciones pensionales de los ex trabajadores de la Compañía y sus beneficiarios; con tal fin el Liquidador de la CIFM suscribió contrato de mandato con representación con cargo al Patrimonio Autónomo PANFLOTA y nombró la Dra. Carmen Isabel Suarez Gutiérrez; el mencionado contrato de mandato fue cedido por el Liquidador a PANFLOTA, quien ostenta actualmente la condición de mandante; y en virtud del contrato de mandato No. 9264-001-2014 suscrito entre Fiduciaria la previsora S.A. como Vocera y Administradora del Patrimonio Autónomo PANFLOTA y Asesores en Derecho S.A.S., es esta última quien actualmente actúa como mandataria con representación del patrimonio autónomo PANFLOTA.

Conforme a lo anterior, será la Fiduprevisora SA como vocera y administradora del Patrimonio Autónomo PANFLOTA la responsable del pago del cálculo actuarial aquí ordenado y en caso de que no existan recursos suficientes para tal efecto en el patrimonio autónomo, asumirá esta obligación como responsable subsidiaria la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia en calidad de Administradora del Fondo Nacional del Café, dada su calidad de empresa matriz o controlante de la extinta Flota Mercante, la cual se

encuentra acreditada con el certificado de existencia y representación legal de la COMPAÑÍA DE INVERSIONES DE LA FLOTA MERCANTE S.A. expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá.

Cumple aclarar que, si bien la demandada en su recurso de apelación indicó que la liquidación ocurrió por circunstancias ajenas a su actuar, lo cierto es que ello quedó en simples afirmaciones, las cuales están lejos de tenerse en cuenta, ya que por sabido se tiene que nadie puede crear su propia prueba, para valerse, sacar provecho o beneficiarse de ella, además, por cuanto la prueba que aduce en la alzada como no valorada por la A quo es notorio que fue realizada por la misma parte demandada, acotando que en nada impide a esta Sala el estudio de la responsabilidad que se pretende, pues esta surge del imperio de la Ley y parte de una presunción, misma que no fue derruida, quedando de presente, se reitera, en virtud del artículo 148 de la Ley 222 de 1995, que la situación de concordato o liquidación obligatoria de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante se causó como efecto de la subordinación que la vincula a la Federación Nacional de Cafeteros como administradora del Fondo Nacional del Café, de ahí que sea responsable subsidiaria en el pago de las condenas que en este asunto en concreto se estableció.

Con todo lo anterior, es claro que ningún reproche sobre tal determinación merece la decisión de primer grado, como quiera que la responsabilidad de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia en calidad de Administradora del Fondo Nacional del Café es subsidiaria y en esa medida la **FIDUPREVISORA SA** como vocera y administradora del Patrimonio Autónomo Panflota, deberá pagar el valor del cálculo actuarial representado a través de un bono pensional, para el periodo antes dicho a satisfacción de **COLPENSIONES** y conforme al cálculo que esta última realice, para efectos de convalidar los tiempos de aportes en los que no se efectuaron cotizaciones.

Por manera que la demandada **FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA** en calidad de administradora del **FONDO NACIONAL DEL CAFÉ**, será responsable subsidiariamente de la obligación pensional por concepto de pago de cálculo actuarial a favor del demandante aquí ordenado, en su calidad de matriz o controlante de la extinta **COMPAÑÍA DE INVERSIONES DE LA FLOTA MERCANTE GRAN COLOMBIANA**, siempre que la **FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.** en su condición de administradora del Patrimonio Autónomo PANFLOTA, no cuente con recursos económicos para asumir tales obligaciones.

En ese sentido, se confirmará la condena impartida por la Juez de primer grado en la forma que determinó.

Responsabilidad subsidiaria de La Nación Ministerio de Hacienda y Crédito Público

Frente a este tópico, si bien es cierto el Consejo de Estado Sala de Consulta y Servicio Civil en providencia del 15 de febrero de 2001, señaló que eventualmente podría ser responsable el Estado frente a las obligaciones adquiridas por dichas sociedades en el caso que no existan los suficientes recursos para asumir las obligaciones pensionales, dado que la Federación Nacional de Cafeteros administra el Fondo Nacional del Café, el cual se nutre con recursos de carácter parafiscal y, por tanto, tienen la calidad de públicos con afectación especial a favor del gremio cafetero, lo cierto es que, en este asunto se demostró la responsabilidad subsidiaria de la Federación Nacional de Cafeteros frente a las obligaciones pensionales de la entonces Compañía de Inversiones Flota Mercante, por manera que se garantizan los derechos pensionales aquí controvertidos sin que sea

necesario entonces, en este asunto, endilgársele responsabilidad al Estado a través de La Nación Ministerio de Hacienda y Crédito Público, máxime cuando es claro que la responsabilidad de esta última fue pretendida como pretensión subsidiaria, es decir, en caso de que no salgan adelante las pretensiones enlistadas en el numeral tercera y decima relacionadas con la responsabilidad subsidiaria de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia en su condición de Administradora del Fondo Nacional del Café, tal como se expone en el libelo demandatorio; de ahí que sea inviable siquiera su estudio ante la procedencia de la citada pretensión en contra de la aducida Federación.

Reliquidación de la pensión de vejez e intereses moratorios

Atendiendo a los tiempos extrañados por el demandante, que considera deben incluirse para el conteo de las semanas a efecto de verificar el cumplimiento de los requisitos para acceder a la reliquidación pensional pretendida, es necesario señalar que la Ley 100 de 1993, introdujo un nuevo régimen de seguridad social que entró a regir el 1 de abril de 1994, normatividad que de acuerdo a los principios que regulan la seguridad social, protegió las expectativas legítimas de ciertas personas que a la fecha tuvieran cumplidos algunos requisitos como edad o tiempo de servicios, consagrando un régimen de transición, que permite acudir en ciertos y específicos asuntos, a la norma que los gobernaba previa a la expedición de la citada ley, los cuales son:

- La edad,
- Tiempo de servicios o número de semanas cotizadas y
- Monto de la pensión de vejez allí consagrado, entendiéndose el monto como el porcentaje o tasa de reemplazo con el que se liquida la pensión y no como el IBL, que corresponde a los salarios devengados por el trabajador o la base sobre la cual ha efectuado sus aportes al sistema, según el caso.

Así mismo, respecto del Ingreso Base de Liquidación de la pensión de vejez de las personas beneficiarias de régimen de transición, se debe resaltar que el Legislador hizo pronunciamiento expreso, conforme se observa en el inciso 3º del artículo 36 y el artículo 21 de la ley 100 de 1993, esto es, para quienes estando en transición les faltare menos de 10 años para adquirir el derecho que *"será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo, si este fuere superior"* o para quienes a la entrada en vigencia del sistema general de pensiones les faltare 10 o más años para consolidar el derecho a la pensión de vejez, el ingreso base de liquidación se determina con *"el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, o en todo el tiempo si este fuere inferior para el caso de las pensiones de invalidez o sobrevivencia"* o *"Cuando el promedio del ingreso base, ajustado por inflación, calculado sobre los ingresos de toda la vida laboral del trabajador, resulte superior al previsto en el inciso anterior, el trabajador podrá optar por este sistema, siempre y cuando haya cotizado 1250 semanas como mínimo."*

En este sentido, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL3696 del 29 de agosto de 2018, precisó:

"Aunado a lo anterior, la Sala ha dicho que a los beneficiarios del régimen de transición que les hacía falta menos de 10 años para adquirir el derecho, les resulta aplicable el inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, mientras que para aquellos a quienes les falta un tiempo superior, el ingreso base de liquidación debe ser el contemplado en el artículo 21 de la citada normatividad."

Ahora bien, como se dijo precedentemente, el régimen que resulte aplicable dependerá de las condiciones que el afiliado acreditaba al momento de entrar en vigor el Sistema

General de Pensiones (1º de abril de 1994).

Bajo los argumentos esgrimidos y volviendo al caso que concita la atención de la Sala, en este asunto no existió discusión respecto que promotor del proceso es beneficiario del régimen de transición pues al 1 de abril de 1994 contaba con 45 años, ya que nació el 29 de octubre de 1948, conforme da cuenta la cédula de ciudadanía que obra folio 581 del cuaderno 2º; tampoco, que el derecho pensional se concedió a la luz del Acuerdo 049 de 1990, requisitos que se advirtieron satisfechos al 29 de octubre del 2008, en cuantía inicial de \$877.215, con base en 878 semanas cotizadas, un ingreso base de liquidación de \$1.329.114 y tasa de reemplazo equivalente al 66%, mediante Resolución No. 028756 del 26 de junio del 2009, la cual fue confirmada por la Resolución 021295 del 22 de junio de 2011 y Resolución No. 05881 del 30 de noviembre del 2011 ante la solicitud de reliquidación que fue solicitada por el actor el 21 de agosto del 2009.

En consecuencia, teniendo en cuenta que la prestación económica le fue reconocida al actor conforme a lo dispuesto en el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 780 del mismo año, además, es claro que se deben adicionar a la historia laboral de Colpensiones el tiempo laborado en la Flota Mercante Gran Colombiana SA, hoy Compañía de Inversiones de la Flota Mercante SA., esto es, 455.57 semanas, por el periodo comprendido entre el 9 de septiembre de 1978 al 3 de junio de 1987, resulta procedente la reliquidación de la pensión del actor, como bien lo determinó el A quo.

Para el efecto, deberá tenerse en cuenta las 878 semanas señaladas por Colpensiones en el acto administrativo de reconocimiento, las cuales, sumadas con la aquí determinadas, arroja un total de **1.332.57 semanas**, correspondiéndole entonces a una tasa de reemplazo del 90%, como acertadamente lo coligió la juez de primer grado. Sobre el IBL este será sobre el promedio de salarios sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez últimos años o sobre el ingreso de toda la vida laboral del trabajador, el que resulte más favorable, en tanto que le hicieron falta más de diez (10) años para adquirir el derecho pensional.

Por tanto, se confirmará sobre este tópico la decisión que tomó la Juez primigenio.

Excepción de Prescripción (Diferencias Pensionales)

Ahora, la Sala se ocupará de resolver los cuestionamientos que plantea la parte actora en torno a la excepción de prescripción, la cual fue propuesta en oportunidad procesal pertinente por la parte demandada. La discusión se centra en determinar si el fenómeno de la prescripción operó respecto de las mesadas pensionales causadas con anterioridad al 29 de junio del 2014, como lo coligió el Juez primigenio.

En esa medida, cumple recodar, que son dos los preceptos regulan la prescripción extintiva de la acción o del derecho, esto es, los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, mediante los cuales señalan que las acciones que emanen de las leyes sociales prescribirán en tres años, que se contarán desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible y la simple reclamación escrita del trabajador, recibida por el empleador, sobre un derecho o prestación debidamente determinados, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso de tiempo igual.

Ahora, en tratándose de obligaciones de tracto sucesivo, de naturaleza periódica y causación progresiva, como lo son las mesadas pensionales, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha indicado que el beneficiario puede presentar

reclamaciones respecto de cada acreencia, en orden a interrumpir en forma individual la prescripción. A propósito, en sentencia SL794–2013, reiterada en SL244-2019, se dijo al respecto:

"Ahora bien, de acuerdo con las consideraciones del Tribunal, a juicio de la Sala éste no se equivocó, pues fue claro en puntualizar que la prescripción solo se podía interrumpir por una sola vez, salvo en los casos que la prestación tuviera una causación periódica, en que se podían presentar múltiples interrupciones, teniendo en cuenta que cada prestación tenía un término de contabilización, lo que es lógico si se tiene en cuenta que, cuando la norma se refiere a que la interrupción se da por una sola vez, debe entenderse que es con respecto a una misma prestación, vale decir, en el caso de las pensiones, respecto a unas mismas mesadas, de manera que efectuada la reclamación, el término se interrumpe respecto de las mesadas causadas hasta esa fecha, no las posteriores, porque aún no se han causado y mal se haría en entenderse interrumpido el tiempo cuando aún no ha empezado a correr, ni ninguna reclamación se ha hecho respecto a su pago. De ahí que sea posible la interrupción del término prescriptivo en un futuro, respecto a estas nuevas mesadas, cuyo concepto es independiente, en la medida que la causación es diferente."

Teniendo en cuenta los anteriores lineamientos jurídicos y jurisprudenciales, se concluye que son aplicables al caso concreto del actor, pues, aunque la exigibilidad de la prestación económica se dio al momento en que el demandante arribó a la edad de 60 años, esto es, el 29 de octubre del 2008, lo cierto es al ser la pensión de vejez una prestación económica con causación periódica, debe entenderse que el término de prescripción se encuentra interrumpido con cada reclamación que realizó el accionante respecto de las diferencias pensionales causadas hasta esa fecha, pero no las posteriores, como se indicó en la citada sentencia.

Ante este panorama, teniendo en cuenta que el derecho a la pensión de vejez se hizo exigible el 29 de octubre del 2008, y que el término de prescripción empezaba a contarse a partir de esa fecha por tres años, respecto de las mesadas que se iban causando, mes a mes, operó este fenómeno para este caso en particular así:

Se tiene que el actor elevó reclamación ante la demandada, misma que le fue resuelta definitivamente mediante Resolución No. 05881 del 30 de noviembre del 2011 (Expediente Administrativo), por lo que es claro que, ante tal interrupción, el término para interponer la demanda iba hasta la misma fecha del año 2014, sin embargo, se radicó hasta el 19 de diciembre de 2017, por lo que las mesadas causadas con anterioridad al 30 de noviembre de 2011 prescribieron.

Ahora bien, respecto a las mesadas causadas con posterioridad al 30 de noviembre del 2011, el actor apenas vino a presentar nueva reclamación el 29 de junio del 2017, por lo que prescribieron las causadas con anterioridad a la misma fecha de 2014, no ocurriendo lo mismo con las posteriores, pues la demanda fue presentada el 19 de diciembre del 2017, esto es, dentro de los tres años siguientes.

En esa medida, es claro que no incurrió en error el sentenciador de primer grado al colegir que el fenómeno de la prescripción debía contarse tres años atrás a partir de la fecha en que fue presentada la segunda reclamación se hizo sobre la reliquidación pensional que ahora se pretende, debiéndose claramente confirmar su decisión que sobre tal aspecto arribó.

Intereses moratorios del que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993

La misma suerte correrá la pretensión relacionada con el reconocimiento de los intereses

moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, dado que la entidad pensional no está en mora en el reconocimiento de la pensión de vejez. Lo que se reconoció judicialmente fue reliquidación pensional en virtud del cálculo actuarial a cargo del empleador, tal como se indicó en reciente sentencia SL2206-2021 del 26 de mayo del 2021, M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, misma en la que se anotó:

"No se accede a los intereses moratorios toda vez que la administradora de pensiones no incurrió en mora en el reconocimiento de las diferencias pensionales, cuya condena se ordenó a partir de este proveído con el pago del cálculo actuarial a cargo del empleador."

Condicionalidad de la sentencia

Teniendo en cuenta el derecho a la reliquidación pensional que le asiste al demandante, deberá confirmarse la decisiva que se impartió en primera instancia, en tanto que debe condicionarse la orden de reliquidación impartida a Colpensiones al momento en que se efectúe el pago del cálculo actuarial objeto de condena, pues, tal aspecto constituye su base de reliquidación y financiación.

Costas impuestas en primera instancia a cargo de la Fiduprevisora SA como vocera y administradora del Patrimonio Autónomo Panflota.

Finalmente, debe recordarse que el art. 365 del CGP prevé que se debe condenar en costas a la parte vencida en el proceso. Teniendo en cuenta que la accionada se opuso a las pretensiones de la demanda y se le impartió una condena en su contra, es fácil concluir que acertó el *a quo* al imponerle costas en primera instancia, máxime cuando propuso excepciones como expresión legítima de su derecho de defensa.

• Monto de las agencias en derecho que fueron condenadas.

Hay que recordar sobre ello, que con apego a lo dispuesto en el numeral 5 del artículo 366 del CGP, las inconformidades u objeciones sobre el monto de las agencias en derecho, se controvierten mediante los recursos de reposición y apelación contra el auto que aprueba la liquidación de costas, por manera que cualquier discusión al respecto debe ser impetrado ante el Juez de primera instancia. Bajo ese hilo conductor es claro que esta Sala no tiene competencia para modificar o no el valor de las agencias que se impusieron en primera instancia, en tanto que no es la oportunidad procesal dispuesta para ello, siendo la correcta en el momento en que se aprueben las costas procesales por el A quo.

Costas. Sin costas en esta instancia judicial.

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 el numeral 1° de la sentencia proferida el 16 de septiembre del 2019, por el Juzgado 39 Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar **DECLARAR PROBADA** la excepción de cosa juzgada respecto a la existencia de la relación laboral, sus extremos temporales y el último salario devengado al interior de aquella, en armonía a las consideraciones expuestas en esa providencia.

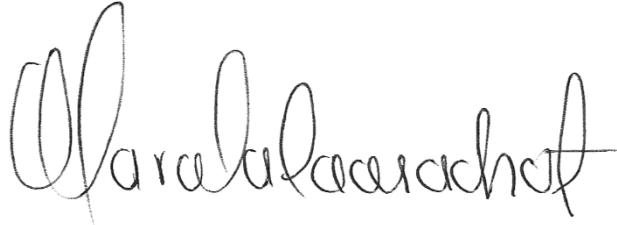
SEGUNDO: MODIFICAR los numerales 2° y 4 de la sentencia de primer grado, para **ORDENAR** que el salario base de liquidación del cálculo actuarial representado en un

bono o título pensional, conforme lo señala el literal e), parágrafo 1º del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, se realizará y pagará sobre un salario mensual de \$233.572,39, conforme a lo dispuesto en el artículo 20 del Acuerdo 048 de 1988, aprobado por el Decreto 2610 del mismo año.

TERCERO: MANTENER incólume en lo demás la sentencia apelada.

CUARTO: SIN COSTAS en la alzada.

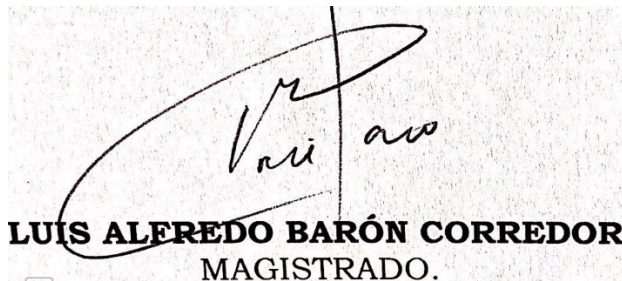
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



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: RUTH MARITZA FALLA MONTEALEGRE
DEMANDADO: COLPENSIONES- AFP PROTECCIÓN S.A.- AFP PORVENIR S.A.
RADICACIÓN: 1100131050-39-2019-00661-01
ASUNTO: APELACIÓN SENTENCIA
TEMA: INEFICACIA TRASLADO

Bogotá D.C, treinta y uno de mayo 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

En atención al memorial allegado mediante correo electrónico, se reconoce personería para actuar a las Dras. JUANITA ALEXANDRA SILVA TÉLLEZ y SHASHA RENATA SALEH MORA, identificados en legal forma, como apoderados sustitutos de PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, respectivamente, en los términos y para los efectos del poder conferido.

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Ruth Maritza Falla Montealegre instauró demanda ordinaria contra COLPENSIONES, la AFP PROTECCIÓN y AFP PORVENIR con el fin de que se declare la ineficacia del traslado al RAIS y se declare para todos los efectos legales, que nunca se trasladó al RAIS, y por tanto siempre permaneció en el RPM. Como consecuencia, se ordene a la AFP Porvenir a trasladar a Colpensiones la totalidad de lo ahorrado por la demandante en su cuenta de ahorro individual, tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora con todos los rendimientos, sin descuento por el pago de las mesadas pensionales; que se ordene a la AFP Porvenir devolver a COLPENSIONES las sumas de dinero percibidas por concepto de gastos de administración, debidamente indexados, por el periodo en que la demandante permaneció afiliada en esa administradora; que se ordene a COLPENSIONES a recibir a la demandante en el RPMPD, con la totalidad de ahorros de la demandante que Porvenir traslade; que se ordene a COLPENSIONES a actualizar la historia laboral; que se ordene a Porvenir pagar a la demandante la diferencia que se presente entre las mesadas que le fueren pagadas en caso de que la misma obtenga su pensión de vejez por parte de esta administradora en el curso del proceso, y las que le hubiere correspondido en caso de haber obtenido su pensión de vejez en el RPMPD. Finalmente, pide se declare lo que resulte probado extra y ultra petita y se les condene a las demandadas a las costas del proceso (fol. 4 y ss.).

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló que efectuó aportes al ISS desde el 4 de abril de 1988 hasta el 2 de marzo de 1998; que se afilió al RAIS por la AFP

Protección desde agosto de 1998 hasta febrero de 2003; previo a la firma de esta afiliación se le informó que en este fondo, ella se podría pensionar a la edad que quisiera; que al momento del traslado no fue asesorada en debida forma; que la AFP Protección no le presentó una proyección acerca de cuál sería el monto de su mesada pensional en caso de afiliarse al RAIS; posteriormente la demandante solicitó afiliarse al RAIS administrado por la AFP Porvenir; que en este fondo ha efectuado cotizaciones desde marzo de 2003 hasta la fecha; que Porvenir no le informó las características del RPMPD, ni del RAIS, con anterioridad al momento de su afiliación; que la afiliación inicial al RAIS, no le fue suministrada información cierta, completa, veraz e imparcial por parte de dichas administradora y que envió reclamación administrativa ante Colpensiones el 29 de julio de 2019, sin obtener respuesta a la fecha.

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (fol. 98); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de AFP PROTECCIÓN S.A. Contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda argumentando que el acto de traslado es existente, válido, exento de vicios de consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo; que dicho acto se realizó en forma libre y espontánea, solemnizándose de esta forma su afiliación; que la actora tuvo suficiente ilustración para que optara por el traslado de régimen, desvirtuándose de esta manera cualquier vicio del consentimiento; que la firma del formulario de afiliación es señal de aceptación, lo que constituye una manifestación inequívoca de trasladarse a la AFP Protección. 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, la innominado o genérica, la inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declare la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe y el reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa (fol. 66 y s.s.)

4. Contestación de COLPENSIONES. Dio respuesta a la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda argumentando que dentro del expediente no obra prueba alguna de que efectivamente a la demandante se le hubiese hecho incurrido en error 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 encuentran sujetas a derecho, y que se hizo de manera libre y voluntaria; que la demandante no cumple con los requisitos de la sentencia SU- 062 de 2010, para poderse trasladar de régimen en cualquier tiempo. Propuso como excepciones de fondo 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, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada o genérica (fol. 100 y s.s.)

5. Contestación de AFP PORVERNIR. Contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, señalando que la demandante no aportó elemento de prueba que permita concluir que su voluntad de seleccionar régimen pensional se vio coartada en algún momento, tal como lo contemplan el literal B del

artículo 13 y el 271 de la Ley 100 de 1993. Igualmente, que, al momento del traslado horizontal, cumplió con el deber de información que le era oponible, al realizar una asesoría veraz, clara y oportuna. Que le informó a la demandante sobre el régimen de transición pensional, que el monto de su pensión dependería del capital aportado en su cuenta individual, entre otras características del RAIS. Propuso como excepciones de fondo las de prescripción, acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe. (exp. digital)

6. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 27 de noviembre de 2020, en la que el fallador de primera instancia declaró la ineficacia del traslado al RAIS a las AFP PROTECCIÓN y a la AFP PORVENIR. Condenó a la AFP PROTECCIÓN, a transferir a Colpensiones las comisiones que haya recibido por administración durante el tiempo que estuvo afiliada la demandante a la misma y de manera indexada. Condenó a la AFP PORVENIR S.A. a trasladar a Colpensiones todas las sumas de dinero que obren en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con rendimientos y comisiones por administración, de manera indexada desde el 1 de marzo de 2003, sin que le sea dable descontar alguna suma de dinero por seguros de invalidez y sobrevivientes. Ordenó a Colpensiones a recibir los recursos anteriores y reactive la afiliación de la demandante al RPMPD, sin solución de continuidad. Declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas. Informó a Colpensiones que puede iniciar las actuaciones civiles para obtener el pago de los perjuicios que puedan causarse con el acto que se declara ineficaz por parte de la AFP PROTECCIÓN y la AFP PORVENIR.

La decisión del Juez se basó en que no basta con la firma del formulario de afiliación, sino que se debe brindar elementos de juicio suficientes para el traslado de régimen, encontrándose o no la persona en el régimen de transición. Que el deber de información debe cumplir con tres requisitos: 1) Que sea una información objetiva, explicando las desventajas, ventajas y requisitos de los dos regímenes. 2) Que se debe brindar una información comparada entre los dos regímenes. 3) Que la información debe ser comprensible, que se está hablando con un lego en la materia, independientemente de la profesión que tenga. Que quien tiene la carga probatoria es la AFP. Que por el hecho de estar afiliada a una pensión voluntaria no subsana cualquier tipo de información. Que el derecho a reclamar la ineficacia del traslado es imprescriptible.

7. Impugnación y límites del ad quem.

7.1. Recurso de apelación AFP PROTECCIÓN S.A. Interpuso recurso de apelación frente a los gastos de administración, indicando que ese dinero se descontó por disposición legal con base en el principio de buena fe. Que dando aplicación al artículo 1746 C.C. al declarar la ineficacia los rendimientos financieros se respetan para la afiliada, por lo tanto, también se deben respetar los descuentos por cuotas de administración, que se realizaron durante la afiliación de la actora. Que los descuentos de cuotas de administración, no hacen parte del dinero que financia la pensión de vejez, por tanto, se puede aplicar el fenómeno prescriptivo.

7.2 Recurso de apelación AFP PORVENIR S.A. Interpuso recurso de apelación, señalando que el traslado de régimen cumple los preceptos legales exigidos para la época del traslado, que se están exigiendo obligaciones que no se encontraban vigentes al momento del traslado. Que la afiliada efectuó un traslado horizontal, que conoce el funcionamiento del RAIS, como lo señaló en el interrogatorio de parte, donde afirmó que sus aportes generan rendimientos y adicionalmente ha venido realizando

aportes voluntarios para incrementar el valor de la pensión. Que la intención de la demandante nunca ha sido cambiarse de régimen pensional.

Señalo que la afilada no es un lego en la materia, es contadora pública y que ejerce como gerente de auditoría, que no es dable que se exija en esos términos a las AFP el deber de información. Que para la época en que se efectuó los traslado, no existía ninguna obligación de documentar la información a través del formulario. Solicita se le exonere del pago de los gastos de administración y seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, toda vez que estos conceptos operaron de manera legal de conformidad con el artículo 20 de la Ley 100 de 1993.

7.3. Recurso de apelación COLPENSIONES Impugnó la decisión señalando que la demandante suscribió el formulario de afiliación de manera, libre, espontánea y voluntaria, en aplicación del artículo 13 de la ley 100 de 1993. Que tenía una mera expectativa, y no se constituye un derecho. Que resultaba erróneo presentarle una proyección o una comparación sobre su posible mesada pensional, teniendo en cuenta que la diferencia es su ingreso base de cotización. Que la demandante solicitó el regreso a RPMPD cuando ya se encontraba en la prohibición descrita del art. 2 de la ley 797 del año 2003 y contaban con menos de 10 años para adquirir su derecho pensional. Que la demandante como consumidora financiera, tenía el deber de informarse debidamente, que no solamente es obligación de las AFP. Que la demandante desde su afiliación hasta la fecha, ratificó su deseo y voluntad de mantenerse en el RAIS, por lo tanto, sana cualquier vicio del contrato. Que la carga de la prueba, no solamente está en cabeza de las AFP, también le corresponde a la demandante presentar pruebas de los errores al momento de la afiliación, las cuales no evidencian en el proceso.

8. Alegatos de conclusión.

COLPENSIONES: Solicita que se revoque la sentencia de primera instancia, argumentando que la actora se encuentra en la prohibición legal del traslado, no acreditó los vicios del consentimiento, que la carga de la prueba le compete a la parte actora, que para la época del traslado solo se requería el formulario de afiliación, y que la declaratoria de la ineficacia descapitalizaría al régimen de prima media.

PORVENIR S.A.: En la oportunidad legal peticiona que se revoque en su integridad la sentencia de primera instancia, en tanto que no se cumplen los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado, ya que el traslado se realizó de manera libre y voluntaria con la firma del formulario de afiliación, además se cumplió con las obligaciones en materia de información; que para la fecha del traslado no se encontraba vigente el deber de buen consejo o doble asesoría; que tenía la oportunidad de devolverse al RPM y no lo hizo en las oportunidades legales; que no hay lugar a la devolución de gastos de administración en virtud de las restituciones mutuas, así como tampoco las comisiones ya que estas fueron giradas a la aseguradora; que de conformidad con el concepto de la Superintendencia Financiera es improcedente la devolución de los gastos de administración y sumas de la aseguradora.

DEMANDANTE: Aduce que la sentencia de primera instancia debe confirmarse, ya que se alinea con los precedentes de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, además que de apartarse el Tribunal del precedente de la Corte Suprema se estaría vulnerando garantías constitucionales a la actora.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Los recursos de apelación interpuesto por la AFP PROTECCIÓN, la AFP PORVENIR y COLPENSIONES 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 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) ¿El hecho de firmar el formulario de afiliación es suficiente para acreditar el deber de información? (ii) ¿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?; (iii) ¿Se sana la falta de información por el traslado entre varias AFP dentro del RAIS? (iv) ¿La AFP privada está obligada a devolver a Colpensiones las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones?; (v) ¿Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante? y (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 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 a la afiliada 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 Ruth Maritza Falla Montealegre cotizó al ISS desde el 4 de abril de 1988 hasta el 31 de marzo del año 1998, conforme aparece en la historia laboral expedida por Colpensiones (exp. digital); que para el 13 de julio de 1998 la señora demandante se afilió a la AFP Protección, conforme al formulario de afiliación (folio 33). Igualmente, se observa que la accionante se trasladó a la AFP Horizonte hoy AFP Porvenir el 30 de enero del año 2003, conforme al formulario de afiliación que fue aportado (folio 43).

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 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 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 1994 a 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 AFP PORVENIR S.A. y la AFP PROTECCIÓN S.A. no cumplieron con su carga probatoria pues no demostraron haber brindado la información requerida a la señora **Ruth Maritza Falla Montealegre** y contrario a lo señalado por PORVENIR en su apelación la demandante no confesó haber recibido dicha información al momento del traslado, pues en cada uno de las respuestas manifestó que no se le dio la debida información, que si bien la asesoría fue individual, la asesoría fue rápida y no se abordaron temas especiales, nada se le dijo sobre las ventajas o las desventajas de cada uno de los regímenes, ni las consecuencias de su traslado. Igualmente, si bien manifestó la demandante que realizaba aportes voluntarios, el hecho de estar afiliada a un programa de una AFP no sana la falta de información. Es cierto que para la fecha del traslado no se exigía documentar la información dada, pero si era obligación de las AFP privadas probar que brindó por cualquier medio la información requerida al momento del traslado, lo cual no hizo.

Siendo claro además que, el hecho de que la señora Ruth Maritza Falla Montealegre fuera profesional en contadora publica y ostentara el cargo de gerente de auditoría, no releva a las AFP privadas de su obligación de brindarle la información exigida al momento del traslado, pues ésta se debe brindar independientemente del grado de escolaridad con que cuente, sin que por ese solo hecho se pueda dar por sentado que conozca el tema pensional, discernimiento que en efecto si tiene la entidad financiera, quien cuenta con posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación.

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, 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.

Adicionalmente, no es de recibo el argumento de Colpensiones en el que señala que no puede aceptarse el traslado, porque la señora Ruth Maritza Falla Montealegre se encuentra inmersa en la prohibición del artículo 2 de la ley 797 del 2003, y le hacen falta menos de 10 años para cumplir la edad para pensionarse, como quiera que no nos encontramos frente a una solicitud de traslado, sino a la declaratoria de ineficacia del traslado al RAIS.

Necesidad de ser beneficiaria 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 actora, 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 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)

Traslado entre las diferentes AFP del RAIS no sana la ineficacia generada por la falta de información

Para establecer si existe saneamiento de la ineficacia generada por la falta de información cuando se produce el traslado de la afiliada 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 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, ello equivale a la ausencia de información.

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 cuanto a la devolución de los gastos de administración al ser una consecuencia de la ineficacia del traslado y hacer parte de la cuenta individual de aportes de la afiliada, la Sala considera que es igualmente imprescriptible.

COSTAS

En segunda instancia se impondrá costas a cargo de las demandadas, y a favor de la parte demandante, por no haber prosperado el recurso de apelación impetrado. De las de primera instancia se confirman.

DECISIÓN

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 27 de noviembre del 2020, por el Juzgado 39 Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: CONDENAR en **COSTAS** en esta en favor de la demandante y a cargo de PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A. y COLPENSIONES. De las de primera, se confirman.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



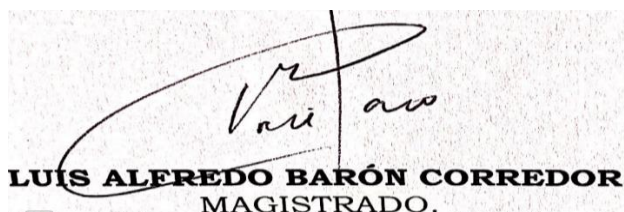
DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

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-

AUTO DEL PONENTE

COSTAS en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor del demandante y a cargo de PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, el equivalente a un (1) SMMLV, esto es, la suma de \$ 908.526 a cargo de cada una.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE: ROCÍO DEL PILAR MARTÍNEZ VARELA
DEMANDADO: COLPENSIONES- AFP PORVENIR S.A.
RADICACIÓN: 1100131050-39-2019-00631-01
ASUNTO: APELACIÓN SENTENCIA
TEMA: INEFICACIA TRASLADO

Bogotá D.C, treinta y uno de mayo (31) de mayo de 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

En atención al memorial allegado mediante correo electrónico, se reconoce personería para actuar a la Dra. LILIAN PATRICIA GARCIA GONZALEZ, identificada en legal forma, como apoderada sustituta de COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido.

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. ROCÍO DEL PILAR MARTÍNEZ VARELA instauró demanda ordinaria contra COLPENSIONES y AFP PORVENIR con el fin de que se declare la nulidad del traslado de RPMPD al RAIS, debido a la inadecuada asesoría e inducción en error a la demandante por la AFP Porvenir. Como consecuencia, se declare sin solución de continuidad la afiliación de la demandante al RPMPD administrado por Colpensiones. Se condene a la AFP Porvenir a entregar los bonos pensionales correspondientes, liquidar el valor de los aportes existentes en la cuenta individual a nombre de la actora, con el respectivo calculo actuarial, rendimientos financieros, intereses, comisiones, reintegro por el cobro de servicios financieros y enviarlos o depositarlos a su nombre en Colpensiones. Se ordene a Colpensiones a recibir el valor de los aportes existentes en su cuenta individual con el respectivo cálculo actuarial, bonos pensionales, rendimientos financieros, comisiones, intereses, reintegro por el cobro de servicios financieros girados por la AFP Porvenir. Finalmente, pide que se les condene a pagar a las demandadas las costas del proceso (fol. 2 y ss.).

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló que nació el 1 de mayo de 1961; que se trasladó del RPMPD al RAIS en el mes de marzo 1995; que para la fecha del traslado entre regímenes, computaba un total de 622 semanas cotizadas en el RPMPD; que la asesora comercial de la AFP Porvenir, no le brindó la información necesaria e ilustración suficiente, relacionada con las consecuencias del traslado de régimen pensional; que la AFP Porvenir le manifestó que de no trasladarse a un fondo privado de pensiones correría el riesgo de perder los aportes efectuados en el ISS; que el 2 de mayo de 208 Porvenir le entregó una simulación pensional y le informó a la actora que

para obtener una pensión por \$781.242.00 debe computar el equivalente a 1.723 semanas; que de acuerdo al IBL de los últimos 10 años, percibiría una mesada superior, de haberse mantenido en el RPMPD; que solicitó el traslado de régimen, sin obtener una respuesta favorable.

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (fol. 37-38), 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 en el expediente no obra prueba alguna de que efectivamente a la demandante se le hubiese hecho incurrido en error (falta al deber de información) por parte de la AFP, o de que se está en presencia de algún vicio del consentimiento (error, fuerza o dolo), así mismo que no se evidenció 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, que al contrario se observa que las documentales se encuentra sujetas a derecho, y que la afiliación se hizo de manera libre y voluntaria. Propuso como excepciones de fondo las de descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al RPMPD, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada y la innominada o genérica. (fol. 39 y s.s.)

4. Contestación de la AFP PORVENIR S.A. Dio respuesta a la demanda argumentando que la afiliación de la parte demandante con Porvenir S.A. en el año 1994 gozó de plena validez y eficacia, siendo producto de una decisión informada, libre de presiones o engaños, que fue inequívocamente voluntaria. Señaló que Porvenir S.A. siempre le garantizó el derecho de retracto a la parte actora, como lo dispuso inicialmente el artículo 3º del Decreto 1161 de 1994, también el literal e) del artículo 13 original de la Ley 100 de 1993. Indicó que el vicio del consentimiento deriva en una nulidad relativa susceptible de saneamiento mediante ratificación, tal como dispone el artículo 1741 del Código Civil. Propuso como excepciones de fondo las de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica. (Exp. digital)

5. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 1 de marzo de 2021, en la que el fallador de primera instancia declaró la ineficacia del traslado al RAIS. Condenó a la AFP Porvenir a transferir a Colpensiones, todas las sumas de dinero que obren en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con rendimientos y comisiones por administración (éstas debidamente indexadas), durante el tiempo que se encontraba afiliada la demandante, esto es, desde el 1 de diciembre de 1994, sin que le sea dable descontar alguna suma de dinero por seguros de invalidez y sobrevivientes, pensión de garantía mínima. Ordenó a Colpensiones, que reciba los dineros a los cuales se ha hecho referencia y que reactive la afiliación de la demandante al RPMPD y sin solución de continuidad. Declaró no probadas las excepciones. Condenó en costas a la AFP Porvenir. Informó a Colpensiones que puede iniciar las actuaciones civiles para obtener el pago de los perjuicios que puedan causarse con el acto que se declara ineficaz por parte de PORVENIR S.A.

La decisión del Juez se basó en que la carga de la prueba le corresponde a 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 se trata de firmar un formato sino brindar elementos de juicio suficientes para el traslado de régimen, encontrándose o no la persona en el régimen de transición. Que el derecho a reclamar la ineficacia del traslado es imprescriptible.

6. Impugnación y límites del ad quem.

6.1. Recurso de apelación AFP PORVENIR S.A Interpuso recurso de apelación argumentando que el formulario que suscribió la demandante, con la AFP Porvenir es un documento público que se presume autentico, de acuerdo al artículo 243 y 244 del CGP. Que la selección de régimen por parte del accionante, fue libre espontánea y sin presiones. Señala que Porvenir S.A. si cumplió con la carga procesal impuesta, en la medida que aportó los documentos que tenía en su poder, para demostrar que la demandante estaba vinculada al fondo, producto de una decisión libre e informada, que no se acredita solamente con el formulario de afiliación, sino también con la conducta de la demandante, que permaneció en el RAIS por más de 26 años.

Adujo, que jurídicamente no es viable imponer cargas distintas a las que estaban previstas en las leyes existentes al momento de la afiliación de la demandante, que constituiría una violación al debido proceso y a la confianza legítima del fondo. Igualmente, señalo que el acto que se celebró entre las partes, contenía objeto y causa lícita.

Indicó, que de acuerdo al artículo 113 literal b de la ley 100 de 1993, los dineros que se deben trasladar cuando existe un cambio de régimen, es el saldo de la cuenta de ahorro individual incluido los rendimientos. Por lo tanto, no se debería ordenar suma diferente a las establecidas por este numeral. Señaló que estos dineros no están destinados a financiar la prestación de vejez de la afiliada, por lo que se estaría configurando un enriquecimiento sin causa a favor de un tercero. Finalmente, que los gastos de administración no son parte integrante de la pensión de vejez y por lo tanto si prescriben.

6.2. Recurso de apelación COLPENSIONES Interpuso recurso de apelación, señalando que la demandante hizo uso de su derecho de traslado de régimen pensional, conforme lo dispuesto en el art. 13 de la ley 100 de 1993, sin que se haya ejercido presión o coacción alguna, que su decisión fue tomada de manera libre, espontánea y voluntaria, conociendo plenamente las características del RAIS. Que la demandante a lo largo de su afiliación desde 1994, no presentó ninguna objeción o queja respecto a la administración de su cuenta de ahorro individual, que como lo manifestó la demandante, tenía conocimiento que sus aportes generaban unos rendimientos y conocía de las características del RAIS. Que la demandante se encuentra dentro de la prohibición legal del artículo 2º de la ley 797 de 2003, por lo que se encuentra prescrita la oportunidad para declarar la ineficacia de este acto jurídico.

Finalmente, indicó que se encuentra ratificada la decisión de la demandante de mantenerse en el RAIS, por haber permanecido de 10 a 15 años sin presentar ninguna objeción, que conforme lo estableció el régimen del consumidor financiero, se establece como deberes a los consumidores financieros informarse adecuadamente de las condiciones del sistema general de pensiones.

6. Alegatos de conclusión.

Demandante: Solicita que se confirme la decisión de instancia en su integridad ya que se aviene a los lineamientos jurisprudenciales sobre la materia, para lo cual extracta en extenso varias sentencias.

Porvenir S.A.: En la oportunidad legal peticiona que se revoque y en su lugar se absuelva de todas las pretensiones, ya que no se probó ninguna de las causales previstas en el artículo 1741 del C.C., ni tampoco se demostró los vicios del consentimiento al momento del traslado; que la actora suscribió el formulario de traslado, el cual es un documento público que no fue tachado ni desconocido; que no es jurídicamente viable imponerle a la AFP cargas que no estaban vigentes para la fecha del traslado; que no se debe ordenar devolver sumas diferentes a las establecidas en el artículo 113 de la ley 100 de 1993; que debe tenerse en cuenta el concepto de la Superintendencia Financiera.

Colpensiones: En la oportunidad legal manifestó que debe revocarse la sentencia y absolver a la entidad demandada, ya que no se acreditan los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado, que la afiliación fue válida sin que haya mediado vicios en el consentimiento, aunado a que la actora se encuentra en la prohibición legal de retornar al régimen de prima media con prestación definida; que en el evento de confirmar la ineficacia, se debe ordenar a la AFP que haga la devolución integral de los aportes, así como también que haga la respectiva entrega del archivo y el detalle de aportes realizados en la AFP.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Los recursos de apelación interpuestos por la AFP PORVENIR y COLPENSIONES 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 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) ¿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?; (ii) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP PRIVADA hubiera omitido su deber de información al momento en que el actor se trasladó de régimen?; (iv) ¿La AFP privada está obligada a devolver a Colpensiones las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones?; (v) ¿Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante? y (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 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 a la afiliada 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 Rocío del Pilar Martínez Varela cotizó al ISS desde el 7 de enero de 1980 al 30 de noviembre del 1994, conforme aparece en la historia laboral expedida por Colpensiones (exp. digital); aclarando que, si bien aparecen aportes realizados a dicha administradora con posterioridad a esta última calenda, lo cierto es que también se avizora de dicho documento que las cotizaciones fueron devueltas al RAIS, en razón a que la demandante suscribió formulario de afiliación el 3 de noviembre de 1994 a la AFP Porvenir, cuyo traslado fue efectivo el 1 de diciembre del mismo año, tal como se observa del reporte SIAFP, formulario de afiliación No. 315638 y del reporte laboral válido para bono de la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público. (exp. digital).

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, contrario a lo manifestado por Porvenir, 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 la afiliada sino a la administradora de fondos de pensiones dar cuenta de que brindó la correspondiente información, que la misma 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 suministrar 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 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 la afiliada

podiera 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 PORVENIR S.A. no cumplió con su carga probatoria pues no demostró haber brindado la información requerida a la señora **Rocío del Pilar Martínez Varela** y contrario a lo señalado por la AFP Porvenir en su apelación, la señora Martínez únicamente refirió que recibió una asesoría grupal, que iba a tener una mejor pensión, una pensión anticipada, lo cual no es suficiente, pues nada se le dijo sobre las ventajas o las desventajas de cada uno de los regímenes, ni las consecuencias de su traslado. Y si bien es cierto para la fecha del traslado de la señora Martínez no exigía documentar la información dada, si era obligación de la AFP privada probar que brindó la información requerida al momento del traslado lo cual no hizo.

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.

Adicionalmente, no es de recibo el argumento de Colpensiones en el que señala que no puede aceptarse el traslado, porque la señora demandante se encuentra dentro de la prohibición legal del artículo 2° de la ley 797 de 2003, por faltarle menos de 10 años para cumplir la edad para pensionarse, como quiera que no nos encontramos frente a una solicitud de traslado, sino a la declaratoria de ineficacia del traslado al RAIS.

Finalmente, se le debe indicar a la AFP Porvenir y a Colpensiones respecto a su argumento dirigido a obtener declaratoria de saneamiento de la ineficacia generada por la falta de información por el simple paso del tiempo, que conforme lo tiene adoctrinado la CSJ entre otras en la sentencia SL 1688-2019, el hecho de que la señora Rocío del Pilar Martínez Varela haya permanecido muchos años en el RAIS, 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 explicó, 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, 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 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).

Conforme a ello, no resulta atendible lo afirmado por la apoderada de la AFP Porvenir, pues es claro que procede la devolución de los gastos de administración y comisiones, conforme al criterio jurisprudencial de la CSJ, como acertadamente lo indicó el a quo en sus consideraciones; ya que ello se genera como consecuencia de su omisión al no brindar la información requerida a la demandante al momento del traslado. Siendo necesario precisar, que tampoco es aplicable al presente caso el art. 113 de la Ley 100 de 1993 como quiera que no nos encontramos frente a un traslado de régimen sino a una solicitud de ineficacia del traslado, por lo que se reitera que esta Sala acoge en su integridad la postura de la CSJ.

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 cuanto a la devolución de los gastos de administración al ser una consecuencia de la ineficacia del traslado y hacer parte de la cuenta individual de aportes de la afiliada, la Sala considera que es igualmente imprescriptible.

COSTAS

En segunda instancia se impondrá costas a cargo de las demandadas, y a favor de la parte demandante, por no haber prosperado el recurso de apelación impetrado. De las de primera instancia se confirman.

DECISIÓN

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 marzo del 2021, por el Juzgado 39 Laboral del Circuito de Bogotá, por lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: CONDENAR en COSTAS en esta en favor de la demandante y a cargo de PORVENIR S.A. y COLPENSIONES. De las de primera, se confirman.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



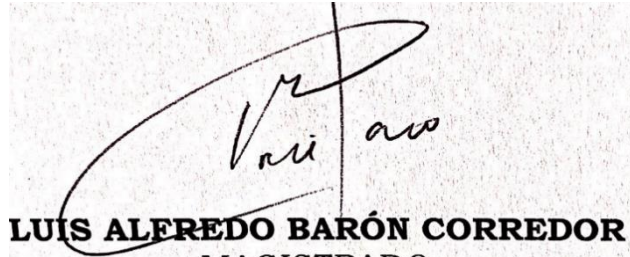
DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

Magistrado

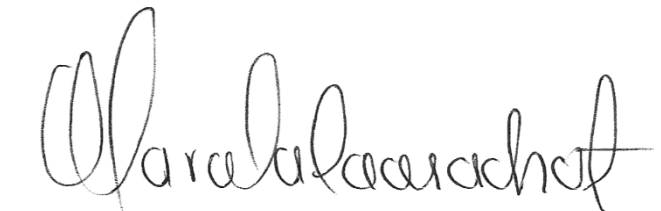


LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

-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-

AUTO DEL PONENTE

COSTAS en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor de la demandante y a cargo de PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, el equivalente a un (1) SMMLV, esto es, la suma de \$ 908.526 a cargo de cada una.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE: MAURICIO ALEJANDRO LÓPEZ BERNAL
DEMANDADO: COLPENSIONES- AFP COLFONDOS S.A.
RADICACIÓN: 1100131050-35-2019-00617-01
ASUNTO: APELACIÓN SENTENCIA DEMANDANTE
TEMA: INEFICACIA TRASLADO

Bogotá D.C, treinta y uno (31) de mayo 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. MAURICIO ALEJANDRO LÓPEZ BERNAL instauró demanda ordinaria contra COLPENSIONES y la AFP COLFONDOS, con el fin de que se declare la nulidad o ineficacia de traslado al RAIS. Como consecuencia, se ordene a Colfondos devolver a Colpensiones la totalidad de los aportes pensionales, los bonos, rendimientos y deducciones por administración al igual que los descuentos de seguros. Se ordene a Colpensiones a reactivar la afiliación del demandante y a recibir los dineros provenientes de la AFP Colfondos. Finalmente solicita se condene a lo que resulte probado extra y ultra petita y las costas del proceso. (fol. 4 y s.s. subsano fol. 55).

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que el demandante nació el 26 de junio de 1960; que cotizo con el ISS, hoy Colpensiones un total de 837.29 semanas, hasta el 31 de mayo de 2000 y con Colfondos S.A. 741.71 semanas, para un total de 1579; que se trasladó al RAIS con la AFP Colfondos S.A. el día 1 de mayo de 2003, traslado que se surtió sin brindar la información adecuada al demandante; que manifiesta el demandante que inicialmente le presentaron el formulario para afiliarlo al fondo de cesantías y que después el asesor volvió a decirle que le hacía falta una firma y es por ello que en el documento original se puede evidenciar que la firma se realizó con diferente esfero; que solicitó a las demandadas la nulidad del traslado al RAIS y el regreso del RPMPD, sin obtener una respuesta favorable; que el 1 de mayo de 2003 el demandante es afiliado a la AFP Colfondos y desde ese momento ha seguido cotizando para el ahorro pensional, víctima del empleador de la época el cual lo indujo para que se afiliara a ese fondo privado, ya que podía perder su empleo; que para la época no hubo la suficiente información ni asesorías pertinentes por parte de la AFP, o acompañamiento por parte de ISS, y aceptó el traslado del patrono por miedo a perder su empleo, el cual era su mínimo vital del cual dependía y su núcleo familiar.

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (fol. 68), 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, señalando que dentro del expediente 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), así mismo 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 encuentran sujetas a derecho, y que se hizo de manera libre y voluntaria, sin dejar observaciones sobre constreñimientos o presiones indebidas, igualmente en el presente caso el demandante no cumple con los requisitos de la sentencia SU 062 de 2010 para poderse trasladar de régimen en cualquier tiempo. Propuso como excepciones de fondo las de inexistencia de la obligación, buena fe, prescripción, y la innominada o genérica (fol. 73 y s.s.)

4. Contestación de Colfondos S.A. Dio respuesta a la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda argumentando que la afiliación del demandante al RAIS, se presentó en virtud de su derecho a la libre escogencia del fondo de pensiones que administra sus aportes, siendo el RAIS su elección. Que los asesores comerciales le brindaron al demandante una asesoría integral y completa respecto de todas las implicaciones de su traslado horizontal, en la que se le asesoró acerca de las características del RAIS, el funcionamiento del mismo, las diferencias entre el RAIS y el RPMPD. Señalo que acto de afiliación cumplió con todos los presupuestos de ley, y el formulario contiene la firma del demandante, por lo que se establece que no existió presión ni coacción alguna para efectuar el traslado, y por ende no está viciado el consentimiento. Propuso como excepciones de fondo las de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, la innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación del actor al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado y la de compensación y pago (exp. digital)

5. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 4 de marzo del 2021, en la que el fallador de primera instancia absolvió a las demandadas de todas y cada una de las pretensiones reclamadas en su contra por el demandante. Condenó es costas a la parte actora.

La decisión del Juez se basó en que acoge la postura de la CSJ, que le correspondía a la AFP Colfondos en virtud de la inversión de la carga de la prueba, probar que le brindó la información necesaria al actor, para que tomara la decisión que le fuera más favorable. Sin embargo, señalo que de acuerdo con lo manifestado por el demandante en su interrogatorio de parte, no había tenido ninguna asesoría por la AFP Colfondos y que el traslado no obedeció a una asesoría errada dada por el fondo, sino que fue la empresa quien le entrego el formulario y él demandante lo firmo sin mirarlo.

En este sentido, indicó que el traslado no se efectuó por haber recibido una asesoría de manera incorrecta o incompleta por parte de la AFP Colfondos. Que de la confesión del demandante, el formulario de afiliación lo tenía la oficina de talento humano de la empresa donde trabajaba en el año 2003, quienes indicaron que podría volver al

RPMPD en un término de 5 años, pero que no obstante el demandante no realizó ninguna gestión necesaria.

Señaló que es una situación particular, toda vez que la línea jurisprudencial de la Sala ha reiterado que es obligación de las administradoras demostrar que no brindó la información necesaria, y aportar los medios de convicción que permitan dar certeza que el afiliado contaba con los elementos de juicio al momento del traslado. Sin embargo, señaló que en el presente caso no se presenta dicho presupuesto, ante la no intervención de la AFP Colfondos quienes no indujeron en error al demandante.

Igualmente, adujo que si en gracia de discusión, se declaraba el traslado, el demandante no probó cuál era el perjuicio que se le estaba ocasionando, ni que iba a recibir una mesada inferior en el RAIS.

6. Impugnación y límites del ad quem. El **demandante** impugnó la decisión argumentando que el *a quo* solo tuvo en cuenta la manifestación del actor, en relación a que recibió un documento por parte del empleador para que lo firmara, desconociendo que el empleador le envía un formulario que no era para pensión, siendo engañado por su empleador. Sumado a lo anterior, señaló que esos formularios los tenía que haber llevado un funcionario del fondo quien debía dar la asesoría.

Adujo, que el demandante si realizó las gestiones necesarias para realizar el traslado de régimen, quien contrató a una persona para realizar dicho trámite, sin obtener respuesta alguna. Que independientemente, que el formulario lo haya tenido el empleador, la información debía ser brindada por el fondo, y no se puede desconocer ni trasladar la carga al empleador. Señala que el engaño si se presentó, porque los fondos de pensiones no podían pasar formularios sin dar la información adecuada para cada traslado. Finalmente, indicó que el *a quo* omitió lo manifestado por la AFP, la cual expuso que si brindó las asesorías necesarias al trabajador.

7. Alegatos de conclusión. Estando en la oportunidad legal ninguna de las partes presentó alegatos de segunda instancia.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurso de apelación interpuesto por el 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.

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) ¿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) ¿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 es cierto, se solicitó la nulidad del traslado de régimen por falta de información al momento en que el 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**, por cuanto 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 Mauricio Alejandro López Bernal cotizó al ISS desde el 2 de enero de 1978 hasta el 31 de mayo del 2000, conforme aparece en la historia laboral expedida por la Colpensiones (fol. 33) y que el 21 de marzo de 2003 firmó la solicitud de afiliación a la AFP Colfondos S.A. conforme aparece en el formulario de vinculación (fol. 30)

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 y 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 1994 a 2003- 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 S.A. no demostró haber brindado la información requerida al señor **Mauricio Alejandro López Bernal**, siendo claro que se equivocó el fallador de primera instancia cuando a pesar de encontrar que la AFP privada no brindó la información exigida al demandante, absolvió a las demandadas bajo el argumento de que el demandante confesó que fue la empresa en la que trabajaba para la época del traslado, quien le entregó el formulario de afiliación, sin intervención, ni asesoría de la AFP Colfondos, y por tal razón no es aplicable la línea jurisprudencial de la CSJ, toda vez que la AFP no indujo en error al demandante, trasladando dicha obligación al empleador.

Es necesario resaltar que, contrario a lo manifestado por el *a quo*, no se configura confesión alguna por parte del demandante, en razón a que uno de los requisitos para que se configure es que la declaración produzca consecuencias adversas al confesante o favorezca a la parte contraria, de conformidad con el numeral 2 del artículo 191 CGP, presupuesto que no se cumple en tanto que en dicha diligencia el actor solo reiteró que no recibió ninguna asesoría, ni la información necesaria por parte de la AFP Colfondos, recibiendo incluso el formulario por parte su empleador sin mayores explicaciones. Ahora, el hecho de que el trabajador hubiera recibido el formulario por parte de su empleador y lo hubiera suscrito, no significa **que el traslado** se haya realizado de manera libre, voluntaria y mucho menos informada, por tanto, este acto no releva a la AFP privada de su obligación de brindarle la información exigida al momento del traslado que debió hacer antes de darle trámite a la solicitud, citando al afiliado a efecto de enunciarle las consecuencias que conllevaba su decisión respecto de pérdidas o ganancias en lo que a rendimientos se refiere, gastos de administración, redención de bono pensional, devolución de aportes, modalidades de pensión, cálculo de la pensión y variables de la prestación con el paso de tiempo, etc., y no simplemente darle curso a la afiliación, guardando silencio, pues de esta manera se obviaron las obligaciones que legal y jurisprudencialmente se han impuesto en su cabeza.

En relación al argumento del *a quo*, según el cual el demandante no demostró el perjuicio que se le había ocasionado, ni que su mesada iba a ser superior en el RPMPD, no es de recibo por la Sala, como quiera que esto no es exigido por la ley ni por la jurisprudencia, lo requerido para no declarar la ineficacia es que la AFP demuestre que brindó la información, lo cual se repite no aconteció en nuestro caso.

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 Colfondos S.A. 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.

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 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 la 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 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 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. Así como tampoco los gastos de administración como quiera que son una consecuencia de la ineficacia del traslado, por lo que también son imprescriptibles.

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 4 de marzo del 2021, por el Juzgado 35 Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar, **DECLARAR** la ineficacia del traslado al RAIS realizado por el señor MAURICIO ALEJANDRO LÓPEZ BERNAL y, en consecuencia, se ordena a la AFP COLFONDOS S.A. que traslade todos 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 las cuales debe asumir de sus propias utilidades, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR a COLPENSIONES a recibir los aportes provenientes de la AFP COLFONDOS S.A. y a reactivar la afiliación del demandante al régimen administrado por ésta.

TERCERO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas.

CUARTO: COSTAS en ambas instancias a cargo de las accionadas.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

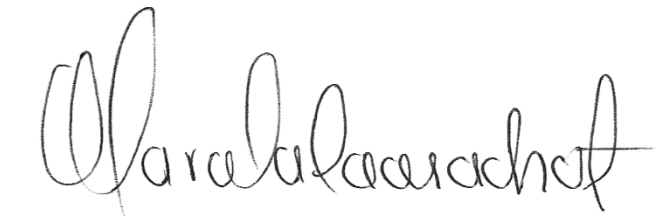


LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

-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-

AUTO DEL PONENTE

COSTAS en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor del demandante y a cargo de COLFONDOS S.A. y COLPENSIONES, el equivalente a un (1) SMMLV, esto es, la suma de \$ 908.526 a cargo de cada una.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE: ISABELINO CANTOÑI
DEMANDADO: COLPENSIONES- AFP PORVENIR S.A.
RADICACIÓN: 1100131050-02-2019-00059-01
ASUNTO: APELACIÓN SENTENCIA COLPENSIONES- AFP PORVENIR
TEMA: INEFICACIA TRASLADO

Bogotá D.C, treinta y uno (31) de mayo 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

En atención al memorial allegado mediante correo electrónico, se reconoce personería para actuar a la Dra. LAURA ROCIO MARTINEZ LIZARAZO, identificados en legal forma, como apoderada sustituta de COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido.

SENTENCIA
ANTECEDENTES RELEVANTES

1.Demanda. ISABELINO CANTOÑI instauró demanda ordinaria contra COLPENSIONES y la AFP PORVENIR, con el fin de que se declare la nulidad del traslado al RAIS, realizado el 1 de enero de 2004. Como consecuencia, se ordene a la AFP Porvenir trasladar a Colpensiones la totalidad de los dineros depositados en la cuenta individual de ahorro del demandante, lo mismo que los bonos pensionales si los hubiere, todo con sus respectivos rendimientos, sin descuento alguno, ni siquiera por gastos de administración. Solicita se condene a Colpensiones la afiliación a que tiene derecho el actor, al RPMPD. Finalmente, pide que se condene a lo que resulte probado extra y ultra petita y las costas del proceso. (fol. 59).

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que el demandante nació el 9 de mayo de 1956; que desde el 10 de junio de 1997 presta sus servicios para la Electrificadora del Meta S.A. E.S.P en el cargo de Auxiliar Técnico II, hasta la fecha; que ha cotizado en forma discontinua al RPMPD desde agosto de 1989 hasta el 9 mayo de 1997 y en forma continua desde el 10 de junio de 1997 hasta el 31 de diciembre de 2003; que el 11 de noviembre de 2003, el actor se traslado de RPMPD al RAIS administrado por la AFP Porvenir, el cual se hace efectivo a partir del 1 de enero de 2004; que el 9 de mayo de 2018 el actor cumplió los 62 años de edad, y tenía más de 1300 semanas; que Porvenir le informó que podía pensionarse con una mesada superior a la del RPMPD; que podía hacer anticipos para el pago de la educación de sus hijos y que el ISS se acabaría; que la sociedad en mención no le informó las consecuencias negativas del traslado del RPMPD al RAIS; que solicitó ante las demandadas se declare la nulidad de su afiliación al RAIS sin obtener respuesta alguna.

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (fol. 55), 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, señalando que el demandante se encuentra válidamente afiliado al RAIS; que, en virtud de las pruebas arrojadas al proceso, se evidencia que el accionante declaró su consentimiento de afiliación al suscribir de manera voluntaria, consciente y sin presiones el formulario de afiliación a la AFP Porvenir. Que el demandante ha estado afiliado a este régimen por más de 15 años, sin haber manifestado en algún momento su inconformidad. Propuso como excepciones de fondo las de inexistencia de la obligación, error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción, imposibilidad para cumplir con las obligaciones pretendidas y la innominada o genérica (fol. 56 y s.s.)

4. Contestación de la AFP Porvenir S.A. Dio respuesta a la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda argumentando que dicho traslado de régimen se realizó bajo las estipulaciones vigentes establecidas para la época; que la parte no prueba omisión o engaño de la AFP; que intenta trasladar la responsabilidad de las decisiones asumidas por el actor hacia el RAIS, lo cual refleja el entendimiento del régimen y su funcionamiento, pues con su actuar buscaba la obtención de mayores beneficios que le facilitaran la consecución de sus metas pensionales. Propuso como excepciones de fondo las de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa, y la innominada o genérica. (fol. 88 y ss.)

5. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 24 de febrero del 2021, en la que el fallador de primera instancia declaró la ineficacia de la afiliación y traslado del demandante al RAIS, administrado por la AFP Porvenir S.A. Condenó a la AFP Porvenir a trasladar dentro de los 45 días siguientes a la ejecutoria de la providencia a Colpensiones, los valores que reposen en la cuenta de ahorro individual del demandante, y que hubiere recibido producto de la afiliación a dicha entidad, tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales del asegurado, con todos sus furtos e intereses, con los rendimientos que se hubieren causado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1746 del C.C. sin que haya lugar a que de dichas sumas se realicen descuentos con ocasión de gastos de administración. Ordenó a Colpensiones a recibir los aportes del accionante en el RPMPD, a que proceda a corregir y actualizar su historia laboral y tenga entre sus afiliados al demandante, como si nunca se hubiera trasladado en virtud del regreso automático. Declaró no probadas las excepciones propuestas. Condenó en costas a Porvenir S.A.

La decisión del Juez se basó en que la carga probatoria es de la AFP Porvenir quien no demostró haber brindado la información necesaria al momento del traslado de régimen. Que no es necesario que sea beneficiario del régimen de transición o la existencia de un derecho adquirido. Que no es suficiente con la suscripción del formulario de afiliación para darle plena validez al traslado. Que se induce a un error de hecho cuando la AFP brinda de manera incompleta la información y la futura expectativa pensional del afiliado. Que el derecho a reclamar la ineficacia es imprescriptible.

6. Impugnación y límites del ad quem.

6.1 Recurso de apelación COLPENSIONES Interpuso recurso de apelación, argumentado que el accionante suscribió de manera voluntaria, consciente y sin presiones el formulario afiliación a la AFP Porvenir. Señaló que permitir que una persona próxima a tener la edad de pensionarse, como en el caso del demandante, se beneficie por las cotizaciones de los demás, resulta contrario al principio constitucional de equidad y al principio de eficiencia pensional. Que el demandante se encuentra inmerso dentro de la prohibición legal de trasladarse por faltarle menos de 10 años para alcanzar la edad de pensión.

Asimismo, señaló que el traslado del demandante se realizó en el año 1994, época en la cual la condición previa de brindar asesoría, no estaba establecida dentro del ordenamiento jurídico vigente, que solo se instauró en el ordenamiento jurídico hasta el año 2014. Que no debe tenerse en cuenta las proyecciones pensionales pues estas no son pruebas útiles para demostrar un eventual vicio en el consentimiento. Indicó que Colpensiones, no tuvo injerencia para que el accionante tomará la decisión de trasladarse.

Adujo, que el accionante ha estado afiliado al RAIS por más de 15 años sin haber manifestado en algún momento su inconformidad, de pertenecer al mismo. Que no se trata de una persona lego, que es una persona con capacidad de discernimiento que tomo una decisión libre, consciente al momento de suscribir dicho formulario, sin presiones de ninguna índole. Finalmente solicita que, de confirmarse el fallo, Porvenir devuelva los aportes a Colpensiones, con la respectivas cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración pertenecientes a la cuenta individual del actor debidamente indexados.

6.2 Recurso de apelación PORVENIR Interpuso recurso de apelación, argumentado que teniendo en cuenta la circular 19 de 1998 emitida por la Superintendencia Financiera de Colombia, se tenía como única exigencia para el traslado de régimen pensional, que el afiliado manifestara su voluntad a través del diligenciamiento del correspondiente formulario, de conformidad con las disposiciones vigentes que había en el momento del traslado. Que la AFP Porvenir, cumplió la totalidad de las obligaciones a su cargo.

Indicó que la decisión del actor fue libre y voluntaria e informada, que se ha ratificado con el tiempo, teniendo en cuenta los artículos 1752 del C.C. y s.s. en relación con el saneamiento del consentimiento por ratificación tácita, que opera de manera automática teniendo en cuenta que el demandante realizó aportes dentro del régimen del RAIS. Que no se requería presentar documentación alguna para el momento del traslado, el cual se efectuó el 11 noviembre el 2003, que solo se establece tal obligación posteriormente con la Ley 1748 del 2014.

Finalmente, adujo que no se debe ordenar la devolución de los gastos de administración, toda vez que también en el RPM se destinó el 3% de la cotización a financiar los gastos de administración, pensión de invalidez y sobrevivientes. Dichos gastos de administración, no forman parte del reconocimiento de la pensión de vejez y por tanto no son imprescriptibles. Que, de acuerdo al comunicado del 17 enero de 2020, la Superintendencia Financiera de Colombia indicó que los dineros que eran obligatorios devolver en caso de la declaratoria de una ineficacia, era solamente los aportes, con sus rendimientos, sin que se tuviera que devolver gastos de administración, conforme también lo indica el artículo 113, literal b) de la ley 100 de 1993.

7. Alegatos de conclusión.

Demandante: Solicita que se confirme la sentencia por encontrarse ajustada a derecho y a la abundante jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Colpensiones: Menciona que se encuentra el actor en la prohibición legal del traslado, aunado a que la carga de la prueba le corresponde al demandante, es decir, es a aquel a quien le compete demostrar los vicios del consentimiento; que el demandante desconoció los deberes mínimos como afiliado, ya que guardó silencio por mucho tiempo; en caso de confirmarse la ineficacia solicita que la AFP normalice la afiliación del actor, devolviendo los aportes, los rendimientos financieros y los gastos de administración debidamente indexados.

Porvenir S.A.: En la oportunidad legal peticiona que se revoque y en su lugar se absuelva de todas las pretensiones, ya que no se probó ninguna de las causales previstas en el artículo 1741 del C.C., ni tampoco se demostró los vicios del consentimiento al momento del traslado; que la actora suscribió el formulario de traslado, el cual es un documento público que no fue tachado ni desconocido; que no es jurídicamente viable imponerle a la AFP cargas que no estaban vigentes para la fecha del traslado; que no se debe ordenar devolver sumas diferentes a las establecidas en el artículo 113 de la ley 100 de 1993; que debe tenerse en cuenta el concepto de la Superintendencia Financiera.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Los recursos de apelación interpuestos por la AFP PORVENIR y COLPENSIONES 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 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) ¿El hecho de firmar el formulario de afiliación es suficiente para acreditar el deber de información?; (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?

Afiliación, cotización y traslado

Se encuentra acreditado en el plenario que el señor Isabelino Cantoñi cotizó al ISS desde el 10 de enero de 1983 hasta el 31 de diciembre de 2003, conforme aparece en la historia laboral expedida por Colpensiones (fol. 16-17) y que firmó la solicitud de afiliación a la AFP Porvenir S.A. el 11 de noviembre de 2003, conforme aparece en el formulario de vinculación (fol. 14).

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 apelado por ninguna de las partes.

Ahora, lo que debe precisarse, es que tal y como lo ha indicado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL 1897-2019, son las entidades de seguridad 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 1994 a 2004- 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 al señor **Isabelino Cantoñi**, 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. Y si bien es cierto para la fecha del traslado del señor Cantoñi no exigía documentar la información dada, si era obligación de la AFP privada probar que brindó la información requerida al momento del traslado lo cual no hizo.

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 Porvenir S.A. 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. En ese orden, no puede considerarse al demandante como un afiliado experto que tenía conocimiento de las consecuencias de su traslado, lo cual, en todo caso, no exonera a la AFP convocada de acatar ese deber consagrado en la ley, dado que la misma es general, abstracta e impersonal.

Adicionalmente, no es de recibo el argumento de Colpensiones en el que señala que no puede aceptarse el traslado, porque el demandante se encuentra dentro de la prohibición legal del artículo 2º de la ley 797 de 2003, por faltarle menos de 10 años para cumplir la edad para pensionarse, como quiera que no nos encontramos frente a una solicitud de traslado, sino a la declaratoria de ineficacia del traslado al RAIS. Finalmente, se le debe indicar a la AFP Porvenir S.A. respecto a su argumento dirigido a obtener declaratoria de saneamiento de la ineficacia generada por la falta de información por el simple paso del tiempo, que conforme lo tiene adocinado la CSJ entre otras en la sentencia SL 1688-2019, el hecho de que el señor Isabelino Cantoñi haya permanecido muchos años en el RAIS, 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 explicó, 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, 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 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)

Conforme a ello, no resulta atendible lo afirmado por el apoderado de la AFP Porvenir pues es claro que procede la devolución de los gastos de administración y comisiones, conforme al criterio jurisprudencial de la CSJ, como acertadamente lo indicó el a quo en sus consideraciones, ello se genera como consecuencia de su omisión al no brindar la información requerida al demandante al momento del traslado. Siendo necesario precisar que, los conceptos de la Superintendencia Financiera no son vinculantes. Ni tampoco es aplicable al presente caso el art. 113 de la Ley 100 de 1993 como quiera que no nos encontramos frente a un traslado de régimen sino a una solicitud de ineficacia del traslado, por lo que se reitera que esta Sala acoge en su integridad la postura de la CSJ.

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 la 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 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 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.

Así como tampoco se puede declarar la prescripción sobre las sumas descontadas por gastos de administración, como quiera que la devolución de dichas sumas es una consecuencia inherente a la ineficacia del traslado, por lo que tampoco se ve afectada por el fenómeno prescriptivo.

COSTAS

En segunda instancia se impondrá costas a cargo de las demandadas, y a favor de la parte demandante, por no haber prosperado el recurso de apelación impetrado. De las de primera instancia se confirman.

DECISIÓN

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 febrero del 2021, por el Juzgado 2º Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: CONDENAR en COSTAS en esta en favor de la demandante y a cargo de PORVENIR S.A. y COLEPNSIONES. De las de primera, se confirman.

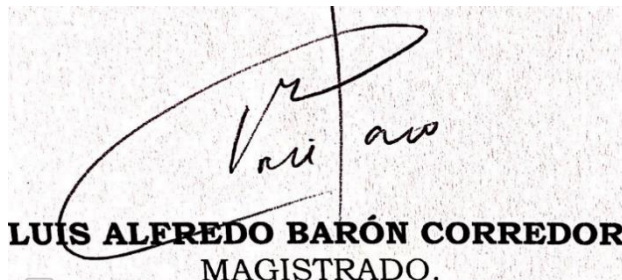
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



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-

AUTO DEL PONENTE

COSTAS en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor del demandante y a cargo de PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, el equivalente a un (1) SMMLV, esto es, la suma de \$ 908.526 a cargo de cada una.

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Diana Marcela Camacho Fernández', written in a cursive style.

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE: GUILLERMO ARTURO PEÑA RIAÑO
DEMANDADO: COLPENSIONES- AFP PORVENIR S.A.
RADICACIÓN: 1100131050-32-2019-00646-01
ASUNTO: APELACIÓN SENTENCIA
TEMA: INEFICACIA TRASLADO

Bogotá D.C, treinta (30) de junio 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

En atención al memorial allegado mediante correo electrónico, se reconoce personería para actuar al Dr. MICHAEL GIOVANNY MUÑOZ TAVERA, identificado en legal forma, como apoderados sustitutos de COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido.

SENTENCIA
ANTECEDENTES RELEVANTES

1.Demanda. GUILLERMO ARTURO PEÑA RIAÑO instauró demanda ordinaria contra COLPENSIONES y la AFP PORVENIR, con el fin de que se declare la nulidad del traslado al RAIS. Como consecuencia, se condene a Colpensiones a recibir la afiliación del actor al RPM sin solución de continuidad. Solicita se condene a la AFP Porvenir a trasladar a Colpensiones la totalidad de los saldos de la cuenta de ahorro individual junto con las sumas que le puedan corresponder por conceptos de bono pensional, intereses y rendimientos sin descontar suma alguna por concepto de cuota de administración. Se condene a Colpensiones a que una vez reciba por parte de la AFP Porvenir las sumas que por virtud de la afiliación del actor tenía a su cargo, proceda a la corrección de los tiempos cotizados en su historia laboral. Finalmente, pide que se condene a lo que resulte probado extra y ultra petita y las costas del proceso. (fol. 3 y s.s. subsanación fol. 43.).

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que el demandante nació el 8 de abril de 1957; que el 3 de mayo de 1977 el actor inicio su vida laboral con el ISS; que en el RPM cotizo un total de 536 semanas en el periodo de mayo de 1977 hasta el 31 de julio de 1999; que el 26 de julio de 1999 suscribió formulario de vinculación y efectuó el traslado e régimen pensional a la AFP Porvenir S.A. con efectos legales a partir de 1 de agosto del mismo año; que la asesoría que brindo la AFP Porvenir al demandante fue deficiente, no se le indicaron las ventajas, las desventajas tanto del RPM como del RAIS; que durante la asesoría que realizo la AFP Porvenir, al actor no se le efectuó una proyección pensional; que en la AFP Porvenir recibiría una mesada pensional de \$828.116, mientras que en el RPM, la mesada sería igual a \$3.062.500; que solicitó ante las demandadas se declare la nulidad de su afiliación al RAIS sin obtener una respuesta favorable.

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (fol. 46), 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, señalando que el demandante se trasladó al RAIS de manera libre y voluntaria ejerciendo su derecho a la libre escogencia de régimen. Que de la documental allegada dentro del acervo probatorio, no obra ninguna tendiente a demostrar que se presentó algún vicio en el consentimiento al momento de su afiliación que llegue a invalidar la misma. Propuso como excepciones de fondo las de cobro de no lo debido, prescripción, falta de causa para demandar, presunción de legalidad de los actos jurídicos, buena fe en las actuaciones de Colpensiones, inexistencia de la obligación, inobservancia del principio constitucional desarrollado en el artículo 48 constitucional adicionado por el acto legislativo 01 de 2005, el hecho de un tercero, calidades del demandante para conocer las consecuencias de su traslado y la innominada o genérica (fol. 61 y s.s.)

4. Contestación de la AFP Porvenir S.A. Dio respuesta a la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda argumentando que la afiliación de la parte demandante fue producto de una decisión libre e informada, después de haber recibido una asesoría amplia sobre las implicaciones de su decisión, del funcionamiento del RAIS y en especial de sus condiciones pensionales individuales. Indica que no existieron vicios en el consentimiento, tampoco se evidencia causa y objetos ilícitos, de conformidad con los artículos 1504 y siguientes del C.C, en tanto que la decisión de la parte demandante fue libre, voluntaria y espontánea, tal como se evidencia en el formulario de vinculación. Propuso como excepciones de fondo las de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica. (Exp. digital)

5. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 4 de marzo del 2021, en la que el fallador de primera instancia declaró no probadas las excepciones propuestas. Declaró la ineficacia de traslado que efectuó el demandante al RAIS, administrado por la AFP Porvenir S.A. Condenó a la AFP Porvenir a trasladar con destino a COLPENSIONES la totalidad de los aportes efectuados por el demandante durante su afiliación al RAIS, junto con sus rendimientos, y lo descontado por concepto de gastos de administración y seguros previsionales. Ordenó a COLPENSIONES a recibir al demandante como afiliado al RPMPD, sin solución de continuidad, y en las mismas condiciones en que se encontraba afiliado al momento del traslado de régimen que se declara ineficaz.

La decisión del Juez se basó en que la carga probatoria es de la AFP Porvenir quien no demostró haber brindado la información necesaria al momento del traslado de régimen. Que no es necesario que sea beneficiario del régimen de transición o la existencia de un derecho adquirido. Que no es suficiente con allegar el formulario de afiliación de la AFP Porvenir. Que conforme lo ha indicado la CSJ la devolución debe hacerse de todas las sumas recibidas, de los rendimientos y sin hacer ningún descuento por los gastos de administración. Que el derecho a reclamar la ineficacia es imprescriptible.

6. Impugnación y límites del ad quem.

6.1 Recurso de apelación AFP PORVENIR. Interpuso recurso de apelación, argumentado que de acuerdo con la circular 019 de 1998 de la Superintendencia Financiera de Colombia, se tenía como única exigencia para efectos de la validez del

traslado de régimen pensional, el diligenciamiento del correspondiente formulario de conformidad con las disposiciones vigentes. Que no existen vicios del consentimiento, toda vez que la AFP Porvenir le brindó al demandante una asesoría oportuna, le informó las implicaciones de su decisión, el funcionamiento del RAIS y sobre las condiciones pensionales, de acuerdo con el formulario suscrito por el demandante.

Indicó que, de haber existido un vicio en el consentimiento, este se hubiera ratificado conforme lo establecido en los artículos 1752 s.s. del C.C. relativos al saneamiento del consentimiento, toda vez que el afiliado permaneció en el RAIS y no tuvo ninguna inconformidad al respecto. Adujo, que la AFP no faltó al deber de información, que actuó conforme a las normas establecidas para la época, que no está obligada a probar por documentos la asesoría, dado que está se brindó de manera verbal.

Respecto a los gastos de administración, manifestó que de acuerdo al inc. 2 del artículo 20 de la Ley 100 de 93, en el RPM también se destina un 3% de la cotización a financiar los gastos de administración, de invalidez y sobrevivientes. Que los mismos no fueron parte de la pensión de vejez y por ello no están sujetos a la prescripción. Que la Superintendencia Financiera mediante concepto del 17 enero del 2020, ha establecido que los dineros a devolver a Colpensiones, ante la declaratoria de ineficacia, son las cotizaciones y los rendimientos causados de estas cotizaciones. Que ordenar la devolución de los gastos de administración a Colpensiones, le genera un enriquecimiento sin causa, que no hay norma expresa que estipule la devolución de los gastos de administración.

Finalmente, señalo que al demandante si se le brindó la información dado que se le explicó, y que el mismo lo manifestó, que podía generar una mejor pensión, que se iba a poder pensionar antes, que, si le explicaron no solamente las asesores, sino también la directora de recursos humanos de su empresa.

6.1 Recurso de apelación COLPENSIONES. Interpuso recurso de apelación, argumentado que el a quo no tuvo en cuenta el principio de la relatividad jurídica, que Colpensiones es un tercero ajeno al acto jurídico celebrado entre el actor y la AFP, por lo que el acto jurídico tiene efectos interpartes. Por lo tanto, Colpensiones no puede ser favorecida ni perjudicada con la decisión.

Señaló que no se debe condenar a Colpensiones a recibir a la parte actora como afiliado de nuevo en el RPM, toda vez que con esta decisión se estaría afectando gravemente el equilibrio financiero del sistema de seguridad social en pensiones, el cual fue establecido por el artículo 48 de la Constitución Política y adicionado por el artículo 1 del acto legislativo del 2005. Que debe tenerse en cuenta el impacto del PIB y en la reserva pensional, que se ha venido afectando por este tipo de procesos. Que se presenta un impacto en el equilibrio financiero en el régimen de seguridad social en pensiones y en la reserva presupuestal, en razón a que el actor regresa después de más de 20 años a un régimen que no lo tuvo en cuenta para sus reservas o cálculos financieros. Por último, señala que la AFP que incumplió con su deber de información pague a Colpensiones los perjuicios económicos que le género.

6. Alegatos de conclusión.

Porvenir S.A.: En la oportunidad legal pide que se revoque la sentencia de primer grado, ya que no se acreditó la existencia de vicios del consentimiento, ni la nulidad de la afiliación, además se pudo establecer que la parte actora suscribió el formulario de

afiliación de manera libre, espontánea y sin presiones, permaneciendo afiliada en el RAIS por más de 21 años.

Demandante: Peticiona que debe confirmarse la decisión de instancia, en la medida en que quedó demostrado la falta de consentimiento informado de que trata la Corte Suprema de Justicia.

Colpensiones: Precisa que la afiliación del actor al RAIS se hizo de manera voluntaria y sin presiones, ejerciendo su derecho a la libre escogencia de régimen, además que no es beneficiario del régimen de transición, y se encuentra en la prohibición legal de traslado.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurso de apelación interpuesto por la AFP PORVENIR 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 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) ¿Quién tiene la carga probatoria en este tipo de procesos? (ii) ¿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?; (iii) ¿Se debe probar la existencia de un vicio del consentimiento para que proceda la declaratoria de ineficacia del traslado?; (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?

Afiliación, cotización y traslado

Se encuentra acreditado en el plenario que el señor Guillermo Arturo Peña Riaño cotizó al ISS desde el 23 de mayo de 1977 hasta el 20 de junio de 1999, conforme aparece en la historia laboral expedida por la AFP Porvenir (fol. 20) y que firmó la solicitud de afiliación a la AFP Porvenir S.A. el 26 de julio de 1999, conforme aparece en el formulario de vinculación (fol. 23).

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 1994-2000- 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 PORVENIR S.A. no cumplió con su carga probatoria pues no demostró haber brindado la información requerida al señor **Guillermo Arturo Peña Riaño** y contrario a lo señalado por la AFP Porvenir en su apelación, lo único que menciona el señor Peña Riaño es que le dijeron que el ISS iba a desaparecer; que en el RIAS obtendría unos beneficios, como una mejor pensión, que al momento de cumplir la edad le devolverían el dinero y que se podía pensionar a cualquier edad, lo cual no es suficiente en los términos señalados por la jurisprudencia de la CSJ.

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 Porvenir S.A. 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.

Finalmente, se le debe indicar a la AFP Porvenir S.A. respecto a su argumento dirigido a obtener declaratoria de saneamiento de la ineficacia generada por la falta de información por el simple paso del tiempo, que conforme lo tiene adocinado la CSJ, entre otras, en la sentencia SL 1688-2019, el hecho de que el señor Guillermo Arturo Peña Riaño haya permanecido muchos años en el RAIS, 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 explicó, 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, 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 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)

Conforme a ello, no resulta atendible lo afirmado por el apoderado de la AFP Porvenir pues es claro que procede la devolución de los gastos de administración y comisiones, conforme al criterio jurisprudencial de la CSJ, como acertadamente lo indicó el a quo en sus consideraciones, ya que ello se genera como consecuencia de su omisión al no brindar la información requerida al demandante al momento del traslado. Siendo necesario precisar que, los conceptos de la Superintendencia Financiera no son vinculantes. Ni tampoco es aplicable al presente caso el art. 113 de la Ley 100 de 1993 como quiera que no nos encontramos frente a un traslado de régimen sino a una solicitud de ineficacia del traslado, por lo que se reitera que esta Sala acoge en su integridad la postura de la CSJ.

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 la 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 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 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. Así como tampoco los gastos de administración como quiera que son una consecuencia de la ineficacia del traslado, por lo que también son imprescriptibles.

COSTAS

En segunda instancia se impondrá costas a cargo de las demandadas, y a favor de la parte demandante, por no haber prosperado el recurso de apelación impetrado. De las de primera instancia se confirman.

DECISIÓN

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 2021, por el Juzgado 32 Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: CONDENAR en **COSTAS** en esta en favor de la demandante y a cargo de PORVENIR S.A. y COLPENSIONES. De las de primera, se confirman.

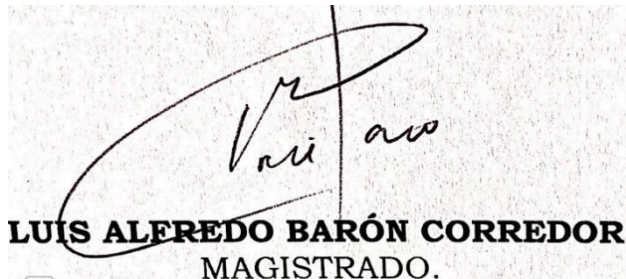
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

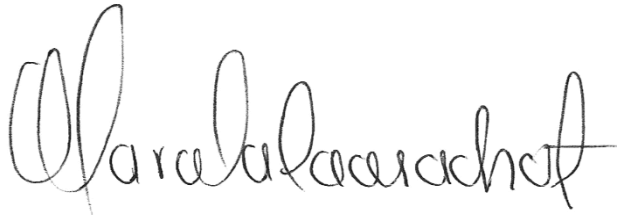


LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

-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-

AUTO DEL PONENTE

COSTAS en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor del demandante y a cargo de PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, el equivalente a un (1) SMMLV, esto es, la suma de \$ 908.526 a cargo de cada una.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada